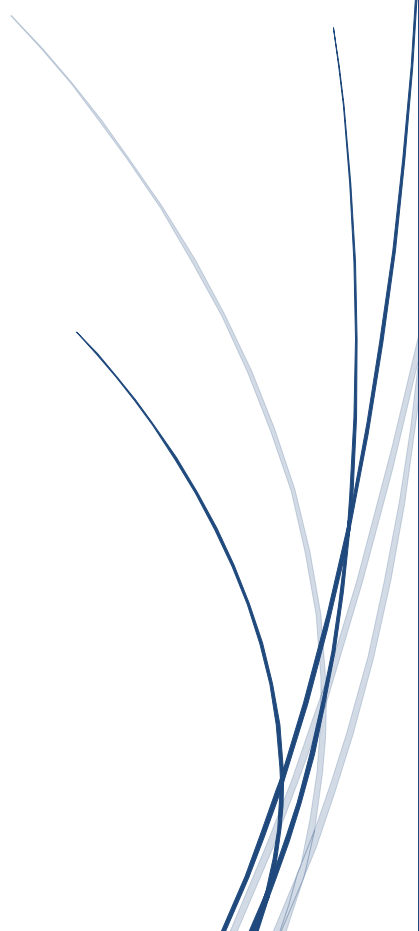


חושן משפט

חלק ג'

סיכומים מתומצתים לחזרה מהירה

אברהם אחיטוב
כולל פסגות



©

להארות והערות:

atahiutuv@gmail.com

החיבור אינו מוגה.

כמו כן, על חלק מהסימנים הסיכום נכתב ע"י הרב אריאל שטראוס
הי"ו והדבר מצוין לידם.

תוכן העניינים:**1 הלכות מקח וממכר**

1.....	סימן קפט.....
3.....	סימן קצ.....
15.....	סימן קצא.....
18.....	סימן קצב.....
26.....	סימן קצג.....
29.....	סימן קצד.....
34.....	סימן קצה.....
41.....	סימן קצו.....
43.....	סימן קצז.....
49.....	סימן קצח.....
58.....	סימן קצט.....
62.....	סימן ר.....
72.....	סימן רא.....
73.....	סימן רב.....
77.....	סימן רג.....
83.....	סימן רד.....
88.....	סימן רה.....
94.....	סימן רז.....
101.....	סימן רח.....
102.....	סימן רט.....
111.....	סימן רי.....
114.....	סימן ריא.....
117.....	סימן ריב.....
123.....	סימן ריג.....
124.....	סימן רכג.....
125.....	סימן רכד.....

126 הלכות אונאה ומקח טעות

126.....	סימן רכז.....
141.....	סימן רלב.....
153.....	סימן רלג.....
154.....	סימן רלד.....
157.....	סימן רלה.....
168.....	סימן רלז.....

170	סימן רמ
174	הלכות מתנה
174	סימן רמא
181	סימן רמב
185	סימן רמג
196	סימן רמד
198	סימן רמה
204	סימן רמו
209	סימן רמז
212	סימן רמח
224	סימן רמט
225	הלכות מתנת שכיב מרע
225	סימן רן
239	סימן רנא
241	סימן רנב
243	סימן רנג
261	סימן רנד
262	סימן רנה
266	סימן רנו
268	סימן רנז
272	סימן רנח
274	הלכות אבידה ומציאה
274	סימן רנט
278	סימן רס
285	סימן רסא
289	סימן רסב
293	סימן רסג
296	סימן רסד
299	סימן רסה
300	סימן רסו
303	סימן רסז
310	סימן רסח
313	סימן רסט
316	סימן ער
318	סימן רעא
319	הלכות נחלות

319	סימן רעו
323	סימן רעז
334	סימן רעח
344	סימן רעט
348	סימן רפ
354	סימן רפא
361	סימן רפב
362	סימן רפג
364	סימן רפד
367	סימן רפח

369.....הלכות אפוטרופוס

369	סימן רצ

382.....הלכות פקדון

382	סימן רצא
398	סימן רצב
411	סימן רצג
414	סימן רצד
418	סימן רצה
422	סימן רצו
425	סימן רצז
426	סימן רצח
427	סימן רצט
428	סימן ש
430	סימן שא
433	סימן שב

434.....הלכות שומר שכר

434	סימן שג
439	סימן שד
441	סימן שה

444.....הלכות אומנים

444	סימן שו

451.....הלכות שוכר

451	סימן שז
454	סימן שי
457	סימן שיא
459	סימן שיב

465	סימן שיג
467	סימן שטו
469	סימן שטז
472	סימן שיז
475	סימן שיח
477	סימן שיט
479	סימן שכא

482 הלבנות שכירות פועלים

482	סימן שלב
488	סימן שלג
499	סימן שלד
502	סימן שלה
505	סימן שלו
508	סימן שלט

511 הלבנות שואל

511	סימן שמ
526	סימן שמא
535	סימן שמב
537	סימן שמג
538	סימן שמד
544	סימן שמה
545	סימן שמו
557	סימן שמוז

558 הלבנות גניבה

558	סימן שמח
563	סימן שמט
565	סימן שנא
567	סימן שנג
570	סימן שנד
575	סימן שנה
577	סימן שנו

582 הלבנות גזילה

582	סימן שנט
585	סימן שס
589	סימן שסא
592	סימן שסב

596		סימן שסג
607		סימן שסד
609		סימן שסה
611		סימן שסו
614		סימן שסז
618		סימן שסח
620		סימן שסט
627		סימן שע
630		סימן שעא
632		סימן שעב
633		סימן שעג
634		סימן שעה

637.....הלכות נזיקין

637		סימן שעט
639		סימן שפא
640		סימן שפב
646		סימן שפג
649		סימן שפד
651		סימן שפה
653		סימן שפו
664		סימן שפז
665		סימן שפח
680		סימן שצה
681		סימן תכו
682		סימן תכז

ב"ה יום ג' כ"א חשון ה'תשע"ו

הלכות מקח וממכר

סימן קפט

דין אין המקח נגמר בדברים, ובו סעיף אחד.

סעיף א

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 קנינם. ולאחר שנגמר המקח, כל אחד לפי קניינו, אין שום אחד מהם יכול לחזור בו, אפי' לא היו עדים בדבר. הגה: ואפי' מחל זה לזה אחר כך, לא מהני, אלא צריך לחזור ולהקנות זה לזה (תה"ד סימן ש"א וריב"ש סימן תק").

1. אין המקח נגמר בדיבור בלבד, אלא צריך לעשות מעשה קנין. ב"מ מה. "והנושא ונותן בדברים - לא קנה, והחוזר בו - אין רוח חכמים נוחה הימנו".

2. אף אם היה הסיכום בפני עדים - אינו כלום.

3. אם עשו קנין - המקח חל, וא"א לבטלו, אלא יכול הלוקח לחזור ולהקנותו למוכר, אך בלא מעשה קנין אינו כלום. ואף מחילה לא מהני, תה"ד וריב"ש. דא"א להסתלק ממה שתחת ידו אלא בא' מדרכי ההקנאה, גר"א (ה).

4. קנין מהני, ואפי' בלא עדים, דלא איברו סהדי אלא לשקרי. קידושין סה: "מר זוטרא ורב אדא סבא בני דרב מרי בר איסור פליג ניכסייהו בהדי הדדי, אתו לקמיה דרב אשי, אמרו ליה: על פי שני עדים אמר רחמנא, דאי בעי למיהדר לא מצי הדרי בהו, ואנן לא הדרי, או דלמא לא מקיימא מלתא אלא בסהדי? אמר להו: לא איברו סהדי אלא לשקרי".

5. האם יכול הנפקד לקנות הפקדון שבידו בקנין חצר, בהסכמת המוכר? ב"י - כן, וכן הסכימו המהרי"ט והנתיבות. טור - לא, וכן הסכימו הט"ז והקצות.

הטור כתב שלא מהני, והב"י כתב שהוא ט"ס ומיירי שהפקדון נמצא ביד אחרים, אך אם הוא ביד הלוקח - יכול לקנותו מדין חצר. הט"ז ביאר דברי הטור ע"פ הרשב"ם (ב"ב פה) שהמקום בו מונח החפץ הוא כרשות המפקד, וא"כ אין הלוקח (הנפקד) יכול לקנותו בקנין חצר, דאין זה חצרו.

המהרי"ט (ח"א, ס"ה) דחה דברי הרשב"ם הללו, והקשה עליהם ג' קושיות: א. במה קנה המפקד לרשות הנפקד? ב. כאשר לא ייחד לו הנפקד מקום כ"ש שלא קנאו. ג. מדוע שלא נאמר 'חצרו ומתנתו באין כאחד'!.

הקצות (א) האריך לדחות קושיותיו ולבאר דברי הרשב"ם. לגבי הקושיא הראשונה - תירץ שהקנין נעשה ע"י השימוש (אכילת פירות) ברשות הנפקד, ואף לחולקים על הרמב"ם (מכירה, א) וסוברים שקרקע אינה נקנית באכילת פירות, היינו דווקא כשרוצה לקנות את גוף הקרקע; אולם, כשרוצה לקנות רק את התשמיש המסוים - לכו"ע השימוש קונה, ודומיא דשביל של כרמים שנקנה בהילוך. א"כ גם כאן המפקד קונה את השימוש של האיחסון ברשות חברו, ע"י זה שהוא משתמש ברשותו. לגבי הקושיא השנייה, הוכיח מ"שותפים לא קפדי אהדדי" (ב"מ קטז:), שאף כשלא ייחדו מקום אחד לשני, אמרינן שרשות חברו הרי היא כרשותו כיון שהוא מרשה לו להשתמש בה; א"כ ה"ה הכא. לגבי הקושיא השלישית, ביאר שדין זה לא נאמר בדיבור בעלמא, אלא רק כשעושים מעשה.

אלא שהתקשה מב"מ לד. "כשתגב ותרצה ותשלמי סמוך לגניבתה קנויה לך", ומוכח שהנפקד יכול לקנות את פרתו של המפקד אע"פ שהשאל לו מקום!! ותירץ דדווקא התם שהרי זה כאילו אמרו כן בפירוש מראש, וא"כ מראש הגדירו שהוא משאל לו מקום רק עד אותו הזמן, ומאותו הזמן תפקע רשותו וחוזר המקום להיות ברשות הנפקד וקונה עבורו את הפקדון. אך נשאר בצ"ע מקידושין מז. לגבי האומר לאשה התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך שאם נשתייר ממנו שוה פרוטה - מקודשת, ואמאי!! הרי חצרה אינה קונה לה דחצר דמפקד היא!!

הנתיבות בסימן ר פסק כמהרי"ט, ותורף דבריו הוא שאע"פ שאפשר לקנות תשמישים ע"י שימוש אך זה רק יוצר שעבוד על החפץ, ולא יוצר קנין גוף לפירות, ובכה"ג אינו חשוב כחצרו של השוכר דדוקא כאשר יש לו קנין גוף לפירות חשוב

כחצרו לקנין. כמו כן, היה פשוט לו שאף אם המפקיד קנה את מקום החפץ, אך ברגע שהוא רוצה להפסיק זאת הוא יכול לעשות כן באמירה בעלמא, וממילא כיון שהמפקיד רוצה להקנות החפץ לנפקד, באותו רגע פקעה רשותו של המפקיד ואין לנפקד בעיה לקנותו בקנין חצר.

סימן קצ

דין קניית קרקע בכסף, ובו י"ח סעיפים.

סעיף א

קרקע נקנה באחד מארבעה דברים: בכסף, בשטר, בחזקה ובקנין סודר. הגה: וכדין המקח כך דין שכירות קרקע כל ימי השכירות וע' לקמן סוף סי' קצ"ה.

קידושין כו. במשנה: "נכסים שיש להם אחריות - נקנין בכסף ובשטר ובחזקה". **ובדף ג.** נאמר "למעוטי חליפין, ס"ד אמינא, הואיל וגמר קיחה קיחה משדה עפרון, מה שדה מקניא בחליפין, אף אשה נמי מקניא בחליפין, קמ"ל". וכתב **רש"י**: "מה שדה מקניא בחליפין - דכתיב (רות ד) 'וישלף נעלו' והתם שדה הוא".

האם קנין סודר מהני לקנות קרקע במקום שנוהגים לכתוב שטרות? רמב"ן, רשב"א - כן, רשב"ץ - לא. **הפתי"ש** (א) הביא מח' בדין זה. **דעת הרשב"א והרמב"ן** שקנין סודר כחו אלים מקנין כסף, ומהני לקנות אף במקום שנוהגים לכתוב שטרות ולא כתבו. **וכן דעת הרדב"ז**, **א"כ** המנהג באותו מקום שלא קונים אלא בשטר. **המהריב"ל** **הסתפק בזה**, ואף הוא מודה שאם עשו קנין סודר ונתנו דמים מהני בלא שטר. **אולם, הרשב"ץ חולק** וסובר שקנין סודר לא מהני במקום שכותבים שטר. **הפתי"ש** **הסיק שדעת הטור והרמ"א (לקמן סי' קצב) נראית שדווקא חזקה מהני בלא שטר**, כיון שנעשה הקנין בגוף הקרקע, **אך קנין סודר דומה לקנין כסף שלא מהני** במקום שנהגו לכתוב שטר. וכן נקט בתשובת רשמי שאלה. ובפרט במקומות שהמנהג הוא לכתוב שטר אע"פ שעשו קנין סודר - שלא מהני ק"ס לחוד.

סעיף ב

בכסף כיצד, מכר לו בית או שדה ונתן לו כסף שוה פרוטה, קנה, ואין אחד מהם יכול לחזור בו. ואפי' נתן לו הכסף על מנת שיחזירהו לו, קנה.

1. כסף אינו קונה בפחות משה פרוטה, דפחות משו"פ לאו כסף הוא. אך אם נתן לו שו"פ קנה.

קידושין יג. "כשם שאין אשה נקנית בפחות מש"פ, כך אין קרקע נקנית בפחות מש"פ. אמרו ליה, והתניא: אף על פי שאין אשה נקנית בפחות משה פרוטה, קרקע נקנית בפחות מש"פ! א"ל: כי תניא ההיא - בחליפין, דתניא: קונין בכלי ואף על פי שאין בו שוזה פרוטה". **הב"י כתב** שהמקור הוא מקידושין ג. שאמרה הגמ' שאשה בפחות משו"פ לא מקניא, וביארו התוס' לפי שפחות משו"פ אינו כסף, והרי הוא בכלל קנין אחר. **אמנם, רעק"א והגר"א** ציינו שזו גמ' מפורשת בקידושין יג. ותמה רעק"א בשם חכם אחד מדוע הב"י לא הביא מקור זה.

2. אף אם נתן במתנה ע"מ להחזיר - קנה. קידושין ו: "אמר רבא: הילך מנה על מנת שתחזירהו לי, במכר - לא קנה וכו'. ועוד, הא רבא הוא דאמר מתנה על מנת להחזיר שמה מתנה וכו'. אלא אמר רב אשי: בכולהו קני, לבר מאשה".

3. האם כסף קונה בשווי, או בעצם נתינת הכסף כעין משיכה וכדו'? **סמ"ע** - בשווי, ולכן אם לא נתן את שווי המקח - לא קנה, אך אם נתן מקצת מהדמים בתורת פרעון, ואת שאר הדמים זקף במלוה - קנה. **ט"ז, נתיבות** - א"צ שהכסף יהיה בשווי המקח, אלא עצם מעשה נתינת הכסף הוא הקונה.

4. האם נתינת ממרנ"י מועיל מדין קנין כסף? **ש"ך** - כן, דבקידושין מזו הסתפקה הגמ' האם אפשר לקדש אשה בשט"ח דאחרים, דמכיון שיכול למחול אותו אולי לא סמכה דעתה. ממילא בממרנ"י שא"א למחול - ודאי שהיא מקודשת. ואע"פ ששטרות אין גופן ממון, אך לגבי קנין העיקר הוא שיש לו הנאה בכך.

5. האם נתינת שט"ח מועיל מדין קנין כסף?

א. שט"ח של אחרים: **ש"ך** - לא, כיון שיכול למחול אותו. ואע"פ שבקידושין בכה"ג הו' קידושי ספק, דווקא התם דדילמא קי"ל כלישנא שבש"ס שסוברת שאשה סמכתא דעתא שלא ימחול. אולם בסתם אדם ודאי לא סמכא דעתיה, וחייש שמא ימחלוה הקונה לאחר מכן. **קצות** - כן, דלשיטת התוס' הטעם אינו משום שלא סמכא דעתא, שהרי אף אם ימחול יצטרך לשלם מדינת דגרמי, אלא הטעם שהאשה מתביישת ולא תתבע את בעלה לדין, ולכן לא סמכא דעתא. אולם, בסתם אדם אם הלוקח ימחול את השטר - המוכר יתבענו לדין ויוציא ממנו את הכסף מדינת דגרמי, וא"כ ודאי שבקרקע המקח חל. (אך נשאר בצ"ע על התוס' מסתירת דבריהם מקידושין ובמ"מ).

ב. שט"ח של עצמו: בפת"ש (ב) הביא דיון בזה. הרמ"א פסק באה"ע (סי' כט, ו) שא"א לקדש אשה בשט"ח של עצמו, וא"כ לכאוף גם בקנין א"א לקנות בכה"ג. (ועיין שם בחלקת מחוקק ובב"ש שתמחו על הרמ"א בזה, ומדבריהם מתבאר שאף לסוברים שלא מהני, הוא לכאוף דווקא בקידושין מפני שאכתי אגיד בבעל, ולא הגיע אליה לגמרי, וא"כ לכאוף במכר לכו"ע מהני? וצ"ע). **אמנם, הביא שהמחנ"א כתב בשם רב האי גאון שבמכר ודאי שמהני שט"ח של עצמו אף לקנות מטלטלין,** דבכה"ג כיון שהמוכר עדיין לא קיבל מהלוקח את הדמים, לא שייך הטעם של 'נשרפו חיטיך בעליה', ולכן בכה"ג ודאי שמעות קונות. **וכן מוכח בש"ך (סי' לט ס"ק מט) שתשלום בשט"ח ידידה מהני אף לקנות בו מטלטלין. אמנם הבית אפרים חלק על הש"ך והמחנ"א הנ"ל, וס"ל דלא מהני.**

6. האם אפשר לקנות במלוה? רמב"ם – כן, ראב"ד – לא. הש"ך כאן נקט בסתמא שלא, ולא הזכיר שהרמב"ם חולק. דין זה מתבאר לקמן סימן רד סעיף י.

ג-ו קנין מדין ערב, עבד כנעני ואדם חשוב

קידושין ו: ז. "אמר רבא: תן מנה לפלוני ואקדש לך - מקודשת **מדין ערב**, ערב לאו אף ע"ג דלא מטי הנאה לידיה קא משעבד נפשיה, האי איתתא נמי, אף על גב דלא מטי הנאה לידה קא משעבדא ומקניא נפשה. הילך מנה והתקדשי לפלוני - מקודשת **מדין עבד כנעני**, עבד כנעני לאו אף ע"ג דלא קא חסר ולא מידי קא קני נפשיה (היינו כשאחר משלם עבורו ומשחרר אותו), האי גברא נמי, אף על גב דלא קא חסר ולא מידי קא קני לה להאי איתתא. תן מנה לפלוני ואקדש אני לו - מקודשת **מדין שניהם**, וכו'. בעי רבא: הילך מנה ואקדש אני לך, מהו? אמר מר זוטרא משמיה דרב פפא: מקודשת. וכו' אמר ליה: מי סברת דאמר ליה אגב? **הכא באדם חשוב עסקינן**, דבההיא הנאה דקא מקבל מתנה מינה - גמרה ומקניא ליה נפשה. איתמר נמי משמיה דרבא: **וכן לענין ממונא**."

הגמ' לומדת שקנין כסף מועיל גם כשהקונה לא חסר ממון (עבד כנעני), וגם כשהמתחייב לא מקבל את התמורה (ערב), וכן כששני הדברים באים יחד. כמו כן, למדנו שאפשר לקנות בנתינת מתנה לאדם חשוב, בההיא הנאה שהוא מקבל אותה. הגמ' הוסיפה "וכן לענין ממונא". **רש"י ביאר** היינו לענין הדין של ערב ועבד כנעני, ולא הזכיר אדם חשוב. **הר"ן** ביאר שכיון שרבה הסתפק מה הדין באדם חשוב, א"כ כשאמר "וכן לענין ממונא" לא דיבר על אדם חשוב. אך לדין דקיי"ל שאף באדם חשוב מקודשת – א"כ גם בממון זה מועיל. **הר"ף השמיט את דברי רבא "וכן לענין ממונא"**, ותמה הר"ן מדוע השמיטו. **הרמב"ם כתב דין זה לענין ממונות רק לגבי קנין ערב**, אך לא לשאר הדברים. ותמה הר"ן מדוע? וכתב שכנראה הוא סובר שדווקא באשה מהני דעבד "גמר לה לה מאשה", משא"כ בממונות. **הב"י ביאר** שהרמב"ם אינו חולק על רבא, אלא גרס את דברי רבא רק על קידושין מדין ערב. לעומתו, **שאר הראשונים** למדו שדברי רבא נאמרו גם על שאר הדברים, **וכן פוסק השו"ע** אלא שכתב זאת בשם י"א כיון שהרמב"ם השמיטם.

סעיף ג

האומר לחבירו: תן מנה לפלוני וקנה לך קרקע שלי, כיון שנתן, קנה.

האומר לחבירו תן מנה לפלוני, ובכך תקנה את הקרקע שלי – מהני, מדין ערב וכמו שנתבאר.

סעיף ד

י"א שהוא הדין לאומר לחבירו: הילך מנה ויהיה שדך מכור לפלוני, כיון שקבל זה ממנו נקנה השדה לאותו פלוני. הגה: והוא שאותו פלוני חפץ בזה, כגון שעשאו שליח או שאמר למוכר: שדך קנוי לי במה שנתן לך פלוני (טור).

1. האומר לחבירו: הרי לך כסף, ותקנה את שדך לפלוני – מועיל, וכיון שקיבל את הממון ממנו – נקנה השדה לאותו פלוני. מדין עבד כנעני, וכמו שנתבאר.

2. האם צריך אמירה? פשט רמ"א – כן, כדברי הטור. **קצות, נתיבות** – לא, שהרי זכין לאדם שלא בפניו, ומיירי הכא באופן שאינו ודאי זכות לו.

הטור כתב שצריך אמירה, **והב"י תמה** שדווקא בקידושין בעינן אמירה, אך במו"מ לא בעינן. ולכן השמיט זאת בסעיפים ג, ד, ו. **הרמ"א השמיט** זאת בסעיף ג, אך בסעיפים ד' ו' כתב שצריך שיהא שלוחו או שיאמר אותו פלוני למוכר שדך קנוי לי במה שהוא שילם עבורי. **הסמ"ע** (ו) ביאר שבסעיף ג לכו"ע לא בעינן אמירה, דכיון שהקונה נותן המעות אם לא היה מתרצה במקח - לא היה נותן מעותיו.

הקצות והנתיבות תמהו הרי קיי"ל שזכין לאדם שלא בפניו!! לכן העמיד הקצות שמיירי כשלא נתן במתנה גמור, אלא הוא מתכוון שאותו פלוני ישלם לו אח"כ, ולכן בכה"ג לדעת הרמ"א אין זה זכות וצריך שיגלה דעתו שניחא ליה. ואילו לדעת השו"ע זה זכות, כיון שסו"ס מעשה הקנין הוא זכות עבורו. **אולם, הנתיבות** הקשה שהרי בסעי' ה א"א להעמיד בכה"ג!! ולכן העמיד במקרה בו הוא משלם מקצת מהמחיר של הקרקע (במתנה) על דעת שחברו ישלם אח"כ את רוב התשלום, ובכה"ג לא בהכרח הוא זכות לו.

סעיף ה

וכן י"א שהוא הדין לאומר לחבירו: תן מנה לפלוני ויהיה שדי מכור לו לאותו פלוני עצמו, כיון שקבל פלוני המנה מזה, נקנה לו לאותו פלוני עצמו השדה. (והוא שהלוקח חפץ בזה, וכדרך שנתבאר בסמוך).

האומר לחבירו תן מנה לפלוני ויהיה שדי מכור לו – מועיל, וכיון שנתן לאותו פלוני המנה נקנית לו השדה; מדין שניהם וכמו שנתבאר.

סעיף ו

וכן י"א שה"ה לאומר לחבירו: הילך מנה ויהיה שדי מכור לך עצמך בו, כיון שזכה במנה נקנה לו השדה, והוא שיהיה אדם חשוב שהמכור נהנה במה שהוא מקבל ממנו מתנה. הגה: 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 (מרדכי סוף כתובות).

1. אם נתן לחבירו מתנה מנה, או כל דבר אחר, ורוצה שבכך תקנה לו שדהו – מהני, מדין אדם חשוב. דהיינו, שכיון שהוא מסכים לקבל מהנותן את מתנתו, נמצא שהוא נותן לנותן הנאה ששוה פרוטה, ותמורת ההנאה הזאת הנותן מקנה לו את שדהו; ומהני מדין קנין דמים.

2. האם קנין זה מועיל גם במטלטלין? נתיבות – כן, קצות – לא. הר"ן בקידושין כתב בשם ר"ח שקנין אדם חשוב מועיל בין מדין קנין כסף ובין מדין קנין חליפין, דכיון שהוא מקבל הנאה הוא מקנה את תמורתה או מדין כסף או מדין חליפין, ונמצא שזה מועיל אף להקנות מטלטלין. **הקצות (ג) התקשה** בדבריו, שהרי בחליפין לא מספיק לתת הנאה, אלא צריך הנאה של כלי, שהרי פירות לא עבדי חליפין ואע"פ שודאי יש הנאה בקבלת הפירות! **לכן ביאר** שהר"ן אילל לשיטת ר"ח, שהחסרון בפירות הוא שהם נרקבים, וממילא כל דבר שאינו נרקב מהני בחליפין, ולכן גם ההנאה של אדם חשוב הרי היא קיימת לעולם ומהני. **אולם, לדידן החסרון בפירות הוא** מכיון שאין עושים בהם מלאכה, ובעיני דווקא הנאה של כלי עושים בו מלאכה, ולכן לדידן – א"א לקנות בהנאה זו בחליפין, ונמצא שזה מועיל דווקא באשה ובקרקע שנקנים מדין קנין כסף, אך לא במטלטלין.

אולם, הנתיבות כתב (ד) שלא מצאנו שחלקו על הר"ן, ולכן וודאי שדבריו נכונים אף לדידן. וטעמא דמילתא דס"ל **כשיטת ר"ת שבחליפי שוה בשוה אין צורך בכלי**, והר"ן דיבר במקרה בו תמורת ההנאה של המתנה אדם מקנה לחבירו את המטלטלין לגמרי, ואינו חייב לשלם לו אח"כ את דמיהם. אולם, הכא מיירי שהחליפין הם רק בשביל לבצע את מעשה הקנין, ולאחר מכן ישלם הקונה את שאר דמי השדה, ובכה"ג זה מועיל רק בקנין דמים ולא בחליפין, ולכן השו"ע כתב כאן דין זה רק לגבי קרקע.

(בדברי ר"ת מבואר שיש ב' אופני קנין חליפין, האופן הראשון – שמקנים חפץ אחד תמורת השני, ובמשיכת החמור נקנית הפרה. ובכה"ג זהו קנין גמור, וא"צ בכלי וכדו'. וזהו נקרא שוה בשוה, כיון שאנו רוצים להחליף חפץ אחד תמורת השני, וכל אחד זקוק לחפץ שביד חברו. אמנם, יש אופן נוסף שבו הקנין נעשה רק כדי להחיל את הדבר, אך באמת אין לי צורך בסודר שאני קונה, ובכה"ג אני מושך את הסודר ומקנה לך את החפץ ואתה מתחייב לי תמורתו את דמיו, ובעצם הסודר מיותר כאן, ולכן בכה"ג צריך דווקא כלי וכדו' שהוא חשוב, אך בסתם דברים לא מהני, ועיין לקמן בסי' רג, א' בבואר מהי דעת השו"ע בדין זה).

3. מה הדין אם נותן לאדם חשוב מתנה ע"מ להחזיר? ב"ח – לא מהני. קצות – מהני. הר"ן הקשה לרב הסובר שבעיני כליו של קונה דווקא, מדוע לא מהני כליו של מקנה מדין אדם חשוב! **ותירץ** שבד"כ קנין סודר הוא ע"מ להחזיר, ובכה"ג אין זה הנאה ולכן בעיני כליו של קונה. אולם כשנותן לו לגמרי חשיב הנאה ומהני אף לרב, ובהכי מיירי באדם חשוב. **מזה למד הב"ח** שאם נותן לאדם חשוב מתנה ע"מ להחזיר לא מהני. **אולם, הקצות (ד) מבאר שיש הבדל בין מתנה ע"מ להחזיר, שהיא מתנה גמורה אלא שיש בה תנאי שיצריך להשיבה לבסוף, ובהכי יש הנאה גמורה ומהני. לבין קנין סודר שאינו מתנה כלל, אלא 'קני ע"מ להקנות', ודווקא בכה"ג דיבר הר"ן שלא חשיב הנאה ולא מהני אף באדם חשוב.**

כמו כן, כתב לתרץ את קושית המג"א מדוע מברכים הטוב והמטיב כשמקבל המתנה עשיר ואינו אדם חשוב, הרי אין הנאה לנותן רק למקבל! **ותירץ ע"פ דברי הר"ן הנ"ל שלעולם יש הנאה לנותן, אלא שבאדם רגיל היא אינה שווה פרוטה וא"א לקנות בפחות משו"פ בקנין דמים, אך חיוב ברכת הטוב והמטיב שייך אף כאשר ההנאה אינה שוה פרוטה.**

4. מלוה שמכר קרקע ללוה וקיבל ממנו מעות – אינו יכול לעכב הממון בחובו, אלא הקרקע קנויה ללוה ויכול המלוה לגבותה אח"כ בחובו. **ואע"פ שבמטלטלים יכול לעכב המעות בחובו ולא לתת המטלטלים ללוה** (לקמן רד, יא), שאני התם שיכול הלוה להבריחם, ולכן יכול המלוה לעכבם בחובו בתורת משכון, (אך אם הלוה רוצה לפרוע חובו – חייב להחזיר לו המטלטלין, ואם לא – יש עליו ימי שפרע'). אולם, בקרקע כיון שא"א להבריחה אינו יכול לעכבה בידו; סמ"ע (ז).

דווקא כשהמלווה אמר בתחילה שהוא מוכן לקבל המעות בתור מכר, אולם אם קיבלם בשתיקה – יכול לעכבם בחובו, ולומר אין שקלי ודידי שקלי; **קצות** (ה). אע"פ שבאשה אם קיבלתם בסתמא אינה יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי אע"פ פירשה – אין למידין מקידושין, דשאני התם שחזקת כל הנשים רוצות להתקדש, ולכן כל שלא הזכיר לה פרעון מעיקרא לשם קידושין נתכוונה; רשב"א בקידושין (יג).

אם הזכיר בתחילה לשם פרעון, אע"פ שאח"כ קיבלם לשם מכר – יכול לומר 'אין שקלי ודידי שקלי'; קצות הנ"ל.

ז-ח קנין כסף במקום שדרך לכתוב שטרות

קידושין כו. "אמר רב: לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר, אבל במקום שכותבין את השטר – לא קנה, ואי פריש – פריש. כי הא דרב אידי בר אבין כי זבין ארעא, אמר: אי בעינא בכספא איקני, אי בעינא בשטרא איקני; אי בעינא בכספא איקני, דאי בעיתו למיהדר לא מציתו הדריטו, ואי בעינא בשטרא איקני, דאי בעינא למיהדר הדרנא ביי".

סעיף ז

בד"א שקנה בכסף לבדו, במקום שאין דרך לכתוב שטר; אבל במקום שדרך לכתוב שטר, לא קנה עד שיכתוב את השטר.

1. במקום שדרך לקנות בשטר, אע"פ שנתן את הכסף לא קנה עד שיכתוב את השטר, והטעם דלא סמכא דעתיה של הלוקח עד שיכתבו לו שטר; רש"י והר"ן.

כתב הר"ן שיש אומרים שדין זה נכון דווקא בשטרי קנין, והטעם הוא שכיון שיש לפניו ב' דרכי קנין אין דעתו של אדם לקנות אלא במעשה היותר מועיל שהוא השטר. אולם, בשטר ראייה, כיון שהקנין נעשה רק ע"י הכסף, ודאי שקנה מיד כשנתן את המעות. אך הוא עצמו כתב **שהטעם הוא מפני שלא סמכא דעתיה של הלוקח עד שיכתבו לו את השטר, וזה נכון בכל סוג שטר**. אלא שבשטרי קנין אין הקנין חל אלא בשעה שכותבים את השטר, ובשטר ראייה – כאשר יכתבו את השטר יחול הקנין למפרע משעת נתינת המעות.

2. **כיון שהמקח לא חל – אף המוכר יכול לחזור בו**, דכל היכא שהמקח בטל שניהם יכולים לחזור בהם, פת"ש (ה).

3. **מה הדין במוכר שדהו מפני רעתה? נתיבות – אפי' הכי לא מהני**, דדוקא בשטר בלא דמים קנה, דהתם המוכר רוצה למכור כדי להיפטר מהשדה. משא"כ הכא דהלוקח לא סמכא דעתיה, ולכן רוצה שטר, וא"כ כ"ש בכה"ג שאינו רוצה שיחול המכר ללא שטר. שו"ת באר יצחק – המקח חל, כך נראה לו מוכח מתשובת הרשב"א. (פת"ש ו).

סעיף ח

התנה הלוקח ואמר: אם ארצה אקנה בכסף ואם ארצה אקנה בשטר, ונתן הכסף על תנאי זה, הרי זה קיים ואין המוכר יכול לחזור בו מפני התנאי, והלוקח יכול לחזור בו עד שיכתוב לו השטר. וכן אם התנה המוכר בזה אז הדבר תלוי בו.

אם התנה אחד מהם שיוכל לקנות או בכסף או בשטר, הרי התנאי חל, ויש לו יכולת לבחור האם לקיים את המקח מיד או להמתין עד שיכתבו לו שטר; ואין השני יכול לחזור בו. דין זה נלמד ממעשה דרב אידי בר אבין, **וכתבו הרמב"ם והרמ"ה** שהוא הדין שהמוכר יכול לעשות תנאי זה.

סעיף ט

הקונה מחבירו קרקע, ופסקו הדמים והניח משכון עליהם, לא קנה, וכל הרוצה לחזור משניהם, חוזר. הגה: אבל אם אמר לו: קנה בגוף המשכון לפי מעותיך, קנה (תוס' ומרדכי פ"ק דקדושין). ועיין לקמן סימן ר"ד סעיף ה' וסימן ר"ז סעיף י"ז.

1. הרוצה לקנות קרקע, ופסקו הדמים והניח למוכר משכון עליהם – לא קנה, וכל אחד משניהם יכול לחזור בו; דמנה אין כאן – משכון אין כאן, ויתבאר בסמוך.

2. אם הקנה לו בגוף המשכון כדי מעות הקרקע – קנה, רמ"א בשם התוס' והמרדכי.

קידושין ח. "אמר רבא אמר רב נחמן: אמר לה התקדשי לי במנה, והניח לה משכון עליה – אינה מקודשת, **מנה אין כאן, משכון אין כאן**. איתביה רבא לרב נחמן: קידשה במשכון – מקודשת! התם במשכון דאחרים, וכדרי יצחק".

ג' שיטות בראשונים:

א. רש"י ורא"ש – א"א ליצור שעבוד כשאינו חוב, וכיון שאינו מתחייב לה אלא רק נותן משכון – אין כאן כלום. אך אם יתחייב לה מנה ויתן לה משכון עליו – מקודשת, וכמו כן המקח יחול; לכן אם יכתוב שט"ח על עצמו ויתן אותו למוכר – זה מועיל לקנין ולקידושין.

ב. רמב"ן, רשב"א, ר"ן – החסרון הוא שלא נעשה פה מעשה קנין, כיון שהחפץ לא יצא מיד הנותן ליד המקבל. הם מחדשים, שהמשכון אינו עומד בפני עצמו, אלא הרי הוא קצה הקרחון של החוב, וכיון שהחוב עצמו לא יצא מיד הנותן ואכתי 'אגיד ביה' לא נוצר כאן מעשה קנין. המשכון ודאי שווה כסף, ולכן אם קידשה במשכון דאחרים מהני, אך ההבדל בין משכון בחוב ידידיה למשכון בחוב דאחרים, הוא שבחוב דאחרים כל מה שיש לו הוא רק המשכון, ואת זה הוא מעביר לאשה, א"כ הכל יצא ממנו ועבר אליה. אולם, בחוב ידידיה, מלבד המשכון יש לו גם את עצם החוב, ועצם החוב לא יצא ממנו, ולכן אינה מקודשת. טעמם הוא שהמשכון אינו ענין בפני עצמו, אלא הרי הוא כבית יד לאחוז בחוב, וכלשון הר"ן: "שאין המשכון אלא להבטחת השעבוד", וכיון שאת השעבוד (דהיינו ממון החוב) הוא עדיין לא העביר לה – א"כ כביכול גם המשכון לא עבר אליה, שהרי זה דבר אחד. וכלשון הרמב"ן: "דחכא לא מטי לידה כלום והכא לא נפיק מיניה כלום דשעבודא ברשות ליה הוא וכולי ממונא גביה וכיון דאגיד ביה לאו קדושין ניהו".

ג. ר"י מייגש – משיכה קונה רק כשרוצה לזכות בגוף החפץ, אך במשכון כיון שהקנין אינו לגוף החפץ אלא לשעבוד שבו, בכח"ג צריך דווקא קנין כסף. ולכן בשעת ההלואה בע"ח קונה משכון מדין קנין כסף, ולאחר ההלואה רק ע"י גוביינא דבית דין.

אמנם, אם מקנה לו כשיעור דמי הקרקע בגוף המשכון – מהני לכו"ע, כיון שהקנה לו את גוף החפץ. הראב"ד כתב שאם אמר לו 'קנה במשכון שעבוד מנה' – מהני. היו שכתבו שהראב"ד חולק על הרא"ש והוא שיטה אחרת הסובר שאפשר לשעבד נכסים גם כשאין חוב. אולם, הקצות הוכיח מהריטב"א שהראב"ד מודה לרא"ש, וכתב שצ"ל שהראב"ד מיייר כשאומר "זכה במשכון בשיעור מנה לשעבוד החוב", ובכח"ג מהני כיון שזה לא שעבוד אלא הוא ממש מקנה לו את גוף המשכון, ובהא כו"ע מודו.

3. האם אפשר לכתוב שטר חוב על עצמו בדמי הקרקע, ולקנותה בכך? רא"ש ודעימיה – כן, רשב"א ורמב"ן – לא. הקצות (ו) אומר שלמח' הקודמת יש נפק"מ גם בשאלה זו, שלשיטת הרא"ש מהני, ולשיטת הרמב"ן לא מהני, שהרי את עצם החוב לעולם אינו נותן לו. והוא מאריך לדון האם יש ראייה לאחת מהשיטות מהש"ס.

י"ז עייל ונפיק אזוזי

ב"מ עז: "כל החוזר בו – כיצד? הרי שמכר שדה לחבירו באלף זוז – ונתן לו מעות מהן מאתים זוז, בזמן שהמוכר חוזר בו – יד לוקח על העליונה, רצה – אומר לו תן לי מעותי, או תן לי קרקע כנגד מעותי. מהיכן מגביהו – מן העידית. ובזמן שלוקח חוזר בו – יד מוכר על העליונה, רצה – אומר לו: הילך מעותיך, רצה – אומר: הילך קרקע כנגד מעותיך. מהיכן מגביהו – מן הזיבורית. רבן שמעון בן גמליאל אומר וכו'. אמר מר: מהיכן מגביהו מן העידית. קא סלקא דעתך מעידית דנכסיו, ולא יהא אלא בעל חוב, ותנן: בעל חוב דינו בבינונית! ועוד: הא ארעא דיהיב זוזי!! אמר רב נחמן בר יצחק: מעידית שבה, ומזיבורית שבה. רב אחא בריה דרב איקא אמר: אפילו תימא מעידית דנכסיו, סתם מאן דזבין ארעא באלפא זוזי – אוזולי מוזיל ומזבין נכסיו, והוה ליה כניזק, ותנן: הניזקין שמין להן בעידית.

רבן שמעון בן גמליאל אומר וכו' טעמא דכתב ליה הכי, הא לא כתב הכי – לא קני? והתניא וכו' לא קשיא; הא – דקא עייל ונפיק אזוזי, הא – דלא קא עייל ונפיק אזוזי. דאמר רבא: האי מאן דזבין מידי לחבריה וקא עייל ונפיק אזוזי – לא קני, לא קא עייל ונפיק אזוזי – קני".

ג' שיטות מרכזיות בביאור הסוגיא: א. שיטת הרא"ש והטור. ב. שיטת הרמב"ן, הר"ן והנמוק"י. ג. שיטת הרמב"ם. ואף בהבנת שיטות הראשונים נחלקו האחרונים (סמ"ע (יא), נתיבות (ו), גר"א (יב)). כמו כן נחלקו האחרונים כיצד פסקו השו"ע והרמ"א לדינא.

א. שיטת הרא"ש והטור: הרא"ש פסק כרב אחא שיכול לגבות מעידית שבנכסיו דהוה ליה כניזק.

1. הבנת הסמ"ע: לדעת הרא"ש המקח בטל לגמרי, אף כנגד מה שקיבל כבר מעות מהלוקח. אלא שהוא מתבטל בב' שלבים: בתחילה המקח מתבטל כנגד המעות שעדיין לא קיבל, דכיון שעייל ונפיק אזוזי לא גמר והקנה אלא על דעת שיתן לו מעותיו מיד. וכיון שנתבטל מקצתו – יכול המוכר לומר 'לדמי כל השדה הייתי צריך', ולא מכרתי על דעת למכור חצייה. וכיון שהמוכר יכול לבטל המקח – אף הלוקח יכול לבטלו, דאין קיום מקח לחצאין. וכיון שכאשר אחד מהם חוזר בו, הרי המקח בטל לגמרי, נמצא שאע"פ שיכול הלוקח לדרוש קרקע כנגד מעותיו, אין זה מדין קיום המקח לגבי המעות ששילם, אלא מדין גביית בע"ח שמגבהו מהקרקע, דשוה כסף הרי הוא ככסף, ולכן אינו גובה אלא כשער של עכשיו.

נמצא, שאם המוכר חוזר בו יכול הלוקח לדרוש שיחזיר לו מעותיו בכסף, ואם אין לו מעות יכול ליתן לו שווה כסף. כמו כן, מתחדש כאן שיכול הלוקח לתבוע שיחזיר לו חובו בקרקע בדווקא, ועל כך הקשה הנתיבות שנמצא שייפה כוחו יותר מדין בע"ח רגיל, שהרי בע"ח אינו יכול לדרוש שיתנו לו קרקע כאשר יש לחייב מעות, וכאן יכול! והטעם נראה, שייפה כוחו של הלוקח מחמת שסו"ס נתן את מעותיו כדי לקנות קרקע, וכיון שהוא מזיקו בכך שחוזר בו – קנסו את המוכר ליתן לו מהעידית שבנכסיו, וכמו כן קנסוהו שיוכל לדרוש דווקא קרקע, שהרי על כך נעשה המקח. (אמנם, אין

המוכר חייב ליתן לו דווקא קרקע זו, אלא יכול ליתן לו אחרת). **וכן אם הלוקח חוזר בו**, יד המוכר על העלוונה שיכול לשלם לו מעות מזיבורית, או להכריחו לקבל קרקע מזיבורית שבנכסיו, ומדין פרעון חוב ולא מדין קיום המקח, ולכן יתן לו כשער של עכשיו.

2. הבנת התיבות: הרא"ש נקט שיש חילוק בין חלק המקח שקיבל מעות כנגדו ובין מה שלא קיבל מעות כנגדו. כנגד מה שעדיין לא קיבל מעות – המקח בטל לגמרי מדינא, ואף אחד אינו צריך לחזור בו. אולם, לגבי מה שקיבל כבר מעות, מדינא המקח קיים, אלא שכל אחד מהם יכול לחזור בו מחמת שיכול לטעון "אדעתא דהכי לא התכוונתי למכור/לקנות, כיון שרציתי למכור/לקנות שדה גדולה", ובכה"ג נאמר שכל החוזר בו ידו על התחתונה.

נמצא, שאם המוכר חוזר בו מהחלק שעדיין לא קיבל עליו מעות, אך רוצה לקיים את המקח שקיבל עבורו מעות, אולם הלוקח רוצה לבטל הכל – יד הלוקח על התחתונה, ולכן המוכר יכול לבחור האם לקיים את המקח ולתת לו מהזיבורית שבשדה כשיעור מעותיו, כשער של שעת המקח. או לבטל ולתת דמים כשער של עכשיו, ואם אין לו דמים יכול לתת לו זיבורית בתור שווה כסף כשער של עכשיו. **וכן, אם המוכר חוזר בו מכל המקח**, ידו על התחתונה שיכול הלוקח לומר לו אני רוצה לקיים את המקח כנגד מה שקיבלת, ובכה"ג המוכר צריך ליתן לו מהזיבורית שבה כשיעור מעותיו כשער של אז, כדין מי שקונה חצי שדה בסתם (שביד המוכר ליתן לו מהגרוע שבשדה כשיעור מעותיו).

בדברי הגר"א נראה שהבין את הרא"ש כנתיבות.

ב. שיטת הרמב"ן, הנמוק"י והר"ן: אף הם פסקו כרב אחא שמגבהו מהעדיית כדין מזיק. **אלא שלשיטתם דין זה נאמר רק כאשר הלוקח דרוש מעות**, דאם הוא רוצה קרקע נמצא שהוא רוצה בקיום המקח, ובכה"ג אין דינו אלא בזיבורית כדין הלוקח חצי שדה, ואינו ניזק כלל. ומאידך, אם רוצה לבטל המקח אינו יכול לדרוש קרקע, דהרי הוא אינו בא אלא מדין חוב, ובעל חוב אינו יכול לדרוש קרקע. **אלא, שאם אין למוכר מעות ומגביהו חובו מהקרקע – יתן לו מהעדיית כדין ניזק.**

כמו כן, לשיטתם, דין "כל החוזר בו ידו על התחתונה" נאמר גם על החוזר בו אף ממה שלא קיבל עליו דמים, דאע"פ שעדיין לא שילם לו – המקח כולו קיים, ולכן הרוצה לחזור בו ולבטל – ידו על התחתונה. כמו כן כתבו שאם המוכר רוצה לקיים את המקח ולא לבטלו – אין הלוקח יכול לדרוש ביטול מקח. אלא רק אם המוכר מרשה ללוקח לחזור בו – רשאי הלוקח לחזור בו, ובכה"ג תהיה ידו של הלוקח על התחתונה.

נמצא, שאם המוכר חוזר בו מהמקח כולו, ידו על התחתונה לגבי המעות שכבר קיבל, ויכול הלוקח לדרוש לקיים את המקח לגבי מה ששילם ויתן לו מהזיבורית שבה כשער של אז. וכמו כן, יכול לדרוש לבטל את המקח כולו ושיתן לו מעותיו, ובכה"ג יתן לו מעות, ואם אין לו כסף ונותן לו שווה כסף יתן לו מהעדיית שבנכסיו כדין ניזק, ובכה"ג יתן לו כשער של עכשיו. כמו כן, **אם המוכר אינו רוצה לחזור בו, אך הלוקח רוצה לבטל המקח והמוכר נותן לו רשות – יד הלוקח על התחתונה לגבי מה ששילם**. לכן אם המוכר רוצה לקיים המקח לגבי חלק זה – יכול ליתן לו מזיבורית שבה כפי השער של אז. או לבטל את המקח ולהחזיר לו מעותיו, ואם אין לו מעות יתן לו שווה כסף או קרקע מזיבורית שבנכסיו כשער של עכשיו.

הסמ"ע כתב שנראה לו שאף הר"ן יודה שיכול הלוקח לדרוש קרקע מדין ביטול מקח, ויצטרך המוכר ליתן לו מעידית שבנכסיו וכדברי הרא"ש. **אולם, התיבות חלק עליו**, ולשיטתו אף לדעת הרא"ש אין הלוקח יכול לדרוש קרקע מדין ביטול מקח, אלא רק מדין קיום המקח ובכה"ג יקבל זיבורית.

ג. שיטת הרמב"ם: הרמב"ם פסק **כרב נחמן בר יצחק** שנותן לו מעידית שבה ומזיבורית שבה.

1. הבנת הגר"א והסמ"ע: לדעת הרמב"ם המקח בטל לגמרי, בין ממה שעדיין לא שילם ובין ממה ששילם כבר. הגר"א כותב שכן פשט דברי רבא "האי מאן דזבין מידי לחבריה וקא עייל ונפיק אזוזי – לא קני". וכן מהסיפור בסמוך "ההוא גברא דזבין ליה חמרא לחבריה, ופש ליה חד זוזא, וקא עייל ונפיק אזוזא. יתיב רב אשי וקא מעיין בה: כי האי גוונא מאי, קני או לא קני? אמר ליה רב מרדכי לרב אשי: הכי אמר אבימי מהגרונא משמיה דרבא: זוזא כוזאי דמי, ולא קני". ומשמע שלא קנה כלל, לפי זה ברור שחוב התשלום הוא כשער של עכשיו, כדין כל בעל חוב.

נמצא שאם הלוקח חוזר בו ורוצה קרקע – נותן לו מזיבורית שבה כשער של עכשיו, ואם המוכר חוזר בו הלוקח יכול לדרוש קרקע וצריך ליתנה לו מעידית שבה וכשער דהשתא, משום קנס.

2. הבנת התיבות: התיבות הבין שהרמב"ם סובר כר"ן לענין זה שהמקח חל לגבי מה שנתן עליו דמים, וכפשט לשונו "לא קנה הלוקח את כולה", ומשמע שמקצתה קנה. וכן מכך שפסק כרב נחמן בר יצחק שנותן לו מזיבורית שבה ומעידית שבה – משמע שזה מדין קיום המקח, ולא מדין פרעון חוב שא"כ מדוע צריך דווקא מאותה שדה ולא יכול ליתן משדה אחרת!! ולכן ברור שהחוב ליתן הוא כשער של שעת המקח ולא כשער של עכשיו.

3. הבנת הט"ז: הט"ז הסכים עקרונית עם התיבות שהרמב"ם סובר שהמקח חל בחלקו, אלא שבנוסף לזה יש צד של קנס שקנסו את החוזר בו שתהיה ידו על התחתונה, ולכן יש צד מסוים בו הוא דומה לבעל חוב. דהיינו, שכמו שאם המוכר חוזר בו קנסו אותו לשלם מעידית שבה, אע"פ שבסתם לוקח מחברו חצי שדה אינו צריך ליתן לו אלא מזיבורית שבה, אך כאן קנסנו את החוזר בו להיות כמזיק ולשלם מעידית שבה, כשער של שעת המקח (שהרי המקח חל). **כך גם**

כאשר הלוקח חוזר בו קנסו אותו לקבל מזיבורית שבה (כדינו), אך כשער דהשתא ולא של שעת המקח (כדין בע"ח). ע"פ זה רצה ליישב את התמיהה שתמהו כולם על דברי הרמ"א, כמי פסק וכמו שנכתוב בסמוך.

פסיקת ההלכה:

א. מהי דעת הרמ"א? הרמ"א כתב שאם חזר בו הלוקח ידו על התחתונה ונותן לו מזיבורית שבה כשער של עכשיו, ומאידך אם חזר בו המוכר נותן לו מעידית שבה כשער של שעת המקח. האחרונים התקשו כמאן סבירא ליה!! הרי אם מיירי שנותן לו קרקע מדין קיום המקח, א"כ צריך ליתן לו זיבורית וכשער של שעת המקח, ואין זה משנה מי חזר בו!! ומאידך, אם נותן לו מדין בעל חוב ששואה כסף ככסף, א"כ מדוע שלא יתן לו בכל ענין כשער דהשתא, ומעידית!! הסמ"ע והגר"א נשארו בצ"ע על דבריו.

הנתיבות כתב ש"ל שיש ט"ס בדבריו, וצריך להפוך את הגהותיו. דהיינו שמה שכתב שנותן לו מהשער של עכשיו צריך להיות על המקרה בו נותן לו מהעידית. ומה שכתב שנוטל כשער שפסקו, צריך להיות על המקרה בו נוטל מהזיבורית. והיינו שלגבי זיבורית נוטל כשער שפסקו דס"ל כרמב"ן והר"ן. ולגבי עידית שכתב שנוטל כשער דהשתא, היינו שכוונתו לחלוק על השו"ע שפסק כרמב"ם שנוטל מעידית שבאותה שדה, ועל כך כתב הרמ"א שאם נוטל מהעידית היינו לא מדין קיום מקח אלא מדין בעל חוב, ולכן צריך ליטול כשער דהשתא שהרי המקח בטל, וממילא ברור שכוונתו לומר ג"כ שאינו חייב ליתן לו מהעידית שבה אלא יכול ליתן לו מהעידית שבנכסיו.

והט"ז ביאר שכך למד הרמ"א את דברי הרמב"ם, וכפי שביארנו דבריו בביאור שיטת הרמב"ם.

ב. כמי פסקנו לדינא?

סמ"ע – הסמ"ע נוקט לדינא כדעת הרא"ש והטור, ורוצה לומר שכך גם דעת הרמב"ם והשו"ע. ונמצא שלשיטתו לעולם נוטל כשער דהשתא, אלא שהרמב"ם והשו"ע חלקו על הרא"ש בנקודה צדדית, שהקנס אינו רק שיתן מעידית שבנכסיו, אלא שהוא יכול לדרוש לקבל או לתת מאותה שדה (אך לא מדין קיום מקח, אלא מדין בע"ח), והיינו כדהשתא.

נתיבות – הנתיבות נוקט שהעיקר לדינא כדעת הר"ן, שאם רוצה לקבל או לתת מאותה שדה נותן מזיבורית כשער שפסקו אז ומשום קיום המקח, ואם אינו רוצה יתן לו דמים כשער דהשתא ומשום בעל חוב.

כמו כן כתב הנתיבות (ז) שדין זה הוא דווקא כשעכשיו הלוקח רוצה לשלם את כל הדמים, אולם אם אין הלוקח משלם עכשיו את כל הדמים – ודאי שהמוכר יכול לחזור בו מכל המקח וידו על העליונה.

סעיף י

המוכר שדה לחבירו באלף זוז, ונתן לו מקצת הדמים, והיה יוצא ונכנס ותובע שאר הדמים, אפילו לא נשאר לו אלא זוז אחד, לא קנה הלוקח את כלו, אף על פי שכתב השטר או החזיק.

חזר בו הלוקח, יד המוכר על העליונה, רצה אומר לו: הילך מעותיך, או: קנה מהקרקע כנגד המעות שנתת, ונותן לו מהזיבורית שבה, (ונותן לו כפי השער של עכשיו) (ר"ן פ"ק דקדושין המגיד פ"ה דמכירה ב"י בשם הרא"ש). ואם חזר המוכר, יד הלוקח על העליונה, רצה אומר לו: תן לי מעותי, או: תן לי קרקע כנגד מעותי, ונוטל מהיפה שבה (כשער שפסקו) (פוסקים הנ"ל).

ואם לא היה יוצא ונכנס ותובע, קנה הלוקח את כולה, ואין אחד מהם יכול לחזור בו, ושאר הדמים עליו כשאר החובות. הגה: וכן אם זקף עליו הנשאר במלוה, אף על פי שיוצא ונכנס אחר הדמים, קנה.

וכל זה שנתן לו מקצת הדמים בתורת פרעון, אבל לא נתן לו אלא בערבון בעלמא, אפילו לא נפיק ועי"ל אזוזי, לא קנה רק נגד מעותיו (הכל בטור), אלא אם פירש שיקנה נגד הכל, ושניהם יכולין לחזור בהן, ולא קנה רק מן הגרוע שבשדה נגד מעותיו (ב"י בשם תוס' והמרדכי והגהות אשרי פרק הזהב).

1. המוכר שדה לחבירו, ונתן לו מקצת מהדמים בתורת תשלום על דמי הקרקע, אע"פ שלא שילם לו אלא מקצת הדמים – קנה את כל השדה, ושאר המעות שלא נתן הרי הם חוב כמו הלואה וכדו'.

2. אולם, אם המוכר "עייל ונפיק אזוזי", דהיינו מחזר אחריו לתבוע חובו, והלה דוחהו בלך ושוב, לא קנה את כל השדה.

לכן, אם חזר בו הלוקח ידו על התחתונה, ויכול המוכר לומר לו טול קרקע זיבורית מאותה שדה כנגד מעותיך, או להחזיר לו את הדמים. וכן אם חזר בו המוכר ידו על התחתונה, ויכול הלוקח לומר לו תן לי קרקע עידית מאותה שדה כנגד מעותי, או החזר לי הדמים. **וכמו שנתבאר בהרחבה בהקדמה לסעיף זה.**

3. אף כשעייל ונפיק אזוזי – אם בשעת הקניה זקף עליו את שאר הדמים במלוה במפורש, קנה את כולה, וא"א אינו יכול לחזור בו.

ברייתא הנ"ל: "רבן שמעון בן גמליאל אומר: מלמדין אותן שלא יחזרו. כיצד? כותב לו: אני פלוני בן פלוני מכרתי שדה פלונית לפלוני באלף זוז, ונתן לי מהם מאתיים זוז, והריני נושה בו שמונה מאות זוז. קנה, ומחזיר לו את השאר אפילו לאחר כמה שנים". ומבואר בגמ' שהצורך בזקיפה במלוה מפורשת היינו רק בעייל ונפיק אזוזי, אולם בסתמא קנה גם כשלא זקף במלוה.

הרשב"א כתב שהיו שרצו ללמוד מדברי רשב"ג "מלמדין אותן שלא יחזרו" שדווקא בכה"ג מהני כדי שלא יוכל לחזור בו בעייל ונפיק אזוזי, אולם בשאר דברים לא. אך כתב **שלדעתו אין משם ראייה**, שרשב"ג בא להוסיף אפשרויות ולא להוריד. **הנמוק"י כתב בשמו** שאם אמר לו המוכר "לך חזק וקני", או שלא אמר לו אך החזיק בפניו בשיקתו – אע"פ שעייל ונפיק אזוזי קנה הכל. **אולם, בדברי ה"ה מבואר** שאפי' הכי לא קנה אם עייל ונפיק אזוזי.

4. דווקא זקיפה במלוה מהני, אך שאר דברים לא, ולכן אפי' כתבו שטר או עשו קנין חזקה או סודר – לא קנה אם עייל ונפיק אזוזי.

מבואר בדברי רשב"ג ששטר לא מהני, שהרי אע"פ שעשו שטר צריך לזקוף עליו במלוה. **רוב הראשונים סוברים שהוא הדין שאר קניינים לא מהני**, כגון חזקה, משיכה או סודר. **רמב"ם והשו"ע כתבו שה"ה חזקה והסמ"ע (יב) הוסיף שה"ה סודר. הרא"ש (סי' ז) ביאר** שהרי אף כשנותן שטר קונה את הקרקע, אלא שעייל ונפיק אזוזי מבטל המקח – א"כ הוא הדין בכל שאר סוגי הקניינים. וכן מוכח מהסיפור לגבי החמור שאע"פ שמשך בטל המקח. (אמנם, דעת בעל המאור שבמטלטלין מיירי רק לענין מי שפרע, ומיירי שלא משך החמור דאם היה מושך היה קונה לגמרי. אולם, התוס' והרמב"ן וכל הראשונים חלקו עליו ודחו דבריו).

ראיה נוספת לדין זה היו שהביאו מדברי רשב"ג "מלמדין אותן שלא יחזרו" שדווקא בכה"ג מהני כדי שלא יוכל לחזור בו, אולם בשאר דברים לא; כ"כ גם **הגר"א (יג). אולם, הרשב"א** בחידושו ובשו"ת ח"א סי' תתקט"ז וח"ב סי' ק כתב שאין משם ראייה, שרשב"ג להרחיב בקניות בא ולא לצמצם. ולכן נקט שאם 'קנו מידו' או שאמר לו המוכר 'לך חזק וקני' – אע"פ שעייל ונפיק אזוזי המקח קיים. וכתב שכן דעת הראב"ד. **אולם, המ"מ כתב להדיא** ש'לך חזק וקני' לא מהני, ורבינו ירוחם כתב שקנין סודר לא מהני, והביאם הבית יוסף. **אמנם, גם הרשב"א במקום אחר** (ח"ג סי' יח) סתר דבריו וכתב שדווקא אם זקף במלוה אינו יכול לחזור, אך בלאו הכי לא, וצ"ע וה' יאיר עיינו בתורתו, אכ"י.

5. אם נתן לו את הדמים בתורת ערבון על החוב, דהיינו שהתנה במפורש שאם יחזור בו לא יוכל לחזור מהמעות ששילם כבר, לא קנה אלא כנגד מעותיו, ובכה"ג דווקא מזיבורית שבה כדין הלוקח מחצית שדה מחברו. **א"כ פירש שיקנו לו כנגד כל השדה; רמ"א.**

גמ' הנ"ל: "הנותן ערבון לחבירו ואמר לו: אם אני חוזר בי - ערבוני מחול לך, והלה אומר: אם אני חוזר בי - אכפול לך ערבונך. נתקיימו התנאים, דברי רבי יוסי. רבי יוסי לטעמיה, דאמר אסמכתא קניא. רבי יהודה אומר: דיו שיקנה כנגד ערבונו. אמר רבן שמעון בן גמליאל: במה דברים אמורים - בזמן שאמר לו ערבוני יקון. אבל מכר לו שדה באלף זוז ונתן לו מהם חמש מאות זוז - קנה, ומחזיר לו את השאר אפילו לאחר כמה שנים". **רש"י ביאר** את דברי רשב"ג שמחלק בין נותן בתורת ערבון לנותן בתורת פרעון, דאם נתן בתורת פרעון - קנה הכל, והשאר עליו כמלוה. ואולם, אם נתן בתורת ערבון, אע"פ שאמר לו 'ערבוני יקון' דהיינו יקנה את כל השדה - לא מהני, שהרי חברו לא מתכוון למכור לו את כל הקרקע בשווי הערבון, וכ"כ הטור. אולם, התוס' (ב"מ מח:) **חלקו על רש"י**, וכתבו שאם אמר 'ערבוני יקון הכל' ודאי שמהני, ופירשו ש'ערבוני יקון' אינו במשמע שיקנה הכל, אלא שיהיה קניי לחברו אם יחזור בו, ואם חברו יחזור בו יקנה לו בשדה פי שנים משוויו. **הרמ"א פוסק כשיטת התוס'.**

סעיף יא

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.

וכן הדין במוכר מטלטלים, אף על פי שמשך הלוקח הפירות והוציאן לרשותו והמוכר נכנס ויוצא על שאר הדמים, לא קנה, ויד החוזר בו על התחתונה, כמו שנתבאר, אלא אם כן מכר מפני רעת ממכרו, שאז קנה הכל.

1. המוכר שדהו מפני רעתה – אע"פ שעיל ונפיק אזוזי – קנה. וזה שהוא מחזר על מעותיו לא מפני שאינו רוצה למכור לו, אלא להיפך כדי שהלוקח לא יחזור בו. ואע"פ שאם לא יעשה כן כ"ש שהקונה לא יוכל לחזור בו! אך לאו כו"ע דינא גמירי, ועוד שירא שמא הלוקח יחזור בו והוא יצטרך לרדוף אחריו.

2. אין חילוק בדינים אלו בין מטלטלין לקרקע.

שני דינים הללו נלמדים מב"מ עז: "ההוא גברא דזבין ליה חמרא לחבריה, ופש ליה חד זוזא, וקא עייל ונפיק אזוזא. יתיב רב אשי וקא מעיין בה: כי האי גוונא מאי, קני או לא קני? אמר ליה רב מרדכי לרב אשי: הכי אמר אבימי מהגרוניא משמיה דרבא: זוזא כזוזי דמי, ולא קני. אמר ליה רב אחא בריה דרב יוסף לרב אשי: והא אמרינן משמיה דרבא קני! - אמר ליה: תתרגם שמעתיד במוכר שדהו מפני רעתה". מוכח שאף במטלטלין דין זה נכון, וכן שבמוכר מפני רעתה קנה.

סעיף יב

מי שמכר נכסיו מפני שרוצה לילך לדור בעיר אחרת, כמוכר שדהו מפני רעתה דמי.

כ"כ הטור בשם הרמ"ה.

סעיף יג

לקח שדה שוה מנה במאתים, ונתן לו מקצת דמים, והמוכר נכנס ויוצא לתבוע השאר, הרי זה ספק אם הוא כמוכר שדהו מפני רעתה אם לאו. ולפיכך הרוצה לחזור, משניהם, אינו יכול לחזור; ואם תפס המוכר ממקח שמכר כנגד המעות שנשאר לו, אין מוציאין מידו.

1. מכר שדה ביוקר, והמוכר עייל ונפיק אזוזי – הרי זה ספק אם שייך כאן דין זה, שמא עייל ונפיק מחמת שזקוק למעות, ושמא עייל ונפיק כדי שהלוקח לא יחזור בו מהמכירה שיגלה שמכרו לו ביוקר. ואינם יכולים לחזור בהם.

כן כתב הרמב"ם, ונראה שכך הייתה גי' בגמ' שמובאת הסעיף הבא.

מדוע שלא נאמר פה המוציא מחברו עליו הראיה, ונעמיד הקרקע בחזקת מ"ק שהוא המוכר? כיון שהמקח ברור ויש לנו ספק אם נתבטל אח"כ, אין מבטלים את הודאי מפני הספק; כן הסכימו הט"ז והנתיבות, וכ"כ הרשב"א בשו"ת סי' תתקעב.

2. דיני תפיסה:

א. תפיסת המוכר: לכו"ע מהני, ודווקא אם תופס כנגד מה שעדיין הלוקח לא שילם.

ב. תפיסת הלוקח: ט"ז, נתיבות – לא מהני. סמ"ע – מהני.

הרמב"ם והשו"ע הזכירו רק את תפיסת המוכר, ותמה במשנה למלך מדוע השמיט תפיסת הלוקח? הסמ"ע כתב שאף תפיסת הלוקח מהני, ולא הזכירו זאת כיון דלא שכיח. שהרי אימתי הלוקח ירצה לתפוס ולקיים המקח רק כאשר מחיר הקרקע התייקר יותר ממה שקנאה, ולא שכיח שקרקע ששוה מנה תתייקר ותעמוד על שלוש מאות. אולם, המוכר שכיח שיתפוס כיון שאינו רוצה שהלוקח יחזור בו, ורוצה לתפוס את כל הקרקע על חוב המנה שעדיין חייב לו. הט"ז והנתיבות תמהו על דבריו, דכיון שהמכר חל ויש לנו ספק אם הוא התבטל, א"כ רק המוכר יכול לתפוס דהוי תפיסה בטענת ברי, שהוא חיזר אחר המעות מחמת שהיה זקוק להם. אולם, הלוקח אינו יודע מחמת מה חיזר אחריהם המוכר, וא"כ הוי תפיסה בטענת שמא שאינה מועילה בספיקא דדינא.

הגר"א (כה) העיר שכל זה נכון רק אליבא דהרמב"ם הסובר שבספיקא דדינא מהניא תפיסה, אולם לדעת הרא"ש שבכה"ג לא מהניא תפיסה, א"כ אף אם תפס המוכר – מוציאין מידו. ותמה על הטור שהביא דברי הרמב"ם שמהניא תפיסה, ולא כתב שהרא"ש חולק. והוסיף שהטור סותר דבריו בכמה מקומות בענין זה.

דברי הסמ"ע כאן תמוהים, שהרי בסעיף י ביאר שאליבא דהרמב"ם והרא"ש המקח בטל לגמרי אף כנגד מה ששילם, וא"כ קשה מדוע שלא תועיל תפיסה אף כנגד מה ששילם כבר, שהרי הוא טוען שהמקח התבטל! והניחא לנתיבות והט"ז הסוברים שאף כשעייל ונפיק אינו יכול לחזור בו אלא ממה שעדיין לא שילם, אך כנגד מה ששילמו לו המקח קיים, ורק הצד שכנגדו יכול לבטלו – מובן מדוע אינו יכול לתפוס כנגד מה ששילם הלוקח. אולם, לשיטת הסמ"ע צ"ע.

כמו כן, כתב הסמ"ע שהמוכר יכול לתפוס כנגד חובו רק מהקרקע שמכר, אולם אינו יכול לתפוס מהמטלטלין שלו, כגון אם הוזלה הקרקע ושווה פחות מהחוב. ותימה אמאי! הרי כיון שהמכר חל, א"כ הלוקח חייב לו מנה, ומדוע שלא יוכל לתפוס אף משאר נכסיו כנגד החוב? וצ"ע.

סעיף יד

בקש למכור שדה במאה ולא מצא קונה לשדה שוה מאה, והוצרך למכור במאתים וקבל קצת מהדמים ועייל ונפיק אשאר, לא קנה, ושניהם יכולים לחזור בהם. אבל אם הוא בענין שאם היה רוצה לטרוח היה מוצא למכור שדה במנה, ולא טרח ומכר במאתים, הרי זה ספק. לפיכך הרוצה לחזור, משניהם, אינו יכול לחזור; ואם תפס המוכר ממקח שמכר כנגד המעות שנשאר לו, אין מוציאין מידו.

1. רצה למכור שדה במנה ולא מצא קונים, ומכר שדה גדולה יותר השווה מאתים, ועייל ונפיק אזוזי – לא קנה.

2. אולם, אם לא מצא קונים, ויכל לטרוח ולמצוא ולא טרח ומכר שדה גדולה יותר, ועייל ונפיק אזוזי – הרי זה ספק, אולי באמת הוא לחוץ למעות, ואולי הוא כמוכר מפני רעתה, שהרי מדוע נחפו למכור את השטח היותר גדול? כנראה שבלאו הכי הוא לא רצה אותו. ודינו כפי שנתבאר בסעיף הקודם בספק.

ב"מ עה. "פשיטא, בעי לזבוגי במאה ולא אשכח, וזבין במאתים, וקא עייל ונפיק אזוזי - לא קני. אלא, אי בעי לזבוגי במאה ולא אשכח, ואי טרח הוה משכח, ולא טרח וזבין במאתים, וקא עייל ונפיק אזוזי, מאי? כמוכר שדהו מפני רעתה דמי או לא? – תיקו". וכבר ביארנו שלרמב"ם היתה גי' שונה בגמ', והוא הדין שהובא בסעיף הקודם.

טו-טז מתי נחשב כעייל ונפיק אזוזי

סעיף טו

הא דאמרינן דכי עייל ונפיק אזוזי לא קנה, היינו בדידעין דלא מזבין אלא משום דצריך לדמי; ואפי' אם קבע זמן לפרעון וכשהגיע הזמן דחקו לפרוע לו מעותיו וזה דוחה, והדיין רואה שהוא דחוק למעות ועייל ונפיק אזוזי, לא קנה.

1. עייל ונפיק אזוזי, הוא רק כשאנו רואים שהאדם דחוק למעות, ולכן אין חילוק בין אם התחייב לשלם לו מיד, או שקבע לו זמן לפרעון בזמן אחר. כיון שאולי ידע שיצטרך לזמן פלוני למעות ולכן מכר מראש, ולא רצה לחכות לרגע האחרון שלא ידעו שהוא דחוק למעות, וירד הערך של נכסיו. ומאידך לא רצה לחזיק הכסף אצלו שלא יבזבז.

כ"כ הרא"ש. **הרא"ש והטור** הבינו שיש מח' בדבר בין ר"ח לראב"ד. שלדעת ר"ח עייל ונפיק אזוזי הוא רק כשהיה צריך לשלם לו מיד, אך אם אחר לו זמן הפרעון לא, דמוכח שאינו דחוק למעות. אולם, **הראב"ד** כתב שאף כשאחר לו זמן הפרעון, אם תבעו ביום שהגיע הזמן ולא פרעו, ועייל ונפיק אזוזי – לא קנה. **והרא"ש הכריע ביניהם** שהכל לפי ראות עיני הדיין, שאם אנו רואים שהוא דחוק למעות ועייל ונפיק – לא קנה בכל ענין. אמנם, בדברי הר"ן בקידושין י. מבואר שהבין שאין ביניהם מח' כלל, שאף הר"ח דיבר על מי שהרחיב לו זמן הפרעון בכה"ג שאינו נחוץ למעות, וכ"כ בבדק הבית שנראה שאין מח' בדבר כלל.

סעיף טז

יש מי שאומר דעייל ונפיק אזוזי היינו שהלך אליו לבקש מעותיו שני פעמים, לא שנא מצאו ובקש ממנו, לא שנא לא מצאו רק שגילה דעתו שהלך לבקשו. ודוקא דעייל ונפיק ביומא דאוקמוה לזביני, או ביום שקרוב לו, אבל לא עייל ונפיק ביומיה, אפילו עייל ונפיק למחר, לא מצי הדר ביה. וכי עייל ונפיק ביומיה, אפילו ששתק אז ולאחר כמה ימים חוזר, הרשות בידו. ואי עייל ונפיק ביומיה תרי זימני ולא יחייב ליה, ומקמי דשלים יומיה אייתי ליה זוזי, קנה, ולא מצי הדר ביה, דכל דפרע ביומיה כפרע מיד דמי.

הגה: וכן הא דאמרינן דקנה עד נגד מעותיו י"א דהיינו דוקא במקום שכסף קונה בלא שטר, אבל במקום שצריך שטר אין השטר קונה לחצאין, וכל שלא קנה כולו אפילו נגד מקצתו נמי לא קנה (ר"ן פ"ק דקידושין ונ"י פרק האומנין). מיהו אם התנה, הכל כפי תנאו (המגיד פרק א' דמכירה).

1. עייל ונפיק אזוזי היינו כשבא לתבוע מעותיו לפחות ב' פעמים, ואפי' לא מצאו דכיון שבא לתבוע מוכח שהוא נחוץ למעות. כ"כ הרמ"ה.

2. דווקא כשבא לתובעו ביום שהיה אמור לשלם לו, או קודם לכן שאמר לו להכין לו התשלום לזמן פלוני, אולם אם לא תבעו ביומו אפי' שבא למחרת ותבעו – לא מהני, דבכה"ג לא תלין שמשום שהיה דחוק למעות מכר.

3. כשבא ותבעו ביומו ולא נתן לו, אע"פ ששתק ולא ביטל המקח להדיא, יכול לחזור בו לאחר כמה ימים.

4. אם תבעו באותו יום כמה פעמים ולא שילם לו, ובסוף היום רוצה לשלם לו והמוכר רוצה לחזור בו – אינו יכול, דכיון שעדיין לא עבר היום, הרי פורע בזמנו והמקח קיים. כל זה מדברי הרמ"ה.

5. כל מה שאמרנו שבעייל ונפיק אזוזי קנה כנגד מעותיו, היינו רק במקום שקונים בכסף בלא שטר, ואע"פ שכותבים את השטר זה רק לראיה בעלמא. אולם במקום שנוהגים לכתוב שטר קנין – לא קנה כלל, דאין שטר לחצאין, כלומר שכיון שהשטר פועל את כל מה שכתוב בו כאחד, ואם הוא לא מצליח להחיל חלק הוא גם לא יחיל את החלק השני. ואף במקום זה אם התנה שיקנה בכסף לחוד – מהני, רמ"א.

האחרונים התקשו מדוע כתב הרמ"א "וכן", מה זה קשור לדין של הסעיף שלנו? הרי זה קאי אסעיף י? הט"ז כתב שזה ט"ס וצ"ל "וכל הא דאמרינן". הסמ"ע ביאר ש"וכן" הכוונה שכמו שבדין של עייל ונפיק אזוזי יש חילוקי דינים, כך גם בדין של סעיף י.

הסמ"ע התקשה בדברי הרמ"א, שהרי לשיטתו בסעיף י לא קנה כלל אפי' לא נגד מעותיו!! ואמר שאלו דברי הר"ן ומיירי באומר "ערבוני יקון". הט"ז תמה שהרי אף הסמ"ע מודה לשיטת הר"ן קנה כנגד מעותיו בכל ענין!! ומכאן ראייה לשיטת הט"ז והנתיבות הסוברים שאליבא דהשו"ע קנה כנגד מעותיו.

6. "אין שטר לחצאין" היינו רק בשטרי קנין, ולא בשטרי ראייה; קצות (ז). הקשה מפוחתת כתובתה (כתובות פז. נפסק בסי' פד) שבאומרת 'אמנה היה ביני לביני' נאמנת וגובה כתובתה, והרי אין שטר לחצאין, וכיון שהשטר נכתב על אלף וזו ולא התחייב לה אלא חמש מאות א"כ אף החמש מאות לא חלים!! ותיירץ דשם מיירי שהתחייב לה בקנין, והשטר אינו אלא לראיה בעלמא, ובכה"ג אין חסרון של אין שטר לחצאין. הנתיבות חלק וסבר שאפי' אם יתחייב לה בשטר אין בעיה, כיון שהחוב נובע מחמת גמירות דעתו ולא מחמת השטר. ולדידי צ"ע, דהא הקושיא מעיקרא לא קשה כלל! שהרי שם מיירי שבאמת התחייב לה אלף וזו כסד הכתוב בכתובה, אלא שאמנה הייתה ביניהם שלא תתבע אותו אלא חמש מאות, וא"כ לא קשה כלל. וצ"ע.

מה דין שטר התחייבות? קצות – כמו שטר קנין, כיון שהשטר מחיל את ההתחייבות. נתיבות (י) – כמו שטר ראייה, דגמירות הדעת היא המחייבת, אלא שהיא צריכה להתבטא בקנין או בשטר או אפי' ב'אתם עדי' (אליבא דהרמב"ם). ממילא כיון שהשטר אינו המחייב, אין בזה חסרון של 'אין שטר לחצאין'.

סעיף יז

דין מטלטלין כדין הקרקעות לדבר זה, שאפילו משכן והכניסן לרשותו והמוכר עייל ונפיק אזוזי לא קנה, אלא שבזה יש חילוק במטלטלים אם הוא דבר שאינו ראוי ליחלק, כגון שמכר לו בעל חי ונתן לו קצת מהדמים ועייל ונפיק אזוזי, המקח בטל לגמרי, לפי שאינו ראוי ליחלק והמוכר אינו רוצה להיות שותף עמו. (מיהו אם אמר בפירוש: ערבוני יקון, קנה עד מעותיו) (ר"ן ונ"פ האומנין). אבל במידי דבר חלוקה הוא, אין המקח בטל אלא כנגד מה שחייב לו.

1. דין מטלטלים כדין קרקעות, שאפי' עשה בהם קנין משיכה וכדו' אם המוכר עייל ונפיק אזוזי – לא קנה הלוקח.

2. אם אין בהם דין חלוקה – המקח בטל לגמרי, ולא אמרינן שקנה כנגד מעותיו, "שלא עלה על דעתם שיהיו שותפים בה דלא ניחא ליה לאיניש להיות שותף בכגון זה שאפילו שותפין גמורין מעלים זה לזה בדינא דגוד או איגוד", נמוק"י. אולם, בדבר שיש בו דין חלוקה – קנה כנגד מעותיו.

3. מה הדין בקרקע? סמ"ע – אפי' אין בה דין חלוקה (דהיינו פחות מט' קבין) המקח קיים, דיכול למכרה לאחד המצרנים שיצרפה לשדותיו.. ט"ז, קצות, נתיבות – אותו דין כמו מטלטלין.

ב"מ עז: "ההוא גברא דזבין ליה חמרא לחבריה, ופש ליה חד זוזא, וקא עייל ונפיק אזוזא. יתיב רב אשי וקא מעיין בה: כי האי גוונא מאי, קני או לא קני? אמר ליה רב מרדכי לרב אשי: הכי אמר אבימי מהגרונאי משמיה דרבא: זוזא כוזי דמי, ולא קני". משמע שלא קנה כלל, ואפי' לא כנגד מעותיו. **הראשונים פירשו שמדובר בחמור, וכתבו הרא"ש**

והנמוק"י שדווקא בכה"ג שהוא דבר שאינו יכול לחלק לא קנה אף כנגד מעותיו, שאינם רוצים להיות שותפים. אולם, בדבר שהוא בר חלוקה – קנה כנגד מעותיו. הרמב"ם השמיט דין זה, וכתב הבי"י שהוא הבין שמדובר בדין שהוא בר חלוקה, ולכן השמיט זאת שלא התחדש כאן אלא שזוהא כזווי דמי. אולם, אף הוא מודה לחילוק זה, שהרי אף בקרקע יש מצבים שאינה בת חלוקה. הגר"א כתב שמכאן למד הרמב"ם שלעולם המקח בטל לגמרי, אף כנגד מה שנתן, שהרי פירש שמיירי בדבר שהוא בר חלוקה ואפ"ה אמרין שהמקח בטל (לשיטתו ברמב"ם שהמקח בטל לגמרי תמיד).

פשוט השו"ע הוא שדווקא במטלטלין דין זה נכון, אולם בקרקע בכל ענין קנה כנגד מעותיו. הסמ"ע ביאר שבקרקע בעצם לעולם אין משמעות לכך שאינה בת חלוקה, כי תמיד יכול למכרה לאחר שיצרפה לשדותיו. הט"ז הקשה הרי גם במטלטלין יכול למכור חלקו לשני! לכן ביאר שכוונת השו"ע שבשדה דין זה לא שייך, כיון שלא שכח שימכור שדה פחות מטי' קבין. עוד כתב שדווקא בקרקע כשהיא בת חלוקה יכול לדרוש עידית, משא"כ במטלטלין דכל מידי מיטב הוא. **הקצות** (ח) הקשה על הט"ז אליבא דהרא"ש מדוע לא יוכל גם במטלטלין לדרוש שישלם לו בקרקע מן העידית! ותיירץ דדוקא כשרצה לקנות קרקע תיקנו שתהיה ידו על העליונה שיוכל לדרוש תשלום בקרקע, אולם במטלטלין ודאי שזה לא שייך.

הנתיבות (יב) תירץ שהשו"ע רוצה לומר שישנו חילוק בין קרקע למטלטלין, שבדבר שהוא בר חלוקה, ודאי שקנה לגמרי את מה שנתן דמים עבורו, דהרי זה כקנה ב' דברים ונתן דמים רק עבור א' מהם שהמקח קיים עבור מה שנתן. ולכן בכה"ג אין את הדין שידו של השני על העליונה. אולם, בקרקע אע"פ שהיא בת חלוקה, אך יכול השני לומר רציתי לקחת דבר שלם ולא את חלקו, ולכן ידו על העליונה לבטל אף את החלק הראשון של המקח. ולכן כתב השו"ע שיש הבדל בין מטלטלין לקרקע, שבמטלטלין כשיש בהם דין חלוקה, המקח קיים לגמרי לגבי מה שנתן, משא"כ בקרקע.

סעיף יח

הקונה דבר מחבירו ונתן לו הדמים, וטעה במנין המעות, ולאחר זמן תבעו המוכר ואמר לו: מאה שנתת לי אינם אלא צ', נקנה המקח ומחזיר לו העשרה אפילו אחר כמה שנים, בין בקרקע בין במטלטלים.

הגה: מי שהעלילו עליו, וכדי להבריח מכר קרקעותיו וקבל המעות, כשנתבטלה העלילה בטל המקח, אפילו אם נתרצו אחר כך במקח, דמאחר ששטר שעשו בראשונה לא היה כלום, דלא היה רק כדי להבריח, הוה ליה אחר כך שטר מוקדם, ופסול (ב"י בשם הרשב"ץ).

1. המוכר חפץ לחברו ולאחר זמן גילה המוכר שטעה ושילם לו פחות, המקח קיים וצריך הלוקח להשלים טעותו. כ"כ הרמב"ם, ומקורו מקידושין מז. "האומר לאשה התקדשי לי במנה ונמצא מנה חסר דינר" שנחלקו אם מקודשת, אך "שוין במכר שזה קנה".

הראב"ד כתב שאפי' הכי אם המוכר עייל ונפיק אזוזי, והלה אינו משלם לו – המקח בטל. **הנתיבות** (יד) כתב שהיינו דווקא אם ביום שמכר נתגלתה לו הטעות, ולכן אם עייל ונפיק אזוזי המקח בטל כדין הרגיל. אולם, אם נתגלתה לו טעותו לאחר זמן – אע"פ שעייל ונפיק אזוזי באותו יום שהתגלה לו – לא מהני. ונראה שטעמו שעצם זה שהוא לא שם לב לטעות עד היום – זה עצמו מוכיח שהוא לא היה לחוץ למעות.

2. מכר נכסיו לאחר כדי להבריח מהעלילה – המקח בטל, ואפי' נתרצו שניהם לאחר זמן לקיים המקח – לא מהני, דבשעה הראשונה לא חל כלום, וא"כ כיצד יחול אח"כ? אא"כ יעשו קנין חדש. הסמ"ע (לא) כתב שדין זה נלמד מדין 'מברחת', דהיינו אשה שרוצה להבריח נכסיה מבעלה, המבואר באה"ע סי' צ'. הנתיבות (טו) כתב שהדין כאן לא דמי להתם, דשם בעינן שתבריח כל נכסיה ואפ"ה הלוקח אינו צריך להחזיר פירות שאכל; אולם הכא צריך להחזיר פירות שאכל! לכן, כתב שהמקור הוא מתש"י הרשב"ץ שהביא בב"י שמיירי שאחר שיצאו העדים החזיר המוכר ללוקח מעות הקנין, ומוכח שמעיקרא לאו כלום הוא, ולכן צריך להחזיר הפירות. משא"כ במברחת שנתכוון למתנה גמורה כדי להבריח.

ב"ה

סימן קצא

דין קניית קרקע בשטר, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

בשטר כיצד, כתב לו על הנייר או על החרס או על העלה. שדי נתונה לך, שדי מכורה לך, כיון שהגיע השטר לידו קנה, אף על פי שאין שם עדים כלל.

1. קרקע נקנית בשטר קנין, קידושין כו.

2. שטר קנין יכול להכתב על כל דבר, אפ"י על דבר שיכול להזדייף, ואפ"י על דבר שאינו שווה פרוטה. דווקא בשטר ראייה בעינן דבר שאינו יכול להזדייף, דכתיב 'למען יעמדו ימים רבים'.

3. שטר קנין מהני אפ"י בלא עדים כלל, דלא אברו סהדי אלא לשקרי.

במה מדובר? דעת הש"ך (סי' מב ס"ק ב, וסי' ס"ו ס"ק י"א) – שטר קנין מהני בלא עדי מסירה ובלא עדי חתימה, ואף בכתב יד סופר. **וכן משמע פשט דברי הסמ"ע** אצלנו (ס"ק ג). דשטר קנין א"צ שתהא בו ראייה כלל, אלא עצם מעבר הנייר מידו ליד הקונה מהני. **וכן איתא במאירי (קידושין כו.)**. **דעת הנתיבות** (סי' מב ס"ק א) – דווקא בלא עדי מסירה, אך עדי חתימה בעינן ואפ"י על דבר שיכול להזדייף, ואע"פ שזה יכול להזדייף אך סו"ס זה ראייה במקצת. וכן בכתב יד בלא עדים כלל, מהני אף בדבר שיכול להזדייף. (מבואר במקור חיים לבעל הנתיבות (או"ח סי' תמ"ח ס"ק ט) שאף שטר קנין מהני מחמת שיש בו ראייה, ולכן צ"ל שאע"פ שעשוי להזדייף ואינו ראייה גמורה אך קצת ראייה יש בו). **דעת הב"ח** (אצלנו), **הקצות** (שם ס"ק א) **ורעק"א** – מיירי כשנותנו בעדי מסירה, אך בעדי חתימה על דבר העשוי להזדייף לא מהני, דאין חתימתם ראייה לכלום, ודווקא כתב ידו על דבר העשוי להזדייף מהני, דכתב ידו אינו עשוי להזדייף כמבואר בתוס' (ב"ב נא.).

סעיף ב

במה דברים אמורים, במוכר שדהו מפני רעתה; אבל בשאר קרקעות, אף על פי שהגיע שטר המכר בעדים לידו, לא קנה עד שיתן דמים.

1. דווקא במוכר שדהו מפני רעתה קונה בשטר לבד, **אולם בסתם לא קנה בשטר עד שיתן הלוקח הדמים**, וכתב הסמ"ע דהיינו כל הדמים.

קידושין כו. "אמר שמואל: לא שנו אלא בשטר מתנה, אבל במכר – לא קנה עד שיתן לו דמים. מתיב רב המנונא: בשטר כיצד? כתב לו על הנייר או על החרס אף על פי שאין בהם שוה פרוטה שדי מכורה לך, שדי נתונה לך – הרי זו מכורה ונתונה! הוא מותיב לה, והוא מפרק לה: במוכר שדהו מפני רעתה. רב אשי אמר: במתנה ביקש ליתנה לו, ולמה כתב לו לשון מכר? כדי ליפות את כוחו". וכתב בב"י שצ"ל שבי' התירוצים לא פליגי לדינא, אלא רק איך להעמיד את הברייתא. וכן מוכח בב"מ עח. שמוכר מפני רעתה מקנה מיד.

2. **אם מוכר תמורת חוב** – קנה מיד במסירת השטר, דבמקרה זה המוכר אינו מצפה לקבל מעות, שהרי מחילת החוב זה תמורת המעות, ולכן גמר ומקנה לו מיד; כ"כ הרשב"א בתשובה הביאו הב"י.

3. **דווקא בכה"ג מהני במוכר שדהו מפני רעתה, אולם כשקונה בכסף במקום שכותבים את השטר, אע"פ שמוכר מפני רעתה לא קנה עד שיכתוב לו השטר**; נתיבות בשם המהרי"ט. הטעם מפני שבמקרה זה הלוקח לא סמכא דעתיה עד שיכתבו לו שטר, ובמקרה שמוכר מפני רעתה – ודאי שלא סמכא דעתיה בכה"ג.

4. **אם התנה שיקנה בשטר לבדו**: המהרי"ט הסתפק האם מהני. הנתיבות (ב) הכריע שמהני, כמו שמבואר בדברי ה"ה והב"י.

סעיף ג

שטרי דידן, שטרי קנין הם. הגה: והקרקע נקנה על ידן. ואם כתב לו בפירוש שלא מכר לו בשטר ואינו אלא לראיה בעלמא, אין הקרקע נקנית על ידו (הר"ן פ"ק דקדושין והמגיד פ"א דקדושין ופ"א דמכירה).

1. **שטרי דידן**, אע"פ שכתובים בלשון עבר 'מכרתי' או 'נתתי' **שטרי קנין הם**, ואינם שטרי ראייה; כדעת הר"ן ורוב הראשונים, ולא כרא"ש וכטור.

2. אמנם, אם מפורש בשטר שלא נעשה אלא לראיה – אינו שטר קנין.

ה"ר בקידושין (י. מדפי הרי"ף) כתב: "ושטר ראיה דקאמרי שאינו מועיל לקנין היינו שטר הודאה בעלמא שמודה שמכר דשטר כזה אינו קונה. אבל בשטר מכר כהני שטרי דידן אף על פי שכתוב בהן ומכרתי ונתתי לשון עבר שטר קנין הוא ולחזק הדבר כותבין כך כמו (בראשית כג) 'נתתי כסף השדה' 'נתתיה לך' [ואף על גב] דלקמן בסמוך אמרי' כתב לו על הנייר וכו' שדי מכורה לך שדי נתונה לך הרי זו מכורה ונתונה, לאו דוקא דכתיב בהאי ליטנא דהוא הדין נמי דאי כתב מכרתי ונתתי מהני וכו' וכן דעת **הרב בעל העיטור והרשב"א** ז"ל". וכן דעת הרמב"ן, הה"מ וההגהות. אולם, הטור כתב אצלנו ששטרי דידן אינם אלא שטרי ראיה, וכ"כ הרא"ש בתשובה (כלל סח, כא).

3. שטר קנין צריך שיהיה גוף הנייר והדיו משל המוכר, דבעינן 'ספר מקנה'. גיטין כ: "אמר אביי, ת"ש: אף הוא העיד על כפר קטן שהיה בצד ירושלים, והיה בו זקן אחד והיה מלוה לכל בני הכפר, וכותב בכתב ידו ואחרים חותמים, ובא מעשה לפני חכמים והכשירוהו; ואמאי? הא בעינא ספר מקנה וליכא! אלא לאו משום דאמרין אקנויי מקנה להו. אמר רבא: ומאי קושיא? דילמא זקן שאני, דידע לאקנויי!". מבואר שלא דווקא בגיטין אלא אף בשטרי מקח וממכר בעינן ספר מקנה. וכתבו התוס' שמיירי התם שהיו מקנים לו קרקעות ונותנים לו מתנות, ועל כך הגמ' מקשה.

4. האם המוכר צריך ליתן שכר הסופר? קצות – כן, ולכן היום שהלוקח נותנו – אין השטרות אלא לראיה בעלמא ולא לקנין. נתיבות – לא, דדוקא בגט בעינן שיהיה משל הבעל דכתיב "וכתב", אך בעלמא לא. ולכן אע"פ שהכתב אינו של המוכר, חשיב 'ספר מקנה'.

סעיף ד

קנה קרקע בדמים ידועים, והמוכר אומר: לא קבלתי המעות, והלוקח אומר: כבר נתתי, אם הוא מקום שנותנים מעות ואחר כך כותבים, וכתב בשטר שהודה שקבל, הלוקח נאמן.

הגה: מכר לו קרקע בשטר או במעות (וא"ל: קני) לאחר שלשים יום, ונקרע השטר תוך הזמן, או נאבדו המעות, אם אמר לו: קני לך מעכשיו ולאחר שלשים יום, קנה. ואם לא אמר: מעכשיו, לא קנה. והוא הדין לקנין חזקה (בית יוסף בשם תוספות פרק האשה רבה ונ"י פ"ק דמציעא).

1. קנה קרקע בשטר, תמורת סכום ידוע, והם חלוקים ביניהם האם הלוקח שילם או לא:

א. אם לא כתוב בשטר הקנין כלום – המוכר נאמן, שהרי המקח תלוי בתשלום, ואם לא שילם המקח לא חל. אא"כ זקף עליו במלוה, או שמכר מפני רעתה שהמקח קיים, והמעות הם חוב בעלמא, ובמלוה ע"פ הלוקח נאמן.

ב. אם כתוב בשטר שהמוכר קיבל הדמים:

אם הוא במקום שנוהגים לכתוב כן בכל השטרות ואע"פ שעדיין לא קיבל הדמים – המוכר נאמן. דאע"פ שכתבו בשטר שקיבל אין בכך ראיה, דעל דעת העתיד נכתב כן.

אם הוא במקום שאין כותבין כן, אא"כ המוכר קיבל כבר הדמים – הלוקח נאמן.

ג. בשטר ראיה דהיינו שהקנין נעשה בסודר או בחזקה בכל ענין הלוקח נאמן, דאם לא היה משלם לו לא היה נותן לו שטר ראיה, ובשטרי ראיה לא חיישינן שמא עדיין לא נתן הלוקח הדמים.

הב"י הביא בשם רב האי שהמוכר לעולם נאמן לטעון שלא קיבל דמים, והרשב"א כתב שודאי שאם המנהג שאין כותבין כן אא"כ קיבל הדמים – הלוקח נאמן לכו"ע. אולם, כתב שנראה מסברא לא כרב האי, אלא שהלוקח נאמן, והטעם שלא שייך לדבר פה על מ"ק שהרי ודאי שהמוכר מכר קרקעו, ותביעתו אינה אלא מלוה ע"פ ובכח"ג הלוקח נאמן לומר ששילם. אלא שהוסיף המהרי"ט שבמקום שאין קונין בשטר עד שיתן דמים (או שעיל ונפיק אזוזי) – גם הרשב"א מודה שהמוכר נאמן, שהרי לא ברור שהמכר חל. והוסיף הנתיבות (ג) שכיון שכתב השטמ"ק שבמקום שהלוקח אינו רוצה לשלם, המכר בטל אפי' אם לא עייל ונפיק אזוזי, והדין של עייל ונפיק הוא רק כשהלוקח רוצה לשלם; אא"כ המוכר נאמן תמיד, שהרי הוא טוען שהלוקח אינו רוצה לשלם והמקח בטל! אא"כ יש עדים שזקף עליו במלוה, או שמכר מפני רעתה שבכח"ג המקח חל, והויכוח הוא רק על המעות, ובכח"ג הלוקח נאמן.

כמו כן, הוסיף הנתיבות שדין זה הוא רק בשטרי קנין, אך בשטרי ראיה (דהיינו שעשו קנין מלבד השטר) אין המוכר נאמן לטעון שלא נתן לו דמים, ואפי' אם לא מוזכר בשטר כלל שהלוקח נתן הדמים. דשטר הוא ראיה גמורה שהשדה שלו בצורה מוחלטת, ולכן אם לא היה משלם לו לא היה נותן לו שטר ראיה.

2. מכר קרקע לאחר ל' יום:

א. אם הקנין היה בשטר: אם אבד השטר בתוך ל' יום ואמר 'מעכשיו' – מהני, לא אמר 'מעכשיו' – לא קנה. כיון שהקנין אינו חל אלא לאחר ל' יום, ולאחר ל' יום כבר כלתה קניינו; אמנם אם אמר 'מעכשיו' מהני דהקנין התחיל לחול מיד, ולא חל עד לאחר ל' יום.

אם השטר בעולם – בכל ענין הקנין חל לאחר שיעברו ל' יום.

ב. אם הקנין היה בחזקה: אם אמר 'מעכשיו' מהני, ואם לא – לא מהני. דבכה"ג בכל ענין כלתה קניינו, אא"כ אמר מעכשיו.

ג. מה הדין במעות? אפי' אבדו המעות מהני, **קידושין נט.** "וכן האומר לאשה התקדשי לי לאחר ל' יום. לא בא אחר וקידשה בתוך שלשים, מהו? רב ושמואל דאמרי תרוייהו: מקודשת, ואף על פי שנתאכלו המעות; מאי טעמא? הני זוזי לא למלוה דמו ולא לפקדון דמו; לפקדון לא דמו, פקדון ברשותא דמרא קא מתאכלי, והני ברשותא דידה קא מתאכלי; למלוה נמי לא דמו, מלוה להוצאה ניתנה, הני בתורת קידושין יהבינהו ניהלה". וה"ה לקנין.

האחרונים הקשו על הרמ"א שכתב שדין המעות כדין השטר, הרי זו גמ' מפורשת להיפך?! הסמ"ע, הש"ך והקצות ביארו שהרמ"א מייירי שאבדו המעות בענין שאין המוכר חייב לשלם לקונה, כגון שאבדו באונס, ולכן בכה"ג לא חל הקנין. דבמעות המקח חל לאחר ל' יום רק מכיון שאע"פ שהמעות אבדו אך החוב קיים. **הט"ז** תמה על דברי הסמ"ע, **הקצות הבין** שתמה כיון שהבין שהסמ"ע מדבר כשאבדו ואין לה ממון לשלם, אך היא חייבת. אולם, **הנתיבות ביאר** שהט"ז חולק עקרונות וסובר שאע"פ שהיא פטורה מלשלם – הקנין חל, כיון שבשעה ראשונה קיבלה את המעות לשם הקנין.

הנתיבות אומר שמח' הט"ז והאחרונים תלויה במח' הראשונים בטעם הדין. הר"ן כתב (קידושין כד.) "דנהי דמלוה דעלמא אינו קונה היינו משום דמשעה ראשונה שלה היא וכשהיא מיקדשה בה לא יהיב לה מידי, אבל בזו שמתחלה על דעת קדושין ניתנה אף על גב דהשתא ליתנהו לזוזי מעיקרא מקניא נפשה בהנהו זוזי דיהיב לה וכו'. ומיהו משמע שאם הוא חוזר בו אינה חייבת להחזירה, דאם לא במאי מיקדשה?! הרי אינם קנויים לה עד סוף ל' והרי נתאכלו בינתיים, אלא כדאמרן". משמע מדבריו שמעשה הקנין נגמר בשעה הראשונה, ולכן אין לנו שום בעיה בכך שהמעות אינם בעולם בשעת החלות. אולם, הרשב"א כתב "וטעמא דמלתא דכיון דלשם קדושין ניתנו בתחלתן אף על פי שבשעה שראוין לחול אינן בעולם מ"מ כיון שאם לא נגמר הקנין יש עליה להחזירם רואין אנו אותם כאלו הן בעין ובאותה הנאה היא מתקדשת, וכענין שהיא מתקדשת בהנאת מלוה, ומשא"כ במלוה דעלמא הואיל ובשעת מתן מעות לא נתנו לקדושין אלא להלוואה". משמע מדבריו שמעשה הקידושין נעשה לאחר ל' יום, דכיון שעליה להחזיר לו המעות והוא כביכול מוחל לה עליהם, בהיא הנאה היא מתקדשת. לכן, אם אין עליה חוב לשלם – הקנין לא יחול.

4. מה הדין אם אבדו המעות באונס בתוך ל' יום, האם המוכר חייב להחזירם לקונה? קצות – חייב, דבכה"ג אין פטור של אונסין, דהרי זה כמתנה ע"מ להחזיר שאם לא החזיר לא נתקיים התנאי, והרי זה כאילו הוציא המעות שלא ברשות, והוי שולח יד בפקדון שנקרא גזל¹. לכן, תמה על הסמ"ע איך ימצא מצב בו המקבל יפטור מלשלם המעות לנותן. **נתיבות – פטור,** כמו שכל שומר פטור באונס. ולא שייך לומר שהוי כשולח יד, דאע"פ שלא נתקיים התנאי אך סו"ס הרשה לו להשתמש בהם באותה שעה.

¹ הקצות כתב שיש מח' בין הרא"ש לרבינו ישעיה לגבי הנותן מתנה ע"מ להחזיר ונאנס ולא החזיר, האם חייב לשלם או לא? דעת רבינו ישעיה והשו"ע שפטור, כיון שנאנס. אולם דעת הרא"ש שחייב כיון שאע"פ שנאנס, אך סו"ס לא החזיר ונמצא למפרע שלא הוי מתנה ולא היה לו רשות להשתמש בה, והרי הוא שולח יד בפקדון שנקרא גזלן למפרע. הקצות כתב דהכא כו"ע מודים לרא"ש, כיון ששם מייירי שנאנס, אולם הכא בידו לקיים המקח ולא לחזור בו, וכיון שחזר בו ונתבטל הקנין ואינו יכול להחזיר – אין זה חשוב אונס, ולכן לכו"ע יחשב גזלן למפרע. אולם, הנתיבות דחה דבריו והוכיח שאפי' בכה"ג כשחזר בו פטור מאונס. (לגבי קונה מטלטלין בכסף שחזר בו, שפטור מאונס אע"פ שבידו לא לחזור בו. כמבואר בתוס' ב"מ מג.)

ב"ה

סימן קצב

דין קניית קרקע בחזקה, ובו ט"ז סעיפים.

סעיף א

בחזקה כיצד, מכר או נתן לו בית או שדה, כיון שנעל או גדר או פרץ כל שהוא והועיל במעשיו, הרי זה קנה.

1. אם נעל או גדר או פרץ כל שהוא כפי שיתבאר בסעיפים הסמוכים, והועיל במעשיו, כלומר שהייתה משמעות למעשה הזה – קנה, בין במכר או במתנה, וזהו קנין חזקה.

ב"ב מב. משנה "במה דברים אמורים - במחזיק, אבל בנותן מתנה, והאחין שחלקו, והמחזיק בנכסי הגר - נעל וגדר ופרץ כל שהוא הרי זה חזקה". וכתב הרא"ש שה"ה למוכר, וכמבואר בקידושין כו. שקרקע נקנית בחזקה.

סעיף ב

בד"א, כשהחזיק בפני המוכר או הנותן; אבל שלא בפניו, לא קנה, אלא אם כן אמר לו: לך חזק וקני. ואם מסר לו המפתח, הרי כאומר לו: לך חזק וקני. וכן המוכר בור לחבירו, כיון שמסר לו דליו הרי כאומר לו: לך חזק וקני.

1. חזקה מועילה דווקא כשנעשתה בפני המוכר דמכך שלא מיחה בו – מוכח שהסכים למעשיו, סמ"ע (ב); וכן שלא בפניו, אם אמר לו המוכר: 'לך חזק וקני'.

ב"ב נב: "תני רב הושעיא בקדושין דבי לוי: נעל, גדר, פרץ כל שהוא בפניו - הרי זה חזקה. בפניו אין, שלא בפניו לא? אמר רבא, הכי קאמר: בפניו - לא צריך למימר ליה לך חזק וקני, שלא בפניו - צריך למימר ליה לך חזק וקני". לגבי נותן מתנה הסתפק שם רב האם צריך בפניו (דדילמא בעין יפה נותן), ופשט שמואל שצריך (דדוקא כשודאי נותן – אז בעין יפה נותן). ופסקו הראשונים כשמואל, דהלכה כמותו בדיני, ואף רב לא חלק עליו אלא הסתפק בכך.

2. מסירת המפתח הרי היא כאמירת 'לך חזק וקני'. אך אינה מועילה מצד עצמה בתור קנין, כדעת רוב הראשונים ולא כרשב"ם.

הרשב"ם (ב"ב נג.) כתב שמסירת מפתח קונה במכר או במתנה מצד עצמה, כמו שמצאנו בפסחים ד. לגבי בדיקת חמץ שמסירת המפתח מחייבת את השוכר בבדיקת הבית. אולם, הראשונים הוכיחו מב"ק נא: (בסמוך) שמסירת מפתח אינה קנין, אלא רק מועילה כאמירת 'לך חזק וקני'. ודוקא לגבי בדיקת חמץ היא המחייבת בבדיקה, דכיון שבידו המפתח בידו היכולת לבדוק, וממילא עליו מוטלת האחריות לכך.

3. מסירת כיסוי הבור, הרי היא כאמירת 'לך חזק וקני' לגבי קנין הבור.

ב"ק נא: "א"ר אלעזר: המוכר בור לחבירו, כיון שמסר לו דליו - קנה. היכי דמי? אי בכספא, ליקני בכספא! אי בחזקה, ליקני בחזקה! לעולם בחזקה, ובעי למימר ליה לך חזק וקני, וכיון שמסר לו דליו, כמאן דאמי' ליה לך חזק וקני דמי. א"ר יהושע בן לוי: המוכר בית לחבירו, כיון שמסר לו מפתח - קנה. ה"ד? אי בכספא, ליקני בכספא! אי בחזקה, ליקני בחזקה! לעולם בחזקה, ובעי למימר ליה לך חזק וקני, וכיון שמסר לו מפתח, כמאן דאמר ליה לך חזק וקני דמי".

נעל

סעיף ג

נעל כיצד, מכר או נתן לו בית או חצר, והיה הפתח פתוח, ונעל הלוקח את הפתח וחזר ופתחו, קנה. ויש מי שאומר שצריך לנעול במפתח. (והוא הדין אם עשה מנעול לדלת או שהעמיד דלתות, י"א דקנה) (הכל בטור).

1. מהו קנין נעילה? שו"ע – סגירת הדלת ופתיחתה חזרה, כדעת הרמב"ם; ויש מי שאומר שצריך דווקא לנעול במפתח, דעת הרא"ש והתוס', ולא כהבנת הטור בדבריהם.

נחלקו הראשונים בגדר מעשה הנעילה:

א. דעת הרשב"ם – נעילה היינו התקנת מנעול, אך סגירת הדלת ונעילתה במפתח אינה כלום, דאינו אלא מבריה ארי מנכסי חברו, וכל ישראל מצווין על כך ואין בזה הוראת בעלות.

ב. דעת התוס' והרא"ש – נעילה היינו נעילה במפתח. וטעמם שאין זה דומה למבריה ארי, שהרי בנעילתו אף אחד לא יכול להכנס לשם, ומוכחא מילתא שהוא הבעלים (תוס'). או מפני שמבריה ארי הוא דוקא כשהנוק מצוי באותה שעה, כמו 'נתן צרור וסכר מינה מיא' (נמוק"י). והוכיחו כדבריהם מגיטין (עו): "ההוא שכיב מרע דכתב לה גיטא לדביתהו בהדי פניא דמעלי שבתא ולא הספיק למיתביה לה, למחר תקף ליה עלמא, אתו לקמיה דרבא, אמר להו: זילו אמרו ליה ליקניה ניהלה לההוא דוכתא דיתיב ביה גיטא, ותיזיל איהי ותיחוד ותפתח ותחזיק ביה, דתנן: נעל, גדר, פרץ כל שהוא - הרי זו חזקה". והרי זה היה בשבת, ואע"פ שהתירו לעשות קנין בשכיב מרע, אך איסור דאורייתא של 'בונה' לא התירו!! לכן מוכח שנעילה אינה התקנת מנעול, אלא נעילת הדלת.

ג. דעת הטור – נעילה היינו סגירת הדלת, וא"צ לנעול במפתח. כן כתב בשם הרא"ש, אע"פ שבדברי הרא"ש מבואר במפורש (גיטין פ"ח סי' ג) שנעילה היינו נעילה במפתח. אמנם לשיטתו בנכסי הגר בעינן נעילה במפתח. ותמה הב"י מנא ליה לחלק בין נכסי חברו דאיכא דעת אחרת מקנה דלא בעינן נעילה במפתח, לבין נכסי הגר דליכא דעת אחרת דבעינן נעילה במפתח?!

ד. דעת הרמב"ם – מלשון הרמב"ם משמע שצריך לנעול ולפתוח, ותמה הטור מדוע צריך לחזור ולפתוח!! הב"י כתב ב' אופנים לבאר דבריו: א. גם לשיטתו א"צ בפתחה, וכתב זאת לרבותא שאפי' מיד חזר ופתח קנה, אע"פ שלא הועיל במעשיו כלום. ב. צריך שיהיה מוכח שעושה כן לשם קנין, ולכן צריך לסגור ומיד לפתוח. (הרא"ש כתב אפשרות כזאת לבאר את 'תיחוד ותפתח' האמור בגיטין, וכן הביא תירוצו נוסף שלא דווקא קאמר אלא זהו לישנא דש"ס).

בפשט הרמב"ם משמע שמיידי בנעילה במפתח, אולם מדברי השו"ע משמע שהבין שמספיק לסגור הדלת בלא נעילה, שהרי כתב 'ויש מי שאומר שצריך לנעול במפתח' משמע שהדעה הראשונה (דעת הרמב"ם) סוברת שא"צ במפתח. הסמ"ע (ה) כתב שאולי כשנועל במפתח אף הרמב"ם מודה שא"צ לחזור ולפתוח, אך מאידך אם כן לא היה לו להשמיט דין זה.

2. התקנת מנעול, או קביעת דלתות: דעת הרמ"א שמועיל לקנות. סמ"ע – אע"פ שלא נעל. ט"ז – דווקא אם נעל, ובכה"ג מספיק לסגור הדלת.

ב"ב נג: "א"ר נחמן אמר רבה בר אבוח: הבונה פלטרינן גדולים בנכסי הגר, ובא אחר והעמיד להן דלתות - קנה; מאי טעמא? קמא, לבני בעלמא הוא דאפיך". מבואר שבהעמדת דלתות קונה. **הרשב"ם** הוכיח משם שנעילה אין פירושו נעילה, אלא התקנת מנעול או דלת. אולם, התוס' והרא"ש חלקו כמו שנתבאר. ממילא הם נתקשו מדוע מהני העמדת דלתות!! **התוס', והרא"ש בתיירוצו הראשון** תירצו שאורחא דמילתא נקט, דמסתמא מי שהעמיד דלתות אף נעל אותם, ובאמת הקנין הוא מחמת הנעילה אך העמדת הדלתות לחוד לא קני. אולם, **הרא"ש בתיירוצו השני** כתב שהעמדת דלתות או תיקון מנעול מהני ואע"פ שלא נעל, כיון שהוא יצר את היכולת לשמור את הבית וזהו תיקון חשוב שמהני מצד עצמו. **הטור** נקט שלדינא הרא"ש מודה בזה לרשב"ם. **וכן נראה שפסק הרמ"א** שכתב שאף העמדת דלתות מהני.

הסמ"ע והט"ז התקשו שהרי הרמ"א בסי' ער"ה סעיף כא פסק שבנכסי הגר העמדת דלתות בלא נעילה אינה קונה, ואילו אצלנו לא הזכיר שצריך לנעול!! הסמ"ע תירץ דשאני הכא שדעת אחרת מקנה, ולכן א"צ בנעילה. אולם, הט"ז כתב שלעולם א"צ בנעילה אלא צריך לסגור את הדלת, וגם כאן וגם בגר מספיק לסגור את הדלת וא"צ לנעול במפתח.

גדר

סעיף ד

גדר כל שהוא כיצד, היה שם גדר והיו עולים בו בנחת, והוסיף עליו כל שהוא והשלימו לעשרה, (ו"א דאפילו פחות מעשרה) (ועיין בטור ובב"י), ונמצא שאין עולים אלא בדוחק, הרי זה הועיל וקנה.

1. אם עשה גדר שמונעת מאנשים להכנס לקרקע – קנה.

2. אפי' הייתה כבר גדר, אלא שיכלו להכנס דרכה, **והוסיף עליה כל שהוא** ואין יכולים להכנס אלא בדוחק: שו"ע – מהני, ודווקא אם עכשיו הגדר גבוהה י' טפחים. רמ"א – מהני בכל ענין, אפי' אינה גבוהה י' טפחים.

ב"ב נג. "וכמה כל שהוא? כדשמואל, דאמר שמואל: גדר גדר והשלימו לעשרה, ופרץ פרצה כדי שיכנס ויצא בה - הרי זו חזקה. האי גדר היכי דמי? אילמא דמעיקרא לא הווי סלקי לה והשתא נמי לא סלקי לה, מאי עבד? ואלא דמעיקרא הווי סלקי לה והשתא לא סלקי לה, טובא עבד! לא צריכא, דמעיקרא הווי סלקי לה ברווחא, והשתא קא סלקי לה בדוחקא". הרשב"ם כתב שעשרה לאו דוקא, אלא אורחא דמילתא קתני. והטור כתב שהרא"ש והרמב"ם חולקים עליו וסוברים שעשרה דוקא בעינן. הב"י כתב שאין שום הכרח מדבריהם שחולקים על הרשב"ם, שהרי נקטו את לשון הגמ'. והוסיף שאף רבינו ירוחם כתב את דברי הרשב"ם ולא הזכיר שחולקים עליו, ולכן כתב שהעיקר כדברי רשב"ם. השו"ע נקט

לשון הרמב"ם, והרמ"א כתב את דברי הרשב"ם. פשט דברי השו"ע משמע שבעיני דווקא י'. אולם, ניתן לומר שאף השו"ע לא כיון לומר שדוקא בעיני, אלא כמו, אלא כמו שכתב בב"י, ודוחק דהיה לו לפרש.

פרץ

סעיף ה

פרץ כל שהוא כיצד, היתה שם פרצה והיו נכנסים בה בדוחק, והרחיבה כל שהוא עד שנמצא נכנסים בריוח, ה"ז הועיל וקנה.

1. אם עשה פתח שמאפשר לאנשים להכנס לקרקע – קנה.

2. אפי' היה כבר פתח, אלא שיכלו להכנס דרכו בדוחק **והרחיבו כל שהוא** ועכשיו נכנסים בו בריוח – קנה.

ב"ב נג. "האי פרצה ה"ד? אילימא דמעיקרא הוה עיילי בה והשתא נמי עיילי בה, מאי עבד? ואלא דמעיקרא לא הוה עיילי בה והשתא קא עיילי בה, טובא עבד! לא צריכא, דמעיקרא הוה עיילי בה בדוחקא, והשתא עיילי בה ברווחא".

סעיף ו

נתן צרור והועיל, כגון שחבר בו המים לשדה, או נטל צרור והועיל כגון שפתח בנטילתו המים לשדה, קנה. וכן כל כיוצא בזה. אבל אם ראה אמת המים באה להזיק הקרקע, ונתן צרור ומנעה, (או שנטל צרור ופתח שיצאו המים) (טור), לא קנה, שסילוק ההיזק אינו קונה, אלא הבאת התועלת.

1. אם סתם את פתח יציאת המים מן השדה, ובכך חיבר אותם לשדה שלא יברחו ממנה, או שנטל את האבן המונעת מהם להכנס, ובכך השקה אותה – קנה. והרי זה 'כל שהוא' שמועיל. וכן כל כיוצא בזה.

2. אם סילק ההיזק מן הקרקע – לא קנה, דמבריה ארי מנכסי חברו לא קונה בכך.

ב"ב נג. "א"ר אסי א"ר יוחנן: נתן צרור והועיל, נטל צרור והועיל - ה"ז חזקה. מאי נתן ומאי נטל? אילימא נתן צרור וסכר מיא מינה, נטל צרור ואפיק מיא מינה, האי מבריה ארי מנכסי חברו הוא! אלא, נתן צרור - דצמד לה מיא, נטל צרור - וארוח לה מיא". מדוע מבריה ארי לא מהני? **הרשב"ם** ביאר כיון שכל ישראל מצויין להציל ממון חבריהם מן ההיזק מדין השבת אבידה, וממילא אין במעשיו משום הוראת בעלות; וכ"כ **הרא"ש**. אולם, **הב"י הביא בשם הה"מ** ביאר שהטעם הוא מפני שזה רק סילוק מונע, וחזקה זה להשביח את השדה. **וכן נקט בשו"ע**.

בדברי **הסמ"ע** (י) נראה שהבין שאין מח' בין הטעמים, ושניהם אמרו דבר אחד, שהרי על דברי השו"ע הוא מביא את דברי הרשב"ם. וקשה שהרי לטעמו של ה"ה הוא מפני שאין זו חזקה טובה, שאין זו אחיזה של הנכס והשתלטות עליו, שהרי אתה רק מונע נזקים ולא עושה שום דבר חיובי. אולם, לטעמו של הרשב"ם החסרון הוא מפני שאין זו הוראת בעלות, ולכאוי אם זה היה הוראת בעלות אע"פ שלא יעשה משהו חיובי בגוף הקרקע – יקנה! ואולי, אף הרשב"ם מודה שצריך מעשה חיובי של השתלטות ותיקון בנכס, אך הוא מוסיף שאף המעשה הזה צריך להיות עם אופי של בעלות, ולכן אם הוא לא נושא אופי כזה – אינו קונה בכל ענין.

3. **סילוק היזק בקרקע הגר? פת"ש** – לא קנה. **רעק"א** – מסתפק בזה. לכאוי זה נפק"מ בין ב' הרשב"ם להרב המגיד, שלדעת הה"מ אף בנכסי הגר לא קנה, שאין זו חזקה כלל. אולם, לדעת הרשב"ם בנכסי הגר לכאוי יקנה, שהרי בכה"ג אינו מצוה להשיב אבידה. ולכן **רעק"א כותב** שלטעמו של הרשב"ם קנה, ומוסיף וצ"ע. **אולם, הפת"ש (ד)** מביא בשם שער המשפט שהביא דברי **הרמב"ן בחידושים** שאע"פ שבנכסי הגר או כשעושה כן בפני המקנה אין מצות השבת אבידה, אך לא מהני כיון שאין זה דרך הקנאה, דמעשה כזה באופן מהותי הוא מעשה של הצלה ולא של הוראת בעלות.

סעיף ז

המוכר או הנותן לחבירו שדה בצד שדהו, כיון שדש המצר שבין שתי השדות ונעשו שתיהן כשדה אחת, קנה. אבל אם הלך בה לארכה ולרחבה, אין הילוך זה מועיל כלום. ואם שביל של כרמים מכר לו, הואיל ונעשו להילוך, קנה בהילוך. וכמה שיעור רוחב הדרך שיקנה בהילוכו, אם היה מסוים במחיצות, קנה כדי שיגביה רגל ויניח רגל בצדה; ואם אין שם מחיצות, קנה ברוחב כדי שתהיה על ראשו חבילה של שריגים ויסוב בה. (ו"א איפכא, דבאין מחיצות סגי ברוחב שיגביה רגל ויניח רגל; וביש מחיצות, כדי שיהא על ראשו חבילה של שריגים ויסוב בה) (טור והמגיד פ"א דמכירה).

1. לקח שדה הסמוכה לשדהו, **אם דש את המצר** – קנה, דנעשו שניהם כשדה אחת. ב"ק ט. "מאימת הוא חזקה? מכי דייש אמצרי". וכתב ה"ה שאע"פ שהרמב"ם מפרש באופן אחר, אך הוא מודה שדין זה נכון.

2. **הילוך אינו קונה**, ב"ב ק. מח' ר"א וחכמים, והלכה כחכמים.

3. **דבר שכל תשמישו הוא רק בהילוך – נקנה בהילוך**, גמ' שם: "א"ר יוסי בר' חנינא: מודים חכמים לר"א בשביל של כרמים, הואיל ונעשה להילוך נקנה בהילוך".

4. **מכר שביל של כרמים בסתם, כמה קנה? שו"ע**: אם יש מחיצות לשביל – קנה בכדי שיגביה רגל ויניח רגל בצידה. אין מחיצות – שיעור שיוכל לישא משאוי על כתפיו ולהסתובב עמו לצדדים. **רמ"א**: אם יש מחיצות – כשיעור שיוכל להסתובב. אין מחיצות – כדי שיגביה רגל ויניח רגל בצדה. גמ' שם "כי אתו לקמיה דרב יצחק בר אמי, אמר להו: הבו ליה כי היכי דדרי טונא דשבישתא והדר. ולא אמרן אלא דמסיימין מחיצתא, אבל לא מסיימין מחיצתא – כי היכי דשקיל כרעא ומנח כרעא". זוהי גרסת רשב"א, הרשב"א, הר"י מיגש והטור; אולם גרסת התוס', הרא"ש, הרמב"ם והר"ף היא להיפך.

הראשונים הבינו שמדובר כשמוכר לו בסתם כמה הוא קונה בהילוך. **הרשב"ם ביאר** טעם החילוק, שכאשר אין מחיצות אינו צריך ליתן לו שיעור גדול, כיון שאע"פ שהמוכר יוכל לזרוע בסמוך, אך האדם יוכל לילך בשביל עם משאוי על כתפיו, דכיון שהוא גבוה זה לא יפריע לו. אולם, כשיש מחיצות צריך ליתן לו רוחב שיוכל לילך עם משאות על כתפיו. **אולם, התוס' ביארו** שהמחיצות הם נמוכות ואינם מפריעות למשא, והגמ' מלמדת אותנו שאפי' הרוחב בין המחיצות הוא כ"כ צר – אפי' הכי אינו צריך ליתן לו יותר דסבור וקיבל. ה"ה כתב שנראה לו יותר בדעת הרמב"ם, שלא מדובר במוכר בסתם, אלא מדובר שמוכר לו שיעור ידוע, ואפי' הכי הגמ' אומרת שההילוך אינו מועיל להחזיק בכל הקרקע אלא בכדי השיעור הזה. לכן, כשיש מחיצות, אע"פ שהוא רצה לקנות גם מחוץ למחיצות, אך מעשה החזקה אינו מועיל אלא לרוחב שבתוך המחיצות, ואפי' אין ביניהם אלא בכדי רוחב ב' הרגלים. אולם, כאשר אין מחיצות הקנין מתפשט על רוחב כדי שיעור שיוכל להסתובב עם המשאוי שעל ראשו. הבי"י לא קיבל הסבר זה, וכתב שיותר נראה לו כהסבר הראשון, אולם בסמ"ע ובפרישה הסכים עם הפי' הראשון.

מהו הרוחב של כדי שיגביה רגל ויניח רגל? הבי"י התקשה בביאור שיעור זה. הרמ"א, הבי"ח והפרישה כתבו שהוא כפשוטו כשיעור ההילוך של אדם, שהוא קצת יותר רחב מכך שהוא עומד עם ב' רגלים צמודות, כיון שהוא צריך שיהיה לו רוחב בין ב' הרגלים כדי שלא יתקעו אחת בשניה.

5. **מקומות של בית הכנסת – נקנים בישיבה**, כיון שכל תשמיש המקום הוא בכך – נקנה בכך; ט"ז. ובכה"ג אף הראב"ד החולק לקמן לגבי צחית סלע – מודה, דכיון שגופו נהנה בכך וזוהי דרך הנאתו, דמי למציע מצעות וישן עליהם; נתיבות (א). והכא לא בעי שיציע, כיון שאין דרך להציע קנה בישיבה בעלמא; רעק"א (סעי' ט).

ח-יא אכילת פירות

ב"ב נז. "מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא? אמר עולא: כל שאילו בנכסי הגר קנה – בנכסי חבירו קנה, כל שאילו בנכסי הגר לא קנה – בנכסי חבירו לא קנה. מתקיף לה רב ששת: וכללא הוא? והרי ניר, דבנכסי הגר קנה, בנכסי חבירו לא קנה! והרי אכילת פירות, דבנכסי חבירו קנה, בנכסי הגר לא קנה!". **הרשב"ם, הרמב"ן, הראב"ד, הרשב"א, הר"ן, הטור ורוב הראשונים** למדו שנכסי חבירו האמור כאן הכוונה לגבי חזקת ג' שנים, אולם לגבי קנין מחברו אין הבדל בין קונה מהגר לקונה מאדם אחר. א"כ אכילת פירות אינה מהוה קנין לקרקע, אלא רק היא במקום שטר עומדת, שאם אכל פירות במשך ג' שנים הרי זו חזקה ונאמן לטעון שקנאה בכסף או בשטר או בחזקה.

אולם, **הרמב"ם והעיטור** למד שנכסי חבירו האמור כאן היינו לגבי קנין מחברו, ונמצא שיש חילוק בין קונה מחברו לקונה מהגר. שאכילת פירות מועילה לקנות מחברו, אך אינה מועילה לקנות מהגר. וטעם החילוק נראה מפני שבקונה מחברו יש צד שצריך מעשה שיבטל את הבעלות הקודמת, אך מאידך כיון שיש דעת אחרת מקנה, א"כ יש צד שאפשר להסתפק במעשה קל יותר. מאידך בקונה מהגר כיון שאין בעלות קודמת שהרי זה הפקר – יותר קל לקנות, אולם מאידך כיון שאין דעת אחרת מקנה – יש צד הפוך. (אך אין חילוק בין קונה מחברו לגבי חזקת ג"ש, וכל דבר המועיל לחזקת ג"ש יועיל גם לגבי קנין חזקה).

רוב הראשונים נראה שהבינו שחזקה זהו מעשה השתלטות והכנסה לרשותי, כעין משיכה והגבהה, ולכן צריך שהמעשה יפעל בגוף הקרקע וישביח אותה, או ישנה את מצבה. כמוכן, שאולי גם צריך שזה יעשה באופן בו אני נראה כבעלים, ולכן בעיני (לחלק מהשיטות) שיהיה ניכר מתוכו שהוא מעשה בעלות, כמו שכתב הרא"ש לגבי נעילה וכן לגבי פסח דקלא אדעתא דחיותא. אך העיקר הוא ההשתלטות על הקרקע. השתלטות הכוונה גם עשיית פעולה שמשליכה על הנכס, כגון סיוע וכיור, שאלו מעשים שבמטאים שאני שולט בו וקובע את גורלו.

אולם, בדעת הרמב"ם ניתן לומר שהבין שחזקה היא מעשה שמבטא את העברת הבעלות, ולא דווקא שמבטא את השליטה על הנכס. לכן, אין צורך לעשות מעשה שפועל ומשנה בגוף החפץ, אלא מעשה שמבטא את העברת הבעלות. לכן גם כשבעל השדה לוקח דלי מלא פירות ונותן ללוקח – זהו מעשה שמבטא את העברת הבעלות, בדומה לכסף ושטר שאין הם השתלטות על הנכס אלא ביטוי להעברת הבעלות עליו. ממילא, גם אכילת פירות אע"פ שאינה פועלת בגוף

הקרקע, אך היא מבטאת מי בעל הבית כאן, ולכן היא פועלת. ע"פ זה מובן מדוע יש חילוק בין הקונה מחברו לקונה מההפקר, אם אופי החזקה הוא מעשה השתלטות והכנסה לרשות, אכן אין סיבה שיהיה הבדל, ולכן לרוב הראשונים אין חילוק. אולם, אם החזקה היא מעשה שמבטא את העברת הבעלות, א"כ כשיש דעת אחרת מקנה הרבה יותר קל לבטא את ההעברת הבעלות ע"י אכילת פירות וכדו' שהרי אין אדם עשוי שיאכלו פירות בקרקע ושותק, אולם בקונה מההפקר אין זה מבטא בעלות שהרי הרבה אנשים אוכלים ונהנים מההפקר בלא להיות בעלים. מאידך, מעשה תיקון ושינוי בהפקר הרי הוא מבטא בעלות, שהרי אדם לא דואג לנכסי ההפקר, ואינו אמור לתקן ולשכלל אותם, ואם הוא עושה זאת כנראה שהוא בעלים. מאידך, בנכסי חברו אין זה מבטא בעלות שהרי אולי הוא סה"כ פועל שלו. ולכן לדעת הרמב"ם סיוד וכיור וכדו' אינם קונים אלא בהפקר ולא מחברו, וכמבואר בסי' רעב.

סעיף ח

היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה ואינה בת זריעה, החזקה שקונה אותה שטיחת פירות או העמדת בהמה שם, וכיוצא בזה משאר התשמישים.

קרקע שהיא צחיח סלע: שו"ע – קונה אותה ע"י השימוש בה, כגון ייבוש פירות על גבה, או העמדת בהמות וכדו'; כדעת הרמב"ם. רמ"א – לא מהני אלא ע"י כסף או שטר, דשימוש בקרקע אינו מעשה המועיל לקנין חזקה.

ב"ב כט: "מתקיף לה רב ביבי בר אבבי: אלא מעתה, צונמא במה יקנה? אלא באוקומי בה חיותא ומשטחא בה פרי, ה"נ איבעי ליה לאוקומי בה חיותא, אי נמי משטחא בה פרי". הגמ' מדברת לגבי חזקת ג' שנים, אך כפי שנתבאר לעיל לשיטת הרמב"ם אין חילוק בין קונה מחברו לחזקת ג"ש.

סעיף ט

הציע מצעות בבית או בשדה ושכב עליהם, או ערך שלחן ואכל, ולא עוד אלא אפי' נתן כליו לתוכו או צבר בו פירות הראוים לצבור, קנה.

1. הציע מצעות ושכב עליהם – קנה בחזקה.

2. ערך שולחן ואכל עליו – קנה בחזקה.

ב"ב נג: "אמר רב עמרם: האי מילתא אמר לן רב ששת, ואנהרינהו עינין ממתניתא: המציע מצעות בנכסי הגר - קנה. ואנהרינהו עינין ממתניתא, מאי היא? דתניא: כיצד בחזקה? נעל לו מנעלו, או התיר לו מנעלו, או שהוליד כליו אחריו לבית המרחץ, והפשיטו, והרחיצו, סכו, גרדו, והלבישו, והנעילו, והגביהו – קנאו". וכתבו הרשב"ם, התוס' והרא"ש שמייירי שהציע מצעות ושכב על גביהם, דכיון שנהנה גופו מגוף הקרקע, נמצא שהקרקע משמשת לו כעבד לרבו, והוי חזקה. כמו כן הוסיפו ששימוש חשוב בעינין, ולכן צריך להציע מצעות ולשכב על גביהם, אך סתם שכיבה לא מהני. הרא"ש הוסיף שהוא הדין אם ערך שולחן ואכל על גביו קנה, דהוי תשמיש חשוב. בדרכי משה תמה, הרי בעינין שיעשה מעשה שמשביח לקרקע! ולא קשיא דבכה"ג שנהנה גופו מגוף הקרקע מהני, כיון שהרי זה כאילו הקרקע משמשת אותו כעבד לרבו, סמ"ע (יז).

הרמב"ם הזכיר דין זה לגבי קונה מהגר, אך לא הזכיר דין זה לגבי קונה מחברו. ואף לגבי גר לא כתב שצריך לשכב על גביהם. **הב"י** כתב את דברי הראשונים שהצריכו לשכב, ואח"כ הוסיף שכיון שבנכסי הגר קונה, א"כ כ"ש שקונה מחברו ובמתנה. **הגר"א תמה** על דבריו, וכן הקשו האחרונים שהשו"ע הזכיר דין זה בסי' רעה לגבי קונה מגר וכתב על זה שדברים הללו אינם קונים מחברו! בשו"ת שואל ומשיב (מהדורה רביעא, ח"ג סי' פט) כתב שהרמב"ם למד שמייירי אף בלא ששכב עליהם, ובכה"ג קנה דווקא בנכסי הגר, ועל זה דיבר השו"ע בסי' רעה שקונה מכיון שייפה את הקרקע. אולם הכא מייירי כשישן ע"י הקרקע וקונה כמו עבד שמשמש לרבו, ובכה"ג כו"ע מודו שמחני.

3. השתמש בבית לאחסן בו דברים – קנה; דין זה נכון רק אליבא דהרמב"ם ודעימיה.

סעיף י

המוכר שדה לחבירו ונכנס בה הלוקח וזרעה או נרה, או שאסף פירות האילן, או זמרו וכן כל כיוצא בדברים אלו, קנה.

כל זה דווקא לשיטת הרמב"ם, וכמו שנתבאר.

סעיף יא

וכן אם אסף המוכר סל של פירות ונתן ללוקח, קנה לוקח. הגה: ויש חולקין וסבירא להו דאין קונין בחזקות אלו לא באכילת פירות ולא בהעמדת בהמה וכיוצא בזה, שאינו מועיל לקרקע, והכי מסתברא (טור בשם הראב"ד ור"ן פ"ק דקידושין והמגיד). היה גבשושית בשדה, ונטלה, או

גומא וסתמה, הוי חזקה. ונראה לי דוקא אם מהני לקרקע, אבל חפר מעט, לא קנה, אלא בשדה העומד לחרישה. (מרדכי פרק חזקת).

1. אם אסף המוכר סל של פירות מהשדה ונתן ללוקח – קנה, ב"ב לה: "א"ר אבא: אי דלי ליה איהו גופיה צנא דפירי – לאלתר הוי חזקה". אמנם, מיירי שם לענין חזקת ג"ש, אולם הרמב"ם והשו"ע סוברים שהוא הדין לענין קנין חזקה.

2. דעת הרמ"א: חולק על הדינים של סעיפים ח, י וי"א, וסובר שכל הדברים הללו אינם קונים בקנין חזקה.

3. נטל גבשושית מהקרקע, או סתם גומא – קנה, ודווקא אם הועיל לקרקע במעשיו. ובקרקע העומד לחרישה – קנה בכל ענין; מרדכי, פרק חזקת ס"י תקנ"ג.

סעיף יב

המוכר לחבירו עשר שדות בעשר מדינות, כיון שהחזיק באחד מהם, קנה כולם, ואפי' היתה אחד מהם הר גבוה והשנית מצולה, שהרי אין תשמיש של זו כתשמיש של זו. בד"א, שנתן דמי כולם; אבל אם לא נתן דמי כולם, לא קנה אלא כנגד מעותיו. לפיכך אם היו הכל במתנה, קנה כולם. (ויש חולקין במתנה). (טור בשם הרא"ש). והוא הדין בעשרה בתים, או בית ושדה, דין כעשרה שדות (נ"י פ' המוכר בית).

1. המוכר לחבירו עשר שדות בעשר מדינות, והחזיק הלוקח באחת מהם:

א. אם נתן הלוקח דמי כולם: קנה את כל השדות, ואע"פ שאין תשמישן שוה, כגון שאחת בהר והשניה במצולה.

קידושין כז. "יפה כח חזקה, שחזקה, מכר לו עשר שדות בעשר מדינות, כיון שהחזיק באחת מהם – קנאם כולם; במה דברים אמורים – שנתן לו דמי כולם, אבל לא נתן לו דמי כולם, לא קנה אלא כנגד מעותיו. מסייע ליה לשמואל, דאמר שמואל: מכר לו עשר שדות בעשר מדינות, כיון שהחזיק באחת מהן – קנה את כולם וכו'. מי דמי? התם גופים מוחלקים, הכא סדנא דארעא חד הוא".

ב"ב סז. "ואמר רבא אמר רב נחמן: מכר לו חולסית ומצולה, החזיק בחולסית – לא קנה מצולה, החזיק במצולה – לא קנה חולסית. איני? והא אמר שמואל וכו', התם הוא דסדנא דארעא חד הוא, וכולה חדא תשמישתא הוא, אבל הכא – הא תשמישתא לחוד, והא תשמישתא לחוד. ואיכא דאמרי, אמר רבא אמר רב נחמן: החזיק בחולסית: קנה מצולה. פשיטא, דהא אמר שמואל: מכר לו עשר שדות וכו'! מהו דתימא: התם הוא דסדנא דארעא חד הוא, אבל הכא הא תשמישתא לחוד והא תשמישתא לחוד, קא משמע לן". ופסקו הראשונים כלישנא בתרא.

ב. לא נתן הלוקח דמי כולם:

אותה שדה שהחזיק בה: אם המוכר עייל ונפיק אזוזי – לא קנה אלא כנגד מעותיו. אם לא עייל ונפיק אזוזי – קנה כולה.

הסמ"ע (כב) דייק מדברי השו"ע שכנגד מעותיו קנה, ואפי' המוכר עייל ונפיק אזוזי, וכמו שנתבאר בס"י קצ סעיף י.

שאר שדות: לא קנה אלא כנגד מעותיו, דהיינו אם נתן מעות ביותר משווי השדה שהחזיק בה – קנה כנגד שווים בשאר השדות.

ג. אם נתן מקצת דמי כל שדה ושדה: נמוק"י – קנה הכל. ר"ן ורשב"א – לא קנה אלא כנגד דמיו, וכמו שנתבאר באות ב; רעק"א.

2. מה הדין במתנה? שו"ע – אותו דבר, כדע הרמב"ם. רמ"א – י"א שבכל ענין לא קנה אלא אותה שדה שהחזיק בה, תוס', רא"ש וטור. א"א יאמר לו במפורש 'החזק באחת וקנה הכל'.

ב"ב נג. "ואמר רב אסי א"ר יוחנן: שתי שדות ומצר אחד ביניהן, החזיק באחת מהן לקנותה – קנאה; לקנות אותה ואת חברתה – אותה קנה, חברתה לא קנה; וכו'". הקשו הראשונים הרי אליבא דשמואל כשמחזיק בשדה אחת קונה גם את חברתה! תירצו שיש חילוק בין קונה מחברו לקונה מנכסי הגר. שמואל מיירי כשקונה מחברו ולכן מהני חזקה בשדה אחת לקנות אף את חברתה, אולם הגמ' בב"ב מיירי בקונה מגר ובכח"ג לא מהני.

מהו טעם החילוק? הר"י מיגש (הובא ברשב"א וברמב"ן) כתב שהחילוק הוא בין היכא דאיכא דעת אחרת מקנה, להיכא דליכא. כאשר יש דעת אחרת מקנה, יותר קל לקנות וממילא מספיקה חזקה בשדה אחת כדי לקנות אף את השאר. ונראה הטעם שבכה"ג בעצם המוכר מגדיר את כל השדות כעסקה אחת, וכיון שיש צד כזה שהרי 'סדנא דארעא חד הוא', אז מהניא חזקה באחת מהם שנחשיב זאת כאילו החזיק בכולם. אולם בקונה מגר – לא, דדעת הקונה לבדו שרוצה לקנות הכל, לא מספיקה כדי להגדיר שבאמת יש כאן 'חבילה אחת'. לפ"ז נראה פשוט שאין חילוק בין מכר למתנה, אלא אף במתנה מהני להחזיק באחת ולקנות את השאר, שהרי יש דעת אחרת מקנה. וכ"כ התוס' (קידושין כז.). בשם ר"ח, וכן נראית דעת הרשב"א והרמב"ן, **וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע לדינא**.

אולם, **הרשב"ם** (ב"ב סז.) כתב: "דכיון דקיבל המוכר כל הדמים של עשר השדות הרי אשתעבוד כולו ללוקח בשביל מעותיו שנתן לו ודי לו בחזקת אחת מהן וכדמפרש טעמא בב"ק דסדנא דארעא חד הוא כל השדות אדוקין בגוף קרקע של עולם שהוא אחד וכמו שהחזיק בכולהו דמי". וכ"כ שם בדף נג.: פשט דבריו משמע שיש צורך במתן מעות בדווקא, כדי שיחול שיעבוד על הקרקעות, ורק בצירוף של זה שהם משועבדים וסדנא דארעא חד הוא – קנה. וע"פ זה נראה שבמתנה לא יקנה, וכ"כ המשנה למלך בדעתו. אמנם, הרמב"ן כתב שהוא לא יודע מהי דעת הרשב"ם לגבי מתנה, והרשב"א כתב שאולי כוונתו שדוקא במכר אין המוכר מתרצה להקנות לו עד שיתן לו כל הדמים, ולכן דווקא כשנתן דמי כולם אמרינן שקנה. אולם במתנה מודה שכיון שיש דעת אחרת מקנה – יקנה.

אך **הרא"ש והתוס'** (ב"ב נג.) כתבו להדיא שדוקא במכר קנה ולא במתנה. בפשטות נראה שטעמם כטעמו של הרשב"ם שדוקא מכיון שנתן מעות ונשתעבדו לו השדות מועילה החזקה לגמור ולפעול את הקנין, אך בלאו הכי לא. אמנם, אפשר לומר שטעמם שבמתנה אע"פ שאין חסרון של נתינת דמים, אך אולי הנותן עדיין לא גמר בדעתו בצורה מוחלטת להקנות לחברו את הקרקעות, ולכן צריך לעשות מעשה קנין בכל אחת מהשדות. **וכן כתב הרמ"א בשם י"ש חולקים'.**

מה הדין בשכירות? מצד אחד 'שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף', א"כ אין חסרון בכך שעדיין לא נתן הלוקח את הדמים, וודאי שאין לנו חסרון מצד גמירות הדעת של המקנה. אולם, מאידך הקרקעות עדיין לא השתעבדו לו שהרי עדיין לא נעשה שום מעשה!! הטור הזכיר אף בשכירות שמדובר כשנתן את הדמים, הב"י הבין שזה לא בדווקא ובשכירות כיון שאינה משתלמת אלא לבסוף – לכו"ע קנה, ואף הרא"ש והתוס' מודים בזה. וכ"כ בפרשה שכיון שהיא משתלמת לבסוף לאו דעתיה אזויה וגמר ומקנה לו. כלומר, הם הבינו שהצורך במתן מעות הוא בשביל ליצור את גמירות הדעת של המוכר. **וכן פסקו השו"ע והרמ"א לדינא**.

אולם הגר"א חלק וכתב שדבריהם צ"ע, כיון שפשט דברי הטור משמע שאף בשכירות צריך מתן מעות, וכן מסברא מדוע שיהיה חילוק לדעת הרא"ש והטור בין שכירות למתנה הרי לא היה מתן מעות. נראה מדבריו שהבין שהרא"ש והטור סוברים כרשב"ם, ולכן אף בשכירות לא מהני.

3. אין הבדל בין אם קונה קרקע או בתים, דבכל ענין אמרינן סדנא דארעא חד הוא. כ"כ הנמוק"י ב"ב (לו). מדפי הר"י: "והיייתי מסופק מי שקנה שני בתים והחזיק באחד אם קנה חבירו דס"ל דסדנא דארעא שייך למימר טפי בקרקע ממש מבבתים הבנויים עליו. ואח"כ ראיתי לאחד ממחברי ספרים שכתב ומינה למוכר בית ושדה שהחזיק בשדה שקנה בית או איפכא".

סעיף יג

וכן בשכירות, כיון שהחזיק באחד מהם קנה כולם כל זמן השכירות. הגה: ובשכירות לא בעינן שנתן דמי כולן, דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף (בית יוסף).

1. **המשכיר לחברו כמה בתים או קרקעות, כיון שהחזיק באחד מהם – קנה כולם**. ובכה"ג קנה בכל ענין, **ואע"פ שלא נתן דמים כלל**, כיון ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף.

2. **האם דין זה נכון לכו"ע? שו"ע ורמ"א – כן, גר"א – לא**, הרא"ש והתוס' חולקים וסוברים שאף בכה"ג לא קנה בלא שיתן דמים. וכבר נתבאר זה בהרחבה בסעי' הקודם, סעיף 2.

3. **כיצד קונים שכירות בחזקה? מהרי"ט – נעל, גדר ופרץ. נתיבות (ו) – ב' סוגי שכירות: א. אם השכירות היא רק רשות להשתמש, כגון שביל להילוך וכדו' – נקנית בשימוש, ובכה"ג אין החצר קונה לשוכר. ב. כאשר יש לו קנין גוף לפירות, כיון שהוא קונה את הגוף צריך מעשה קנין של נעל, גדר ופרץ. ובכה"ג קונה לשוכר בקנין חצר**.

סעיף יד

היו מקצת הקרקעות במכר ומקצתן בשכירות, כיון שהחזיק בין בשל מכר בין בשל שכירות, קנה הכל.

תוספתא (ב"ב, פ"ב ה"ה) הביאה הרא"ש והרמב"ם ורבינו ירוחם.

סעיף טו

דין מחזיק בנכסי הגר יתבאר בסימן ער"ה.

סעיף טז

חזקה לחודה, בלא כסף ובלא שטר, קניא כל היכא דלא עייל ונפיק אזוזי. (אפילו במקום שנהגו לכתוב שטר (טור). מיהו אם התנה, הכל לפי תנאו) (רבינו ירוחם נ"א ח"א).

1. חזקה קונה, אפי' בלא כסף ושטר. ודווקא כשהמוכר לא עייל ונפיק אזוזי, דאם המוכר עייל ונפיק אזוזי דינו כמו שנתבאר בסי' קצ סעי' י'.

2. אפי' במקום שנהגו לכתוב השטר, אם החזיק קנה אע"פ שלא כתב לו את השטר, ולא כמו כסף שאינו קונה בכה"ג בלא שטר. ואם התנו שלא יקנה בלא שטר – לא קנה, דכל תנאי שבממון קיים.

הראשונים הקשו על דברי שמואל שהובאו בסעי' יב, שאם החזיק באחת מהם לא קנה אא"כ נתן דמי כולם, א"כ מדוע אינו קונה בכסף?! הראשונים תירצו שמירי במקום שאין קונים בכסף לבדו, כגון במקום שנהגים לכתוב שטר. מוכח מכאן שאפי' הכי חזקה לבדה קונה בלא כסף. בטעם הדבר כתב הרא"ש (קידושין פ"א סימן לו) "דאלים קנין חזקה משום שעשה מעשה בגוף הדבר מידי דהוה אמשכיה דקניא בלא כסף", וכן הר"ן שם בשם הרשב"ם. אולם, הר"ן הביא שהרמב"ן חולק וסובר שבמקום שכותבים את השטר בכל ענין לא קנה עד שיכתוב לו את השטר, ואפי' החזיק. וכן דעת בעל העיטור. והם יעמידו את דברי שמואל כמו א מבי' תירוצי תוס' (קידושין כז). שמדובר כשנותן לו במתנה, או שמדובר שהמוכר חייב לקונה את המעות, ואע"פ שא"א לקנות במלוח, אך אם החזיק והיה חייב לו דמי כולם – קנה. הב"י כתב שרוב הראשונים (הרמב"ם, רבינו ירוחם, בעל התרומות, הר"ן) סוברים כרא"ש והרשב"ם, ובבדק הבית הוסיף שכך נקטינן לדינא. וכן משמעות דברי השו"ע שחזקה קונה תמיד, ודברי הרמ"א הם ביאור לדבריו.

ב"ה יום ד' כ"ז כסלו ה'תשע"ו

סימן קצג

המחובר לקרקע דינו כקרקע, ובו סעיף אחד.

סעיף א

כל המחובר לקרקע שצריך לקרקע, הרי הוא כקרקע ונקנה בכסף או בשטר או בחזקה.

אפילו לא נתכוין לקנות הקרקע, אלא החזיק בקרקע לקנות המחובר בו, או נתן כסף בעד הקרקע כדי לקנות המחובר בו, קנה, אף על פי שלא קנה הקרקע.

אבל אם אינו צריך לקרקע, כגון ענבים העומדים ליבצר, ה"ז כמטלטלין לקנין, ויש להם אונאה. (ויש חולקין ואומרים דאפילו אין צריך לקרקע דינן כקרקע) (טור).

1. כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע, ולכן הוא נקנה בקנייני הקרקע, כגון כסף או שטר או חזקה.

מה הדין במחובר לקרקע שאינו צריך לקרקע? שו"ע – אינו כקרקע, חוץ מלענין שומרים. רמ"א – הרי הוא כקרקע, חוץ מלענין גבית בע"ח, ובהמה שאכלה פירות גמורים. וכן פסק הש"ך לדינא.

סוגיית 'המחובר לקרקע' מה דינו היא סוגיא 'חובקת ש"ס', מופיעה בשבועות מב: ב"ק נט: כתובות נ: גיטין לו: וסנהדרין טו: (אותו דבר כמו בגיטין). כמו כן, דין זה מופיע בסימן צה סעיף ב, ובסי' קטו, ובסי' שא סעיף ה, ובסי' שצד: ולכן הארכנו בו קמעא.

שבועות מב: במשנה: "רבי מאיר אומר: יש דברים שהן בקרקע ואינן כקרקע, ואין חכמים מודים לו. כיצד: עשר גפנים טעונות מסרתי לך, והלה אומר: אינן אלא חמש - רבי מאיר מחייב שבועה, וחכ"א: כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע". ובגמ' מג: "א"ר יוסי ברבי חנינא: הכא בענבים עומדות להבצר קמיפלגי, דרבי מאיר סבר: כבצורות דמיין, ורבנן סברי: לא כבצורות דמיין".

גיטין לו: (וכן בסנהדרין טו:). "אלא, דכולי עלמא עבדא כמקרקעי דמי, והכא בשערו העומד ליגזז קמיפלגי, מ"ס: כגזוז דמי, ומר סבר: לאו כגזוז דמי. לימא, הני תנאי כהני תנאי; דתנן וכו'?! אפי' תימא רבי מאיר, עד כאן לא קאמר ר"מ התם אלא בענבים, דכמה דקיימין מיכחש כחשי, אבל הכא כמה דקאי אשבוחי משבח". מבואר שמח' רבנן ור"מ היא אפי' במצב בו הענבים כבר לא משביחות עוד על הגפן, אלא אדרבא מתקלקלות!

ב"ק נט: "ר"ש אומר: אכלה פירות גמורים כו'. מ"ט! הא דאמר רחמנא ובער בשדה אחר - מלמד ששמן על גב השדה, ה"מ מידי דצריך לשדה, הני כיון דלא צריכי לשדה - בעינייהו בעי שלומי". מבואר כאן שאע"פ ששן שהזיקה לשדה שמין את הנזק ע"פ השדה (דהיינו מעריכים כמה השדה היתה שווה קודם, וכמה היא שווה עכשיו). אולם, כאשר אכלה פירות שכבר אינם צריכים לשדה, אע"פ שהם עדיין מחוברים לה, משלם את כל שווי הפירות דחשיבי כמטלטלין. מוכח שענבים העומדות להבצר - כבצורות דמיין, ולכאן זה כר"מ ולא כרבנן!

כתובות נ: "ההוא דאתא (יתומה שבאה לגבות למזונותיה) לקמיה דרב יוסף, אמר להו: הבו לה מתמרי דעל בודיא (פי' רש"י בודיא - מחצלות שמניחין עליהם התמרים הנלקטים). אמר ליה אביי: אילו בעל חוב הוה, כי האי גוונא מי הוה יהיב ליה מר? אמר ליה: דחזייה לבודיא קאמינא. סוף סוף כל העומד לגזוז כגזוז דמי! דצריכא לדיקלא קאמינא". גם כאן משמע שהלכה כר"מ, שהרי פשוט לגמ' שהעומד לגזוז כגזוז דמי, אע"פ שהוא עדיין מחובר.

נחלקו הראשונים כמי ההלכה:

שיטת ר"ח: הלכה כר"מ הסובר שהמחובר לקרקע אינו כקרקע, שהרי בב"ק ובכתובות סתמא דגמ' כר"מ. וכך משמע שהתוס' פוסקים כיון שבכל המקומות הללו הם מביאים את דברי ר"ח בלא חולק. וכן דעת הנמוק"י בב"ק כר"ח.

שיטת הר"ן (בשבועות): הלכה כרבנן, שהרי יחיד ורבים הלכה כרבים. אלא שיש לנו ג' מצבים של מחובר לקרקע, וכך יתיישבו כל הסוגיות: א. מחובר לקרקע שאינו צריך לקרקע כלל - הרי הוא כמטלטלין, כמו שמבואר בכתובות. ב. מחובר לקרקע שצריך לקרקע, אך אם ישהה הרבה זמן על העץ יתקלקל לבסוף - מח' רבנן ור"מ. ואע"פ שעכשיו הוא עדיין משביח מהקרקע, אך כיון שלבסוף יתקלקל - דעת ר"מ לראותו כמטלטלין. ג. מחובר לקרקע שיכול להשאר עליה לעולם - לכו"ע הרי הוא כקרקע, ואלו דברי הגמ' בגיטין לגבי שיער של עבד. הר"ן מבין שזו גם דעת הרמב"ם.

שיטת הר"י מייגש: הלכה כרבנן, אך זהו דין מיוחד בדיני שומרים, דכיון שנתן לו לשמור גפנים טעונות אע"פ שאין הפירות צריכים עוד לקרקע, אך יש בזה דיני שמירת קרקע, שהרי הוא לא ביקש ממנו לקוטפם אלא לשמור עליהם!

אולם, בכל שאר העניינים דבר המחובר לקרקע הצריך לקרקע – הרי הוא כקרקע, אך אם אינו צריך עוד לקרקע – אינו כקרקע, שהרי יש כלל של 'כל העומד להגזז כגזוז דמי', ולזה אף רבנן מודו. ואלו דברי הגמ' בכתובות ובב"ק. אלא שקשה הרי בגיטין הגמ' רצתה לומר שמח' ר"מ ורבנן קשורה אף לדיני מעילה בשיעור של עבד!! כן הקשה הש"ך בסי' צה. אולם, ניתן ליישב שהעיקרון בשומרים נכון גם בהקדש, שכיון שהאדם הקדיש את עבדו והשיער שייד להקדש א"כ אין שום משמעות לכך שהוא עומד להגזז שהרי אסור לך לגזוזו. לכן, אנו לא מתייחסים אליו כדבר עצמאי, אלא כחלק מגוף העבד; דומיא דשומרים. ואולי לזה כיוון הש"ך שכתב שאפשר ליישב בדוחק. **הב"י (בסי' צה) והש"ך הבינו שזו גם שיטת הרמב"ם.**

שיטת הטור: הלכה כרבנן, כיון שיחיד ורבים הלכה כרבים. וכל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע, ואע"פ שעומדות ליבצר ואינם צריכים עוד לקרקע, דאין חילוק בהכל. הטור (בסי' צה) כתב שכן היא דעת הרא"ש, ותמחה עליו הב"י והב"י היכן מצא בדברי הרא"ש כן!! וכתב הב"י שכיון שהרא"ש הביא את המשנה בשבועות כצורתה ולא העיר דבר, נראה שפוסק כחכמים שהרי יחיד ורבים הלכה כרבים, ואם לא היה לו לומר שאין הלכה כמותם. אלא שקשה מהגמ' בכתובות לגבי בע"ח, והגמ' בב"ק לגבי אכלה פירות מהערוגה!! על כך יישב הש"ך (סי' צה) שלגבי בע"ח זה דין מיוחד שכיון שהפירות כבר אינם צריכים לקרקע א"כ הלוה יכול לקטוף אותם ולהבריחם ולכן אין המלוה סומך עליהם, ולכן אין הוא גובה מהם; אע"פ שמבחינה דינית הם נחשבים כקרקע. אולם, כל זמן שהם צריכים לקרקע, הרי הלוה לא יקטוף אותם קודם זמנם שהרי הם עדיין לא ראויים, ולכן המלוה סומך דעתו עליהם והוא גובה מהם. כמו כן, לגבי שומא זהו דין מיוחד בשומא, או שזה מכיון שעכשיו הפירות כבר נתלשו ואנו דנים כמה שווים אז אנו מתייחסים אליהם כדבר תלוש. אך מבחינה עקרונית כל המחובר לקרקע לעולם הרי הוא כקרקע.

פסיקת ההלכה: השו"ע פסק כרמב"ם, והרמ"א פסק כטור שלעולם המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע; הש"ך נקט לדינא כרמ"א.

הסמ"ע תמה מדוע בסי' שא לגבי שומרים השו"ע לא הזכיר את החילוק בין צריכות לקרקע או לא. וכן מדוע הרמ"א לא השיג בסי' צה. **ולכן חידש שענבים העומדות ליבצר הם צריכים קצת לקרקע**, ולכן לענין שומרים ושבועה הרי הם כקרקע, אולם לדיני אונאה וקניינים אינם כקרקע. והרמ"א סובר שדבר שאינו צריך לקרקע כלל דינו כמטלטלין, ולכן לא חלק על השו"ע בסי' צה. אולם, בדבר שצריך קצת לקרקע הכריע כרא"ש שדינו כקרקע תמיד. **אולם, כבר דחו דבריו הט"ז והש"ך** שהשו"ע הבין את הרמב"ם כמו שביאר הר"י מיגש, ולכן בשומרים לעולם הרי הם כקרקע, משא"כ בדברים אחרים (וכמו שכתב הב"י בעצמו בסי' צה). ואת דברי הרמ"א ביאר הש"ך שפסק כטור וביאורו, **וכן פסק הש"ך לדינא כרמ"א.**

2. אם עשה מעשה קנין בקרקע כדי לקנות המחובר לה – קנה, ואע"פ שאינו מתכוון לקנות את גוף הקרקע. **ב"ב פד:** במשנה "הלוקח פשתן מחבירו - הרי זה לא קנה עד שיטלטלו ממקום למקום, ואם היה מחובר לקרקע ותלש כל שהוא – קנה". **ובגמ' פז.** "משום דתלש כל שהוא קנה? אמר רב ששת: הכא במאי עסקינן - דאמר ליה: לך, יפה לך קרקע כל שהוא, וקני כל מה שעליה". דהיינו שהוא תולש את הפשתן ובכך הוא מייפה את הקרקע ומכשיר אותה לחרישה או לזריעה.

הראשונים נחלקו בביאור דברי רב ששת:

תוס' כתבו שכיון שהוא מייפה את הקרקע הרי זה קנין חזקה בקרקע לענין זה שהיא תיקנה לו **מדין חצר**, דהיינו שהוא זוכה בקרקע רק לענין שהיא תיחשב כחצרו וממילא תקנה לו את המטלטלין שעליה. כך גם הבין הב"י בדעת הרשב"ם. אלא שעל כך קשה מדוע צריך שהפשתן יהיה מחובר לקרקע!! אלא שנראה מכאן שלא מספיק לייפות את הקרקע בכך שאני מסלק את הלכלוך והזבל שעליה, אלא צריך לפעול בגוף הקרקע וכיון שהפשתן מחובר לקרקע והרי הוא כקרקע, א"כ הפעולה בו נחשבת כפעולה בגוף הקרקע ומהני לקנין חזקה.

אמנם, **פס"ט דברי הרשב"ם** משמע (וכן הבינו הרמב"ן והריטב"א בדבריו) שאין זה מדין חצר, אלא מדין **קנין חזקה**. מתחדש לנו במשנה, שכיון שהפשתן מחובר לקרקע והרי הוא כקרקע, א"כ פעולת חזקה בקרקע קונה את הפשתן, דהרי זה כאילו החזיק בפשתן עצמו. אלא שהניחא אם היה קונה את הקרקע והפשתן, אולם כאשר הוא מכון לקנות רק את הפשתן ולא את הקרקע מדוע שזה יועיל, הרי בגוף הפשתן הוא כלל לא החזיק!! וכמו שלא מהני לעשות חזקה בשדה זו כדי לקנות רק את חברתה!! וצ"ע.

הב"י הבין בדעת הרמב"ם והר"י מיגש (וכן הבין הרמב"ן בדעתם) שהוא קונה את הקרקע מדין שכירות פועל, שבשכר הייפוי הוא קונה את הקרקע והפשתן נקנה מדין אגב. אלא שכמובן א"כ קשה מדוע צריך שהפשתן יהיה מחובר לה, הרי באגב גם מטלטלין נקנין!! וצ"ע.

אמנם, **בפירוש המשניות לרמב"ם, וכן כתב הריטב"א בשמו ובשם הר"י מיגש**, שבשכר הפעולה נקנה לו גוף הפשתן, ואינו קונה את הקרקע כלל. אלא שכיון שהפשתן הוא כקרקע אז הוא נקנה בשכר פעולה, משא"כ אם היה מטלטלין לא היה נקנה בכך דשכר פעולה היינו קנין כסף.

3. כמו כן, יכול לעשות קנין בגוף הקרקע כדי לקנות את הקרקע עצמה ואת כל המחובר לה, ובכח"ג די במעשה אחד. וכן יכול לעשות את הקנין של כסף, שטר או חזקה במחובר עצמו, אלא שבכח"ג צריך לעשות

מעשה חזקה בכל אילן ואילן וכדו' ; סמ"ע (א). אמנם, אם נתן דמי כולם די לו במעשה באחד מהם, דלא גרע ממכר לו יי שדות ביי מדינות ; נתיבות (חידושים א).

ב"ה יום ה' י"ב טבת ה'תשע"ו

סימן קצד

עובד כוכבים שמכר קרקע לישראל וקבל כסף ולא כתב שטר, ובו ג' סעיפים.

סעיף א

העובד כוכבים אינו קונה בחזקה (ולא בכסף), אלא בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף. וישראל הקונה מעובד כוכבים, הרי הוא כעובד כוכבים ואינו קונה אלא בשטר. הגה: מיהו שכירות מן העובד כוכבים קונה בכסף לחוד (ב"י סימן קצ"ב). וכן אם התנה לוקח שיקנה לו בכסף לחוד, קנה מיד (ב"י בס"י זה).

1. גוי אינו קונה קרקע אלא בשטר, ולא בחזקה או בכסף לבד.

מה דין ישראל מומר? פת"ש (א) בשם חת"ס – כישראל לכל דיני הקניינים.

2. מה דין ישראל הקונה מהגוי? שו"ע – אינו קונה אלא באופן בו קונה הגוי. **רמ"א** – עקרונית קונה גם בכסף, אלא שבד"כ לא סמכא דעתיה לקנות בלא שטר, שהרי הגוי אלם, ולפיכך אם יתנה בפירוש שמתכוין לקנות בכסף – יקנה מיד.

ב"ב לה: "אמר רב יהודה אמר רב: ישראל הבא מחמת עכו"ם – הרי הוא כעכו"ם, מה עכו"ם אין לו חזקה אלא בשטר, אף ישראל הבא מחמת עכו"ם – אין לו חזקה אלא בשטר". **רוב הראשונים** פירשו שמיידי לענין חזקת ג' שנים, "דסתם גויים גזלנים הם והישראל ירא למחות" (רשב"ם), ולכן גם ישראל שקנה מגוי קרקע שידועה שהייתה של ישראל אחר – אין לו חזקה אלא יש לגוי המוכר לו שטר. **אולם, הרמב"ם** פירשה לענין קנין, שהגוי אינו קונה קרקע אלא בשטר. שכי"כ בהלכות מכירה (א, יז): "העכו"ם אינו קונה בחזקה, אלא בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף, וישראל הבא מחמת העכו"ם הרי הוא כעכו"ם ואינו קונה אלא בשטר". ובהלכות זכיה (א, יד): "עכו"ם שמכר מטלטלין לישראל או קנה מטלטלין מישראל, קונה במשיכה ומקנה במשיכה או בדמים, אבל הקרקע אינו קונה אותו מישראל אלא בשטר ואינו מקנה אותו לישראל אלא בשטר שאין דעתו סומכת אלא על השטר".

פשט דבריו שהגוי אינו קונה אלא בשטר, וכן ישראל אינו יכול לקנות ממנו אלא בשטר, ואלו דברי הגמ' "ישראל הבא מחמת גוי" שאינו יכול לקנות ממנו אלא בשטר, ולא בחזקה. **הקושי בדבריו** הוא מה פירוש "שאיין דעתו סומכת אלא על השטר" שמשמע שדעת הגוי אינה סומכת בלא שטר? הרי זה להיפך שהיהודי אינו סומך בלא שטר. **לכן, למד הסמ"ע** שהרמב"ם סובר שגוי לעולם אינו קונה אלא בשטר, (והטעם כיון שהגוי אנס לא רצינו שתהיה לו יכולת לקנות בלא ראיות, כדי שתמיד נוכל לדרוש ממנו שטר קנין). אך ישראל יכול לקנות מגוי גם בלא שטר. אלא שכאשר נתן הישראל דמים אינו קונה בלא שטר כיון שאין דעתו סומכת שהרי סתם גוי אלם ושקרן, אולם אם לא נתן דמים יכול לקנות גם בחזקה. **אולם, הב"י, הלחם משנה, הט"ז, הנתיבות והגר"א הבינו כולם כפשט דברי הרמב"ם שאין הבדל בין ישראל הקונה מגוי וגוי הקונה מישראל ובשניהם לעולם אין יכולת לקנות בלא שטר, וכן הוא פשט דברי השו"ע.** הגר"א (א) ציטט את דברי רב האי גאון שבהם מפורש להדיא כדבריו.

אמנם, גם הראשונים שחלקו על הרמב"ם וסברו שהגמ' הנ"ל דיברה לענין חזקה, מודים שבגמ' **בדף נד:** מבואר שישראל אינו קונה קרקע מגוי אלא בשטר. אלא שבביאור הדין נחלקו הראשונים, היו שסברו שאין זה דין מיוחד לגבי גוי אלא מייירי התם במקום שבו כותבין את השטר שאף מישראל אינו קונה בכה"ג בכסף לחוד, אמנם בכה"ג בגוי יש דין מיוחד כפי שיתבאר בסעיף הבא. **כך היא דעת הרשב"ם, התוס' והרא"ש.** אולם, היו שסברו שזהו דין מיוחד בגוי שלעולם אין הישראל קונה ממנו בכסף, אך לא מחמת שאין יכולת כזאת, אלא מפני שכיון שסתם גוי אנס הוא אין הישראל גומר בדעתו לקנות בלא שטר. **כך היא דעת הרשב"א, הראב"ד והנמוק"י.**

מדברי הרמ"א נראה שבא לחלוק על השו"ע, ולפסוק כשיטת הראב"ד והרשב"א. שהרי מצד אחד לא חילק בין מקום שכותבין את השטר או לא, ומשמע שלעולם אין קונים מגוי בלא שטר. אולם מאידך הוסיף שאם התנה יכול לקנות בלא כסף, וכן בשכירות. אולם, לדעת הרמב"ם וסייעתו אף בכה"ג לא יועיל כסף, שהרי לגוי אין קנין כזה כלל. **וכן כתב הגר"א (סוס"ק ד).** ע"פ זה יוצא שלשיטת הרמ"א גם הגוי עצמו יכול לקנות בכסף או בחזקה.

3. מה דין שכירות מגוי? שו"ע – לא מהני אלא בשטר, וכן הסכימו הט"ז והב"ח. **רמ"א** – מועיל אף בכסף, וכן הסכימו הסמ"ע (ה), קצות (א), והנתיבות (ג). כבר ביארנו שהשו"ע אחז שיטת הרמב"ם וא"כ פשיטא שאין חילוק בין קנין לשכירות. אולם, האחרונים דנו בדברי הרמ"א המיוסדים על שיטת שאר הראשונים שלא הלכו בשיטת הרמב"ם והגאונים.

הקשה הט"ז הרי אף בשכירות הוא לא סומך על הגוי!! וכן מה בכך שיתנה שהוא מתכוון לקנות בכסף, הרי בטלה דעתו אצל כל אדם!! **וכן כתב הב"ח. הסמ"ע** ביאר שבשכירות לכו"ע מהני דכיון שהוא לזמן סמכא דעתיה, דכיון שהגוי קיבל את דמי השכירות והוא לזמן מסתבר שלא ישקר; ולכן כתב ששכירות מהני לכו"ע. **הקצות** הביא ראייה ששכירות מועילה

מדברי התוס' בב"מ מח. לגבי הסוגיא של "נתנה לבלן מעלי" שתוס' מבארים שמיירי שקונה את שכירות המרחץ, ושכירות קרקע נקנית בכסף, ומיירי שם לר' יוחנן שמדובר בבלן גוי. א"כ מבואר להדיא שכסף קונה שכירות מגוי; **הנתיבות דחה ראייתו**, שבאמת הכסף קונה ולכן מעל (כיון שהכסף יוצא מרשות הקדש), אך כיון שלא סמכא דעתיה א"כ הישראל לא זכה בשכירות הקרקע אע"פ שהגוי נסתלק, ולכן אין ראייה שהישראל זכה בשכירות המרחץ. **אולם, הסכים עם דינו של הרמ"א מכיוון אחר**, שבשכירות קרקע אין המשכיר מסתלק לגמרי מהנכס, ולא שייך לומר שהוא הפקיר אותו, (כמו שמוכח מהדין המבואר בסי' שט"ז שאם השוכר רוצה לצאת ולא מניח דיורים אחרים, יכול המשכיר להכניס לו שוכרים אחרים), א"כ כוונת הרמ"א אינה שהישראל הראשון קנה בשכירות, אלא שאם יבוא אחר וירצה לזכות לא יוכל, כיון שהמשכיר מעולם לא הסתלק כאן מהנכס!

4. מה הדין אם התנה הישראל שרוצה לקנות בכסף לבד? רמ"א – מועיל, והסכים עמו הקצות. ב"ח, ש"ך, ט"ז, נתיבות – לא מהני. דיון זה דומה לדיון לגבי שכירות, אלא שכאן הקשו על הרמ"א מדברי הרשב"א שכתב שאפי' הלך הראשון החזיק לאחר מכן בקרקע לא קנה, דכיון שנתן דמים לא סמכא דעתיה עד שיכתוב לו שטר, ואע"פ שחזינן שהלך ועשה מעשה והתכוון לקנות בחזקה – לא מהני. א"כ לכאוי' הוא הדין אם יתנה בפירוש שמתכוון לקנות בכסף לא מהני, ובטלה דעתו אצל כל אדם! אולם, נראה לומר שדוקא כשמחזיק בסתמא בלא לפרש אמרינן שלא קנה, דבסתמא דעתו שלא לקנות בלא כסף. אולם, אם יפרש במפורש שהוא סומך על הגוי ורוצה לקנות בלא שטר – מהני. וכן כתב הקצות (ב). הקצות הוסיף שאף במטלטלין שכסף אינו קונה בהם – אם יתנה יועיל, א"כ כ"ש הכא.

הפת"ש (ב) כתב בשם תשובת כנסת יחזקאל, שאף לדעת הרמ"א אין כוונתו שקונה מיד בנתינת הכסף, אלא שלאחר שיכתוב לו הגוי שטר יקנה למפרע משעת מתן מעות, ולכן אם אחר יחזיק בקרקע ביני וביני – לא יקנה. אולם, אם לא יכתוב לו שטר – לא יקנה כלל. **אולם, לענ"ד** נראה מפשט דברי הרמ"א וכל השטר שאם התנה שיקנה בכסף – קנה מיד אף בלא שטר כלל.

סעיף ב

מאחר שעובד כוכבים אינו קונה הקרקע מישראל, ולא מקנהו לישראל, אלא בשטר, ישראל שלקח שדה מהעובד כוכבים ונתן דמים, וקודם שיחזיק בה בא ישראל אחר והחזיק בה כדרך שמחזיקים בנכסי הגר, זכה אחרון. וי"א דאפילו החזיק בה ראשון, זכה האחרון, דלא סמכא דעתא דראשון בלא שטר (טור בשם רשב"א והמגיד פ"א דזכיה ונ"י וכן משמע במרדכי פ' חזקת) וכן נ"ל, אבל אם החזיק הראשון קודם שנתן המעות, זכה לכולי עלמא (מרדכי פ' חזקת). ונותן לראשון את הדמים, מפני שהעובד כוכבים מעת שלקח הדמים סילק רשותו, וישראל לא קנה עד שיגיע השטר לידו, ונמצאו נכסים אלו כנכסי מדבר שכל המחזיק בהם זכה, ואחריותו על העובד כוכבים המוכר.

הגה: והשני מקרי' רשע (טור בשם הרשב"ם) (ועיין בב"י). ומ"מ אם בא הראשון להשתדל ע"י העכו"ם להוציאו מיד השני, נקרא מסור לאנשים הואיל והשני נותן לו מעותיו (טור בשם הרא"ש והגהות אשירי ותוספות למרדכי).

בד"א, במקום שאין משפט ידוע למלך. אבל אם דין אותו המלך ומשפטו שלא יזכה בקרקע אלא מי שכתוב בשטר או הנותן דמים וכיוצא בדברים אלו, עושים כפי משפט המלך.

הגה: עובד כוכבים שהיה לו משכון או פקדון ביד ראובן ונתנו לשמעון בשטר, זכה ראובן במה שבידו, דמיד שנתן העובד כוכבים לשמעון נסתלק העובד כוכבים, ושמעון לא קנה עד דמשיך, ולכן הוי' כהפקר וזכה בו ראובן כזוכה מן ההפקר (תשובת רשב"א סימן אלף ל"ב ור' ירוחם נכ"ג).

1. ישראל שקנה קרקע מגוי בכסף בלבד, ובא ישראל אחר והחזיק בה – קנה השני, דכיון שהראשון נתן דמים הרי הגוי הסתלק מהקרקע, אולם הישראל לא קנה שהרי לא כתבו לו שטר, ונמצאת הקרקע הפקר, ולכן השני שעשה חזקה – קנה, דהרי הוא קונה מההפקר.

ב"ב נד: "אמר רב יהודה אמר שמואל: נכסי עובד כוכבים הרי הן כמדבר, כל המחזיק בהן זכה בהן; מ"ט: עובד כוכבים מכי מטו זוזי לידה אסתלק ליה, ישראל לא קני עד דמטי שטרא לידה, הלכך הרי הן כמדבר, וכל המחזיק בהן זכה בהן. א"ל אביי לרב יוסף: מי אמר שמואל הכי? והאמר שמואל: דינא דמלכותא דינא, ומלכא אמר: לא ליקני ארעא אלא באיגרתא! אמר ליה: אנא לא ידענא, [אלא] עובדא הוה בדורא דרעותא וכו' א"ל: דורא דרעותא קאמרת? התם באגי מטמרי הוי, דאינהו גופייהו לא הוו יחבי טסקא למלכא וכו'. רב הונא זבן ארעא מעובד כוכבים, אתא ישראל אחר רפיק בה פורתא, אתא לקמיה דרב נחמן, אוקמה בידה. א"ל: מאי דעתך? דאמר שמואל: נכסי עובד כוכבים הרי הן כמדבר וכו'. שלח רב הונא בר אבין: ישראל שלקח שדה מעובד כוכבים, ובא ישראל אחר והחזיק בה – אין מוציאם אותה מידו. וכן היה ר' אבין ור' אילעא וכל רבותינו שוין בדבר". ופסקו הראשונים כרב יוסף, שהרי כך עבד רב נחמן

עובדא, וכן נקטו כל שאר האמוראים. ואף אביי לא חלק אלא מפני שסבר שדינא דמלכותא אומר להיפך, אך רב יוסף סבר שהמלך לא אמר שדינא דמלכותא אינו שולל את הקניה בחזקה.

בסעיף הקודם הזכרנו שנחלקו בביאור הגמ' הראשונים: א. שיטת הרשב"ם, התוס' והרא"ש – מדובר במקום שאף מישאל לא קונים אלא בשטר, ולכן אין דעת הקונה סומכת לקנות בכסף לחד. אלא שבישראל בכה"ג כיון שהמוכר יודע זאת הוא לא מסתלק כל זמן שהקונה לא זוכה. אולם, בגוי כיון שמבחינתו נגמר הקנין בקבלת הכסף, הוא מסתלק מיד ונמצא שהקרקע היא הפקר שהרי המוכר הסתלק והישראל אינו מתכוון לקנות. ונמצא שבמקום שאין כותבין את השטר, או במקרה שהוא יפרש שדעתו לקנות בכסף וכדו' – קונה מיד, והשני לא יקנה. ב. שיטת הרשב"א, הראב"ד והנמוק"י – כיון שסתם גוי אנס הוא, לעולם אין הישראל קונה מגוי בכסף, כיון שלעולם אין דעתו סומכת אלא על השטר, ואע"פ שבאותו מקום כשקונה מישאל חברו הוא סומך על כסף בלא שטר, אך כשקונה מגוי – לא. אך באופן עקרוני אפשר לקנות מגוי גם בכסף וגם בחזקה. ג. שיטת הרמב"ם והגאונים (לפי ההבנה הפשוטה) – לעולם אין קונים מגוי אלא בשטר, כמו שהגוי אינו יכול לקנות אלא בשטר. ומשמע שכך הוא עצם הדין, ולא תקנה וכדו'. אמנם הרמב"ם הזכיר "שאין דעתו סומכת אלא על השטר", אך משמע ממנו שמדבר על דעתו של הגוי, וזה קצת תמוה. אמנם הסמ"ע (א) הביין שגם הרמב"ם מודה שאפשר לקנות מגוי בלא שטר, ודווקא כשנתן דמים אינו קונה אלא בשטר כיון שבכה"ג אינו סומך בלא שטר שאינו רוצה להפסיד דמיו. והגוי לעולם אינו קונה בלא שטר, כיון שחכמים לא רצו שתהיה לו יכולת לקנות בלא שתהיה לו ראייה על כך, כיון שהגויים אנסים הם וחיישינן שיאנוס קרקע ויטען שקנאה בחזקה או בכסף, וכיון שאנו מצריכים אותו לקנות בשטר – נוכל לדרוש ממנו את הראייה שקנה, שהרי בלא שטר לא יכול להיות שקנה.

דוקא אם השני עשה חזקה בדרך שמחזיקים בנכסי הגר, לדעת השו"ע שיש הבדל בקנין חזקה בין הזוכה מחברו לזוכה מההפקר.

2. השני צריך לשלם לראשון את דמי השדה, אך אין לראשון חיוב אחריות כלפיו – אלא על הגוי. נחלקו הראשונים האם השני חייב לשלם לראשון. הרשב"ם, התוס' והרא"ש הבינו שאינו חייב לשלם לו, שהרי הוא זוכה מההפקר. אולם, רבינו חננאל, רבינו האי, הרמב"ן, רבינו יונה בשם הריטב"א, הרשב"א, הראב"ד והרמב"ם סוברים שהשני חייב לשלם לראשון. בטעם הדבר נאמרו ב' טעמים: א. ר"ח ורבינו האי – אע"פ שהראשון לא זכה בגוף הקרקע, אך חל עליה שיעבוד כלפי הדמים שנתן, שהרי לא נתן אותם אלא על דעת שיתן לו הגוי את הקרקע, ואם לא – חייב הגוי להחזיר לו מעותיו. וכיון שהקרקע משועבדת לו בחובו – צריך השני לתת לו הקרקע או לסלקו במעות. ב. רמב"ן – חייב לשלם מדין 'משתרשי', שהרי רק בגלל שהראשון נתן דמים הגוי הסתלק, ונמצא שבזכות מעותיו זכה השני בקרקע. וכתב הב"י שכיון שכל הני רבנותא מסכימים לדעת ר"ח – הכי נקטינן.

הסמ"ע (י) הביא רק את הטעם של משכון. הנהיבות (ה) הביא נפק"מ בין הטעמים הללו: א. אם הראשון קנה הקרקע ביותר מדמי שווייה: לטעם הראשון – חייב לשלם לו כל מה שנתן, שאל"כ יכול הראשון לומר 'לדידי שויה לי כל דמי החוב' ולגבותה ממנו. אולם לטעם השני אינו נהנה ביותר מדמי השדה, וא"כ אינו חייב לשלם לו אלא כפי שווייה האמיתי. ב. אם קנה מטלטלין מהגוי בכסף ולא משך (כפי שיתבאר בדברי הרמ"א בסעיף ג): לטעם הראשון – אינו חייב לשלם לו, שהרי מטלטלי לא משתעבדי לבע"ח ואינו יכול לטורפם. אולם לטעם השני חייב לשלם, שהרי עכ"פ נהנה ממנו, שבלא מעותיו לא היה הגוי מפקירם.

3. השני נקרא רשע, דהרי הוא כעני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה דמקרי רשע. אך אסור לראשון לשדל את הגוי להוציא הקרקע מיד השני, ואם עושה כן הרי הוא מוסר; רמ"א.

הרשב"ם כתב שאע"פ שהשני קנה ואינו צריך לשלם לראשון נקרא רשע, דלא גרע מהדין של עני המהפך בחררה שנקרא רשע (קדושין נט.). **אולם, הרא"ש** (סימן סה) כתב שכיון שאינו צריך לשלם לראשון הרי הוא זוכה מההפקר, ובמצאיה והפקר אין דין 'עני המהפך בחררה' ואפי' רשע לא מקרי (כדעת ר"ת). אולם, כיון שרוב הראשונים סוברים שצריך לשלם לראשון, א"כ ודאי שנקרא רשע כדן עני המהפך בחררה.

התוס' כתבו שאע"פ שאינו צריך לשלם לראשון, אך יכול הראשון לתבוע ממנו מהגוי, אע"פ שהוא יודע שהגוי יוציא הקרקע מהשני שלא כדן. אולם אם השני ירצה לשלם לו – אסור לו לעשות כן, ואם יעשה זאת הרי הוא 'מוסר'. **אולם הרא"ש** כתב שאע"פ שאינו חייב לשלם לו – אסור לו לתבוע לעכו"ם, שהרי העכו"ם יוציא מהשני שלא כדן, ואם יעשה כן יקרא מוסר. ולדידן שחייב השני לשלם – פשיטא שאסור לו לילך ולתבוע העכו"ם שיוציא ממנו.

רעק"א תמה הרי מסור זה מדין גרמי, שלכמה פוסקים הוא רק מדרבנן, והכא הרי הוא גזלן מדאורי, דכיון שהשני זכה בה מדינא, הרי הוא גזלן ממנו ע"י הגוי! ועוד תמה על התוס' שהתיר לתבוע את הגוי.

פת"ש (ד) בשם שו"ת פנים מאירות (ח"ב, נט): גוי שהיה חייב לשמעון כסף וכתב לו שאם יתן לו השלטון רשות למכור ביתו – יתנו לשמעון בחובו. ולאחר זמן נתנו לו רשות והלך הגוי והחליף ביתו עם ראובן וראובן שילם המותר, והשני תובע שלו יש קדימה, וגם האם יכול להשתדל אצל השר שיכוף הגוי למכור ליהודי? תשובה – השני קנה, שהרי הראשון לא פסק דמים, ואפי' היה פוסק הרי זה כמכרה ביותר מדמי שווייה שהרי רוצה דווקא בביתו של ראובן, ועוד כיון שלא כתב הגוי שטר מכירה לראשון הרי הראשון לא קנה בדמים בלבד, והשני לא מיקרי רשע שהרי אינו צריך ליתן דמים לראשון, דדוקא כשצריך לשלם לראשון נקרא רשע.

4. כל זה במקום שדיני המלכות לא אומרים אחרת, דדינא דמלכותא דינא.

5. מה הדין אם הראשון עשה חזקה אחרי שנתן המעות, ואח"כ בא אחר והחזיק? שו"ע – קנה הראשון, כדעת הרשב"ם, הרא"ש והרמב"ם. רמ"א – קנה השני. כדעת הרשב"א והראב"ד.

נחלקו בדין זה הראשונים: לדעת הרשב"ם פשוט שקונה, שהרי אף בישראל שקנה מחברו ונתן דמים ולא כתבו לו שטר – אם יעשה חזקה יקנה. גם הרמב"ם מודה בדין זה לרשב"ם, וכן מוכח מלשונו (שזהו לשון השו"ע) "וקודם שיחזיק בה בא אחר", שאם החזיק בה הראשון קודם – קנה הראשון. ה"ה כתב שכן דעת ר"ח. אולם, הראב"ד והרשב"א כתבו שהראשון לא קנה, וטעמם מפני ש"אין סהדי דלא סמכא דעתיה למקניא עד דכתב ליה שטרא גוי, משום דגוי אנס הוא". אך השני כיון שלא נתן דמים – ודאי שהתכוון לקנות בחזקתו, ואע"פ שחייב לשלם לראשון אך על תנאי זה משלם לו שאם הגוי יאנוס אותה מידו – יחזיר לו הראשון הדמים. הרמ"א הכריע כדעת הרשב"א והראב"ד, אך הוסיף שאם הראשון החזיק קודם שנתן המעות קנה לכו"ע, ופשוט הוא.

פת"ש (ג) בשם שו"ת כנסת יחזקאל (צג): קבלה בידו שבמקום שהרמ"א מכריע – הכרעתו הכרעה אף להוציא ממון מיד המוחזק. עוד הוסיף שאף החולקים לא אמרו כן אלא דווקא כשהראשון עשה חזקה בגוף הקרקע בעצמו, אך ע"י פועלים אין זו חזקה. ובדורות אלו אין גדולי ישראל והקצינים עושים הדברים הללו בעצמם אלא ע"י משרתים, ודבר שאינו מורגל לא אמרינן כ"א בדאית ליה סהדי, ולכן מסיק בתשובתו שלכו"ע זכה השני.

האם מועילה חזקה ע"י פועלים? פת"ש בשם כנס"י הנ"ל – לא. נתיבות (סי' קפח) – כן, אע"פ שהפועלים לא התכוונו לזכות, אם בעה"ב התכוון מהני. אמנם, אם גם בעה"ב לא מתכוון – לא קנה.

סעיף ג

יש מי שאומר שאפילו אם כתב העובד כוכבים שטר לראשון קודם שיחזיק בו אחר, אינו כלום, כיון שכבר נסתלק הרי הוא כאחר, אלא צריך שיכתוב השטר קודם שיקבל המעות. (וכל זה לא מיירי אלא בקרקע, אבל במטלטלין קנה בנתינת המעות) (טור).

1. **אם נתן הישראל הדמים קודם שכתב לו הגוי שטר –** שוב אין יכול לכתוב לו שטר, דכיון שנתן לו דמים נסתלק, ושוב אין הקרקע שלו. כ"כ הרא"ש, הנמוק"י והרמב"ן. לאפוקי מדעת רב האי גאון שיכול הגוי לכתוב לו שטר לאחר מכן, ושוב אין אחר יכול להחזיק בה.

2. **מכירת מטלטלין לגוי: סמ"ע** (סי"א, ס"ק טז) – הגוי קונה בין בכסף ובין במשיכה לכו"ע, ואף הראשונים לא חלקו על הרמב"ם אלא כשהגוי מוכר לישראל. ש"ך (סי"א, ס"ק ד) – לדיוק אינו קונה אלא במשיכה, דכל הפוסקים חלקו על הרמב"ם. גר"א (סי"א) – השו"ע והרמ"א פסקו כרמב"ם, שהגוי קונה בין בכסף ובין במשיכה. אמנם כל שאר הראשונים חלקו עליו וסוברים שלא קונה אלא במשיכה. **נתיבות** – אין מוכרים לגוי אלא ע"י משיכה, ודוקא לגבי קניה מגוי מועיל היום כסף.

3. **קנין מטלטלים מגוי? ש"ך** (סי"א, ס"ק ד) – רק משיכה קונה, כדמוכח בבכורות יג. ונדחק בלשון הרמ"א. **סמ"ע** (סי"א, ס"ק טז), **גר"א** – מח' ראשונים: רמב"ם – כסף או משיכה, שאר הראשונים – משיכה, והרמ"א והשו"ע (ביו"ד סי' קלב ב) פסקו כהרמב"ם. **נתיבות** – היום לכו"ע קונים מהם בכסף, כפשוט דברי הרמ"א (ע"פ דברי הרמב"ן בתשובה רכה) – כיון שנהגו הגוים להקנות בכסף, מהני אף לדעת ר"ת שאינם קונים אלא במשיכה, אך אין מקנים להם בכסף אלא במשיכה. גם אם לא נבאר את דברי הרמ"א כרמב"ן, כיון שזו מח' ראשונים הרי זה ספק אם קונים בכסף או במשיכה, ולכן על הצד שקונים קנה הישראל הראשון, ועל הצד שלא קונים – כיון שלא היה מעשה קנין כלל, לא יצא החפץ מרשות הגוי. ולכן בכל ענין אין השני יכול להחזיק בו.

ע"ז עא. "אמר אמימר: משיכה בעובד כוכבים קונה; תדע, דהני פרסאי משדרי פרדשני להדדי ולא הדרי בהו. רב אשי אמר, לעולם אימא לך: משיכה בעובד כוכבים אינה קונה, והאי דלא הדרי בהו, דרמות רוחא הוא דנקיטא להו וכו'. א"ל רבינא לרב אשי: ת"ש, דאמר ר' חייא בר אבא א"ר יוחנן: בן נח נהרג על פחות משהו פרוטה, ולא ניתן להישבון; ואי אמרת משיכה בעובד כוכבים אינה קונה, אמאי נהרג? משום דצערין לישראל, ומאי לא ניתן להישבון? דאינו בתורת הישבון. אי הכי, אימא סיפא: בא חבירו ונטלה ממנו – נהרג עליה; בשלמא רישא – משום דצערין לישראל, אלא סיפא – מאי עביד? אלא ש"מ: משיכה בעובד כוכבים קונה, ש"מ". מבואר שהגמ' פוסקת שמשיכה גוי קונה.

בכורות יג. "אמר ר' יצחק בר נחמני אמר ריש לקיש משום ר' אושעיא: ישראל שנתן מעות לעובד כוכבים בבהמתו בדיניהם, אף על פי שלא משך – קנה וחייבת בבכורה; ועובד כוכבים שנתן מעות לישראל בבהמתו בדיניהם, אף על פי שלא משך – קנה, ופטור מן הבכורה וכו'. מאי בדיניהם? וכו'. אלא אמר אביי: בדיניהם – שפסקה להם תורה, או קנה מיד עמיתך, מיד עמיתך הוא דבמשיכה, הא מיד עובד כוכבים בכסף; ואימא: מיד עובד כוכבים כלל כלל לא! אמרי: לא ס"ד, ק"ו הוא, אם גופו קונה, ממונו לא כ"ש? ואימא: מיד עובד כוכבים עד דאיכא תרתין! אמרי: ולא ק"ו הוא? גופו – באחת, ממונו בשתיים? ואימא: או בהא או בהא! דומיא דעמיתך, מה עמיתך – בחדא, אף עובד כוכבים נמי – בחדא וכו'. אמרי: ולאמימר דאמר משיכה בעובד כוכבים קונה, הניחא אי סבר לה כר' יוחנן דאמר דבר תורה מעות

קונות משיכה לא, אהני לעמיתך, לעמיתך - בכסף, לעובד כוכבים במשיכה; **אלא אי סבר לה כר"ל** דאמר משיכה מפורשת מן התורה, לעמיתך - במשיכה, ולעובד כוכבים - במשיכה, **לעמיתך למה לי?** וכו'. אמרי: אי סבר לה כמ"ד גזילו מותר - על כורחך כר' יוחנן ס"ל".

ג' שיטות בראשונים:

א. שיטת ר"ת ורוב הראשונים: גוי קונה ומקנה רק במשיכה ולא בכסף. כיון שקי"ל כר"ל שמדאורי' כסף קונה בישראל, אי"כ מילעמיתך' למדנו שגוי קונה בקנין ההפוך מישראל שהוא משיכה, ונמצא שלא קי"ל כאב"י וכתב אשי. **כן דעת התוס' בקידושין (יד:) ובבכורות, ובב"מ (מח) ורוב הראשונים,** וכמסקנת הסוגיא בע"ז שמיכה בגוי קונה. ואולי אף רב אשי חזר בו והודה לאמימר.

ב. שיטת הרמב"ם: הרמב"ם (הל' זכיה ומתנה פ"א, יד) פסק "קונה במשיכה ומקנה במשיכה או בדמים", המ"מ והכס"מ פירשו ש"או בדמים" קאי גם על קונה. **תוס' בע"ז התקשו** שמשמע בסוגיא שאף למ"ד שגוי קונה במשיכה, יכול לקנות גם בכסף? **ובתירוצם השני כתבו שהסוגיא בע"ז חולקת על הסוגיא בבכורות וסוברת שגוי קונה בין בכסף ובין במשיכה,** ולעמיתך בא לומר שדוקא ישראל אינו קונה אלא בכסף, אך גוי יכול לקנות בשניהם. **המ"מ ביאר שכן סובר גם הרמב"ם ולכן פסק שאפשר לקנות בשניהם. וכתב הגר"א שכן היא שיטת השו"ע.**

ג. שיטת רש"י (קידושין יד., והרשב"ם בב"ב נד:): גוי קונה בכסף ולא במשיכה, ולמדו כן מקידושין יד: "אשכחן עבד עברי הנמכר לעובד כוכבים, הואיל וכל קנינו בכסף". אולם, התוס' שם דחו דבריו וכתבו שדוקא לענין ע"ע נאמר שכל קנינו בכסף, אך לא לגבי שאר דברים.

הש"ך נקט לדינא שההלכה כרוב הראשונים, שגוי אינו קונה ומקנה אלא במשיכה, ונדחק בדברי הרמ"א. אולם, הגר"א נקט שהשו"ע והרמ"א פסקו לדינא כרמב"ם. בדברי הנתיבות (ח) נראה שהרמ"א מסכים עקרונית עם ר"ת והראשונים שאין קנין כסף בגוי.

4. האם הדין של הסימן שלנו שייך אף בקונה מטלטלין מגוי? פשט דברי הרמ"א – לא, שהרי מגוי קונים בכסף, ונמצא שקנה מיד. וכן הבינו הסמ"ע (טז) והגר"א (יא), וכן הנתיבות (ח) מטעם אחר. ש"ך – כן, שהרי אין קונים מגוי בלא משיכה, אלא שכוונת הרמ"א שלא בעינן בהו שטר.

5. מכירה לגוי להפקיע מאיסורי תורה, כגון מכירת בכור וחמץ: הש"ך (ד) הביא בשם הרא"ש שטוב לחוש לשיטת רש"י, ולמכור את המבכירה לגוי בכסף ובמשיכה. **הקצות** (ג) האריך בדיון זה לענין מכירת חמץ שקשה לעשות משיכה, אי"כ כיצד אנו מוכרים לו רק בכסף? בתחילה הביא את שיטת המהרש"ק (מהר"ש קאדנבר) שנותנים כסף כדי לקנות את הקרקע, ואת החמץ מקנים **בקנין אגב**. אולם, הקצות פקפק בזה, שאולי אגב זו תקנת חכמים, וגוי אינו קונה בתק"ח, ולכן העלה **שגוי קונה בקנין חצר**, אלא שהמרש"ק הקשה שהרי חצר מתורת שליחות ואין שליחות לנכרי! על כך הוכיח הקצות שבחצר אין את החסרון של בני ברית, שהרי אע"פ שהחצר עצמה אינה בת ברית יש לנו ריבוי מיוחד לעשותה כשליח, אי"כ הוא הדין בחצר דנכרי שאין לנו חסרון של בני ברית ומהני לקנות בתורת שליחות. כמו כן, אומר הקצות שאפשר להקנות לגוי החמץ בקנין אודיתא, ובכח"ג מהני אף במקרים שא"א להקנות בקנין חצר, כגון שהחמץ אינו פה.

6. אודיתא:

האם הוי קנין? **שיטת הט"ז** (יו"ד קסח, יד) – **לא**, דלא מהני אלא לחייב עצמו מדין הודאת בע"ד, אך לא לאפקועי איסורא בשביל שקר שלו. **ב"ח** (שם), **קצות** (כאן, ג) – **כן**, כדמוכח בתוס' ב"מ מו. ד"ה ונקנינהו. (אמנם בתוס' ב"ק קד: מבואר שמהני רק לענין איסורי דרבנן ולא דאורי'). הקצות האריך להוכיח שאודיתא הוי קנין ומועיל אף לאיסורי תורה, ואע"ג דקמי שמיא גליא שאין הדבר כן, ואפ"ה כיון שהוא מועיל לחייב אותו הוא מועיל אף להקנות לו. **אמנם הוסיף שלגבי דברים שאין קנין חל עליהם – לא יועיל אף קנין אודיתא,** כיון שאין הקנין נתפס בהם. ולכן א"א לקנות חוב באודיתא, וכן א"א לשעבד מטלטלין באודיתא כשאין לו קרקע, דאין מטלטלין משתעבדים אלא אגב קרקע, אך בלאו הכי לא חל עליהם השיעבוד כלל.

ב"ה יום כ"ו טבת ה'תשע"ו

סימן קצה

דין קניית קרקע או מטלטלין בחליפין, ובו י"א סעיפים.

סעיף א

בקנין כיצד, יתן הקונה למקנה כלי כל שהוא ויאמר לו: קנה זה חלף הקרקע או המטלטל שמכרת או שנתת לי. (ואין נוהגין שיאמר לו הקונה כן, כי מסתמא אדעתא דהכי הוא נותן לו) (טור). וכיון שמשך המקנה הכלי, נקנה הקרקע או המטלטלים ללוקח או למקבל מתנה בכל מקום שהוא, אף על פי שלא החזיק ולא נתן כסף ולא כתב שטר ולא משך, ואין שום אחד מהם יכול לחזור בו, אפילו אין עדים בדבר, אם מודים זה לזה. הגה: וכן אם קבלו קנין לפני פסולי עדות, הוי קנין, הואיל ומודים זה לזה שקנו (הרא"ש כלל ס"ו סימן ח').

1. קנין חליפין נעשה בכלי של הקונה, שמקנה הוא אותו למוכר ותמורתו נקנה לו הקרקע או המטלטלין.

ב"מ מז. "במה קונין? רב אמר: בכליו של קונה, דניחא ליה לקונה דלהוי מקנה קונה, כי היכי דלגמר ולקני ליה. ולוי אמר: בכליו של מקנה וכו' בההיא הנאה דקא מקבל מיניה - גמר ואקני ליה. - כתנאי: וזאת לפנינו בישראל על הגאולה ועל התמורה לקים כל דבר שלף איש נעלו ונתן לרעהו. גאולה - זו מכירה וכו'. תמורה - זו חליפין וכו'. מי נתן למי? בועז נתן לגואל. רבי יהודה אומר: גואל נתן לבועז". וכתבו הר"ף, הרא"ש והרמב"ם שהלכה כרב שהוא כת"ק, ועוד שאמרין בהמשך הגמ' "למקניא לאפוקי מלוי".

2. כיון שמשך המוכר החפץ - נקנה ללוקח המקח בכל מקום שהוא, ואינם יכולים עוד לחזור בהם, ודוקא כשהסתלקו מאותו ענין, או אם התנו שלא יוכלו לחזור - אפי' עסוקים באותו ענין כדלקמן בסעיף ו, סעיף ח.

3. קנין חליפין א"צ עדים, וממילא מהני אפי' נעשה בפני פסולי עדות, דלא אברו סהדי אלא לשקרי.

ב"ב מ. "קנין בפני שנים, ואינו צריך לומר כתובו". **וכתב הראב"ד** שמכאן היו שלמדו שחליפין בלא עדים לא מהני. אולם, **העיסור והרמב"ן** דחו דבריהם, שהרי **ב"מ מז.** "ניקנו ליה מעות להיאך אגב סודר, ולפרוק! - דלית ליה סודר וכו'. ואיכפל תנא לאשמועינן גברא ערטילאי, דלית ליה ולא כלום!" מוכח שא"צ בעדים, שהרי יכלו לתרץ שאין עמו עדים! וכוונת הגמ' בב"ב רק לומר שא"צ שיעשה בפני ג' כדי שיוכלו לכתוב את השטר. **וכן דעת ר"ח, והרי"ף ורבינו ירוחם, וכן פסק הרמב"ם (מכירה, פ"ה ט).**

4. חליפין בגוי: קצות (א) - גוי קונה בחליפין, וכ"כ התוס' (קידושין ג. ד"ה ואשה), והוכיחו כן מקידושין ח. שלמדנו מהפסוק האמור לגבי נמכר לגוי - "מכסף מקנתו", למעט שאינו נקנה לגוי בחליפין. א"כ מוכח ששאר דברים נקנים לגוי בחליפין. אמנם בבכורות יג. נאמר "מדישראל בחדא", שגוי אינו קונה בקנייני ישראל! תוס' תירצו שזה לא קאי אחליפין. והקצות ביאר ע"פ דברי הר"ף שחליפין אינו בכלל 'ממכר' (ולכן אינו באיסור אונאה), ובבכורות דרשין כן על הפסוק "וכי תמכרו ממכר לעמיתך", וממילא לא שייך למעט בזה חליפין. ש"ך (סי' קכג) - אינו קונה.

סעיף ב

אין קונים אלא בכלי, ואף על פי שאין בו שוה פרוטה, (ובלבד שיהא עשוי מדבר חשוב, לאפוקי כלי העשוי מגללי בקר) (טור). ואין קונים בדבר שאסור בהנאה, ולא בפירות, ולא במטבע. (בהמה מקרי כלי, וקונין בה, אבל שאר מטלטלין שאין כלי, אין קונין בהם) (טור). מטבע שנפסל לגמרי, הוי ככלי וקונין בהם) (טור סימן ר"ג). ואין קונין בכליו של מקנה.

1. אין קונים אלא בכלי, אע"פ שאינו שווה פרוטה. והוא שיהא עשוי מדבר חשוב, לאפוקי כלי העשוי מגללי בקר.

2. אין קונים ב:

א. פירות, כרב נחמן, ולא כרב ששת. **האם בהמה חשובה ככלי או כפרי? רמ"א -** ככלי, וקונים בה. השו"ע כאן לא הזכיר בהמה, אך מלשונו בסי' רג, א משמע שבהמה הרי היא ככלי, ואינה בכלל פירות. וכ"כ שם הסמ"ע (ג).

מה מוגדר פרי? א. רש"י - כל דבר שאינו כלי מוגדר פרי, ואף בהמה; ופרי לאו דווקא אלא משום ששכיחי יותר נקט פרי. **ב. תוס', ר"ח, רי"ף -** כל דבר שעושים בו מלאכה חשוב ככלי, ולכן אף בהמה חשובה ככלי

וקונים בה. ודווקא בבשר בהמה אין קונים בו דהוי כפרי. ג. ר"ן (ב"מ מה.), שיטה אחת לתלמידי הרשב"א – כל דבר שאינו מתקיים אלא הולך ומרקיב – חשיב כפרי ואין קונים בו. אולם, בהמה וכדו' – קונים בה. ד. **בעל העיטור** - כל הנעשה בידי אדם – הוי כלי וקונין בו, והנעשה בידי שמים – הרי הוא כפרי. בדעת הרמב"ם כתבו ההגהות מיימוני שהוא סובר כתוס', אולם הב"י כתב שאין הכרע מלשון הרמב"ם מה דעתו, ואדברא יש צד לומר שסובר כרש"י. השו"ע סתם לשונו, אולם הרמ"א נקט כתוס' וסייעתו שבהמה חשיבא ככלי. הסמ"ע (ח) הוסיף גם את דעת העיטור, ותמה עליו הש"ך (ד) שהרי לדעת העיטור בהמה לא חשיבא כלי, וא"כ זה לא אתי כרמ"א! וצ"ע.

מח' תלויה בביאור הסוגיא בב"מ מו: (שמובאת גם בקידושין כח:): לגבי "כל הנישום דמים באחר", ובג"ה הגמ' שם. רש"י גרס בדברי המשנה "החליף שור בפרה או חמור בשור", וממילא קשה שהרי מבואר שבהמה נעשית חליפין! וקושיא זו קשה על רב נחמן גם למסקנא, ולכן הוא צריך להעמיד שלא מיירי בחליפין אלא בקנין דמים, ולגרס "כל הנעשה דמים באחר". אולם, התוס' והרי"ף ורוב הראשונים גרסו "החליף בשר שור" ודווקא בשר שור הוא פירי, אך השור עצמו לא. לכן למסקנא אין שום קושיא על רב נחמן, וכל הדיון בגמ' נסוב רק סביב ההו"א שמטבע נקנה בחליפין, א"כ כיצד נסביר את המשנה. על זה כתב הגר"א (יא, ליקוט) שדברי רש"י יותר נכונים, דדוחק גדול לומר שכל הסוגיא בגמ' היא רק סביב ההו"א שנדחתה.

אלא שהתוס' הקשו על רש"י מברייטא אחרת בה מבואר שבהמה נקנית בחליפין, ובה א"א להעמיד שמדובר בקנין דמים!! אמנם, כבר הם כתבו שאפשר ליישב זאת אליבא דר"ת (ב"ק ע: ד"ה באומר) שאמר שכל הדיון בסוגיות שלנו באיזה חפץ אפשר לעשות קנין חליפין, נכון רק כאשר אנו עוסקים ב'קנין סודר', דהיינו מעשה החליפין אינו מעשה של החלפה שאין אחריה כלום, אלא הוא בא כדי לבטא את גמירות הדעת של ביצוע העסקה, ומיד לאחר מעשה הקנין המקנה מחזיק לקונה את הסודר, והקונה צריך לשלם לו את דמי החפץ. אולם, בחליפין גמורים, דהיינו "חליפי שוה בשוה", שאין אחריהם עוד שום דבר, והחפץ שעושה את הקנין נשאר אצל המוכר – ודאי שכל דבר קונה ומקנה ואף פירות, מלבד מטבע.

ב. מטבע היוצא בהוצאה, ב"מ מה: "איתמר, רב ולוי, חד אמר: מטבע נעשה חליפין, וחד אמר: אין מטבע נעשה חליפין. אמר רב פפא: מאי טעמא דמאן דאמר אין מטבע נעשה חליפין – משום דדעתיה אצורתא, וצורתא עבידא דבטלא". ובהמשך: "אמר רב פפא: אפילו למאן דאמר אין מטבע נעשה חליפין, מיעבד הוא דלא עביד חליפין, אקנויי – מיקנו בחליפין, מידי דהוה אפירא לרב נחמן וכו'". אלא לאו שמע מינה: אין מטבע נקנה בחליפין, שמע מינה. ואף רב פפא הדר ביה". ובהמשך הסוגיא הובאו אמוראים נוספים שהסכימו שאין מטבע עושה חליפין. **רש"י ביאר הטעם** שכיון שאינו סומך אלא על הצורה, נמצא שהמטבע הוא כדבר שאינו מסוים ושלם. **אולם, הר"ן כתב** שכיון שדעתו על הצורה והצורה היא דבר שאין בו ממש כמו אותיות וכדו'.

תוס' כתבו שמטבע הוא כלי, שהרי ראוי לתלותו בצואר ביתו וכדו', ואפ"ה אין קונים בו מטעם שדעתיה אצורתא. נמצא לפי זה שמטבע שנפסל ואין דעתו על הצורה – קונין בו, שהרי הוא כלי, ובכה"ג אין את החסרון שיש במטבע רגיל; וכ"כ הרמ"ה.

ג. איסורי הנאה.

ד. כליו של מקנה, כרב ולא כליו.

ב"מ מז. "תנא: קונין בכלי, אף על פי שאין בו שוה פרוטה. אמר רב נחמן: לא שנו אלא בכלי, אבל בפירי – לא. רב ששת אמר: אפילו בפירות. – מאי טעמא דרב נחמן: אמר קרא נעלו נעל – אין, מידי אחרינא – לא. מאי טעמיה דרב ששת – אמר קרא: לקים כל דבר. לרב נחמן נמי, הכתיב לקים כל דבר! – ההוא לקים כל דבר דניקנין במנעל. – ורב ששת נמי, הכתיב נעלו! – אמר לך רב ששת: מה נעלו דבר המסויים – אף כל דבר המסויים, לאפוקי חצי רמון וחצי אגוז, דלא.

אמר רב ששת בריה דרב אידי: כמאן כתבין האידנא במנא דכשר למקניא ביה. במנא – לאפוקי מדרב ששת, דאמר קונין בפירות. דכשר – לאפוקי מדשמואל, דאמר: קונין במרוקא. למקניא – לאפוקי מדלוי, דאמר בכליו של מקנה, קא משמע לן למקניא – ולא לקנויי. בית – רב פפא אמר: למעוטי מטבע, ורב זביד ואיתימא רב אשי אמר: למעוטי איסורי הנאה. איכא דאמרי: בית – אמר רב פפא: למעוטי מטבע. דכשר – אמר רב זביד ואיתימא רב אשי: למעוטי איסורי הנאה. אבל מרוקא לא אצטריך".

3. מה דין שטר שלא נכתב בו "וקנינא מיניה במנא דכשר למקניא ביה"? סמ"ע (ד) – אין להוציא בו ממון. פת"ש (ב) – במקום שמועיל קנין סודר, השטר כשר. דמסתמא נעשה באופן המועיל כרוב הקניינים. הסמ"ע כתב כן בשם תרומה"ד, והנתיבות (חידושים ד) הביא דבריו. אולם, הפת"ש תמה שהרי בבדק הבית דחה דבריו וכתב שהמנהג לכתוב כן בשטרות הוא לרווחא דמילתא ואינו מעכב, ואף הדרכי משה כתב שכיון שנהגין לכתוב קנין סודר, הרי זה כאילו כתבו כל לשון זאת. והט"ז (סי' מב) והחכ"צ והנתיבות והתומים (שם) הסכימו שכשר. וממילא צ"ע מדוע הנתיבות כאן לא העיר על דברי הסמ"ע.

סעיף ג

הקנה אחד כלי למוכר, כדי שיקנה הלוקח אותו הממכר, זכה הלוקח, אפי' הקנהו שלא בפני הקונה, ואף על פי שהקנה לו הכלי על מנת להחזירו, נקנה המקח. הגה: ולכך הורגלו לעשות הקנין בסודר של עדים, אפילו בפני הקונה, לפי שרוב הקניינים הן שלא בפני הקונה (טור בשם הרא"ש). והא דנקנה המקח שלא בפני הקונה, היינו במתנה וכיוצא בזה, דודאי ניחא ליה; אבל במקח, שאפשר שאינו חפץ לקנות, לא קנה, ושניהן חוזרין. (מהרי"ו ס' ד').

1. קנין חליפין מועיל אף שלא בפני הקונה, כגון שאדם אחר הקנה סודר למוכר ע"מ שיקנה חפץ ללוקח. כדעת רוב הראשונים, ולא כדברי ר' שמעיה (בתוס' קידושין כו:).

קידושין כו: הגמ' מנסה להוכיח שב'אגב' לא בעינן צבורים, מהמעשה באחד שהקנה "טפח על טפח ועמו מאה צאן ומאה חביות". היא דוחה זאת ומעמידה שמייירי כשהקנה לו את השווי הזה, ולא את המטלטלין, ומנסה לומר 'הכא נמי מסתברא' דאל"כ מדוע לא הקנה בחליפין. הג' ברוב הספרים (וכן הגי' שלפנינו) היא: "ואלא מאי? לדמי, ניקנינהו ניהליה במשיכה! אלא דליתיה למקבל מתנה, ה"נ דליתיה למקבל מתנה. וניקנינהו ניהליה אגב אחר (כלומר שאחר ימשוך עבורו)!! לא סמכה דעתיה". כלומר אנו דוחים את הראיה, שאל"כ מדוע לא הקנה את הדמים במשיכה!! וא"ת שהוא לא היה שם, א"כ גם אם נעמיד בחפצים כיון שהוא לא היה שם לא יכל להקנות בחליפין. וממילא הוכיח הרב שמעיה שחליפין שלא בפניו לא מהני!

התוס' והרא"ש הקשו כמה קושיות, ובעיקר שענייני הרואות בכל יום שעושין חליפין שלא בפניו. ולכן כתבו לגרוס כמו שגרס **רש"י בכתב ידו** (לא הגירסא שלפנינו) "אלא מאי? לדמי, נקנינהו ניהליה במשיכה!! דליתיה למקבל מתנה. ונקנינהו ניהליה אגב אחר (כלומר בחליפין)!! לא סמכה דעתיה סבר שמיט ואכיל". כלומר שאנו ממשיכים לומר שאכן מייירי בקנין דמים, אלא שהוא לא היה שם ולא יכל למשוך, ולא יכל להקנות ע"י אחר כיון שירא שמא האחר יקח את המעות. כמו כן, **רש"י לפנינו** ביאר את הגי' הקודמת, שכיון שהקונה לא היה שם לא יכלו לעשות חליפין, כיון שלא היה שם משהו שרצה בטובתו של הקונה כדי שהוא ייתן את סודרו עבורו; וממילא נפלה ראייתו של הרב שמעיה.

התוס' והרא"ש הוסיפו שכיון שחליפין מועילים אף שלא בפניו, לכן הורגלו לעשות הקנין ע"י העדים ובסודר של העדים, כיון שברוב הפעמים הקונה לא שם. **המרדכי ורבינו ירוחם הסכימו עם התוס' והרא"ש, וכתב הב"י שכן הסכימו האחרונים.**

2. קנין חליפין מועיל אף כשנותן הקונה החפץ למוכר ע"מ להחזירו לו, וכן הוא בד"כ קנין חליפין כמו שכתבו הראשונים (תוס' והרא"ש). **קידושין ו:** "אמר רבא הילך מנה ע"מ שתחזירה לי במכר לא קנה וכו', אלא אמר רב אשי בכולהו קני, לבר מאשה לפי שאין אשה נקנית בחליפין". ומבואר דמתנה ע"מ להחזיר קונה אף בחליפין ואף בקנין דמים, וכמו שכתבו שם התוס' שאין זה קנין חליפין, אלא "שדרך העולם להחזיר החליפין והוי כעין חליפין".

3. בד"כ עושים הקנין בסודר של העדים, כיון שרוב הקניינים נעשים שלא בפני הקונה; רמ"א. וכמו שהבאנו בסעיף 1 בשם התוס' והרא"ש.

4. חליפין שלא מדעת הקונה אימתי מועיל? רמ"א – דווקא במתנה דזכין לאדם שלא בפניו, אך לא במכר דחוב הוא לו שהרי צריך ליתן דמים ואולי אינו חפץ בזה. סמ"ע (יא) – אף במתנה זה תלוי במח' הראשונים שבס"י קעא י, האם אמרינן שכיון ששונא מתנות יחיה אין זה זכות אלא חובה או לא; מהרי"ו י"ל. קצות (ב, ג): במתנה לכו"ע מהני, והוא ש"ס מפורש בהרבה מקומות, ואף המהרי"ו לא כתב כן. מ"כר בזול – לכו"ע הוי זכות לו. ובסתם מכר הוא מח' ראשונים, שכיון שהמוכר אינו יכול לחזור והביריה ביד הלוקח, כמבואר בסי' רלה כג, אם כן הוא זכות גמורה. וכן דעת התוס' והרמב"ם והשו"ע (כמבואר בסי' רלה, ס"ק ד). אולם הרא"ש חולק וסובר שלא מהני. אך מכר בזול אף הרא"ש יודה. **נתיבות (א): ליישב דברי הסמ"ע כתב ב' אפשרויות: א. כשאמר 'זכה בחפץ זה לפלוני' – אף במתנה קנה מיד, ואינו יכול לחזור דהרי הוא מתכוון שיקנה לו מיד, ויזכה עבורו לגמרי וממילא לנותן אין אפשרות להתחרט. ב. כשאמר 'הילך מנה זה עבורי' – אף במתנה אינו יכול לזכות עבורו, דהרי זה חובה לנותן שלא יוכל לחזור, דכיון שלא אמר 'זכה', אין הוא מתכוון להסתלק מהחפץ עד שהלוקח יקבלו.**

סעיף ד

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. הגה: ו"א דאין קנין בפחות מג' (המגיד פ"ה דמכירה ור"ן סוף פ"ד דנדרים וב"י בשם עיטור ונ"י פ"ק דמציעא). ואין המוכר יכול לעכב הכלי או לחתוך קצתו, דסתם קנין ע"מ להחזיר הכלי הוא (הגהות אשירי פ' הזהב). ואין מקנין בכלי אלא מדעת בעליו (ב"י בשם עיטור ור' ירוחם והרא"ש ור"ן סוף פ"ד דנדרים ונ"י פ"ק

דמצי'עא); ולכן מי שלקח סודר חבירו בלא דעתו ומקנה בו, אין קנין (תשובת רשב"א אלף י"ט ותשובת רמב"ן ס' ק"א). וי"א אפילו הוי כלי שאול לו, אינו קנין אלא"כ השאלו כדי להקנות בו (מרדכי ס"פ הספינה), וכן נראה לי.

1. כשמקנה הסודר למוכר צריך שיאחז בו, ומספיק לאחוז בו כדי שיעור כלי, שהוא ג' אצבעות על ג' אצבעות, דבכה"ג הוא שיעור כלי בבגדים לענין טומאה; סמ"ע בשם רש"י.

2. אם אחז פחות משיעור זה: שו"ע – מהני אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו, כן דעת הרמב"ם. רמ"א – הביא דעת החולקים שלא מהני בכה"ג ולא קנה כלל.

ב"מ ז'. "אמר רב משרשיא: שמע מינה, האי סודרא, כיון דתפיס ביה שלש על שלש – קרינן ביה ונתן לרעהו, דכמאן דפסיק דמי וקני. – ומאי שנא מדבר חסדא? דאמר רב חסדא: גט בידה ומשיחה בידו, אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו – אינה מגורשת, ואם לאו – מגורשת! – התם – כריתות בעינן, וליכא. הכא – נתינה בעינן, והא איכא". **וכתב רש"י** שדוקא נקט ג' על ג' שהוא שיעור כלי, **וכ"כ המודקי בשם המהר"ם. הרמב"ם כתב** (מכירה פ"ה, ז) שאם אחז פחות משיעור זה מועיל אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו, **ותמהו עליו הרשב"א והר"ן** שהרי מבואר שאצלנו בעינן נתינה ולא בעינן כריתות. וכן דעת העיטור, **אולם רבינו ירוחם כתב כרמב"ם**.

3. אין המוכר יכול לעכב הכלי שנתן לו הלוקח בידו, וממילא אינו יכול לחתוך ממנו כשיעור ג' על ג' וכדו', דקנין סודר הוא קני ע"מ להקנות. נחלקו בדבר הראשונים, העיטור כתב שאע"פ שכמאן דפסיק דמי זה רק לענין שקנה את השיעור הזה, אך אין המוכר יכול לפוסקו בפועל, כיון שסתם חליפין ע"מ להחזיר הוא. וכן דעת רוב הראשונים (הרא"ש והר"ן בנדרים מח:; ריטב"א ורבינו ירוחם), לעומת רב עמרם ותלמידי רבינו פרץ שסוברים שיכול לעכב.

נדרים מח: "אמרי פומבדיתאי: קני על מנת להקנות הוא, וכל קני על מנת להקנות – לא קני; ורב נחמן אמר: קני, דהא סודרא קני על מנת להקנות הוא. אמר רב אשי: ומאן לימא לן דסודרא אי תפיס ליה לא מיתפיס?!" וכתבו הרא"ש והר"ן שהלכה כרב נחמן, שהרי רב אשי אמר זאת רק בדרך דחיה, ועוד שהרי הוא עצמו בקידושין ו: פסק שחליפין קונים במתנה ע"מ להחזיר, וכן פסק הרמב"ם. אמנם הסמ"ג הביא שיש הנמנעים מלהקנות סודריהן לחבריהם לצורך קנין דחוששים לדברי רב אשי שמא יחזיק בו המוכר.

4. אין מקנין בכלי אלא מדעת בעליו.

5. האם יכול לעשות חליפין בכלי שהוא שאול אצלו? רמ"א – לא, וכ"כ המרדכי. רעק"א הביא שזו מח' בין הריטב"א לתלמיד רבינו פרץ, שדעת הריטב"א שאפשר, שהרי חליפין זה קני ע"מ להקנות, ואין המוכר יכול לעכבו אצלו. אולם, ר"פ סובר שא"א להקנות, כיון שלשיטתו המוכר יכול לעכב החפץ בידו וקנאו לגמרי, ואין לשואל רשות להקנותו למוכר. אולם, הרמ"א פסק שאין המוכר יכול לעכבו בידו ואפ"ה פסק שלא מהני, א"כ צ"ל טעם אחר, שכיון שהכלי לא שלך, א"כ אע"פ שיש לך רשות להשתמש בו, אך אין לך רשות להקנותו לאחרים.

סעיף ה

י"א שאין הקנין מועיל אלא"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. אבל אם אמר לו: קנה על מנת שתקנה לי מעכשיו ולאחר שלשים יום, קנה. הגה: ובסתם אמרין דהוי מעכשיו, באופן המועיל, דודאי בכדי לא הוי עבד (פסקי מהרא"י ס' קע"ג).

1. **קנין סודר מועיל דווקא אם קונה מיד**, אך אם רוצה שהקנין יחול לאחר זמן – לא מהני, דבאותו זמן כבר כלתה קניינו – דהדרא סודרא למריה. וכמו שמבואר ב**נדרים מח**: "ועוד, סודרא קני על מנת להקנות וקני מן השתא, הלן ניכסין דהדין לאימתי קני? לכי הוי בר בריה צורבא מרבנן, לכי הוה, הדר סודרא למריה".

2. **אם רוצה שהקנין יחול לאחר זמן**, צריך לומר "על מנת שתקנה לי מעכשיו לאחר לי יום", דבכה"ג הקנין נגמר עכשיו, אלא שיש תנאי חיצוני שבגללו אינו חל עד לאחר לי יום.

3. **מה הדין אם אמר "מעכשיו ולאחר לי יום", בלא שאמר "על מנת"? סמ"ע (טו), קצות (ה) – לא קנה.** דקיי"ל כר' יוחנן; קצות. ש"ך (ח), פת"ש (ד) בשם דגול מרבבה – מהני. דקיי"ל כשמואל; ש"ך.

קידושין נט: "מעכשיו ולאחר שלשים יום וכו', אמר רב: מקודשת ואינה מקודשת לעולם; ושמאל אמר: מקודשת ואינה מקודשת אלא עד לי יום, לאחר לי פקעי קידושי שני וגמרי קידושי ראשון; לרב מספקא ליה אי תנאה הואי אי חזרה הואי, לשמואל פשיטא ליה דתנאה הואי". **ובד"ס**. "עולא אמר רבי יוחנן: אפי' מאה תופסין בה; וכן אמר ר' אסי אמר רבי יוחנן: אפילו מאה תופסין בה. אמר ליה רב משרשיא בריה דרב אמי לר' אסי: אסברה לך טעמא דרבי יוחנן, שוו נפשיה כי שרגא דליבני, דכל חד וחד רוחא לחבריה שבק".

מבואר שלדעת שמואל הקידושין חלים לאלתר, אלא שהם מותנים בכך שלא יחזור בו בתוך ל' יום, ונמצא שלאחר ל' יום מתברר למפרע שהקידושין חלו בשעה הראשונה. רב מודה לשמואל, אלא שהוא מסופק אולי כוונת המקדש לחזור בו מהקידושין ולכן אמר 'לאחר ל' יום'. אולם, ר"י סובר שהקנין מתחיל מיד ואינו מסתיים עד לאחר ל' יום. **הרי"ף, הרא"ש והרמב"ן פסקו כרב, ר"ח והרשב"א פסקו כר' יוחנן. בדעת הרמב"ם משמע שפסק כר' יוחנן, אך מאידך התקשו בדבריו הראשונים (עי' בר"ן בקידושין).**

תוס' בקידושין סג. (ד"ה כגון בסופו) הקשו לדעת ר"י איך אנו קונים בסודר מעכשיו ולאחר זמן, הרי כיון שהקנין אינו חל אלא לאחר זמן הרי באותו זמן כבר הדרא סודרא למריה ולא מהני! **תירצו בשם הר"ם דכשאומר 'על מנת' מהני אפי' לר"י, דבכה"ג הוא מודה שהקנין נגמר בשעה הראשונה, אלא שיש תנאי שלא יחול עד לאחר ל' יום. לכן כתבו שטוב לומר 'על מנת מעכשיו'. הבי"י תמה מדוע הוסיפו 'מעכשיו' הרי מספיק לומר 'ע"מ'! וכתב 'ושמא לא אמרו מעכשיו אלא כדי שיתפרסם הדבר שהוא במעכשיו'. וכ"כ הסמ"ע (טו). הש"ך (ח) הקשה שמוכח בס"ס קצא שמעכשיו לבד מהני, כיון שקי"ל כשמואל דמעכשיו תנאה הוי. **האחרונים התקשו בדבריו** שהרי אף שיש מח' כמי לפסוק, אך לא מצאנו שפסקו כשמואל! **הקצות (ה)** כתב שאדרבא נראה שפסקו כר' יוחנן, ויישב קושית הש"ך מסי' קצא. הפת"ש (ד) הביא בשם **הדגמ"ר** שתמה על הש"ך, אך לדינא הסכים עמו מטעם אחר, שהתוס' לא אמרו כן אלא בגיטין וקידושין וכדו' שלא שייך לחלק בין גוף לפירות, אולם בקניינים כו"ע מודו שבמעכשיו סגי ואמרינן שהגוף קונה מיד, והפירות לאחר זמן.**

ועיין בסמוך בסימן קצז, ז.

4. **בסתמא אמרינן שעשו הקנין באופן המועיל**; רמ"א בשם תרוה"ד (קעג). ביאר התיבות (ג) דהיינו כשעשה הקנין בסתם אלא שהתנה עמו שלא ישתמש בו אלא לאחר זמן. אולם, אם עשו קנין בסתם הרי הוא חל מיד, ואם אמר שהקנין לא יחול אלא לאחר ל' יום – א"כ לא מהני, שהרי לא נעשה באופן המועיל. לכן ע"כ צריך לומר כמו שביארנו.

סעיף ו

אף על פי שנגמר הדבר בקנין סודר, כל אחד משניהם יכול לחזור בו כל זמן שעסוקים באותו ענין. ואם הפסיקו הענין, אין אחד מהם יכול לחזור בו.

1. בקנין סודר, יכולים לחזור בהם אפי' לאחר שנעשה הקנין כל זמן שעסוקים באותו ענין.

ב"ב קיד. "איתמר: קנין, עד אימתי חוזר? רבה אמר: כל זמן שיושבין; רב יוסף אמר: כל זמן שעוסקין באותו ענין", ובע"ב: "והלכתא כוותיה דרב יוסף: בשדה, ענין, ומחצה". וכתב **הרשב"ם**: "דקים להו לרבנן דאדעתא דהכי מקני איניש, שיתן לבו אחרי כן וידע אם אפשר לו בקנין זה לעשותו קנין גמור". **והרא"ש** כתב "ודוקא בקנין הוא שנתנו חכמים זמן לחזרה, כי כן דרך לקיים כל דבר פתאום מקיימין אותה בקנין סודר שלא יחזרו בהן, לכך נתנו לו שעה להתבוננות. אבל בכל שאר קנייני הגבהה ומשיכה ומסירה כסף שטר וחזקה אין בהם חזרה אחר כדי דבור". **הסמ"ע** (יז) כתב שטעם הדין מפני שקנין סודר אינו נעשה בגוף המקח, וממילא המוכר עדיין לא נסתלק לגמרי, משא"כ בשאר קניינים שנסתלק הנותן מיד במעשה הקנין, ודחה דברי הע"ש. **אולם, הש"ך (ט) והקצות (ו)** כתבו שהעיקר כמו שכתב הע"ש שכן מבואר בדברי הרא"ש שהבאנו, שקנין סודר לא בהכרח נעשה מתוך יישוב הדעת גמור, ולפעמים הוא נעשה באופן מיידי. והוכיח כן הקצות ממתנה, שהרי הנותן מסתלק לגמרי בשעת המתנה, ואפי"ה אמרינן שיכול לחזור.

סעיף ז

בשאר דרכי הקנייה אין שום אחד מהם יכול לחזור בו לאחר כדי דיבור.

1. **בשאר קניינים אין יכולים לחזור לאחר שנעשה הקנין**, כ"כ הראשונים בגמ' הנ"ל שדוקא בקנין יכול לחזור, משא"כ בשאר הקניינים.

2. **תוך כדי דיבור – כדיבור דמי**, אף לענין קניינים. לכן, אף בשאר קניינים יכולים לחזור בהם בתוך כדי דיבור. שיעור תוך כדי דיבור – כדי אמירת 'שלום עליך רבי'; סמ"ע (יט).

נדרים פז. "והלכתא: תוך כדי דבור כדבור דמי, חוץ ממגדף, ועובד עבודת כוכבים, ומקדש, ומגרש". **ב"ב קכט:** "והלכתא: כל תוך כדי דבור כדבור דמי, לבר מעבודת כוכבים וקדושין". וכתבו **התוס'** "וגמרא קיצר כאן משום דמגדף הוי בכלל עבודת כוכבים ומגרש בכלל מקדש כי טעם אחד להם".

3. **מה הדין בקנייני משיכה, הגבהה ומסירה? שו"ע** – אין הבדל, ותמיד יכול לחזור בתכ"ד. פת"ש (ו) בשם ושב הכהן – בכה"ג אין יכול לחזור אף בתכ"ד.

הבי"י הביא את דברי **רבינו יונה** (ב"ב קיד). שכתב שבשאר קניינים תוך כדי דיבור כדיבור דמי אף במשיכה וחזקה, אלא שהוסיף שיש מקום לבעל דין לחלוק במשיכה והגבהה, ולומר שדוקא בקנין כסף ושטר מועילה חזרה בתכ"ד. אולם, הבי"י הוסיף **שדברי החולק בטלים** כיון שכל הני רבונותא שהביא קודם לכן חולקים עליו. **הפת"ש** הביא בשם ושב הכהן שרצה ללמוד מכך שאם מסר להקדש אינו יכול לחזור בו אף בתכ"ד, א"כ גם בהדיוט הדין כן, אך נשאר בצ"ע לדינא.

4. נתן מתנה לחברו, ואח"כ בתכ"ד רוצה להוסיף תנאי: ט"ז (אה"ע לח) – לא מהני. קצות (ז) – מהני. אך אם זכה עבורו מההפקר לא מהני. ה"י רצה להוכיח כן ממגביה מציאה לחברו שמבואר שאפי' אם בתכ"ד חזר בו ורוצה לזכות לעצמו – לא מהני. הקצות הקשה שמוכח כאן שאף בהגבהה מהני חזרה בתכ"ד, ומציאה שאני דכיון שזוכה מההפקר ולא היה שלו מעולם – לא תועיל חזרתו, אבל במתנה ומכירה – מהני.

סעיף ח

יש מי שכתב שאם פירש בשעת קנין סודר: בלא חזרה. או שכתבו שטר, או שקבלו דיינים לפשרה בקנין, אף על פי שעוסקים באותו ענין אינם יכולים לחזור בהם אחר כדי דיבור.

1. אע"פ שאמרנו שבקנין סודר יכול לחזור בו כל זמן שעוסקים באותו ענין, בג' מקרים אינו יכול לחזור: א. אם התנו שלא יוכל לחזור. ב. אם כתבו הקנין בשטר. ג. אם קיבלו עליהם דיינים לפשרה בקנין סודר. כ"כ ב"י בשם גאון (מובא בעיטור).

2. אף במקרים הללו יכול לחזור בתוך כדי דיבור.

ט-י דיני קנין שכירות ושאלה

סעיף ט

בדרכים שהקרקע נקנה בהם, שכירות ושאלת קרקע נקנין. הגה: ואפילו במקום שכסף אינו קונה בלא שטר, כמו שנתבאר לעיל סימן ק"ץ, מ"מ שכירות סגי לה בכסף לחוד (בית יוסף). ויש אומרים שאינם נקנים בקנין סודר.

1. בכל הדרכים שבהם קונים קרקע, כגון כסף, שטר וחזקה – קונים בשכירות ובשאלת קרקע. ב"ק עט. "כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות, כך תיקנו משיכה בשומרין; וכשם שהקרקע נקנית בכסף, בשטר ובחזקה, כך שכירות נקנית בכסף, בשטר ובחזקה. שכירות דמאי? אילימא שכירות דמטלטלין, מטלטלי בני שטרא נינהו? אמר רב חסדא: שכירות דקרקע". וכן הוא בב"מ צט.

2. כסף קונה אע"פ שלא כתב לו את השטר בשכירות ובשאלת קרקע, אף במקום שנהגו לכתוב שטר, דאע"פ שבכח"ג הכסף אינו קונה את הקרקע עצמה, כיון שלא סמכא דעתיה לקנות קודם שיכתוב לו את השטר, אך בשכירות ובשאלה שאני, דכיון שהוא לזמן – סמכא דעתיה אף בלא שטר; סמ"ע כ. כ"כ הבי"י שכן נראה לו, ושכן נראה מדברי הרמב"ם.

3. האם שכירות ושאלה נקנות בקנין סודר? שו"ע בסתם – כן, וכ"כ הרא"ש להדיא. וכן הסכים הקצות (ח) לדינא. שו"ע בשם י"א – לא, וכ"כ התוס'. הנהיבות כתב שאף התוס' לא אמרו כן אלא בקרקע שכיון שהיא חוזרת בעין, אי"כ לא נתן לו אלא טובת הנאה וטובת הנאה אינה ממון. אולם, הקצות הבינו שמיידי אף במטלטלין.

קידושין כז. וב"מ יא. במעשה דר"ג וזקנים כתבו התוס' "וא"ת אמאי קבלו שכר היה לו להשאל להם או להשכיר בחליפין וי"ל דשאלה ושכירות אינה נקנית בחליפין". בערכין (ל). כתבו התוס' "וי"ל דכל דבר החוזר לבעלים כגון מתנה ע"מ להחזיר אי"נ שאלה או שכירות כולם לא מיקנו בחליפין משום דהוה כמו טובת הנאה דאמרינן (שם): דאינה ממונא לקנות בחליפין".

אולם, הרא"ש בב"מ (פ"א סי' לא) כתב "ואין נראה לי דקדוק מכאן, דאכתי תקשה אמאי לא נתן להם הקרקע בחליפין עד זמן ידוע? אלא הא דפריך וכי לא היה להם סודר לקנות בחליפין היינו למצוא תקנה שלא יהא צריך להקנות להם הקרקע. אבל כיון שצריך להקנות להן קרקע יותר קל ליתן פרוטה לשכר מקנין חליפין". מדברי הרא"ש הנ"ל מוכח שהבין שבמתנה ע"מ להחזיר לכו"ע מהני חליפין, וא"כ הבין שטעמם אינו משום דטובת הנאה אינה ממון, ולא כמו שכתבו התוס' בערכין. וכתב הקצות שלכן השו"ע לא הזכיר מתנה ע"מ להחזיר, דס"ל כרא"ש שבכח"ג כו"ע מודו.

הקצות (ח) הקשה על שיטת התוס' מב"מ קג. לגבי "שואל אדם בטובו", וכן לגבי שואל גרגותא (באר מים) שמבואר שם בסוגיא שקנין מועיל, וא"א להעמיד שם בקנין חזקה! אולם, הנהיבות (ד) דחה ראייתו דהתוס' דיברו דווקא על שכירות קרקע שאין לו אלא טובת הנאה, אולם בשואל מטלטלין כיון שנפחת החפץ הרי זה קנין בגוף החפץ, וכן בשואל קרקע לחפירה.

סעיף י

שכירות ומשכונא אינם נקנים במלוה. הגה: משום דהויין כמכר, ואין קונים במלוה אפילו בתורת כסף (ועיין לקמן סימן ר"ד סעיף י').

דשכירות ליומא ממכר הוא, אולם בהנאת מחילת החוב נקנים; סמ"ע כא.

סעיף יא

אין קונין בשבת קנין סודר; ואם קנו, אף על פי שעשו עבירה, קנו. והטעם הוא גזירה שמה יכתוב; סמ"ע (כב).

הקצות (ט) הקשה הרי כיון שאנו קונים ע"י העדים א"כ זה נעשה בשליחות, וכיון שעשו איסור הרי קי"ל שאין שליחות לדבר עבירה והמקח בטל!! **ותירץ שהעדים אינם קונים מדין שליחות אלא מדין 'עבד כנעני'** (דהיינו קח מנה ותקנה לו החפץ). הקצות הוסיף שאם זה היה מדין זכין (שהוא מדין שליחות), א"כ היה צריך לקנות דווקא בסודר של הקונה.

ב"ה יום א י"ז טבת ה'תשע"ז

סימן קצו

דין קניית עבד כנעני, ובו ה' סעיפים.

סעיף א

עבד כנעני דינו כקרקע לקנייה; נקנה בכסף או בשטר או בחזקה או בקנין סודר. הגה: ונקנה גם כן במשיכה, כגון שתקפו והביאו אליו (טור), וכמו שיתבאר למטה.

1. עבד כנעני הרי הוא כקרקע, דכתיב 'והתנחלתם אותם' הוקש לנחלה, ונקנה בקנייני קרקע.

2. כמו כן נקנה במשיכה; רמ"א.

קידושין כב: במשנה "עבד כנעני נקנה בכסף ובשטר ובחזקה". ובגמ' "מנלן? דכתיב: והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם לרשת אחוזה, הקישן הכתוב לשדה אחוזה וכו'. תנא: אף בחליפין".

סעיף ב

במה היא החזקה בקנין העבדים, שישתמש בו בפני רבו כדרך שמשמשין בעבדים. ואם הוא שלא בפני רבו, צריך שיאמר לו: לך חזק וקני.

סעיף ג

כיצד, התיר לו מנעלו או שהנעיל לו מנעלו או שהוליד כליו אחריו לבית המרחץ או שהפשיטו או סכו או גרדו או הלבישו או הגביה את רבו, קנה. וי"א שה"ה אם הגביהו רבו.

1. חזקה היינו שימוש העבד לרבו.

2. הגביה הרב לעבד: רוב הראשונים – אינו קונה. הרמב"ם – קונה.

קידושין כב: "תנו רבנן: כיצד בחזקה? התיר לו מנעלו, או הוליד כליו אחריו לבית המרחץ, הפשיטו, הרחיצו, סכו, גרדו, הלבישו, הנעילו, הגביהו – קנאו". מבואר בהמשך הגמ' שדווקא אם העבד הגביה לרב קונה, אך כאשר הרב הגביה לעבד הרי זה מח' בין ת"ק לר"ש, דלר"ש קונה שלא תהא חזקה גדולה מהגבהה, אולם לת"ק אינו קונה. ופסקו הראשונים כת"ק, אולם הרמב"ם פסק כר"ש שאף אם הגביה הרב לעבד קנה, וכתב ה"ה שלרמב"ם הייתה גי' שונה בגמ' שר"ש אינו חולק על ת"ק.

סעיף ד

עשה לו מלאכה שאינה בשימוש גופו, כגון שתפר לו בגד וכיוצא בזה, קנאו רבו; וי"א שלא קנאו.

אם עשה העבד לרב מלאכה, שאין גופו נהנה ממנה, כגון שתפר לו בגד וכדו': שו"ע בסתם – קנה, שהרי זה כאכילת פירות דהוי חזקה, כדעת הרמב"ם. י"א – לא קנה, דאכילת פירות אינה מעשה קנין, כ"כ הרא"ש כאן, וכ"כ הרמב"ן, הראב"ד והרשב"א. והרי זו אותה מח' שנחלקו בהבנת קנין חזקה בקרקע, וכמו שנתבאר בסי' קצב.

סעיף ה

תקפו והביאו אצלו, קנאו. אבל אם קראו ובא אצלו, או שאמר לו רבו הראשון: לך אצל הלוקח, והלך אצלו, לא קנה; ואם הוא עבד קטן קראו ובא אצלו קנאו.

1. אם משכו האדון לעבד – קנאו. אך אם קרא לו ובא אליו – לא קנה, ולא כמו בבהמה.

2. עבד קטן – אף אם קרא לו ובא אליו – קנאו, דאדעתא דמריה אזיל.

קידושין כב: "אמר שמואל: עבד כנעני נקנה במשיכה, כיצד? תקפו ובא אצלו – קנאו, קראו ובא אצלו – לא קנאו. וקראו לא? והתניא וכו' כיצד במשיכה? קורא לה והיא באה וכו'! אמרי: בהמה אדעתא דמרה אזלה, עבד אדעתיה דנפשיה קאזיל. אמר רב אשי: עבד קטן כבהמה דמי".

3. עבד קטן שאמר לו אדונו הראשון ללכת אצל הלוקח: סמ"ע – קונה, קצות ונתיבות – אינו קונה, דמשיכה זה דווקא כשהולך מחמת הקונה ולא מחמת המוכר.

הסמ"ע כתב שעבד קטן קונה אף כאשר אמר לו רבו הראשון 'לך אצל הלוקח'. אולם, הקצות תמה מדוע זה מועיל, הרי היסוד של משיכה הוא 'דאזלא מחמתיה', ובכה"ג הוא לא הולך מחמתו; וכן הסכים הנתיבות.

ב"ה יום א' י"ז טבת ה'תשע"ז

סימן קצז

דין קניית בהמה גסה ודקה, ובו ז' סעיפים.

סעיף א

בהמה בין דקה בין גסה אינה נקנית במסירה אלא במשיכה ואינו צריך להגביה. הגה: וי"א דאף מסירה קונה בבהמה גסה (הגהות מיימוני פ"ב דמכירה בשם ראב"ה); וי"א אף בדקה (טור תוס' ואשירי ריש פ' הספינה ופ"ק דקידושין בשם רש"י ור"ת), אם הוא בפני המוכר (רש"י וריב"א). וע"ל סי' קצ"ח ס"ח עד י"ג בדיני מסירה. א"ל לקנות במשיכה ושינה, בין לגרועותא כגון למסירה, או למעליותא כגון שהגביה, לא קנה אלא במשיכה כמו שאמר ליה (טור בשם ר"י והר"ף והרא"ש).

1. **בהמה נקנית במשיכה**, ואין צורך דווקא להגביהה.

2. **האם נקנית במסירה?** שו"ע – לא. רמ"א: י"א – שרק בהמה גסה נקנית במסירה. וי"א שאף דקה נקנית במסירה.

קידושין כה: במשנה "בהמה גסה נקנית במסירה, והדקה – בהגבהה, דברי רבי מאיר ור' אליעזר; וחכ"א: בהמה דקה נקנית במשיכה". **ובגמ'**. "דרש רב בקימחוניא: בהמה גסה נקנית במשיכה. אשכחינהו שמואל לתלמידי דרב, אמר להו, מי אמר רב: בהמה גסה נקנית במשיכה? והאנן במסירה תנן, ורב נמי במסירה אמר, הדר ביה מההיא?!" הוא דאמר כי האי תנא; דתניא, וחכ"א: זו וזו נקנית במשיכה, רבי שמעון אומר: זו וזו בהגבהה". נחלקו הראשונים בפירוש המשנה:

שיטת רש"י, ר"ת וריב"א – מסירה עדיפה ממשיכה, וטעמם מפני שפירשו מסירה היינו שהמוכר מוסר ללוקח מיד ליד, ונמצא שלגירסתו במשנה בהמה גסה נקנית דווקא במסירה, ובהמה דקה אף במשיכה; אולם למסקנה רב פסק שבהמה גסה ודקה נקנות בין במשיכה ובין במסירה. והלכה כרב, שהרי משמע ששמואל הודה לו.

שיטת ר"י ורוב הראשונים – משיכה עדיפה ממסירה, מפני שבמסירה א"צ שימסור מיד ליד, וסגי בכך שהלוקח אווז בחפץ, ולכן במשנה הבנו שבהמה גסה נקנית אף במסירה, וקמ"ל רב שאינה נקנית אלא במשיכה ולא במסירה, והלכה כרב.

הב"י תמה על הטור שפסק שבהמה גסה ודקה נקנית בין במשיכה ובין במסירה, וכתב שכן דעת הרא"ש, הרי הרא"ש סובר כר"י שמשיכה עדיפה וכיון שהלכה כרב נמצא שאינה נקנית אלא במשיכה. ועוד, מדוע כתב כן בפשוט ולא הזכיר שרוב הראשונים חולקים עליו? ונקט שהטור טעה בדברי הרא"ש בפרק הספינה שמשמע מהם שמסירה קונה בבע"ח; אע"פ שבקידושין כתב להדיא שמסירה אינה קונה בבהמה; **וכן נראה שלמד הגר"א**.

הדרכי משה כתב שדברי הטור יוכן דעת הרא"ש היינו רק לגבי השאלה מהי מסירה, אך לא לגבי עצם הדין שמסירה קונה בבהמה. עוד כתב, שאפשר לומר שהטור סבר כראב"ה שאע"פ שמשיכה עדיפה, אך בבהמה דקה הקילו שתיקנה במסירה, ודעת הטור שהקילו אף בגסה. אלא שהקשה הרי לשיטתם בעינן מסירה בפניו, ודעת הטור שמסירה אינה צריכה להיות בפניו דווקא?!

הסמ"ע כתב שדעת רוב הפוסקים כטור, שאע"פ שנקטו שמשיכה עדיפה ממסירה, אך במקום שמשיכה לא מהניא, כגון ברה"ר או בחצר שאינה של שניהם, הקלו חכמים בבע"ח דווקא שיקנו במסירה, כיון שמסירה בבע"ח מנענעת את גוף הבהמה והוי דומיא דמשיכה.

3. **ציוהו לקנות במשיכה**, ושינה בין לגרועותא ובין למעליותא – לא קנה.

סעיף ב

הגבהה קונה בכל מקום. אבל משיכה אינה קונה אלא בסימטא או בחצר של שניהם, אבל לא ברשות הרבים ולא בחצר שאינה של שניהם.

1. **הגבהה קונה בכל מקום**, בין אם הגביה בידו ממש, או שהוגבה החפץ מכוחו; קצות.

קידושין כב: "אמר ר' שמעון: לא תהא חזקה גדולה מהגבהה, שהגבהה קונה בכל מקום". וכן מבואר **בב"ב פד**:

2. **משיכה אינה קונה אלא בסימטא או בחצר של שניהם**, דהיינו במקום שיש לקונה רשות בו.

ב"ב פד: "אביי ורבא דאמרי תרוייהו: מסירה קונה ברשות הרבים ובחצר שאינה של שניהן, משיכה קונה בסימטא ובחצר שהיא של שניהן, והגבהה קונה בכל מקום".

סעיף ג

כיצד קונין את הבהמה במשיכה, אין צריך לומר אם משכה והלכה, או שרכב עליה והלכה בו, שקנה, אלא אפילו קרא לה ובאה, או שהכישו במקל (או שהנהיגה בקול) (טור) ורצתה בפניו, כיון שעקרה יד ורגל, קנאה, והוא שימשוך בפני הבעלים. ואם משך שלא בפני בעלים, צריך שיאמר לו קודם שימשוך: לך משוך וקני. (וע"ל סימן רע"א מדינים אלו).

1. כיצד במשיכה? כל שהלכה מחמתו הוי משיכה, ולכן אם משכה והלכה, או שרכב עליה והלכה, או שקרא לה ובאה אליו, או שהכישו במקל ורצה, או שקרא לה בקול ורצה – קנאה. **ב"ב עה:**, והרא"ש הוסיף שה"ה להנהיגה בקול, אלא שתנא אורחא דמילתא נקט.

2. שיעור המשיכה – כדי שתעקור יד ורגל, וא"צ שתהלך מלא קומתה. ב"ב עה: "כיצד במשיכה? קורא לה והיא באה, או שהכישו במקל ורצתה לפניו, כיון שעקרה יד ורגל - קנאה; רבי אחי, ואמרי לה ר' אחא אומר: עד שתהלך מלא קומתה". ופסקו הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש כת"ק. **וכתב הב"י** "ומשמע בגמרא דאף על פי שגוף הבהמה לא זז ממקומו כיון שעקרה יד ורגל קנה".

3. משיכה קונה בכל הבהמות, אף בגמל וחמור; כרי"ף, הרמב"ם והרא"ש, ודלא כרא"ש.

ב"מ ט. "תא שמע: שנים שהיו מושכין בגמל ומנהיגין בחמור וכו'. קתני מיהת: או שהיה אחד מושך ואחד מנהיג. מושך ומנהיג - אין, אבל רכוב - לא! - הוא הדין דאפילו רכוב, והא דקתני מושך ומנהיג - לאפוקי מדרכי יהודה וכו'. אי הכי לערבינהו ולתנינהו: שנים שהיו מושכין ומנהיגין בין בגמל בין בחמור! - איכא חד צד דלא קני, איכא דאמרי משיכה בחמור, ואיכא דאמרי הנהגה בגמל". ג' שיטות מצאנו בראשונים:

א. שיטת הרמ"ה – דברי הגמ' לחלק במשיכה והנהגה בין גמל לחמור, הם רק אליבא דמ"ד שרכוב קונה. אולם, לדידן דק"ל שרכוב אינו קונה, א"כ אין חילוק ביניהם וכפשט הברייתא. וכן נראית דעת הרי"ף שהשמיט את דברי הגמ' והביא רק את דברי הברייתא כצורתה.

ב. שיטת הרא"ש – אע"פ שהסוגיא נאמרה רק למ"ד שרכוב קונה, אך דברים אלו נכונים אף לדידן דאין בהמה נקנית אלא כמו שרגלים בהנהגתה, וכיון שיש לנו ספק א"כ במכר ובמתנה לא קנה, ד'העמד ממון על חזקתו', ובמצאה והפקר קנו שניהם.

ג. שיטת הרמב"ם – הרמב"ם בהלכות מכירה (פ"ב) לא חילק בין סוגי הבהמות, ומשמע שלמד משיכה קונה בין בגמל ובין בחמור. מאידך בהלכות גזילה ואבידה (פ"ז ה"ה) כתב שאם שנים ראו גמל ואחד מושך ואחד הנהיג – המושך קנה ולא המנהיג. וכתב הב"י שנראה שהבין את דברי הגמ' שדווקא כאשר שניהם באים לזכות כאחד - איכא חד צד דלא קני, כיון שהמעשה השני יותר עיקרי; וכמו כן, פסק כאיכא דאמרי בתרא, שבחמור הכל קונה, ורק בגמל הנהגה אינה קונה. אולם, אם עושה את מעשה הקנין לבדו, גם משיכה וגם הנהגה קונה.

4. קנין רכיבה:

ב"מ ב. במשנה "היו שנים רוכבין על גבי בהמה או שהיה אחד רוכב ואחד מנהיג". **ובדף ח.** "אמר רב יוסף אמר לי רב יהודה שמעית מינה דמר שמואל תרתי רכוב ומנהיג חד קני וחד לא קני ולא ידענא הי מינייהו. היכי דמי? אילימא רכוב לחודיה ומנהיג לחודיה, מנהיג לחודיה מי איכא מאן דאמר לא קני? אלא אי איכא למימר דלא קני רכוב הוא דאיכא למימר". **הרא"ש** פסק כשמואל שרכוב אינו קונה, ורכוב שמדובר במשנה היינו מנהיג ברגליו, וכיון ששמואל יישב את כל מה שהקשו עליו, ולא מצאנו מישחו שחלק עליו במפורש – הלכה כמותו. **אולם, הרי"ף** כתב את דברי המשנה בסתם והשמיט את כל הסוגיא, ולמד מכך הרי"ף שפסק שרכוב קונה. **בדעת הרמב"ם** יש מקום להסתפק האם פסק שרכוב קונה מדין רכיבה, או מדין מנהיג ברגליו (דהיינו משיכה). כיון שבפרק יז מהלכות גזילה סתם וכתב "היה אחד רכוב ואחד אוחז במוסירה הרכוב קנה הבהמה והמוסירה", ומשמע שברכיבה לבדה קנה; **וכן הבינו הרי"ף והה"מ בדעתו**. אולם, בפרק ב מהלכות מכירה כתב "או שרכב עליה והלכה בו", והקדים לזה "כיצד קונים את הבהמה במשיכה" (כלשון השו"ע בסעיף שלנו) ומשמע להדיא שהוא מדין משיכה! ומה שכתב בהל' גזילה היינו מפני שסמך על מה שכתב כאן. **וכתב הב"י** שכיון שדעת הרי"ף שרכיבה לבדה קונה, **וכן הסכימו הרי"ף והה"מ בדעת הרמב"ם**, הכי נקטינן שרכיבה לבדה קונה, אף בלא שהנהיג ברגליו, ומבואר שאין זה מדין משיכה אלא מדין 'רכיבה' שהיא פעולה שמבטאת בעלות, ומספיקה כדי ליצור את הקנין, אע"פ שהבהמה לא זזה מחמתו.

מלשון השו"ע כאן הבינו הקצות, רעק"א והנתיבות שפסק שרכוב קונה מדין משיכה, ואע"פ שלא הצריך שינהיג ברגליו אך צריך שהבהמה תלך, וכיון שהוא רכוב עליה אמרינן שהיא 'אזלא מחמתיה', ודומיא דקורא לה והיא באה. נמצא שרכוב אינו מעשה קנין בפני עצמו, אלא הוא 'סיניף' של קנין משיכה.

ממילא, התקשו האחרונים הנ"ל הרי קי"ל שמישיכה אינה קונה ברה"ר, **וכיצד פסק בסעיף ה' שרכיבה ברה"ר קונה?!** הקצות ורעק"א נשארו בצ"ע. והנתיבות כתב ליישב בב' דרכים: א. רכיבה היא מדין משיכה ומדין מסירה, וכיון שמסירה קונה רק ברה"ר, לכן גם רכיבה מועילה אף ברה"ר. ב. מיירי כשרכב עליה מרה"ר לסמטא, ובכה"ג מועילה הרכיבה ברה"ר להיחשב כמשיכה, כדי שלא יהא צריך למושכה כולה בסימטא.

עוד כתב הנתיבות שדעת הרמב"ם ששמואל דיבר רק על רכיבה בלא שהבהמה זזה, ובכה"ג דווקא אינה קונה. אולם, ברכיבה שהבהמה הולכת לכו"ע קנה, וכשיטת הריצב"ש בסוגיא (שהובאה בשטמ"ק).

סעיף ד

המוכר עדר לחבירו או שנתן לו במתנה, כיון שמסר לו משכוכית היא הבהמה המהלכת בראש העדר והכל נמשכים אחריה, אין צריך לומר: משוך וקני. ואם משך העדר אפילו שלא בפניו, קנה, דמסירת משכוכית הוי כאומר לו: משוך וקני. הגה: מכר לו ספר א' ונתן לו חציו, והלך ומשך או הגביה השני (שלא מדעת חבירו), לא קנה, דלא דמי החצי שנתן לו למשכוכית (הגהות מ"י פ"ה דמכירה ותשו' מ"י דקנין סימן י"ח). לא מסר לו המשכוכית ומכר לו רק י' בהמות, אם קונה במשיכה לא קנה אלא אותה שמשך; ואם קונה במסירה, אם מסר לו באפסר אחת ונתן לו דמי כולן, קנה, לא מסר לו דמי כולן, לא קנה רק כנגד מעותיו, כמו שנתבאר לעיל גבי קרקע, סוף סימן קצ"ב (רבינו ירוחם נ"ח ד).

1. מסירת משכוכית הוי כאמירת לך משוך וקני, ושוב אין צריך שימשוך בפני המוכר, וה"ה אם אמר בפירוש 'לך משוך וקני', וכמו שנתבאר דין זה בקרקע בסימן קצב. כמו כן, אם משך בפני המוכר, א"צ שיאמר לו כלום; כ"כ בב"י ודומיא דקרקע.

ב"ק נב. "אמר ריש לקיש משום ר' ינאי: המוכר עדר לחבירו, כיון שמסר לו משכוכית - קנה. ה"ד: וכו'. לעולם במשיכה, ובעי למימר ליה לך משוך וקני, וכיון דמסר לו משכוכית, כמאן דאמר ליה לך משוך וקני דמי. מאי משכוכית? הכא תרגמו: קרקשתא (פירש"י - זוג שמקשקש בו לפני העדר), ר' יעקב אומר: עיזא דאזלא בריש עדרא". ונקטו הטור והרמב"ם כר' יעקב. ורבינו ירוחם הביא דברי שניהם, וס"ל דלא פליגי אלא מר כי אתריה ומר כי אתריה.

2. מכר לו ספר ונתן לו חצי, אין זה כמסירת משכוכית ולא קנה החצי השני; כ"כ בתשובות מיימוניות, וטעמו "לא דמי למסר לו משכוכית דעל ידי משכוכית נמשך לו כל העדר, וכן על ידי דלי של בור ומפתח שייכי בכלל הבור והבית שעל ידיהם מוחזקים בבור ובבית. אבל בחציו אחד של ספר אין רגילין להחזיק בחציו השני".

3. מסירת אפסר של י' בהמות: אם נתן לו דמי כולם - קנה כולם, למ"ד שבהמה נקנית במסירה. לא נתן דמי כולם - לא קנה אלא כנגד מעותיו; **כ"כ הרמ"א בשם רבינו ירוחם**, ודומיא דקרקע שמכר לו י' שדות ב"י מדינות. וכתב הב"י שדין זה נכון רק אליבא דמ"ד שבהמה נקנית במסירה.

סעיף ה

המוכר בהמה לחבירו או נתנה לו במתנה ואמר: קנה כדרך שבני אדם קונים, אם משך או הגביה, קנה. אבל אם רכב עליה, אם בשדה (או בסימטא) (טור), קנה; ואם בעיר (בר"ה), לא קנה, לפי שאין דרך בני אדם לרכוב בעיר. לפיכך אם היה אדם חשוב שדרכו לרכוב בעיר, או אדם מזולזל ביותר שאינו מקפיד על הלוכו בעיר רוכב, כגון המטפלין בגידול הבהמות או העבדים, או שהיתה אשה, או שהיה ברשות הרבים שהרבים דוחקים שם, הרי זה קונה ברכיבה, והוא שתהלך בו.

1. המוכר בהמה ואמר לו קנה כדרך שבני אדם קונים:

א. אם משך או הגביה קנה.

ב. אם רכב עליה: שו"ע: בשדה - קנה, בעיר - לא קנה. אף בעיר יש מצבים שקנה: א. אדם חשוב. ב. אדם מזולזל. ג. אשה. ד. כל אדם ברה"ר. **רמ"א:** בסימטא - קנה, ברה"ר - לא קנה, א"כ הוא: א. אדם חשוב. ב. אדם מזולזל. ג. אשה.

ב"מ ט. "תא שמע, רבי אליעזר אומר: רכוב בשדה ומנהיג בעיר - קנה וכו'. אלא במקח וממכר עסקינן, דאמר ליה: קני כדרך שבני אדם קונים. ואי רשות הרבים הוא - קני, ואי אדם חשוב הוא - קני, ואי אשה היא - קניא. ואי איניש זילא הוא - קני". זוהי הגירסא שלנו, וכן פסקו השו"ע והרמב"ם. אולם, מדברי הרא"ש והטור נראה שגרסו בגמ' "ואי רה"ר הוא - אי אדם חשוב וכו'". וכן פסק הרמ"א.

הסמ"ע (יד) והט"ז תמהו על הרמ"א שהגיה על השו"ע כאילו הוא מוסיף על דבריו, אך א"א לקיים דברי שניהם יחד, שהרי השו"ע נקט שיטת הרמב"ם ולדידיה ברה"ר כולם קונים, ואילו לדברי הרמ"א שנקט כשיטת הרא"ש אף ברה"ר לא כולם קונים! וכתב הסמ"ע שאולי הרמ"א מחלק בין ב' סוגי רה"ר, שבמקום שהוא דחוק טובא הרא"ש מודה לרמב"ם שכולם קונים, שדרך כל אחד לרכוב שם שלא יפסקו בינו לבין בהמתו. משא"כ ברה"ר שלא דחוק כולי האי, וכן משמע שהבין הע"ש. אולם, זה דחוק בדברי הרמ"א שא"כ לא היה לו לסתום אלא לפרש.

סעיף ו

האומר לחבירו: משוך ותקנה, או: חזק ותקנה, וכיוצא בדברים אלו, והלך ומשך או החזיק, לא קנה, שמשמע תקנה להבא, ועדיין לא הקנה לו. והוא הדין לאומר לו: משוך חפץ זה לקנותו. (אלא צריך לומר: משוך וקני, או: חזק וקני) (טור בשם הרמב"ם).

1. האומר 'משוך ותקנה' וכדו' בלשון להבא – אע"פ שמשך לא קנה, כ"כ הרמב"ם וטעמו שעדיין לא נתן לו רשות לקנותו; ודלא כרא"ש.

ב"מ ט: "בעי רבי אלעזר: האומר לחבירו משוך בהמה זו לקנות כלים שעליה מהו? – לקנות! מי אמר ליה קני?" **הרמב"ם** פירש הטעם מפני שהוא לשון עתיד ועדיין לא התכוון להקנותו, וכ"כ ה"ה. **אולם הרא"ש** (סי' כד) כתב שדין זה לא נאמר אלא במושך בהמה לקנות כלים שעליה, שכיון שהוא פועל בדבר אחד כדי לקנות חפץ אחר, אנו מפרשים את לשונו כך. אולם כאשר מושך חפץ אחד כדי לקנותו, אף אם יאמר לו בלשון עתיד – יקנה. **והר"ן** כתב על חילוקו של הרא"ש שאיננו נראה.

2. האומר 'משוך חפץ זה לקנותו' – לא קנה; שו"ע – מפני שאף לשון זה משמע 'להבא'. סמ"ע – מפני שמשמע שאינו רוצה להקנותו.

אם יאמר 'משוך חפץ זה לקנותו עתה': שו"ע – מהני. סמ"ע וט"ז – לא מהני.

על הגמ' הנ"ל פירש"י: "לקנות משמע: אתה התכוין לקנות, אני איני מקנה לך". וכתב הטור "וגדולה מזו פירש רש"י שאפילו אם אמר לו משוך חפץ זה לקנותו לא קנה עד דא"ל קני אותו דמשמע משוך לקנותו אבל אני איני מקנה לך". הב"י תמה עליו מדוע כתב 'וגדולה' הרי זה ממש דומיא לדברי הרמב"ם שנתבאר קודם, ורש"י והרמב"ם שווים בדיניהם! אולם, הסמ"ע והט"ז נקטו שרש"י והרמב"ם חולקים בטעמיהם, שלדעת הרמב"ם הטעם הוא מפני שלשון זו להבא משמע, ולכן אם יאמר לו 'משוך לקנותו עתה' – יקנה. אולם, דעת רש"י והטור שלשון 'לקנותו' משמע שכוונת המוכר היא שאינו רוצה להקנותו, ולכן אף אם יאמר 'לקנותו עתה' – לא יקנה. וכן כתב בנתיבות (חידושים יג).

סעיף ז

האומר לחבירו: משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום, ומשך, לא קנה. ואם אמר ליה: קנה מעכשיו ולאחר ל' יום, קנה, ואפילו היתה עומדת באגם ביום ל', שזה כמי שהקנה אותה מעתה על תנאי, נעשה התנאי נתקיים הקנין. וכל האומר: על מנת, כאומר: מעכשיו, דמי.

1. אם אמר לו: משוך פרה זו ולא תקנה לך אלא לאחר זמן – לא קנה, דלאחר זמן כבר כלתה קניינו.

2. אם אמר לו: מעכשיו ולאחר ל' יום – קנה, ואפי' עומדת באגם. מדוע? טעם א – מפני שהקנין מתחיל מעכשיו ואינו נגמר עד לאחר ל' יום, ובכה"ג לא שייך לומר כלתה קניינו. אולם, מאידך בעינן שהחפץ יהיה ברשות שהוא יכול לקנות בה. טעם ב' – הקנין נגמר עכשיו, אלא שהחלות מעוכבת עד שיתקיים התנאי, ולכן הקנין מועיל אפי' החפץ יעמוד ברה"ר.

3. מה הדין כשאמר 'מעכשיו ולאחר ל' יום' ועומדת ברה"ר? סמ"ע, ט"ז, קצות – לא קנה. ש"ך, גר"א, נתיבות, דגמ"ר – קנה.

קידושין נט: "מעכשיו ולאחר ל' יום וכו', אמר רב: מקודשת ואינה מקודשת לעולם; ושמואל אמר: מקודשת ואינה מקודשת אלא עד ל' יום, לאחר ל' פקעי קידושי שני וגמרי קידושי ראשון; לרב מספקא ליה אי תנאה הואי אי חזרה הואי, לשמואל פשיטא ליה דתנאה הואי" **ובדף ס.** "עולא אמר רבי יוחנן: אפי' מאה תופסין בה וכו'. אמר ליה רב משרשיא בריה דרב אמי לר' אסי: אסברה לך טעמא דרבי יוחנן, שוו נפשיה כי שרגא דליבני, דכל חד וחד רוחא לחבריה שבק".

מבואר שאדם שמקדש אשה ומתנה עמה שהקידושין לא יחולו עד ל' יום, לאחר ל' יום הקידושין חלים לכו"ע. אלא שנחלקו רב, שמואל ור"י באדם שלא אמר כן דרך תנאי, אלא קידש מעכשיו ולאחר ל', האם אנו מסתפקים מה כוונתו (רב) או שמא ברור לנו שהתכוון להתנות (שמואל), או שמא הוא עשה משהו מיוחד שהקידושין התחילו עכשיו ואינם נגמרים אלא לאחר ל' יום.

כתובות פב. "רב דימי אמר רבי יוחנן: האומר לחבירו לך ומשוך פרה זו, ולא תהיה קנויה לך אלא לאחר שלשים יום - לאחר לי יום קנה ואפי' עומדת באגם וכו'. והא כי אתא רבין א"ר יוחנן: לא קני! לא קשיא: הא דא"ל קני מעכשיו, הא דלא אמר ליה קני מעכשיו". מבואר שאדם המקנה לחבירו פרה במשיכה, אם אמר לו קנה לאחר לי יום - לא קנה, כיון שהקנין נעשה רק לאחר לי יום, ובאותו זמן כבר יכלתה קנייניו ואינו יכול לחול. אולם, כאשר אמר 'מעכשיו ולאחר לי יום' - הקנין חל.

לכאוי נראה שדין זה נכון אליבא דר' יוחנן, וכן אליבא דשמואל שאמר בקידושין שיתנאה הוי', אולם רב יחלוק על דין זה, שהרי בקידושין הסתפק האם 'תנאה הוי' או חזרה הוי' והוא הדין הכא! **כך נראה שהבינו התוס'** בכמה מקומות (קידושין סג, כתובות פב, יבמות צג). **אולם, ברשב"א ובריטב"א נראה שחילקו** בין קידושין לחכא, שאצלנו אף רב מודה שזה תנאי ולא חזרה, כיון שאפשר להסביר את הלשון שהתכוון להקנות גוף מעכשיו ופירות לאחר זמן, **ונמצא שמעכשיו ולאחר לי יועיל לכו"ע בקניינים.**

כתובות פו: "בעא מיניה רמי בר חמא מרב חסדא: הרי זה גיטיך ולא תתגרשי בו אלא לאחר שלשים יום, והלכה והניחתו בצידי רשות הרבים, מהו? אמר ליה: אינה מגורשת וכו' אדרבה, מגורשת מדרב נחמן, דאמר רב נחמן וכו' האומר לחבירו משוך פרה זו ולא תהיה קנויה לך עד לאחר שלשים יום - קנה ואפילו עומדת באגם, מאי לאו היינו אגם והיינו צידי רשות הרבים! לא, אגם לחוד, וצידי רשות הרבים לחוד. איכא דאמרי, אמר ליה: מגורשת מדרב נחמן, וצידי רשות הרבים כאגם דמי וכו'".

מבואר בגמ' הנ"ל שלאחר לי יום החפץ צריך להיות במקום בו הקנין יוכל לחול, והתקשו הראשונים במה מדובר? **אם** מדובר שלא אמר 'מעכשיו' א"כ מדוע שהחפץ יקנה לאחר לי, הרי כלתה קניינו, שהרי המשיכה נגמרה ברגע הראשון ולאחר לי כבר אין משמעות למשיכה הראשונה? **ואם** מדובר שאמר לו 'מעכשיו', א"כ מדוע שלא יקנה אף אם עומד ברה"ר, הרי הקנין נגמר בשעה הראשונה ותו לא הוי אלא תנאי בעלמא? **ב' שיטות** מצאנו בראשונים:

א. שיטת תוס' והראב"ד: הגמ' הנ"ל מדברת כאשר אמר 'מעכשיו', אך אם לא אמר מעכשיו שום דבר לא יחול, כיון שהמשיכה כלתה ברגע הראשון. **כמו כן, הגמ' הולכת בשיטת ר' יוחנן,** הסובר שיאפי' מאה תופסין בה', דהיינו שכאשר אמר מעכשיו הקנין מתחיל בשעה הראשונה ולא מסתיים עד לאחר לי יום, ולכן בסוף לי יום החפץ צריך להיות ברשות שאפשר לקנות בה. (מבואר בדבריו להדיא ביבמות צג. שהעיקר שהחפץ יהא מונח שם בסוף לי יום, ולא אכפת לן אם באמצע יצא משם לרה"ר). אך לשמואל הסובר שתנאה הוי הקנין נגמר לאלתר, ושוב לא אכפת לן היכן יהא מונח החפץ בסוף לי יום. **כמו כן, אליבא דרב שהסתפק בדבר,** מעכשיו לא מהני כלל, דאולי התכוון לחזור בו ולא להקנות את החפץ כלל עד לאחר לי יום, ובאותו זמן כבר כלתה קניינו.

ב. שיטת הרשב"א, הריטב"א והר"ן: הגמ' הנ"ל מדברת כאשר לא אמר 'מעכשיו', ולכן צריך שבסוף לי החפץ יהיה במקום שראוי לקנות בו. דכאשר אמר מעכשיו לכו"ע קנה, ואפי' עומדת ברשות הרבים, דלא נחלקו אלא בקידושין ודכותיה, אולם בממונות אף רב מודה שהמקח חל משעה ראשונה אלא שהגוף נקנה מעכשיו והפירות רק לאחר זמן (כ"כ בב"מ לד.). אולם, כאשר לא אמר 'מעכשיו' נמצא שהקנין מתחיל בשעה ראשונה ולא נגמר עד לאחר לי יום, ולכן צריך שבאותה שעה החפץ יהא מונח במקום שהוא יכול להקנות.

אלא שנחלקו האם להלכה קי"ל כן: **הרשב"א והריטב"א** כתבו שאע"פ שזו דעת רמי בר חמא ורב חסדא, **אך לדידן אין הלכה כן, אלא אם לא אמר 'מעכשיו' המקח לא חל,** כיון שיכלתה קניינו אף בכה"ג. אך אם אמר מעכשיו נמצא שהמקח נגמר בשעה ראשונה לגבי הגוף, והפירות יקנו רק לאחר לי יום. **אולם, הר"ן פוסק להלכה כרמי בר חמא ורב חסדא,** וסובר שלא מצאנו שחלקו עליהם, ולכן אע"פ שלא אמר 'מעכשיו' אם החפץ נשאר באותו מקום המקח חל, ולא אמרינן בכה"ג 'כלתה קניינו' (רק בקנין משיכה, אולם בקנין סודר וחזקה - לא מהני. ונראה טעמו שמהות הקנין במשיכה הוא 'הכנסה לרשותו', ולכן אם משכו לרשותו והחפץ לא יצא משם במשך כל אותם הימים, נמצא שההימצאות שלו באותה רשות היא עדיין מכח המשיכה הראשונה). ואם אמר מעכשיו בכל ענין המקח חל משעה ראשונה, ואפי' אם הוא כבר לא נמצא באותה רשות.

הרמב"ם פסק לגבי גירושין שמגורשת לאחר לי יום, אף אם לא אמר לה מעכשיו, ומבואר שהבין את הגמ' בכתובות פו כשיטת הרשב"א ודעמיה. אולם, לגבי קניינים פסק שאם לא אמר 'מעכשיו' לא קנה כלל, ותמה עליו הר"ן כמי הוא סובר? **ה"ה** כתב ליישב דעתו שלגבי פרה לא קנה, כיון שהקנין נעשה במשיכה ובלא אמירת מעכשיו כלתה קניינו, אולם לגבי גט כיון שהקנין הוא בשטר בכה"ג לא אמרינן כלתה קניינו. ואע"פ שרב נחמן דיבר גם על פרה, אך לא קי"ל כוותיה בהכי, אלא במשיכה בעינן שיאמר 'מעכשיו'.

פסיקת ההלכה:

השו"ע פסק שאם אמר 'מעכשיו ולאחר לי יום' קנה ואפי' עומדת באגם, נחלקו האחרונים מה כוונתו?

א. שיטת הסמ"ע, הקצות (ד), הט"ז - א"צ שתעמוד ברשות הלוקח אלא אפי' עומדת באגם, אך אם עומדת ברה"ר או ברשות מוכר - לא קנה. הם נקטו שהשו"ע פוסק כשיטת התוס', שפסק כר' יוחנן שבכה"ג הוא קנין ארוך שמתחיל מעכשיו ונגמר לאחר לי יום. אמנם, אם יאמר 'על מנת' מהני אפי' עומדת ברה"ר, דבכה"ג הכל נגמר ברגע הראשון.

ב. שיטת הש"ך (ד), גר"א - אפי' אם עומדת ברה"ר קנה, דלענין קניינים הלכה כשמואל. הש"ך כתב שהלכה כשמואל, ותמהו עליו האחרונים (קצות, ט"ז, דגול מרבה) שלגבי קידושין נחלקו הראשונים האם הלכה כרב או כר' יוחנן, אך

לא מצאנו שהלכה כשמואל! אולם, פשט דברי הרמ"א בס"ס קצא הוא כדברי הש"ך, שבי'מעכשיו בלבד סגי, וכתב שם הגר"א שמסתימת הפוסקים נראה שלא נחלקו אלא לגבי קידושין אולם לגבי קניינים כו"ע מודו לשמואל שתנאה הוי ולא חזרה. אמנם, בס"י קצה הביא שמהתוס' בקידושין סג. משמע שאף בקניינים פסקו הלכה כר' יוחנן.

ג. **שיטת הנהיבות (ה), והדגול מרבבה (הובא בפת"ש קצה, ה) –** אפי' אם עומדת ברה"ר קנה, ואע"פ שהלכה כרב ולא כשמואל, אך בכה"ג שאפשר לפרש דבריו שיגוף מהיום ופירות לאחר ל' יום – אף רב מודה. ונמצא שלדינא מודים לש"ך ולגר"א אך לא מטעמם. כפי שהבאנו לעיל, כך מפורש בדברי הרשב"א, הריטב"א והר"ן שבקניינים אף רב מודה. עוד הביא הנהיבות לחלק בין אומר 'מעכשיו ולאחר ל' שבכה"ג אנו מפרשים דבריו גוף מהיום ופירות לאחר זמן, לאומר מעכשיו בדרך תנאי, כגון 'מעכשיו אם באתי' או 'מעכשיו אם אעשה דבר פלוני' שבכה"ג ודאי שהוא תנאי גמור, וכשיתקיים התנאי יתברר שהכל חל משעה ראשונה ואף הפירות (וחילוק זה מבואר להדיא בדברי הרשב"א ב"מ לד.).

ב"ה יום ג' כ"ג שבט ה'תשע"ו

סימן קצח

דין קניית מטלטלין איזה במשיכה ואיזה במסירה, ומה דינו במעות שבידו, ובו ט"ו סעיפים.

סעיף א

דבר תורה מעות קונות; אבל חכמים תקנו שלא יקנו המטלטלים אלא בהגבהה או במשיכה דבר שאין דרכו להגביה, (וכיון שמשך או הגביה, קנה אף על פי שלא נתן המעות) (טור). כיצד, המקבץ עצים או פשתן וכיוצא בהם ועשה מהם טעון גדול שאי אפשר להגביהו, אינו נקנה במשיכה, שהרי אפשר להתירו ולהגביהו עץ. אבל אם היה טעון של אגוזים או של פלפלים או של שקדים וכיוצא בהם, שאין אחד יכול להגביהו, הרי זה נקנה במשיכה. (ויש חולקין וסבירא להו דאפילו בעצים נקנה במשיכה, הואיל ואיכא טורח להתיר ולהגביה). וע"ל סימן ר' סעיף ז' בד"ן משיכה והגבהה (טור).

1. מן התורה מעות קונות, אולם חכמים ביטלו קנין מעות כפי שיתבאר בסעיף ה, ותקנו לקנות בהגבהה, או במשיכה בדבר שאין דרך להגביהו.

ב"מ מז: "אמר רבי יוחנן: דבר תורה מעות קונות, ומפני מה אמרו משיכה קונה - גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיף בעלייה וכו'. ריש לקיש אמר: משיכה מפורשת מן התורה. מאי טעמא דריש לקיש - אמר קרא: וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך - דבר הנקנה מיד ליד". **התוס' (ב"מ מח.) והרא"ש (סי' ח) האריכו להוכיח שהלכה כר' יוחנן**, שהרי רב נחמן ס"ל כוותיה, וכן מסקנת הסוגיא בע"ז (עא). שמשיכה בגוי קונה, והרי גוי קונה הפוך מישראל. ואע"פ שר"א אמר קרא ומתניתא מסייע לר"ל, הרי בסוגיות מוכח להיפך, ועוד דלא הוי סיוע כולי האי. **הרי"ף** הביא רק את דברי ר' יוחנן, **וכן פסק הרמב"ם** (מכירה פ"ג, א). אמנם, בשם **רש"י** כתבו שפסק כר"ל.

מנין למדנו שמעות קונות מהתורה? רש"י (ב"מ מו) כתב שלמדנו כן מהקדש דכתיב 'ונתן הכסף וקם לו'. אולם הראשונים הקשו שהרי אין למדים הדין מהקדש!! (ובחי' הרי"ם תירץ שבקנין יש ב' דברים: הסתלקות המוכר וקניית הלוקח, ולגבי סילוק בעלות המוכר מהחפץ הוא מסביר, אולם על כך שמעות מכניסים את החפץ לרשות הלוקח צריך פסוק, ואת זה אפשר ללמוד מהקדש, שהרי שם ראינו שהדין יכול להכניס לרשותו ע"י דמים). **תוס'** (בכורות יג:) כתבו שסתם קנין דקרא הוא במעות, דכתיב שדות בכסף יקנו ועוד. הנמוק"י כתב שא"צ פסוק, אלא זה סברא בעלמא דסתם קנין הוא במעות, וכ"כ השטמ"ק בשם הרמב"ן, רשב"א ור"ן. הרי"ף כתב שהוא ק"ו אם גופו קונה ממונו לא כ"ש?!

ב"ב פו: "נתן התם: נכסים שיש להן אחריות - נקנין בכסף ובשטר ובחזקה, ושאיין להן אחריות - אין נקנין אלא במשיכה. בסורא מתנו לה להא שמעתא משמיה דרב חסדא, בפומבדיתא מתנו לה משמיה דרב כהנא, ואמרי לה משמיה דרבא: לא שנו אלא דברים שאין דרכן להגביה, אבל דברים שדרכן להגביה - בהגבהה אין, במשיכה לא".

2. מה הגדר של דבר שא"א להגביהו? שו"ע - דבר כבד מאד שאין אדם אחד יכול להגביהו, או חבילה של דברים קטנים הקשורים יחד, שאם יפרק החבילה יהיה לו טורח גדול להגביהו דבר; כשיטת הרמב"ם בביאור הסוגיא. **רמ"א** - אף חבילה של דברים גדולים שאין טורח להגביהם אחד אחד, אך כיון שיש טורח לפרק החבילה - הרי זה כדבר שאין דרך להגביהו ונקנה במשיכה; כביאור שאר הראשונים.

ב"ב פו: "ת"ש: המוכר פירות לחבירו, משך ולא מדד - קני; והא פירות דבני הגבהה נינהו, וקתני דקני במשיכה! הכא במאי עסקינן - בשליפי רברבי. אי הכי, אימא סיפא: הלוקח פשתן מחבירו - לא קנה עד שיטלטלנו ממקום זה למקום אחר; אטו פשתן בשליפי רברבי מי לא עבדי? שאני פשתן, דמשתמיט". בביאור 'שאני פשתן' דמשתמיט' נחלקו הראשונים: **רש"י ביאר** שכיון שהוא מחליק אין עושים ממנו חבילות גדולות, אלא רק קטנות שאפשר להגביהם. **רבינו חננאל פירש** שאם מושכים אותו הוא נקרע אין דרך למשכו. הצד השווה שבשניהם שאין זה טעם מהותי אלא טכני, ונמצא שכל דבר שיהיה אגוד בחבילה גדולה שא"א להגביהה - נקנה במשיכה ואיננו מטריחים אותו לפרק החבילה ולהגביהה. **אולם, הרמב"ם פירש** שפשתן אפשר לשמטו מהחבילה ולהגביהו אחד אחד ואין בזה טורח כ"כ, ולכן אינו נקנה במשיכה. ודווקא פירות כגון אגוזים וכדו' שיש טורח גדול לפרק החבילה ולהגביהו אחד אחד - קונה במשיכה. **השו"ע פסק כרמב"ם, והרמ"א הביא את דעת החולקים.**

3. מה הדין מדאו' במקום שא"א לקנות במעות? מח' תוס' ורמב"ן: דעת התוס' שבכה"ג משיכה קונה, דאל"כ כיצד יקנה באבידה, הפקר ונכסי הגר, וה"ה מתנה. אולם, הרמב"ן כתב שבמתנה אפשר לקנות בחליפין, חצר או באגב, ולכן אפי' בכה"ג אין משיכה מועילה מהתורה. (הקצות נשאר בצ"ע על דברי הרמב"ן, שהרי חצר היא מדין יד, ואם יד אינה קונה (שהרי משיכה אינה מועילה), א"כ גם חצר לא תקנה). והביאו מח' הקצות (א) ורעק"א.

ויש לעיין מהי דעת הרמב"ן לגבי הפקר, אבידה ונכסי הגר? לכאוי זה אותו דבר, אך יש מקום לחלק בין דבר שבאופן מהותי לא שייך בו קנין כסף, כגון אבידה, הפקר ונכסי הגר, שכיון שאין מקנה אלא רק קונה, לכו"ע משיכה תועיל מדאורי. לעומת מתנה שיש מקנה, אלא שהוא רוצה להקנות באופן שלא שייך בו קנין כסף (שהרי זה מתנה), ודווקא בכח"ג חלק הרמב"ן שמשיכה לא תועיל מדאורי. וצ"ע.

4. לחומרא לא ביטלו קנין מעות, לכן אם המוכר קידש אשה במעות שבידו – מקודשת; סמ"ע (ב). וכתב הנהיבות שהוצרך לטעם זה רק למי"ד שאסור למוכר להשתמש במעות, אולם לשיטת הר"ף והמחבר שמוותר לו להשתמש במעות, דהרי הם כהלואה אצלו – א"כ פשיטא שמקודשת (וכ"כ רעק"א). אמנם, אם חזר בו וקיבל עליו מי שפרע – לכו"ע אינה מקודשת, דבטל המקח לגמרי.

מה הדין כשהלוקח קידש אשה בחפץ שמשך ולא שילם דמיו? הפת"ש (א) בשם דגול מרבבה לדינא מקודשת לראשון. אך בתחילה רצה לומר שצריכה גט משניהם, שהרי חכמים לחומרא חששו לדין תורה שמעות קונות, וא"כ ה"ה שחששו לכך שמשיכה אינה קונה מדאורי. ונראה שטעמו במסקנא שלא דמי, כיון שקנין משיכה אינו השלמה של קנין מעות, אלא הוא קנין גמור מדרבנן.

מה הדין אם קידש אשה בחפץ ששילם דמיו אך לא משכו (כגון שהקנהו לה ע"י סודר)? רעק"א – זה תלוי באשלי רברבי האם חכמים ביטלו הקנין לגמרי, או שלגבי איסור לא ביטלו.

סעיף ב

הגבחה י"א שצריך להגביה ג' טפחים, ויש אומרים דסגי בהגבחה טפח.

1. שיעור ההגבחה: י"א – ג' טפחים, רש"י (כתובות לא. ד"ה דאי בעי גחין), דבפחות מכאן אמרינן לבד. י"א – טפח, תוס' שם חלקו עליו וכתבו שא"צ להגביה ג"ט, ובהגהות מיימוני הביא בשם ר"ת שבעינן טפח דומיא דשיתופי מבואות, אך כתבו שאין ראייה משם דשאני שיתופי מבואות דהוי מדרבנן ובדרבנן הקלו.

הסמ"ע כתב שטעמו של ר"ת דכיון שהוא בידו הרי זה ברשותו, ולכן אין צורך בג"ט. אולם, הנהיבות כתב שכאשר זה בידו קנה מדין יד' שהוא מדין חצר, וא"כ אפי' בפחות מטפח קנה, דאין זה מדין הגבחה. ולכן כתב שלא בעינן טפח אלא כשהוגבה מכוחו, דבכח"ג כיון שלא בא לידו, לא מהני מדין יד אלא מדין הגבחה.

עוד הוסיף הנהיבות שכדי לקנות מדין יד בעינן שכל החפץ יהיה בתוך ידו, או שיבלוט ממנו כלפי מעלה, כמו בחצר שבעינן שיהא בתוכה אך אין לנו בעיה שיעלה לגובה. אולם אם בולט לרוחב לא קנה מדין חצר, ולכן בעינן שיוגבה טפח כדי שיקנה מדין הגבחה.

2. מה הדין כשלא הגביהו בידו, אלא החפץ הוגבה מכוחו, כגון שבעט בו או שהיה מונח ע"ג עמוד ומשכו והוגבה באויר? **ש"ך (ג):** לגבי מטלטלין יש ב' דיעות בתוס', שמדברי התוס' בב"מ (ט.) משמע דחשיב הגבחה כשהוגבה דרך עליה. אולם תוס' בב"ק צח. מסתפק בדבר, דאולי אין זה דרך הגבחה. אך בבע"ח קנה בדרך עליה, כיון שדרכם בכך. **בב"מ ט.** לגבי טלית המונחת חציה ע"ג קרקע וחציה ע"ג עמוד, משמע שאם משך החצי שע"ג קרקע וע"י כך הוגבה החצי שע"ג העמוד – קנה. כמו כן בחולין **קמא:** מבואר שאם טרף את הקן והוגבהו היונים מכוחו – קנה ואע"פ שלא הגביה היונים בידו ממש. **אולם, בב"ק צח.** מבואר שאם זרק מטבע של חברו לים פטור, ומעמידה הגמ' דאדייה אדויי (דהיינו שהכהו בידו ועף המטבע), דלא הוי אלא גרמא, ומדוע אין זה חשוב כהגבחה, שהרי הוגבה מכוחו!! **וכן בגיטין נט:** לגבי עני המנקף בראש הזית מה שתחתיו גזל מפני דרכי שלום, אך אין זה גזל גמור כיון שלא הגביהו בידו.

התוס' בב"מ כתבו לחלק האם זה הוגבה מכוחו בדרך עליה דחשיב כהגבחה, אך אם זה נעשה בדרך ירידה – אין זה הגבחה. **אולם, בב"ק הסתפקו בדבר,** אך לגבי בע"ח הסכימו דבדרך עליה הוי הגבחה, כמו שמוכח בחולין. וחילקו שלגבי בע"ח דרכם בכך ולכן מהני, אולם בשאר דברים אין דרך להגביה כך, ולכן לא מהני.

סעיף ג

משיכה שאמרו, צריך שימשוך החפץ כולו ויוציאו מכל המקום שהוא בו.

משיכה צריך שימשוך החפץ כולו, **ויוציאו מכל המקום שהיה מונח בו,** דהיינו שיגיע סופו למקום שהיה מונח בו ראשו תחילה. ואע"פ שבבהמה פסק השו"ע בסי' קצז ג, שכיון שעקרה יד ורגל קנאה – שאני בע"ח שכיון שהתחילה לזוז – הרי היא תמשיך ותזיז את כל גופה; סמ"ע (ה). ופסק כדעת רבינו יונה והראב"ד, ודלא כרא"ש ורבינו ירוחם.

ב"ב עה: "איתמר: ספינה - רב אמר: כיון שמשך כל שהוא - קנה; ושמואל אמר: לא קנה עד שימשוך את כולה. לימא כתנאי וכו', כיצד במשיכה? קורא לה והיא באה, או שהכניסה במקל ורצתה לפניו, כיון שעקרה יד ורגל - קנאה; רבי אחי, ואמרי לה ר' אחא אומר: עד שתהלך מלא קומתה; לימא, רב דאמר כתנא קמא, ושמואל דאמר כרבי אחא! אמר לך רב וכו' ושמואל אמר: אנה דאמרי אפי' כתנא קמא, עד כאן לא קאמר תנא קמא - אלא בבעלי חיים, דכיון דמיעקרא

יד ורגל - אידך למיעקר קיימא, אבל ספינה, אי משיך לה כולה - אין, אי לא - לא". וכתבו הר"ף, הרא"ש והרמב"ם (מכירה ג,ג) שהלכה כשמואל. ולגבי בהמה כתבו שהלכה כר"ק, ועל כרחך צריך לומר טעם החילוק כמו שאמרה הגמ' שכיון שעקרה יד ורגל אידך למיעקר קיימא.

מה דין שאר המטלטלין? הרא"ש כתב שיש אומרים שהוא הדין שאר מטלטלין צריך למשכס כולם, אולם כתב שהוא סובר **שדווקא בספינה ובע"ח נחלקו** כיון שהם הולכים מחמת עצמם, ולכן יש שאמרו שבעיני משיכה יותר רצינית, **אולם בשאר המטלטלין לכו"ע סגי במשיכה כל דהו**. הטור הביא דברי הרא"ש, ומשמע דס"ל כמותו. **הרמב"ם** כתב (מכירה ד,ד) "דבר הנקנה במשיכה אם היה ברשות הרבים ומשכו הלוקח לרשותו או לסימטא, כיון שהוציא מקצת החפץ מרשות הרבים קנה". **הראב"ד השיג עליו** שהרי בחפץ בעיני שימושך את כולה, ודווקא בבע"ח סגי בכך שתזיז יד או רגל. **"ה"ה כתב שאף הרמב"ם מודה לו**, אלא שכל זה נכון כשהוא מושך ברשות בה משיכה קונה, אולם כשמושך ברה"ר ועשה שם משיכה מעליה, ברגע שיוציא מרה"ר סגי בכך, ואין צורך שבאותה רשות ימשכנה שוב כדי כולה. וכן כתב **רבינו יונה** שבכל המטלטלין בעיני משיכת כל הכלי, ודלא כרא"ש. **אולם, רבינו ירוחם** למד ברמב"ם שדעתו כרא"ש שבמשיכה כל שהוא סגי. **השו"ע פסק כהבנת ה"ה ברמב"ם, וכדעת הראב"ד ור' יונה**.

ומהתימא על הבי"ש שלא ציין שיש מח', אלא על דברי הטור, כתב את כל השיטות הללו, ומשמע מדבריו שכולם מודים לדברי הרמב"ם, ע"פ הבנת ה"ה. וביותר תימא על 'באר הגולה' (אות ו) שציין על דברי השו"ע "כדעת הרא"ש דה"ה שאר מטלטלין", והרי הרא"ש כתב להדיא להיפך?! אכן, הגר"א (ה) ציין "דלא כרא"ש, אלא כדעת הראב"ד ורבינו יונה".

סעיף ד

דברים שאין דרכם להגביה, אי אגבהינהו קנה.

ב"ב פו: "איתיביה רב אדא בר מתנה לאביי: הגונב כיס בשבת - חייב, שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור שבת; היה מגרר ויוצא מגרר ויוצא - פטור, שהרי איסור שבת וגניבה באין כאחד; והרי כיס דבר הגבהה הוא, ואפי' הכי קני במשיכה! א"ל: במיתנא. אנה נמי במיתנא קא אמינא! א"ל: במידי דבעי מיתנא (דהיינו כיס כבד שאין דרך להגביהו אלא למשכו)". **הראשונים הוכיחו** מכאן שאף בדבר שדרכו במשיכה אם הגביהו קנאו, שהרי ברישא אמרינן שחייב לשלם כיון שנתחייב בגניבה קודם שיבוא לידי איסור שבת, ומוכח שמייירי כשהגביהו ולא משכו, ואע"פ שהעמדנו שמייירי במידי דבעי מיתנא! וכ"כ הרא"ש להדיא.

סעיף ה

ולמה תקנו חכמים שלא יהו מעות קונות, גזירה שמא יתן הלוקח דמי החפץ וקודם שיקחנו יאבד באונס, כגון שתפול דליקה וישרף, או יבואו לסטים ויטלוהו, ואם היה ברשות הלוקח יתמהמה המוכר ולא יציל, לפיכך העמידוהו חכמים ברשות המוכר, כדי שישתדל ויציל.

לפיכך אם היה ביתו של לוקח, שיש בו החפץ שנמכר, מושכר למוכר, העמידוהו על דין תורה, שהרי מצוי הוא אצל ביתו ויכול להציל.

וכן השוכר המקום שאותם המטלטלים הנמכרים מונחים בו בא' מדרכי קניית השכירות שנתבארו בסי' קצ"ה (סעיף ט'), קנה המטלטלים שבו ואין שום א' מהם יכול לחזור בו; והוא שתהא חצר המשתמרת לדעת השוכר, או שהוא עומד בצד המקום ההוא. הגה: ו"א דאם היו המטלטלין במקום דליכא למיחש לדליקה, נקנו במעות (הגהות שניות דמרדכי פרק הזהב). וכן אם התנו בהדיא דמעות יקנו, קנו (ב").

1. מעות אינם קונות גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיף באונס בעליה. ב"מ מז: "אמר רבי יוחנן: דבר תורה מעות קונות, ומפני מה אמרו משיכה קונה - גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיף בעליה. - סוף סוף, מאן דשדא דליקה בעי שלומי! - אלא, גזירה שמא תפול דליקה באונס. אי מוקמת להו ברשותיה מסר נפשיה, טרח ומציל, ואי לא - לא מסר נפשיה טרח ומציל".

מדוע לא חיישינן להכי בקניינים אחרים? כיון שבקנין סודר ובסיטומתא עדיין לא נתן המעות, המוכר יטרח ויציל דחושש שמא אח"כ לא ירצה הלוקח לשלם ויצטרך לטרוח עמו בדינא ודיינא; סמ"ע (ז). בחלפי שוה בשוה לא תועיל התקנה, שהרי אף אם נבטל את הקנין הרי החפץ שנעשה בו הקנין נשאר ביד המושך, ויכול אח"כ לטעון שהוא נשרף; כ"כ השטמ"ק בשם הריטב"א ותלמידי רבינו פרץ. וכיון שקניינים אלו אינם תלויים במעות - אף אם נתן המעות - קנה, דלא פלוג רבנן.

מה הדין אם לא נתן את כל המעות? סמ"ע - משמע שקנה, **נתיבות, רעק"א** - לא קנה. מדברי הסמ"ע כאן משמע שקנה, דבכה"ג אין את החשש של נשרפו חטיף בעליה. וכן משמע מדבריו לקמן סימן רא (ד). אולם, הנתיבות (כאן) ורעק"א

בתשובה (קלד) כתבו שאף בכה"ג לא קנה, דלא פלוג רבנן בתקנתא. והביאם הפת"ש (ג) והביא דברי החת"ס שגם למד כן בדברי הסמ"ע, וחלק עליו, ורצה לתלות דין זה בב' תירוצי התוס' בעירובין פא.:

2. היה ביתו של לוקח מושכר למוכר – מעות קונות, שהרי הלוקח מצוי שם, אע"פ שאינו דר שם, ואם תהיה שריפה יטרח ויציל.

ב"מ מט: "אמר רבא: הכא במאי עסקינן - כגון שהיתה עלייה של לוקח מושכרת ביד מוכר. טעמא מאי תקינו רבנן משיכה - גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיף בעלייה, הכא ברשותיה דלוקח נינהו. אי נפלה דליקה באונס - איהו טרח ומייתי לה". **וכתב רש"י** שאין הטעם משום קנין חצר, שהרי זה חצרו של מוכר, אלא שאין בכה"ג את החשש של נשרפו חטיף בעליה. **וכתבו הרי"ף והרא"ש** שאע"ג דהני מילי לר"ש אינון, מדר"ש נשמע לרבנן.

הרמב"ם כתב דין זה ונימק טעמו "שהרי המקח ברשות הלוקח", ה"ה הבין שכוונתו לקנין חצר, אולם **הב"י** דחה דבריו וביאר דבריו כשאר הראשונים. **הסמ"ע** למד ברמב"ם כהבנת ה"ה, שטעמו מדין חצר, (וכמובן שזה קשה מאד כיצד חצרו של השוכר תקנה למשכיר מהשוכר!! הרי זה לא יצא מרשותו של השוכר!! ועיין בנתיבות בפתחה לסימן ר בסופו, שהקשה קושיא זו בשם המחנה אפרים, אולם הביא שם שהמהרי"ט (חלק א סימן ה) כתב כסמ"ע). **הש"ך** דחה דבריו וכתב שאף ה"ה חזר בו מהבנתו זאת, ועוד שהרי הרמב"ם הזכיר להדיא שנתן דמים, ואם זה מדין חצר למה לי דמים!!

הב"י כתב בשם **תלמידי הרשב"א**, **רבינו ירוחם והריטב"א** שהיינו דווקא כשהלוקח דר באותו חצר, אך בלאו הכי יכול לחזור בו שהרי אינו מצוי שם. אולם, **בבדק הבית** כתב שאין נראה כן מדברי הפוסקים שלא הזכירו זאת. וכן סתם בשו"ע "שהרי מצוי הוא אצל ביתו" ולא הזכיר שדר שם, והטעם דכיון שהבית שייך לו הוא מצוי שם יותר; סמ"ע (ט).

3. כאשר שכר הלוקח מקום המטלטלים – קנאם בקנין חצר, בתנאי שהיא חצר המשתמרת, או שהלוקח עומד בצידה, כדיני קנין חצר שיתבארו לקמן בסימן ר, א. ולא חיישינן בכה"ג שיאמר לו נשרפו חטיף בעליה. כדעת הרמב"ם.

הרא"ש והטור כתבו שאם המוכר השכיר ללוקח מקום בביתו לדור בו – מעות קונות, דכיון שהלוקח דר בבית המוכר – אם תהיה דליקה יטרח ויציל פירותיו; דומיא דסעיף 2. **אולם, הרמב"ם** (הל' מכירה פ"ג, ז) כתב "וכן השוכר המקום שאותן המטלטלין הנמכרין מונחין בו קנה וכו' שהרי נעשה ברשותו". למדו מדבריו האחרונים שכוונתו שקנה בקנין חצר, **וכתב רעק"א** (שו"ת מהדו"ק סי' קלד) "**דאף בענין דל"ש נשרפו מ"מ חז"ל לא חלקו בדבריהם** דבכל ענין מעות אינם קונות, **זולת במה דמצויה להדיא** בדבר שלא שכיח כגון דמים שהן כחליפין, וכן במכור באלו, ובעליה של לוקח מושכרת, **דדמי קצת שהם ברשות הלוקח**, אבל בעלמא הוא בכלל לא פלוג".

הסמ"ע התקשה מדוע השו"ע נקט לשון "וכן" הרי זה מדין קנין חצר והדין הקודם הוא מדין קנין כסף? וכתב הש"ך שהצד השהו שבשניהם לא חיישינן לנשרפו חטיף בעליה. **עוד תמה הסמ"ע על דברי הב"י**, שעל דברי הטור והרא"ש הביא את דברי ה"ה שזה מדין חצר, והרי לשיטתם ודאי שאין זה מדין חצר, וכן אין צורך שתהיה משתמרת!! וכן תמה בכנה"ג, וכתב שיש חסרון בב"י וצ"ל את דברי הרמב"ם ועליהם להביא את דברי ה"ה.

האם בעינן קודם להקנות החצר ורק אח"כ להכניס לתוכה המטלטלין? ש"ך – כן, קצות – לא. **הש"ך** כתב (ז) שדוקא כשהשכיר לו קודם החצר, ואח"כ הכניס לתוכה המטלטלין כדי למכרם לו, אבל שניהם כאחד לא מהני. **הקצות** (ב) תמה על דבריו, מדוע לא נאמר 'חצרו ומתנתו באין כאחד'!! והוכיח ממעשה דר"ג וזקנים שמהני להקנות החצר והמטלטלין, דמיירי שם שהקנה להם כאחד (לכל הפחות לשי' המרדכי). אמנם, הביא שמצא בשטמ"ק כדברי הש"ך, ונשאר בצ"ע.

4. כאשר היה המקח במקום שאין בו חשש דליקה: שו"ע, ש"ך – לא מהני. רמ"א – קנה. דין זה כתבו **במרדכי** (הג' שניות פרק הזהב סי' תמט) בשם **העיטור**, שדוקא בעליה דשכיחא דליקה משא"כ בבית, וכתב שכן איתא **בירושלמי**. **הב"י** כתב שאין נראה כן מדברי הפוסקים שלא נתנו דבריהם לשיעורים, ועוד שהרי הדליקה מצויה אף בבית. אולם, **בהג' פרישה ודרישה** כתב שקשה לסתור דברי ירושלמי ופוסק מפורסם כעיטור בלא ראייה. **הרמ"א** הביא דין זה להלכה בשם י"א, **אולם הש"ך** (ט) כתב שהעיקר לדינא כב"י, ושכן משמע מהרמב"ם.

5. כאשר התנו בהדיא בין אם התנה הלוקח, או שהתנה המוכר ושתק הלוקח שמעות קונות: רמ"א – מהני, וכן הסכימו הקצות והנתיבות. **ש"ך** – לא מהני. **הב"י** כתב כן מסברא דנפשיה דומיא דמקום שכותבין בו את השטר שאם התנו מהני, ותמה בדרכי משה שאין הנידון דומה לראיה, דהתם אין תקנה שלא יקנה אלא דלא סמכא דעתיה דלוקח, ואם התנה – מוכח דסמכא דעתיה וקנה. והכא כיון שתקנו – לא פלוג. ובהגה' פרישה ודרישה כתב שכיון שהתקנה לטובת הלוקח – יכול לומר 'אי אפשרי בתקנת חכמים'. **הש"ך** (י) תמה כדברי הדרכי משה, שלא מהני להתנות שיקנה בדבר שאינו קנין!! **והוסיף שכן כתב הריטב"א** (קידושין כה): להדיא, שכל מקום שתקנו חכמים שאינו קונה לא מהני שיתנה. **הנתיבות** (חידושים יז) הביא את דברי **הב"ח** שכיון שהתקנה לטובת הלוקח יכול לומר לא ינחא לי בתקנתא דרבנן; הפת"ש (ז) הביא שכן הסכים **בשער המשפט. הקצות** (ג) כתב שכל מידי דהוי קנין בדברים אחרים, אם מתני שיקנה בדבר שאינו קונה בו – מהני, והוכיח כן מבכורות יג.:

6. חכמים ביטלו קנין מעות לגמרי, ולכן אפי' אם נאנס המוכר – חייב להחזיר ללוקח מעותיו; סמ"ע ח. נחלקו בדבר בעל המאור ורוב הראשונים, בעל המאור סובר שחכמים לא תיקנו אלא שהמוכר והלוקח יוכלו לחזור

בהם, וכיון שכך יטרח המוכר ויציל שהרי יש לו ריוח בכך שאם יתייקר – יחזור בו. אך כל זמן שלא חזרו בהם – המקח קיים. ונמצא שאם המקח אבד, אע"פ שהמוכר היה יכול להציל ולא הציל – פטור מלשלם, שהרי אבד ללוקח. **אולם, שאר הראשונים** (תוס', רא"ש, רי"ף, רמב"ם, ר"ח, ר"ן) **כתבו להדיא לא כן**, אלא שבכל ענין נשרפו למוכר, דחכמים ביטלו קנין מעות לגמרי. וביאר הרמב"ן במלחמות שאמנם עיקר התקנה הייתה שהמוכר יוכל לחזור בו כדי שיטרח ויציל, וכיון שכן חכמים השווה מידותיהם שהמקח יתבטל לגמרי ואף הלוקח יוכל לחזור בו.

הראשונים הוכיחו דבריהם **מחולין פג**. "בארבעה פרקים אלו משחיטין את הטבח בעל כרחו, אפילו שור שוה אלף דינרים ואין לו ללוקח אלא דינר - כופין אותו לשחוט; לפיכך, אם מת - מת ללוקח, אבל בשאר ימות השנה אינו כן, לפיכך, אם מת - מת למוכר". ואמרינן בגמ': "אמר רבי יוחנן: בארבעה פרקים אלו העמידו חכמים דבריהם על דין תורה". דדוקא בזמנים אלו כיון שנתן הלוקח דמים – מכריחין את הטבח לשחוט, אע"פ שאין לו עוד לוקחים. אך בשאר ימות השנה אם מת - מת למוכר, דחכמים ביטלו קנין מעות לגמרי.

בדעת רש"י משמע שסובר כרז"ה, וכן הבינו התורא"ש, ההג' אשר"י ורבינו ירוחם. אולם, הרמב"ן במלחמות, והב"י בשו"ת אבקת רוכל (סי' קכט) כתבו שהוא מודה לשאר הראשונים שהמקח בטל לגמרי. אולם, הב"י בסימן רד (ו) כתב שרש"י סובר כבעל המאור.

7. אפי' אם הסחורה מבוטחת בפני שריפות - לא קנה, דלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים, ועוד שהרי לחברת הביטוח יהיה הפסד; פת"ש (ו).

סעיף ו

י"א דשכירות המטלטלים נקנה בכסף, דליכא למיחש שמא יאמר לו: נשרפו חטיף בעליה, דכיון שהגוף שלו טרח ומציל.

שכירות מטלטלין נקנית בכסף, כיון שלא שייך בכה"ג החשש של נשרפו חטיף בעליה, דכיון שגוף החפץ של המשכיר יטרח ויצילנו.

כ"כ הרמב"ן (ב"מ צט:), וכ"כ הנמוק"י בשם הר"ן (בב"מ מט:), והביא הב"י דבריהם בריש הסימן, וכן פסק כאן בלא חולק. **אולם, רש"י** (ב"מ צט:), ב"ק עט: (והנמוק"י (ב"מ צט:)) בשם הרשב"א כתבו שאין חילוק בין מכר לשכירות מטלטלין, ובכל ענין מעות אינם קונות, דכיון דשכירות כמכר אין לחלק. **והוסיף הנמוק"י שכן הסכימו האחרונים.** וכן כתב רעק"א שמוכח מדברי הטור בשם הראב"ד.

הרמב"ן כתב שאין לומר כך, שאע"ג ששכירות מלתא דשכיחא היא, אך לא שייך בה טעם זה כלל, ואין סיבה לגזור בה. הפת"ש (ח) הביא בשם מראות הצובאות ושער המשפט שתמהו מדוע השו"ע השמיט דעת הראשונים החולקים ולא חש להם כלל! **וכתב בשער המשפט שכיון שזה מח' בתקנת חכמים, א"כ אזלינן לקולא ואמרין שלא תקנו בכה"ג; דלא אתי ספק תקנה ומוציא מידי דין תורה.** (דלא כשו"ת נאות דשא שכתב שספק תקנות של חכמי התלמוד הרי הם כספק תורה).

זיד משיכה ומסירה במטלטלין

ב"ב עה: "תניא: ספינה נקנית במשיכה, ר' נתן אומר: ספינה ואותיות נקנות במשיכה ובשטר וכו'". **ובדף עו.** "במאי אוקימתא? כרבי, ספינה נמי תיקני במסירה! דתניא: **ספינה נקנית במסירה, דברי רבי; וחכ"א: לא קנה עד שימשכנה או עד שישכור את מקומה!** לא קשיא: כאן ברשות הרבים, כאן בסימטא. במאי אוקימתא להא בתרייתא? ברשות הרבים; אימא סיפא, וחכמים אומרים: לא קנה עד שימשכנה; ואי ברשות הרבים, ממאן אוגרי? ותו, משיכה ברשות הרבים מי קניא? **והא אביי ורבא דאמרי תרוייהו: מסירה קונה ברשות הרבים ובחצר שאינה של שניהם, משיכה קונה בסימטא ובחצר שהיא של שניהם, והגבהה קונה בכל מקום!** מאי עד שימשכנה נמי דקאמר, ומאי עד שישכור את מקומה דקאמר? הכי קאמר: עד שימשכנה מרה"ר לסימטא, ואם רשות בעלים היא - לא קנה עד שישכור את מקומה. לימא, אביי ורבא דאמרי כרבי! אמר רב אשי: אי דאמר ליה לך חזק וקני הכי נמי, **הכא במאי עסקינן - דאמר ליה לך משוך וקני, מר סבר (חכמים): קפידא, ומר סבר (רבי): מראה מקום הוא לו**".

סעיף ז

הספינה, הואיל וא"א להגביה ויש במשיכתה טורח גדול, ואינה נמשכת אלא לרבים, לא הצריכוה משיכה אלא נקנית במסירה, וכן כל כיוצא בזה. ואם אמר לו: לך משוך וקני, אינו קונה הספינה עד שימשכנה כולה ויוציאנה מכל המקום שהיתה בו, שהרי הקפיד המוכר שלא יקנה זה אלא במשיכה.

1. ספינה נקנית גם במסירה, וכפי שיתבאר בסעיף הבא מהי מסירה. כמסקנת הגמ' (ב"ב עו:): שלכו"ע מסירה קונה בספינה, ולא נחלקו אלא היכא שאמר לו המוכר בהדיא 'לך משוך וקני'.

2. כל דבר שיש טורח גדול במשיכתו – נקנה במסירה, ולא דווקא ספינה. כשיטת הרמב"ם (מכירה פ"ג, ג) והרשב"א.

נחלקו הראשונים האם דין מסירה שנאמר בספינה מהני אף בשאר דברים:

א. שיטת התוס' (ב"ב עו. ד"ה אי) והרא"ש: אין מסירה קונה אלא בספינה ובע"ח, אבל לא במטלטלין; הוכיחו כן מהמשנה בקידושין (כו.) "נכסים שאין להם אחריות אין נקנין אלא במשיכה", ומשמע אבל לא במסירה; וכן מכך שלא מצאנו בש"ס מסירה בשאר דברים. הרא"ש ביאר טעם החילוק, שדוקא בהם מסירה דומה למשיכה, כיון שהאחיזה בהם בד"כ מטלטלת את כולם, דכיון שאוחז בספינה היא זזה כולה ע"פ המים, ולכן מהני אע"פ שלא זזו בפועל. אולם בשאר מטלטלים – לא. וכתב רבינו ירוחם (נ"י ח"ב) שכן דעת רוב הפוסקים.

ב. שיטת הר"י מיגש, הרמב"ם והרשב"א: ספינה זה רק דוגמא לכלים שיש טורח גדול במשיכתן. ואע"פ שלא מצאנו בש"ס אלא ספינה, ביאר הרשב"א "וספינה לאו דוקא דלאו כרוכלא ליחשוב וליזיל, ולא עוד אלא דספינה יותר דרכה במשיכה שהרי מושכין אותה מן היבשה לים ומן הים ליבשה משא"כ בכלים הגדולים שעשויין לנחת ועושין להם מקום קבוע", וכן דעת הר"י מיגש והרמב"ם, וכן פסק השו"ע.

ג. דעת הרמ"ה: מסירה מיד ליד מהני בכל המטלטלין, אולם אחיזה בחפץ בציווי המוכר – לא מהני אלא בדברים שאין דרך למשכן. הטור הביא דברי הרמב"ם וכתב "וכן כתב הרמ"ה אלא שחילק וכו'", הב"י והב"ח הבינו שזו דעה שלישית, ומה שכתב הטור "וכן" היינו שגם הוא סובר שספינה לא דווקא. אולם הדרישה כתב שאולי הטור הבין שאין מח' ביניהם, אלא שהרמב"ם מיירי במסירה סתם, אך במסירה מיד ליד יודה לרמ"ה.

3. אמר המוכר 'לך משוך וקני' – אינו קונה אלא במשיכה, שהרי הקפיד המוכר שימשכנה בדווקא. כדעת רבנן ולא כרבי.

סעיף ח

מסירה זו שאמרו, אין צריך שימסרנו מידו ליד לוקח, אלא כיון שאחז בה הלוקח בפני המוכר או במצותו, הוה ליה מסירה.

מהי מסירה? אחיזת הלוקח בחפץ, לאחר שהמוכר אמר לו 'לך אחוז וקני' או 'לך חזק וקני', או שעושה כן בפניו. ואין צורך שהמוכר ימסור החפץ מידו ליד הלוקח.

רש"י (קידושין כה:), ריב"א (ב"ב עה:), ור"ת (ב"ב עו.) סברו שמסירה בעינן מיד ליד, והוכיחו כן מב"מ ח: שמסירה היא 'כאדם המוסר דבר לחברו', וכן מכך שלא מהני במציאה ונכסי הגר 'דמאן מסר ליה דליקני'. אולם, ר"י ורשב"ם פירשו שא"צ שימסור מידו לידו ממש, אלא מספיק שיאחז בחפץ במצות המוכר, ולכן לא מהני במציאה ונכסי הגר שהרי מי יתן לו רשות לאחוז בהם? והוכיחו כן מלשון הגמ' "כיצד במסירה? אחזה בטלפיה" ומשמע שאחזה מעצמו, וכן מכך שאם אמר לו 'לך חזק וקני' מהני מסירה לכו"ע, ומשמע שהולך ומחזיק בה מעצמו. וכן הסכימו הרא"ש, הרשב"א, הר"י מיגש והנמוק"י. וכן פסק השו"ע.

סעיף ט

מסירה אינה קונה אלא בר"ה ובחצר שאינה של שניהם (והכניסה שם שלא ברשות בעל החצר). ומשיכה אינה קונה אלא בסימטא או בחצר של שניהם. והגבהה קונה בכל מקום. הגה: אמר ליה המוכר לקנות במסירה או במשיכה, במקום שאין קונין, לא מהני ולא קנה (ר"ן פרק קמא דקידושין).

1. היכן מועילים הקניינים?

א. הגבהה קונה בכל מקום.

ב. משיכה קונה בסימטא שהוא מקום המיוחד לעומדים בו באותה שעה, והרי זה כחצר של שניהם; רשב"ם. או בחצר של שניהם. והטעם כתב הרשב"ם "דאין משיכה אלא כשמושך לרשותו", דהיינו משיכה זה מעשה שמבטא את ההכנס בפועל לרשות הלוקח.

ג. מסירה קונה ברה"ר, או בחצר שאינה של שניהם. כשיטת הרשב"ם, ר"י והרא"ש שמסירה גריעא ממשיכה, ואינה קונה אלא במקום שאינו יכול לקנות במשיכה. אולם, ר"ת תמה על דבריהם וכי מצוות הן שמבטלות זו את זו?! ולכן סבר שמסירה קונה אפי' ברה"ר, וכ"ש בסימטא ובחצר של שניהם. (עיי' בתוס' ב"ב עו. ד"ה ספינה, וקידושין כה: ד"ה בהמה גסה), וכן דקדקו תוס' בקידושין מדברי רש"י שסבר שמסירה עדיפא ממשיכה. נראה שמח' זו תלויה במח' מהי מסירה, שלמ"ד שמסירה היא מיד ליד, אי"כ מסירה עדיפא, שהרי היא מבטאת באופן גמור את העברת הבעלות, ולכן היא מועילה ברה"ר וכ"ש בשאר מקומות. אולם, לשיטת הראשונים שהיא אחיזה בעלמא, אי"כ

הבינו שהיא משיכה קלושה, והיא פחות ממשיכה שמכניסה את החפץ לרשותו, ולכן היא מועילה רק במקומות שאין לנו אפשרות אחרת, שחכמים הקלו והסתפקו בקנין קלוש. לכן, ברור שבמקום שאפשר לעשות קנין טוב – לא תועיל מסירה.

2. אף אם אמר לו לקנות במעשה שאינו מועיל ברשות הזאת – לא מהני; רמ"א בשם הר"ן בקידושין (ט: מדפי הרי"ף). ז"ל הר"ן "והוי יודע דכל היכא דבעי משיכה אם א"ל קני במסירה או שאמר לו לקנות במשיכה ברה"ר לא קנה, דאע"ג דאמרין לקמן בגמ' גבי כסף וכו' ואי פריש פריש, התם הוא דמדינא כסף לחודיה קני אלא דבמקום שכותבין את השטר לא סמכא דעתיה עד דאיכא שטרא הלכך אי פריש ואמר אקני בכספא בלחוד כיון דסמכא דעתיה מהני, אבל הכא דמשיכה ברשות הרבים לאו כלום היא, כי א"ל קני מאי הוי? אטו אי אמר קני [באמירה] בלחוד מי קני? וכו' והכי מוכח בגמ' [דף כה ב] דאמר ר' פיל לר"ש במה יקנה ולא קאמר בדפריש".

כיצד זה מסתדר עם דברי הרמ"א בסעיף ה' שאם התנה שיקנה במעות מהני!! הגר"א (יד) כתב שהרמ"א סותר דבריו, שהרי שם כתב שאם יתנה שכסף יקנה מהני!! והפנה לדברי הש"ך. הש"ך שם דחה דברי הרמ"א, בין היתר מכח דברי הריטב"א שכתב ממש כדברי הר"ן הללו, שלא מהני תנאי בדבר שאינו קנין. אולם, הוא לא כתב שהרמ"א סותר משנתו. ולכאור' דברי הגר"א צ"ע, שהרי לא מיבעיא לשיטת הנתיבות והב"ח שדוקא בקנין מעות מועיל תנאי, כיון שיכול לומר 'לא נחא לי בתקנתא דרבנן' שהיא לטובתו, א"כ הכא במשיכה ומסירה זה לא שייך, ולכן לא מהני תנאי. אולם, אף לשיטת הקצות שהטעם הוא שכל קנין שמועיל במקום מסוים, אם יתנה עליו יועיל אף במקום בו אינו קונה. אך נראה שזה דווקא במקרה בו המעשה הוא מעשה קנין, אלא שאינו מועיל מסיבות אחרות. כגון משיכה בגוי, שאותו מעשה קונה בישראל, אלא שבגוי זה לא קונה, א"כ החיסרון אינו במעשה המשיכה אלא בהקשר שלה, דהיינו שהיא נעשית ע"י גוי. לכן, אם הוא יתנה זה יועיל, כי המעשה מצד עצמו יש עליו שם מעשה קנין במקום אחר. אולם, משיכה ברה"ר אין עליה שם משיכה כלל, כיון שמעשה משיכה עניינה להכניס לרשותו של הקונה, וברשות הרבים אין את ההכנסה לרשות, ולכן בעצם אין על המשיכה הטכנית שם 'משיכה' קניינית כלל, לכן גם תנאי לא יועיל בכה"ג.

סעיף י

לפיכך אם היתה הספינה עומדת ברה"ה, או בחצר שאינה של שניהם, והקפיד המוכר ואמר ליה: משוך וקני, צריך למשכה כולה ושיוציאנה מאותו רשות שאין משיכה קונה בו, ויכניסנה לרשות שהמשיכה קונה בו.

1. אם הספינה במקום שאין משיכה קונה, ואמר לו המוכר "לך משוך וקני" – אינה נקנית במסירה, שהרי הקפיד המוכר על משיכה, ולכן צריך למשכה לרשות שהמשיכה קונה בו. ב"ב עה: מח' רבי ורבנן, וכפי שנתבאר בסעי' ז שהלכה כחכמים שיש בלשון זה קפידא.

2. בכה"ג צריך למשכה כולה ברה"ר, אך אחר שמכניס קצתה לרשות שהמשיכה קונה בו – קנה, ואע"ג שלא משכה שם כולה, וכפי שיתבאר בסעי' יד.

סעיף יא

היתה עומדת בסימטא או בחצר של שניהם, אינה נקנית אלא במשיכה ולא במסירה.

כפי שנתבאר בסעי' ט.

סעיף יב

היתה עומדת ברה"ה ולא אמר להם המוכר כלום, והלך הלוקח ומשך, לא קנה עד שימשכנה כדינה מרה"ה לסימטא, אעפ"י שנקנית במסירה ברשות הרבים ומסירה אינה צריכה שימסור לו מיד ליד, אפילו הכי כיון שהתחיל למשוך כבר גילה בדעתו שאינו רוצה לקנות בחזקה זו שהוא מחזיק ותפוס בה, אלא במשיכה.

1. ספינה המונחת ברה"ר, והתחיל הלוקח למשכה – אינה נקנית במסירה, שהרי בכך שהתחיל למשכה גילה בדעתו שאינו מעוניין לקנות במסירה אלא במשיכה, וממילא צריך למשכה כדינה. כ"ב הר"ן (קידושין ט: ברי"ף) "וכיון שהמסירה קונה ברה"ה היאך איפשר שהמשיכה לא תקנה בה? לאו קושיא היא דכיון שמשך גלי אדעתיה דלא נחא ליה דליקני במסירה אלא במשיכה, ומשיכה ברה"ה לאו מידי הוא וכדכתבנא".

סעיף יג

י"א דספינה אינה נקנית במשיכה אלא כדרך משיכתה, כגון שמונחת במים או ברקק מים שהוא בסימטא או בחצר של שניהם; אבל אם היתה ביבשה, אינו קונה עד שיגביהנה.

משיכה מועילה בספינה דוקא כשהיא ע"ג המים, אך ביבשה בעיני דוקא הגבהה. ונראה שהוא הדין גם מסירה, שהרי הנמוק"י הביא זאת גם לגבי מסירה.

כ"כ הנמוק"י (בי"ב לח: מדפי הרי"ף) "ומדפירש הר"ש ז"ל ספינה במסירה ברשות הרבים כגון רקק מים, **משמע שאינו קונה אותה במסירה אלא בדרך משיכה** שהיא מונחת על המים או ברקק מים. וכן כתבו אחרים דבמשיכה אינה נקנית אלא בכהאי גוונא שהיא מונחת על רקק מים, **אבל אם היתה מונחת ביבשה אין דרך למשוך ולגרוור אותה** אלא צריך שיגביהנה".

סעיף יד

דבר הנקנה במשיכה שהיה בר"ה או בחצר שאינה של שניהם, ומשכו הלוקח לרשותו או לסימטא, כיון שהוציא מקצתו מר"ה או מרשות שאינה של שניהם, קנה, מאחר שמשכו כולו והוציאו מכל המקום שהיה בו.

חפץ שהיה מונח ברה"ר ומשכו כולו ברה"ר, כיון שהכניס מקצתו לרשות שמשיכה מועילה בה – קנה, ואע"פ שברשות החדשה לא משך את כולו, אך כיון שמשכו כולו ברה"ר – סגי בהכי. כן דקדק הרמב"ן (כתובות לא: מהדין של "הגונב כיס בשבת" שאם היה מגרר ויוצא פטור, כיון שאיסור שבת וגניבה באין כאחד; שהרי אם היה צריך למשכה בסימטא כדי שיגיע סופה למקום בו היה מונח ראשה, א"כ צריך להתחייב בתשלומין שהרי אין האיסורין באין כאחד?! אלא מוכח שא"צ למשכו שוב בסימטא. וכ"כ ה"ה לבאר דברי הרמב"ם (מכירה ד, ד) ולהצילו מקושית הראב"ד.

טו – האם למוכר יש דין שומר על המעות?

סעיף טו

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: בוא וטול את שלך, ואז אי איתנהו בעין הנך זוזי ממש דיהיב ליה לוקח, פטור; אבל אם הוציאם וייתד אחרים תחתיהם וקבל מי שפרע, י"א שחזרו הלואה וחייב, אפילו באונסים, עד שיבאו לרשות לוקח. ויש מי שאומר שאפילו הוציאם, כיון שקבל עליו מי שפרע ונותנם לו, אף על פי שלא רצה הלוקח לקבלם, פטור.

ואע"פ שמעות אינם קונות כל זמן שלא משך, אך מותר למוכר להשתמש במעות ולהוציאם לצרכיו, שהרי ע"מ כן קיבלם, ולפיכך הרי הוא עליהם כלוה, וחייב אפי' באונסים, אע"פ שעדיין לא השתמש במעות.

מעשה בגמ' **ב"מ מט.** אולם למסקנא לא מיירי כשהמוכר חזר בו, אלא במקרה בו האחד ביקש מחברו שישמור לו על החפץ והלה אמר לו 'הא ביתא קמך'. וכתב הרי"ף שבנידון דידן לא התבאר בגמ' מה דינו, אולם **רב האי גאון אמר שכיון שלמוכר יש רשות להשתמש במעות, א"כ הוי עליהו כלוה וחייב באחריותו לגמרי ואפי' לא השתמש בהם, אא"כ קיבל עליו המוכר ימי שפרע'** שאז מוטל על הלוקח ליטול מעותיו מהמוכר, ושוב אינו עליהם שומר כלל. וכן הסכימו שאר הראשונים.

אולם, **התוס' (ב"מ מג.) בתירוצם הראשון** סוברים שאסור למוכר להשתמש במעות, ולכן אינו עליהם לא שומר חנים ולא שומר שכר, דאי היה מותר לו להשתמש בהם – היה חייב באחריותם, וא"כ היה קשה מדוע נתנה לבלן מעל, אך לספר לא מעל עד שימשוך, הרי עוד קודם שמשך מעל, שהרי מותר לו להשתמש בהם! אמנם, בתירוצא בתרא העמיד בספר נכרי שאין מעות קונות בו מהתורה, אך בישראל שמעות קונות אע"פ שביטלו חכמים קנין מעות, לא ביטלו אלא כח הלוקח שלא קנה, אולם כח המוכר לא ביטלו, ונמצא שמדאורי' זכה המוכר באותם המעות ומותר לו להוציאם. וא"כ לפי זה אף הם מודים לדברי הרי"ף.

1. אם חזר בו הלוקח, ואמר לו המוכר בא וטול מעותיך – הרי הוא שומר חנים עליהם, ופטור מגניבה ואבידה. **הרמב"ם כתב לחלק** בין מצב שחזר בו המוכר או הלוקח, שאם חזר בו הלוקח אין על המוכר חיוב אחריות כלל אף קודם שיקבל עליו מי שפרע, **וטעם הדבר ביאר הרב המגיד** שהרי מי שפרע לא נתקן אלא לטובת הצד שלא חוזר בו, שיכול לומר לחוזר 'קבל עליך מי שפרע, או קיים המקח'. ולכן כשהלוקח חוזר בו והמוכר מסכים להחזיר המעות – המקח בטל מיד, ושוב אין לו במעות חיובי שמירה. אולם, אם המוכר חוזר בו, כל זמן שלא קיבל עליו מי שפרע לא בטל המקח, ולכן מוטל עליו עדיין לשמור על המעות וחייב באונסיהם. הראב"ד כתב לא ידעתי מנין לו חילוק זה, ושנראה מדברי הרי"ף שאין חילוק. אולם, רבינו ירוחם כתב שאע"פ שהרי"ף לא חילק בכך, אך נראה שאף הוא יודה לחילוק זה.

2. אם חזר בו המוכר:

א. קודם שיקבל עליו מי שפרע: הרי המעות ברשותו כלוה וחייב באונסיהן, דכל זמן שלא קיבל עליו מי שפרע – לא נתבטל המקח, וא"כ הרי הוא עדיין כלוה עליהם.

ב. לאחר שיקבל עליו מי שפרע, ואמר ללוקח 'בא וטול מעותיך', וכתב הב"י שאע"פ שאמר ללוקח קודם שיקבל עליו מי שפרע 'טול מעותיך', צריך לחזור ולומר לו כן שוב לאחר שיקבל עליו:

א. אם המעות הראשונות קיימות – פטור מאחריותו, דשוב אינו שומר שכר עליהם.

ב. אם הוציא המעות וייחד אחרים תחתיהם: י"א שלא מהני, דהרי זה כהלואה וחייב באחריותו אפי' באונסין, עד שיבואו ליד הלוקח; כ"כ הרשב"א והר"ן, וכ"כ במרדכי. וי"א שפטור, כן הוא דעת הרמב"ן. וכתב הנתיבות (ו) שטעמם הוא מפני שנחלקו האם נתינה בע"כ שמה נתינה, ואמירת 'בוא וטול את שלך' הוי כנתינה.

על פי זה כתב הנתיבות שאם אמר המוכר 'טול מעותיך', ואמר הלוקח יהיו בידך פקדון – לכו"ע המוכר פטור, דכיון שנתרצה הלוקח – הוי נתינה; ולא דמי לסי' קכ.

הקצות (ה) ביאר מדוע סגי באמירה של המוכר 'בא וטול מעותיך' ואין המוכר צריך להשיב המעות ליד הלוקח, כיון שפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמאריה איתא, משא"כ בהלואה שחייב להשיב ליד המלוה כיון שמלוה להוצאה נתינה, וממילא אין זה ממון הבעלים, אלא ממון של הלוה.

ב"ה יום א' י"ב אדר א' ה'תשע"ו

סימן קצט

יש דרכים שמעות קונות ויש זמן שמעות קונות, ובו ד' סעיפים.

א – מכור לי באלו

סעיף א

יש מעות קונות. כיצד, היו לו מעות בידו בלא מנין ובלא משקל, ואמר לחבירו: מכור לי חפץ שלך במעות אלו שבידי, ולקחם המוכר ולא דקדק לידע מנינם, נקנה החפץ הלוקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו, מפני שהוא דבר שאינו מצוי ולא גזרו ביה רבנן. הגה: ואפילו ידע הלוקח מנינם, רק שאמר למוכר: מכור לי באלו, והמוכר לא דקדק במנינם, יש אומרים דקנה (עיין בב"י).

1. חפן הלוקח בידו מעות ואמר למוכר 'מכור לי באלו', וקיבלם המוכר – קנה, אע"פ שלא משך. דכיון שהלוקח והמוכר לא ידעו מנין המעות, הרי זה דבר שאינו שכיח ולא גזרו בו חכמים.

2. אף אם ידע הלוקח כמה מעות יש בידו, אם המוכר לא ידע כמה הם, וקיבלם בסתם – קנה, רמ"א בשם הב"י. הב"י כתב שמדברי רש"י משמע שאף אם הלוקח ידע, אך כיון שהמוכר לא ידע – קנה. אולם, הביא שמדברי הרמב"ם משמע שצריך ששניהם לא ידעו כמה מעות יש. אך הוסיף שאולי הרמב"ם אורחא דמילתא נקט, והוסיף 'וה"ה היכא דמוכר ידע כמה הם ולוקח לא ידע'.

3. מה הדין כשהמוכר ידע והלוקח לא? מדברי הב"י משמע שאף בכה"ג קנה כמו שציטטנו דבריו בסעיף 2.

ב"מ מו: "אמר רבה אמר רב הונא: מכור לי באלו – קנה", **ובמז.** "לימא סבר רב הונא מטבע נעשה חליפין?! לא, רב הונא סבר לה כרבי יוחנן, דאמר: דבר תורה מעות קונות. ומפני מה אמרו משיכה קונה - גזירה שמא יאמר לו: נשרפו חטיף בעלייה. **מלתא דשכיחא - גזרו בה רבנן, ומלתא דלא שכיחא - לא גזרו בה רבנן**".

4. דין זה נכון גם במקרה בו היה ידוע מנין המעות, אך לא ידעו מנין הפירות; רעק"א א.

ב - יש דמים שהן כחליפין

סעיף ב

וכן ראובן שמכר מטלטלין לשמעון במנה, וקנה שמעון המטלטלין ונתחייב לראובן בדמים, ואחר כך היה לשמעון מטלטלים אחרים למכור ואמר ליה ראובן: מכור אותם בדמים שיש לי בידך מדמי המכר, ואמר ליה: הן, נקנין אותן המטלטלים לראובן בכל מקום שהם, ואף על פי שלא משך ולא הגביה, שגם זה דבר שאינו מצוי הוא ולא גזרו ביה רבנן. אבל אם היה עליו חוב שלא מחמת המכר וא"ל: מכור לי מטלטלין בחוב שיש לי אצלך, ונתרצו שניהם, לא קנה. הגה: מיהו י"א דמ"ר דוקא שאמר ליה: מכור לי בהנאת מחילת הדמים שיש לי אצלך, אבל אם אמר ליה: מכור לי בדמים שיש לי בידך, לא קנה (המגיד בפ"ז דמכירה ור"ן פ' הזהב ועיין בב"י). ועיין לקמן סימן ר"ד סעיף י'.

1. **האם אפשר לקנות בחוב הבא מחמת מכר?** כלומר שראובן מכר לשמעון חפץ, ונתחייב לו שמעון בדמיו, ועתה רוצה ראובן לקנות משמעון חפץ ולשלם לו בחוב. **שו"ע** – כן, כיון שהוא דבר שאינו מצוי ולא גזרו בו חכמים. **רמ"א** – לא, דחוב אינו קונה בשום מקום.

2. **אם משלם בהנאת מחילת חוב,** סמ"ע – דוקא חוב הבא מחמת מכר, אך לא בחוב הבא מחמת הלואה, **קונה,** ואע"פ שהוא מדין קנין מעות, אך כיון שאינו שכיח לא גזרו בו חכמים. **כן פסק הרמ"א** ע"פ שיטת הראשונים (תוס', רמב"ן ורשב"א) שהעמידו כך את הגמ'. לדעת השו"ע לא נתבאר מה הדין בכה"ג, ומסתבר שאף הוא יודה להם שהרי לא גרע מקונה בחוב עצמו שבא מחמת מכר.

ב"מ מו: "ולמאי דסליק אדעתיה מעיקרא מטבע, מאי כיצד? וכו', הכי קאמר: יש דמים שהן כחליפין, כיצד? החליף דמי שור בפרה, או דמי חמור בשור. מאי טעמיה דרב נחמן? – סבר לה כרבי יוחנן, דאמר: דבר תורה מעות קונות וכו' ומלתא דשכיחא - גזרו ביה רבנן, מלתא דלא שכיחא - לא גזרו ביה רבנן". **הב"י ד"ק שנחלקו רש"י והרי"ף בביאור הגמ':** לשיטת רש"י דין זה נכון דווקא שמיד כשמשך הלוקח החפץ ונתחייב בדמיו, אמר למוכר במקום לשלם לך את

דמיו אתן לך חפץ אחר בדמיו ונתרצו שניהם. אולם, אם זקף עליו הדמים במלוה, ולאחר זמן בא ראובן ורוצה לקנות משמעון חפץ בחוב ששמעון חייב לו – לא מהני. אולם, **ברי"ף מבואר** שבכל ענין מהני, שאפי' אם לאחר זמן יבוא ראובן לשמעון וירצה לקנות ממנו חפץ בחוב ששמעון חייב לו מחמת המכר שקנה ממנו – מהני. אמנם היו שהבינו שאף רש"י אינו חולק על הרי"ף.

הראשונים התקשו מהגמ' בקידושין (מז.) "ותסברא? אימא סיפא: ושוים, במכר - שזה קנה; אי אמרת מלוה להוצאה ניתנה, במאי קני?", ומוכח שכיון שמלוה להוצאה ניתנה אי"א לקנות בה אף במכר!! **לכן, ביארו התוס', הרמב"ן, הרשב"א והנמוק"י** שמירי בסוגייתנו בהנאת מחילת מלוה, שזה מועיל מתורת דמים, ואע"פ שמעות אינם קונות הכא שאני שהיא מילתא דלא שכיחא. **וכן פסק הרמ"א**. היה מקום להבין שאף במחילת מלוה ממש אין זה שכיח שיקנו בכך ומהני, וכ"כ הגר"א לקמן בסימן רד (יד). אולם, דעת **הסמ"ע** (ה), הקצות והנתיבות (בסי' רד) שדוקא בהנאת מחילת חוב הבא מחמת מכר קונה מפני שהוא דבר שלא שכיח, אך חוב הבא מחמת הלואה אינו קונה כלל.

הרי"ף לא הזכיר זאת, וכן לא הביא את דברי הגמ' בקידושין מז. **הרמב"ם** (הל' מכירה ז, ד) כתב במפורש שאף בקרקעות שנקנים בכסף אפשר לקנותם במחילת חוב (ואין צורך בהנאת המחילה), **ודבריו לכא' לא כסוגיא בקידושין מז.!!** וכן השיג עליו **הראב"ד**.

ה"ה בפרק ה' ביאר דברי הרמב"ם שדוקא כאן אמרינן שחוב קונה, דכיון שהוא מילתא דלא שכיחא, ועוד שהוא חוב הבא מחמת מכר אנו רואים כאילו נתבטל המכר הראשון וכביכול עשו קנין חליפין, משא"כ בחוב הבא מחמת מלוה. **אולם, בפרק ז' כתב שהרמב"ם דוחה את דברי הסוגיא בקידושין מז. מפני הסוגיא שלנו**, וסמך על הסוגיא הנאמרת במקומה. **תלמידי הרשב"א כתבו גם כן** שהרמב"ם דחה לסוגיא בקידושין, אלא שכתבו שהוכיח כן **מהסוגיא בב"מ מח**. "וכחש בעמיתו וכי' או בתשומת יד" שלמד משם רבא שמעות אינם קונות, ותיפוק ליה שלא קנה משום שמלוה אינה קונה!! אלא מוכח שמלוה קונה. אע"פ שהראשונים האחרים העמידו שמירי שם שיחד לו כלי בשעת הלוואתו, הרמב"ם פירשה כפשוטה.

הגר"א (ה) נקט כה"ה ותלמידי הרשב"א שהרמב"ם דחה לסוגיא בקידושין. אמנם, **הנתיבות** (ב) רצה לבאר שהרמב"ם לא חולק על הסוגיא בקידושין, לכן ביאר שטעמו הוא מפני שאע"פ שנחלקו אביי ורבא אם בע"כ מכאן ולהבא הוא גובה או למפרע, אולם כל זה קודם שהגיע זמן, אך לאחר שהגיע זמן הפרעון לכו"ע אמרינן שלמפרע הוא גובה (וכ"כ בעה"ת, ומבואר בדברי הנתיבות שהבין שלאחר שהגיע הזמן הוא קונה למפרע משעת ההלואה), ונמצא שאמרינן שכבר בשעה שהלוהו הרי זה כאילו נתן לו את המעות לשם קנין החפץ, ולכן זה חל. (והוסיף שאולי זה נכון אף בתוך הזמן, כיון שהלוה כאן והרי זה כאילו מוחל לו על הצבת הזמן, והוי כלאחר זמנו. אולם בקידושין מבואר שנותן לו את המלוה רק בתור כסף קנין (לא בכל שווי המקח) ולכן לא מהני.

הפת"ש (ב) הביא בשם החת"ס (חו"מ קע) שבתחילה הבין בדברי הרמב"ם כגר"א ונתיבות שבכל ענין קונים בכסף, אלא ששייכת בזה תקנת חכמים שמעות אינם קונות, אך בכל הדברים שבהם מעות קונות – אף מלוה יקנה. אולם, הוסיף שמדברי ה"ה (בפ"ה) משמע שזהו דין מיוחד כאן, שכיון החוב בא מחמת מכר הרי זה כעין חליפין ולכן זה קונה. **ולכן כתב שדברי הרמב"ם בפ"ז הם רק לענין חיוב מי שפרע'** שאע"פ שמלוה אינה קונה דאינה ככסף, אך אין זה כדברים בעלמא, ולכן זה יוצר את החיוב של 'מי שפרע'.

ג - בד' פרקים משחיטין את הטבח

סעיף ג

יש זמן שמעות קונות, שהעמידו חכמים דבריהם על דין תורה בבשר בארבעה פרקים, ואלו הם: **ערב יום טוב האחרון של חג, וערב יום טוב הראשון של פסח, וערב העצרת, וערב ראש השנה**; שאם היה לטבח שור שוה מאה דינרים, ולקח מהלוקח דינר כדי ליתן לו בשר כשישחוט, ולא נתקבצו לו כל דמי השור, משחיטין אותו בעל כרחו, כדי ליתן הבשר ללוקח; לפיכך אם מת השור, מת ללוקח, ומפסיד הדינר. הגה: ויש מי שכתב דה"ה הנותן מעות על יין לקידוש בערב שבת, דקנה, דכל כהאי גוונא העמידו דבריהם על דין תורה (מהרי"ל).

1. בארבעה פרקים בשנה ערב פסח, שבועות, ר"ה ואחרון של סוכות, משחיטין את הטבח בעל כרחו, כלומר הטבח מקבל כסף מכמה אנשים על חלקים בשור, וכאשר מתקבצים לו מספיק אנשים שיקנו את כל השור – הוא שוחט ומחלק לכולם. בכל השנה כיון שמעות אינם קונות, ממילא אם אחד נתן דמים על חלק מהשור ולבסוף לא נמצאו מספיק קונים, הטבח יכול לחזור בו ולהחזיר ללוקח מעותיו. אולם בד' פרקים הללו, מכיון שמנהג ישראל לעשות בהם סעודות ולאכול בשר, העמידו דבריהם על דין תורה, ואמרו שמעות קונות וממילא הטבח חייב לשחוט וליתן לו מה שקנה, ואע"פ שיפסיד ולא ימצאו לו קונים לשאר חלקי השור. ממילא אם מת השור קודם ששחטוהו – מפסיד הלוקח דמיו.

חולין פג. במשנה "בארבעה פרקים אלו משחיטין את הטבח בעל כרחו, אפילו שור שוה אלף דינרים ואין לו ללוקח אלא דינר - כופין אותו לשחוט; לפיכך, אם מת - מת ללוקח, אבל בשאר ימות השנה אינו כן, לפיכך, אם מת - מת למוכר".

ובגמ' "והא לא משך!! וכו' רבי אלעזר אומר, אמר רבי יוחנן: בארבעה פרקים אלו העמידו חכמים דבריהם על דין תורה, דאמר רבי יוחנן: דבר תורה - מעות קונות, ומה טעם אמרו משיכה קונה - גזירה שמא יאמר לו: נשרפו חטיך בעליה".

2. יש אומרים שדין זה נכון אף בשאר מצוות, שאם נתן דמים קנה, כ"כ הרמ"א בשם המהרי"ל שה"ה אם נתן דמים לקנות יין לקידוש, וטעמו דכיון שהוא דבר מצוה אוקמוה אדין תורה; **הקצות** (ב) הוסיף שה"ה אם נתן דמים על חלות לשבת, שהרי אפשר לקדש עליהם.

המג"א (או"ח שסט) הקשה מעירובין פא. שנחלקו ר"א ורבנן האם בעירוב מעות קונות, ונתבאר בגמ' "מאי טעמא דרבי אליעזר הא לא משך!! אמר רב נחמן אמר רבה בר אבהו: עשאו רבי אליעזר כארבעה פרקים בשנה". ופסקו הרמב"ם והשו"ע (או"ח שסט) כחכמים שמעות אינם קונות, אע"פ שזה מצוה!! **הגר"א** (ו) **והמחצית השקל** (או"ח) כתבו לחלק דעירוב אינו כ"כ מצוה, ובמחציה"ש כתב שאע"פ שגם קידוש הוא דרבנן אך אסמכוהו אקרא והוי חיוב טפי, משא"כ עירוב שאינו אלא להציל מאיסור טלטול. אולם, **רעק"א** הפנה אצלנו למג"א הנ"ל וכתב שלפ"ז הרמב"ם והשו"ע חולקים על דינו של הרמ"א, ואפשר לטעון 'קים לי' כמותם.

החת"ס (על הגליון) כתב שהוא הדין בפורים שמצוה לאכול בשר, ממילא גם בכה"ג קנה דלא גרע מיין לקידוש.

סעיף ד

יתומים, או אפוטרופוס שלהם, שמכרו מטלטלים ומשכס הלוקח ועדיין לא נתן המעות, ונתייקרו, חוזרים בהם, כדין התורה, שאין משיכה קונה אלא מעות, (ומכל מקום הלוקח הוי שומר שכר על המקח) (מרדכי פ' הנזקין וב"ש תוס'), ובזו בלבד חלוק דין היתומים מדין שאר בני אדם, אבל בשאר החלוקות דין היתומים שוה לשל כל אדם לענין זה. הגה: ודוקא יתומים, אבל הקדש וצדקה קונה במעות; ולכן אם נתן אחד דמים להקדש על המקח, ונתייקר, אין הקדש יכול לחזור בו (מרדכי פ' הנזקין ור"ן פ"ק דקידושין).

1. ביתומים העמידו על דין תורה שמעות קונות, ודווקא במקרה בו משכו מהם פירות ועדיין לא נתנו מעות, שאם נתייקרו הפירות יכולים לחזור בהם. אך בשאר המקרים לא, כיון שאם לא כן תצא מזה רעה ליתומים.

גיטין נב. "דאמר רב חנילאי בר אידי אמר שמואל: נכסי יתומין הרי הן כהקדש, ולא מקני אלא בכספא", ובהמשך "משוך פירי מיתמי, אייקור - היינו דרב חנילאי בר אידי, זול - לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש. אמשיכו להו פירי ליתמי, אייקור - לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש, זול - סבור מינה היינו דרב חנילאי בר אידי, אי"ל רב שישא בריה דרב אידי: **הא רעה היא לדידהו, דזמנין דמצטרכי לפירי, וליכא דיהיב להו עד דיהבי זוזי**. יהבי יתמי זוזי אפירי, זול לא יהא כח הדיוט חמור מן הקדש, אייקור - סבור מינה היינו דרב חנילאי בר אידי, אמר להו רב שישא בריה דרב אידי: **הא רעה היא לדידהו, דאתו למימר להו נשרפו חיטכס בעלייה**. יהבי להו זוזי ליתמי אפירי, אייקור - לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש, זול - סבור מינה היינו דרב חנילאי בר אידי, אמר להו רב שישא בריה דרב אידי: **הא רעה היא לדידהו, דזמנין דמצטרכי לזוזי, וליכא דיהיב להו עד דיהבי להו פירי**". רש"י ותוס' הקשו על דברי הגמ' "דאתי למימר להו נשרפו חיטכס בעלייה", מדוע שלא יחזרו בהם במצב זה, שהרי ידם על העליונה לחזור בהם כשהם נפסדים!! ותירצו "דכיון דלענין חזרה לאו ברשות מוכר הוא לענין דליקה נמי לאו ברשותיה קיימא, דהאי דגבי הדיוט מוקמין לה ברשות מוכר דלליקה היינו טעמא בההיא הנאה דקיימא ברשותיה לחזרה".

2. אף כשיכולים היתומים לחזור בהם – הרי הלוקח שומר שכר על המקח, שהרי כל זמן שלא חזרו הוא יכול להשתמש בו, ודומיא דהלוקח כלים מבית האומן ללשגרן לבית חמיו (ב"מ פא.). **תוס'** **הקשו** הרי אף במקרה שמשכו מהם פירות, יוכל הלוקח לומר נשרפו חיטכס בעלייה, שהרי רק הם יכולים לחזור בהם ולא הוא!! ותירץ דכיון שכל זמן שלא חזרו בהם מותר ללוקח להשתמש בפירות, נמצא שיש לו הנאה ומכח ההנאה הזאת הרי הוא שומר שכר עליהם.

3. מה דין הקדש? רוב הראשונים – קונה רק בכסף בין למעליותא ובין לגריעותא, מלבד מי שמשך חפץ מהקדש והוול – שאינו יכול לחזור בו שלא יהא כח הדיוט חמור מהקדש. נמצא שאם נתן הלוקח דמים להקדש – קנה ואין אחד יכול לחזור בו בין אם הוקר או הוול, וכן אם הגזבר נתן דמים לקנות חפץ להקדש – קנה ואין אחד יכול לחזור בו בין הוקר או הוול. אך אם הדיוט משך מהגזבר אע"פ שלא קנה והגזבר יוכל לחזור בו אם התייקר, אך הלוקח אינו יכול לחזור בו אם הוול – שלא יהא כח הדיוט חמור מהקדש. וממילא אם הגזבר משך מהדיוט ולא נתן דמים – אם הוול יכול לחזור בו הגזבר, אך אם הוקר – אין המוכר יכול לחזור בו.

פשט הרמב"ם – קונה בכסף למעליותא ולא לגריעותא, כיתומים, אלא שלגבי הקדש אין את החששות שיש ביתומים ולכן לעולם ידו על העליונה ויכול לחזור בו.

רמב"ם (ע"פ הכס"מ) – הקונה מההקדש קונה רק בכסף בין למעליותא ובין לגריעותא, אולם, כשההקדש קונה מאחרים קונה בכסף רק למעליותא ולא לגריעותא כמו יתומים. נמצא שאם אחד נתן

דמים לגזבר קנה ואין אחד יכול לחזור בו. אולם, כשהגזבר נתן דמים לקנות להקדש – אם הוקר קנה, אך אם הוזל – הגזבר יכול לחזור בו.

קידושין כח: במשנה "רשות הגבוהה – בכסף, ורשות ההדיוט – בחזקה. אמירתו לגבוהה כמסירתו להדיוט". **ובגמ' כט.** "משכו במנה, ולא הספיק לפדותו עד שעמד במאתים – נותן מאתיים; מאי טעמא? ונתן הכסף וקם לו. משכו במאתים, ולא הספיק לפדותו עד שעמד במנה – נותן מאתיים; מאי טעמא? לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש. פדאו במאתים, ולא הספיק למושכו עד שעמד במנה – נותן מאתיים; מאי טעמא? ונתן הכסף וקם לו. **פדאו במנה, ולא הספיק למושכו עד שעמד במאתים – מה שפדה פדוי, ואין נותן אלא מנה.** אמאי? ה"נ נימא: לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש! אטו הדיוט לאו במי שפרע קאיי?!" למדו הראשונים שהוא הדין אם הגזבר קנה במאתיים והוזל ועמד על מנה – קנה ואינו יכול לחזור בו. **וכן כתבו הר"ן, הרשב"א, והשט"ם בשם הרא"ש וכן פשט הסוגיא. אולם, הרמב"ם** (מכירה ט, ב) כתב שאם הגזבר נתן דמים והוזל חוזר בו, ולא הזכיר את המקרה ההפוך, **ולמדו מדבריו הר"ן וה"ה** שהבין שדין הקדש כדין היתומים, והתקשו מהגמ' הנ"ל! **אולם, הכסף"מ** כתב לתרץ שדעת הרמב"ם שמה שאמרה הגמ' רשות גבוהה בכסף היינו רק במקרה שקונים מהקדש, שהרי על כך נאמר 'ונתן הכסף וקם לו', ולזה אף הרמב"ם מודה. אולם, כאשר הגזבר קונה מאחרים בזה דינו כשאר הדיוטות ולכן יד הגזבר על העליונה כיתומים.

הנתיבות (ד) הקשה הרי במקרה שהלוקח משך מההקדש ולא שילם – יכול הגזבר לחזור בו, א"כ יבואו הלוקחים לומר להקדש נשרפו חטיף בעליה!! ובכה"ג הרי אסור ללוקח להשתמש בחפץ שהרי עדיין לא יצא מרשות הקדש, וממילא אינו שומר שכר עליו ואין בו חיוב אחריות!! ותירץ שהחשש של נשרפו חטיף שייך רק בהדיוט כיון שאדם יותר טרוד על ממונו מאשר על ממון חברו, משא"כ בהקדש שיכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא', וממילא כל אחד דואג להציל ממון גבוה. עוד תירץ, שבכה"ג לא יכלו חכמים לתרץ שתהא משיכה קונה, שהרי מדאורי לא יצא מרשות הקדש, ואין חכמים יכולים לעקור דין תורה בקום ועשה, אלא בשבוב ואל תעשה.

4. מה דין צדקה, והקדש דידן? רמ"א ונתיבות (ג) – כהקדש, קצות (ג) – כיתומים. הקצות הקשה שהרי מבואר בתוס' (קידושין כט.) וברשב"א ובר"ן (שם) שהחילוק בין יתומים להקדש הוא מפני שביתומים מעיקר הדין הם כהדיוטות, אלא שחכמים ייפו כחם כהקדש, ולכן כשזה מגרע כוחם – לא תקנו. אולם, הקדש כיון שמדאורי דינו בכסף ולא תקנו בו משיכה, א"כ בכל ענין קונה בכסף. ממילא כיון שצדקה והקדש דידן אינם כהקדש גמור, שהרי יש בהם דין אונאה וריבית, ונשבעין עליהם דלא כהקדש, א"כ לא יהא דינם יותר מיתומים, ומדוע פסק הרמ"א שהרי הם כהקדש גמור!! והאריך בזה. אולם, הנתיבות כתב ליישב, שבהקדש יש ב' דברים, יש את הדרך בה אנו יוצרים ומחילים את ההקדש, שלענין זה נאמר 'אמירתו לגבוהה כמסירתו להדיוט', ויש את המציאות של ההקדש שעליה נאמר 'רעהו' ולא הקדש. ממילא צריך לבחון כל דין מהיכן הוא נובע? דיני אונאה וריבית ושבועה נתמעטו מכך שכתוב 'רעהו' ולא הקדש, וממילא מובן שהם אינם שייכים בצדקה, שהרי הצדקה היא ממון עניים, וא"כ העניים ודאי שהם בכלל 'רעהו'. אולם, הדין שהקדש קונה בכסף הרי הוא דין שמגדיר איך יוצרים הקדש, וכמו שהדין ש'אמירתו לגבוה' נכון אף בצדקה, א"כ גם הדין של 'ונתן הכסף וקם לו' – נכון אף בצדקה. אמנם, יש להעיר שהקצות חולק וסובר בצדקה אין את הדין של אמירתו לגבוהה כמסירתו להדיוט.

האם בצדקה אמרינן 'אמירתו לגבוה'? קצות – לא, נתיבות – כן.

ב"ה יום ב' ד' אדר ב' התשע"ו

סימן ר

דין קניית מטלטלין על ידי חצרו, וכיצד קונה כליו, ובו י"ב סעיפים.

פתיחה

ב"מ י: נחלקו לענין קטנה האם יש לה חצר, ואומרת הגמ': "**במאי קמיפלגי? מר סבר: חצר משום ידה איתרבאי, כי היכי דאית לה יד - חצר נמי אית לה. ומר סבר: חצר משום שליחות איתרבאי, וכי היכי דשליחות לית לה - חצר נמי לית לה.**" ומסקינן: "**לענין גט - כולי עלמא לא פליגי דחצר משום ידה איתרבאי, כי פליגי - לענין מציאה וכו'.**" ואיבעית אימא: בקטנה כולי עלמא לא פליגי דילפינן מציאה מגט, וכו'. ואיבעית אימא: **מר אמר חדא, ומר אמר חדא, ולא פליגי.**" ופסק הרי"ף שחצר דאיתתא משום יד, וחצר דגברא משום שליחות, ולכן לקטנה יש חצר אך לא לקטן.

ב"מ יא. במשנה: "ראה אותן רצין אחר מציאה: אחר צבי שבור, אחר גוזלות שלא פרחו, ואמר: זכתה לי שדי - זכתה לו. היה צבי רץ כדרכו, או שהיו גוזלות מפריחין, ואמר זכתה לי שדי - לא אמר כלום". ובגמ': "אמר רב יהודה אמר שמואל: והוא שעומד בצד שדהו. **ותקני ליה שדהו, דאמר רבי יוסי ברבי חנינא: חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו!** - **הני מילי בחצר המשתמרת, אבל חצר שאינה משתמרת, אי עומד בצד שדהו - אין, אי לא - לא.**" וכו'. וכן אמר עולא: וכן אמר רבה בר בר חנה".

"איתיביה רבי אבא לעולא: מעשה ברבן גמליאל וזקנים שהיו באים בספינה וכו' אמר ליה ההוא מרבנן: **רבן גמליאל מטלטלי אגב מקרקעי הקנה להם. רב פפא אמר: דעת אחרת מקנה אותן שאני.** ומנא תימרא - דתנן: ראה אותן רצין אחר המציאה כו', ואמר רבי ירמיה אמר רבי יוחנן: והוא שרץ אחריהן ומגיע, ובעי רבי ירמיה: במתנה היאך? קבלה מיניה רבי אבא בר כהנא: אף על פי שרץ אחריהן ואין מגיע וכו'. **אלא אמר רב אשי: חצר איתרבאי משום יד, ולא גרעה משליחות.** גבי גט דחוב הוא לה - אין חבין לאדם אלא בפניו. גבי מתנה, דזכות הוא לו - זכין לאדם שלא בפניו".

כמה שיטות מצאנו בראשונים: א. שיטת הרי"ף: הרי"ף לא פסק כרב פפא שמחלק בין דעת אחרת מקנה או לא, אלא פסק שלעולם בעינן חצר המשתמרת, ואם אינה משתמרת - צריך לעמוד בצידה שהרי בכך היא משתמרת על ידו. **כמו כן, כתב הרי"ף שחצר דאיתתא משום יד, ולכן קונה אף בקטנה, לעומת חצר דגברא שהיא משום שליחות.** אמנם גם הרי"ף מודה שיש הבדל בין דעת אחרת מקנה או לא, לגבי השאלה האם בעינן רץ אחריהן ומגיע, שלגבי מתנה לא בעינן אך לגבי הפקר ומציאה - בעינן. ונראה הטעם שבכה"ג אם אינו מגיע אין זה נקרא שהגיע לתוך החצר, משא"כ במתנה.

ב. שיטת הרא"ש: הרא"ש פסק כרב פפא, שיש חילוק בין דעת אחרת מקנה או לא, וטעמו מפני שרב פפא בתראה הוא, ואף רב אשי מתיר דבריו. נמצא שכאשר זוכה מההפקר או במציאה בעינן חצר המשתמרת, אך במתנה או במכר לא בעינן, וטעמו מפני שאע"פ שאינה משתמרת לדעת הזוכה אך היא משתמרת לדעת הנותן. כמו כן, לגבי אשה חצר מועילה גם מדין יד וגם מדין שליחות, ולכן לגבי גט דחוב הוא לה - בעינן שתעמוד בצידה, שהרי אין חבין לאדם שלא בפניו, ובכה"ג החצר לא תקנה לה מדין שליחות, אלא מדין יד. אולם, במתנה, מציאה והפקר - מהני אף מדין שליחות, ולכן לא בעינן דווקא עומדת בצדה, אך צריך שתהיה משתמרת דאל"כ אין אדם רוצה שיהיו חפציו ביד שליח שאינו משמרים; אמנם גם כאשר אינה משתמרת מהני, כיון שהיא משתמרת על ידי הנותן.

ג. שיטת הר"ן: פסק כרב פפא ואליבא דרב אשי, אלא שהתקשה הרי בשליחות בעינן שלוחו של בעל הממון, וא"כ כיצד מועילה חצר לקנות במציאה ובהפקר, הרי אינו שלוחו של בעל הממון!! ולכן חידש שחצר המשתמרת מועילה מדין יד, ואע"פ שאינו עומד בצידה. וטעמו מפני שכל מה שיש לאדם בידו - הוא נותנו בחצרו, א"כ החצר היא כידא אריכתא דמיא. כמו כן, כשאינה משתמרת מועילה במציאה ובהפקר רק כשעומד בצידה, דרך בכה"ג ניתן לראותה כידו. אולם, במתנה ובממון מועילה אף כשאינו עומד בצידה, דדעת אחרת מקנה שאני. ונראה הטעם כמו שכתב ברא"ש שבכה"ג היא משתמרת על ידי הנותן וסגי בהכי, וממילא מועילה מדין שליחות.

מה הדין בחצר דגברא? נחלקו האחרונים האם חצר דגברא קונה רק מדין שליחות, או שמא אף בו נאמר שהיא קונה מדין יד? **הקצות (קצד, ג) ורע"א (אצלנו) נקטו שחצר דגברא אינה מועילה מתורת יד** אלא מתורת שליחות, דדוקא גבי קטנה נאמר שחצר איתרבאי משום יד ולא גרעא משליחות. **אולם, הנהיבות (בפתיחה לסימן) מאריך להקשות על שיטה זו, וסובר שלכו"ע אף חצר דגברא מהני מתורת יד.** הקושיא הגדולה על דבריו היא א"כ מדוע אין חצר לקטן, הרי מוכח שחצר מתורת יד מהני לקנות לקטנה!! הנהיבות מבאר שאף אם נאמר שחצר קונה מתורת יד בעינן שהיא תהיה משתמרת, דאל"כ אינה קונה. לכן בקטן אע"פ שהוא עומד בצדה היא אינה חשובה כמשתמרת, ובקטן 'אבידה מדעת היא', א"כ לא תועיל לקנות לו מדין יד; אלא שבקטנה יש לנו גוה"כ שתיחשב כידה ע"י עמידה בצידה. אולם, גדול שעומד בצד השדה ומשמרה, חשיב שפיר כידו לקנות לו. והוא רוצה לומר שדבר זה מוסכם על כל הראשונים.

א - קנין חצר

סעיף א

היו מטלטלין ברשות הלוקח המשתמר לדעתו, הגה: ויש חולקין וסבירא להו דבמכר או מתנה אם משומר לדעת המוכר או הנותן, סגי, וקנה (עיין בב"י), וכן נראה להורות, מיהו אם המוכר השכיר לו חצר עצמו, והמטלטלין שמוכר לו מעורבין עדיין עם שאר מטלטלין של מוכר, מקרי חצר שאינו משומר ולא קנה (הגהות מרדכי פ"ק דמציעא). או שהוא עומד בצד אותו רשות (וי"א דבעינן דוקא בתוכו אבל חוצה לו לא) (המגיד פט"ז דגזילה), כיון שקבל עליו המוכר למכור, קנה לוקח ואף על פי שעדיין לא מדד, והוא שפסק דמים. וי"א דארבע אמות של אדם קונין לו כמו במציאה (עיין בב"י).

1. אם המטלטלין מונחים בחצירו של לוקח – כיון שקיבל עליו המוכר למכור, ופסקו הדמים – קנה הלוקח ע"י חצרו, ודווקא כאשר היא משתמרת, או שהוא עומד בצידה. ב"מ יא. כפי שהתבאר בפתיחה לסימן.

2. אימתי מיקרי חצר המשתמרת? שו"ע, ש"ך – דווקא אם היא משתמרת ע"י הקונה. רמ"א – אף כאשר היא משתמרת ע"י המוכר או הנותן. קצות – אף אם אינה משתמרת כלל, אך החפץ משומר.

כבר הזכרנו שנחלקו הראשונים האם הלכה כרב פפא שכאשר דעת אחרת מקנה לא בעינן משתמרת או לא. **לדעת הרי"ף והרמב"ם וכ"פ השו"ע – אין הלכה כרב פפא**, ולעולם בעינן שהחצר תהיה משתמרת, וממילא מוכח שבעינן שתשתמר ע"י הקונה. **אולם, הרא"ש והתוס' ועוד ראשונים פסקו כרב פפא** שכאשר דעת אחרת מקנה לא בעינן משתמרת. **הב"י הבין** (וכ"מ ברא"ש) **שלכו"ע בעינן משתמרת**, אלא שרב פפא סובר שלא בעינן שתשמר לדעת הקונה, אלא מספיק שתשתמר לדעת המקנה, אולם אם אינה משתמרת כלל – לא קנה; **וכן פסק הרמ"א**.

אולם, הקצות הביא בשם השטמ"ק שלרב פפא מהני אף אם אינה משתמרת כלל, וטעמו מפני שאע"פ שאין השדה משתמרת **אך החפץ משומר**, דכיון שיש לחפץ בעלים – מבדל בדילי אינשי מיניה ולא לוקחים אותו, וא"כ נכון לומר שהוא נמצא בחצר. וכתב שכן איתא בהג' מיימוני, ותמה על הב"י שכתב שאם אינה משתמרת כלל ליכא למ"ד שיקנה. והביא ראיה מב"מ קב. שאם יצא לו שם מציאה בעיר ואמר כל מציאות שיבואו לחצרי היום תקנה לי – קנה ואע"פ שאינה משתמרת, דכיון שמבדל בדילי אינשי מיניה – הרי היא כמשתמרת. **(לענ"ד נראה שברש"י משמע שאף אם אין השדה משתמרת, ואין החפץ משומר כלל – קנה, כיון שבדעת אחרת מקנה אין צורך בשימור, דכיון שדעת אחרת מקנה אותם א"כ הקנין נעשה ע"י המקנה, וסגי בכך שיגיע לחצר וא"צ שישתמר שם).**

הש"ך חלק על הרמ"א והאריך להוכיח שהלכה כשו"ע, וכשיטת הרי"ף והרמב"ם, וטעמו מפני שבקידושין כז. מוכח מסתמא דש"ס שנקטו שבמעשה דר"ג וזקנים מדובר על קנין אגב ולא בקנין חצר, ודלא כרב פפא. והביא שכי"כ הריטב"א שם, ושכן דעת רוב הפוסקים. אך כיון שמצא שהעיסור, הראב"ן, הג' מיימוני והג' מרדכי מסכימים עם הרא"ש והתוס' – **כתב שאינו כדאי להכריע והוי ספיקא דדינא, אך ודאי שאין להורות לכתחילה כרמ"א להסתפק בכך שהנותן משמר.**

ועיין בנתיבות בסעיף 3 שביאר בצורה שונה את דברי הרמ"א.

3. כאשר המטלטלין של הקונה מעורבין עם המטלטלין של המוכר – האם מקרי משתמרת? רמ"א – לא, וכתב כן בשם ההג' מרדכי. הש"ך, ה"טז, הגר"א והנתיבות תמחו על דבריו, שהרי בהג' מרדכי מפורש שלא כתב כן אלא לשיטת השו"ע שבעינן משתמרת ע"י הקונה, אולם לשיטת הרמ"א ששימור ע"י המוכר סגי, א"כ מה בכך שאין הפרש ביניהם הרי סו"ס הם משתמרים על ידו! אולם, היו שרצו לתרץ שהרמ"א מדבר דווקא כשפירות הקונה והמוכר מעורבבים יחד ואינו ניכר מה של מי (ולא כסמ"ע שכתב שלא דווקא מעורבבים), וממילא ככה"ג אין חצרו קונה לו, שאין זה מקרי משתמר.

הנתיבות (ב) כתב שההגהה של הרמ"א הולכת על דברי המחבר, וצריך להפוך את הסדר שלה. וביאר שהמוכר השכיר לקונה את חצרו המשתמרת ובה מונחים הפירות שרוצה לקנות, אך מכיון שיחד עמם נמצאים גם פירות שהמוכר לא מכר לו – לא קנה. אולם, אם החצר שייכת ללוקח, והכניס בה את הפירות שקנה אע"פ שיחד עמם יש גם פירות של המוכר – קנה. וטעם הדבר הוא מפני שבסיפא כיון שהחצר עצמה אינה שייכת למוכר, אע"פ שיש לו רשות להכנס ולבוא לפירותיו – הרי הוא כאורח ואינו מבטל שמירת הקונה, אולם ברישא כיון שהמוכר הוא הבעלים ויש לו בה חפצים, א"כ אינה חשובה כמשתמרת לדעת הלוקח.

והוסיף הנתיבות שדוקא במקרה זה חלק הרמ"א ואמר שיש סוברים שאפי' הכי חשיבא כמשתמרת וקנה הלוקח, כיון שסו"ס היא משתמרת על ידו, וזה שיש גם למוכר רשות בה – אין זה מבטל את שמירתו. אולם, כאשר החצר אינה משתמרת כלל לדעת הלוקח אע"פ שהמוכר משמרה – לכו"ע לא קנה. וטעמו מפני שמה בכך שהמוכר משמרה, הרי גם כשהלוקח משמר צריך שיעמוד בתוכה ולא חוצה לה, כדי שתיחשב כידו, וא"כ אע"פ שהמוכר משמר ועומד בתוכה – סו"ס זה לא עושה אותה לידו של הלוקח ולא מהני. ולכן גם דחה דברי הש"מ שהביא הקצות, דמה בכך שהחפץ משתמר סו"ס החצר אינה חשובה כידו.

4. עומד בצידה – היינו בתוכה, אך אם עומד בחוץ – לא; רמ"א בשם ה"ה. כ"כ הרשב"א, אולם הריטב"א כתב שלא בעינן שיעמוד דווקא בתוכה. הנהיבות ביאר שכאשר חצר קונה מדין שליחות בעינן שתהיה משתמרת, שהרי אין אדם רוצה ששלוחו יקנה לו דבר שאינו משתמר, וכאשר אינה משתמרת לא יעזור שיעמוד בצדה, דסו"ס היא אינה שלוחתו. אולם העמידה בצידה מועילה מדין יד, ולכן בעינן שיעמוד דווקא בתוכה או צמוד לה, והא דבעינן שתשמר על ידו שהרי גם ידו היא משתמרת על ידו.

5. ד' אמות קונות במכר כמו במציאה, רמ"א.

האם בעינן שהלוקח יקדם לתוך הד' אמות? ר"ן, תלמידי הרשב"א – כן. דאם קדם המוכר או הכלי, זכה בד' אמות והרי זה כרשות המוכר שאין שום קנין מועיל בו אלא משיכה והוצאה מרשותו. **אמנם במציאה ובהפקר גם הם מודים שאין זה משנה,** כיון שאין לה בעלים לא ניקנו לכלי הד' אמות, ויכול לקנותו המוצא ע"י ד' אמות שלו. ר"א"ש, רבינו ירוחם, וכן משמע מסתימת הרמ"א – לא.

האם בקידושין ברה"ר הדין שונה? קצות (ד) – כן, נתיבות (ד) – לא. ד"א אינם קונות אלא בסימטא ולא ברה"ר, אמנם בגיטין וקידושין קונות אף ברה"ר מפני תקנת עגונות (אהע"ז סימן ל). ממילא, כתב הקצות שלא תיקנו אלא ללוקח ולא למוכר, ולכן אף כאשר קדם כסף הקידושין לאשה לא נקנו לו הד' אמות, והאשה יכולה לקנותו בד' אמות. אולם, הנהיבות הוכיח מגיטין עח. שאם קדם הבעל לד' אמות של הכסף – לא קנתה האשה, ואע"פ שלא תקנו אלא לאשה! אלא מוכח שכאשר חכמים תיקנו שד"א קונות בגיטין ובקידושין אף ברה"ר, הם בעצם נתנו לרה"ר את דין הסימטא, וכמו שבסימטא זה לא יקנה אף ברה"ר כן. אמנם בגט לכו"ע אינה מגורשת, דיש בכח"ג חסרון של יטלי גיטך מע"ג קרקע'.

עוד מדיני קנין חצר:

6. קנין חצר בגוי: קצות – מועיל, נתיבות – רק כאשר היא מדין יד'.

הקצות (קצד, ג) סובר שחצר דגברא לא מהני מתורת יד, אלא מתורת שליחות. ממילא לכאן בגוי אינו קונה בחצר, שהרי אינו בתורת שליחות!! אלא שמוכח מהגמ' בע"ז עא: שכליו של גוי קונים לו, ואין זה אלא מתורת חצר, ומבואר דיש חצר לגוי! ואע"פ שאפשר לומר שהגמ' אליבא דרב אשי הסובר שיש שליחות לגוי, אך מדברי הרמ"א ביו"ד (סי' קלב) מבואר שס"ל כן לדינא אע"ג דאין שליחות לגוי! וטעם הדבר שהחסרון בשליחות בגוי הוא שבעינן שליח דומיא דהמשלח, וימה אתם בני ברית אף שלוחכם. ואע"פ שהחצר אינה בת ברית ואינה דומיא דהמשלח, יש לנו ריבוי מיוחד ממנו למדנו שהיא יכולה להיעשות כשליח, א"כ הוא הדין בחצר של נכרי. אמנם, **הנתיבות** (בפתיחה לסימן שלנו) כתב שחצר קונה לגוי לכו"ע כאשר הוא עומד בצידה, דבכה"ג אינה מדין שליחות אלא מדין יד, ויש יד לגוי. כמו כן, לשיטת הר"ן שחצר משתמרת אף כאשר אינו עומד בצידה מועילה מדין יד, ולא מדין שליחות; א"כ חצר המשתמרת תיקנה לגוי בכל ענין. רעק"א הביא שבשו"ת נחלת שבעה כתב בשם מהרש"ק שאין קנין חצר לגוי שהרי אין לו שליחות, אלא שאם עומד בצדו מהני. ודחה דבריו שהרי חצר דגברא אינה אלא מתורת שליחות (וכדברי הקצות). אלא שמוכח מהגמ' בע"ז שיש לגוי חצר, והפנה לנתיבות ב'מקור חיים' (או"ח, סי' תמח) שעמד בזה.

7. אין חצר להקדש: לגבי מציאה – לכו"ע אין החצר זוכה להקדש. לגבי הפקר – קצות – אינה זוכה להקדש, נתיבות – זוכה להקדש. אם אחר מזכה ע"י חצרו להקדש – מהני.

ב"ב עט. "ואבל הקדש בור ואחר כך נתמלא מים, אשפה ואחר כך נתמלא זבל, שובך ואח"כ נתמלא יונים, אילן ואחר כך נשא פירות, שדה ואחר כך נתמלא עשבים – מועלין בהן ואין מועלין במה שבתוכן, דברי רבי יהודה". **רשב"ם ותוס'** כתבו הטעם מפני שאין חצר להקדש, אולם **הרמב"ן** כתב שיש חצר וההקדש זכה בזה, אלא שאין מעילה אלא בדבר שהוקדש ע"י ישראל. הרשב"ם כתב הטעם מפני שלא התרבתה חצר אלא בגניבה גבי הדיוט ולא לגבי הקדש. אולם, התוס' כתבו מפני שאין יד להקדש. **המגן אברהם** (או"ח קנד, ס"ק כג) הביא בשם **האגודה** שאם מצא חפץ בבית הכנסת זכה בו, דאין חצר ביה"כ קונה שהרי אין יד להקדש, וכדברי התוס'.

התוי"ט (מעילה, פ"ג) הקשה הרי חצר לא גרעה משליחות ויש שליחות להקדש!! **הקצות (א) תירץ** ע"פ תוס' ושטמ"ק בגיטין (כא) שחצר שאינה דומה ליד כלל לא קונה אף משום שליחות, ולכן חצר מהלכת אינה קונה. ממילא בהקדש שאין לו יד – אין לו חצר אף מדין שליחות. אמנם, לשיטת הרמב"ן ההקדש קונה, ויש לחוש לשיטתו, אלא שיש צד להקל מפני שהגיע לחצרו קודם יאוש, ושוב לא זכה בו.

אולם, הנתיבות (בפתיחה לסימן) ביאר שחצר הקדש אינו מועיל במציאה מדין שליחות, שהרי בעינן שלוחו של בעל הממון, ועוד שהרי הוא חב לאחריו ואע"פ שהגזבר הוא שלוחא דרחמנא אך לא כדי לחוב לאחרים. **ואף לרמב"ן לא קנה אלא דווקא בבור ובשובך** שאי לאו הבור והשובך לא היו מגיעים לכאן המים והיוונים, וממילא לא שייך בזה חב לאחריו. לכן לעולם חצר הקדש לא תקנה מציאה. **אולם, חצר הקדש קונה מההפקר,** כיון שבהפקר ליכא בעל הממון כלל, ולא בעינן שלוחו של בעל הממון בכה"ג, (רק במציאה שכל זמן שלא מצאה לא יצאה מרשות המאבד).

כמו כן, הסכימו הקצות והנתיבות שאם אחד מזכה להקדש דבר ע"י חצרו – מהני. הקצות הוכיח דין זה מנדרים לד': "אמר רבא: היתה לפניו ככר של הפקר, ואמר ככר זה הקדש, נטלה לאוכלה - מעל לפי כולה", וביאר הר"ן שהטעם מפני שהקנה אותה ע"י קנין ד' אמות להקדש. וד' אמות הוא מדין חצר, א"כ מוכח שאדם יכול להקנות ע"י חצרו להקדש.

הנתיבות הוסיף שבמ"מ חצר ההקדש קונה להקדש, ונראה שהוא דווקא לשיטתו, אך לשיטת הקצות – זה נכון רק לרמב"ן, אך לרשב"ם והתוס' – לא מהני כלל.

8. אם מצא מציאה בבית הכנסת – זכה בה, ולא אמרינן שביה"כ זכה בה מדין קנין חצר.

המג"א (או"ח קנד, ס"ק כג) הביא דין זה בשם האגודה, וטעמו שאין קנין חצר להקדש, והוא הולך בשיטת התוס' והרשב"ם שנתבאר לעיל. הקצות (א, באמצע) העיר שלכאוי יש לחוש לדעת הרמב"ן שיש חצר להקדש, וא"כ הקדש ביה"כ זוכה בה. אלא שגם לשיטת הרמב"ן צריך לומר שבכה"ג לא זכה ההקדש, שהרי מבואר בשקלים (פ"ז, ב) "מעו"ת שנמצאו לפני סוחרי בהמה לעולם מעשר, בהר הבית חולין", ולא אמרינן שזכה בהם ההקדש מדין חצר! ועל כרחך צריך לומר לשיטתו שהטעם הוא ש'באיסורא אתי לידיה', שהרי בשעה שנפלו עוד לא התיאש ושוב אין ההקדש יכול לזכות בהם, ומאותו טעם גם ביה"כ לא יזכה באבידה שהגיעה לרשותו קודם יאוש. עוד הקשה הקצות על האגודה, שהרי ביה"כ שלנו אין לו דין הקדש אלא דין שותפין, וחצר השותפין קונה להם! אלא שטעם אחר צדקו דבריו, או מפני ש'באיסורא אתי לידיה' וכמו שביארנו, או מפני שכיון שאינו רגיל לבוא – אין חצרו זוכה לו בכה"ג, כמו שמבואר לגבי ימצא בגל ובכותל ישן.

9. חצר המושכר – האם קונה למשכיר או לשוכר? נתיבות (פתיחה לסימן) – חצר קונה לשוכר רק כשהוא יודע ומתכוון לקנות בה, אך בלאו הכי קונה למשכיר. הרי זה דומה לשוכר את הפועל לעבודה, שאע"פ ששכר את ידו למלאכתו, אך מציאתו לעצמו ולא לשוכר, דלאו אדעתא דהכי שכרו. וה"ה בחצר שלא שכרה כדי למצוא בה מציאות, ולכן אינה חשובה כידו לענין זה, אלא כידו של המשכיר. אך כשהשוכר מתכוון לקנות בה חפצים – קונה. ויבואר בהרחבה בע"ה בס"י שיג, ב.

10. חצר המושאל – קונה לשואל אותם דברים שנקנים לשוכר. ואע"פ שאם שאל פועל אינו זוכה במציאתו אף כששאלו ללקט מציאות, שאני התם דלפועל יש דין עבד רק כשמשכיר עצמו בשכר ואינו יכול לחזור בו בדבר האבוד, משא"כ כשמשאל עצמו שיכול לחזור בו בכל ענין; נתיבות בפתיחה.

סעיף ב

היו ברשות המוכר, או ברשות אדם אחר שהם מופקדים אצלו, לא קנה הלוקח עד שיגביה המטלטלין או עד שימשכם, כמו שנתבאר. הגה: ומיהו אם שכר המקום שמונח בו או נתנו לו במתנה ובקנין, או אפילו בדבור בעלמא, קנאו, דהשתא הוי ברשותו וקונה לו. והא דמהני דבור בעלמא, היינו ברשות אחר. אבל אם מונח ברשות המוכר ואומר: 'זכה חצרי ללוקח במקח שקנה ממני, לא קנה עד שישכיר לו מקומו ויקנה לו בא' מדרכי הקנייה (טור בשם הרא"ש ור' ירוחם נ"ח"ב). ואם היו הפירות מופקדים ביד אחר, לא סגי שיאמר: תקנה חצרי ללוקח, עד שיאמר כן מדעת המוכר (ב"י בשם הרמב"ן והמגיד פ"ד דמכירה).

1. אם המטלטלין אינם ברשות הקונה – צריך להגביהם או למשכם, כדי להכניסם לקנותם.

ב"ב פה. "במה דברים אמורים - ברה"ר ובחצר שאינה של שניהן, אבל ברשות מוכר - לא קנה עד שיגביהנה או עד שיוציאנה מרשותו".

2. אם קנה את המקום שמונחים בו, בין ע"י שכירות או מתנה ובלבד שעשו על כך קנין המועיל, קנה את המטלטלין המונחים בו בקנין חצר.

3. יכול לזכות ללוקח בדיבור בעלמא, כגון שיאמר תזכה חצרי עבור פלוני. כמו שהוא יכול להגביה או למשוך עבור חברו. ודווקא אם הוא אדם אחר, אך המוכר אינו יכול לעשות כן, כיון שצריך שהחפץ יצא מרשותו. כרוב הראשונים, ולא כרשב"ם הסובר שאף המוכר יכול לזכות ע"י חצרו ללוקח.

גמ' שם "ברשות הלה המופקדים אצלו - לא קנה עד שיקבל עליו או עד שישכור את מקומו". וכתב הרשב"ם שה"ה נמי אם המוכר יקבל עליו או ישכיר את מקומו סגי, ותנא אורחא דמילתא קתני שסתם מוכר רוצה הוא לפנות את ביתו ולא להשאיר את החפצים עוד ברשותו, משא"כ נפקד. אולם, התוס', הרא"ש והנמוק"י האריכו לדחות את דברי הרשב"ם הללו, בטענה שקבלת המוכר בדיבור בעלמא לא מועילה, דאין אדם יכול להקנות רשותו לאחרים ע"י עצמו, ושכן מוכח בעירובין (עט:): "מזכה להן על ידי בנו ובתו הגדולים, אבל לא ע"י בנו ובתו הקטנים מפני שידן כידו", ועוד שאם כדבריו מדוע לא עירב התנא את ב' הבבות הללו יחד (דהיינו ברשות מוכר והלה המופקדין אצלו).

הב"י כתב שלר"ף הייתה גי' שונה ובה כלל לא נאמר "עד שיקבל עליו", ואפ"ה כתב בשם הרמב"ן שודאי שגם הוא מודה שאם הנפקד קיבל עליו מהני. (אמנם בר"ף שלפנינו הגי' היא כמו הגי' הרגילה). וכן נראה שגרס **הרמב"ם**, שכן לא הזכיר זאת כלל. השו"ע נקט לשון הרמב"ם, ולא הזכיר "עד שיקבל עליו או שישכור את מקומם", והרמ"א הביא את גירסתו; וע"פ המתבאר בב"י גם השו"ע מודה לרמ"א.

4. צריך הנפקד לקבל עליו בפני המוכר, כן דקדק הב"י מלשון הרמב"ן, והביאו הסמ"ע (ו).

5. האם צריך המוכר לומר לנפקד 'זכה'? ב"י – לא, אלא כיון שאמר לו לתנם ללוקח וקיבל עליו – סגי. ש"ך (ו) – כן, דלא אמרינן יתן כזכ"י אלא כשאומר כן בשעת מסירת החפץ לידו, אך הכא שהם כבר מופקדים אצלו צריך לומר 'זכה'. נתיבות (ו) – לא, דבמקח וממכר לכו"ע תן כזכ"י, שאינו יכול לחזור בו שהרי קיבל דמים ונתחייב ליתן תמורתם. (אע"פ שדעת הש"ך והתומים שאף בכה"ג לא אמרינן תן כזכ"י).

6. גיטו וידו באין כאחד, אינו מועיל בקניינים, אלא בדברים שצריך נתינה בעלמא; קצות ה. שהרי גט אשה ושחרור עבד מועילים גם בע"כ, א"כ אין זה מדיני קניינים שהרי א"א להקנות לאדם בע"כ, אלא זהו דין נתינה, ובכה"ג בלבד מועיל גיטו וידו באין כאחד. ע"פ זה מובן מדוע שטר שחרור שלא לשמה אינו כלום, ומדוע לא יגרע משטר קנין, דכמו שאפשר למכור את העבד לאחרים בשטר, הכא נמי הוא מוכר אותו לעצמו בשטר וממילא יצא לחירות אע"פ שלא נכתב לשמה! מפני ששטר שחרור אינו שטר קנין.

סעיף ג

כליו של אדם, כל מקום שיש לו רשות להניחו, קנה לו, וכיון שנכנסו המטלטלים בתוך הכלי אין אחד מהם יכול לחזור בו והרי זה כמי שהונחו בתוך ביתו. הגה: ויש מחלקין דאם אינו ברשות לוקח רק בסימטא וכיוצא בזה אין כליו קונים, אא"כ מדד או עד שיאמר לו: זיל וקני' (טור ותוס' והרא"ש פרק הספינה והגהות מיימוני פ"ד דמכירה). לפיכך אין כליו של אדם קונים לו ברשות הרבים, ולא ברשות המוכר, אלא אם כן אמר לו המקנה: לך וקנה בכלי זה, ואז קנה אם הוא ברשות המוכר.

1. כליו של אדם קונה לו בכל מקום שיש לו רשות להניחו, והרי זה קונה מטעם חצר.

האם צריך מזידה קודם לכן? שו"ע – לא. רמ"א – כן.

ב"ב פד: "א"ר אסי יוחנן: מדד והניח על גבי סימטא - קנה. א"ל ר' זירא לרבי אסי: שמא לא שמע רבי אלא במודד לתוך קופתו?! וכו' הכי נמי מסתברא, דא"ר יעקב א"ר יוחנן: מדד והניח על גבי סימטא - לא קנה, קשיין אהדדי! אלא לאו ש"מ: כאן במודד לתוך קופתו, כאן במודד על גבי קרקע, שמע מינה". ובפה. "א"ר אבהו א"ר יוחנן **כליו של אדם קונה לו בכל מקום שיש לו רשות להניחו**".

התוס' והרא"ש למדו מדברי רב אסי שאין הכלי קונה אא"כ מדד קודם לכן, אך נתינה לתוך הכלי בלא מזידה – לא קנה, אא"כ אמר לו בפירוש 'זיל קני'; ו**כ"כ הטור**. וביאר הרא"ש הטעם "דלא הוה דעתיה דליקני ליה כליו כיון דמחוסרין מזידה". ולכן כתב הנתיבות (ז) שבדבר שא"צ במזידה גם הרא"ש מודה שקנה. **הרי"ף** הביא רק את דברי ר' אבהו בשם ר' יוחנן ולא הזכיר את דברי רב אסי, ולמד מכאן הב"י שלדעתו אין צורך במזידה כלל, אלא כיון שנתן לתוך כליו – קנה. וכן נראית דעת הרמב"ם (מכירה, פ"ד) שלא הזכיר בשום מקום שצריך מזידה. **השו"ע סתם כדעת הרי"ף והרמב"ם, ואילו הרמ"א הביא דברי התוס', הרא"ש והטור**.

2. כליו של לוקח ברשות מוכר – אינם קונים, אא"כ אמר לו 'לך וקנה'. השו"ע פסק כדעת הרי"ף והרמב"ם שהוא בעיא דאיפשיטא, לעומת הרא"ש והטור הסוברים שהוא בעיא דלא אפשיטא. הקצות (ו) כתב שקי"ל כרא"ש והטור שהוא מדין ספק.

ב"ב פה: "בעא מיניה רב ששת מרב הונא: כליו של לוקח ברשות מוכר, קנה לוקח או לא? וכו'. ומדכליו דמוכר ברשות לוקח לא קנה (וביאר הרמב"ם שהכוונה היא שהמוכר לא קנה ונמצא שהלוקח קנה, שרשות הלוקח מבטלת את רשות הכלי), כליו דלוקח נמי ברשות מוכר לא קנה! וכו'. א"ל רבינא לרב אשי: ת"ש, דרב ושמואל דאמרי תרוייהו: כליו של אדם קונה לו בכל מקום; לאתווי מאי? לאו לאתווי רשות מוכר! התם דא"ל: זיל קני". **ולא איפשיטא**.

בגמ' מבואר שהדין של כליו של לוקח ברשות מוכר הפוך מהדין של כליו של מוכר ברשות לוקח. אם כליו של לוקח ברשות מוכר – קנה, אז כליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה, והטעם שכח הכלי מתגבר על הרשות בו הוא נמצא, ואזלינן בתר רשות הכלי. ולהיפך אם כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה, אז כליו של מוכר ברשות לוקח – קנה לוקח, דכח הרשות מבטל את רשות הכלי. וכתב הרא"ש שכיון שלא אפשיטא אזלינן לחומרא ובב' המקרים אמרינן שלא קנה, אך מאידך אם תפס לא מפקין מיניה שהרי תפס ברשות.

אולם, הרי"ף והרמב"ם גרסו בגמ' "אמר ליה לא קנה", דהיינו שהגמ' פשטה את הספק שכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה. ותמה על כך הרא"ש שלא מצינו בשום מקום בש"ס שלאחר שהגמ' פשטה את הספק, היא מנסה לפשוט אותו

ממקומות נוספים. כמו כן, הרא"ש הבין שדעת הר"ף בכליו של מוכר ברשות לוקח שקנה. אולם, הבי"י כתב שבדברי הר"ף ישנה סתירה לגבי כליו של מוכר ברשות לוקח, שברישא הוא כותב שלא קנה, ורק אח"כ לגבי 'כור בל' סאה בסלעי' הוא כותב שקנה. ותי"ץ הבי"י שדעת הר"ף שבעלמא כליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה, אולם כאשר אמר לו בהדיא 'זיל קני' קנה אף בכה"ג (וכמו שיתבאר בסמוך בסעיף ה). וכתב שכן דעת הרמב"ם.

הב"י ביאר שהם הבינו שלמסקנת הגמ' משמע שבעינן תרתי, גם כליו של לוקח וגם ברשות הלוקח, ואם חסר אחד מהתנאים הללו – לא קנה. ע"פ זה יוצא שאנו לא פוסקים כן מדין ספק, אלא מדין ודאי. **וכן פסק השו"ע.**

3. האם נתינת רשות להניח את הכלי מועילה? שו"ע, נתיבות (ח) – לא, אלא צריך רשות מפורשת כדי לקנות. ש"ך (ז) – כן, כהבנת הטור והב"ח בדברי הר"י מיגש, ודלא כהבנת בדק הבית.

הטור כתב שדין זה הוא מח' בין הרמ"ה לר"י מיגש, שלדעת הרמ"ה בעינן רשות מפורשת כדי לקנות בכלי, אבל סתם רשות להניח את הכלי במקום זה לא מהני. ולדעת הר"י מיגש סגי בנתינת רשות בעלמא להניח את הכלי במקום זה. **בבדק הבית כתב שאין מח' ביניהם**, והר"י מיגש לא אמר אלא שאם קנה הלוקח כלי זה מהמוכר יכול לקנות בו, דכיון שנהנה המוכר שקנאו ממנו אינו מקפיד על מקומו וכאילו משאיל לו המקום. ודווקא בכה"ג אמרינן הכי, ולא בכל מקום שנתן לו רשות. ולכן פסק בשו"ע שצריך רשות מפורשת, וא"כ קנה את הכלי מהמוכר (כדבסמוך סעיף ד). **אולם, הב"ח** כתב שהטור דקדק כן מדברי הר"י מיגש שכתב "והוי כאילו השאילו המקום", שמשמע שכאשר השאילו המקום בפירוש מהני לקנות, והחידוש הוא שכאשר קנה ממנו הכלי הרי זה כאילו הוא משאיל לו. **וכן נקט הש"ך.**

סעיף ד

וכן אם קנה הכלי מהמוכר והגביהו, ואחר כך הניחו שם ברשות המוכר וחזר וקנה ממנו הפירות, כיון שנכנסו בתוך כלי זה קנה אותם, שמפני הנאת המוכר במכירת הכלי אינו מקפיד על מקומו.

1. אם קנה מהמוכר כלי והגביהו, כדי שיקנה לו, אם חזר והניחו ברשות מוכר – **קונה לו כליו**, ואע"פ שכליו של לוקח ברשות מוכר לא קונה אא"כ יתן לו רשות מפורשת לקנות בו, שאני הכא שמפני ההנאה שקנאו ממנו נותן אינו מקפיד על מקומו.

גיטין עח: "זרקו לתוך חיקה או לתוך קלתה - מגורשת. אמאי? כליו של לוקח ברשות מוכר הוא! וכו'. רב משרשיא בר רב דימי אמר: כגון שהיה בעלה מוכר קלתות". ופירש"י שיש לו בית המיוחד לכך ואינו מקפיד על המקום; אולם הר"י מיגש והרמב"ם למדו שכיון שהוא מוכר לה את הכלי, לכן אינו מקפיד על מקומו; ומכאן הוציאו דין זה.

סעיף ה

כשם שאין כליו של לוקח קונה לו ברשות מוכר, כך אין כליו של מוכר קונה ללוקח אף על פי שהוא ברשות לוקח. (וי"א אפילו אמר ליה המוכר: זיל קנה, לא קנה) (טור בשם הר"י וב"י בשם הרא"ש).

1. כליו של מוכר ברשות לוקח – אינו קונה ללוקח.

כבר נתבאר בסעיף ג שלדעת הרא"ש דין זה הוא מספק, אולם לדעת הרמב"ם והשו"ע זהו דין ודאי.

2. מה הדין אם אמר לו המוכר 'לך וקנה'? שו"ע – קנה, כמו בכליו של לוקח ברשות מוכר שמועילה אמירת 'זיל קני'. רמ"א – לא קנה, דדוקא בכליו של לוקח ברשות מוכר מהני, מפני שעצם הכלי קנוי ללוקח ואינו זקוק אלא לרשות להניחו שם, אולם בכליו של מוכר אע"פ שנותן לו רשות אך סו"ס הכלי אינו שלו, וכיצד יקנה?!; סמ"ע.

הטור כתב בשם רבינו יונה שבכה"ג לא קנה, שהרי לא השאיל לו את הכלי. אולם, הבי"י הוכיח שדעת הר"ף והרמב"ם (לגבי הדין של סעיף ז) היא שאף בכליו של מוכר מהני אמירת 'זיל קני'. שהרי הם ביארו שמדובר שהמוכר מודד לכליו שלו, ואפ"ה כשגומר למדוד את כל הכור – קנה הלוקח, אע"פ שזה בכליו של מוכר! אלא מוכר שאמירת 'זיל קני' מועילה אף בכה"ג, וכיון שמדד המוכר הוי כאילו אמר לו בפירוש.

3. מדידת המוכר לכליו ברשות לוקח – הרי היא כאמירת 'לך וקנה'; כן מתבאר בסעיף ז. **אך מדידת המוכר לכליו של לוקח ברשות מוכר – לא מהני.** וביאר הלח"מ (מכירה, פ"ד ה"ז) הטעם שהמדידה הרי היא כהשאלת הכלי, ולכן בכלי של מוכר סגי בהכי, אולם בכלי של לוקח בעינן שישאיל לו את הרשות, ואין המדידה חשובה כהשאלת הרשות; נתיבות (ט).

4. מה הדין בתרי זביני, במכר האחד כליו של לוקח ברשות מוכר, ובמכר השני כליו של מוכר ברשות לוקח? שו"ע – לא קנה, כיון שבעיני כליו של לוקח ברשות לוקח. רא"ש וטור – קנה האחד ממה נפשך, שהרי זהו דין מספק, ובכח"ג ממה נפשך קנה; וכ"כ הרמ"ה.

5. כלי של לוקח בתוך כלי של המוכר ועומד ברשות הלוקח: בית שמואל (אהע"ז קלט, ט) – לא קנה. קצות (ו): לדעת הרא"ש קנה, שהרי ממה נפשך או שהרשות מבטלת את הכלי וקנה, שהרי זה רשות לוקח. או שאין הרשות מבטלת את הכלי, וגם קנה שהרי הכלי הפנימי הוא של הלוקח. וכתב שלדינא קי"ל כרא"ש ודעימיה. לדעת הרמב"ם והשו"ע – הסתפק, שהרי מצד אחד בעינין גם רשות לוקח וגם כלי של לוקח, והכא יש כלי של מוכר שמפסיק ביניהם. אך מאידך, סו"ס זה נמצא גם ברשות הלוקח וגם בתוך הכלי שלו, ומה אכפת לי שיש באמצע כלי של מוכר!! ונטה לומר שמהני.

סעיף ו

משיכה מהני בכליו של מוכר, שאם מדד המוכר ונתן לתוך כליו, ומשכו הלוקח בפניו, קנה, ואפילו לא אמר לו: משוך הכלי לקנות מה שבתוכו.

1. משיכה קונה, ואפי' בכלי של מוכר. כ"כ התוס' והרא"ש בב"ב פו. וכתב הגר"א (יט) שכן מוכח בב"מ ט: "משוך בהמה זו וקני כלים שעליה, מהו?" וכתבו שם התוס' שהאיבעיא היא דווקא בבהמה, אך במשוך קופה זו וקנה כלים שבתוכה ודאי שקנה. ועיין לקמן סעיף ח.

2. משיכה בפניו א"צ שיאמר לו 'משוך וקני'.

סעיף ז

אין הרשות קונה, ולא הכלי, ולא משיכה, ולא הגבהה, אא"כ פסק תחלה המדה בכך וכך; אבל כל זמן שלא פסק, אין לו שום צד שיקנה בו, דכל זמן שלא פסק לא סמכה דעת שניהם, שמא לא יסכימו על הסכום. ואם המקח דבר שדמיו קצובים, אף על פי שלא פסק, קנה. וכן אם א"ל: הריני מוכר לך כפי מה שישמוהו ג', קנה, אפילו אין דמיו קצובים.

היו הפירות בסימטא או בחצר של שניהם, ואפילו היו ברשות לוקח, והיו בתוך כליו של מוכר, קבל עליו המוכר למכור והתחיל המוכר למדוד בתוך כליו של מוכר, אם א"ל: כור בשלשים סלע אני מוכר לך, יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה, הואיל ועדיין הפירות בכליו ולא גמר כל המדה, וכליו של מוכר אינם קונים ללוקח אף על פי שהוא ברשות לוקח. הגה: ו"א דכל שגילה דעתו שאינו רוצה למכור רק הכור ביחד, אפילו היה ברשות לוקח ובכליו של לוקח, או שמשך או שהגביה, לא קנה אא"כ מדדו (טור בשם הרא"ש וכשיטת הרשב"ם). ואם א"ל: כור בשלשים סאה בסלע, ראשון ראשון קנה, כיון שפסקו דמים על (כל סאה וסאה), כל סאה שיגביה המוכר ויערה אותה נגמרה מכירתה, הואיל ואין הפירות ברשות המוכר ולא ברשות הרבים. ואילו לא היו הפירות בכליו של מוכר, כיון שהם ברשות לוקח קנה משפסק, אף על פי שלא מדד, כמו שנתבאר בס"ג. הגה: ו"א דלא קנה ראשון ראשון אלא מטעם שהוא מוחזק. ולכן אם לא נתן המעות, הלוקח יכול לחזור (טור בשם הרמ"ה).

פתח לו המוכר חבית יין, וכשמדד לו החצי רוצה הלוקח לחזור ולא ליקח יותר, והמוכר אומר שהמותר יחמיץ, צריך הלוקח ליקח כולו או לקבל אחריות על המותר, אם יתקלקל שישלם לו כל החבית כפי מה שהיה שוה בשעה שקנאו (טור בשם הרא"ש כלל ק"ב סי' א'). ו"א דכל זה כשמדד המוכר; אבל אם מדד הלוקח, קנה בכל ענין, דמדידתו הוי כמשיכה (טור). ויש חולקין (טור בשם הראב"ד).

כל שנקנה המקח אין אחד מהם יכול לחזור, אף על פי שנפלו חילוקים ביניהם ומיין המוכר לתת לו מקחו, אלא ידונו אח"כ על מה שביניהם (ריב"ש סי' רכ"ב).

1. אף אם עשה מעשה קנין, אם לא פסקו דמי המקח – לא קנה, דכל זמן שלא פסקו דמים, אין גמירות דעת לקנות שהרי אולי לבסוף לא יסכימו על הסכום.

ב"ב פה: "אמר רבא, ת"ש: משך חמריו ופועליו והכניסן לתוך ביתו וכו', פירקן והכניסן לתוך ביתו, פסק עד שלא מדד - אין שניהן יכולין לחזור בהן, מדד עד שלא פסק - שניהן יכולין לחזור בהן; א"ל הונא בריה דמר זוטרא לרבינא: מכדי פירקן קתני, מה לי פסק ומה לי לא פסק? **א"ל: פסק - סמכא דעתיה, לא פסק - לא סמכא דעתיה**". **ופי' רשב"ם** "דמי יימר שיתקיים המכר שמא המוכר יעלה בדמיהן והלוקח יזלזל בדמיהן שהרי אין דמיהן קצובין". וכתב **הרא"ש** "ובדבר שדמיו קצובין אף על פי שלא פסק קני, ואי א"ל הריני מוכר לך ע"פ שישומו שלשה אף על פי שאין דמיו קצובין קני". וכ"כ הרמב"ם.

2. בדבר שדבריו קצובין, או שהתנו ע"מ שישומו אחרים דמי המקח - קנה. וכתב הסמ"ע שלא בעינן דווקא שישומוהו שלשה אלא אפי' אחד.

כור בל' סאה בסלע

3. המוכר לחברו כמות גדולה:

א. אם הזכיר לו רק את המידה הגדולה: שו"ע - אם המקח נמצא בכליו של הלוקח וברשותו, או שמשכו או הגביהו - ראשון ראשון קנה. אולם, אם הוא נמצא בכליו של המוכר ברשותו של הלוקח - לא קנה עד שימדוד את כל הכמות; כשיטת הרי"ף והרמב"ם וכמו שיתבאר בסמוך. **רמ"א** - בכל ענין לא קנה עד שימדוד את כל הכמות, דחזינן לדעתו של המוכר שלא רצה להקנות לו רק חלק מהמקח; כשיטת הרשב"ם, הרא"ש, הרשב"א והראב"ד. **וכתבו הב"ח, ש"ך (יא), נתיבות (חי' יט) זכיון שהוא פלוגתא דרבוותא - היכא דקיימו זוזי תיקום.**

ב. אם הזכיר לו את ב' המידות, כגון שאמר לו 'כור בשלשים, כל סאה בסלע': ראשון ראשון קנה מספק. **שו"ע** - מדובר בכליו של מוכר ברשות לוקח, ואפי"ה קנה כיון שכליו של מוכר קונים, כאשר המוכר אומר לו 'לך וקנה', וכשהוא מודד בפניו הוי כאמירת 'לך וקנה'; ב"י. **רמ"א** - מדובר בכליו של לוקח, אך ברשות מוכר לא יקנה כלל, וכמו שנתבאר בסעי' ה.

דין זה הוא מספק, האם אמרין תפוס לשון ראשון או לשון אחרון, ולכן אם הלוקח לא שילם עדיין - יכול לחזור בו; כ"כ הרמ"ה והביאו הרמ"א, ונראה שאף השו"ע לא חולק על זה, שהרי כן אמרה הגמ' להדיא בב"מ קב:.

ב"ב פו: "רב ושמואל דאמרי תרוייהו: כור בשלשים אני מוכר לך - יכול לחזור בו אפילו בסאה האחרונה; כור בשלשים, סאה בסלע אני מוכר לך - ראשון ראשון קנה". וכן איתא בב"ב קו: , ובב"מ קב:.

ב' שיטות נמצאו בראשונים בביאור דברי הגמ':

א. שיטת הרשב"ם, הרא"ש, הרשב"א והראב"ד: מדובר אף כשהמקח נמצא ברשותו של הלוקח ובתוך כליו, ואפי"ה אינם קונים לו עד שתיגמר מדידת כל הסאה. טעם הדבר מפני שאמדינן לדעתו של המוכר שאינו רוצה להקנות אלא את כל הכור כאחד, מפני שהוא זקוק לסכום הכסף הזה בדווקא, ואינו רוצה במקח אלא אם יקנה הלוקח הכל. ממילא, דין זה נכון אף כשמשך הלוקח או הגביה - לא קנה. לשיטתם, מוכרחים אנו לומר כן, שהרי אם היה המקח בכליו של המוכר וברשות הלוקח, אע"פ שגמר ומדד את כל הכור - לא יקנה, דכליו של מוכר אינם קונים ללוקח כלל, וכמו שפסק הרמ"א בסעיף ה.

ב. שיטת הרי"ף, הרמב"ם והרמ"ה: מדובר רק כאשר המקח נמצא בכליו של מוכר ברשות לוקח, אך אילו היה בכליו של לוקח ברשות לוקח, או שמשך הלוקח או הגביה - היה קונה כל סאה וסאה, ולא היה יכול לחזור בו. **בביאור שיטה זו רבו הפירושים:**

א. הבנת הסמ"ע והנתיבות - כאשר יש תרתי לטיבותא - רשות לוקח וכלי של לוקח - קנה מיד אף קודם שתיגמר מדידת כל הכור, דבכה"ג ודאי שדעת המוכר להקנות כל מה שנמדד מיד. אולם, כאשר יש רק צד אחד, או רשות לוקח או כלי של לוקח - לא קנה עד שימדוד את כל הכור, דבכה"ג בעינן מדידה בנוסף לכלי, וכיון שהקפיד המוכר על המידה, לא קנה עד שימדוד את כולה. הנתיבות הוכיח מהסמ"ע (כא) שאין חילוק בין רשות לסימטא, דאף אם הוא בכלי של לוקח בסימטא - קונה מיד, ומה שאמר הסמ"ע (טו) שבסימטא לא קנה אע"פ שהוא בתוך כלי של הלוקח - היינו שהוא מונח ע"י הסימטא בלא כלל, ואע"פ שנמדדו אח"כ לתוך כליו של הלוקח לא קנה עד שימדוד את כל הסאה. אך אם היו מונחים בתוך כלי של לוקח בסימטא - קנה כל סאה וסאה בפני עצמה. שהרי לדעתם לא בעינן מדידה בכלי של לוקח.

ב. הבנת הט"ז (וכן מבואר בעליות דרבינו יונה) - יש חילוק בין קנין רשות לקנין כלי. דדווקא כאשר מכניס את החפץ לרשות הלוקח ישירות, א"צ במדידה. אך אם הוא נמצא ברשות הלוקח ע"י הפסק כלי של מוכר, או שנמצא בתוך כלי של לוקח, אך בסימטא או ברשות של שניהם, בעינן מדידה בנוסף להימצאות בתוך הכלי. לכן, אם הפירות נמצאים בכליו של לוקח ברשות לוקח - קנה מיד, אע"פ שלא מדד את כל הכור. אולם,

בסימטא, או בכליו של מוכר ברשות הלוקח – לא קנה עד שימדוד, וכיון שהקפיד המוכר שימדוד את כל הכור כאחד, לא קנה עד שתסתיים המדידה. (כך הטי"ז מבאר את דעת הרי"ף והרמב"ם, אך הוא מודה שהב"י לא הבין כך בדעתם, ואכן השו"ע בסעי' ג לא חילק ומבאר בדבריו שאף בסימטא הכלי קונה מיד וא"צ שימדוד. אמנם, בעליות דרבינו יונה מצאתי שכתב כדברי הטי"ז לחלק בין קנין בכלי של לוקח, לקנין ברשות של לוקח).

ג. הבנת הגר"א – אין צורך בתרתי לטיבותא, ואין חילוק בין קנין רשות לקנין כלי. אלא מדובר בכליו של מוכר ברשות לוקח או בסימטא, אך אם היה בכליו של לוקח ברשות לוקח או בסימטא היה קונה מיד, דכיון שקיבל עליו המוכר למכור לו קנה הלוקח. אך מדובר בכליו של מוכר וכשמודד המוכר לתוך כליו, ובכח"ג אמרינן שאע"פ שכליו של מוכר אינם קונים ללוקח, אך זה דווקא כאשר הלוקח או משהו אחר מכניס לתוך הכלי של המוכר. אך כאשר המוכר נותן לתוך כליו שלו, ומודד עבור הלוקח – א"כ אנו רואים שהוא רוצה להקנות לו, ואמרינן שהוא משאיל לו את כליו כדי שיקנה בהם. וכיון שכך, אז אם אמר לו 'כור בשלשים' א"כ הוא הגדיר את כל הלי' כמקח אחד, ואינו מתכוין להשאיל לו הכלי עד שיגמור למדוד הכל, ולכן כל זמן שלא סיים למדוד – לא קנה הלוקח. אולם, כאשר אמר 'סאה בסלע' אמרינן שכל סאה וסאה היא מקח בפני עצמו, ומיד שהתחיל למדוד הוא כבר מקנה לו את הכלי, וקנה הלוקח ואינו יכול לחזור בו.

4. קנה מחברו כמות יין, ולאחר שהתחיל למדוד לו היין – רוצה לחזור בו : מהחביות שעדיין לא נפתחו – יכול לחזור, שהרי לא עשה בהם מעשה קנין. מהחבית שנפתחה והתחיל למדוד עבורו – יכול לחזור ממה שעדיין לא מדד לו, אך צריך לקבל עליו אחריות כלפי מותר היין שבחבית, שהרי כיון שנפתחה החבית יכול להחמיץ, וברי היזקא וחייב באחריות כלפי שווי היין בשעת הפתיחה; נתיבות (ג). --- להרחיב.

סעיף ח

הכניס הלוקח את החמורים לביתו עם התבואה שעליהם, אותה משיכה אינה כלום, אפילו אם פסק הדמים ומדד המוכר על החמורים, לא קנה. ויש מי שאומר שאפילו מדד לוקח על החמורים, לא קנה, שלא נתכוין למשיכה ולקנות במדידה זו, דלמדידה בעלמא נתכוין. (ויש חולקין וסבירא להו דאם מדד לוקח קנה, וכמו שנתבאר).

1. אם משך את החמורים עם התבואה שעליהם – לא קנה, אפי' שפסק ומדד המוכר.

ב"ב פה: "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". **הרשב"ם והתוס'** ביארו שהכוונה שמשך את האנשים שמביאים את החמורים, שהרי לגבי משיכת החמורים עצמם היא בעיה דלא איפשיטא בב"מ (ט.). אמנם, התוס' הביאו אפשרות נוספת שמדובר שמשך את החמורים עצמם, אך מיירי שלא אמר לו 'קני תבואה שעליהם', ופסק הגמ' (בב"מ) הוא דווקא כשאומר לו בפירוש 'משוך בהמה וקני כלים שעליה'. **השו"ע והרמב"ם** נקטו שמשך את החמורים עצמם ואפ"ה לא קנה.

אלא שקשה הרי לעיל בסעיף ו פסקנו שמשיכת הכלי מועילה לקנות את הפירות שבתוכו, אף כשלא אמר לו 'קני!'; הרשב"ם כתב שמשיכת אדם אינה חשובה כמשיכה לגבי הכלים שעליו, אמנם משמע מדבריו שמשיכת בהמה חשובה כמשיכה לגבי הכלים שעליה (וכצ"ל בתוס' בתירוצם השני, שמשיכת החמורים עצמם מועילה). אולם, התוס' בב"מ ביארו בתחילה שמשיכת בהמה אינה חשובה כמשיכה לגבי הכלים שעליה, כיון שהיא הולכת מאליה. נראה לבאר שבהמה כיון שהיא הולכת מאליה, נמצא שהיא דבר שעומד בפני עצמו וא"א להתייחס אליה רק כבסיס לפירות. משא"כ בכלי שאין לו כח תזוזה משל עצמו, ונמצא שכל התזוזה שלו היא מכח האדם, ואף מה שבתוכו לא זו אלא מכח האדם.

2. אם מדד הלוקח על החמורים: שו"ע בשם יש מי שאומר – לא קנה, שהרי לא נתכוון לקנות במדידה זו; ראב"ד. רמ"א – יש אומרים שקנה; כן דעת הרא"ש והטור.

הקצות (ז) והנתיבות (יד) נתקשו כיצד אומר כאן הראב"ד שכאשר עושה מעשה קנין אך לא מתכוון לקנות בו – לא קנה, אולם, בב"ב (כב. ברי"ף) כתב הנמוק"י בשמו שמוכח ממעשה דרב ענן שאע"פ שהקונה אינו מתכוון לקנין, אם המוכר מתכוון להקנות לו והלוקח עשה מעשה – קנה! **הקצות** כתב (בסי' ערה, ד) מכח קושיא זו שתרי ראב"ד נינהו; ונשאר בצ"ע על דברי הטור שכאן פסק שקנה אע"פ שלא התכוון לקנות, אולם בסי' ערה פסק שלא קנה כאשר לא התכוון לקנין. **אמנם, הנתיבות** כתב לחלק שדעת הראב"ד והנמוק"י היא שאם הקונה עושה מעשה קנין ללא כוונת קנין, אולם המוכר מתכוון להקנות לו במעשה זה – קנה. משא"כ הכא שאע"פ שהקונה עושה מעשה קנין, אך גם המוכר אינו מתכוון להקנות לו במעשה זה, ולכן אינו קונה. עוד כתב לחלק, שדווקא במתנה תועיל דעת אחרת מקנה במקום כוונת הלוקח, משא"כ במקח, דאע"פ שהמוכר מתכוון להקנות ללוקח, אך מי יימר שהלוקח רוצה לקנות עכשיו, שהרי אולי ירצה לחזור בו בהמשך!;

סעיף ט

המוכר יין או שמן לחבירו בסימטא או בחצר של שניהם או ברשות לוקח, והיתה המדה של סרסור, עד שלא נתמלאה המדה, הרי הן של מוכר; משנתמלאה המדה, הרי הן

ברשות לוקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו. וכן פירות שהיו צבורים בסימטא או בחצר של שניהם, והמדה אינה של אחד מהם, והיה המוכר מודד, עד שלא נתמלאה המדה הרי היא ברשות מוכר, ומשנתמלאה המדה הרי היא ברשות לוקח.

סעיף י

היתה המדה של אחד מהם, והיו בה רשמים לידע חציה, שלישה ורביעה וכיוצא בהן, כיון שהגיע לרושם מהרשמים קנה ראשון ראשון, ואף ע"פ שלא נתמלאת המדה, שכל רושם מהם כמדה בפני עצמה, שהרי כל אחד מהם היא המדה והוא סומך על הרשמים שבה. (וי"א דאם המדה של מוכר, לא קנה עד שיערה אותה) (טור).

סעיף יא

הנוטל כלי מבית האומן על מנת לבקרו, אם היו דמיו קצובים ונאנס בידו, חייב, שהואיל ודמיו קצובים מעת שהגביהו נעשה ברשותו ואין המוכר יכול לחזור בו, והוא שיגביהנו כדי לקנות את כולו, ויהיה אותו חפץ הנמכר חביב על הלוקח. אבל חפץ שהמוכר קץ בו, והוא מבקש ורודף למכרו, הרי הוא ברשות המוכר עד שיפסוק הדמים ויגביהנו הלוקח אחר שפסק. ואם גילה דעתו שאינו חפץ בו, ונגנב או נאבד קודם שיחזירנו, יש אומרים שהוא כשומר שכר, וי"א שהוא כשומר חנם.

1. הנוטל כלי מבית האומן כדי לבקרו, והיו דמיו קצובים

סעיף יב

אחד המושך או המגביה או המחזיק בעצמו, או שאמר לאחר להגביה או למשוך לו או להחזיק לו, הרי זה זכה לו; וכן בשאר דרכי הקנייה.

האם מהני אף כשהמוכר בעצמו מחזיק או מושך עבור הקונה? פת"ש (ח) בשם המבי"ט – כן. בשם שער המשפט – תלוי במח' הראשונים, אך לכו"ע מהני אם הלוקח אומר למוכר לשלוח ביד אחר, דנעשה שלוחו של הלוקח.

סימן רא

דין רשם על החבית, והתוקע כפו לחבירו, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

מכר לו בדברים בלבד, ופסקו הדמים, ורשם הלוקח רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, אף על פי שלא נתן לו מהדמים כלום, כל החוזר בו אחר שרשם מקבל מי שפרע. ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קנין גמור, נקנה המקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו, וחייב זה ליתן הדמים. והוא שרשם בפני המוכר, או שאמר ליה המוכר: רשום מקחך.

סעיף ב

וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו, כגון על ידי שנותן הלוקח פרוטה למוכר, או על ידי שתוקע לו כפו, (או במקום שנוהגים הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח) (הגהות מ"מוני פ"ז דמכירה), וכן כל כיוצא בזה.

1. המוכר לחברו ופסקו הדמים, ועשה סימן על המקח, הרי זה קנה לענין מי שפרע. ואם מנהג המדינה לקנות כך קנין גמור – קנה.

ב"מ עד. "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". רש"י פירש שהוא כעין סימן שעושין על החבית, ור"ח פירש שהוא תקיעת כף שעושין ביניהם.

2. וכן כל דבר שנהגו הסוחרים לקנות בו, כגון תקיעת כף או מסירת מפתח – קונה מדין סיטומתא. וכתב ה"ה בשם הרשב"א "ושמעין מינה כי המנהג מבטל הלכה וכל כיוצא בזה שבכל דבר שבממון על פי [המנהג] קונין ומקנין הילכך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות קונין".

כמה מדיני סיטומתא:

1. האם קונה מדאו' או מתק"ח? נתיבות (א), קצות (לקמן רד, ס"ק ב) – מדרבנן. חת"ס (פת"ש א) – דאו', דכיון שנהגו בו הסוחרים מעצמם, עדיף מקניינים שתיקנו חכמים.

2. האם מועיל אף בקרקע? ב"ח – רק במטלטלין. הש"ך פקפק בזה, וכתב שמדברי הסמ"ע ומהרש"ל משמע שאף בקרקע, וסיים שבקנין שנהגו להדיא בקרקע אפשר שאף הב"ח יודה.

3. לא מהני במטבע, כ"כ הנתיבות א, דמטבע אין לו קנין כלל, ודמי לאותיות שאינם נקנות.

4. האם קונה דבר שלא בא לעולם? קצות, יש"ש – לא, דסיטומתא לא מהני יותר מקנין גמור, וכיון שקנין לא מהני בדשלב"ל, אף סיטומתא כן; וכן מוכח בהג' מרדכי בשבת. חת"ס, רעק"א, נתיבות – כן. הנתיבות כתב שמתשובת רש"ל מוכח שמועיל אף בדשלב"ל, אך כתב שאפשר דווקא שם מהני מפני שמדובר בדבר שהועיל גם מדינא דמלכותא. אך החת"ס ורעק"א כתבו שמתשובת הרא"ש מוכח שמהני אף בדשלב"ל, (וכתב בפת"ש בשם החת"ס שאולי אף המרדכי לא כתב כן, אלא במקום שבו לא נהגו להדיא לקנות בדשלב"ל, ולכן הסיטומתא לא תועיל שם. אך במקום שבו המנהג הוא לקנות בדשלב"ל – אף הוא יודה שמהני).

5. האם מבטל אסמכתא? פת"ש בשם חת"ס – כן, דבמקום שנהגו לעשות קנין שהוא אסמכתא, א"כ סמכתא דעתיה וקני.

6. האם מועיל גם להתחייבויות? האמרי ברוך כתב שהיה נראה לו שאינו מועיל בהתחייבויות, אך מדברי הרמ"א בס"י קכט ובסמ"ע שם משמע שמועיל אף להתחייבות.

ב"ה יום ב' י"ז שבט ה'תשע"ז

סימן רב

דין קניית מטלטלין אגב קרקע, או עבדים וקרקע, או עבד ומטלטלין, או בהמה וכלים שעליה, ובו ט"ו סעיפים.

סעיף א

המקנה קרקע ומטלטלין כאחד, כיון שקנה הקרקע באחד מדרכי הקנייה נקנו המטלטלין עמהם, בין שהיו שניהם במכר או במתנה, בין שמכר מטלטלין ונתן קרקע, בין שמכר קרקע ונתן מטלטלים, כיון שקנה קרקע קנה המטלטלין. וי"א דאפילו הקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה (ר' ירוחם נ"ח ב).

1. מטלטלין נקנין אגב קרקע, שאם הקנה הקרקע והמטלטלין כאחד, כיון שעשה מעשה קנין המועיל בקרקע, נקנו לו המטלטלין.

קידושין כו. במשנה "נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות - בכסף, ובשטר, ובחזקה". ובגמ' "מנהגי מילי? אמר חזקה, דאמר קרא: ויתן להם אביהם מתנות וגו' עם ערי מצורות ביהודה".

2. קנין אגב מועיל אף כאשר הקרקע במכר והמטלטלין במתנה, או איפכא.

3. קנין אגב מועיל אף כאשר אחד בשכירות והשני במתנה, כ"כ הרמ"א בשם רבינו ירוחם. והש"ך תמה שהוא פשיטא, שהרי ממעשה דר"ג וזקנים שהיה בשכירות ומתנה, למד הש"ס שאף אחד במכר והשני במתנה מהני.

4. מה הדין כאשר אחד בשאלה והשני במתנה? ש"ך - מהני. קצות - לא מהני. רבינו ירוחם כתב שהוא שיש מי שאומר שלא קנה, אך מהתוס' מוכח שקנה. הש"ך כתב שאינו יודע טעם מדוע לחלק בין שכירות לשאלה; ושכן מוכח בתוס' וברא"ש. הקצות כתב שאין מדבריהם ראייה, כיון שהם כתבו כן אליבא דמ"ד שמעשה דר"ג וזקנים היה מדין קנין חצר, ובכח"ג ודאי שמהני אף בשאלה, אך בקנין אגב אולי לא מהני! ושיש טעם גדול לחלק ביניהם כיון דשכירות אלימתא משאלה, דשכירות ליומיה ממכר היא! (וכ"כ ב"מ צט. ותרומה"ד סי' רי). אולם, רעק"א והחזו"א תמחו דאם כן, אדרבא שאלה ליומיה מתנה היא! וא"כ מדוע שלא תועיל!?

סעיף ב

במה דברים אמורים, כשהיו אותם המטלטלים צבורים באותה קרקע. אבל אם היו במקום אחר, צריך שיאמר לו: קנה מטלטלין אגב קרקע. אפילו היו המטלטלין במדינה אחרת, ואמר ליה: קנה אותם על גבי קרקע פלוני, כיון שקנה קרקע נקנו המטלטלין, אף על פי שאינם צבורים בתוכה. ואם לא אמר ליה: קנה אגב קרקע, לא קנה, מאחר שאינם צבורים בתוכה. הגה: וי"א דאפילו הם צבורים בתוכה צריך שיאמר: קנה אגב קרקע (טור בשם הראב"ד והרא"ש), וכן נראה לי עיקר. וי"א דבעינן דוקא לשון אגב, אבל עם, לא מהני (ר"ן פ"ק דקדושין בשם רש"י); ויש חולקין (שם בשם הרא"ש).

1. האם בקנין אגב בעינן אמירה? שו"ע: אם המטלטלין צבורין בתוכה - לא. אם אינם צבורים בה - כן. רמ"א: לעולם בעינן אמירה. **קידושין כז.** "והלכתא צבורים לא בעינן, אגב וקני בעינן". מח' הרמב"ם והראשונים: דעת הרמב"ם - אגב וקני בעינן דווקא כשאינם צבורים, ועל כך דיברה הגמ'. שאל"כ זה מיותר שהרי כבר פשטנו לעיל שלא בעינן צבורים. אולם, שאר הראשונים פירשו שאלו ב' דברים נפרדים: א. צבורים לא בעינן. ב. לעולם בעינן שיאמר 'אגב וקני'. וכן פסק הרמ"א.

2. כאשר הם צבורים בתוכה, מדוע שלא יקנה המטלטלין מדין קנין חצר? סמ"ע - כיון שמדובר אף בחצר שאינה משתמרת. והקצות (ג) הקשה הרי בדעת אחרת מקנה א"צ בחצר המשתמרת כלל! נודע ביהודה - מדובר שהקנה לו החצר רק לדריסת הרגל, שבכח"ג אינה חשובה כחצר שתקנה לו, כמבואר בסי' קצח (ה, בש"ך סק"ו). ש"ך - אין חצר קונה אלא אם כן הייתה קנויה לו קודם שבאו המטלטלין לתוכה, דלא אמרינן חצרו ומתנתו באין כאחד; וכן הביא הקצות בשם השטמ"ק (לגבי מצא בגל ובכותל ישן).

האחרונים (קצות, נתיבות, מחנה אפרים, נודע ביהודה, חת"ס) הקשו על דברי הש"ך מגמ' מפורשות, והעיקריות שבהם: ב"מ יא. לגבי ר"ג וזקנים שהיו באים בספינה, ויש דעה שהקנה להם בקנין חצר, אע"פ שהקנה להם הקרקע והמטלטלין כאחד!! וכן בגיטין לגבי גיטה וחצרה באין כאחד! שמהני!! וכן בב"מ ט. לגבי 'משוך בהמה זו וקני כלים שעליה' שמיביעא אם קנה שהרי היא חצר המהלכת, ומבואר שאם לא הייתה מהלכת היה קונה, אע"פ שחצרו ומתנתו באין כאחד!!

הנתיבות דחק לבאר דברי הש"ך, שבאמת בקנין חצר מועיל 'חצרו ומתנתו באין כאחד', אלא שצריך שזה יהיה בפניו או שיאמר לו בפירוש שיזכה בקנין שנקנים בו המטלטלין. אך כאן מיירי שאינו בפניו ואמר לו 'לך חזק וקני' וקנין חזקה אינו מועיל למטלטלין, ונמצא שאע"פ שזה בחצרו וזה כאילו הוא הגביה אותם או משך אותם, אך אין קנין חזקה והגבהה מועיל בלא אמירה מפורשת של המוכר. אך אם יאמר לו 'לך משוך וקני', קנה המטלטלין מדין חצר.

הנודע ביהודה (הובא בפת"ש) חילק בין זכיה בקרקע רק כדי לזכות במטלטלין שבכה"ג הש"ך מודה שקנה, ובכך מיירי בש"ס. לבין מקרה שהוא רוצה לקנות את הקרקע לגמרי, וגם לקנות את המטלטלין שבכה"ג לא אמרין 'חצרו ומתנתו באין כאחד'. ולא ידעתי מהו טעם החילוק ביניהם.

סעיף ג

הקנה השדה לאחד והמטלטלים לאחר, אף על פי שא"ל: קנה המטלטלין על גבי קרקע, והחזיק האחד בקרקע, לא קנה השני מטלטלין. ואם תפסן אחר שחזר בו המקנה, אין מוציאין מידו, שהרי תפסן אחר שקנה חבירו הקרקע שנקנו אלו על גבו. (ויש חולקין וסבירא להו דמוציאין מיד התופס, כדין כל ספק ממון) (ר"ן פ"ק דקידושין).

בעיא דלא אפשרטא שם בגמ', ודעת הרמב"ם דבכל בעיא דלא אפשרטא, מהניא תפיסה שהרי תפס ברשות המוכר. אולם, שיטת הרא"ש דבספיקא דדינא לא מהניא תפיסה ומוציאין מידו, ומעמידין הממון בחזקת מ"ק.

סעיף ד

הקנה שדה לאפטרופוסים ומטלטלים ליתומים, קנו. (וה"ה בגבאי צדקה) (ר"ן הנ"ל).

1. אם הקנה הקרקע לגבאי צדקה והמטלטלין לעניים – קנו. **קידושין כז.** "שאני ר' עקיבא, דיד עניים הוה".

2. אם הקנה השדה לאפטרופוס והמטלטלים ליתומים – קנה. כן למד הרשב"א ממעשה דר"ג וזקנים, שפשיטא לגמ' שבכה"ג מהני ואין זה חשוב כשדה לאחד ומטלטלין לאחר, ד"שאני ר' עקיבא, דיד עניים הוה". וכתב הב"י שהוא הדין גם לגדולים שיש להם אפטרופוס, אלא שבד"כ לא מוקמינן אפטרופוס לגדול. אולם, הר"ן כתב שדוקא לגבי עניים מהני, כיון שהעניים מוטלים עליו לפרנסם, משא"כ אפטרופוס ליתומים.

סעיף ה

בהמות כמטלטלים בדינים אלו.

ולא דמו לעבדים שיתבאר דינם בסמוך, דאע"פ שניידי אך כיון שאין להם דעת, לא חשיבי ניידי.

סעיף ו

אין קרקע נקנה אגב קרקע.

סעיף ז

קרקע כל שהוא, מקנין על גביו מטלטלים הרבה. הגה: והא דבעינן קרקע כל שהוא, לאפוקי אם ידענו בוודאי שאין לו. אבל כשאנו ידוע שאין לו, והוא מקנה אגב קרקע, סגי בכך ואין צריך לסיים הקרקע שמקנה על ידה. ולכן מקנין אגב קרקע ארבע אמות, אף על פי שאין יודעין שיש לו (ב"י בשם הרשב"א). וע"ל סימן ק"ג. ויכול להקנות אגב מקומות של בית הכנסת, אף על פי שהמקומות של רבים וכל אחד יושב על מקום אחד, הוי כמו שאול לו ומקנים על ידם (תשובת רשב"א סימן תתקל"ד, ותתקל"ה).

ח-ט עבדים כמטלטלים או כקרקעות?

סעיף ח

המקנה עבדים וקרקעות כאחד, החזיק בעבדים לא קנה הקרקעות; החזיק בקרקעות, אם היו עבדים בתוכה, קנה; ואם לאו, לא קנה, אפילו שיאמר לו: קנה אותם על גבי קרקע.

סעיף ט

המקנה עבדים ומטלטלים כאחד, משך המטלטלים לא קנה העבדים; החזיק בעבדים, לא קנה המטלטלים אלא אם כן היו המטלטלים על גבי העבד, והוא שיהיה כפות. וי"א שצריך גם שיהיה ישן.

1. עבדים כמטלטלין הם למילי דרבנן, אך למילי דאורייתא הם כקרקעות.

לכן, אם החזיק בעבדים לקנות הקרקע – לא קנה. אולם, אם החזיק בקרקע, והיו העבדים בתוכה – קנה; אך אם אינם בתוכה – לא קנה.

כאשר הם בתוכה, הם נקנים או ע"י קנין אגב או ע"י קנין חזקה. הנפק"מ שאף לדעת החולקים וסוברים שביאגב בעינן אמירה אפי' כאשר צבורים בתוכה, בעבדים קנה אף בלא אמירה.

מפני שקנין אגב הוא מדרבנן, ולכן הם חשובים כמטלטלי; אולם קנין חזקה הוא מדאורייתא ולגביהם הם חשובים כקרקע. ונמצא שאם אמר לו 'קנה אגב קרקע' – קנה מדין אגב. אולם, כאשר לא אמר נקנים מדין 'מכר לו' שדות ב' מדינות' שאם החזיק באחת מהם נקנו כולם, והכא לא מהני כשאני בתוכה, דדוקא בשדות שייך לומר 'סדנא דארעא חד הוא' משא"כ בעבדים. כ"כ הרא"ש והביאו הסמ"ע. אמנם, בכה"ג בעינן שיתן לו דמי כולם בתחילה, דאי לאו הכי לא קנה אלא כנגד מעותיו.

ב"ק יב. "לימא כתנאי: מכר לו עבדים וקרקעות, החזיק בעבדים - לא קנה קרקעות, בקרקעות - לא קנה עבדים; קרקעות ומטלטלין, החזיק בקרקע - קנה מטלטלין, במטלטלין - לא קנה קרקע; עבדים ומטלטלין, החזיק בעבדים - לא קנה מטלטלין, במטלטלין - לא קנה עבדים; והתניא: החזיק בעבדים - קנה מטלטלין! מאי לאו בהא קמפלגי, דמר סבר: עבדים כמקרקעי דמי, ומר סבר: עבדים כמטלטלין דמי! אמר רב איקא בריה דרב אמי: דכ"ע - עבדים כמקרקעי דמי וכו'. איכא דאמרי, **אמר רב איקא בריה דרב אידי: דכ"ע - עבדי כמטלטלין דמי**, והדתינא לא קנה - שפיר, הא דתניא קנה - בעודן עליו. וכי עודן עליו מאי הוי? חצר מהלכת היא וכו' והלכתא: בכפות".

2. היו המטלטלין על גבי העבד, והיה העבד כפות – אם החזיק בעבד קנה את המטלטלין שעל גביו, מדין קנין חצר.

האם בעינן שיהא העבד ישן? תוס' – כן, רמב"ם – לא. בגיטין עח. מבואר שבעינן שיהא ישן, דאל"כ הוא משתמר לדעת עצמו ולא לדעת הקונה. למדו התוס' שהוא הדין אצלנו. אולם, הרמב"ם לא הזכיר דין זה, וכתב הגר"א שהוא סובר שלמסקנת הגמ' כיון שבעמדנו בכפות, א"כ לא בעינן ישן וחשיב משתמר לדעת הקונה. היו שכתבו שדווקא בגיטין בעינן ישן, משא"כ בקנין.

י-יב קנין עציץ וזרעים

סעיף י

היה לאחד עציץ נקוב, וזרעים שבו לאחר, אם הקנה בעל העציץ עציצו לבעל הזרעים, כיון שמשך, קנה.

סעיף יא

הקנה בעל זרעים זרעיו לבעל העציץ, לא קנה, עד שיחזיק בזרעים עצמם.

סעיף יב

היה העציץ והזרעים שבו הכל לאחד, והקנה שניהם לאחר, החזיק בעציץ לקנות הזרעים, אף העציץ לא קנה; החזיק בזרעים, קנה העציץ. (וי"א דווקא בשל עץ בעינן נקוב, אבל של חרס אינו נקוב כנקוב דמי) (רש"י פ"ק דגיטין), (וי"א איפכא) (תוס' שם).

גיטין כב. והטעם שהעציץ הרי הוא כלי, ואינו נקנה אלא במשיכה או הגבהה וכדו'. משא"כ הזרעים שהם כקרקע (כיון שהעציץ הוא נקוב) ואינם נקנים אלא בחזקה.

לכן לגבי העציץ צריך דווקא משיכה ולא חזקה, ולגבי הזרעים בעיני חזקה. כמו כן, קנין אגב יועיל רק כשמחזיק בזרעים ומכוון לקנות גם העציץ.

כמו כן, נחלקו רש"י ותוס' בסברות הפוכות לגבי השאלה מתי בעיני עציץ נקוב? רש"י סובר שדווקא בשל עץ בעיני נקוב, משא"כ בחרס, כיון שהוא מאדמה הרי הוא כקרקע גם כשאינו נקוב. אולם, ר"ת סובר להיפך, שאדרבא החרס מעכב את היניקה מהקרקע ולכן בעיני נקוב, משא"כ בעץ שהוא מתלחלח מרטיבות הקרקע, והוא יונק ממנה גם כאשר אינו נקוב.

יג-טו משיכת בהמה וכלים שעל גבה

סעיף יג

המקנה בהמה וכלים שעל גבה כאחד, אף על פי שמשך הבהמה וקנאה, לא קנה הכלים שעליה, עד שיגביה או ימשיך הכלים עצמם, אם אין דרכם להגביה, שהבהמה כחצר המהלכת היא, ואין מה שבתוכה קנוי לבעלה. לפיכך אם היתה הבהמה כפונה, קנה אף כלים שעליה. ויש מי שאומר דבמציאה אם אומר: אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה, קנאם, אפילו אינה כפונה.

1. אין הכלים שעל גבי הבהמה נקנים במשיכת הבהמה, ב"מ ט: , כדעת התוס', הרא"ש והנמוק"י בביאור הסוגיא, ודלא כתלמידי הרשב"א, והנמוק"י בפ' הספינה והרמב"ן שמשרכת הבהמה מועילה גם לכלים שעל גבה.

ב"מ ט: "בעי רבי אלעזר: וכו'. 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". **ולא אפשיטא** ואזלינן לחומרא שלא קנה. **תוס', הרא"ש והנמוק"י** (אצלנו) ביארו שספק הגמ' הוא מפני שחלוקים בקנייניהם, דבהמה נקנית בהנהגה, לעומת כלים שנקנים בגרירה. ואף בבהמה כפונה לא מהני, כיון דעל הרוב אינה כפונה. **אולם, תלמידי הרשב"א** ביארו שספק הגמ' הוא מפני שאינו מקנה לו את הבהמה אלא רק משאיל לו אותה כדי שיקנה את הכלים, והסתפקו האם מהני השאלת הבהמה כדי שתיחשב כחצרו שקונה לו. וכתב הב"י שמשמע שפשיטא להם שאם משך את הבהמה - קונה את הכלים שעליה. **וכן דעת הרמב"ן, והנמוק"י** (בהספינה) שביארו שהספק הוא דווקא כשאמר לו 'קנה כלים שאגבה' האם קנה מדין אגב, אך אם אמר לו 'משוך וקני' - קנה. **ופסקו השו"ע והרמ"א כהבנת התוס' והרא"ש**.

2. אף כאשר קנה את הבהמה, אינו קונה את הכלים שעל גבה מדין חצר, דחצר המהלכת היא, ויכל שאילו מהלך לא קנה - עומד ויושב לא קנה. אמנם, אם היא כפונה - קנה מדין חצר, ובכה"ג לכו"ע לא בעיני ישנה, שכוין שאין לה דעת - חשיבה כמשתמרת לדעת הקונה.

3. במציאה קנה את הכלים שעל גבי הבהמה במשיכת הבהמה, כ"כ הרא"ש, וטעמו דהוא ספיקא דדינא ואע"ג שקי"ל ש'תפיסת ספק לא מהניא' אך זה דווקא כשיש מרא קמא, משא"כ כשזוכה מההפקר ואין מ"ק, תפיסת ספק מהניא, ואם יבוא אחר ויתפוס מוציאין אותה מידו דאין תפיסתו כלום כנגד הראשון.

סעיף יד

אמר ליה המוכר: משוך בהמה זו וקנה כלים שעליה, הואיל ולא הקנה לו גוף הבהמה, אף על פי שמשכה והיא כפונה, לא קנה כלים שעליה.

נתבאר בסעיף הקודם.

סעיף טו

א"ל: משוך קופה זו ובמשיכתה קנה מה שבתוכה, קנה מה שבתוכה אף על פי שלא קנה הקופה.

כ"כ התוס' והראשונים שם, והטעם מפני שמשכתם שווה ואינם חלוקים במעשה הקניין. וכן פסק השו"ע לעיל בסימן ר סעיף ו.

ב"ה יום ה' כ' שבט ה'תשע"ז

סימן רג

כל מטלטלין נקנין בחליפין ומטבע אין נקנה בחליפין, ובו י' סעיפים.

סעיף א

כל המטלטלין קונים זה את זה בחליפין;

אין צריך לומר אם אין המקנה מקפיד לידע שיווי החפץ שנוטל בחליפין, כעין שקונין בסודר, 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. וכן דבר שאין בו ממש אין קנין מועיל בו, כגון שקנו ממנו שילך עם פלוני למקום פלוני, או שיחלקו חצר שביניהם (ועיין לעיל סי' קנ"ז סעיף ב') וכיוצא באלו, שהם קנין דברים ואין לו על מה לחול.

הגה: וטובת הנאה לא ממון, ואינה נקנה בחליפין (הגהות מיימוני פ"ה דמכירה). ועיין לקמן סימן רמ"ה, האומר: אתן דבר לפלוני, אי הוי קנין דברים. מי שקנו ממנו שיעשה שטר מחילה לחבירו, הוי קנין דברים, דשטר מחילה אינו אלא סילוק בעלמא. אבל אי קנו ממנו להחזיר לחבירו כל זכויותיו שיש לו עליו, לא הוי קנין דברים (תשובת רשב"א אלף ל"ג).

אלא אפילו מקפיד לידע שיווי החפץ שנוטל, דהשתא דומה לדמים, אפילו הכי נקנה. כיצד, היה לזה פרה ולזה חמור, והעריכו אותם כמה שוה כל אחד מהם, והסכימו להחליפם זה בזה, כיון שמשך בעל הפרה את החמור, נקנית פרתו לבעל החמור בכל מקום שהיא, ואין שום אחד מהם יכול לחזור בו.

(ו"א דאם העריכו זה כנגד זה, קונין אף בפירות; ויש חולקין. ועיין בב"י שתי הדעות).

1. חליפין הוא קנין גמור, המועיל לקרקעות, מטלטלין ובעלי חיים. בפשטות משמע מלשון השו"ע שג' דברים הללו קונים ומקנים בחליפין, ודלא כרש"י הסובר שבע"ח הם בכלל פירות.

ב"מ מו-מז, קידושין כח-: ונתבאר דינים הללו ומקורותיהם בהרחבה בסימן קצח, ב.

2. פירות נקנים בחליפין, אך אינם קונים, דק"ל כרב נחמן ולא כרב ששת, ב"מ מז. (.

3. מטבע ושטרות אינם נקנים בחליפין, וכ"ש שאינם קונים. נתבאר בסימן קצח, ב.

4. טובת הנאה אינה ממון, האם נקנית באגב ובחליפין? רמ"א – לא, וכן הסכים הקצות. ש"ך – כן, נתיבות – באגב כן, בחליפין לא. הג' מיימוני ובעל העיטור כתבו שטובת הנאה אינה ממון ואינה נקנית בחליפין, וכן פסק הרמ"א. הש"ך תמה שהרי בקידושין (כז). מבואר שהעמידו את המקרה של ר"ג וזקנים שמיירי באגב, ואע"פ דלא היה לר"ג בתרו"מ אלא טובת הנאה. ולכן כתב שאע"פ שטובת הנאה אינה ממון, אך לגבי חליפין ואגב חשיבא כממון. הנתיבות (ג) כתב לדחות ראית הש"ך, שהגמ' בקידושין הוכיחה מהמעשר עני שהקנה לר"ע, ומיירי במ"ע בטבולו שהוא ממון גמור. עוד כתב שאע"פ שטובת הנאה נקנית באגב כדמוכח ממעשה ר"ג וזקנים, אך אינה נקנית בחליפין שהרי אף מטבעות ושטרות שהם ממון גמור אינם נקנים בחליפין כיון שאין גופן ממון, וכ"ש טובת הנאה.

5. דבר שאין בו ממש אינו נקנה בחליפין, והוי קנין דברים; ב"ב ג. "וכי קנו מידן מאי הוי?!" קנין דברים בעלמא הוא".

קנין 'אתן' – מח' האם נחשב קנין דברים או לא, עיי' בסי' רמה.

6. אף כשמקפיד שהדברים שמחליף ביניהם יהיו שווים – הוי חליפין, וכ"ש כשאינו מקפיד שיהיו שווים. ב"מ מז. "חליפין ומקפיד עליהן מאי? וכו'. אמר רבא: אטו חליפין בשופטני עסקינן, דלא קפדי? אלא: כל חליפין מיקפד קפדי, וקנה".

7. הקנאת מטלטלין בתורת דמים כשאנו מקפיד לידע שווי החפץ: סמ"ע (ב) מהני, דדמי ל'מכור לי באלו (ס"י קצא, א). נתיבות – לא קנה, דדוקא שם מהני, שהרי אינו יודע כמה מעות נותן לו, אך הכא אמרין שסתם אינשי בקיאי בשומא, וממילא לא דמי להם.

8. חליפי שוה בשוה, האם קונים אף פירות? ר"ת, רמב"ם, רשב"א – כן. יש אומרים שלא. תוס' (ב"מ מז.) כתבו "ומפרש ר"ת גאולה זו מכירה ולרבי יוחנן גאולה בכסף ולר"ל במשיכה, תמורה זו חליפין של שוה בשוה דמהני לכ"ע אפי' בפירי, לקיים כל דבר לרבות אינו שוה בשוה למר אף במטבע ופירי ולמר דוקא בכלי". ומבואר בדבריו שמלבד קנין כסף, יש עוד ב' סוגי קנייני חליפין: חליפין בשוה בשוה שמועילים בכל דבר, וחליפי סודר (היינו שהחפץ שעושים בו הקנין אינו בשווי הדבר הנקנה) שמהני רק בכלי. וכן דעת הרמב"ם בפ"ה מהל' מכירה, וכן דעת הרשב"א. וכן פשט הסוגיות שפירות קונים בחליפין, כגון בדף מד: 'וקני ליה פירא לטבעא', וכן לגבי מחליף פרה בחמור למ"ד שבהמה מיקרי פירי ואינה חשובה ככלי (רש"י). הב"י כתב שכן דעת רבינו ירוחם ורב האי. הרב המגיד הביא שדעת קצת מן המפרשים שאין חילוק בין סוגי החליפין, ובכל ענין פירי אינם עושים חליפין. הטור והרא"ש לא הביאו את דינו של רבינו תם, הב"י הבין שאף הטור מודה לדין זה, והראה שלא כתב אלא שמטבע אינו קונה בחליפין ולא הזכיר פירות. היו שרצו לומר שהרא"ש חולק על דינו של ר"ת, מכך שהביא ראיה ממחליף פרה בחמור, שבהמה מיקרי כלי, דאלי"כ איך קונים בה?! ומשמע שלא סובר כר"ת, כיון שהיה יכול להעמיד ששם מיירי בחליפי שוה בשוה, ולכן מהני אף בפירות. הגר"א (ס"ק לד) נקט שהטור והרא"ש חולקים על ר"ת.

כמי פסק השו"ע? השו"ע לא הזכיר חילוק זה בשום מקום, אולם הרמ"א כתב בסוף הסעיף את ב' הדיעות. רעק"א הבין שהשו"ע פסק שלא כר"ת, מכך שלא הזכיר דין זה. אולם, הגר"א (לד) והנתיבות (ג) הבינו שהשו"ע פוסק כדעת ר"ת. הגר"א נקט שהרמ"א חולק וסובר כטור, שאין חילוק ביניהם. הראיה המרכזית לכך שפסק כר"ת היא מדבריו בסעיף ג, שלשונות של זהב וכסף הרי הם כשאר מטלטלין וקונים זה את זה בחליפין, אע"פ שאינם ראויים למלאכה ואין עליהם שם כלי?! רעק"א תמה על השו"ע מדוע העתיק את לשון הרמב"ם בדין זה, הרי לא ס"ל כוותיה?! אולם, הגר"א והנתיבות למדו מכאן שפסק כר"ת! כמו כן, מדברי הב"י משמע שהבין שרוב הראשונים סוברים כר"ת, וכל מי שלא כתב להדיא אחרת – פוסק כמותו. שהרי למד שמכך שהטור לא הזכיר להדיא בפירות שאינם קונים בשום ענין (וכוונתו אע"פ שכתב כן בס"א, אך שם איירי לגבי קנין סודר, משא"כ לגבי שוה בשוה שם לא הזכיר כן; וכן ביאר בפרישה), שהוא סובר שיש מצבים שהם קונים. א"כ נראה שנכון לומר כן אף בשו"ע, שמכך שלא הזכיר להדיא בפירות אינם קונים בשום ענין, אלא בסעיף א לגבי קנין סודר, מוכח שסבר שבחליפי שוה בשוה – קונים.

סעיף ב

החליף חמור בפרה וטלה, ומשך את הפרה ולא משך את הטלה, לא קנה, מפני שאין כאן משיכה גמורה. וי"א דדוקא בכהאי גוונא, משום שאין החמור ראוי ליחלק; אבל אם אמר: פרה וטלה בכור חטים, ומשך הפרה ולא משך הטלה, קנה בחטים כנגד דמי הפרה. (ו"א דאם ראובן החליף עם שמעון ולוי, ונתבטל אצל אחד, בטל ג"כ נגד השני) (ת"ה סימן ש"א).

סעיף ג

לשונות של זהב ושל כסף ושל שאר מיני מתכות, הרי הם כשאר מטלטלים ונקנים בקנין, וקונים זה את זה בהחלפה. אבל המטבעות של כסף או של זהב או של נחושת, הרי כולם דמים כנגד שאר מטלטלים, והנותן אחד מהם בדמי מטלטלים לא קנה, ואין אחד מהם נקנה בקנין, ולא נעשה קנין. הגה: ולפיכך המיוחד מעות והקנה לאחד בחליפי המטלטלים, הואיל ולא קנה זה המעות לא קנה זה המטלטלין, אף על פי שמשכן. ודוקא בתורת חליפין, שייחד לו המעות; אבל בתורת דמים, משמשך החפץ נתחייב בדמיו מיד (טור).

1. גושי זהב/כסף או שאר מיני מתכות הרי הם כמטלטלין, ונקנים בחליפין.

2. כל סוגי המטבעות, אם נותנם בדמי חפצים אחרים, דינם כדין המטבע שאינו קונה בתורת קנין דמים, שהרי מעות אינם קונות, ולא בתורת קנין חליפין, שמטבע אינו עושה חליפין. כמבואר בב"מ מה: , ונתבאר לעיל בס"י קצה, ב. אך כאשר נותנם בדמי מטבעות אחרים יתבאר דינם בסעיף הבא.

3. מטבע אינו נקנה בחליפין, ג"ז נתבאר שם.

4. האם מטבע נקנה בתורת דמים, כאשר רוצה לקנות מטבע ספציפי? קצות – לא, נתיבות – כן. דתליא במח' שבסמוך:

5. האם אפשר להתחייב חפץ מסוים? קצות – לא, דאין מושג של חיוב הגוף אם אינו חייב באחריותו. **נתיבות – כן,** דאע"פ שאינו חייב באחריותו אך יכול לסלקו במעות.

הטור כתב שאע"פ שמטבע אינו נקנה בחליפין, אך אם מושך את החפץ ורוצה להתחייב לו המטבע בתורת דמים קנה, אך דווקא כשלא ייחד לו מטבע מסוים, אבל אם ייחד מטבע מסוים לא קנה, דכיון שאינו חייב באחריותם אם יאבדו – לא סמכא דעתו של הלוקח. ומפשט דבריו משמע שכאשר ייחד לו מטבע מסוים זה תורת חליפין. וא"כ קשה הרי עיקר הטעם הוא מפני שמטבע אינו נקנה בחליפין דדעתיה אצורתא!! ועוד, שאם כדבריו מדוע שאר חפצים נקנים בחליפין, הרי בכל חליפין אינו חייב באחריותם ולא סמכא דעתיה!! **הסמ"ע** (ז) הבין שאבידה שכתב הטור היינו פסול מטבע והוא שכיח, משא"כ בשאר מטלטלין שאבידה ומיתה לא שכיחא. **הט"ז** חלק עליו וביאר שהטור מיייר כשנותן לו בתורת דמים, אלא שאינו רוצה להתחייב באחריות המטבע, אלא להקנות לו מטבע מסוים בלא חיוב אחריות, (וזה הכוונה בתורת חליפין), ואינו קונה אע"פ שבכה"ג הקנין אמור להועיל, כיון שלא סמכא דעתיה.

הקצות (ב) והנתיבות (ו) הסכימו עם הט"ז שהטור מיייר כשרוצה לתת את המטבע בתורת דמים ולא בתורת חליפין, ולא מהני כיון שהוא לא רוצה לקבל עליו אחריות. **אלא שנחלקו בטעם הדבר: הקצות נקט שהוא מפני שאין תורת חיוב אלא כאשר מקבל עליו חיוב אחריות, אך אם רוצה להתחייב חפץ מסוים, ושם יאבד לא יתחייב באחריותו, א"כ אין על זה שם חיוב אלא קנין,** ונמצא שהוא רוצה להקנות לו אותו בחליפין ומטבע אינו נקנה בחליפין. וכתב שכן מוכח מהמהרי"ט. **אולם, הנתיבות חלק עליו וסבר שאפשר להתחייב חפץ מסוים, דאע"פ שאינו חייב באחריותו אם יאבד, אך סו"ס שם חוב עליו שהרי הוא יכול לסלקו במעות אחרים,** שהרי אף באפותיקי מפורש יכול לסלקו במעות, ונמצא שאין זה קנין של החפץ אלא התחייבות של חפץ, שגופו משועבד ליתן לו חפץ זה דווקא. ולכן אם אדם רוצה להתחייב מטלטלין מסויימים בתורת דמים – מהני, וכן מוכח מרש"י (ב"מ מו: ד"ה כיצד), והמהרי"ט לא איירי בהכי. ואפ"ה הטור כתב שלא מהני מפני שמייירי כשהלוקח אומר 'מכור לי במעות אלו' ומבואר שאינו רוצה שיהיה שום התחייבות, אלא רוצה שיקנו לו המעות מיד, ואע"פ שאומר שזה בתורת דמים אך זה ממש חליפין ולכן לא מהני במעות, אך במטלטלין מהני.

סעיף ד

במה דברים אמורים, בזמן שמכר שאר מטלטלים באחד ממיני מתכות אלו. אבל המוכר מטבע במטבע, הדינרים של זהב לגבי מטבעות של כסף הרי הם כפירות. הגה: ואם הקנה לו הכסף בתורת דמים, שלא ייחד דוקא מעות אלו, משמשך הזהב נתחייב לו הכסף כפי מה שפסק עמו (טור). וכן המעות של נחושת כמו פירות לגבי מטבעות של כסף. כיצד, נתן לו דינר זהב בכ"ה דינרי כסף, כיון שמשך הדינר זהב נתחייב ליתן לו הכ"ה דינרי כסף כמו שפסק עמו, אם חדשים חדשים, ואם ישנים ישנים. אבל אם נתן לו כ"ה דינרי כסף בדינר זהב, לא קנה עד שיקח הדינר של זהב.

1. כאשר רוצה לקנות מטבע תמורת מטבע, אע"פ שלגבי קנין חליפין אין חילוק ביניהם, כיון שאין מטבע נעשה חליפין בשום ענין, אך יש חילוק ביניהם לענין קנין דמים, שלעולם המטבע הפחות חריף ויוצא בהוצאה נחשב כפירות לעומת המטבע החריף, ולכן משיכתו בתורת דמים מועילה כדי לחייב את השני בדמיו.

נמצא שלעולם מטבע כסף נחשב מטבע לעומת מטבעות זהב, ולכן אם משך את הזהב לקנות את הכסף – קנה, ונתחייב לו את שווי דינרי הכסף כפי שפסקו. אך אם משך את דינרי הכסף כדי לקבל דינרי זהב – לא קנה.

כמו כן, מטבע כסף נחשב מטבע לעומת מטבעות נחושת.

ב"מ מד. "הזהב קונה את הכסף, והכסף אינו קונה את הזהב". ובגמ' "מתני ליה רבי שמעון בריה: הזהב קונה את הכסף. - אמר לו: רבי, שנית לנו בילדותיך הכסף קונה את הזהב ותחזור ותשנה לנו בזקנותיך הזהב קונה את הכסף? - בילדותיה מאי סבר ובזקנותיה מאי סבר? בילדותיה סבר: דהבא דחשיב - הוי טבעא, כספא דלא חשיב - הוי פירא, וקני ליה פירא לטבעא. בזקנותיה סבר: כספא דחריף - הוי טבעא, דהבא דלא חריף - הוי פירא, וקני ליה פירא לטבעא". בתוס' (מה). יש דעה שצריך לחשוש לרבי בילדותו, אך הרא"ש, הר"י והרמב"ם פסקו בזקנותו של רבי, שהרי חזר בו. ואע"פ שרב אשי אמר כילדותו מסתברא, הגמ' דחתה את דבריו.

2. כשמושך חפץ בתורת דמים, ונתחייב לו חברו את תמורתו, יכול להתנות בשעת המקח שיתחייב לשלם לו דווקא בסוג מסוים. כפי שמוכח הכא שיכול להתחייב לשלם לו דווקא דינרי כסף, ודווקא חדשים או ישנים כפי שהתנו.

ב"מ מה: "אמר רב אשי: לעולם בדמים, ומאי בכל מקום שהוא - כמות שהוא, כדאמר ליה. אי אמר ליה מארנקי חדשה יחבינא לך - לא מצי יהיב ליה מארנקי ישנה אף על גב דעדיפי מינייהו. מאי טעמא? דאמר ליה: לישנן קא בעינא להו".

הר"ן למד מכאן שהוא הדין אם בשעת משיכת מטלטלין התנה עמו שישלם לו את דמיהן דווקא בכור חיטין וכדו' שחייב ליתן לו כור חיטים ואינו יכול לסלקו במעות. האחרונים (קצות, נתיבות, מחנה אפרים) הקשו מסי' שלב שאף אם התנה עם הפועל ליתן לו שכרו מכור חיטין יכול ליתן לו דמים תמורתו! המחנ"א והקצות (ד) תירצו דשכר פועלה הוא כמו מעות, וכמו שאם נותן מעות בתורת דמים תמורת כור חיטין לא קנה, שהרי ביטלו חכמים קנין מעות; כך גם בשכר פועלה. והר"ן דיבר דווקא כשנותן פירות או שאר מטלטלין בתורת דמים, דדוקא בכה"ג קנה ונתחייב ליתן לו את מה שהתחייב לו בדווקא. הנתיות (ז) הקשה שבסי' שלב מבואר שיכול לחזור בו אף לכתחילה, ואי כדבריהם הרי קנה לענין מי שפרע! ולכן תירץ שפועל שאני שאין שום קנין חל על גופו, ואפי' במצבים שאין הפועל יכול לחזור, אין זה אלא התחייבות שהוא מחויב לעשות אך גופו אינו קנוי, ולכן לא שייך לדמות התחייבות של פועל לדין שלנו. כיון שאצלנו מדובר שכאשר הוא מושך את הזהב, הזהב נקנה לו ומחמת הקנין הזה חלה ההתחייבות שהתנו ביניהם ומחויב לשלם לו בדיוק מה שהתנו, משא"כ בפועל שלא קנה בגופו כלום, אלא שהוא התחייב לעבוד אצלו – בכה"ג לא שייך לדבר על קנין דמים.

סעיף ה

נתן לו שלשים איסר של נחושת בדינר כסף, חייב ליתן לו דינר כסף כמו שפסק עמו, אם חדש חדש, ואם ישן ישן. אבל אם נתן לו דינר כסף בשלשים איסרות נחושת, לא קנה עד שיקח האיסרות של נחושת. (ומעות שלנו, שכסף ונחושת מעורב ביחד, הוי' טיבעא לגבי כסף) (ר' ירוחם נ"ח"ב).

1. איסרי נחושת נחשבים כפירות לעומת דינרי כסף, ודינם כמו שנתבאר בסעיף הקודם לגבי זהב וכסף.

2. מעות שלנו, המעורבים מכסף ונחושת יחד, הוי' טבעא לעומת מטבע כסף צרף; כ"כ רבינו ירוחם והביאו הב"י, וטעמו מפני שהם חריפים טפי, ונראה שהכל לפי המקום והזמן.

סעיף ו

נחושת, יש אומרים דהוי' טיבעא לגבי דהבא, ויש אומרים: דהוי' פירא לגבי דהבא.

מטבע נחושת לעומת מטבע זהב: י"א שהנחושת נחשב מטבע, כיון שהוא יותר יוצא בהוצאה; ר"י, וראיתו שהרי הייתה הו"א בגמ' שהוא טבעא לגבי כסף. וכן דעת הרשב"א. וי"א שהזהב הוא המטבע והנחושת הוא הטבעא, הרא"ש, וטעמו שדווקא כסף שהוא גם חשוב וגם חריף, ולכן נחשב טבעא לגבי זהב; משא"כ נחושת שהוא רק חריף ואיננו חשוב. הנמוק"י כתב שכן מוכח בירושלמי, ושכן דעת הרמב"ן והר"ן.

סעיף ז

כולם יש להם דין מטבע לגבי שאר מטלטלים, וכולם זה כנגד זה, כגון שמכר דינר זהב בדינר זהב, או דינר כסף בדינר כסף, או דינר נחושת בדינר נחושת, יש להן דין מטבע.

1. כל סוגי המטבעות יש להם דין מטבע לעומת שאר מטלטלין. כן למדו הראשונים מדברי המשנה "מטלטלין קונין את המטבע, מטבע אינו קונה את המטלטלין", שהמשנה באה להשמיענו שכל סוגי המטבעות נחשבים כמטבע לעומת מטלטלין.

לגבי זהב: דעת רב האי (הובאה בתוס' ובר"ף) שמטבע זהב נחשב כפירא לכל מילי, אף לעומת מטלטלין. הר"ף חלק עליו והאריך להוכיח שאע"פ שלגבי כסף פירא הוי' לשאר מילי טבעא הוי', וכן מצינו לר' יוחנן בגמ' וליכא מאן דפליג עליה, וכן הסכימו הר"ח והרא"ש.

2. כשמוכר סוג מטבע תמורת אותו סוג מטבע, שניהם נחשבים כמטבע ואינם נקנים.

סעיף ח

מעות הרעות שפסלתן מלכות או מדינה, או דינרים שאין יוצאים באותה מדינה ואין נושאים ונותנים בהם עד שמשנים אותם למטבע אחר, הרי הם כפירות לכל דבר, ונקנין בקנין, ומתחייבין על ידי משיכתן לתת מעות שפסקו, ואם נטלו כנגדן מעות, לא נקנו. הגה: וי"א דאלו מעות הרעות שלא נפסלו לגמרי, רק שאין יוצאין בהוצאה להדיא, נקראו מטלטלין (טור ונ"י פרק הזהב והמגיד פ"ז דמכירה), וכן נראה עיקר.

1. **מטבע שאינו יוצא בהוצאה כלל**, כגון שפסלתו מלכות או שבני המדינה המדינה אינם משתמשים בו, אע"פ שהמלך לא פסלו, או מטבעות שאינם יוצאים במקום זה אע"פ שיוצאים במדינה אחרת – הרי דינם כפירות, ונקנים

בקנין סודר, וקונים בתורת קנין דמים, דהיינו שעי"י שמושכים אותם, מתחייבים בדמיהם כפי מה שפסקו, וכמו שנתבאר בסעי' ג.

ב"מ מו: "תנן: כל המטלטלין קונין זה את זה. ואמר ריש לקיש: ואפילו כיס מלא מעות בכיס מלא מעות!! תרגמא רב אחא: בדינר אנקא ואניגרא, אחד שפסלתו מלכות ואחד שפסלתו מדינה. וצריכא, דאי אשמועינן פסלתו מלכות - משום דלא סגי כלל, אבל פסלתו מדינה, דסגי ליה במדינה אחריתי וכו'. ואי אשמועינן פסלתו מדינה - משום דלא סגי ליה לא בצנעא ולא בפרהסיא, וכו'". **וכ"כ הרי"ף, הרא"ש והרמב"ם. הרמב"ם הבין שזה בכלל מעות הרעות השנויות במשנה, וכן דעת רש"י. אולם, התוס' הראב"ד והרשב"א נקטו שמעות הרעות יוצאות בהוצאה, אלא שאינן יוצאות בקלות רק בדוחק, ולכן לשיטתם מעות הרעות דינם כפירות רק לגבי מעות הטובות, אולם לגבי שאר דברים דינם כמעות. משא"כ לשיטת רש"י והרמב"ם שמעות הרעות אינם יוצאות כלל, דתו אין עליהו שם מטבע כלל.**

השו"ע הביא את דעת הרמב"ם, אולם הרמ"א הביא את דעת הרי"ף. וכתב הגר"א שיש ט"ס בדברי הרמ"א, דלשיטתו אינם קרויות מטלטלין אלא לגבי מעות היפות, אך לגבי שאר דברים הרי הם כמעות, ואינם קונות.

2. מעות שאינם יוצאות בהוצאה כלל, האם דינם כפירות או ככלי? שו"ע - פירות. רמ"א - ככלי, כן כתב להדיא בסי' קצה סעיף ב. וכתב הגר"א שהשו"ע והרמב"ם הולכים לשיטתם שפירות קונים בחליפי שוה בשוה כדעת ר"ת, ולכן השו"ע כתב כאן שמעות שנפסלו לגמרי דינם כפירות. אולם הרמ"א אזיל לשיטתו שאין חילוק, ולכן הוא מוכרח לומר שמטבע שנפסל דינו ככלי, וכמו שכתב להדיא בסי' קצה, ב.

3. מעות שיוצאות בהוצאה בדוחק: שו"ע - דינם כמעות לכל דבר. רמ"א - דינם כפירות לעומת מעות טובות, אך אינם עושים קנין סודר.

סעיף ט

המטבע, אין דרך שיזכה בו מעתה מי שאינו ברשותו אלא על גב קרקע, כגון שקנה קרקע ועל גבו מעות, או שישכור מקום המעות, כיון שזכה בקרקע, בכסף או בשטר או בחזקה או בקנין, זכה במעות; והוא שיהיו אותם מעות קיימים, כגון שהיו מופקדים במקום אחר ולא כפר המפקיד.

אבל ראובן שהיה לו חוב על שמעון, והקנה ללוי קרקע ועל גבו החוב, לא קנה החוב, אבל יכול הוא להקנות לו החוב (של ישראל) במעמד שלשתן, כמו שנתבאר בסימן קכ"ו; וכן יכול הוא להקנותו לו על ידי שימכור לו או יתן במתנה שטר החוב, כמו שנתבאר בסימן ס"ו. (וע"ל ס"ק קכ"ג בדיני הרשאה).

1. אין דרך להקנות מטבע מסוים, אלא בב' אופנים: א. קנין אגב קרקע, ודווקא אם המעות בעין. ב. קנין חצר, דקנין רשות הוא כמו משיכה; גר"א. כ"כ הרמב"ם, וביאר הב"י שאע"פ שאפשר להקנות מטבע באופן נוסף, ע"י משיכת מטלטלין שמתחייב המושך בדמיהם, אך בכח"ג אין הוא מקנה לו מטבע מסוים אלא יש עליו חוב כשווי דמי החפץ. ועוד ביאר שאם רוצה להקנות במתנה, אין דרך מלבד ב' הדרכים הללו. הסמ"ע הביא את הפירוש השני של הב"י, וכתב שהוא עיקר.

מלשון השו"ע כאן דקדק הנתיבות שאין שום דרך להקנות מטבע, מלבד ב' אופנים אלו, ואפי' בקנין סיטומתא אינו נקנה.

2. כדי לקנות מטבע באגב, צריך שיהיו המעות בעין, כגון שהם בפקדון והנפקד אינו כופר בהם, דאם הוא כופר א"א להוציאן מידו. ואע"פ שמעות פקדון יכול הנפקד להוציאם, אך כל זמן שלא הוציאם עדיין ברשות בעליהם הם עומדים; קצות (ה), ולא כמו שרצה השארית יוסף לדקדק מדברי הנמוק"י במקום אחר שדווקא מטלטלין נקנים באגב ולא מעות פקדון. אך בהלואה שאינם בעין, לא מועיל קנין אגב.

ב"מ מו. "כי הא דרב פפא הוה ליה תריסר אלפי דינרי בי חוזאי, אקנינהו לרב שמואל בר אחא אגב אסיפא דביתיה", וכתבו הראשונים שמייירי שהיו מעות פקדון, וגרסו "הוה ליה" ולא "הוה מסיק", דאילו היו בהלואה לא היה יכול להקנותם כיון שאינם בעין. והרמב"ן הוכיח דין זה מב"ב קמח. "שכיב מרע שאמר תנו הלואתי לפלוני - הלואתו לפלוני, ואף על גב דליתיה בבריא" ומסיק דאיתיה בבריא במעמד שלשתן, אך לא אמרו שאיתיה בבריא בקנין אגב. מדברי הטור נראה שהבין שלדעת הרא"ש שכותבין הרשאה אף על מלוה, אפשר להקנות מלוהב אגב. ודחה הב"י דבריו, שאין זה ענין זה לזה, שאף הרא"ש מודה שא"א להקנותם וכותבין הרשאה מטעם שלא בעינן קנין גמור כדי לעשות הרשאה.

3. מעות בהלואה א"א להקנותם אלא בב' אופנים: א. מעמד שלשתן, וכמבואר לעיל ס"י קכו. ב. מכירת שטר החוב, כמבואר לעיל ס"י סו.

4. האם מטבע נקנה באודיטא? תוס', חכ"צ – כן, בעל העיטור – לא. ; רעק"א הביא ש"כ התוס' בב"ב קמח., והפתי"ש (ג) כתב בשם החכ"צ שמהני, ולמד כן מב"ב קמט. בעובדא דאיסור גיורא שהקנה המעות באודיטא, ולדעת רוב ככל הפוסקים מהני אודיטא אף בבריא. אולם, רעק"א הביא שבתשובות מיימוניות כתב בשם בעל העיטור שלא מהני אף באודיטא.

האם קנין אודיטא מועיל כדי שיחשב לכם, אע"פ שידעינן שאינו שלו? הפת"ש הנ"ל הביא שבשו"ת מוצל מאש נסתפק האם אדם שהודה ביו"ט שלולבו של ראובן, האם יכול ראובן לצאת בו ידי"ח, שהרי כלפי שמיא גליא שאינו שלו!! וכן אם ראובן חזר והודה שהוא של חברו האם נאמר ממ"נ א' מהם לא יצא!! ובספר עפרא דרבנן כתב שלדעתו פשוט שיצאו שניהם, כיון שאודיטא הוי קנין גמור, וחשיב כאילו נתן והקנה לו. וזכורני בשם רבותינו שהיו אומרים שאודיטא הוא כאילו אנו אחרי הקנין, דכל מעשה הקנין הוא כדי ליצור את המצב שהחפץ יכנס לרשותי ויהיה שלי, ובאודיטא אין צורך בקנין, דכיון שהודה שהוא שלו, הרי זה כאילו כבר נמצא אצלו ועבר לרשותו.

סעיף י

המחליף קרקע בקרקע, או מטלטלים בקרקע, או קרקע במטלטלים, כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו. הגה: החליף מעות ומטלטלים, או מעות וקרקע ביחד, י"א הואיל וחליפין אינן קונין במעות נתבטל כל הקנין, וי"א דכל הקנין קיים. וי"א דקיים אצל הקרקע והמטלטלים ובטל אצל המעות (מרדכי פרק מי שמת). והוא הדין אם קנו באיזה דבר המועיל בו קנין עם דבר שאין בו ממש, דהוי קנין דברים. שנים שקנו מזה לזה להחליף על כל אשר להן, י"א דלא מהני בזה קנין (ריב"ש ס' רס"ג) וי"א דמהני, אך כל אחד יעמוד בשלו וחבירו יתן לו המותר בנכסיו, דעיקר כוונתו היתה להרויח ולא להחליף ממש (ת"ה סימן ש"א). וע"ל סימן ר"ט סעיף ב'.

1. החליף קרקע בקרקע, או קרקע במטלטלין או מטלטלין בקרקע – כיון שזכה האחד נתחייב השני בחליפיו ; כ"כ הרשב"א בתשובה והביאו הב"י בריש הסימן. **הקצות** כתב שהמקור הוא בתוספתא, וכתב שמדברי השטמ"ק משמע שקרקע נקנית דווקא בחליפי שוה בשוה, שלא בעינן בהם כלי, דקרקע אינה כלי. אולם, לשיטת הסוברים שאין חילוק בין שוה בשוה לשאר חליפין, צריך לומר שקרקע נמי כלי מיקרי.

2. **הקנה דבר שמועיל בו קנין עם דברים שאין מועיל בהם הקנין:** י"א שלא קנה כלום, י"א שקנה הכל, דמיגו דחל הקנין לענין חלק מהדברים חל על הכל. י"א שקנה רק מה שמועיל בו קנין. כמי הלכה? סמ"ע – כדעה אחרונה, וכן מוכח לקמן בסי' רי סעיף ג לגבי קני את וחמור שפסק השו"ע שקנה מחצה, וכן הרמ"א בסימן רט סעיף ד הביא רק את הדעה השלישית, שהיא דעת רבינו שמחה. פת"ש בשם נודע ביהודה – ספיקא דדינא, וא"א להוציא מיד המוחזק. הנו"ב כתב שהוא ספיקא דדינא כיון שיש הפוסקים כרב המנונא שלא קנה כלל, ועוד שאף אם נאמר שבאת וחמור קנה מחצה, אך אפשר לומר שדווקא שם שהוא ב' דברים נפרדים – אמרינן הכי, אך כשרצה להקנות הכל ביחד, כגון כשאמר 'כולכם' או כשהקנה לו את כל הרכוש בחדא מחתא, אי"כ בכה"ג דילמא אף רב נחמן מודה שאם לא חל הקנין על חלק – לא חל כלל, שהרי בכה"ג אין דעת המוכר והקונה לקנות רק חלק. ולכן רצה ליישב שהרמ"א הביא כאן את ג' הדיעות, כיון שכאן מיירי שהיו מונחים לפניו מעות ומטלטלין ורצה להקנותם כולם כאחד, ואילו בסי' רט הביא רק את דעת רבינו שמחה, כיון ששם מיירי כשמקנה דשב"ל עם דשלב"ל, ובכה"ג ודאי שאין כוונתו להקנות הכל כאחד דמי יימר דאתי. ולכן פסק לגבי שטר שהקנה לו בו את כל רכושו, והיו בו גם מעות שאינם נקנים בקנין: שאם כתב בתחילת השטר 'וקנינא על כל הנ"ל' אי"כ כלל הכל במכירה אחת והמקח בטל, ואם כתב 'קנו ממני איך שאני נותן', אי"כ כל דבר הוא מקח בפני עצמו ויש צד לומר שהמכירה חלה (שהרי מצד המוכר כיון למכור כל דבר בנפרד), ואם נאמר בלשון הודאה לשעבר הכל חל, ואך המעות נקנו שהרי הודה שהקנה אותם באופן המועיל, ותלינן שהקנה לו באגב.

המרדכי כתב שנחלקו בדין זה חכמי הדור, וטעם הדעה הראשונה מפני שהכל קנין אחד ואם לא חל על חלק לא חל כלל, וכמו שנתבאר לגבי 'קני את וחמור' בב"ב קמג. - "את וחמור - רב נחמן אמר: קנה מחצה, ורב המנונא אמר: לא אמר כלום, ורב ששת אמר: קנה הכל" - שיש אומרים שלא קנה כלום. היו שסברו להיפך, ורבינו שמחה פסק שקנה רק מה שחל עליו הקנין. וטעמו שאע"פ שבקני את וחמור לא קנה כלל, אך שאני התם שחמור לאו בר קנין הוא כלל. ועוד הביא ראייה מכך שמטלטלין נקנין אגב קרקע, ולא אמרינן שיקנו במיגו שהקנין חל על הקרקע יחול גם על המטלטלין. הסמ"ע הוסיף שלדידן שקי"ל שאף בקני את וחמור קנה רק מחצה, כרב נחמן אי"כ פשיטא שהלכה כרבינו שמחה (ואע"פ שרבינו שמחה עצמו סבר שבקני את וחמור לא קנה כלום). הנהיבות כתב שלא נחלקו אלא בקנין סודר, דבחליפי הסודר מקנה את ב' הדברים, ואם לא היה קונה את שניהם יחד לא היה מתכוין להקנות לו כלל, ונמצא שקנין הסודר תלוי בשניהם, ולכן יש צד לומר מיגו או לבטל הכל. אבל בקנין חזקה פשיטא שקנה מחצה, שהרי אין קנין האחד תלוי בשני כלל.

3. **שנים שעשו קנין להחליף כל אשר להם:** י"א דלא מועיל בזה קנין, דהוי כמוכר דבר שאינו מסוים דלא סמכא דעת הלוך, כ"כ הריב"ש (רסג). וי"א שמהני קנין, אך א"צ להחליף ממש, אלא ישומו את השווי ויתן האחד לשני את המותר, דודאי לא הייתה כוונתם אלא להרויח; כ"כ תרומת הדשן (שיא).

ב"ה

סימן רד

אימתי מקבל החוזר בו מי שפרע ומתי נקרא מחוסר אמנה, ובו י"א סעיפים.

סעיף א

מי שנתן דמים ולא משך המטלטלים, אף על פי שלא נקנו לו המטלטלים כמו שנתבאר, כל החוזר בו, בין לוקח בין מוכר, לא עשה מעשה ישראל וחייב לקבל מי שפרע; ואפילו לא נתן אלא מקצת הדמים.

1. אם נתן המעות ולא משך, ואפי' לא נתן אלא מקצת המעות, כר' יוחנן שערבון קונה כנגד כולו, אע"פ שלא קנה – כל החוזר בו לא עשה מעשה ישראל, וצריך לקבל עליו 'מי שפרע'.

ב"מ מד. במשנה "נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות - יכול לחזור בו. אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדבורו". ובדף מח: "אתמר: ערבון, רב אומר: כנגדו הוא קונה, ורבי יוחנן אמר: כנגד כולו הוא קונה". ופירש"י "בקרקה לקנין גמור, ובמטלטלין לקבל מי שפרע", והלכה כר' יוחנן כנגד רב.

2. דין זה נכון אף אם רוצה לחזור בו רק ממה שלא קיבל עליו מעות, דכיון שקיבל מקצת הדמים קנה הכל, בקרקע קנין גמור ובמטלטלין למי שפרע; סמ"ע ג.

3. אם ראובן תובע לשמעון שמכר לו כלי בדמים והלה כופר: שלטי גבורים – יכול להשביעו היסת, ש"ך, קצות – אין יכול להשביעו, טעמו של הש"ך מפני שיכול הלה לחזור בו ולקבל מי שפרע, וא"כ שבועה זו למח: וטעמו של הקצות מפני שבכה"ג אין כלל כפירת ממון, שהרי לכו"ע אינו חייב לו ממון, ולכן כתב שרק אוררין סתם בבי"ד.

4. מכר חפץ בדמים ואונה אותו בשיעור שתות: ב"ח – מי שנתאנה יכול לחזור בלא מי שפרע, אע"פ שהמוכר רוצה להחזיר לו אונאתו. אך המאנה חייב לקבל מי שפרע, אם רוצה לחזור בו. ש"ך (ב) – שניהם צריכים לקבל מי שפרע, דמעות לענין מי שפרע, הרי הם כמשיכה לענין קנין גמור.

5. קנה מטלטלין ונתן לו שטר חוב עליהם: מחנה אפרים – קנה לגמרי, דבכה"ג אין חשש של 'נשרפו חטיף בעליה', כיון שעדיין לא קיבל המעות. נתיבות – לא קנה כלל, דשטר חוב הרי הוא כקנין מעות, ולא פלוג רבנן בקניינים, דקנין מעות לעולם אינו קונה אף היכא שאין חשש, ושאר קניינים קונים אף במקום שיש חשש כיון שבד"כ לא שייך בהם החשש הזה – לא פלוג.

6. האומר 'תן מנה לפלוני וקנה לך מטלטלין שלי' האם מהני? מחנה אפרים – כן, נתיבות – לא, דדוקא בקנין אדם חשוב שהוא מתורת חליפין כתב הר"ן שמהני במטלטלין, אך 'תן מנה לפלוני' הוא מדין מעות. (ועי' לעיל בסי' קצ בקצות ס"ק ג שאף קנין אדם חשוב לא מהני במטלטלין, דבעינן הנאת כלי בדווקא).

7. האם יש 'מי שפרע' בקרקע במקום שהכסף לבדו אינו קונה, כגון במקום שכותבין את השטר? ב"י – הרמב"ן והרשב"א הסתפקו בדבר, והיה נראה להם שלא אמרינן 'מי שפרע' בקרקע, וכתבו שאולי הרי"ף סובר שאף בקרקע אמרינן. והר"ן הכריע שאמרינן אף בקרקע, וטעמו שכל דבר שקונה מדאו' אמרינן מי שפרע. פת"ש בשם רעק"א – מוכח בתוס' שאף בקרקע אמרינן מי שפרע, אך תמוה בעיניו שלא הוזכר בשם פוסק בסי' קצ שצריך לקבל עליו מי שפרע. משכנות יעקב – אף בקרקע אמרינן מי שפרע, דכן הוא דעת הרי"ף, המרדכי, העיטור ובעלי התוס', הרי"ן והריטב"א והגה' אשרי; ולא מצינו מי שחלק עליהם בהדיא, אלא הרשב"א והרמב"ן שהסתפקו בדבר.

סעיף ב

נתן דמי המקח ונאנס קודם שיקחנו, ואמר ליה: תן לי מקחי או החזר לי מעותי, אף על פי שיש עדים שאבד באונס ולא היה כח במוכר להצילו ולא נתרשל בדבר, הרי זה מחזיר הדמים ואין כאן מקום למי שפרע. וי"א דהוא הדין למי שחוזר בו מפני שהוא ירא להפסיד כל המקח.

1. אפי' נאנס המקח – יכול לחזור בו, ואינו צריך לקבל עליו 'מי שפרע'. הבי"א כתב שבדין זה יש מח' משולשת: דעת רש"י והר"ה שחכמים ביטלו קנין מעות רק לגבי המוכר, כדי שיטרח ויציל ולא יתרשל, אולם אם נאנס

ולא יכל להציל – המקח קיים. ודעת רוב הראשונים שחכמים ביטלו קנין מעות לגמרי, אע"פ שנאנס המוכר. הראב"ן סובר שהקנין קיים לענין מי שפרע, ולכן אף בכה"ג צריך לקבל עליו מי שפרע. אולם, רוב הראשונים סוברים שבכה"ג שנאנס אף מי שפרע אינו צריך לקבל עליו. ועיין בסימן קצח סעיף ה (מס' 6) שהבאנו שם דין זה בהרחבה.

2. יש אומרים שאף כאשר ירא שיפסד כל המקח – אינו צריך לקבל עליו מי שפרע. כ"כ התוס' והרא"ש, שלא אמרו 'מי שפרע' אלא כאשר חוזר בו מחמת יוקרא וזולא, אולם כשחוזר בו מחמת שירא שיפסד כל מעותיו – אינו צריך לקבל מי שפרע. אך דווקא כשמדובר בהפסד גדול. אמנם, הב"י הביא שהגאונים חולקים וסוברים שדוקא כאשר הפסיד בפועל, אך אם הוא רק ירא שיפסד – אינו יכול לחזור בו.

הרא"ש הוכיח כן מב"מ מט. "ההוא גברא דיהיב זוזי אחמרא, לסוף שמע דקא בעי למנסביה דבי פרזק רופילא, אמר ליה: הב לי זוזי, לא בעינא חמרא. אתא לקמיה דרב חסדא, אמר ליה: כדרך שתיקנו משיכה במוכרין, כך תיקנו משיכה בלקוחות". ומכך שלא הזכיר לו רב חסדא שהוא צריך לקבל מי שפרע – מוכח שבכה"ג שחוזר בו משום חשש הפסד – אי"צ לקבל מי שפרע. וכתב הב"י בשם רבינו ירוחם שדווקא שיש חשש הפסד גדול, אך לא הפסד קצת כגון יין והחמץ, וכתב שכן משמע אף מדברי הרא"ש.

סעיף ג

הפוסק על שער שבשוק, וקבל דמים ולא היה לו אותו המין שפסק עליו, נתבאר בסימן ר"ט (ע"ל סימן ר"ט סעיף ו').

סעיף ד

כיצד מקבל מי שפרע, אוררין אותו בב"ד ואומרים: מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים הוא יפרע ממי שאינו עומד בדבורו. (ו"א שאומרים לו: הוא יפרע ממך אם אינך עומד בדיבורך (טור בשם הרא"ש). ו"א שאומרים לו ברבים) (מרדכי ס"פ הזהב).

1. האם בי"ד אומרים 'מי שפרע' בלשון כללית או בלשון ישירה? שו"ע – בלשון כללית, 'הוא יפרע ממי שאינו עומד בדבורו'. רמ"א – בלשון ישירה, 'הוא יפרע ממך'. הרמב"ם כתב כלשון המשנה, שהיא לשון כללית, אולם הרא"ש כתב שהכוונה שאומרים לו בלשון נוכח.

2. מדוע אומרים דווקא את אלו? כיון שבהם נתפרסמה השגחת הקב"ה, לפי שנפרע מהם בפומבי; סמ"ע ח.

סעיף ה

הלוקח מחבירו קרקע או שאר מטלטלים, ופסקו הדמים והניח משכון על הדמים, לא קנה, וכל הרוצה לחזור משניהם חוזר, ואינו חייב לקבל מי שפרע.

1. הקונה מחבירו קרקע או מטלטלין והניח משכון עליהם – לא קנה, כמו שנתבאר בס"ז ד"מנה אין כאן משכון אין כאן, ואף אין עליו לקבל 'מי שפרע'. כן דעת הר"י, הרמב"ם והרא"ש, ואין חילוק בשאלה אימתי הניח לו משכון עליהם.

קידושין ח: "בני רב הונא בר אבין זבון ההיא אמתא בפריטי, לא הוו בהדיהו, אותיבי נסכא עליה, לסוף אייקר אמתא, אתו לקמיה דרבי אמי, אמר להו: פריטי אין כאן, נסכא אין כאן". ולמדו מכאן הר"י והרא"ש (ב"מ פרק ד סי' יד) שהקונה במשכון אין עליו אפי' מי שפרע, שהרי רבי אמי לא אמר להם שעליהם לקבל מי שפרע. אמנם, בהג' מיימוניות ובמרדכי בשם העיטור כתבו שמייירי דווקא כשהניחו את המשכון לאחר מכן, אבל אם בשעת המקח הניחו משכון עליו הוי כמעות וקונה לענין מי שפרע. וכן הביא הב"י שיש הסוברים שבכל ענין קנה לענין מי שפרע, אלא שרבי אמי לא הזכיר זאת שם. אך הרמב"ם והפוסקים הסכימו לר"י ולרא"ש שבכה"ג אין עליו מי שפרע כלל.

הקצות (ב) כתב שאע"פ שבב"מ מז. מבואר שידברים ואיכא בהדיהו מעות' יש בהם מי שפרע, אך זה רק אליבא דריש לקיש הסובר שמעות אינם קונות מדאו', אולם אליבא דר' יוחנן שמעות קונות מדאו', כל היכא שיש קנין מן התורה – יש עליו מי שפרע. ולכן משכון שאינו קונה מהתורה – ליכא עליו מי שפרע. אלא שהקשה מדוע בסיטומתא שאינה קונה מהתורה יש מי שפרע? (ועי' בס"י רא שהחת"ס סובר שסיטומתא קונה מהתורה). לכן ביאר שלר' יוחנן זה לא תלוי בשאלה האם קונה מהתורה או לא, אלא האם מותר למוכר להשתמש במעות או לא? דכיון שמדאו' מעות קונות, נמצא שמותר למוכר להשתמש במעות, ולכן יש עליו מי שפרע, שהרי כבר קיבל הכסף וזכה בו. אולם במשכון כיון שלא זכה בו המוכר כלל, אין בו משום מי שפרע. אולם, בסיטומתא כיון שמדרבנן זכה בכסף יש עליו מי שפרע.

סעיף ו

מכר לו בדברים בלבד, ופסקו הדמים, ורשם הלוקח רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, אף על פי שלא נתן מהדמים כלום, כל החוזר בו אחר שרשם, מקבל מי שפרע. ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קנין גמור, נקנה המקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו. וכל זה בשרשם בפני המוכר, או שאמר לו המוכר: רשום מקחך. (ועיין לעיל סימן ר"א).

סעיף זה מופיע באותו לשון בסימן רא, א, קחנו משם.

סעיף ז

הנושא ונותן בדברים בלבד, הרי זה ראוי לו לעמוד בדבורו אף על פי שלא לקח מהדמים כלום, ולא רשם ולא הניח משכון. וכל החוזר בו, בין לוקח בין מוכר, אף על פי שאינו חייב לקבל מי שפרע ה"ז ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו.

1. הנושא והנותן בדברים בלבד, אע"פ שלא קנה אך ראוי לו לעמוד בדיבורו, ואם חוזר בו הרי הוא בכלל מחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו.

ב"מ מט. "דברים, רב אמר: אין בהן משום מחוסרי אמנה, ורבי יוחנן אמר: יש בהם משום מחוסרי אמנה. מיתיבי, רבי יוסי ברבי יהודה אומר: מה תלמוד לומר הין צדק? והלא הין בכלל איפה היה? אלא לומר לך: שיהא הן שלך צדק, ולא שלך צדק! - אמר אביי: ההוא שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב וכו'. ומי אמר רבי יוחנן הכי? והאמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: האומר לחבירו מתנה אני נותן לך וכו' - מותר לחזור בו. אמר רב פפא; ומודה רבי יוחנן במתנה מועטת, דסמכא דעתייהו". וכתב הרא"ש שלמסקנא אף רבי יוחנן מודה לפירושו של אביי, דאילו היה לומד כן מקרא לא היה לחלק בין מתנה מרובה למתנה מועטת, אלא טעמו מפני שמחסר אמונתו של חברו אם חוזר בו, וזה דווקא במתנה מועטת אך לא במתנה מרובה. ופסקו כל הפוסקים כר' יוחנן.

2. כשחוזר בו מחמת יוקר או זול, האם יש בו משום מחוסרי אמנה? שו"ע ורמ"א - כן, כדעת רש"י, תוס' ורוב הראשונים. ש"ך (ח) בשם ב"ח - ספק, דבירושלמי משמע כבעל המאור והרא"ש.

הרא"ש כתב בשם בעל המאור שהני מילי בחד תרעא, אבל בתרי תרעי יכול לחזור בו דלא גרע מ'מי שפרע' שיכול לחזור בו בתרי תרעי. והביא ראיה מבני רב הונא בר אבין זבון אמתא שהורה להם ר' אמי שיכולים לחזור בהם לכתחילה, ואמאי הרי יש בהם משום מחוסרי אמנה; **והסכים עמו, וכן דעת בעל העיטור.** וכתב הב"ח שכן מפורש בירושלמי. אולם, **בתוס' מבואר** שאף בהתייקר יש בו משום מחוסר אמנה, והוי כמתנה מועטת שאינו יכול לחזור בו. וכן משמע מפשט הסוגיא שרב כהנא רצה לחזור בו מחמת שהפשתן התייקר, והתיר לו רב משום דדברים ניהו, ואמרה הגמ' שרב כשמעתייה ומשמע שר' יוחנן אוסר אף בכה"ג! (ובעל המאור ביאר שרב הורה לו אליבא דכו"ע). **וכן סבר רש"י, וכן דעת הראב"ד, הרשב"א והר"ן, וכתב ה"ה שכן עיקר. וכן הסכימו השו"ע והרמ"א לדינא.**

3. הרמ"א חזר וכתב את ב' הסעיפים הללו בסוף הסימן, אלא שהוסיף שם את המח' בשאלה לגבי הוקר או הזול. וכתב הסמ"ע שהרמ"א לא שם לב שהב"י כתב זאת כאן, ולכן חזר וכתב שם (השו"ע כתב ע"פ הסדר של הרמב"ם, והרמ"א כתב ע"פ הסדר של הטור).

סעיף ח

וכן מי שאומר לחבירו ליתן לו מתנה, ולא נתן, הרי זה ממחוסרי אמנה. במה דברים אמורים, במתנה מועטת, שהרי סמכה דעתו של מקבל כשהבטיחו. אבל במתנה מרובה אין בה חסרון אמנה שהרי לא האמין זה שיתן לו דברים אלו עד שיקנה אותו בדברים שהם נקנים בהם.

1. כמו כן, אם אמר ליתן מתנה מועטת ולא נתן - הרי זה בכלל מחוסרי אמנה, אולם במתנה מרובה אינו בכלל זה, דלא סמכא דעת המקבל שיתנו לו. וכמו שנתבאר בסעיף הקודם.

2. כשאמר ליתן לו מתנה מועטת, אע"פ שעדיין לא נתנו לו - יכול להפריש עליו תרו"מ ממקום אחר; קצות ג, ואע"פ שעדיין לא זכה בו ואינו שלו, אך כיון שודאי לא יחזור בו, שהרי 'שארית ישראל לא יעשו עולה', ובידו לזכות בו - יכול להפרישו ולהקדישו.

הקצות הקשה על דברי הגמ' בסוגיא, "ישראל שאמר לבן לוי: כור מעשר יש לך בידי - בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר", מפני שהיו כמתנה מועטת. ואמאי? הרי עדיין לא זכה בו ואינו שלו, והכי צד יכול לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר! והביא בשם השטמ"ק ב' תירוצים: א. הוי כמכירי כהונה. ב. לא גרע מנותן רשות לחברו להפריש

משלו על של חברו. והקשה על התירוצים הנ"ל, שהרי אם מכירי כהונה הוי קנין גמור, א"כ מה הראיה למתנה מועטת, שלא קנאה כלל? ואי לא הוי קנין אלא רק כמתנה מועטת וחשיב כמוחזק בידו, כדברי התוס' בב"ב קכג, א"כ הדרא קושיא לדוכתא? ולכן תירץ ע"פ דברי הרא"ם שהביאם הרא"ש בנדרים (לד) שכבר של הפקר שאין אדם סמוך לו ויכול הוא לזכות בו – יכול הוא גם להקדישו, דכיון דבידו לזכות בו וודאי יבוא לידו – הרי זה כאילו כבר בא לידו; וה"נ כאן שודאי לא יחזור בו ובידו לזכות בו – חשיב כבא לידו.

סעיף ט

יש מי שאומר שאם רבים אמרו לאדם אחד ליתן לו מתנה, אינם יכולים לחזור בהם, אפילו אם היא מתנה מרובה.

ב"י בשם הג' מרדכי, והטעם מפני שבהכ"ג סמכא דעתיה שלא יחזרו בהם.

סעיף י

מי שהיה לו חוב אצל חברו ואמר ליה: מכור לי מטלטלין אלו בחוב שיש לי אצלך, ורצה המוכר, יש אומרים שהרי זה כמי שנתן דמים וכל החוזר בו מקבל מי שפרע; ויש חולקים. (ואומרים דאינו קונה אלא בהנאת מחילת מלוה, אפי' לא מחל לו לגמרי רק שהרויח לו זמן הפרעון ואמר ליה: יקנה לי חפץ שלך בהאי הנאה, הוי כנותן לו מעות) (טור בשם הרא"ש).

1. מכירה בחוב: יש אומרים שחוב הוי כמעות, וקונה בקרקע קנין גמור ובמטלטלין לענין מי שפרע; רמב"ם ורי"ף. יש אומרים שאינו כלום וא"א לקנות בו כלל, אף לענין מי שפרע; רא"ש, רמב"ן, רשב"א ורוב הראשונים, וכבר נתבאר מחלוקתם באורך בסימן קצט, ב קחנו משם.

2. מכירה בהנאת מחילת החוב: סמ"ע, קצות, נתיבות – חוב הבא מחמת מכר קונה קנין גמור, חוב הבא מחמת הלואה – אינו קונה אלא לענין מי שפרע. שהרי הנאת מחילת חוב קונה בתורת קנין דמים, ומעות אינם קונות אלא לענין מי שפרע, ובחוב הבא מחמת מכר לא שכיח ולא ביטלו הקנין, וכמו שנתבאר בסי' קצט, ב. גר"א – בכל ענין קונה, דכל הנאת מחילת חוב אינה שכיחה, ולא ביטלו בכה"ג קנין מעות. והחילוק בין חוב הבא מחמת מכר לחוב הבא מחמת מלוה, לא מצינו אותו אלא בדברי הרמב"ם.

מלשון הסמ"ע משמע שאף הרא"ש מודה לרמב"ם שאפשר לקנות בחוב הבא מחמת מכר קנין גמור, ולא נחלקו אלא בחוב הבא מחמת הלואה. וא"א לומר כן, אלא ודאי כוונתו שלכו"ע במטלטלין אם זה חוב הבא מחמת הלואה, אינו קונה אלא לענין מי שפרע, כל חד וחד כדאית ליה, לרמב"ם בחוב עצמו ולרא"ש בהנאת מחילתו. ובחוב הבא מחמת מכר קונה אף במטלטלין קנין גמור, לרמב"ם בחוב עצמו ולרא"ש בהנאת מחילתו.

3. מכירה בהנאת הרוחת זמן הפרעון: רמ"א – קנה, קצות – לא קנה, דהוי מקח הנעשה באיסור ריבית, ובכה"ג אין אפי' חיוב מי שפרע. ודוקא לגבי קרקע אמר הרא"ש שקנה, וצריך להחזיר המעות, דהוי ריבית קצוצה. אולם, במטלטלין שכל הקנין הוא רק לענין מי שפרע, קי"ל בסי' רט שמקח הנעשה באיסור אין בו 'מי שפרע', וצ"ע על הרמ"א.

אימתי הרויח לו זמן? סמ"ע – לאחר שהגיע זמן הפרעון, אך קודם לכן אין בו הנאה. נתיבות – אף קודם לכן.

סעיף יא

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.

הגה: אף על פי שבדברים בלא מעות יכול לחזור בו וא"צ לקבל עליו מי שפרע, מ"מ ראוי לאדם לעמוד בדיבורו אף על פי שלא עשה שום קנין, רק דברים בעלמא, וכל החוזר בו, בין לוקח בין מוכר אין רוח חכמים נוחה הימנו. והני מילי בחד תרעא, אבל בתרי תרעי אין זה ממחוסרי אמנה. וכל האומר לתת לחבירו מתנה מועטת ולא נתנה לו, הרי זה ממחוסרי אמנה (הכל בטור). ועיין לקמן סימן רמ"ט. וי"א דאפילו בתרי תרעי אסור לחזור, ואם חזר בו יש בו משום מחוסר אמנה (נ"י פ' הזהב והמגיד פרק ו' דמכירה וב"י בשם תוספות ורבינו ירוחם נ"ט ח"ד), וכן נראה עיקר.

1. מלוה שמכר מטלטלין ללוה במעות, ונתן הלוה המעות ועדיין לא משך – יכול המלוה לעכב המטלטלין עד כנגד דמי החוב, ואין עליו 'מי שפרע'. אולם, אם הלוה פורע לו החוב – חייב ליתן לו החפץ או לקבל עליו מי שפרע. אמנם, בסימן קצ, ו מבואר שאם מכר לו קרקע אינו יכול לעכבה בחובו, וביאר שם הסמ"ע הטעם שדווקא במטלטלין יכול לעכבם, מפני שיכול הלוה להבריחם, ולכן מותר למלוה לתופסם במשכון, משא"כ בקרקע שאינו יכול להבריחה.

2. דברי הרמ"א נשנו כבר לעיל סעיפים ז-ח.

ב"ה

סימן רה

דין מוכר מחמת אונס, ומסר מודעא ובטלה, ובו י"ב סעיפים.

סעיף א

מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח, אפילו תלוהו עד שמכרו, ממכרו ממכר בין במטלטלים בין בקרקע, שמפני אונסו גמר והקנה אף על פי שלא לקח הדמים בפני העדים. הגה: ויש חולקין וסבירא להו דבעינן שראו העדים נתינת המעות. אבל הודאתו לחוד לא מהני (טור וראב"ד פ"י דמכירה). וי"א דבעינן דווקא שנתן לו המעות, אבל אם נתן לו שטר עליו, אינו קונה (ב"ב בשם הראב"ד לדעת הרי"ף); ויש חולקין (ב"ב לדעת הרי"ף והרא"ש). לפיכך אם מסר מודעא קודם שימכור, ואמר לשני עדים: דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלוני לפלוני מפני אונס, הרי המכר בטל, ואפילו החזיק כמה שנים מוציאים אותה מידו ומחזיר הדמים. וצריכים העדים לידע שהוא מוכר מפני האונס ושהוא אנוס ודאי, לא שיסמכו על פיו. וכל מודעא שאין כתוב בה: אנו העדים ידענו שפלוני זה אנוס היה, אינה מודעא.

1. תלוהו וזבין – זביניה זביניה, דהיינו שאם אנסוהו למכור, ולקח הדמים – ממכרו ממכר. ב"ב מז: "אמר רב הונא: תלוהו וזבין - זביניה זביני וכו' אלא סברא הוא, אגב אונסיה גמר ומקנה".

להרחיב בקצרה

האם צריך שיאמר רוצה אני? פשט שו"ע, וכן כתב הגר"א – לא, והסוגיא בב"ק סב. דלא כהלכתא. נתיבות: אם אנוס אונס קטן או גדול – לא, אך אם לא אנוס כלל אלא שחטף ממנו החפץ ונתן דמיו – צריך לומר רוצה אני.

ב"ק סב. "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 והאמר רב הונא תלוהו וזבין זביניה זביני לא קשיא הא דאמר רוצה אני הא דלא אמר רוצה אני. הרמב"ם והטור השמיטו דין זה שצריך לומר רוצה אני, וכתב הב"י שטעמם מפני ששתיקתו הוי כאילו אמר רוצה אני. הגר"א כתב שטעמם מפני שהסוגיא בב"ק סוברת שחמסן הוא מדאורי, אך לדידן חמסן הוא מדרבנן (כדמוכח בסנהדרין) וא"כ אינו יוצא בדיינים, ולכן אע"פ שהוא חמסן אך זביניה זביני. אולם, הנתיבות כתב שכאשר יש אונס ממון או אונס הגוף ואפי' אונס קטן, אגב סהדי שאגב אונסיה גמר ומקני כדי שיניח לו לנפשו, וממילא א"צ שיאמר רוצה אני. אולם, אם חטף ממנו החפץ, אע"פ שנתן דמיו אין לנו שום סיבה לומר שנתרצה למכור, ולכן בכה"ג אם לא אמר 'רוצה אני' לא הוי מכר אלא גזילה, ואם אמר רוצה אני – אף מסירת מודעה לא מהני, מפני שבכה"ג לא הייתה לו שום סיבה להתרצות ולומר 'רוצה אני', וכיון שאמר 'רוצה אני' מוכח שאמר כן ברצון גמור, שהרי לא היה לו שום אונס שמכריחו למכור.

2. אם הודה שקיבל המעות, ולא ראו זאת העדים, ועכשיו טוען שלא הודה כן אלא מחמת אונסו? שו"ע: א. הבנת הסמ"ע והרמ"א – המקח קיים. שכן הוא פשט לשון השו"ע, שהיא לשון הרמב"ם. ב. הבנת הב"י וה"ה ברמב"ם, באר הגולה – המקח בטל. ואף הרמב"ם לא איירי אלא כשעומד בהודאתו גם עכשיו, ומודה שקיבל המעות אלא שטוען שנאנס על כך. אולם, כשחוזר בו מהודאתו ואומר שכפהו להודות – לא חל המקח. רמ"א: המקח בטל, דכן מוכח בש"ס דאמרינן יאי לאו דאודי ליה הוה ממטי ליה ולחמריה לשחור".

ב"ב מז. "ורב ביבי מסיים בה משמיה דרב נחמן: קרקע אין לו, אבל מעות יש לו; בד"א - שאמרו עדים בפנינו מנה לו, אבל אמרו עדים, בפנינו הודה לו - לא, כדבר כהנא, דאמר: אי לאו דאודי ליה, הוה ממטי ליה לדידיה ולחמריה לשחור". ואף אם לא נפסוק כרב ביבי אלא כרב הונא, שכאשר נתן מעות אף קרקע יש לו, דבכה"ג זביניה זביניה – אך אף הוא יודה לרב כהנא, דאין סברא שיחלוק בכך. וכ"ש לדעת הרמב"ם שפסק כרב ביבי, דסובר שלא פליגי רב הונא ורב ביבי.

3. האם נתינת שטר במקום כסף מהני? רמ"א הביא מח': י"א שלא, ראב"ד. י"א שכן, ב"י.

הרי"ף בגיטין (כו.) (מדפי הרי"ף) כתב "ואף על גב דאיפסיקא הלכתא בין ארצי ליה זוזי בין לא ארצי ליה זוזי התם גבי תלויה וזבין דעתיה למיתן ליה זוזי ודעתיה דמוכר למישקל מיניה זוזי, אבל הכא גבי אשה וסיקריקון ליכא מאן דיהיב להו זוזי הילכך לא מהניא כתיבת שטר עלייהו עד דכתיבי אחריות". הב"י הבין ברי"ף שכוונתו שכל היכא דנחית אדעתא דזוזי, והוא עדיין רוצה ליתן המעות – אמרינן שהמקח קיים, ומה שאמרה הגמ' "מודה שמואל היכא דיהיב זוזי" היינו שרוצה ליתן מעות, לאפוקי מסיקריקון שדעתו ליטול בלא דמים. ונמצא שאף אם עדיין לא שילם לו, אלא רק כתב לו

שטר מכר על השדה ורוצה ליתן לו דמיה – קנה. אולם, הראב"ד הבין שאף לרי"ף מיירי שבשעת סיום המכר נתן לו את דמיה, אך אם לא נתן דמים – לא חל המקח כלל.

הסמ"ע הבין שהרמ"א מדבר שכתב לה שטר חוב, דהיינו שזקף עליו את דמי המכירה במלוח. **אולם, הש"ך השיג שמייירי שעשה שטר על המקח,** ואע"פ שלא זקף במלוח, אך כיון שרוצה ליתן מעות מהני, וכן מבואר בב"י.

4. אם מסר מודעה בפני עדים – המכר בטל.

ב"ב מ. "מודעה בפני שנים, ואין צריך לומר כתובו וכו'. רבה ורב יוסף דאמרי תרויהו: לא כתבינן מודעה אלא אמאן דלא ציית דינא; אביי ורבא דאמרי תרויהו: אפי' עלי ועליד".

ב"ב מח: "טאבי תלא לפאפי אכינרא וזבין, חתם רבה בר בר חנה אמודעה ואאשקלתא וכו' ה"ק: אי לאו מודעה, מאן דחתים אאשקלתא – שפיר חתים; רב הונא לטעמיה, דאמר רב הונא: תליוהו וזבין – זביניה זביני. איני? והא"ר נחמן: העדים שאמרו אמנה היו דברינו – אין נאמנים, מודעה היו דברינו – אין נאמנים! ה"מ על פה, דלא אתי על פה ומרעא לשטרא, אבל בשטרא – אתי שטרא ומרעא לשטרא".

5. עדי המודעה צריכים להכיר באונסו, וצריכים לכתוב במודעה שהכירו באונסו.

ב"ב מ. "אמרי נהרדעי: כל מודעה דלא כתיב בה אן ידעינן ביה באונסא דפלגיא, לאו מודעה היא. מודעה דמאי? אי דגיטא ודמתנתא, גלויי מילתא בעלמא היא! ואי דזביני, והאמר רבא: לא כתבינן מודעה אזביני! לעולם דזביני, מודי רבא היכא דאניס, וכמעשה דפרדיסא".

מה צריכים להכיר? בפשטות הכוונה שיודעים שהוא באמת אנוס, ולא סתם ממציא או מדמיין. אולם, הסמ"ע הבין שצריכים לידע שהיה אנוס בשעת מסירת המודעה, וכן בשעת המכירה. הנתיבות (ו) תמה שמוכח מהראשונים שכאשר מסר מודעה לא חיישינן שמא נתרצה אח"כ בשעת מכירה!! ולכן רצה לומר שאף הסמ"ע כוונתו שצריכים לידע שלא נשתנה האונס לאחר מכן, כגון שתש כח האנס וכדו'.

6.

סעיף ב

במה דברים אמורים, במכר; אבל במתנה או מחילה אין צריכין להכיר באונסו.

במתנה או במחילה – א"צ שיכירו באונסו.

מדוע? רשב"ם, תוס' ועוד – כיון שמסתמא אנוס היה, דאי לאו הכי מדוע נתן או מחל? רמב"ם, שו"ע – אפי' לא היה אנוס, כיון שגילה שלא היה בדעתו לתת.

הנתיבות הקשה לדעת הרשב"ם והתוס' מדוע מהני ביטול מודעה במתנה, הרי כיון שידעינן שאנוס היה באותה שעה אין מתנתנו מתנה!! ותר"ץ שאף במתנה אם הוא אונסא דנפשיה לא מהני, א"כ מסר מודעה. ולכן ביטול מודעה מהני, דאמרינן אע"ג שודאי היה אנוס, אך דילמא הוא רק אונסא דנפשיה שאינו מבטל המתנה בלא מודעה.

סעיף ג

פשרה, דינה כמכר; ומחילה, דינה כמתנה. מתנה שכתוב בה אחריות נכסים, דינה כמכר (ריב"ש ס' ר"ן).

1. פשרה דינה כמכר, מחילה דינה כמתנה; כ"כ הרמב"ם.

2. סתירה מסימן יב שם מבואר שפשרה באונס אינה כלום כמתנה!!

ב"ח וקצות – אם מסתפק בדין הוי כמכר, אך אם ברור לו שהוא זכאי – הוי כמתנה.

פת"ש בשם מהר"ר עוזר, נתיבות (לולי דמסתפינא) – דין זה דווקא לגבי השאלה האם צריכים להכיר באונסו כדי לכתוב מודעה, אך אם ברור לנו שהיה אנוס – הפשרה בטלה אף בלא מודעה.

רעק"א בשם שו"ת בית שלמה – אם התובע נתרצה – דינה כמכר, אם הנתבע נתרצה – דינה כמתנה.

נתיבות – הסכים לדינא עם החילוק הראשון, והוסיף שהיינו דווקא כשלא כפהו על הסך, רק לעשות פשרה. כמו כן, אם הפשר מחמת שהשני הכחיש הכל, ובאו עדים אח"כ נתבטל הפשר לגמרי, דהוי כאילו לא קיבל דמים כלל, שהרי החזיר לו רק חלק מהגזילה. וכן אם הודה אח"כ שכפר בשקר, אך אם הודה רק על חלק מהתביעה – לא נתבטלה הפשרה.

3. מתנה עם אחריות נכסים – דינה כמכר. הסמ"ע כתב הטעם מפני שבמתנה לא כותבים אחריות נכסים, ומכך שכתב מוכח שזה בעצם היה מכר; ושכ"כ הריב"ש. ותמה על העיר שושן שכתב הטעם מפני שכנראה הוא קיבל מזה הנאה גדולה, והוי כמכר; שהרי גם בכל מתנה אמרין הכי שאי לאו דעביד ליה נייח נפשיה, לא היה נותן לו. ומה שאיתא בסימן רמב, א שמתנה באונס אפי' עם קיבל עליו אחריות נכסים אינה כלום, היינו דווקא כשידיעין שקבלת האחריות הייתה באונס.

סעיף ד

יש מי שאומר דהא דאמרין דכשלא מסר מודעא ממכרו ממכר, אם הוא בקרקעות אפילו לא נתן לו כל שוויו, לפי שאין אונאה לקרקע. אבל במטלטלים, כיון שיש בו כדי אונאה או כדי בטול מקח, אין כאן תורת מקח. והני מילי כשאינו כופהו אלא על המכירה, אבל בסכום המעות אינו כופהו. אבל אם כופהו ליתן לו פחות משוויו, אף בקרקע אין כאן תורת מקח, והוי כמו שאנסוהו ליתן, שאינה מתנה. (מיהו לענין זה הוי כמכר דאם מסר מודעא בעינן שידעו העדים באונסו כמו במכר) (ריב"ש ס' קכ"ז).

1. בקרקע, כיון שאין בה אונאה, בכל ענין המקח קיים, אפי' אם מכרה בזול מאד; כ"כ רבינו יונה.
2. ודווקא כשהכפייה הייתה על עצם המכירה, ולא על הסכום, דאם כפהו על הסכום הרי זה כאילו כפהו ליתנה לו במתנה; כ"כ הטור בביאור דבריו.
3. כשכפהו על הסכום, בעינן שידעו עדי המודעא באונסו, דכיון שיש לו הנאה שמקבל מעות, לא דמי ממש למתנה, וחיישין שנתרצה; רמ"א בשם הריב"ש.

סעיף ה

יש מי שאומר שאפילו אמר: כתבו לי שמסרתי מודעא בפניכם וכשיודע על פי עדים האונס שאנסוני יצטרף עדותכם לבטל המקח, אין שומעין לו. (מיהו אם כבר נכתבה המודעא, והביא אח"כ ראיה דאנוס היה, המכירה בטלה) (ב"י).

1. כאשר אין מכירים באונסו, אין כותבין לו מודעה, אע"פ שרוצה שתהיה בידו כדי שלאחר זמן כשימצא עדים על האונס יוכל לבטל המקח.
- דין זה הוא מדברי רבינו יונה, וטעמו שחיישין שמא כשיוציא המודעה לא יצריכוהו להביא עדים על האונס, ויאמרו חזקה שלא היו חותמים אם לא היו יודעים באונסו. אולם הרשב"א והר"ן חולקים וסוברים שכותבין לו מודעה בכה"ג, כדי שלא יאבד זכותו. ודייקו כן מדברי הגמ' 'אינה מודעא', ולא כתבו לא כתבין, ומוכח שכתבין אלא שאינה מודעא. הפת"ש הביא שהפנים מאירות הקשה הרי קי"ל שבי"ד בתר בי"ד לא דייקי, אך בי"ד בתר עדים דייקי, וא"כ לא חיישין לבי"ד טועין! והביא שבשטמ"ק מבואר שטעמו של רבינו יונה הוא מפני שאין לנו לכתוב חנם מסירת מודעה שמוסר ולאורועי כח המכר, שהמכר ודאי ואחזוקי עליה אונסא בלי שום אמתלא לא מחזקין. דהיינו שהאנשים יחשבו שכנראה המודעה הזאת נכונה, ותתזיל ארעיה.
2. מודעא שאין כתוב בה שהכירו באונסו, והביא עדים על האונס – המכירה בטלה. כ"כ הבי"י שכו"ע מודו בזה, שכל הצורך בכתובת המודעה היא רק 'למען יעמדו ימים רבים', והעיקר הוא שהעדים מעידים שמסר בפניהם מודעה, ושהיה אנוס באותה שעה.

סעיף ו

במה דברים אמורים שצריך שידעו שהוא אנוס, במוכר או בעושה פשרה; אבל במתנה או במחילה, אם מסר מודעא קודם, אף על פי שאינו אנוס, הרי המתנה בטלה, שאין הולכים במתנה אלא אחר גלוי דעת הנותן, שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו לא קנה המקבל מתנה; והמחילה, מתנה היא.

1. מסירת מודעה על מתנה או מחילה, מועילה אע"פ שאינו אנוס. דין זה הובא לעיל בסעי' ב, ומקורו מב"ב מ. "מודעא דמאי? אי דגיטא ודמתנתא, גלויי מילתא בעלמא היא!", וכבר הזכרנו שדעת חלק מהראשונים שאף בהם בעינן אנוס, אלא שמסתמא אנוס היה, אך דעת השו"ע שאף בלא אנוס המתנה בטלה, דבעינן שיגמור בדעתו לתת ולהקנות בכל לבו.
2. האם מודעה בגט שידוע שלא היה אנוס מהניא? רשב"ם, רמב"ן, קצות – לא. רמב"ם, רשב"א, רא"ש, בי"י – כן.

הרשב"ם כתב שמודעה על גט מועילה רק אם מוזכר בה שמחמת האונס מבטל הגט, ואע"פ שאין העדים יודעים באונס סגי בכך, דמסתמא אנוס היה. הרמב"ן הקשה מדוע בלא אונס אינה מועילה, הרי קי"ל שאפי' לאחר נתינת הגט יכול לבטלו! ותיירץ שיש חילוק בין ביטול גט לאחר כתיבתו, לביטול קודם כתיבתו. דביטול הגט מועיל מחמת ביטול השליחות שבו. וזה מהני דווקא לאחר הכתיבה, דאם ביטלו קודם שכתבו, אמרינן שמכך שחזר וציוה אותם לכתוב מוכח שנתרצה לעשותם שלוחים מחדש. עוד כתב הרמב"ן, שאף אם נאמר שאפשר לבטל גט גם קודם כתיבתו, אך לולי שאמרינן שמסתמא אנוס היה, המודעה לא היתה מועילה, שהרי במודעה הוא לא אומר שהוא מבטל את הגט, אלא רק מודיע שהוא אנוס. אולם, הרמב"ם כתב להדיא שיכול למסור מודעה, ולומר כל גט שאכתוב מכאן ועד כ' שנה - בטל, ומהני. וכן משמע מדברי הרשב"א, הרא"ש והב"י שאף אם ידעינן שאינו אנוס מהני הודעתו לבטל הגט. הקצות (ה) נקט שמח' היא בפירוש דברי הגמ' "גילוי מילתא בעלמא" האם הכוונה שהמודעה היא גילוי מילתא על האונס, או גילוי מילתא על חסרון הרצון של הנותן והמגרש.

עוד כתב שלדינא נראה לו כרמב"ן ולא מטעמיה, אלא מהטעם שכל הכח של מודעה לבטל את הגט והמתנה היא רק מתק"ח כדי להציל עשוק מיד עשוק, שהרי זו עדות מפי כתבם שלא מועילה בדרך כלל. ונמצא שכאשר אין אונס, ואין עדים שיעידו בע"פ על המודעה – הרי זה 'מפי כתבם' ולא מהניא.

סעיף ז

אחד האונס את חברו כשהכחו או תלאו עד שמכר, או שהפחידו בדבר שאפשר לו לעשות, הגה: בין אונס הגוף בין אונס ממון. מיהו יש חולקין וסבירא להו דאם הפחידו לאו כלום הוא, דעביד אנס דגזים ולא עביד (מהרי"ק שורש קפ"ו), בין בידי עובד כוכבים בין בידי ישראל, הרי זה אונס.

ומעשה באחד ששכר פרדס מחבירו לעשר שנים, ולא היה שטר חוב ביד המשכיר, ואחר שאכל השוכר ג' שנים אמר לו: אם לא תמכרנו לי אכבוש שטר שכירות ואטען שהוא לקוח בידי, ואמרו חכמים שהוא אונס. וכן כל כיוצא בזה, לפיכך אם תבעו המשכיר בבית דין, וכפר בו וטען שהפרדס שלו, ואחר כך מסר המשכיר מודעה, ואחר כך מכר לשוכר שכפר בו, הרי הממכר בטל, שהרי יש לו עדים שהוא אונס, והם העדים שכפר בב"ד, והם הם עידי המודעה, וכן כל כיוצא בזה.

1. אין חילוק בשאלה האם אנוס בפועל, או שרק איים עליו לאונסו, בדבר שבדיו לעשותו ; שו"ע. אמנם, הרמ"א הביא שיש חולקים וסוברים שאם הפחידו לא חשיב אונס, אך כבר תמחו על דבריו האחרונים והסכימו לדינא שאף באונס ממון אם הפחידו הוי אונס. הב"י (מחודש א) הביא בשם מהרי"ק שנחלק רבינו חננאל עם מהר"ם וראב"י בשאלה האם כשהפחידו להביאו בערכאות של גוים חשיב אונס וכתבינן מודעה או לא: הרי"ח סובר שכן, ומהר"ם וראב"י סוברים שלא. המהרי"ק הבין שהוא הדין לכל הפחדה בדבר שבדיו לעשותו. אולם, הנהיבות הביא בשם המהר"ש (תורת חיים) שתמה על הרמ"א שהרי אף המהרי"ק מודה שאם כתב מודעה מהני, ורק חלק שאין זה אונס לענין מתנה. ועוד כתב שם שלא נחלקו אלא לגבי איום להביאו בערכאות של גוים, שאף אם יתבעו לדין לא ברור שינצחו, ולא ברי היזקא, אך אם איים עליו בדבר שבדיו לעשותו וברי היזקא – לכו"ע הוי אונס. **וכתב רעק"א** שמאחר שרבינו האי גאון, ר"ח, רמב"ם, ריטב"א, רמ"א, העיטור, הרמב"ן, הרי"ן, הה"מ, הרי"י חסיד והרשב"א סוברים שאף באונס ממון הפחדה חשובה כאונס, אף אם יחיד חולק אין שומעין לו.

2. אין חילוק בשאלה האם אנוס באונס הגוף, או אנוס באונס ממון דקיל טפי. דהו"א שדווקא כשאנוסוהו באונס הגוף (כמו במקרה של 'טבי תלא לפפי אכירא') אמרינן גמר ומקני, כיון שלא רוצה לסבול יסורים גדולים, משא"כ באונס ממון, קמ"ל. וכדמוכח בגמ' במעשה דפרדיסא הסמוך, דהוא רק אונס ממון. וכ"כ התוס' (ב"ב מח.) והרא"ש שם.

3. אין חילוק בשאלה האם האונס היה על ידי גוים או על ידי ישראל, כ"כ הרמב"ם והטור, דאיכא למימר דלא גמר והקנה בישראל, כיון שאולי אח"כ יחזיר לו הגזילה ; כ"כ הב"י. והסמ"ע כתב להיפך, דלא אמרינן שבישראל אין זה אונס, שהרי היה לו לתובעו לדין.

4. מעשה דפרדיסא : מעשה בא' ששכר פרדס מחברו ל' שנים ולא כתב לו שטר על כך, ולאחר שאכלו השוכר ג' שנים אמר למשכיר: אם לא תמכרנו לי אכבוש שטר השכירות, ואטען שהוא לקוח בידי ואהיה נאמן מכח ג' שני חזקה. ואמרו חכמים שהרי זה אונס, ולכן אם תבעו בב"ד וכפר בו, ומסר מודעה, ומכרו לשוכר – הרי המכר בטל.

התקשו הראשונים בשאלה: כיצד הכירו העדים באונסו?

5. אם הטמין לו עדים מאחורי הגדר ושמעו שאמר שיכבוש שטר המשכנתא, האם מהני? סמ"ע – לא, דהיה לו לתבעו לבי"ד ע"פ עדים הללו, ומדלא תבעו מוכח שגמר והקנהו. לבוש, נתיבות – כן, דלא אמרינן הכי, שהרי כתבין מודעא אפי' אמאן דציית דינא, דזמנין שאין בי"ד מצוי; וסיים הנתיבות (חדושים יח) ומ"מ צ"ע בדין זה.

סעיף ח

במה דברים אמורים, באונס, שהרי הוא חמסן מפני שכופה את המוכר למכור שלא ברצונו. אבל הגוזל והוחזק בגזלן, ואח"כ לקח שדה שגזל, אין המוכר צריך למסור מודעא, כמו שיתבאר.

סעיף ט

עדי המודעא יש להם לחתום הם עצמם באותו הממכר שנמסר להם המודעא עליו, ואין בכך כלום; ואפילו אמר להם בפני האנס: ברצוני מכרתי בלא אונס, הוי המודעא קיימת, כשם שאונסו שמכר בלא רצון כך אונסו עד שאמר: ברצוני אני מוכר. (ע"ל סי' מ"ו אי נאמנים לומר: מודעא היה דברינו). הגה: שטר מודעה שאין בו זמן ואין העדים כאן ולא ידעין אי נעשית קודם המכר או אח"כ, המודעא כשרה ומבטלת המקח, מאחר דידעין באונסיה מסתמא מסר מודעא קודם לכן (מ"כ במרדכי ישן ודעת עצמו).

סעיף י

וכן אם הודה בפניהם שלקח הדמים אחר שמסר מודעא על כך, אינו חייב להחזיר כלום, שהאנס אנסו עד שיודה והעדים כבר ידעו שהוא אנוס. אבל אם מנה הדמים בפניהם, חייב להחזיר.

סעיף יא

העידו עליו עדי המכר שביטל המודעא, הרי המודעא בטלה. ואם אמר לעדי המודעא: הוו יודעים שכל קנין שאני לוקח לבטל המודעא שהכל בטל ואיני אומר כך אלא מפני האונס שאתם יודעים ואין ברצוני להקנות לזה האנס לעולם, הרי המכר בטל ואף על

פי שקנו מידו לבטל המודעא. הגה: מיהו אם חזר ובטל כל הבטולין שעשה בתחלה, י"א דמהני (טור בשם הרא"ש), וכן נוהגין לכתבו בשטרות לבטל כל מודעי דנפיק מגו מודעי עד עולם (ר"ן פ' הכותב). ודוקא במכר, אבל במתנה; כל זמן דידעינן באונסיה אף על גב דבטל מודעא לא הוי מתנה. אבל אי לא ידעינן אונסיה מהני ביטול מודעא אף במתנה (טור בשם הרא"ש וב"י בשם תוס' ור"ן ומהרי"ק שורש קי"ח); וכן אם הודה באיזה דבר שאינו חייב, הוי כמתנה לכל דבר (ב"י בשם הרשב"א).

סעיף יב

באיזה אונס אמרו שהוא מבטל המקח, באונס דאתי ליה מאחריני; אבל באונס דאתי ליה מנפשיה, כגון מי שמוכר מפני שהוא דחוק למעות, לא. 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. (וכל זה מ"י באנסוהו למכור, דאמרינן אגב אונסיה גמר ומקני; אבל אנסוהו לקנות, אינו קנין) (ב"י בשם עיטור).

ב"ה יום ב' כ"ב אדר ה'תשע"ז

סימן רז

המוכר נכסיו על תנאי, ודיני אסמכתא, והמחייב עצמו בדבר שאינו חייב בו, ובו כ"א סעיפים.

סעיף א

המקנה לחבירו בין קרקע בין מטלטלים, והתנה תנאים שאפשר לקיימם, בין שהתנה המקנה בין שהתנה הקונה (מיהו י"א דאם התנה המוכר טובת הלוקח אין זה תנאי, דלא הוי אלא פטומי מילי, והני מילי שמכר לו בתחלה סתם וקודם שנגמר המקח לגמרי הטיל המוכר תנאי, אבל אם בתחלה אמר המוכר: על תנאי כך וכך אני מוכר לך, אף על פי דהוי טובת הלוקח, מ"מ לא קנה רק אדעתא דהכי והוי תנאי גמור; וכן אם התנו תנאי ואח"כ כתבו השטר סתם, ודאי על תנאי הראשון (כתבוהו) (טור בשם הרא"ש והגהות מרדכי פ' איזהו נשך וב"י בשם תוספות ותלמידיו רשב"א), אם נתקיימו התנאים נקנה הדבר שהוקנה; ואם לא נתקיימו התנאים, לא קנה; וכבר נתבאר משפטי התנאי בטור אבן העזר (סימן ל"ח וסימן קמ"ד, וע"ל סימן רמ"א מדיני תנאי).

1. תנאי שא"א לקיימו אינו כלום, והמעשה קיים; **ב"מ צד.** במשנה "וכל שאפשר לו לקיימו בסופו והתנה עמו מתחילתו - תנאו קיים", אך אם א"א לקיימו התנאי בטל. בגמ' מבואר שזו דברי ר' יהודה בן תימא וטעמו מפני שבכה"ג אינו אלא כמפליגה בדברים, כלומר שאינו מתכוון כלל לתנאי אלא להקנטה בעלמא; אולם חכמים חולקים וסוברים שהתנאי קיים. אך רב נחמן פוסק כר' יהודה בן תימא, וסתם מתניתין כוותיה.

2. האם יש הבדל בין תנאי שהמוכר מתנה לטובתו או לטובת הלוקח? שו"ע - לא, רמ"א - כן, דאם באמצע המקח התנה המוכר לטובת הלוקח, והלוקח שתק - אינו כלום. אך אם מלכתחילה כך התנו, או שהלוקח חזר על התנאי - התנאי קיים.

ב"מ סה: "ההוא גברא דזבין ליה ארעא לחבריה שלא באחריות, חזייה דהוה קא עציב. אמר ליה: אמאי עציבת? אי טרפו לה מינך - מגבינא לך שופרא, שבחא, ופירי. אמר אמימר: פטומי מילי בעלמא הוא. אמר ליה רב אשי לאמימר: טעמא מאי - כיון דלוקח בעי לאתנויי, והכא מוכר קא מתנן, אמרת פטומי מילי בעלמא הוא, אלא מתניתא וכו', אמר ליה: נעשה כמאן דאמר ליה מדעתיה אתמר". נחלקו הראשונים בביאור החילוק בין מוכר ללוקח: **דעת הרמב"ם והראב"ד בשם הראשונים** שאין חילוק אמיתי בין מוכר ללוקח, אלא החילוק הוא בשאלה האם התנאי נעשה קודם סיום המקח ('ענין מוכר'), דבכה"ג התנאי חל, או שהוא נעשה לאחר סיום המקח ('ענין לוקח') שבכה"ג המקח נגמר ואין משמעות עוד לתנאי א"כ יעשו מעשה קנין נוסף על התנאי. **וכן פסק השו"ע. אולם, הרשב"א הקשה** הרי בכה"ג שהתנאי נעשה לאחר המקח פשיטא שאינו חל, ומה היתה ההו"א של רב אשי!! ולכן ביאר שמיירי שעשו את התנאי באמצע המקח, כגון שנתן מעות אך לא כתבו את השטר, ובכה"ג כיון שהלוקח נכנס לעסקה שלא על דעת התנאי הזה, ורק לאחר מכן הוסיף אותו המוכר לטובתו - בכה"ג אמרינן שלא התכוון אלא ליישב את דעתו, אך לא באמת התכוון לזה, והראיה היא שגם הלוקח ידע זאת ולא חזר על התנאי בפירוש, כיון שידע שאם יאמר שרק על דעת כן הוא קונה - המוכר יבטל את העסקה. **והסכים עמו הראב"ד. כן נראית גם דעת הרא"ש והתוס', וכן פסק הרמ"א.** (אמנם, הבי"י הבין שהתוס' סוברים כרמב"ם.

בדרישה האריך להוכיח שהתוס' והרא"ש אינם חולקים, ועוד הסיק שאין חילוק אם עשו את הקנין בסתמא ואח"כ התנו, או שקודם הקנין דיברו בסתמא ובשעת הקנין התנו, כיון שנתרצה בתחילה בלא התנאי - אמרינן שהתנאי הוא רק פטומי מילי בעלמא.

3. אם התנו תנאי, ואח"כ כתבו שטר בסתמא - על דעת התנאי כתבוהו; רמ"א.

4. כתב התיבות (א), והביאו הפת"ש שעכשיו נוהגין שבמטלטלין לא בעינן תנאי כפול.

סעיף ב

י"א דהני מילי כשקנה בדרך מהדרכים שקונים בהם והרי יש עליו לקיים התנאי, אבל אם לא קנה עתה, והתנה עמו שאם נתקיים התנאי הזה יקנה, ואם לא נתקיים לא יקנה, אף על פי שנתקיים התנאי לא קנה, שזו אסמכתא היא ולא קניא אלא אם כן אמר לו: קנה מעכשיו, וקנו מידו על כך.

אם התנו שאם יעשה כך וכך יקנה לו קרקע פלונית - אע"פ שנתקיים התנאי אינו מחויב להקנות לו, דהוי אסמכתא בעלמא.

מדוע בכל תנאי אין חסרון של אסמכתא? הבי"י והגר"א (ה) ביארו דברי הרמב"ם הללו שכאשר אומר מעכשיו, או שעושה את הקנין מיד – אין בכך חסרון של אסמכתא, ודווקא כאשר הוא מתחייב שאם יתקיים התנאי יעשה כך וכך – יש בזה בעיה של אסמכתא.

הסמ"ע (ו) נקט שהחילוק הוא בשאלה האם המוכר רוצה להקנות וזה עיקר כוונתו, אלא שמלבד זה הוא תולה זאת בתנאי – אין בכך אסמכתא. משא"כ כשעיקר רצונו שהשני יקיים את התנאי, אלא שהוא רוצה לשכנע את השני לעשות זאת ולכן הוא מוכן להקנות לו אם יעשה את התנאי – בכה"ג הוי אסמכתא.

הנתיבות (ב) נקט שהרמב"ם מיידי דווקא בקנין 'אתן', דבסתם תנאי אין חסרון של אסמכתא, ודוקא בכה"ג שהוא אומר לו 'אתן' או 'אקנה' שיטת הרמב"ם דמהני, אלא שבכה"ג אם יש עמו תנאי יש בו חסרון של אסמכתא, ולכן כדי שיועיל צריך שיתחייב בלא תנאי, או שיעשה את הקנין עכשיו.

ג-ד המוכר מחמת סיבה ובטלה

סעיף ג

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; לפיכך אם ירד המטר אחר שמכר, או באו חטים והוזלו, או נמנע הדרך לעלות לאותה הארץ, או לא נסתייע לו לעלות או לקנות החטים, הרי זה מחזיר לו הדמים ותחזור לו הקרקע, שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני והרי לא נעשה, וכן כל כיוצא בזה. הגה: ודוקא במוכר קרקעותיו, אבל במוכר מטלטלים לא מהני גילוי דעתו, עד שיתנה בדיני תנאי (טור בשם רש"י).

סעיף ד

אבל המוכר סתם, אף על פי שהיה בלבו שמפני כך וכך הוא מוכר, ואף על פי שנראים הדברים שלא מכר אלא לעשות כך וכך, 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. הגה: מיהו אי איכא אומדנא דמוכח, נתבטל המקח (תוספות והרא"ש כלל פ"ה). וי"א דבמתנה דברים שבלב הויין דברים (הגהות אלפסי פ' אלמנה ביזונית).

1. המוכר קרקע בגלל סיבה מסויימת ובטלה הסיבה, כגון שמכר קרקעותיו מפני שרצה לעלות לארץ ישראל, ולא נסתייע לו ולא הצליח לעלות:

א. אם פירש בשעת המכירה את הסיבה שמחמתה הוא מוכר – בטל המקח, ואע"פ שלא התנה כן במפורש, הרי זה כאילו התנה.

ב. אם לא פירש כן בשעת המכירה, אע"פ שפירש כן קודם המכירה, ואע"פ שנראה שמחמת כן מכר:

במכר - המקח קיים, ד'דברים שבלב אינם דברים'; אא"כ יש לנו אומדנא דמוכח שכן הייתה כוונתו.

במתנה - י"א שאף בכה"ג המקח בטל, (רמ"א בשם הג' מרדכי). דדוקא במכר אמרינן 'דברים שבלב אינם דברים', דכיון שקיבל מעות נתרצה במכירה בכל ענין, אא"כ יש לנו אומדנא דמוכח. אולם, במתנה שהיא בחינם אף אומדן דעת כל שהוא מבטל את המקח; סמ"ע י.

2. מה הדין במטלטלין?

רמ"א – דין זה נכון דווקא בקרקע, אך במטלטלין מקחו קיים בכל ענין. פת"ש (ה) בשם פרי תבואה – דין זה הוא מספק, ולכן אין מוציאין המטלטלין מיד הלוקח המוחזק, אך אם הם עדיין ביד המוכר – המקח בטל.

3. מה הדין באומר שמוכר על מנת לדור, ועלה ולא הצליח לדור? טור – מקחו קיים. ש"ך, ט"ז – מקחו בטל. חת"ס – אם יכל לדור בדוחק – קיים, אם לא – מקחו בטל.

קדושין נ. "ההוא גברא דזבניהו לניכסיה אדעתא למיסק לארעא דישאל, סליק ולא איתדר ליה; אמר רבא: כל דסליק אדעתא למיידר הוא, והא לא איתדר ליה. איכא דאמרי: אדעתא למיסק, והא סליק ליה. ההוא גברא דזבניהו לניכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל, לסוף לא סליק; אמר רב אשי: אי בעי סליק. איכא דאמרי: אי בעי לא סליק. מאי בינייהו? איכא בינייהו, דאיתיליד אונסא באורחא".

כתובות צז. "איבעיא להו: זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, הדרי זביני או לא הדרי זביני? וכו'. ת"ש: דההוא בצורתא דהוה בנהרדעא, זבניהו כולי עלמא לאפדניהו, לסוף אתו חיטי, אמר להו רב נחמן: דינא הוא, דהדרי אפדני למרייהו וכו'. והלכתא: זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, הדרי זביני".

סעיף ה

מי שהקנה לחבירו והתנה עליו: על מנת שתתן מקח זה או תמכרנו לפלוני, אם נתנו או מכרו לאותו פלוני, קנה; ואם לא קיים התנאי, ומכרו לאחר או שלא מכרו ולא נתנו בזמן שקבע לו, לא קנה. וכן המוכר או הלוקח שהתנה שיחזיר לו המקח בזמן פלוני, או כשיתן המעות, הרי המכר קיים ויחזיר כמו שהתנה. (ואי נתן לו בעל כרחו, אי מקרי נתינה וקיים התנאי, ע"ל סי' ק"ך).

סעיף ו

מכר קרקע, והתנה המוכר שיחזירנו לו כשיהיו לו מעות, צריך להחזירו לו כשיביא לו מעותיו; לפיכך אסור ללוקח לאכול פירות, דהוה ליה הנך זוזי כהלואה גביה.

סעיף ז

מכר לו סתם, ואמר ליה הלוקח מדעתו: כשיהיו לך מעות תביאם לי ואני אחזיר לך קרקע זו, הרי התנאי קיים והלוקח אוכל פירות, ואין בזה אבק רבית, שהרי מעצמו חייב עצמו בתנאי זה.

סעיף 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.

סעיף ט

הלווה על שדה מאה זהובים, והוא שוה יותר, (וי"א אפילו לא שוה יותר, בכי האי גוונא מיקרי אסמכתא) (ב"י), וא"ל: אם לא תפרעני עד שלש שנים (יהיה שלי), הוי

אסמכתא ולא קנה. אבל אם אמר ליה: אם לא תפרעני עד שלשה שנים תהא שלי מעכשיו, קנה. הגה: וי"א דאם בתחלה כשמשכנה הקפיד שלא למשכן רק זו הקרקע, קנה אפילו בלא מעכשיו (טור). וכן אם אמר ליה: אם לא אפרע לך לא יהא לך פרעון אלא מזו, הוי אפותיקי וקנה, ולא יוכל לסלקו אלא במעות.

סעיף י

כל היכא דלא קנה השדה משום דהוי אסמכתא, מנכה כל הפירות שאכל, מפני שהם רבית של תורה. וי"א דפירות שאכל תוך ג' שנים אינו מנכה, דלא הוי אלא אבק רבית. הגה: אבל מה שאכל אחר שלשה, צריך להחזיר (טור) וב"י בשם הראב"ד והרא"ש והתוספות). וכן בכל דבר שלא קנה משום אסמכתא, אף על גב שבא לידו צריך להחזיר, משום דהוי בטעות (מרדכי ונ"י פ' איזהו נשך). ויש חולקים ואומרים דאם בא ליד הקונה קנה, ולא הוי מחילה או נתינה בטעות. ודוקא פירות שאכל לאחר ג' צריך להחזיר, משום דהוי ביה קצת איסור ריבית, דהוי דרך הלואה, אבל בלאו הכי, קנה (הרא"ש כלל ע"ב סימן א' וריב"ש סימן של"ה/ש"ה).

סעיף יא

הנותן ערבון לחבירו ואמר ליה: אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך, והלה אומר: אם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך, אם חזר בו הלוקח, קנה זה הערבון, שהרי הוא תחת ידו. ואם חזר בו המוכר, אין מחייבין אותו לכפול הערבון, שזו אסמכתא היא, ולא קנה. הגה: ויש חולקין וסבירא להו דאפילו אם חזר בו הלוקח לא קנה המוכר, אף על פי שהוא בידו, אסמכתא לא קניא (טור בשם רש"י וראב"ד וב"י בשם הרא"ש); וכ"ש אם התפיסו ביד שלישי.

סעיף יב

וכן מי שפרע מקצת חובו והשליש השטר ואמר ליה: אם לא נתתי לך עד יום פלוני תן לו שטרו, והגיע הזמן ולא נתן לו, לא יתן השליש את השטר, שזו אסמכתא היא.

סעיף יג

וכן תנאים שמתנים בני אדם ביניהם, אף על פי שהם בעדים ובשטר: אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה ואם לא יהיה או לא תעשה לא אקנה ולא אתן לך, אף על פי שעשה או שהיה הדבר, לא קנה, שכל האומר: אם יהיה אם לא יהיה, לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה. הגה: ויש אומרים דג' חלוקין בדיני אסמכתא, דכל 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; ומה שיש בידו לעשות אם לא גזים, כגון שאמר: אם אוביר ולא אעבוד אשלם במיטב, לא הוי אסמכתא, וקניא;

אבל אי גזים ואמר : אם לא אעבוד אשלם אלפא זוזי, הוה אסמכתא ולא קניא. לפיכך כשמוכר מקנה ללוקח על תנאי : אם תעשה לי כך תקנה, הוי אסמכתא, כיון שקיום התנאי אינו תלוי ביד המוכר רק ביד הלוקח. אבל אם אין בידו לגמרי, ולא ביד אחרים, כגון המשחק בקוביא וכיוצא בו, שאינו יודע אם ינצח או לא ואפילו הכי התנה, ודאי גמר ומקני מספק. בד"א, כששוחקין במעות מוכנים. אבל אם שוחקים באמנה, אין מוציאין ממנו מה שהפסיד (טור בשם ר"י). ויש אומרים אפילו נתן לו משכון על המעות לא מהני, דמעות אין כאן משכון אין כאן, כמו שנתבאר לעיל סימן ק"ץ סעיף ט'; אבל כשמעות מוכנים על הדף, מותר לשחוק ואין בו אסמכתא (מרדכי פרק זה בורר), ודלא כיש חולקין ואוסרין לשחוק בכל ענין (הגהות מרדכי הנ"ל). וי"א דאינו מותר רק כשהדף שהמעות מונחים עליו קנוי לשניהם (תוס' פי הנ"ל ב"י בשם ר"י), וע"ל סי' ש"ע, ולא מקרי אסמכתא אלא כשעיקר הדבר תולה בתנאי, אבל מי שמחייב עצמו לחבירו ואומר : אם יהיה בחיים יתן לו ואם לאו יתן ליורשיו, זה לא מקרי אסמכתא, דהא על כל פנים חייב ליתן לו, וכן כל כיוצא בזה (ב"י בשם תשובת רשב"א). י"א הא דמשחק בקוביא לא הוי אסמכתא, הוא מטעם דמאחר ששניהם מתנן זה כנגד זה וכל אחד יוכל להפסיד, אגב דבעי למקני גמר ומקני. ולכן כל שנים שהמרו זה עם זה, קנו, אם קנו מידן; ודוקא שאין בידן גם כן, אבל מה שבידן, לא, כמו שנתבאר גבי ערבון בסמוך סעיף י"א (טור ומרדכי פרק איזהו נשך בשם ר"ת); ואפילו בזה יש חולקין, ולכן הוצרכו לתת טעמים אחרים גבי משחק בקוביא וקנסות שדוכין, לקמן סעיף ט"ז.

סעיף יד

כל האומר : קנה מעכשיו, אין כאן אסמכתא כלל, וקנה, שאילו לא גמר להקנות לא הקנהו מעכשיו. כיצד, אם באתי מכאן ועד יום פלוני קנה בית זה מעכשיו, וקנו מידו על כך, הרי זה קנה אם בא בתוך הזמן, וכן כל כיוצא בזה. הגה : וי"א דמעכשיו לחוד לא מהני לסלק אסמכתא, אלא בעינן ג"כ שיקנו ממנו בבית דין חשוב ומעכשיו (תוס' והרא"ש ומרדכי פרק איזהו נשך). וי"א דכל האומר : על מנת, כאומר : מעכשיו, דמי, לענין אסמכתא (ב"י לדעת הרמב"ם). ויש חולקין אם האסמכתא היא בדרך קנס לא אמרינן על מנת כמעכשיו דמי (ב"י בשם תשובת רשב"א סימן תתקי"ז, ואלף קמ"ט).

סעיף טו

אסמכתא שקנו עליה בבית דין חשוב, הרי זה קנה, (וכל שלשה דבקיאי בדיני אסמכתא מקרי בית דין חשוב לענין זה) (טור בשם הרא"ש והרא"ש כלל ע"ב סי' ה'). וי"א דבעינן בית דין חשוב שבעיר או המומחה לרבים (מרדכי פרק א"י והמגיד פי"א דמכירה). ואם צוה לכתוב בשטר שקנו ממנו בבית דין חשוב, אף על גב דלא קנו, מהני, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. ואפילו לא אמר בפירוש, אלא צוה לכתוב שטר חוב, מהני כאילו פירש בהדיא (הגהות מיימוני פי"א דמכירה ותשובת מ"י דקנין סימן ד'), ועיין לעיל סימן ס"א סעיף ה'; והוא שיתפס זכיותו בבית דין, והוא שלא יהיה אנוס. כיצד, הרי שהתפס שטרו או שוברו בבית דין, וקנו מידו שאם לא יבא ביום פלוני ינתן שטר זה לבעל דינו, והגיע היום ולא בא, הרי אלו נותנים, והוא שיהיה בבית דין חשוב. (וי"א אף על גב דלא התפס זכיותו מהני, הואיל וקנו ממנו בב"ד חשוב; וכתב הרא"ש דהכי נהיגי עלמא). ואם עכבו נהר או חולי לא יתנו; וכן כל כיוצא בזה, ונתבאר תשלוס דין

זה בסימן נ"ה ובסימן כ"א. הגה: וי"א דאם השלישו משכנות זה כנגד זה במשפטי גוים ובשטרותיהן, קנו אפילו באסמכתא, משום דינא דמלכותא דינא (בית יוסף בשם רשב"א) (ועיין לעיל סי' ס"ח).

סעיף טז

כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושין, קונין מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרים, ואחר שחייב עצמו קונים מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך הרי חוב זה מחול לו מעכשיו, ואם לא יהיה או לא יעשה הריני תובעו בממון שחייב עצמו בו; ועל דרך זה היו עושים בכל התנאים שבין אדם לאשתו בשידוכים ובכל הדברים הדומים להם, וכן אנו נוהגים. הגה: ודרך זה מהני בכל דבר ובכל ענין, ויש מקומות שנהגו לכתוב שני שטרות חובות גמורים, ונותנין שתייהן לשליש, ואיזה צד שיעבור יתן שתי השטרות לכשנגדו. וי"א שקנס שעושים בשידוכים לקנוס החוזר בו לא הוי אסמכתא, כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בו בקנס לדמי הבושה שבייש את חברו. (וכן המנהג פשוט בכל גלילות אלו, ומיהו קנין צריך (מרדכי פ' א"ט), וכן נוהגין). וכן אם המלמד קבל עליו בעת שהשכירוהו קנס אם יחזור בו, ולא נמצא מלמד אחר מזומן, אינו אסמכתא.

סעיף יז

שנים שהתנו ביניהם לקיים דבר אחד, ונתנו ערבונות לקנס שמי שיחזור בו שיזכה חברו בערבון, לא יאמר: אם אני חוזר בי אתן לך כך וכך וה"ז משכון על הממון שאתחייב לך אם אחזור בי, אלא יקנה לו בסודר דלא כאסמכתא, ובב"ד חשוב, כדי שיתחייב לו מן הדין אם יחזור בו, ואז יתן לו החפץ במשכון, ואז יחול השעבוד על המשכון כיון שנתחייב לו בקנס אם יחזור בו; או יאמר: אם אחזור בי תזכה בכך וכך ממון בגוף חפץ זה.

סעיף יח

שטר שכתוב בו: אם לא יפרע לזמן פלוני שיתחייב כך וכך ממון, וכתוב בסוף השטר: דלא כאסמכתא ודלא וכו', אין זה מוציא מידי אסמכתא, ולא קנה. (וכן נראה לדון, אף על גב דיש חולקין, המוציא מחבירו עליו הראיה).

סעיף יט

נדר ושבועה ותקיעת כף, מהני אפילו באסמכתא. הגה: ועיין לקמן סימן ר"ט סעיף ד'. וכן אם כתב בשטר שקבל עליו בחרם חמור ובש"ד = ובשבועה דאורייתא =, וכמו שנתבאר לעיל סימן זה סעיף ט"ו לענין בית דין חשוב, כן נראה לי, אף על פי שיש מי

שחולק (ריב"ש סימן שפ"ו /שפ"ז/). ואם נדר איזה דבר באסמכתא לצדקה או להקדש, קונה, כמו שנתבאר בי"ד סימן רנ"ח סעיף י'.

סעיף כ

המחייב עצמו לחבירו בלא תנאי, אף על פי שלא חייב לו כלום, חייב, כמו שנתבאר בסימן מ', ואין בזה משום אסמכתא.

סעיף כא

חייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר: הריני חייב לזון אותך או לכסותך חמש שנים, להרמב"ם לא נשתעבד, וכל האחרונים חלקו עליו. (ועיין לעיל סימן ס').

סימן רח

מקח שנעשה בצד איסור, ובו סעיף אחד.

סעיף א

מקח שנעשה באיסור, כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת המעות, או שפסק קודם שיצא השער ולא היה לו למוכר, (וכן אם נשבע או נדר שלא למכור, ועבר ומכר) (עיין בבית יוסף), ונתקיים בקנין או באחד מדרכי ההקנאות, המקח קיים ויתן כשער של היתר, ואין אחד מהם יכול לבטל המקח. ומיהו הלוקח יכול לחזור בו שלא ליתן כשער היוקר. (ואין חילוק בזה בין מקח או מתנה או מחילה או שאר דברים) (כ"כ ב"י).

1. מקח שנעשה באיסור :

שו"ע, רמ"א, ט"ז : בכל ענין המקח קיים.

סמ"ע (ג), ש"ך (ב) : כאשר אפשר לעשות בהיתר – המקח קיים, כאשר א"א לעשות אלא באיסור – המקח בטל.

ב"מ סה. "ואמר אב"י : האי מאן דמסיק ארבעה זוזי דריביתא בחבריה, ויהיב ליה גלימא בגוייהו, כי מפקינן מיניה - ארבעה מפקינן מיניה, גלימא לא מפקינן מיניה. רבא אמר : גלימא מפקינן מיניה. מאי טעמא - כי היכי דלא לימרו גלימא דמכסי וקאי גלימא דריביתא הוא". הוכיח מכאן רב האי גאון שמקח שנעשה באיסור המקח קיים, שהרי אף רבא לא אמר להחזיר את הגלימא, אלא מטעם שמא יאמרו. והביאו הרא"ש, וכן כתבו תלמידי הרשב"א בשם הרמב"ן, הנמוק"י והרב המגיד.

אמנם, בהגהות מרדכי כתב שאדם שנשבע שלא למכור ועבר ומכר - שהמקח בטל, כיון שעבר על שבועתו ; והוכיח את דינו מב' מקומות : הא' – הגמ' בכתובות (פא :) "כיון דאמור רבנן לא לזבין אי זבין לא הוי זביניה זבינא". הב' – דברי רבא בתמורה (ד :) ש"כל מה דאמר רחמנא לא תעביד – אי עביד לא מהני, וקי"ל כוותיה.

הב"י דחה דברי המרדכי מכח הסוגיא בב"מ, אולם הסמ"ע (ג) תמה שהרי בב' המקומות אלו דברי רבא! ולכן כתב שאין דימיון כלל בין ב' הסוגיות : הסוגיא בתמורה עוסקת במקרים בהם א"א לעשות את המעשה אלא באיסור, ובכה"ג אמרינן שיאי עביד לא מהני ; אולם, בב"מ מדובר שאפשר לעשות או בהיתר או באיסור, ולכן אע"פ שעשה באיסור – המעשה קיים. וכן הסכים הש"ך (ב).

הנתיבות (ב) כתב לחלק שדווקא במקום שאם נבטל את המעשה נתקן את האיסור – אמרינן 'אי עביד לא מהני', אולם במקום שאע"פ שנבטל את המעשה לא נתקן את האיסור – בכה"ג המעשה קיים.

ב"ה יום א' ג' סיון ה'תשע"ז

סימן רט

המקנה דבר שאינו מסוים או שלא בא לעולם, ובו י' סעיפים.

א-ב דבר שאינו מסוים

סעיף א

המקנה לחבירו דבר שאינו מסוים, אם היה מינו ידוע אף ע"פ שאין מדתו ומשקלו ידוע, הרי זה קנה ואם אין מינו ידוע, לא קנה. כיצד, ערימה זו של חטים אני מוכר לך בכך וכך; מרתף זה של יין אני מוכר לך בכך וכך; שק של תאנים אני מוכר לך בכך וכך; אף על פי שאין מדת הערימה ידועה, ולא מנין הקנקנים ולא משקל התאנים ידוע, ה"ז ממכרו קיים אף על פי שנמצא חסר או יתר על האומד שהיה בדעתם, ויש להם אונאה לפי שער שבשוק.

סעיף ב

אבל האומר לחבירו: כל מה שיש בבית זה אני מוכר לך בכך וכך וכל מה שיש בתיבה זו או בשק זה אני מוכר לך בכך וכך, ורצה הלוקח ומשך, אין כאן קנין, שלא סמכה דעתו של לוקח, שהרי אינו יודע מה שיש בו אם תבן או זהב, ואין זה אלא כמשחק בקוביא; וכן כל כיוצא בזה. הגה: ו"א דה"ה שנים שהחליפו על כל אשר להם. וע"ל סוף סימן ר"ג וע"ל סימן רמ"א ס"ד מדין המוכר דבר שאינו מסוים.

1. המקנה דבר שאינו מסוים:

א. היה מינו ידוע, אע"פ שלא היה משקלו ומידתו ידוע – קנה. כגון שאמר לו 'ערימה זו של חטים או מרתף זה של יין אני מוכר לך', דכיון שידוע איזה חפץ הוא קונה אע"פ שאינו יודע את המידה המדויקת – סמכה דעתיה של הלוקח.

ב. לא היה מינו ידוע – לא קנה, דכיון שאינו יודע איזה חפץ הוא קונה, אין לו גמירות דעת לקנות.

מדוע אין לו גמירות דעת? סמ"ע (ב,ג) – מפני שהמוכר יודע מה בבית, ורק הלוקח אינו יודע. אך כאשר שניהם אינם יודעים – קנה. ש"ך (ב) – מפני שהלוקח סבור שיהיה משהו מסוים כפי אומדן דעתו, וממילא זה נכון גם כאשר המוכר אינו יודע מה יש שם.

2. שנים שהחליפו כל אשר להם: סמ"ע – לדעת הריב"ש לא קנו, וטעמו דהוי דבר שאין מינו ידוע, שהרי אינו יודע מה יש לחברו בבית (וחברו יודע). לדעת תה"ד – קנו, ולא דמי לסעיף שלנו, דאע"פ שחברו יודע מה יש לו בבית, ורק הלוקח אינו יודע, אך זה נכון גם הפוך, וכיון ששניהם רוצים כ"א לקנות את בית חברו – גמרי ומקנו אהדדי. ש"ך – לכו"ע לא קנו, ואף תרוה"ד לא דיבר אלא במקרה בו לא שייך אסמכתא. ואין סברא לחלק בין מקרה שהמוכר יודע או לא יודע, כיון שהכל זה מחמת שהלוקח אין לו גמירות דעת, כיון שאינו יודע בודאות מה יש בבית.

3. אף כאשר קנה – יש בו דיני אונאה, ע"פ השער הקיים בשוק.

4. האם יש אונאה אף בדבר שאין לו שער ידוע? ב"י – לא. דרכי משה, ב"ח, ש"ך, ט"ז, נתיבות – כן. הרמב"ם כתב שכאשר מינו ידוע אע"פ שקנה, אך יש בו דיני אונאה. הב"י הקשה מב"מ סד. "ההולך לחלוב את עזיו וכו' מצאו חברו ואמר לו: מה שעזי חולבות מכור לך, מה שרחלי גוזזות מכור לך, מה שכורתי רודה מכור לך – מותר", ומשמע שקנה את כל מה שהעזים יחלבו אע"פ ששילם הרבה פחות מהשווי וכן להיפך, וא"כ אין בזה אונאה! וכתב שאולי הרמב"ם יחלק בין דבר שיש לו שער ידוע לדבר שאין לו שער ידוע, שכאשר אין שער ידוע אין בו משום אונאה. אולם, הדרכי משה והב"ח כתבו לדחות דבריו שאף שם מיירי שלא הגיע לכדי אונאה, וכן הסכימו הש"ך, הט"ז והנתיבות לדינא. הנתיבות הוסיף ששם הוא דבר שלא בא לעולם ובלאו הכי הקנין לא חל, והגמ"י באה לומר שאין בכך איסור ריבית.

סעיף ג

המוכר לחבירו בעשרה דינרים חטים, ולא פסק כמה סאה מכר לו, נותן לו כשער שבשוק בשעת המכירה, וכל החוזר בו מאחר נתינת הדמים ולא רצה כשער שהיה בשוק בשעת נתינת המעות, מקבל מי שפרע.

1. המוכר לחבירו תבואה בסך מסוים, אך לא פסק את הכמות, כגון שמכר לו בעשרה דינרים חטים אך לא פסקו כמה סאים בדינר, נותן לו כשער שהיה בזמן הפסיקה, וכל החוזר בו מקבל עליו 'מי שפרע'.

משנה ב"מ עב: "ופוסק עמו בשער הגבוה (היינו שער הזול), רבי יהודה אומר: אף על פי שלא פסק עמו בשער הגבוה - יכול לומר: תן לי כזה או תן לי את מעותי". ומבואר שלחכמים צריך לפסוק להדיא כשער הזול, אך אם לא פסק כן מקבל כשער של שעת המכירה. אולם לר"י א"צ לפסוק בפירוש, כיון שבסתמא אמרינן שדעתו הייתה כשער הזול. **הגמ' בעד: מביאה שרב פפא פסק לדינא כחכמים**, וביאר שהיינו רק לענין 'מי שפרע' שהרי מעות אינם קונות.

2. הפוסק קודם שיצא השער, ויש למוכר תבואה: אם אמר לו 'הריני סומך עליך', או שהתראה הלוקח בפני המוכר בגורן – אם רוצה המוכר לחזור מקבל מי שפרע. אבל בלאו הכי אינו מקבל מי שפרע, ט"ז שכן מבואר בב"מ סג, ותמה מדוע השמיטו הרמב"ם והטור דין זה.

סעיף ד

אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בין במכר, בין במתנת בריא, בין במתנת שכיב מרע. כיצד, מה שתוציא שדה זו מכור לך, מה שיוציא אילן זה נתון לך, תנו מה שתלד בהמה זו לפלוני, או שאמר: מה שתלד פרתי או שפחתי מכור לך או נתון לך, לא אמר כלום; אפילו היתה הפרה או השפחה מעוברת, לא קנה כלום. (מיהו גבי אילן, אם חנטו הפירות מקרי בא לעולם) (רש"י פ' איזהו נשך), ויכול לחזור בו אפילו אחר שתלד הפרה או השפחה ואחר שגדלו פירות האילן ובאו לעולם.

ואם קדם הלוקח ותפס הפירות, אין מוציאין מידו. (והוא הדין בשאר דברים שלא באו לעולם. ואפילו לא תפס, אלא כתב ליה שטר ומסר ליה השטר, כמאן דתפיס דמיה) (ת"ה ס' ש"ך (בשם) הגהמ"י פכ"ב דמכירה).

ואם מכר האילן לפירותיו, או פרה ושפחה לעובריהם, קנה מיד, ואין שום אחד מהם יכול לחזור בו. הגה: האומר לחבירו שיקנה ממנו דמי היין כשימכר היין מקרי דבר שלא בא לעולם (מרדכי דגיטין פ' האומר). ויש אומרים דכל זה מיירי במקנה לו סתם, אבל אם אומר שיקנה כשיהיה בעולם, קנה, אף על פי שעכשיו אינו בעולם (מרדכי ר"פ י"ג); ויש חולקין (מרדכי ריש פ' יש נוחלין ור"פ מי שמת).

ואף על גב דאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, מ"מ יכול לשעבדו (תוספות פ' מי שמת), ויש חולקין (נ"י פ' איזהו נשך בשם תלמידי רשב"א); אבל הוא עצמו יכול להתחייב, כמו שנתבאר לעיל סימן ס' סעיף ו'.

מי שמקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם, יש אומרים דדמי לקני את וחמור, כמו שיתבאר לקמן סוף סימן ר"י (מרדכי פ' מי שמת).

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 סימן של"ה ושם"ה ושפ"ז).

וכשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם (תשובת ר"ן סימן כ"ג).

1. **אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם**, בין במכר בין במתנת בריא ובין במתנת שכיב מרע, ולא תקנו לו כדי שלא תטרף דעתו; סמ"ע (ו). ולכן א"א למכור פירות האילן קודם שבאו לעולם.

מח' רבנן ור"מ בברייתא האם אפשר להקנות דבר שלא בא לעולם, וק"ל כרבנן כיון שבקידושין סב: אביי מעמיד את כל הסוברים (ר"מ, רבי אליעזר בן יעקב, ורבי) שאפשר להקנות דשלב"ל בשיטה, וכן איתא ביבמות צג. (בשינוי קצת).

2. אפי' לאחר שיבוא הדבר לעולם – הקנין אינו חל. יבמות צג. "המוכר פירות דקל לחברו, אמר רב הונא: עד שלא באו לעולם – יכול לחזור בו, משבאו לעולם – אין יכול לחזור בו; ור"נ אמר: אף משבאו לעולם יכול לחזור בו". וכן איתא בב"מ סו. ומבואר שרב הונא הסובר שאפשר להקנות דשלב"ל, הקנין חל רק לאחר שהחפץ בא לעולם. ורב נחמן החולק וסובר שא"א להקנות דשלב"ל, אין הקנין חל אפי' לאחר שבא החפץ לעולם.

3. אם קדם הלוקח ותפס:

א. אם תפס את החפץ שמכר לו – אין מוציאין מידו; אך אם חזר בו המוכר קודם שתפס – אינו יכול לתפוס; סמ"ע ש"ך. כן איתא שם "אמר רב נחמן: מודינא, דאי שמיט ואכיל – לא מפיקין מיניה". רש"י (ב"מ סו:) פירש שרב נחמן סובר שמחילה בטעות הוי מחילה, אולם התוס' חלקו וסברו שבעלמא מחילה בטעות אינה מחילה, אך כיון שהוא מכר לו את החפץ אע"פ שיכול לחזור אין לו לחזור כי היכי דליקו בהימנותיה. הקצות (ו) הביא בשם מהר"ם אלשיך שהטעם הוא מפני שמספקא לן אם התכוון להקנות הפירות עצמם או את הדקל לפירותיו, ולכן מועילה תפיסה ככל תפיסה בספיקות, אלא שדחה דבריו שמוכח מהש"ס שהתפיסה אינה מתורת ספק אלא מתורת ודאי.

ב. אם כתב ומסר לו שטר – הרי זה כאילו תפס, רמ"א בשם תרוה"ד והגמ"י.

אימתי מסר לו את השטר? סמ"ע – דווקא לאחר שבא החפץ לעולם, דבשעה שמסר לו כאילו בא החפץ לידו דמי. ט"ז, קצות (ה), בני יעקב – אף קודם שבא לעולם, אלא שצריך שיהא בעולם בשעה שיבוא החפץ, דאי לאו הכי כלתה קניינו. **הנתיבות (ד)** כתב שאף לדבריהם מיירי דווקא במכירת שטרות, דבכה"ג הרי זה כאילו תפס, דיכול לגבות החוב ישירות מהלוח ואינו צריך לעבור דרך המוכר. אולם במכירת קרקעות וכדו', כגון 'שדה זו לכשאקחנה קנויה לך', לא מהני שטר, דאע"פ שכתב ומסר לו, עדיין צריך לתבוע מיד המוכר לו לאחר שיקחנה, ולא חשיב כאילו בא לידו. ע"פ זה יישב את הגמ' בב"מ טז. בה מבואר שאף כתיבת שטר לא מהני בדבר שלא בא לעולם.

ג. אם תפס משכון: ב"י בשם תרוה"ד – לא מהני. ריב"ש, עיטור – מהני. הבי"י (והביאוהו הקצות (ה) והנתיבות (ד)) הביא בשם תרוה"ד שלא מהני תפיסה בתורת משכון, שהרי אין התפיסה מועילה מדין ספק, אלא דמחמת שתפס חל הקנין ומהטעמים שהבאנו לעיל. אולם, הנתיבות הביא בשם הריב"ש (שלה) שאם מסר לו משכון לאחר המכירה – קנה. וטעמו נראה ע"פ מה שביאר הקצות, שדין זה תלוי במח' הראשונים בביאור 'מנה אין כאן משכון אין כאן', שלתוס' והרא"ש הטעם הוא שא"א ליצור שעבוד כשאין חוב, וכיון שלא חל הקנין בדבר שלא בא לעולם א"כ לא נקנה לו המשכון כלל, וכדברי תרוה"ד. אולם, לדעת הר"ן והרמב"ם שהמשכון עצמו נקנה, א"כ תפיסת משכון על המקח תועיל, שהרי הוא יכול לזכות בגוף המשכון כשיעור המקח, וזה עצמו יצור את החוב לאחר מכן.

ד. האם בעינן דווקא שידע המוכר שתפס? ש"ך (ה), קצות (ד) – כן. פרי חדש – לא. הש"ך כתב בשם הרא"ש שמיירי דווקא כשידע המוכר שתפס הלוקח, אך אם לא ידע מכך – לא אמרינן שמחל לו ולא קנה. **הפרי חדש** תמה הרי לטעמו של ר"ת אין זה משום מחילה בטעות, אלא מפני שאנן סהדי שניחא ליה דליקו בהימנותיה, וא"כ מה בכך שלא ידע שתפס?! ולכן חלק על הש"ך. אולם, **הקצות יישב** שאע"פ שאנן סהדי שניחא ליה, אך זה לא גרע מייאוש שלא מדעת שאינו יאוש, ולכן כל זמן שלא ידע המוכר לא קנה הלוקח. ותמה על הש"ך שלקמן בסי' שנה חלק על תוס', ופסק שכאשר אנו יודעים שניחא ליה קנה, ואילו הכא פסק שלא קנה.

4. האם עובר מוגדר כדבר שלא בא לעולם? טור, שו"ע, סמ"ע – כן. רמב"ם, קצות – לא, אלא הרי הוא בעולם ואפשר לקנותו, אך א"א להקנות לו, דאינו יכול לזכות. **נתיבות –** אם רוצה לקנותו לאחר שיבוא לעולם – אינו נקנה, אך אם רוצה לקנותו עתה, וכגון שאם תמות הבהמה עכשיו יזכה בבשרו – נקנה.

השו"ע פסק שהמוכר עובר הוי דשלב"ל. האחרונים (קצות, פני יהושע, מחנה אפרים) הקשו שהרי בכמה מקומות מוכח שעובר הוי דבר שבא לעולם, ומהם: א. בתמורה כד מוכח שאפשר להקדיש עובר בקדושת דמים! ב. שבת קלה – לקח זה שפחה וזה עובר. ג. נדה מא – אתנן חל על עובר קדשים. לכן נקטו שעובר הוי דבר שבא לעולם והקנין חל עליו. הקצות (א) הביא שאע"פ שאפשר לקנותו, אך א"א להקנות לו, דאע"פ שהוא בעולם אך אין לו זכיה דומיא דבהמה. ג. הנתיבות (ב) הקשה שהרי מקידושין סב מוכח להיפך שאפי' הוכר עוברת א"א הוי דשלב"ל!! ולכן חילק בשאלה האם הוא מתכוון להקנות את העובר כרגע, ואפי' אם תמות הבהמה יקנה את הבשר שלו, דבכה"ג הוי דבר שבא לעולם. לבין מקרה בו מתכוון לקנות אותו רק לאחר שיוולד, דבכה"ג אינו רוצה בעובר אלא בוולד, והוולד אינו בעולם.

5. פירות שחנטו חשובים כדבר שבא לעולם, רמ"א בשם רש"י. וכן הסכימו הסמ"ע והקצות (ב). אולם, הבני יעקב האריך להקשות (מקידושין סב) שמוכח שאף פירות שהביאו שליש חשיבי כדבר שלא בא לעולם לרבנן, וכ"ש פירות שרק חנטו?! הקצות דחה דבריו וכתב שהעיקר כדברי הרמ"א, והטעם הוא מפני שאת המציאות העכשוית של החנטה אפשר למכור, שהרי היא בעולם, ממילא כל מה שימשיך ויגדל לאחר מכן הרי הוא של הקונה, דומיא דמוכר מקום צימוח הפירות שמהני. משא"כ בעובר, שכבר עכשיו יש מציאות של עובר, אך סו"ס הוא מכוסה ואינו נראה, ומבחינתו הרי הוא כאינו בעולם, ולכן גם את המציאות העכשוית שלו – א"א למכור, כדמוכח מתוס' בבכורות שרק מכירת פרה לעוברת מהני לפטור מבכורה. אולם, הגמ' בקידושין עוסקת לענין תרו"מ שחיובם הוא רק לאחר שיביאו שליש, וקודם לכן לא חל כלל חיוב על הפירות, ולענין זה השוו אותם לעובר.

6. אם מכר גוף לפירות – קנה.

ב"ב קמז: "אמר רבא אמר רב נחמן: שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה - לא אמר כלום, עד שיאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו, תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו". ומוכח שקנין גוף לפירות מועיל במתנה, והוא הדין למכר; כ"כ הב"י.

7. מכירת מעות לפירות, וכן כל דבר שאין הפירות יוצאים מגופו ממש. נחלקו בו הראשונים והאחרונים, האם בעינן דווקא דומיא דדקל לפירותיו שהם יוצאים מגופו, והגוף קיים בעולם בשעה שיבואו הפירות:

דעת התוס' והרשב"א – מהני. דעת הרמב"ן והשטמ"ק – לא מהני. רוב האחרונים פסקו שמהני, הלא המה: משנה למלך, תורת חיים, בני יעקב, קצות, נתיבות. אולם המהר"ם אלשיך והחת"ס - פסקו שלא מהני. והפתי"ש (ריב, י בסופו) הניח הדבר בצ"ע.

גיטין מב: "איבעיא להו: עבד שמכרו רבו לקנס, מכור או אינו מכור? תיבעי לר"מ, תיבעי לרבנן וכו'". התוס' ביאר שזהו שישנה עוסקת במוכר את גוף העבד לקנסותיו, וספק הגמ' האם מהני כיון שיש הרבה ספיקות האם בכלל יגיע לידי קנס. וכן ביארו גם בב"מ לג: מדוע לא העמידה הגמ' שהקנה לו את הפרה לכפילותה, אם תגב וירצה וישלם לו; מפני שלא מהני דאיכא ימי יימר טובא. וכן נראה נוטה דעת הרשב"א בגיטין להסכים לדעת התוס'.

אולם, הרשב"א שם הביא את שיטת הרמב"ן, שספק הגמ' הוא האם בכה"ג מהני קנין גוף לפירות מפני שאין הפירות יוצאים מגוף העבד, וכן ביאר גם את הגמ' בב"מ לג: שא"א להקנות פרה לכפילותה מפני שאין הכפל יוצא מגוף הפרה, ולא דמי לאילן לפירותיו. הרשב"א הקשה עליו מהירושלמי שמוכח שאפשר להקנות חורבה לאוירה, אע"פ שהאור אינו יוצא מגוף החורבה!! וכתב שיתרצו שהאור נחשב כחלק מהחורבה יותר מהקנס של העבד. כשיטת הרמב"ן כתב השטמ"ק בכתובות (נט) לגבי יקדשו ידי לעושיהן, שהקשה מדוע זה חל הרי מעשי ידיה אינם דומים לדקל לפירותיו, שאינם יוצאים מגוף הידים!! ותירץ השטמ"ק שאולי זה מועיל כיון שאע"פ שאין זה יוצא מגופו ממש, אך סו"ס זה קצת יוצא ממנו, שהרי המלאכה נעשית ע"י הידים, והאור נראה כאילו הוא מן החצר. השטמ"ק הביא ראיה לשיטתו מב"מ טז. 'מה שתעלה מצודתי היום מכור לך – קנה' מתקנת חכמים כדי חייו, ואמאי הוצרכו לתקן שיקנה לו את גוף המצודה לפירותיה!! מוכח שא"א להקנות מצודה לפירותיה, כיון שאינם יוצאים מגופה! הקצות דחה ראיתו דבלאו הכי יכול להקנות לו את גוף המצודה ויקנו לו הדברים שיעלו לתוכה בקנין חצר!! אלא מוכח שלא חשו להכי. והנתיבות דחה קושיתו שרצו לתקן שיוכל להקנות גם פירות של מצודה שאין לה תוך, שאינה קונה בקנין חצר. אמנם, לדינא הנתיבות הסכים עם הקצות.

הקצות הוכיח שהרמב"ם והשו"ע אזלו בשיטת התוס' והרשב"א, מכך שפסקו לקמן בסי' ריג שאפשר למכור שובך לפירותיו אע"פ שאין היונים יוצאים מגוף השובך, וא"כ ה"ה שאפשר להקנות מצודה לדגים. אם כי ע"פ דברי הסמ"ע שם נראה שדווקא בשובך ליונים אנו אומרים שקנה, כיון שהיונים נחשבים פירות השובך ששם הוא מקום גידולם, משא"כ דגים במצודה, וכמו שכתב הרשב"א לגבי אור חצר שחשוב כפירות החצר.

עוד הביא ראיה מב"מ סט "רב חמא הוה מוגר זוזי בפשיטא ביומא, כלו זוזי דרב חמא. הוא סבר: מאי שנא ממרא ולא היא וכו'". מוכח שרב חמא סבר שאפשר להשכיר מעות, דהיינו להקנות אותם גוף לפירות, אך הקרן נשאר של הבעלים. דאם א"א להקנות מעות לפירות, א"כ זה הלוואה ופשיטא שאסור להלוות בריבית!!

וכן בגיטין סו. בתוס' ד"ה 'חמרא' מבואר שאפשר להקנות יין לדמיו, אע"פ שהדמים אינם מגוף היין! אך ראיה זו אפשר לתרץ כמו שהבאנו לגבי אור חורבה.

המהר"ם אלשיך (סי' ז) נקט כדבר פשוט שלא מהני להקנות מעות לפירות מפני שאין הפירות יוצאים מגוף המעות, כמו בפירות דקל, ועוד שכאשר הפירות באים לעולם שוב אין גוף המעות בעולם. הפתי"ש (ריב, י) הביא כמה תשובות של החת"ס שנקט להלכה כדבר פשוט את דברי המהר"ם אלשיך הנ"ל. אולם, המשנה למלך (הובא ברעק"א ובפתי"ש) הביא בשם התורת חיים שחולק עליו וסובר שמהני, וכתב הפתי"ש שנראה שנקט כמותו. הקצות האריך לחלוק על המהר"ם אלשיך, וכתב שכן ראינו נוהגים בכל הקדשות ונדבות של קהילות ארץ ישראל, הם בצורה של 'מעות לפירות', וכן הביא הקצות בשם הבני יעקב שמהני. וכן הסכים הנתיבות. והפתי"ש סיים שדין זה הוא צ"ע.

8. האם אפשר לשעבד דבר שלא בא לעולם? הרמ"א הביא בסתם שכן, וכן מוכח בתוספות וברא"ש כתובות נד: , והביא שיש חולקים, נ"י בשם תלמידי הרשב"א. הסמ"ע (יז) והש"ך (ח) כתבו שאף החולקים מודים שאפשר לשעבד דשלב"ל, אלא שסוברים שקודם שבה לעולם יכול לחזור בו, אך אם לא חזר בו ובא לעולם – חל השעבוד. שהרי זו גמ' מפורשת ב"ב קנז שאפשר לעשות שעבוד 'דאקני', משום דשאני שעבוד מקנין. אולם, העיר שושן כתב שמסתבר כהחולקים שהרי גם לשעבוד אין על מה לחול, ומשמע שהבין שהחולקים סוברים שזה כלל לא חל, ודחה הש"ך דבריו.

בתוס' מבואר הטעם שאין בשעבוד את החסרון של דבר שלא בא לעולם, מפני שברגע הראשון השעבוד חל על החפצים שיש לו, או על גופו, ונמצא שהוא חל על דבר שבה לעולם. ומה שהחפץ הספציפי הזה אינו בעולם, זה לא מפריע לנו, כיון שהשעבוד הוא כללי, עכשיו הוא חל על דבר מסוים ואח"כ הוא מתפשט לדברים נוספים.

9. אפשר להתחייב דבר שלא בא לעולם.

10. **הקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם:** י"א שהמקח חל על הדבר שבעולם, אע"פ שלא חל על הדבר שלא בא לעולם, כ"כ הרמ"א, וכתב שד"ן זה דומה לאומר 'קני את וחמור' (שהחמור אינו בר קנין) שיתבאר בס"ס רי. (יש שם ג' דעות: י"א שכיון שהמקח בטל במקצתו בטל כולו. י"א שכיון שהחמור אינו קונה, קנה הוא את הכל. וי"א וכך הלכה שקנה רק חצי).

11. **אם נשבע למכור דבר שלא בא לעולם – אע"פ שאינו נקנה, חייב לקיים שבועתו.** הרמ"א דימה זאת לדין של סי' רז סעיף יט (לגבי אסמכתא), ומכאן קשה על הסמ"ע שם שביאר שהשבועה יוצרת גמירות דעת וממילא חל הקנין שם, שהרי כאן כתב הרמ"א להדיא שאע"פ שהקנין לא חל – הוא חייב מדיני שבועה, וא"כ ה"ה שם.

12. **א"א למחול דבר שלא בא לעולם.**

קצות (ח) – המקור של הדין שא"א למחול הוא משו"ת הר"ן (כג) שהוכיח כן מהדין שכאשר אינו יודע זמן השטר חוב יכול לכתוב שובר ללא זמן, ומדוע שלא יכתוב שובר בו הוא מתחייב מעכשיו למחול שט"ח בסך הזה? ושוב אינו יכול לחזור בו מהתחייבותו!! אלא ע"כ שא"א למחול דשלב"ל.

הבני יעקב הקשה מנין שמעכשיו מונע יכולת חזרה בשלב"ל? אולי הוא רק פותר את החסרון של 'כלתה קניינו' (דהיינו שאם השטר ישרף כשיבוא לעולם – אפי' הכי הקנין חל), אך עדיין יכול לחזור בו!! הקצות האריך להוכיח שכל הראשונים סוברים שאמירת מעכשיו מונעת חזרה, אלא שנחלקו האם היא גם פותרת את החסרון של 'כלתה קניינו'. דהרשב"א (קידושין סג) והר"ן סוברים שהא בהא תליא, שאמירת מעכשיו גומרת את הקנין מעכשיו, ושוב אין חסרון של כלתה קנינו ואף אינו יכול לחזור בו, שהרי הכל נגמר בשעה הראשונה. אולם, הרמב"ן והריטב"א סוברים שאף כשאמר 'מעכשיו' אין הקנין נגמר באותה שעה, ולכן יש חסרון של 'כלתה קניינו', אולם אינו יכול לחזור בו, דלענין חזרה נגמר הקנין.

13. **היחס בין מחילה להסתלקות:**

האחרונים התקשו מסעיף ח' שם פסק הרמ"א שאפשר להסתלק מדבר שלא בא לעולם, ומאי שנא ממחילה? הסמ"ע כתב שכאשר אין חוב א"א למחול על חוב שעדיין לא בא לעולם, אולם בסעי' ח' מיירי שעצם השעבוד כבר חל, ולכן הוא יכול לסלק את השעבוד מנכסים שהוא עדיין לא חל עליהם, כגון שהם עדיין לא באו לעולם. **הט"ז כתב שקושיא מעיקרא ליתא, דשאני מחילה מסילוק.** דמחילה שייכת רק לאחר שיש חוב, ולכן קודם שהתחייב לו – אינו יכול למחול לו. אולם סילוק שייך עוד קודם לכן, שאומר שאינו רוצה שהזכות תבוא לידו, וזה אפשר רק קודם שהגיעה הזכות לידו. **הנתיבות (ו) והקצות הסכימו עם הסמ"ע שא"א להסתלק קודם שיש לו שעבוד מסוים.** והאריכו בדיני 'סילוק' כאן ובסעיף ח.

סעיף ה

דבר שבא לעולם, אלא שאינו ברשותו, דינו כדבר שלא בא לעולם, שלא קנה, ויכול כל אחד מהם לחזור בו, ויתבאר עוד בסימן ר"א. הגה: מכל מקום אם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר, צריך לקיים מקחו, כי אדעתא דהכי טרח וקנה, כדי דליקום בהימנותיה (ת"ה סימן ש"כ).

1. **דבר שבא לעולם אך אינו ברשותו –** הרי הוא כדבר שלא בא לעולם. ודלא כבעל העיטור בשם רב ניסים גאון הסובר שאפשר להקנות דבר שאינו ברשותו.

בבמות צג. הגמ' מונה אמוראים הסוברים כר"מ שאפשר להקנות דבר שלא בא לעולם, ובתוכם היא מביאה את רב שאמר "האומר לחברו שדה זו שאני לוקח, לכשאקחנה קנויה לך מעכשיו קנה". מוכח שדבר שאינו ברשותו הרי הוא כדבר שלא בא לעולם. (כן הביא הגר"א).

כן מוכח גם מתוך הגמ' בב"מ טו - טז, האומרת שהמוכר לחברו שדה גזולה וחזר הגזלן ולקחה מהנגזל – חייב להעמידה ביד הלוקח, ומתבאר בסוגיא שחייב זה אינו בגלל הקנין שנעשה בשעה הראשונה, אלא מטעמים אחרים. אולם, שם היה אפשר לדחות ולומר שעקרונית אדם יכול להקנות לחברו דבר שאינו ברשותו, אלא שבגזלן היינו אומרים שכאשר מכר בשעה הראשונה כלל לא התכוון להתחייב להקנותה לו, אלא התכוון לעבוד גם עליו ולגזול את ממונו.

2. **המוכר דבר שאינו ברשותו, ולאחר מכן קנאו מבעליו:** אם לא ידע הלוקח שאינו ברשותו – הרי הוא של לוקח; דאמרינן שבשעה שקנאה עשה כן עבור הלוקח שלו, וזכין לאדם שלא בפניו, ומטעם שאדעתא דהכי טרח וקנה – כדי שיעמוד באמונתו; כן הסכימו הט"ז, הגר"א (יט) והנתיבות (ח). אך אם ידע הלוקח שאינו ברשותו – אינו נקנה ללוקח.

ב"מ טו: "בעא מיניה שמואל מרב: חזר ולקחה (הגזלן שמכר את השדה לאחר) מבעלים הראשונים מהו? - אמר ליה: מה מכר לו ראשון לשני - כל זכות שתבא לידו. מאי טעמא? מר זוטרא אמר: ניהא ליה דלא נקרייה גזלנא, רב אשי

אמר: נחא ליה דליקו בהמנותיה". **ובדף טז.** "מתקיף לה רמי בר חמא: מכדי, האי לוקח במאי קני להאי ארעא - בהאי שטרא, האי שטרא חספא בעלמא הוא! - אמר ליה רבא: תהא במאמינו, בההוא הנאה דלא קאמר ליה מידי, וקא סמך עליה - טרח ומייתי ליה, גמר ומקני ליה. מתיב רב ששת: מה שאירש מאבא מכור לך מה שתעלה מצודתי מכור לך - לא אמר כלום וכו'. **אמר רבא וכו' הכא סמכא דעתיה - דאזיל טרח ומייתי ליה,** כי היכי דלא נקרייה גולנא, הכא לא סמכא דעתיה".

מבואר בסוגיא שכאשר הגזלן חוזר ולוקח את השדה מהגזל - הרי היא קנויה ללוקח. צריך לשאול האם כונת הגמ' שכבר בשעה ראשונה קנה הלוקח את הזכות הזו, שאם הגזלן יקחנה מהגזל היא תהיה של הלוקח. או שכוונת הגמ' שכאשר הגזלן קונה אותה, הוא בעצם קונה אותה עבור הלוקח, והרי הוא מזכה לו אותה מדין 'זכין'. או שמא נאמר שזהו רק דין מדיני איסור והיתר, שהגזלן חייב להעמיד אותה ולהקנות אותה ללוקח, אך כל זמן שלא יעשה זאת - לא יזכה בה הלוקח?! נראה שדבר זה הוא מח' בראשונים.

בפשט הלשון "מה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו" משמע שהוא מכר לו זאת כבר בשעה ראשונה..

הרמ"א כתב כאן דין זה בסתם ולא חילק בשאלה האם ידע הלוקח או לא, אך כתבו הגר"א, הט"ז והנתיבות שע"כ צריך לחלק בהכי כמו שמוכח מהגמ' הנ"ל.

3. פקדון נחשב ברשותו ולכן יכול להקנותו ולהקדישו, דכל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא, אא"כ כפר בו הנפקד; ש"ך (י).

4.

סעיף ו

הפוסק 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. הגה: אבל אם פסק עמו עד שלא יצא השער, שהמקח נעשה באיסור, חוזר בו וא"צ לקבל מי שפרע (נ"ד) דב"מ ורבינו ירוחם נ"ט ת"ד).

1. פסק עם חברו שימכור לו פירות בסך מסוים, **אם יצא שער הפירות בשוק, אע"פ שלא היו לחברו פירות ברשותו** - חייב לקנות וליתן לו כפי שסיכם עמו. ואם יחזור בו - יקבל עליו 'מי שפרע'.

האם הקנין חל לגמרי או רק לגבי דין 'מי שפרע'? כס"מ, סמ"ע (כג), קצות (ט) - לגמרי, ורק אם הדבר מצוי בשוק לקנותו. ש"ך (יג), נתיבות (ט) - רק לענין מי שפרע, ואף בדבר שאינו מצוי בשוק.

הכס"מ (מכירה, פכ"ב ה"ג) הקשה על דברי הרמב"ם הרי בב"מ עב: מבואר רק שאם יצא השער מותר לפסוק ואין בכך משום ריבית, אך מנלן שהקנין חל שהרי הוא דבר שאינו ברשותו והוי כדבר שלא בא לעולם?! ותייך ב' תירוצים: א. מדובר בדבר שמצוי ושכוחו בשוק לקנותו, ולכן זה נחשב כאילו הוא בא לרשותו כבר, וקניינים תופסים בו. ב. אף בדבר המצוי בשוק אין זה כאילו בא לרשותו, אך כוונת הרמב"ם שהמקח חל רק לגבי קבלת 'מי שפרע', ואין זה מועיל בשאר קניינים.

הסמ"ע והקצות נקטו כתירוצו הראשון של הכס"מ, שכיון שהוא מצוי בשוק הרי הוא כדבר שבא כבר לרשותו, וממילא אפשר לקנותו. אולם, הש"ך והנתיבות נקטו כתירוצו השני, שאף הרמב"ם מודה שהמקח לא חל, אלא רק לענין קבלת 'מי שפרע'. **הנתיבות כתב** 'קצת ראייה' לשיטתו, שהרי קי"ל שכאשר אין חשש של 'נשרפו חטיף' לא ביטלו חכמים קנין מעות, וא"כ בפוסק קודם שיצא השער שלא שייך 'נשרפו חטיף' שהרי החיטים אינם ברשותו עדיין, מדוע שלא יגמר המקח לגמרי, ולא יוכל לחזור בו כלל?! אלא על כרחך שהמקח כלל לא חל, רק לענין מי שפרע.

הקצות כתב שנראין דברי הסמ"ע, וטעמו שמפשט הגמ' נראה שלר' יוחנן דקי"ל כוותיה, אין דין 'מי שפרע' אלא רק בדבר שקונה מן התורה, אולם בקנין שאינו קונה מדא'ו, אינו קונה כלל אף לגבי מי שפרע. ורק ר"ל הסובר שמעות אינם קונות מדא'ו - סובר שיש דין מי שפרע אף בדברים שלא קונים מהתורה. וכן שיטת הרמב"ם שכתב שבדבר שלא בא לעולם, כיון שאינו נקנה מהתורה, אינו קונה אף לענין 'מי שפרע'. וממילא אנו מוכרחים לומר שכיון שהוא מצוי בשוק הרי הוא כדבר שבא לרשותו ומועיל בו קנין מהתורה, ולכן יש בו דין 'מי שפרע'. אולם, אם קנין לא היה תופס בו כלל - אף קבלת מי שפרע לא הייתה בו.

הקצות הביא שמצא בשטמ"ק שיש הסוברים שאף לדין דקי"ל כר"י, יש קבלת 'מי שפרע' אף בדברים שאינם קונים מהתורה, וממילא אף אם נאמר שדבר המצוי בשוק אין מועיל בו קנין מהתורה - יהיה בו דין 'מי שפרע'. אולם, ודאי שאין כן דעת הרמב"ם שכתב להדיא בדבר שלא בא לעולם שאין בו קבלת מי שפרע. אמנם, הש"ך כתב שדעת הרמב"ם לחלק בין דבר שלא בא לעולם, שאין בו מי שפרע, לדבר שאינו ברשותו שיש בו מי שפרע, כיון שלענין מי שפרע אינו דומה לדשלב"ל.

2. פסק עם חברו ועדיין לא יצא השער של אותם הפירות בשוק, אם לא היה ברשותו באותה שעה פירות – צריך לחזור בו ואינו מקבל עליו 'מי שפרע', דכיון שהמקח נעשה באיסור אין בו 'מי שפרע'.

ב"מ עב: במשנה "אין פוסקין על הפירות עד שיצא השער, יצא השער - פוסקין, ואף על פי שאין לזה יש לזה". טעם האיסור לפסוק קודם שיצא השער, הוא דהוי אבק ריבית, שהרי אולי השער יתייקר יותר מכפי שפסק, ונמצא שלא הוזיל לו אלא מפני שהקדים לו מעותיו.

סעיף ז

כשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כך אינו משייר דבר שלא בא לעולם. כיצד, מכר שדה לראובן, ושייר מפירותיו לשמעון דבר ידוע בכל שנה, לא קנה שמעון כלום מהפירות. אבל אם שייר לעצמו, בעין יפה שייר, הגה: ואין חלוק בזה בין מכר בין מתנה, הן מתנת בריא הן שכיב מרע (ר"ן פרק מי שמת בשם הרשב"א). ויש חולקין במתנת שכיב מרע (שם בשם הראב"ד ב"ב' הדעות) (וע"ל סי' רי"ב סעיף ג'), ואמרינן דשייר מקום הפירות, אף על פי שלא פירש. ואפילו מכר לוקח זה השדה לאחר, חלקו של זה המוכר אינו יכול למכור וצריך ליתן לו כל מה ששייר. ואם אמר: כל זמן ששדה זה בידך, כשמכרה לאחר פקע כחו של מוכר ראשון. ואפילו אם חזר הלוקח ראשון וקנה מלוקח שני, אינו נותן למוכר ראשון כלום. ואם מת מוכר ראשון, אין לבניו כלום, אפילו מת בעודה ביד לוקח ראשון, אלא אם כן פירש: לי ולירשתי. הגה: "א דוקא שאינו משייר דבר מסויים, דאז לא הוי רק כתנאי בעלמא ולכן צריך לפרש: לי ולירשתי, אבל שייר לעצמו דבר מסויים, כגון בית, ואומר: על מנת שדיטא אחת שלי, יורשין בניו זכותו אחריו (בית יוסף בשם הרמב"ן)".

1. אין אדם משייר דבר שלא בא לעולם. לכן,

2. מכר שדה לראובן ושייר מפירותיו לשמעון – לא קנה שמעון כלום, כיון שהפירות לא באו לעולם. וכתב הש"ך (יד, וכן לקמן בסי' ריב, סק"ג) שאף בשיור לא מהני לומר 'אני משייר לשמעון' דאע"פ שמשיר לו, אך במה יקנה שמעון אותו החפץ?! אלא צריך לומר בלשון מתנה, כגון 'שדה לראובן והפירות לשמעון', דהיינו שהוא משייר את הפירות מהמכירה של השדה לראובן ונותנם לשמעון, ולכן אם היה משייר דבר שבא לעולם היה מהני, משא"כ כשמשייר פירות שלא באו לעולם שלא מהני.

אף כאשר מכר את השדה לראובן ואת הפירות לשמעון – לא מהני, וזכה ראובן בפירות בחינם, אך צריך המוכר להחזיר לשמעון מעותיו. ואין המוכר יכול לטעון מקח טעות, דמיד שמכר לראובן זכה ראובן בפירות; נתיבות י.

3. אם שייר לעצמו – אמרינן ש'בעין יפה שייר', ויש לו גוף לפירות; דלגבי עצמו בעין יפה משייר, ולכן ודאי שהוא התכוון שזה יהיה באופן המועיל דהיינו 'גוף לפירות'.

ב"ב קמח. "איבעיא להו: דקל לאחד ופירותיו לאחר, מהו? מי שייר מקום פירי, או לא שייר? אם תמצא לומר: לאחר לא הוי שיור, לעצמו חוץ מפירותיו, מהו? אמר רבא אמר רב נחמן, אם תמצא לומר: דקל לאחד ופירותיו לאחר לא הוי שיור, מקום פירי דקל לאחד ושייר פירותיו לפניו - שייר מקום פירי, מאי טעמא? כל לגבי נפשיה בעין יפה משייר". הרשב"ם ביאר שהסוגיא מדברת לענין שכיב מרע, אולם התוס' פירשו שהדיון הוא לגבי מתנת בריא, והספק הוא מפני ששיור פירות הוי דבר שלא בא לעולם שאינו חל, אלא שאנו מסופקים האם התכוון לשייר בעין יפה, דהיינו לשייר גוף לפירות או לא? ומסקנת הגמ' שלגבי עצמו בלבד בעין יפה משייר, אך לא לגבי אחר.

וכן איתא בדף סג. "תנו רבנן: בן לוי שמכר שדה לישראל, ואמר לו על מנת שמעשר ראשון שלי - מעשר ראשון שלו; ואם אמר לי ולבניי, מת - יתן לבניי; ואם אמר לו כל זמן שהשדה זו בידך, מכרה וחזר ולקחה - אין לו עליו כלום. אמאי? אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם! כיון דאמר ליה על מנת שמעשר ראשון שלי, שיורי שייריה למקום מעשר". וכתבו הראשונים (רשב"ם, רשב"א, רבינו יונה) שאין הכוונה דווקא מחמת שאמר לשון 'על מנת', שהרי דין זה נכון גם אם אמר 'חוץ', אלא הכוונה שכיון שרצה שהתנאי יועיל – כל לגבי נפשיה בעין יפה משייר, ואנו מפרשים תנאו שכוונתו לשייר 'גוף לפירות'.

4. אם מכרה הלוקח לאחר – אינו יכול למכור חלקו של המוכר. אולם, אם שייר לעצמו ואמר 'כל זמן שהשדה בידך', אם מכרה הלוקח לאחר – פקעה זכותו של הראשון. ויכול הלוקח להערים ולמוכרה לאחר ולחזור ללוקחה ממנו, ושוב אין למוכר הראשון בה כלום.

5. כאשר שייר לעצמו, דאמרינן שמהני מכיון ש'בעין יפה משייר', לא מהני אלא לו אך לא ליורשיו, אא"כ פירש 'לי ולירשתי'. כן מוכח בב"ב סג. הנ"ל.

הרשב"ם ביאר הטעם שכיון שכל הדין הזה נובע מחמת שאנו מפרשים את דבריו באופן המועיל, שכיון שרצה שיתקיים תנאו, אנו מפרשים שכוונתו לשייר, די לנו אם נפרש באופן שיועיל לעצמו ולא לאחרים. ע"פ זה כתב הרשב"ם שדין זה נכון גם במקרה הנוסף שהובא בגמ' שאם שייר דיוטא העלינה שיכול להוציא זיזין, אך בניו לא יוכלו. **אולם, הרמב"ן** הקשה עליו שהרי דין זה לא נובע מחמת יתור לשון, אלא מחמת ש'כל לגביה נפשיה בעין יפה משייר', וא"כ משייר לגמרי בעין יפה אף לגבי היורשים!! ולכן ביאר הטעם שהוא לא משייר דבר קצוב ומסוים, שהרי גוף הקרקע שייד ללוקח, ואין למוכר אלא גוף לענין הפירות, אך זה לא דבר ממשי – ממילא אמרינן שזה כעין תנאי, ובלשון תנאים אנו אומרים 'לי ולא ליורשי', שהאדם שהתנה את התנאי התכוון רק כלפי עצמו. ממילא, במקרה שמשיר דיוטא העליונה, כיוון ששייר לעצמו את כל הדיוטא ואין בה לאחר כלום, א"כ היא כלל לא נכנסה בכלל המכר – והיא נשארה שלו לגמרי, והזכויות שיש לו בה – יעברו אף ליורשיו.

הרשב"א כתב שודאי אף הרשב"ם מודה שזה מחמת 'עין יפה', אלא שמחמת ייתור לשונו אמרינן שרצה לשייר לעצמו, וכיון שבעין יפה משייר אנו מפרשים דבריו כ'גוף לפירות'. אלא שלדינא הסכים עם הרמב"ן שדין זה נכון דווקא בשדה או אילן לפירותיהם, שכיון שגוף החפץ אצל אחר ושייר לעצמו רק את הפירות, ולא קצב לכמה זמן או כמה פירות, ודאי כוונתו היא רק כלפי עצמו, ודי לנו אם נפרש את דבריו כך. אולם, כשמשיר לעצמו את גוף החפץ, כמו בדיוטא, כיון שאנו מפרשים דבריו שזוהי כוונתו – א"כ כל הגוף שלו ושוב אין ללוקח בו כלום, ואף לאחר מיתתו זה ישאר שלו. והוא הדין אם משייר לעצמו דבר קצוב, כגון פירות למשך שלוש שנים, או סך פירות מסוים – ודאי אף אם הוא ימות – יזכו בו יורשיו.

דכיון שכל מה שמועיל השיר שלו זה רק בגלל שאנו מפרשים דבריו, ואומרים שכוונתו הייתה לשייר באופן המועיל, והרי זה כאילו אמר 'גוף לפירות'. איננו מפרשים דבריו אלא כלפי עצמו, ולא כלפי יורשיו, דאין אדם חושב גם על יורשיו, וא"כ הזכרים בפירוש. אולם, כאשר אמר להדיא 'הריני משייר לעצמי גוף לפירות', מהני לו ולירשיו גם אם לא פירש.

6. מה הדין כאשר שייר לעצמו דבר מסוים כגון עליה בבית וכדו', **האם בסתמא אמרינן שמועיל אף ליורשיו? שו"ע** – משמע שאין חילוק, ולעולם שיר בסתם מועיל רק לעצמו ולא ליורשיו; כשיטת הרשב"ם. **רמ"א בשם י"א** – מועיל גם ליורשיו, דכיון ששייר דבר המסוים הרי זה כאילו הוא לא נכנס כלל בכלל המכר; כשיטת הרמב"ן והרשב"א. בב"י הביא את המח' בין הרמב"ן לבין הרשב"ם, ומכך שלא חילק בדין זה בין שייר דבר מסוים לשייר דבר שאינו מסוים, משמע שס"ל כרשב"ם שאין חילוק בהכי. אולם, הרמ"א הביא את דעת הרמב"ן בשם י"א, ונראה דס"ל כוותיהו.

7. האם יש חילוק בין מתנת בריא למתנת שכיב מרע? רמ"א בסתם – לא, ובכל ענין אמרינן שכאשר שייר לעצמו השיר מועיל; כדעת הרשב"א. **רמ"א בשם י"א** – כן, דדוקא במתנת בריא אמרינן שבעין יפה שייר ומהני לעצמו, אך במתנת שכיב מרע אף כאשר משייר לעצמו אין זה אלא ליורשיו, וממילא לא אמרינן שבעין יפה שייר, והשיר לא חל; ראב"ד.

הב"י הביא שהר"ן בשם הראב"ד כתב שהדין שכאשר משייר לעצמו בעין יפה משייר, היינו דווקא במקח או במתנת בריא, אולם במתנת שכיב מרע כיון שאינה אלא לאחר מיתה – לא, דדוקא לעצמו אמרינן שבעין יפה משייר, אך לא כלפי בניו או יורשיו. אולם הרשב"א חלק ואמר שבעל ענין מהני, וביאר הב"י שאע"פ שבסתמא אמרינן שלא שייר אלא לו ולא לבניו ולירשיו, אך בשכ"מ שמשיר הרי זה כאילו אמר להדיא 'לי ולירשיו'.

סעיף ח

אף על פי שצריך ליתן לו הפירות ששייר, אם לא יתנם לו אין המקח מתבטל בכך. אבל אם מתנה: על מנת שתתן לי או לפלוני מהפירות כך וכך בכל שנה, אז קיום המקח תלוי בו, ואם לא יתן לו כמו שהתנה יתבטל המקח. הגה: דאף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום יכול להתנות על דבר שלא בא לעולם (טור סי"ב והמרדכי פ"ק דמציעא). וכן לסלק עצמו וכחו מדבר שלא בא לעולם, הואיל ועדיין לא זכה בו (מרדכי ר"פ הכותב). ועיין באבן העזר סימן צ"ב. י"א דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ אם (הוא ג"כ) רוצה לקנות, מקני גם כן, ולכן שנים שהקנו זה מזה על מתנה שיקבל אחד מהן מאחר, שלכל מי שיתן (לו) יחלוק עם חברו, דקנה (הגהות מרדכי דב"ב) וע"ל סימן קע"ו סעיף ג' דיש חולקין.

1. כאשר שייר הפירות באופן המועיל, אע"פ שצריך ליתנם לו, אך אם לא נתן אין זה מבטל את המקח.

2. אם אמר 'על מנת שתתן לי פירות', אע"פ שלא קנה את הפירות, חייב ליתנם לו מדיני התנאים, ואם לא יתנם לו – יתבטל המקח.

3. אפשר להסתלק מדבר שלא בא לעולם, רמ"א בשם המרדכי.

א. האם בדאורייתא מועיל סילוק בדבר שלא בא לעולם? שיטת הר"ן בריש הכותב מח' ר"ן ותוס', משל"מ, מהרי"ט, קצות ונתיבות.

ב. האם אפשר לחזור בו לאחר שהסתלק? קצות – לא. מהרי"ט ונתיבות – כן, אם עדיין לא זכה בו אחר. דאתי דיבור ומבטל דיבור.

ג. האם אפשר להסתלק קודם שיש שעבוד? ט"ז – כן. מהרי"ט, סמ"ע, קצות, נתיבות – לא.

4. כאשר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ורוצה גם לקנותו? י"א שמהני, דכיון שהוא רוצה גם לקנותו, הוא גומר בדעתו להקנותו בלב שלם

סעיף ט

מכר או נתן דקל לאחד מפירותיו לאחר, לא שייר מקום הפירות, וראשון קנה דקל מפירותיו, ושני לא קנה כלום.

סעיף י

אמר לאחד: קנה דקל חוץ מפירותיו, שייר לעצמו גם מקום הפירות שהם הענפים, ואין ללוקח אלא הגזע, לכשיבש.

ב"ה יום ד' ג' מנחם-אב ה'תשע"ז

סימן רי

המקנה לעובר שלו או לעובר אחר, ובו ג' סעיפים.

פתיחה

ב"ב קמא: "ההוא דאמר לה לדביתהו: נכסי להאי דמעברת; אמר רב הונא: הוי מזכה לעובר, והמזכה לעובר לא קנה. איתביה רב נחמן לרב הונא: האומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה - ילדה זכר נוטל מנה! אמר ליה: משנתינו איני יודע מי שנאה". ובדף קמב. "דאמר רב נחמן: המזכה לעובר לא קנה, לכשתלד - קנה; ורב הונא אמר: אף לכשתלד - לא קנה; ורב ששת אמר: אחד זה ואחד זה - קנה". ובקמב: מסקנת הסוגיא "והלכתא ככל הני לישני דאמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא. אמר רבי יצחק אמר רבי יוחנן: המזכה לעובר לא קנה. ואם תאמר: משנתינו! הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו. אמר ליה שמואל לרב חנא בגדתא: פוק אייתי לי בי עשרה, ואימר לך באפייהו: המזכה לעובר קנה. והלכתא: המזכה לעובר לא קנה".

במה נחלקו רב נחמן, רב הונא ורב ששת? ב' שיטות מרכזיות מצאנו בדברי הראשונים ביאור הסוגיא:

שיטה א: תוס' בכתובות (ז): ביארו (בתירוצם הראשון) שהמח' היא בשאלה האם עובר ישנו בעולם או לא. רב ששת האומר שקנה תמיד - סובר שאנו מתייחסים לעובר כדבר שבא לעולם, רב הונא הסובר שלעולם לא קנה - סובר שעובר אינו בעולם, וממילא רב נחמן צ"ל שסובר שישנו בעולם ואינו בעולם, ולכן א"א להקנות לו להדיא, אך אם אמר 'לכשתלד' - מהני. **וכן ביאר הרשב"ם** (בסוגיא) בהדיא דעתו של רב נחמן. אלא שקשה הרי רב הונא סובר שאפשר להקנות דבר שלא בא לעולם, כר"מ, א"כ מה אכפת לנו שהעובר אינו בעולם?! על כך אמרה הגמ' בדף קמא: "אימור דשמעת ליה לרבי מאיר - לדבר שישנו בעולם, לדבר שאינו בעולם מי שמעת ליה?!", דהיינו שאף הסוברים שאפשר להקנות דשלב"ל מודים שא"א להקנות לדשלב"ל. ע"פ דרך זו יוצא שלהלכה פסקנו שעובר מוגדר דבר שאינו בעולם, וממילא לכו"ע אי אפשר להקנות לו, שהרי אף הסוברים שאפשר לקנות דבר שאינו בעולם, מודים שא"א להקנות לדבר שאינו בעולם.

בטעמו של דבר נראה, שלשיטתם עיקר החסרון בקנין דבר שאינו בעולם הוא מצד גמירות הדעת של המוכר והקונה, ולא מצד שאין לקנין על מה לחול. שהרי אף הסוברים שאפשר להקנות דבר שלא בעולם, מודים שאין הקנין חל כל זמן שלא בא החפץ לעולם, כמו שאמר רב הונא 'עד שבאו לעולם יכול לחזור בו'. מאידך, הסוברים שא"א להקנות דבר שאינו בעולם, מודים שאפשר לעשות מעשה קנין עכשיו שיחול רק לאחר לי' יום², וא"כ מדוע שלא יוכל לעשות מעשה קנין היום שיחול רק לאחר שיבוא החפץ לעולם?! צ"ל שבכ"ה אין מספיק גמירות דעת למוכר ולקונה, ובזה נחלקו. אולם, כאשר החפץ בעולם אך הקונה אינו בעולם, כו"ע מודים שא"א להקנות, או מפני שבכ"ה לכו"ע אין גמירות דעת, או מפני שכל הקנאה³ נעשית על ידי בי' צדדים: הנותן והמקבל, ואף המקבל שותף בהכנסת החפץ לרשותו, וכאשר אין מקבל - אין משמעות למעשה הקנין.

אלא שא"כ קשה מדוע למסקנת הסוגיא אפשר להקנות לבנו מפני ש'דעתו של אדם קרובה אצל בנו', הרי הוא אינו בר זכיה כלל! אכן הרמב"ן והר"ן מכח קושיא זו נקטו שדין זה הוא תק"ח רק בשכיב מרע, כדי שלא תטרף דעתו. אולם, מסתימת שאר הפוסקים נראה שדין זה נכון אף בבריא, וא"ע ע"כ צ"ל שהחסרון הוא רק מצד גמירות דעת, דכאשר אין זוכה א"כ החסרון בגמירות דעת הוא יותר מהותי ממצב בו יש זוכה אך אין חפץ; ולכן כאשר יש ברור לנו שיש לו גמירות דעת - מהני.

שיטה ב: התוס' בתירוצם השני, ובגיטין יג, יבמות צג. נקטו שלכו"ע עובר אינו בעולם, אלא שנחלקו בשאלה האם אפשר להקנות לדבר שאינו בעולם: רב הונא ור' יוחנן סוברים שא"א בשום אופן, שמואל ורב ששת סוברים שאפשר, רב נחמן סובר שבסתמא א"א, אך אם מפרש שרוצה לקנותו לכשיבוא לעולם - מהני.

ע"פ זה כתבו שנחלקו בסברות הפוכות, שלרב הונא א"א להקנות לדבר שאינו בעולם, אך אפשר לקנות דבר שאינו בעולם; אולם לרב נחמן אפשר להקנות לדבר שאינו בעולם, אך א"א לקנות דבר שאינו בעולם. ואע"פ שבכמה מקומות אמרה הגמ' שיותר קשה להקנות לדבר שאינו בעולם, מלקנות דבר שאינו בעולם, כתבו התוס' שזה רק אליבא דרב הונא, אך לא אליבא דרב נחמן. טעם מחלוקתם נראה שרב הונא סובר כמו שביארנו בשיטה הקודמת, אולם רב נחמן סובר שהחסרון בקנין דבר שאינו בעולם הוא מצד שאין לקנין על מה לחול, וזהו חסרון מהותי שא"א להתגבר עליו בשום אופן. אמנם, מצאנו שאפשר להקנות חפץ לאחר לי' יום, אך זה בגלל שהוא בעולם וכבר עכשיו חל משהו, משא"כ כשאינו בעולם, שאין שום משמעות למעשה הקנין שנעשה עכשיו כדי שנאמר שהוא יחול כשיבוא לעולם. מאידך כאשר הקונה אינו בעולם, זהו חסרון יותר קטן, שהוא רק מצד גמירות הדעת של המקנה, שהרי בשביל להקנות איננו זקוקים

² קידושין נט.

³ בין במכר או במתנה.

לדעת הקונה באופן פעיל, אלא רק שיסכים לקבל את המתנה, אך הקנין נגמר רק ע"י מעשיו של המקנה, וכיון שהחפץ בעולם והמקנה בעולם – אין שום בעיה שהקנין יחול. אלא שיש לנו חסרון של גמירות דעת, ולכן כאשר המקנה אומר להדיא 'לכשיבוא לעולם' מהני.

סעיף א

אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, לפיכך המזכה לעובר של אחר לא קנה, ואפילו אמר: 'לכשילד יזכה'. הגה: ודלא כיש חולקין וסבירא להו דאם לא מת, או חזר המזכה עד שילד וקנאו במשיכה, וישנו עדיין ברשות הזוכה, כשילד אז זכה, אם אמר כשילד (טור בשם הרא"ש ור"ח), ואם היה בנו, קנה, אפילו לא אמר: 'לכשילד', והוא שתהיה אשתו כבר מעוברת בשעת המתנה. (ובן בנו, כאחר דמי) (תשובת הרא"ש כלל פ"ב סימן ד'). וי"א דהא דמזכה לעובר שלו קנה דוקא בש"מ, אבל בבריא לא קנה.

1. כשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כך אינו מקנה לדבר שלא בא לעולם. נתבאר בפתיחה.

2. המזכה לעובר שאינו בנו – לא קנה, דעובר כמי שאינו בעולם דמי.

3. מה הדין אם אמר 'לכשילד' שו"ע – לא מועיל, רמ"א – י"א שמועיל.

אימתי מועיל? ט"ז, קצות – דווקא בעובר שכבר נתעברה אשתו, דחשיב כישנו בעולם קצת. נתיבות, רעק"א, פנ"י – תמיד, ואפי' עדיין לא נתעברה, וכן פשט הראשונים הללו.

נחלקו הראשונים בשאלה האם כשנפסקה ההלכה שהמזכה לעובר לא קנה, היא נפסקה כרב נחמן או כרבי יוחנן? כלומר, האם הלכה כרב נחמן, ואז אם אמר 'לכשילד' או 'לכשיבוא לעולם' זה יועיל. או שמא הלכה כרבי יוחנן, ודווקא לעובר שהוא בנו יכול לזכות, ומטעם שאדם קרוב אצל בנו, אך בסתם עובר – לא יועיל? הרא"ש ורבינו ירוחם נקטו שהלכה כרב נחמן, שהלכתא כוותיה בדינא, וממילא בכל דבר מועיל לומר 'לכשיבוא לעולם'. אולם, הרשב"ם, הר"ן והרמ"ה נקטו שהלכה כרבי יוחנן, שכך משמע פסיקת הגמ' שלא קנה בשום ענין; וכן נראית דעת הר"ף שלא הזכיר חילוק זה, וכן נראית דעת הרמב"ן, שפסק שבבנו מועיל דוקא בשכיב מרע ומשום תקנה, אלמא בלא תקנה אין שום דרך להקנות לדבר שאינו בעולם.

הסמ"ע תלה מח' בשאלה האם כשמקנה דבר שלא בא לעולם ואומר להדיא לכשיבוא לעולם מהני או לא, שהובאה ברמ"א בסי' רט, ד. אולם, כבר דחו דבריו ה"ט"ז, הגר"א והנתיבות וביארו כמו שכתבנו, שדין זה הוא מח' ראשונים בשאלה כמי לפסוק. ה"ט"ז נקט שדעת הרא"ש שפסק כרב נחמן היא מפני שסובר שעובר הוא דבר שישנו בעולם, אולם כבר תמה עליו הנתיבות שברא"ש מבואר להדיא להיפך שטעמו הוא מפני שנחלקו רב נחמן ורב הונא בסברות הפוכות.

הקצות (ב) סובר שאף הרא"ש והתוס' לא אמרו אלא בעובר, מפני שחשיב בעולם קצת (כרשב"ם), אולם בדבר שאינו בעולם כלל, אף אם יתנה בפירוש – לא מועיל. ולכן אם רוצה לזכות לעובר שלו שלא נתעברה אשתו עדיין – לא מהני.

הגמ' בגיטין יג: אמרה שמעמד שלשתן הוא הלכתא בלא טעמא, שהרי א"א לומר שכוונת הלוח הייתה מראש להתחייב ליכל מי שיבוא מחמת המלוה, שהרי במעמ"ש אפשר להקנות אף לאנשים שלא היו בעולם בשעת ההלואה, ואף ר"מ מודה שא"א להקנות לדבר שאינו בעולם. התוס' שם כתבו שהסוגיא היא רק אליבא דרב הונא, שהרי לרב נחמן אפשר להקנות לדבר שאינו בעולם אף לדידן, אם יאמר להדיא לכשילד. ע"פ זה הקשה הפנ"י על הרא"ש מדוע כתב שמעמד שלשתן הוא הלכתא בלא טעמא? הקצות הביא מהרשב"א בשם רב האי, שאף הוא סובר כרא"ש ומשמע ממנו שלא אמר כן אלא בעובר ומפני שישנו בעולם קצת, ורצה לטעון שאף הרא"ש והתוס' סוברים כן, וליישב בכך את קושיית הפנ"י. רעק"א הביא בשם שו"ת שארית יוסף שפסק כרא"ש, אף במצב שעדיין לא נתעברה אשתו.

4. המזכה לעובר שלו: שו"ע בסתם – קנה תמיד, דדעתו של אדם קרובה אצל בנו, ונמצא שאין לנו חסרון של גמירות דעת, כן משמע דעת רוב ככל הראשונים שלא הזכירו שום חילוק בדין זה. שו"ע בשם י"א – קנה דווקא אם המזכה שכיב מרע, אולם אם המזכה בריא – לא קנה. דווקא בשכ"מ תקנו לו שיקנה, דכיון שדעתו של אדם קרובה אצל בנו, חיישינן שמא תיטרף דעתו, משא"כ בבריא, שאע"פ שדעתו קרובה לא מהני, דלאו בדעתו תליא מילתא אלא שאין כאן אדם שיכול לזכות. כן כתבו הרמב"ן והר"ן, וטעמם מפני שהחסרון אינו מצד גמירות הדעת של המקנה, אלא מצד שא"א להקנות לדבר שאינו בעולם, ומה בכך שדעתו קרובה אצל בנו, ויש לו גמירות דעת מצויינת? לכן, ביארו שדין זה הוא תקנה מיוחדת בשכיב מרע, כדי שלא תיטרף דעתו עליו.

האם אמרינן כן דווקא באבא או גם באמא? רעק"א הביא בשם המב"ט (ח"ב קל"ז) שדווקא באב אמרינן הכי, אך לא באם. אולם, בשם המהרש"ך (ח"ג צד) הביא שאין חילוק.

5. האם עובר הוא בר זכיה? ראב"ד, נתיבות – כן. רי"ף, רמב"ן, ש"ך – לא. הרי"ף פסק שעובר אינו בר ירושה, ולכן אינו פוסל ולא מאכיל בתרומה. הראב"ד (הובא ברא"ש יבמות פרק ז אות ד) השיג עליו שבסוגייתנו מוכח

שעובר הוא בר זכיה, שהרי יכול לזכות לבנו עובר, וכ"ש שהוא בר ירושה שהרי ירושה הבאה מאליה קל להקנותה יותר, כדמוכח בסוגיין. הרמב"ן דחה דבריו, וכתב שעובר אינו בר זכיה כלל, והא שיכול לזכות לבנו עובר הוא מתקנת חכמים ודווקא בשכיב מרע. הרא"ש חלק על הרמב"ן והסכים עם הראב"ד.

הש"ך כתב לדחות דברי הראב"ד, וכתב ב' אופנים ליישב מדוע אפשר להקנות לבנו: א. כמו 'קני ע"מ להקנות', דהיינו שמקנה לאדם שהוא בעולם ע"מ שיקנה את זה לעובר שיבוא לעולם. ב. עשו את שאינו זוכה כזוכה, דהיינו מתק"ח אך זה מועיל אף בבריא ולא כרמב"ן. הנתיות (ב) הקשה על הש"ך שהרי מדברי הרא"ש מוכח שהקנין חל רק בשעה שיוולד העובר ולא קודם, ודווקא אם המזכה עדיין בחיים, ואם נאמר שזה מדין 'קני ע"מ להקנות' נמצא שהקנין חל מיד ואף אם ימות המזכה לא יתבטל, ועוד שהקונה צריך לעשות קנין נוסף כדי להקנות לעובר כשיבוא לעולם, ולא מצאנו כן! אלא ע"כ כדברי הראב"ד שיש לעובר יכולת זכיה, ולכן בבנו שיש לו גמירות דעת שלימה להקנות לו – מהני. אמנם, אפשר ליישב קושיית הראב"ד על הרי"ף, שבאמת אין לעובר יכולת זכיה כלל, אלא מכיון שיש לאבא גמירות דעת אמרינן שהוא עשה קנין שלם וגמור, אלא שהקנין יחול רק לאחר שיוולד העובר, ודין זה נכון אף כשאין עדיין עובר וע"כ שאין זה מכח יכולת הזכיה שלו.

סעיף ב

הקנה מקצת נכסיו לבהמה או למי שלא בא לעולם, וחזר ואמר לחבירו: קנה כבהמה זו או כעובר זה, לא קנה כלום.

סעיף ג

אמר ליה: קנה נכסי או חפץ פלוני אתה ובהמה זו או אתה ועובר זה, קנה הוא מחצה. (המקנה דבר למת, כל שהוא לצורך קבורתו וכבודו, קנה) (תשובת רשב"א סימן שע"ה).

ב"ב קמג. "את וחמור - רב נחמן אמר: קנה מחצה, ורב המנונא אמר: לא אמר כלום, ורב ששת אמר: קנה הכל", ופסקו הפוסקים כרב נחמן.

ב"ה יום א' י"ד מנחם אב ה'תשע"ז

סימן ריא

דין דבר שלא ברשותו, והכותב נכסיו לבניו לאחר מותו, ובו ז' סעיפים.

סעיף א

דבר שאינו ברשותו של מקנה, אינו נקנה, והרי הוא כדבר שלא בא לעולם. כיצד, מה שאירש מאבא (או משאר מורישיו) (תלמידי הרשב"א) מכור לך; מה שתעלה מצודתי מהים נתון לך; שדה זו לכשאקחנה קנויה לך, לא אמר כלום, וכן כל כיוצא בזה. הגה: וי"א דוקא בסתם, אבל אם פירש ואמר: שדה זו שאני אירש מאבא מכור לך, קנה (טור בשם ר"ת), וע"ל סימן ר"ט סעיף ה'.

1. דבר שאינו ברשותו דינו כדבר שלא בא לעולם, שא"א להקנותו.

ב"מ טז. "מה שאירש מאבא מכור לך מה שתעלה מצודתי מכור לך - לא אמר כלום. מה שאירש מן אבא היום מכור לך, מה שתעלה מצודתי היום מכור לך - דבריו קיימין! ומאי שנא רישא ומאי שנא סיפא? אמר רבי יוחנן: סיפא מה שאירש מאבא היום - משום כבוד אביו, מה שתעלה מצודתי היום - משום כדי חייו".

2. המוכר דבר מסוים שאינו ברשותו: שו"ע - לא מהני. רמ"א בשם י"א - מהני.

דעת רוב הראשונים שאין חילוק בין דבר מסוים לדבר שאינו מסוים. אולם, התוס' בכתובות צא: הביאו שדעת ר"ת שמהני. ר"ת הביא ראיה לשיטתו מב' מקומות: א. כתובות צא: אדם שמכר את כתובת אמו שלא באחריות, ומסקנת הגמ' שאחריות דאחרים לא קיבל עליו, אך אחריות כלפי עצמו קיבל, ולכן אם רוצה לבטל את המקח צריך להחזיר המעות. ומוכח שיכול למכור את כתובת אמו אע"פ שעדיין לא זכה בה! ב. ב"ב קנט. "בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו, ומת - בנו מוציא מיד הלקוחות", אבל הוא אינו יכול להוציא ואע"פ שמכר נכסים שאינם ברשותו! אולם, הראשונים דחו ראיותיו שאת הסוגיא בכתובות אפשר להעמיד שהיא מדברת רק לגבי השאלה האם הוא צריך להחזיר את הדמים או לא, אך ודאי שהמקח לא חל. או שמדובר בשדה שייחד אביו לאמו בכתובתה. כמו כן, את הגמ' בב"ב כתבו שאפשר להעמיד שמכר באופן המועיל, וכמו שיתבאר בסעיף ב, או שבאמת המכר גם שם לא חל, והדיון הוא רק לגבי השאלה האם חייב להחזיר את הדמים או לא.

סעיף ב

מי שהיה מורישו גוסס (פי' המעלה ליחה בגרונו מפני צרות החזה, שזה יקרה סמוך למיתה), ונטה 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. הגה: ואין מדקדקים אם מכר יותר מעט. ואם לא מצא למכור מעט, מוכר בכדי שיעור שמוצא למכור (ר"ן פ"ק דמציעא והמגיד פכ"ב דמכירה בשם רב האי וב"י בשם תלמידי רשב"א). וכן צייד עני שאין לו מה יאכל, ואמר: מה שתעלה מצודתי היום מן הים מכור לך, ממכרו קיים משום כדי חייו.

1. היה מורישו גוסס ואין למוריש ולירש כסף לקנות צרכי קבורה, יכול לומר 'מה שאירש מאבא היום מכור לך'.

א. דין זה הוא רק כאשר אין למוריש צרכי קבורה מוכנים.

ב. אין מדקדקים אם מכר מעט יותר, וכן אם לא מצא למכור מעט, יכול למכור בשיעור שימצא.

ב"ב טז. מבואר בגמ' שדין זה הוא תקנת חכמים משום כבוד אביו, ופירשו הראשונים שהיינו כדי שלא יתבזה אביו לאחר מותו, שלא ישהו את קבורתו עד שימכרו מנכסיו כדי לקנות צרכי קבורה. וכתב הר"ן בשם הגאונים שלכן אם יש לאביו תכריכין אינו יכול למכור, דלא תיקנו אלא כאשר אין לו. וכתב הב"י בשם הרמב"ם, ותלמידי הרשב"א בשם רבינו האי שהוא הדין כאשר יש לבן ממון משלו - אינו יכול למכור מנכסי אביו. דלא תיקנו אלא במקרה בו אין יכולת לקבור את האב אלא ימכרו מנכסיו. עוד כתב הב"י בשם הר"ן שאם אינו מוצא למכור מעט בשביל צרכי הקבורה יכול למכור יותר. והוסיף בשם תלמידי הרשב"א שאין מדקדקין עליו אם מכר מעט יותר. והוסיף הב"י בשם שאע"פ שנקטה הברייתא דין זה באבא, זה לאו דווקא, אלא זה נכון בכל שאר המורישים במקרה בו מוטל על היורש לדאוג לקבורתם.

2. אדם עני שאין לו מה לאכול, יכול לומר 'מה שתעלה מצודתי היום מכור לך', משום כדי חייו.

א. יכול למכור רק מה שתעלה מצודתו באותו יום. הביא שהרא"ש והר"ן כתבו בשם רבינו האי גאון שלא תיקנו אלא בכדי חיי יום, ולכן נקטה הברייתא 'מה שתעלה מצודתי היום'. אולם, הר"ף והרמב"ם לא הזכירו שצריך לומר 'היום', ותמה הבי"י מדוע לא העיר על כך הה"ה? ותיירץ שאולי הם לא חולקים אלא בסתמא מצודה לא מעלה יותר מכדי חיי יום, ולכן השמיטו זאת. או מפני שהם סוברים שמה שנקטה הברייתא 'היום' זה לאו דווקא אלא הכוונה דבר מועט, ולא בכדי חיי חודש או שנה. הסמ"ע (ו) נקט שאף הם מודים שאינו יכול למכור אלא מה שתעלה מצודתו באותו יום, אלא שיכול להיות שהדבר שיעלה יהיה בו כדי חיי כמה ימים, והסכים עמו הנתיבות (חידושים ו).

סעיף ג

היה אביו נוטה למות ולא היה לו צרכי קבורה, ומכר לאחר לצרכי קבורה ואמר ליה: מה שאירש מאבא היום מכור לך בכך וכך, ומת הבן בחיי האב ואחר כך מת האב, בן הבן מוציא מיד הלקוחות ואינו צריך להחזיר דמים, שהרי אביו מכר דבר שלא בא עדיין לרשותו ונמצאו הנכסים ברשות האב וזה יורש אבי אביו.

סעיף ד

יש מי שאומר שאם ראובן לווה מיעקב אביו ואחר כך מכר נכסיו, ומתו ראובן ויעקב, וירש חנוך בן ראובן השטר חוב מיעקב, מוציא מיד הלקוחות הנכסים שמכר אביו, דמצי אמר: אנא מאבוב דאבא יריתנא.

סעיף ה

הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו, הרי הגוף של בן מזמן השטר, והפירות לאב עד שימות, ואין המקבל יכול למכור הפירות כל זמן שהנותן קיים, אלא יכול למכור מהיום ולאחר מיתת הנותן שיזכה הלוקח בגוף הקרקע מיד, ויזכה בפירות לאחר מיתת הנותן, ויזכה בהם הלוקח אפילו אם מת מקבל בחיי נותן, שאין כאן מקנה דבר שלא בא לעולם כיון שהגוף שלו, דקנין פירות שנשאר לאב לאו כקנין הגוף דמי.

סעיף ו

מי שנתן קרקע לחבירו, ונתן לו על גביו דינרים או מטלטלין, לא קנה אלא אם כן היו המעות והמטלטלין ברשותו. לפיכך צריך להביא ראיה שהיו המעות והמטלטלין שהקנה לו ברשותו באותה שעה (וע"ל סימן ס' סעיף ו').

סעיף 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. אבל המלוה, הואיל ולהוצאה ניתנה, אינה בעולם ואין אדם יכול להקנותה אלא במעמד שלשתן; ואם היה מלוה בשטר, מקנה את השטר בכתיבה ומסירה, שהרי יש כאן דבר הנמסר, לקנות שעבוד שבו. הגה: ראובן לוו משמעון ועשה לו שטר מכירה על שדהו מעכשיו בלא תנאי, 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 (טור סוף סימן נ"ד בשם הראב"ד).

1. פקדון ביד אחרים :

א. אם הנפקד מודה בפקדון – הרי הוא כדבר שברשותו ויכול להקנותו.

ב. אם כפר בו – אינו ברשותו, דמשעה שכפר בו גזלו, ודינו ככל גזל שאינו ברשות הבעלים, ולכן אינו יכול להקנותו ולהקדישו.

ג. אם כפר בו וחזר והודה – מח' בעל המאור והרמב"ן : בעל המאור – חשוב ברשותו. רמב"ן – אינו ברשותו עד ששיבנו לידו.

2. מלוה – אינו ברשותו, דכיון שמלוה להוצאה ניתנה, אין לו על חברו אלא חוב ולא חפץ בעין. ולכן אינו יכול להקנותו ולהקדישו.

3. דרכי הקנאת מלוה :

א. מלוה בע"פ – על ידי מעמד שלשתן. כדעת הרמב"ם ורוב הראשונים, ודלא כבעל המאור.

ב. מלוה בשטר – יכול להקנותו גם בכתיבה ומסירה.

ב"ה יום ד' א' אלול ה'תשע"ז

סימן ריב

דין מקנה דירת בית או חצירו או מקדיש דבר שלא בא לעולם, ובו ט' סעיפים.

סעיף א

אין אדם מקנה, לא במכר ולא במתנה, אלא דבר שיש בו ממש. אבל דבר שאין בו ממש, אינו נקנה. לפיכך המקנה לחבירו אכילת פירות דקל זה או דירת בית זה, לא קנה עד שיקנה גוף בית זה לדור בו וגוף אילן לאכול פירותיו. הגה: האומר: ידור פלוני בבית זה, ולא קצב זמן הדירה, אפילו רק שעה אחת במשמע (הגהות מרדכי סוף ב"ב). ושטר שכתוב בו שראובן נתן לדור בביתו וקנו ממנו ע"ז, יש לפרש השטר שקנה ממנו בענין המועיל והקנה לו הגוף לדור בו. וכל שכן אם החזירו הקנין למטה בשטר, דודאי ליפוי כח כתבו וקנה ממנו בענין המועיל. אבל אם לא כתוב בשטר רק: וקנו ממנו שנותן לו לדור בביתו, אינו כלום, דאז עיקר הקנין קאי על הדירה ואין בדירה ממש. (תשובת רמב"ן סימן ע"ז). שטר שלא היה כתוב בו קנין פירות כראוי, רק כתוב בו שנתן לו כח ליקח הפירות כתקון חכמים, הרי הודה שהקנה לו כתיקון חכמים ויש לפרש שנתן לו באופן המועיל (מרדכי פרק מי שמת).

1. אי אפשר להקנות דבר שאין בו ממש, כגון ריח טעם או מראה; וכתב הטור הטעם מפני שאין לקנין על מה לחול.

2. אכילת פירות הרי היא דבר שאין בו ממש, לכן צריך להקנות לו גוף האילן לפירותיו.

ב"ב קמז: "אמר רבא אמר רב נחמן: שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה - לא אמר כלום, עד שיאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו, תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו". הרשב"ם ביאר שדירת בית אינה נקנית מפני שאין בה ממש, אך אכילת פירות אינה מועילה מפני שהפירות אינם בעולם; נמצא שאם הפירות בעולם קנה, שאנו מפרשים דבריו שהקנה לו הפירות לאכילתם, והפירות יש בהם ממש. וכן דעת הטור, שהשמיט אכילת פירות. אולם, הרמב"ם נקט שאף אכילת פירות אינה מועילה שהרי אין באכילה ממש, ואיננו מפרשים שכוונתו להקנות את הפירות. השו"ע נקט כרמב"ם, וכתב הסמ"א שאפשר שאף הרשב"ם מודה לו אלא שלא היה נראה לו לפרש הגמ' כן.

בספר 'בני יעקב' הקשה על הטור שברא"ש מבואר שישבועה שאיני אוכל' הוי דבר שאין בו ממש!! הקצות (א) דחה קושייתו שאדרבא שם מוכח שישבועה שאוכל' הוי דבר שיש בו ממש, ודווקא בלשון שלילה הוי דבר שאין בו ממש.

3. המקנה בית לדירה בסתם - לכמה זמן הקנה? סמ"ע (ג), פת"ש (ג) בשם חת"ס - שעה אחת. הג"ה בש"ך (ב), ט"ז, גר"א (ב) - לעולם. נתיבות (א) - כשהקנה להדיא גוף לדירה הכוונה לעולם, שהרי הקנה לו את הגוף לתמיד. והרמ"א דיבר רק כשאנו מתקנים דבריו, כגון המשך דברי הרמ"א - בכה"ג אנו מפרשים דבריו לזמן המועט שבמשמע.

בהג' מרדכי הביא בשם רב נחשון גאון שטעם הגמ' שהאומר 'ידור פלוני בבית' שלא קנה הוא מפני שאף דירת רגע אחד במשמע. ומבואר בדבריו שסובר שאם קצב זמן - קנה, ואין בו בעיה של דבר שאין בו ממש (כנראה מפני שאנו מפרשים דבריו שכוונתו גוף לדירה אף בכה"ג). הרמ"א הביא את דבריו. **הסמ"ע התקשה** שהרי האומר 'ידור פלוני בבית' בלאו הכי לא קנה מפני שהוי דבר שאין בו ממש!! לכן ביאר שאף הרמ"א מודה לשו"ע, אלא שכוונתו לומר שאף כשמקנה גוף לדירה אנו מפרשים דבריו בסתמא לשעה אחת, עד שיפרש לכמה זמן. **הש"ך, ט"ז וגר"א דחו דבריו** שהרי רב נחשון ביאר את דברי הברייתא, ובברייתא מבואר שאם אמר 'תנו בית זה לפלוני וידור בו' מהני, ואע"פ שלא פירש כמה זמן, ועל כרחך הטעם מפני שכאשר מקנה גוף לפירות זה לעולם ולא לזמן, וטעם דמסתבר הוא שהרי הקנה לו את הגוף לגמרי, ומדוע שנאמר שזה רק לזמן מועט!! וממילא תמהו מדוע הביא הרמ"א את דברי רב נחשון הרי לא קי"ל כוותיה!! **הנתיבות ביאר** שכוונת הרמ"א היא למקרים שהביא בהמשך דבריו, שהאדם אמר לשון לא טובה אלא שמחמת שעה קנין אנו מפרשים לשונו באופן המועיל, וממילא במצבים כאלה איננו מפרשים את דבריו אלא בצורה מצומצמת. **אולם, הפת"ש הביא בשם החת"ס ליישב דברי הרמ"א**, שאע"פ שבדברי רב נחשון מבואר שאם הקנה גוף לדירה אמרינן שהקנה לעולם, אך רב האי ועוד פוסקים שהלכו בשיטתו סוברים שאף כשהקנה גוף לדירה אמרינן שישעה אחת במשמע, עד שיפרש לו זמן; ואת דברי הגמ' שמהני פירשו כשפירש בהדיא לכמה זמן מוכר.

4. שטר שכתוב בו שמקנה דבר שאין בו ממש, ומוזכר בו לשון קנין:

א. אם נכתב הקנין ואח"כ לשון שאינה מועילה - לא קנה, שהרי עשו קנין על דבר שאין בו ממש.

ב. אם נכתבה לשון שאינה מועילה, ואח"כ הוזכר שעשו קנין – מהני, שהקנין דבר חזק ואנו מפרשים שכוונתם שעשו קנין באופן המועיל, דהיינו גוף לפירות; כ"כ הרשב"א במיוחסות (סז).

ג. אם נכתב שעשו קנין, אח"כ נכתב לשון שאינה מועילה, ובסוף השטר חזרו על הקנין, קודם לשיטה האחרונה; נתיבות (ג) – ספיקא דדינא.

ד. אם נכתבה לשון שאינה מועילה, ולא הוזכרה לשון קנין בסמוך אלא בסוף השטר: שי למורא – לא מהני, רעק"א – מהני.

ב' הסעיפים האחרונים נתבארו בפתי"ש (ד-ה) בהרחבה. מקורם הוא מתשובת הרשב"א הנ"ל שהאריך להוכיח שכאשר עשו קנין בסוף השטר מהני, משום שלא כתבו הקנין ב' פעמים אלא לייפות את כוחו. והקשו שהרי כבר כתב שכאשר עשו קנין פעם אחת מהני, וא"כ מדוע הוצרך לדון כאשר עשו ב' קניינים? בשי למורא למד מכך שקנין מועיל רק כאשר הוזכר תיכף ומיד ללשון הציווי, ולכן הוצרך לומר שאף כאשר הקנין אינו סמוך אם מוזכר בו ב' קניינים ודאי לייפות את כוחו נעשה. אולם, רעק"א (סי' קמא) כתב שאם הקנין נכתב לאחר הציווי תמיד מהני, אע"פ שלא נכתב בסמוך. אולם, כאשר נכתב הקנין קודם לציווי הייתה הו"א שלא יועיל אף אם הוזכר שוב בסוף השטר, מפני שודאי אין כוונתם אלא לומר שעשו שוב את הקנין הראשון (שלא מהני). ולכן הוצרך הרשב"א לומר שכאשר הוזכר הקנין בסוף השטר אף בכה"ג מהני, דאיתי לייפות את כוחו ולקיים העניין. אולם, כיון שהרמ"א כתב בלשון "כל שכן" ולפי הסברו אין זה כ"ש, כתב שאולי הרמ"א לא ס"ל כרמב"ן בכה"ג לדינא, אלא דווקא כשבא הקנין באחרונה (דבכה"ג ודאי שהיו כ"ש) ולכן לדינא כתב שהיו ספיקא דדינא.

ה. האם מהני בכה"ג בדבר שלא בא לעולם? רע"א – לא, נתיבות – כן. (פתי"ש ד בסופו).

5. שטר שכתוב בו שנעשה כתיקון חכמים – מועיל, שהרי מודה שנעשה כהוגן, וממילא אנו מפרשים שנתן לו באופן המועיל; כ"כ המרדכי ב' מי שמת.

סעיף ב

וכן המוכר לחבירו אויר חורבתו ואויר חצירו, אינו כלום, אלא אם כן הקנה לו חצרו להכניס בו זיזין, וכן כל כיוצא בזה.

סעיף ג

אבל אם מכר לאחר בית ואילן וחורבה וחצר, ושייר לעצמו דירת הבית ואכילת הפירות ואויר החורבה ואויר החצר, מהני, דהוה כאילו פירש ששייר לעצמו מקום. ואפילו לא הזכיר שיור בחצר כלל, אלא מכר לו בית ואמר לו: על מנת שדיוטא העליונה שלי, אמרינן ששייר לו מקום בחצר להוציא זיזין מהדיוטא לחצר. הגה: ואם שייר לעצמו זכות וגם שייר לאיש אחר, אמרינן כמו ששייר לעצמו בעין יפה ובאופן המועיל כן שייר לחבירו, דודאי על ענין אחד נתכוין (תשובת רמב"ן סי' י"ח). ועיין לעיל סימן ר"ט סעיף ז'.

1. אם מכר ושייר לעצמו דבר שאין בו ממש – קנה, כיון שאדם משייר לעצמו בעין יפה, ואמרינן כאילו פירש שמשיר לעצמו גוף לפירותיו. **ב"ב קמח**. "דקל לאחד ושייר פירותיו לפניו – שייר מקום פירי, מאי טעמא? כל לגבי נפשיה בעין יפה משייר". וכבר נתבאר בהרחבה בסימן רט, ז לגבי דבר שלא בא לעולם, וה"ה להכא.

2. מכר בית לחברו ואמר ע"מ שדיוטא העליונה שלי – שייר לעצמו מקום בחצר להוציא בו זיזין וגזוזטראות, דסתם מוכר בית לא מכר את העליה, והועיל ייתור לשונו לשעבד לעצמו מקום בחצר להוציא בו זיזין. **ב"ב סג**. "אמר ריש לקיש, זאת אומרת: המוכר בית לחבירו, ואמר לו על מנת שדיוטא העליונה שלי – דיוטא העליונה שלו. למאי הלכתא? רב זביד אמר: שאם רצה להוציא בה זיזין – מוציא; רב פפא אמר: שאם רצה לבנות עליה על גבה – בונה. בשלמא לרב זביד, היינו דקתני זאת אומרת, אלא לרב פפא מאי זאת אומרת? קשיא". ופסק כרב זביד.

3. אם שייר לעצמו ולאדם אחר: רמ"א – קנה אף האחר. ש"ך – לא קנה. מקור הדין הוא מתשובת הרמב"ן, וכתב שם שכאשר שייר לעצמו ולאחר אמרינן שלכולם בעין יפה שייר, וכ"כ הרמ"א. הש"ך תמה שהרי הרמב"ן סיים דבריו שיש כאן צד אחר שבגללו אותו אחר לא יקנה, והוא מטעם שאע"פ שהנותן שייר לו בעין יפה, אך לא הקנה לו באופן המועיל, ולעצמו מהני כיון שלא יצא מרשותו, אך אותו אחר במה יקנה?! ולכן תמה על הרמ"א שפסק שבכה"ג מהני.

ד גוף לזמן לעומת מכירה לפירות

סעיף ד

המוכר גוף הקרקע לזמן קצוב, הרי זה מכירה ומשתמש הלוקח בגוף כחפצו ואוכל הפירות כל זמן המכירה, ובסוף תחזור לבעליה. ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירות, 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 קנין עולם לעולם.

המוכר קרקע לפירותיה יכול להשתמש בה כחפצו, אך אסור לו לשנות את גוף הקרקע. אולם, הקונה קרקע לזמן קצוב, בתוך אותו הזמן יכול לעשות בה ככל העולה על רוחו, כאילו קנאה לעולם. כ"כ הרמב"ם (מכירה, פ"ג ה"ה), אולם הראב"ד השיג עליו שאף הקונה לזמן אינו יכול לבנות ולהרוס אלא מכר באופן של 'נכסי לך ואחריו לפלוני', שבכ"ה לא מכר לשני אלא מה ששייר הראשון. או במקרה שמוכר לזמן מרובה של מ' שנים והלאה. ה"ה ביאר שדעת הרמב"ם לדמות דין זה למוכר קרקע בזמן שהיובל נוהג שיכול לעשות בה ככל חפצו, אע"פ שהיא חוזרת לבעליה ביובל, והוא הדין במוכר לזמן.

ה מכירה לפירות לעומת מכירת פירות

סעיף ה

ומה הפרש יש בין המוכר שדה זו לפירותיה ובין המוכר פירות שדה זו לחבירו, שהמוכר פירות השדה אין ללוקח להשתמש בשדה זו כלל, אפילו להכנס, אלא בשעת הוצאת הפירות, ויש לבעל השדה להשתמש בה כחפצו. אבל המוכר שדה לפירותיה, אין בעל השדה יכול להכנס בה אלא מדעת הלוקח, ויש ללוקח להשתמש בה כחפצו.

1. מוכר קרקע לפירות יכול הקונה להשתמש בה כרצונו, ובלבד שלא ישנה את גוף הקרקע, אולם הקונה פירות הקרקע אסור לו להכנס לשדה וכ"ש להשתמש בה. ורק בשעת לקיטת הפירות מותר לו להכנס בה ולקחת פירותיו. ג"ז כתב הרמב"ם שם.

2. **בעל בנכסי אשתו: סמ"ע** – הרי הוא כקונה לזמן, שהרי הוא אוכל פירות כל ימי חייה, ולכן יכול לבנות ולהרוס ואין האשה יכולה למחות בו. הסמ"ע למד כן מדברי הרמ"א באה"ע (ז, ל) שאשה שמכרה בנכסי מלוג הלוקח יכול למחות בבעל, ומשמע שדווקא הלוקח אך באשה עצמה אינה יכולה למחות. **חלקת מחוקק** (אה"ע ז, ל), קצות – הרי הוא כקונה גוף לפירות, ואסור לו לשנות גוף הקרקע. הקצות (ב) מפנה לסי' קמט, ט שם מבואר ברמ"א שאם הבעל הרס ובנה בנכסי אשתו יש לו חזקה, והקשה הקצות לדעת הסמ"ע מדוע יש חזקה הרי היא אינה יכולה למחות בו?!

ו מכירה לפירות לעומת שכירות

סעיף ו

ומה הפרש יש בין הקונה שדה זו לפירותיה ובין השוכר שדה זו מחבירו, שהקונה שדה לפירותיה יש לו לנטעה או לזרעה כל זמן שירצה או להובירה; והשוכר אינו כן, כמו שיתבאר בסימן ש"כ.

1. קונה גוף לפירות יכול לעשות בה כרצונו, אולם השוכר שדה אינו יכול להשתמש בה אלא כמנהג המדינה, כגון שאם נהגו לנטוע שנה ולהוביר שנה – חייב לעשות כן ואינו יכול לשנות.

2. **האם השוכר קרקע רשאי להשכירה?** סמ"ע וב"י בטור – לא, שו"ע, דרכי משה וט"ז – כן. הטור הביא שהשוכר אינו יכול להשכירה לאחרים, אולם הקונה לפירות יכול. הב"י תמה שהרי דעת הרמב"ם שהשוכר קרקע לדירה יכול להשכירה לאחרים, ודווקא במטלטלין אמרינן 'אין השוכר רשאי להשכיר' מפני שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר?! ואם בדירה רשאי שיש בה קלקול טפי, כ"ש בשדה. הדרכי משה כתב לתרץ שכוונת הטור שיש מצבים בהם אין השוכר רשאי להשכיר, כגון שמשכיר לאדם שבני ביתו רבים יותר מהשוכר הראשון, וכ"כ ה"ט"ז. הסמ"ע (טז) כתב שבבית מותר להשכיר לאחר, כיון שאם יקלקלה – קלקולו ניכר. אולם, בשדה הוא יכול לזרעה ולהכניסה באופן שאין הקלקול ניכר ולכן נקט הטור שאין השוכר קרקע רשאי להשכירה.

3. **שוכר קרקע רשאי להשכירה, אף כאשר קיבל המשכיר את דמי הקרקע.** הפת"ש הביא בשם המהר"א ששון לחלק בין מצב בו קיבל המשכיר דמי השכירות, שאז אסור להשכיר לאחרים, לבין מצב בו עדיין לא קיבל שמותר. אך כתב שמדברי הב"י והרמ"א והט"ז כאן מוכח שלא ס"ל חילוקו.

ז-ט דין ההקדש

סעיף ז

דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו, שאילו אמר אדם: כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית, או: יהיה אסור עלי, או: אתננו לצדקה, אף על פי שאינו מתקדש, לפי שאינו בעולם, ה"ז חייב לקיים דברו, שנאמר: ככל היוצא מפיו יעשה, (במדבר ל, ב); והואיל והדבר כן, אם צוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר: כל מה שיוצא אילן זה לעניים, או: כל שכר בית זה לעניים, זכו בהם העניים. הגה: ו"א דלא קנו ההקדש ולא הצדקה כלום, דאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם, וממילא דבריו בטלים. אבל אם אמר: כשתלד בהמתי, או: יוצא אילן זה פירות, וכיוצא בזה, אתננו להקדש או לעניים, חייב לקיים דבריו מטעם נדר (טור בשם הרא"ש). ודוקא אם הנודר קיים; אבל אם כבר מת, אינו כלום, שהרי אינו כאן שיקיים נדרו. (מרדכי פ' מי שמת) וסברא האחרונה היא עיקר, וכן ראוי להורות. ועיין לקמן סי' רנ"ב סעיף ב'. ואם נשבע לקיים המקח, עיין לעיל סימן ר"ט סעיף ד'.

1. אי אפשר להקדיש דבר שאינו בעולם או ברשותו.

כתובות נט. "הא לא דמיא אלא לאומר לחבירו שדה זו שמכרתי לך לשאקחנה ממך תיקדש, דלא קדשה". וכן מוכח בב"ק לו: "אמר ליה ההוא גברא: הואיל ופלגא דזוזא הוא לא בעינא, נתביה לעניים. הדר אמר ליה: נתביה ניהלי, איזיל ואברי ביה נפשי. א"ל רב יוסף: כבר זכו ביה עניים; ואף על גב דליכא עניים הכא, אן יד עניים אן". **והקשו התוס'** "ווא"ת בלא יד עניים נמי מחייב צדקה באמירה כדדרשינן בפ"ק דר"ה (דף ו.) בפ"ד זו צדקה!! וי"ל דכמו שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם ה"א אין אדם נותן צדקה דבר שלא בא לעולם וכו'. ונהי שאם היה אומר חוב זה לכשיבא לידי אתננה להקדש או לצדקה דומה שמתחייב מטעם נדר אבל זה לא אמר כן וכו'". **וכן כתבו הר"ף, הרא"ש והרשב"א.** אמנם, **בעל המאור ור"ח** נקטו שאדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו, אלא שהיה יכול לשנותו מעני לעני, ואמר לו רב יוסף שכיון שהוא גבאי עניים – קי"ל שמשבאו ליד גבאי שוב אינו יכול לשנותו. וכן מבואר בדברי הרמב"ם (הל' ערכין פרק ו, לא. הל' מכירה פכ"ב, טו) שאין ההקדש חל על דבר שלא בא לעולם, ולכן לא חלה קדושה על החפץ מחמת דיבורו. (אמנם, מדבריו נראה שחל עליו חיוב להקדישו כשיבוא לעולם וכפי שיתבאר בסמוך).

2. כאשר מקדיש דבר שאינו בעולם, האם חייב לקיים דברו משום נדר? שו"ע – כן. רמ"א – לא, אא"כ חייב עצמו בפירוש.

הרמב"ם כתב בהלכות ערכין (ו, לא) "יראה לי שאע"פ שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם **אם אמר הרי עלי להקדישו** הרי זה חייב להקדישו כשיבא לעולם משום נדרו", והביא ראיה מיעקב אבינו שאמר 'וכל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך', ונאמר לו על כך 'אשר נדרת לי שם נדר', ומוכח שאפשר לנדור אף על דברים שעדיין לא הגיעו לעולם, מפני שמחייב עצמו להקדישם כשיבואו לעולם, ואף הראב"ד הסכים עמו בראיה זו. (ומבואר שאף להסוברים לקמן בסימן רמה שיקנין אתו אינו מועיל, אך בהקדש מועיל).

מה הדין כשהקדיש דבר שלא בא לעולם, האם אמרין שאע"פ שלא חל ההקדש אך חל עליו נדר להקדיש כשיבוא לעולם!! בדברי הרא"ש והתוס' (שהובאו בסעיף הקודם) מבואר שלא, אא"כ יאמר כן בפירוש. אולם, בדברי הרמב"ם (מכירה פכ"ב, טו) מבואר שכן. הטור כתב שהרמב"ם והרא"ש נחלקו בדין זה, והב"י כתב שהרמב"ם והרא"ש אינם חולקים, שהרי אף לדעת הרמב"ם אין זה מועיל אלא מדין נדר.

והתקשו האחרונים בדברי הב"י, שברמב"ם בהלכות מכירה (כב, טו) מוכח שאף כשאומר בלשון 'יהיה חל הנדר, ובדברי הרא"ש מבואר להדיא להיפך שלא הוי נדר אא"כ יאמר בלשון 'אתן'!!

התורת חיים כתב לדחות דברי הב"י, וכן נראית דעת הרמ"א שהרמב"ם והרא"ש פליגי, ולדעת הרמב"ם אף באומר 'יהיה' הרי זה נחשב כנדר, אולם באומר בלשון הוה – אין זה נדר ואינו חל כלל. אולם, לדעת הרא"ש צריך לומר בלשון 'אתן' כדי שיחולו דבריו.

אולם, הסמ"ע (בדרישה, ובסמ"ע) ביאר דעת הב"י לחלק בין דבר הבא מאליו, לדבר שצריך לעשות מעשה כדי שיבוא. בדבר הבא מאליו אף אמירת 'יהיה' מהני, דבכה"ג שהדבר ודאי יבוא אנו מפרשים דבריו שכוונתו לומר שכאשר החפץ יגיע לעולם הוא לא יהנה ממנו, והרי זה נדר שלא יהנה ממנו ויקדישו. אולם, בדבר שמחוסר מעשה כדי לבוא לעולם או לרשותו, אין במשמעות לשונו התחייבות להקדישו כשיבוא לעולם, ואין בלשונו לשון נדר.

ע"פ זה ביאר את הסתירה בדברי השו"ע בין סעיף ז לסעיף ט. שבסעיף ט מדובר על דברים שמחוסרים מעשה, ואינם באים מאליהם. (פירות אילן באים מאליהם, פירות שדה – היינו היבול – לא באים מאליהם, אלא רק לאחר שהאדם יעבד את שדהו), ולכן בכה"ג אין בלשונו נדר. **והסכים עמו הש"ך** (יב).

3. **סתירה בדברי השו"ע בסעיף זה, לדבריו בסעיף ט** שאף בהקדש אמירת 'יהיה' אינה מועילה מדין נדר, וא"כ יאמר בפירוש 'אתננו להקדש':

א. **רמ"א – סותר דבריו**, והעיקר לדינא כרא"ש וסייעתו.

ב. **באר הגולה, ט"ז** – יש כאן טעות סופר, וסעיף ט הוא המשך סעיף ח, שבסוף סעיף ח הביא את דעת הרא"ש וזה המשך דבריו.

ג. **סמ"ע וש"ך** – מחלקים כפי שביארנו לעיל, בין דבר הבא מאליו, לדבר שמחוסר מעשה כדי שיבוא לעולם. שדוקא בדבר הבא מאליו אמרין שחשיבא אמירתו כהקדש, משא"כ בדבר שמחוסר מעשה שצריך אמירה מפורשת – 'אתן' וכדו'.

4. **אם ציוה לבניו כל מה שיוציא אילן זה לעניים וכדו': שו"ע** – חייבים ליתן לעניים, דכיון ששתקו קיבלו עליהם מדין נדר (בי"י). **רמ"א** – אין חייבים ליתן לעניים, כיון שאין כאן הקדש, ואף אם תאמר שחייב לקיים דברו מדין נדר, אין זה מחייב אחרים.

מקור דין זה הוא מדברי הרמב"ם, ותמה עליו הבי"י שהרי הוא מודה שא"א להקדיש דבר שלא בא לעולם, אלא שהאדם חייב לקיים דברו מדין נדר, וא"כ זה מחייב אותו ולא את היורשים! וכתב לתרץ שהרמב"ם מייירי שהיו היורשים בפניו בשעה שצוה כן, וכיון ששמעו ושתקו הרי קיבלו עליהם וחייבים מדין נדר שלהם. ע"פ זה יוצא שאם הם לא היו באותו מעמד שצוה כן – אינם חייבים לקיים דברו. המגיד משנה כתב שטעמו משום 'מצוה לקיים דברי המת', ובסמ"ע (יט) כתב הטעם שהרי זה כאילו הקנה הבית לעניים עד שהיורשים יתנו להם את שכרו, ולפי זה בכל עניין חייבים היורשים לקיים ציוויו.

5. **נדר להקדיש דבר כשיבוא לעולם, ובא החפץ לעולם ומת? שו"ע** – חייבים היורשים לקיים נדרו, **רמ"א** – אינם חייבים. **בשו"ת הרמ"א סי' מז הביא דברי הבי"י** שפסק שאם אדם קיבל על עצמו ממון לצדקה, אע"פ שלא עשה קנין חייב, דכתיב 'בפיך' זו צדקה, וכיון שמת חייבים היורשים לשלם חובו. **אולם, הרמ"א בסי' מח** האריך לחלוק ולדחות דברי הבי"י, ותורף דבריו שזהו חיוב על הגברא לקיים נדרו, אך לא חל שעבוד על הנכסים מחמת הנדר ולכן אין היורשים מחוייבים לקיים נדרו. **הקצות (סי' רצ, ג) ביאר** שנחלקו בשאלה האם כשאדם נודר צדקה חל שעבוד על נכסיו או לא? באופן פשוט נדר ושבועה אינם מחילים שעבוד נכסים, אך בצדקה שהיא מצווה שבממון דעת הרמב"ם והשו"ע שזה לא גרע משאר מצוות שבממון שחל על האדם שעבוד נכסים. אולם, דעת הרמ"א שאע"פ שבסתם צדקה יש על האדם שעבוד נכסים (כגון במקום שהוא אמיד), אך כאשר חיוב הצדקה חל על האדם מחמת נדרו אין בו משום שעבוד נכסים, כיון שאין כאן אלא חיוב לקיים דברו. בדברי הקצות נראה שמסברא הוא מסכים עם השו"ע, אך רוב הפוסקים נקטו כרמ"א; **הנתיבות** שם פוסק לדינא כרמ"א, שכאשר חיוב הצדקה חל רק מחמת נדר – אין בו משום שעבוד נכסים, ורק כאשר כופין אותו בעל כרחו – אמרין שיש שעבוד נכסים.

הפת"ש (ט) הביא את מח' הבי"י והרמ"א ואת דברי הקצות, והביא **שדעת החת"ס** כפי שמוכח בכמה מתשובותיו שלכו"ע יש שעבוד נכסים בצדקה, ואם נדר לתת צדקה ומת נשתעבדו נכסיו וחייבים היורשים לשלם מנכסיו. וכתב שישנם כמה מצבים: **א.** 'אתן לעניים ומת' – לכו"ע נשתעבדו נכסיו וחייבים היורשים לשלם. (אך כפי שראינו פשט דברי הרמ"א, וכן הבינו האחרונים שהוא חולק אף בכה"ג וסובר שפטורים מלשלם). **ב.** 'תנו לעניים ומת' – לכו"ע לא נשתעבדו הנכסים, שהרי לא נדר על עצמו אלא על אחרים, ואין בכוחו לחייב אחרים. אא"כ מדובר בשכיב מרע או שהשליש מעות, שדבריו ככתובין וכמסורין. (האחרונים הבינו שאף בכה"ג נחלקו). **ג.** 'אתן לעניים פירות דקל או דירת הבית' – שנדר דבר שלא בא לעולם, ובשעת הנדר עדיין לא השתעבדו הנכסים, ומת קודם שבאו הנכסים לעולם: רמב"ם ושו"ע – חייבים היורשים לקיים דבריו, דהרי זה כאילו הקנה לעניים האילן לפירותיו. רמ"א והרדכי – אינם חייבים ליתן, שהרי כשבאו הנכסים לעולם כבר לא היה מחוייב בנדרו, שהרי מת, וממילא לא חל עליהם שעבוד כלל.

סעיף ח

קנה קרקע אדעתא שיעשנו הקדש ולא הוציא מפיו כלום י"א דכיון שגמר בלבו לתת לצדקה חייב ליתן ויש מי שאומר דאף על גב דכתיב כל נדיב לב עולות (דברי הימים - ב כט, לא) חולין מקדשים לא ילפינן והאידינא כל הקדש יש לו דין חולין שאין הקדש עתה לבדק הבית ואינו אלא לצדקה הילכך כל שלא הוציא בשפתיו אינו כלום. (ויש להחמיר כסברא הראשונה ועיין בי"ד סוף סימן רנ"ח).

1. **חשב בליבו ליתן לצדקה ולא הוציא מפיו:** י"א שחייב ליתן, ד'כל נדיב לב עולות'; וכן הכריעו הרמ"א והגר"א. י"א שאינו חייב, דחולין מקדשים לא ילפינן, והאידינא כל הקדש יש לו דין חולין; הרא"ש בתשובה.

שבועות כו: "אין לי אלא שהוציא בשפתיו, גמר בלבו מנין? ת"ל: כל נדיב לב". ומסקנת הגמ' שדין זה נכון רק לגבי תרומת מלאכת המשכן וקדשים, או מפני שהם ב' כתובים הבאים כאחד ואין מלמדים, או מפני שחולין מקדשים לא ילפינן. **התוס' בע"ז לד.** ד"ה מתענין בסופו הביאו מח' ר"ת ור"י בשאלה האם קבלת תענית בלב מועילה? **ר"ת** סובר שקבלה בלב מועילה, אולם **ר"י** סובר שצריך להוציא בפיו בפירוש, וקבלה בלב אינה כלום.

הרא"ש במסכת תענית (פ"ג, יג) נקט כדעת ר"ת, וטעמו שדווקא לגבי שבועה הצרכנו קבלה בפה, ועוד שכיון שמצאנו בנדר הקדש שמהני קבלה בלב, כל סוגי הנדרים בכלל ואין חילוק בשאלה למה נדר. **וכן דעת המרדכי והמהרי"ק (סי' קסא)**, וכן נקט **הרמ"א ביו"ד סי' רנח** ואצלנו. **אולם, הרא"ש בתשובה (כלל יג, א) כתב להיפך** שדווקא לגבי הקדש אמרינן 'כל נדיב לב', אך בחולין לא ובעינן שיוציא בפיו; והאידנא כל צדקה יש לה דין חולין, ולכן לא מועיל שיקבל בליבו לתת צדקה עד שיוציא בפיו בפירוש.

מלשון השו"ע כאן נראה שנקט כדעת הרא"ש בתשובה שלא מהני, שהרי י"א וי"א הלכה כבתרא, וכן נראה מכך שהשמיט דין זה ביו"ד, ומשמע דלא ס"ל שתועיל מחשבה בצדקה. **אולם, הגר"א מביא** שהשו"ע באו"ח סימן תקסב סעיף ו פסק שקבלה בלב מהני לקבלת תענית, וכדברי הרא"ש בפסקיו, ומשמע שאף הוא מודה לרמ"א. עוד תמה על הרמ"א שסתר משנתו באו"ח סי' תקנ"א ובסי' תרנ"ג, שכתב שקבלת תענית בלב לא מהני. ונשאר בצ"ע על דבריו.

2. האומר 'אתן לפלוני עשיר' והתכוון להתחייב כן בתורת נדר: מרדכי – הרי זה נדר, וחייב לקיים נדרו ואינו יכול לשנות. קצות (ה) – אין בו משום נדר, לא מבעיא לדעת הרא"ש שנדר הוא רק בצדקה וכדו', אך לא באומר 'אוכלי או ילא אוכלי' שאין בזה אלא שבועה. אלא אף לדעת הרמב"ם וסייעתו שנדר בלשון שבועה, הוי יד לשבועה וחייב לקיים דברו, היינו דווקא כשנודר בפירוש, אך לא כשאומר 'אתן' אע"פ שמתכוון לשם נדר.

3. הנודר 'כל אשר תתן לי עשר אעשרנו לד', ולא קיים נדרו ולאחר זמן נתעורר ורוצה לשוב בתשובה: רשב"ץ – אין תשלומין לממון שאכל ולא הפריש ממנו, אך אם הוא עשיר חייב לשלם כנגד מה שאכל ממידת חסידות, ואם הוא עני פטור אף ממידת חסידות. וטעמו שבכל פרוטה ופרוטה שהרויח עשירית ממנה שייכת להקדש, וכיון שאכלה פטור מלשלם. אלא שאם הוא עשיר – ממידת חסידות צריך ליתן לצדקה, כנגד מה שלא נתן. הקצות הוסיף שלשיטתו זה דוקא כאשר השתמש בממון, אבל אם עשה ממנו סחורה או שפרעה בחובו – חייב לשלם מדין 'משתרשי ליה'. כמו כן, הקשה על דבריו שהרי א"א להקדיש דשלב"ל, ואף לדעת הרמב"ם אינו חייב אלא מדין נדר, וא"כ אין עליו חיוב אף ממידת חסידות, שכיון שאכל את הממון הרי עבר ולא קיים את נדרו, ואין בו משום תשלומין. קצות (ו) – חייב לשלם נדרו כפי חשבון מכל הממון שהרויח מאז; כיון שפירוש דבריו הוא שיצטרך ליתן כנגד עשירית מרווחיו לצדקה, ולכן צריך לעשות חשבון כמה הרויח משעת חלות הנדר וליתן הממון לעניים.

סעיף ט

וכן אם אמר קרקע זה לכשאקנו יהיה הקדש אינו כלום שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם אבל אם אמר לכשאקנו אקדישנו או אתננו להקדש הוי עליו נדר וצריך לקיים נדרו. הגה: וזהו סברת הרא"ש, וחולק על הרמב"ם שסובר שאם אמר: לכשאקנו יהיה הקדש, חייב לקיים דבריו, כמו שכתב סברתו בסעיף ז'; ודברי המחבר שסתם לעיל כדברי הרמב"ם, וכאן כדברי הרא"ש, אינו נכון.

1. אמר 'קרקע זו לכשאקנה תהיה הקדש' – אינו כלום. אך אם אמר 'לכשאקנה אקדישנה' – הרי זה נדר, וחייב לקיים נדרו.

לכאוי דין זה סותר את האמור בסעיף ז', שם מבואר שאף באופן הראשון הוי נדר וחייב לקיימו! ועיין בסעיף ז מספר 3 שהבאנו השיטות בשוב הסתירה.

ב"ה

סימן ריג

פירות כוורת ופירות שובך באיזה ענין קנה, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

המוכר פירות שובך או פירות כוורת לחבירו, קנה; ואין זה מוכר דבר שלא בא לעולם, לפי שאינו מוכר יונים שיוולדו או דבש שיבוא לכוורת, אלא הוא מוכר שובך לפירותיו או כוורת לדבשה, שהרי הוא כמוכר אמת המים לחבירו שהוא נהנה בכל מה שיצוד בה, כך זה הקנה שובך זה לפירותיו כמו שמוכר אילן לפירותיו.

1. המוכר פירות שובך או כוורת לחברו – קנה, ואנו מפרשים כוונתו שמוכר 'שובך לפירותיו' וכדו' שמהני, ואין בו משום דבר שלא בא לעולם. כ"כ הרמב"ם (מכירה פכ"ג, ט"ו), ולמד כן מב"ב פ. שמשמע שאפשר לקנות 'פירות שובך'.

הב"י התקשה מאי שנא מלוקח פירות אילן שלא אמרינן בסתמא שמכר לו דקל לפירותיו!! מצאנו ד' תירוצים:

הב"י תירץ ב' תירוצים: א. הפירות גדלים מאליהם וא"צ לעבד את האילן, ולכן מסתמא לא מכר לו אלא על דעת שילקט הפירות וילך; משא"כ פירות שובך וכוורת שצריך לטפל בהם כל יום, ולכן ברור שכוונתו למכור אף את השובך והכוורת לפירותיהם. ב. האילן חשוב ועומד בפני עצמו, ולא אמרינן שמכר לו גוף לפירות אא"כ הזכיר כן בפירוש. משא"כ כוורת ושובך שהם טפלים לפירותיהם, ולכן בסתמא מכר לו גוף לפירות. ג. הראב"ד מחמת קושיא זו הבין שהרמב"ם דיבר שהתנה כן בפירוש, וכתב הב"י שאין נראה כן מלשונו. ד. הסמ"ע תירץ שבאילן בסתמא הוא מוכר את פירות השנה הזאת, ולכן לא אמרינן שכוונתו להקנות גוף לפירות. אולם, הכא מיייר שהקנה לו הפירות של כל השנים, שהרי לא הזכיר פירות שובך של שנה זו, וממילא בכה"ג אמרינן שכוונתו להקנות גוף לפירות.

2. עיין לעיל בסימן רט סעיף ד סעיף 7, שדנו בשאלה האם יכול להקנות גוף לפירות אף במקרה בו אין הפירות נצמחים מהגוף, ולכאוי' הדין שלנו הוא ראיה לסוברים שמהני אף כשאין הפירות נצמחים מהגוף, שהרי היונים אינם יוצאים מגוף השובך. אך אפשר לדחוק ולומר שכיון שהוא מקום גידולם הרי זה כאילו הם נצמחים ממנו.

סעיף ב

הביצים והאפרוחים עצמם שיש בשובך, לא קנה אותם בעל השובך כל זמן שלא פרחו, ודבר זה תקנת חכמים הוא ומשום לא תקח האם על הבנים נגעו בה; לפיכך הרוצה להקנות אפרוחים וביצים אלו לחבירו, מטפח (פ' מכה בידו) על השובך עד שיפרחו האמהות ויגבהו מעל הארץ, ואחר כך יקנה אותם לחבירו באחד מדרכי הקנאות המטלטלין.

1. הביצים והאפרוחים שלא פרחו מעולם מהשובך, סמ"ע ב; שיש בשובך – לא קנאם בעל השובך מתק"ח, ואף אם מכוון לזכות בהם לבד ולא באמא – לא מהני; ודין זה הוא סייג והרחקה לאיסור לקיחת האם על הבנים.

לכן, אם רוצה לזכות בהם ולהקנותם לאחר – צריך לטפח על השובך עד שתפרח האם פעם אחת, ותזכה לו חצרו באפרוחים ובביצים, ויוכל להקנותם לחברו בדרכי ההקנאה.

חולין קמא: "לוי בר סימון אקני פירות שובכו לרב יהודה, אתא לקמיה דשמואל, א"ל: זיל טרוף אקן דליתגבהו וקניניה; למאי? וכו' הנהו פירי חדתי הוו, דלוי בר סימון גופיה לא הוה קני להו, והכי קאמר ליה: זיל וטריף אקן דליתגבהו, וניקניניה לוי בר סימון, והדר ליקניניהו ניהלך בסודר". **רש"י פירש** שמייירי שהאם עדיין רובצת על הבנים ולא עמדה מעליהם מעולם, ולכן לא זכתה חצרו ללוי, וצריך להפריח האם כדי שיוכל לקנות האפרוחים בקנין חצר ואח"כ יוכל להקנותם לאחרים. ולפי פירושו אין צורך דווקא להפריח האם, אלא יכול לכוון שתזכה לו חצרו באפרוחים לבד ולא באם, וממילא אין בכך משום 'לא תקח האם על הבנים' ויוכל להקנות אח"כ האפרוחים לאחרים.

אולם, הרמב"ם למד שיש כאן תקנת חכמים שאף אם הוא רוצה לכוון לזכות באפרוחים לבדם – אסור לעשות כן, כדי שלא יבואו לטעות ולזכות באם ובבנים, ולכן אסרו לזכות באפרוחים או בביצים אא"כ יפריח האם מעליהם.

2. **אם פרח האם מעליהם פעם אחת, האם זכה באפרוחים ובביצים?** **שו"ע, סמ"ע ושי"ך** – כן, שאף הרמב"ם מודה לזה. **מ"מ** – משמע שהבין בדעת הרמב"ם שלא זכה, שדעת הרמב"ם שאף אם האם פורחת מעל האפרוחים והביצים לא מיקרי מזומן, ולא זכתה לו חצרו.

סימן רכג

המחליף פרה בחמור וילדה, או מי שיש לו ב' עבדים או ב' שדות, ובו ה' סעיפים.

סעיף א

המחליף פרה בחמור, ומשך בעל הפרה את החמור, ועדיין הפרה בביתו, וילדה, וטען בעל הפרה שילדה קודם שמשך החמור, ובעל החמור אומר: אחר משיכת החמור ילדה, וכן המוכר שפחתו וקבל המעות, וילדה, המוכר אומר שילדה קודם שקבל המעות, והלוקח אומר: אחר כך ילדה, אפילו אם הלוקח טוען ברי והמוכר טוען שמא, על הלוקח להביא ראיה, אפי' אין הפרה והשפחה ברשות מוכר אלא עומדת באגס; ואם לא הביא ראיה, ישבע המוכר על ולד הפרה בנקיטת חפץ, ועל ולד השפחה ישבע היסט. ואם הלוקח מוחזק, על המוכר להביא ראיה.

ב"מ דף ק במשנה

כמי פסק הרמב"ם? גר"א, סמ"ע ועוד – כסומכוס, ומודה סומכוס בברי וברי. באר הגולה – כחכמים, אלא שמודים חכמים לסומכוס בשמא ושמא כשאין מוחזק, שלא אזלינן בתר מ"ק.

סעיף ב

זה אומר: איני יודע, וזה אומר: איני יודע, ואינו ברשות אחד מהם, על הלוקח להביא ראיה (וי"א דאפילו התובע טוען ברי והנתבע שמא) (טור); ויש מי שאומר שיחלוקו.

סעיף ג

זה אומר: ברשותי ילדה, והאחר שותק, זכה הטוען בולד.

סעיף ד

מי שהיו לו שני עבדים, גדול וקטן, או שתי שדות אחת גדולה ואחת קטנה, הלוקח אומר: גדולה לקחתי, והמוכר אומר: קטנה היא שלקחת, על הלוקח להביא ראיה, או ישבע המוכר היסט שלא מכר אלא קטן. ואם היתה שם הודאת מקצת, ישבע שבועת התורה על המטלטלים, ויגלגל עליהם הקרקעות.

סעיף ה

אמר הלוקח: גדול לקחתי, והמוכר שותק, זכה הלוקח בגדול. ואם אמר המוכר: איני יודע, על הלוקח להביא ראיה, או ישבע המוכר היסט שאינו יודע, ואין לזה אלא קטן.

ב"ה

סימן רכד**המחליף פרה בחמור או שקנה ונמצא נקב בבית הכוסות, ובו ב' סעיפים.****סעיף א**

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. הגה: ויש אומרים דעל בעל הפרה להביא ראיה, דמאחר שקנה החמור בכל מקום שהוא, הרי היה ברשות בעל הפרה ועליו להביא ראיה, כמו שיתבאר בסמוך לענין טבח (טור בשם הרא"ש); ואם אינו מביא ראיה, ישבע המוכר שלא ידע המומין אלו, ופטור (מרדכי פרק המדיר). ראובן החליף עם שמעון סוס ביין, וכאשר משך שמעון הסוס בא כותי ולקחו ממנו ואמר שהסוס נגנב ממנו, ורוצה שמעון להחזיק ביין שבידו, אם ראובן מודה שנגנב הסוס, הוי מקח טעות ויוכל שמעון להחזיק מה שבידו. אבל אם ראובן אינו מודה, אמרין הכותי משקר, וצריך לתת היין לראובן (מרדכי פרק הזהב ותשובת מיימוני דקנין סימן ו').

סעיף ב

מחט שנמצא בעובי בית הכוסות ונקבה אותו נקב מפולש, אם נמצא עליה קורט דם בידוע שזו נטרפה קודם שחיטה; לפיכך אם הגליד (פירוש עור דק שעלה על המכה ערוך, ורש"י פירש קרושט"א) פי המכה, בידוע שזו נטרפה שלשה ימים קודם שחיטה; לא הגליד פי המכה, הרי זה ספק ועל הטבח להביא ראיה שקודם לקיחתו נטרפה, שהרי ברשותו נולד הספק, ואם לא הביא ראיה, ישלם הדמים למוכר.

הלכות אונאה ומקח טעות

סימן רכז

עד כמה הוה מחילה או חזרת האונאה, ושליח שטעה ואחים שחלקו וטעו, ובו ל"ט סעיפים.

סעיף א

אסור להונות את חברו, בין במקחו בין בממכרו. ואיזה מהם שאינה, בין לוקח בין מוכר, עובר בלאו.

1. איסור הונאה הוא בין כלפי הלוקח או כלפי המוכר.

ב"מ נא. במשנה "אחד הלוקח ואחד המוכר יש להן אונאה". ובגמ' "מנהני מילי? דתנו רבנן: וכי תמכרו ממכר לעמיתך אל תונו. אין לי אלא שנתאנה לוקח, נתאנה מוכר מנין - תלמוד לומר או קנה אל תונו".

סעיף ב

כמה תהיה האונאה ויהיה חייב להשיב, שתות בשוה. כיצד, הרי שמכר שוה שש בחמש או שוה שבע בשש, או שוה חמש בשש, או שוה שש בשבע, הרי זה אונאה ונקנה המקח, וחייב המאנה לשלם האונאה ולהחזירה כולה למתאנה.

1. **דין אונאה הוא בשתות**, כלומר בשישית. שאם נתאנה בשיעור זה המקח קיים, וחייב המאנה להשיב את אונאתו.

ב"מ מט: במשנה "האונאה ארבעה כסף מעשרים וארבעה כסף לסלע, שתות למקח".

2. **שתות שאמרנו, היא בין שתות מהמקח או שתות מהמעות ששילם בעסקה.**

שתות מקח - מכר או קנה בהפרש של שישית מהמחיר הראוי לאותו חפץ, וכגון שאם מחירו ששים שקלים אז שיעור האונאה הוא תוספת או חיסור של עשרה שקלים.

שתות מעות - מכר או קנה חפץ שלא במחיר הראוי לו, וההפרש בין המחיר הראוי למחיר בו קנה הוא שישית מסך כל המעות ששילם. לדוגמא, מחיר החפץ חמישים שקלים, וקנה אותו בשישים שקלים, נמצא שההפרש הוא עשרה שקלים, שעולה לסך של שישית מתוך ששים השקלים שהוציא בעסקה (אע"פ שביחס למחיר החפץ הוא נתאנה בחמישית).

ב"מ מט: "אתמר, רב אמר: שתות מקח שנינו, ושמאל אמר: שתות מעות נמי שנינו. שוי שיתא בחמשא, שוי שיתא בשבעה - כולי עלמא לא פליגי דבתר מקח אזלינן, ואונאה הויא. כי פליגי - שוי חמשא בשיתא, ושוי שבעה בשיתא. לשמואל דאמר בתר מעות אזלינן - אידי ואידי אונאה הוי, לרב דאמר בתר מקח אזלינן - שוי חמשא בשיתא ביטול מקח הויא, שוי שבעה בשיתא - מחילה הויא. ושמאל אמר: כי אמרינן מחילה וביטול מקח - היכא דליכא שתות משני צדדים, אבל היכא דליכא שתות מצד אחד - אונאה הויא".

3. **מה הדין כאשר ללוקח זה החפץ שוה שש, אע"פ שבשוק מחירו הוא חמש? ריטב"א, רעק"א - אין בזה אונאה**, וכן מוכח ממעשה דרב כהנא שקיבל סודר לפדיון הבן ואמר 'לדידי שוויא לי'. והקצות (א) הקשה עליו מהדין שיש אונאה אף במרגליות ושור וכדו' שהם דברים שאדם שצריך להם כדי לזווגם לדבר אחר - שווה לו לקנותם אף ביוקר, ומשמע שאפי' הכי יש בהם אונאה!!

סעיף ג

היתה האונאה פחות מזה בכל שהוא, כגון שמכר שוה שבעים בששים ופרוטה, אינו חייב להחזיר כלום, שכל פחות משתות דרך הכל למחול בו.

סעיף ד

היתה האונאה יתירה על השתות כל שהוא, כגון שמכר שוה ששים בחמשים פחות פרוטה, בטל המקח והמתאנה יכול להחזיר החפץ ולא יקנה כלל, אבל המאנה אינו

יכול לחזור, אם רצה זה וקבל. ויש אומרים דאף המאנה יכול לחזור בו, אלא אם כן נתרצה המתאנה פעם אחת, או ששתק יותר מן השיעור שיתבאר בסמוך סעיף ז' (טור בשם הר"י והרא"ש). מכר לו שוה ס' בנ"א או להיפך, דליכא כאן אונאה שתות, ולגבי ראשון הוי בטול מקח ולגבי שני מחילה, אזלינן בתר המקח הן לענין בטול מקח הן לענין מחילה, דטעו אינשי במקח ולא במעות (מרדכי פ' הזהב).

1. כאשר הייתה ההונאה בפחות משישית, ואפי' בכל שהוא – אינו חייב להשיבה, כיון שא"א לכוון דמי המקח בצמצום ודרך העולם למחול בכך; סמ"ע.

אף כאשר לא נתן דמי המקח, ויש לו מיגו שלא מחל – אינו נאמן דכן הוא דרך מקח וממכר, ובטלה דעתו אצל כל אדם; סמ"ע יד, נתיבות ב.

2. כאשר האונאה יותר משתות, ואפי' כל שהוא – המקח בטל.

ב"ב נ: "אמר רבא, הלכתא: פחות משתות – נקנה מקח, יותר על שתות – ביטול מקח. שתות – קנה ומחזיר אונאה, וזה בכדי שיראה לתגר או לקרובו".

3. כאשר המקח בטל: שו"ע – רק המתאנה יכול להחליט אם לחזור מהמקח ולבטלו או לא, אמנם כאשר רוצה לקיים את המקח אינו יכול לדרוש שיחזיר לו אונאתו. רמ"א – אף המאנה יכול לחזור בו כל זמן שיכול המתאנה לחזור, ולכן אם נתרצה המתאנה או ששתק יותר מכדי שיראה לתגר אין המאנה יכול לחזור בו, וכדעת רבינו יונה והרא"ש.

ב"ב פג: "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 בד, השתא דאוניתן מצית הדרת בד?!", **וכתב הר"י** דליתא לדרב חסדא כיון שהוא סובר שאף באונאת שתות יכול הלוקח לחזור בו, ואנו סוברים שבשתות המקח קיים! ואפי' הכי איתא לדרב חסדא בביטול מקח שרק מי שנתאנה יכול לחזור בו, ולא המאנה דטעמא דמסתבר הוא. וכן דעת הרמב"ם, וכן פסק השו"ע. **אולם, הרא"ש הביא שרבינו יונה חולק וסובר** שבביטול מקח שניהם יכולים לחזור בהם, ושכן משמעות הגמ' בב"מ 'שניהם חוזרין'. אלא שסייג זאת שדוקא כל זמן שיכול המתאנה לחזור בו – יכול אף המאנה לחזור בו, אולם אם המתאנה אינו יכול לחזור בו, כגון שנתרצה או ששהה יותר מכדי הזמן שיכול לחזור – אף המאנה אינו יכול לחזור בו, **והסכים עמו הרא"ש, וכן פסק הרמ"א.**

4. כאשר המתאנה לא חוזר בו – המקח קיים משעה ראשונה; סמ"ע (ח), נתיבות. לדעת הרא"ש והרמ"א מדוע המאנה לא יכול לחזור בו לאחר שנתרצה המתאנה, הרי כיון שהמתאנה יכל לחזור בו מוכח שהמקח לא חל דאין מקח לחצאין, ודומיא דהדין של ס' קצ לגבי עייל ונפיק אזוזי שפי' נתרצה יכול השני לחזור בו? **סמ"ע – שאני התם, דכיון שעייל ונפיק גילה דעתו שאין רצונו במקח, ובטל לגמרי, ולכן יכול השני לחזור בו. משא"כ הכא שכל זמן שלא חזר בו וגילה בדעתו – איננו יודעים אם המקח קיים או בטל, וכיון שנתרצה נתברר שלמפרע המקח קיים מאז ומתמיד. נתיבות – הקושיא אינה קשה, דהכא אף אם נאמר שהמקח בטל, אין המאנה יכול לחזור בו כדי שילא יהא חוטא נשכר' ואין זה שייך לשם. ואפי' הכי דינו של הסמ"ע אמת, שכיון שנתרצה במקח אמרינן שמעולם המקח לא בטל, ונפק"מ למקרה בו המתאנה מכר החפץ לאדם אחר ואח"כ נודע לו שנתאנה, שאם מקיים המקח עתה – המקח קיים למפרע. וכן אם קידש בו אשה – אמרינן שמקודשת, דהמקח קיים למפרע.**

5. מה הדין כאשר מצד המקח יש מחילה ומצד המעות יש ביטול מקח או להיפך? שו"ע, מ"מ – כל השיעור שבטווח בין שישית מהמקח לבין שישית מהמעות דינו כדין שישית, ונמצא שביטול מקח זה רק כאשר יש יותר משישית מב' צדדים, ומחילה היא רק כאשר יש פחות משישית מב' צדדים. רמ"א – לעולם אזלינן בתר מקח, ורק כאשר יש שישית בדיוק מצד המעות אזלינן אף בתר מעות, כדעת המרדכי והריטב"א.

כתב הריטב"א (ב"מ מט:): "ושאלו בתוספות היכא דליכא שתות מחד צד ואיכא פחות משתות מצד אחד ויותר משתות מצד אחר בתר הי מינייהו אזלינן, כגון שמכר שוה שיתין בשבעים וחד או שוה שבעים וחד בשיתין, **ורבינו יהודה ז"ל אומר דחשבינן ליה אונאה, דלא אמרינן לעיל לשמואל דהוי ביטול מקח או מחילה אלא היכא דהוי משני צדדים פחות משתות או משני צדדים יותר משתות כדאיתא לעיל, ואין זה מחזור** דהיכי עבדינן אונאה וליכא שתות משום צד וכי פשרה אנו מטילין בין שני הצדדין, **והנכון יותר דאזלינן בתר מקח** דהא בין לרב בין לשמואל אונאת מקח הוא עיקר ובאונאת מעות הוא דאיפליגו, ועדיין הדבר צ"ע"; **והביאו הקצות. וכן כתב המרדכי, וכן פסק הרמ"א. וכן משמע מפשט לשון תוס' (שם)** "אפילו למאן דאמר שתות מעות נראה יותר לילך אחר שתות מקח שהאונאה והטעות תלויה במקח". ונמצא שעיקר דין אונאה הוא מצד המקח, אלא שיש לנו יוצא דופן והוא 'שתות מעות' שאף הוא דינו כאונאה, ודוקא בשתות. **אולם, ה"ה והב"י היה פשוט להם כדעת רבינו יהודה**, עד כדי כך שהתקשו על הגירסא ברמב"ם שפסק שאם מכר שוה שישים בחמישים ופרוטה דהוי מחילה, והרי מצד המעות יש כאן ביטול מקח שהרי זה יותר משתות מעות, ולכן שינו את הגירסא ברמב"ם וגרסו שמירי כשמכר שוה שבעים בשישים ופרוטה, שבכה"ג בין מצד המקח או המעות

הוי פחות משתות. ואם כדברי הריטב"א ודעימיה לא קשה כלום! שהרי בכה"ג אזלינן בתר מקח שהוא עיקר הדבר, וכיון שמצד המקח יש כאן פחות משתות – הוי מחילה! ולכן נראה שדעת השו"ע לפסוק כה"ה, ודלא כרמ"א.

סעיף ה

אין המאנה חייב להחזיר עד שתהיה האונאה יתר על פרוטה. היתה פרוטה בשוה, אינו מחזיר. (וי"א דחייב להחזיר פרוטה) (טור בשם הרמ"ה והרא"ש).

1. מהו שיעור האונאה המינימלי כדי להתחייב להחזירו? שו"ע – יותר מפרוטה. רמ"א – פרוטה.

ב"מ נה. "חמש פרוטות הן. וליתני נמי האונאה פרוטה! – אמר רב כהנא: זאת אומרת אין אונאה לפרוטות. ולוי אמר: יש אונאה לפרוטות". **הרי"ף והרמב"ם פסקו כרב כהנא**, שהרי פשט המשנה כמותו שלא שנינו בכלל 'אונאה. אולם, **הרמ"ה פסק כלוי** דתניא כוותיה לקמן, ואע"פ שלא שנינו במשנה 'אונאה' כבר תירץ לוי ששנינו גזל, והרי זה בכלל גזל. **הרא"ש פסק כרמ"ה.**

הטור והרא"ש הבינו בדברי הרי"ף שכיון שאין אונאה בפרוטה, ממילא אין אונאה אלא במעה כסף שהיא המטבע המינימלי מהתורה אחרי פרוטה. וכן שהוא פחות ממעה אין בו אונאה. וכן משמע בדברי הרשב"ם שכתב שאין אונאה בפחות מאיסור, ותמיהו עליו שהרי יש מעה. אולם, הבי"י כתב שאין הכרח לפרש דבריו כך, ואפשר שהוא יודה לרמב"ם שיש אונאה כבר מיתר על פרוטה, וכן פסק השו"ע. והסמ"ע כתב שלדעתו נראה שאף הרמב"ם מודה שבעין מעה.

סעיף ו

יש להסתפק אם מותר להונות את חבריו בפחות משתות, אם יש באונאה שוה פרוטה. אבל מטבע, כל זמן שלא הגיע לכדי אונאה מותר לכתחלה להוציאה ביפה.

1. האם מותר לכתחילה להונות בפחות משתות? הרא"ש הסתפק בדבר, והרמב"ן בפירוש התורה נקט שאסור. ורעק"א בשם בעל המאור – מותר. הטור כתב שהרא"ש הסתפק בזה, האם אמרין שאע"פ שהוא מוחל אך סו"ס זה אסור משום אונאה. או שמא נאמר שזה לא נאסר כלל, כיון שכך הוא דרך מקח וממכר, א"כ עד שתות הוי בכלל מקח ואין בו משום אונאה כלל, ונשאר בצ"ע. השו"ע כתב דבריו. האמרי ברוך הביא שברמב"ן עה"ת בפרשת בהר כתב שאף בפחות משתות יש איסור תורה. אולם, רעק"א הפנה לבעל המאור סוף ב"ק הסובר שמותר לכתחילה.

2. במטבע מותר לכתחילה להוציאו כל זמן שלא הגיע לכדי אונאה, מפני שגם אחרים יקבלוהו ממנו, ולא יהיה למקבל שום הפסד בכך.

ז-ט עד אימתי יכול לתבוע אונאתו

סעיף ז

עד מתי יכול לחזור ולתבוע אונאתו בשתות ולבטל המקח ביותר משתות, עד כדי שיראה לתגר או לקרובו. ואם שהה יותר, אינו יכול לחזור ולא לתבוע אונאתו. ואם יברר שהיה לו אונס ועל כן לא חקר בתוך זמן זה לידע אם נתאנה, יכול לחזור בו עדיין. (היה יודע הלוקח, בשעה שלקחו, שנתאנה, ושתק, ומיד אחר הלקיחה, קודם (זמן) שיראה לתגר או לקרובו, תובע אונאתו, לא אמרין דמחל הואיל וידע) (מרדכי ס"פ הזהב).

כאשר נתאנה הלוקח בשתות או יותר:

1. כל שלא שהה כדי שיראה לתגר או לקרובו, ויאמרו לו אם נתאנה, יכול לחזור ולתבוע אונאתו.

ב"מ מט: במשנה "עד מתי מותר להחזיר? עד כדי שיראה לתגר או לקרובו". ובגמ' הסתפקו מה דין פחות משתות, ולמסקנת דברי רבא פירשו רוב הראשונים שפחות משתות לאלתר הויא מחילה, ושתות ויתר על שתות – יכול לתבוע אונאתו או לחזור בו בכדי שיראה לתגר או לקרובו.

2. אם שהה כדי שיעור זמן זה:

א. כאשר שילם את דמי המקח, ולא נאנס – אינו יכול לתבוע, דמסתמא נודע לו שנתאנה בכדי שיעור הזמן הזה, ומכך שלא תבע עד עכשיו – מחל על אונאתו.

ב. כאשר לא שילם את דמי המקח (ג' שיטות):

שיטת הקצות (ג) – אינו יכול לתבוע, דמסתימת הפוסקים משמע שלעולם אינו נאמן לאחר הזמן, ומטעם שלאחר זמן זה חזקה שמחל, ומיגו במקום חזקה לא אמרינן. ומבואר שלדעתו הוי חזקה אלימתא כאן סהדי, פת"ש ב.

שיטת הג' אשרי, ש"ך (ד), תוי"ט, נתיבות (פת"ש ב): נאמן במיגו לומר שלא מחל אונאתו, אך אם אין לו מיגו אינו נאמן. והש"ך השאיר דבר זה בצ"ע.

שיטת שער המשפט, משנה למלך, בית מאיר, רעק"א (פת"ש ב): נאמן בלא מיגו לומר שלא מחל, והטעם שכל עוד החפץ בידו לא חשש לחקור האם נתאנה או לא, ואין ראייה שמחל. והוכיחו כן מבכורות יג: 'הלוקח גרוטאות מהעכו"ם', וכן מתוס' בכתובות נח. שכל זמן שלא נתן מעות – לא חשש לחקור.

נפק"מ בין הטעמים: 1. האם חייב שבועה? אם נאמן מכח מיגו – חייב, אך לטעם השני – פטור. 2. כאשר תפס הלוקח החפץ לאחר שנתן דמיו? לטעם של מיגו – נאמן. לטעם השני – אינו נאמן, דבכה"ג היה לו לחקור. 3. אם תפס המוכר את ממון הלוקח: לטעם של מיגו – אינו נאמן, דאין לו מיגו. לטעם השני נאמן, דלא היה לו לחקור שלא נתן דמיו.

ג. כאשר נאנס ולא יכל לתבוע – יכול לחזור בו, כ"כ הרא"ש שהרי בכה"ג לא אמרינן שמחל, וצריך לברר בעדים שהיה אנוס, ואם הוא מוחזק במעות – נאמן במיגו דפרעתי; קצות.

מה הדין אם עבר האונס ולא תבע? סמ"ע – יכול לחזור בו, דיכול לומר שמתחילה לא תבע מחמת האונס ואח"כ לא שכח מזה. ט"ז – אינו יכול לחזור בו, אא"כ הוא אומר שמחמת שלא יכל לברר האונס עד עכשיו נשתתה.

3. כאשר ידע בשעת הקניה שיש במקח אונאה, האם אמרינן שמחל לו? רמ"א – לא, ודווקא אם לא שהה 'בכדי שיראה', אך אם שהה – מחל; וכן הסכימו הסמ"ע, ט"ז, קצות ונתיבות. ב"ח – אפי' אם שהה בכדי שיראה לא אמרינן שמחל.

דין זה כתבו המרדכי (ב"מ שז) בשם ראבי"ה, והביא ראייה מב"מ נא. ממעשה ד'ההוא גברא דהוה נקט ורשכי לזבונן, קרי שיתא ושויה חמשא' וכו' שמוכח שאע"פ שידע הלוקח שיש במחיר אונאה, אם קנה על דעת לתבוע אונאתו – מהני! מלשון המרדכי הבינו הב"י והב"ח שמייירי אף אם שתק עד לאחר זמן כדי שיראה, ולכן הב"י דחה דבריו וכתב שזה היפך הסוגיא שלאחר כדי שיראה אינו יכול לתבוע אונאתו. אולם, הב"ח כתב ליישב דבריו שמייירי שיש עדים שידע שנתאנה ולקחו על דעת לתבוע אונאתו, וא"כ מה בכך שעבר הזמן הרי אנו יודעים שהוא לא מחל! אולם, הרמ"א כתב שהמרדכי מייירי כשתבעו 'לאחר זמן' היינו לאחר זמן הקניה, אך בתוך 'כדי שיראה', והמרדכי בא ללמדנו שלא נאמר שכיון שידע בשעת הקניה – מחל, אלא נאמן לומר שלקח כדי לתבוע אונאתו בבי"ד, וכן מוכח במעשה הנ"ל בגמ', וכן כתב הט"ז. הקצות (ה) הקשה על הב"ח, דכיון שלא היה אנוס בדבר, אף אם מסר מודעה קודם שקנה – לא מהני, שהרי קי"ל שתלוייהו וזבין זביניה זביני! אולם, הנתיבות (ד) כתב דלא דמי דשם רוצה לבטל גוף המכירה ואינו יכול אם לא ידעינן באונסו. אולם, הכא רוצה לקיים המכירה, אלא שטוען שלא מחל על אונאתו, ובכה"ג ודאי שסגי בגילוי דעת בעלמא.

מה הדין בכה"ג כאשר נתאנה ביותר משתות? סמ"ע – אותו דבר. נתיבות – הוי מחילה. הסמ"ע כתב שמסתימת דברי הרמ"א משמע שמייירי בכל ענין, ואף כשנתאנה בכדי ביטול מקח – לא אמרינן שמחל. אולם, הנתיבות כתב שמייירי רק כאשר מדובר על אונאת שתות, דבכה"ג אמרינן שלקח את החפץ כיון שרצה אותו, וידע שיוכל להוציא מהמוכר את דמי האונאה בבי"ד. אולם, כאשר האונאה היא בכדי ביטול מקח, לא שייך לומר הכי, שהרי אם ילך לבי"ד לתבוע אונאתו – יבטלו את המקח לגמרי, וא"כ בשביל מה קנה אותו?! ועל כרחך שמחל על אונאתו.

מה הדין כששניהם יודעים? קצות – מחל, נתיבות – לא מחל. הקצות כתב שכאשר הייתה האונאה בשיעור שאין הדעת טועה בו, וידע המוכר שיש בו אונאה וגם הלוקח, א"כ אמרינן שמחל הלוקח על אונאתו, שהרי זה כאילו התנה עמו 'על מנת שאין לך עלי אונאה'. אולם, הנתיבות חלק וסבר שאע"פ ששניהם יודעים אין כאן אומדנא דמוכח שמחל על אונאתו, ועוד שאם משום תנאי הרי בעינן שיאמר כדי התנאים 'על מנת' וכאן לא אמר שום דבר.

סעיף ח

בד"א, בלוקח, שהרי המקח בידו ומראהו. אבל המוכר, חוזר באונאה לעולם, ואין צריך לומר בביטול מקח, שאינו יודע דמי זה שמכר עד שיראה כמותו שנמכר בשוק. לפיכך אם היה המקח דבר שאין במינו שינוי והוא כולו שוה, כגון פלפלין וכיוצא בהם, אינו חוזר אלא עד כדי שישאל על שער שבשוק בלבד. וכן אם נודע שבא לידו בממכרו, וידע שטעה ולא תבע, אינו יכול לחזור ולתבוע, שהרי מחל.

1. כאשר נתאנה המוכר בשתות או ביותר - יכול לחזור בו לעולם, שהרי אין המקח בידו, ואינו יכול לדעת שנתאנה עד שיזדמן לו שוב מקח כזה, ויוודע לו שטעה. ב"ב נ: "עד מתי מותר להחזיר כו'. אמר רב נחמן: לא שנו אלא לוקח, אבל מוכר - לעולם חוזר". ובדף נא. "מאי טעמא - לוקח מקחו בידו, כל היכא דאזיל מחוי ליה, ואמרי ליה אי טעה אי לא טעה. מוכר דלא נקט מקחיה בידיה, עד דמיתרמי ליה זבינתא כזבינתיה, וידע אי טעה ואי לא טעה".

2. מצבים יוצאי דופן:

א. דבר שאין במינו שינוי - דינו כדין לוקח שחוזר בו 'בכדי שיראה', דכיון שאין במינו שינוי הרי הוא יכול לדעת שנתאנה בקלות, שמספיק לו לברר מהו השער שבשוק.

ב. אם יש עדים שבא לידו חפץ כמו שמכר, ושהה ולא תבע, דכיון שבא לידו חפץ כזה יכל לדעת שנתאנה, ולכן אמרין שידע ומחל. כ"כ הסמ"ע, והסכימו עמו הקצות והנתיבות. והטעם שכאשר אין עדים, אע"פ שהמוכר בא להוציא מהלוקח דמי אונאתו - נאמן לומר שלא מחל, דמחילה טענה גרועה היא, והלוקח שטוען שהמוכר מחל על זכות התביעה שיש לו - עליו להביא ראיה. וטענת מחילה מועילה רק בימגו דפרעת'י, וכיון שאינו נאמן לטעון פרעת'י דמי אונאתו - דימי יימר דמחייבו לי רבנ' - אין לו מגו.

ג. כאשר החפץ עדיין בידו, ולא נתנו ליד הלוקח כגון שקנאו בקנין סודר וכדו':

נתיבות - הלוקח יכול לחזור כל זמן שלא בא לידו, דכיון שהחפץ אינו בידו הרי הוא דומה למוכר, והמוכר אינו יכול לחזור בו לאחר הזמן, אא"כ יש לו 'מגו'.

פת"ש - לשיטת הסוברים שאין הלוקח נאמן במיגו, אלא מפני שכל זמן שלא נתן מעות לא מוטל עליו לברר, א"כ הלוקח אינו יכול לחזור בו, שהרי נתן מעות, אך המוכר יכול לחזור בו, ואע"פ שבכה"ג שהחפץ בידו יכול לברר, אך כיון שהוא מוחזק בחפץ לא חשש לחקור ואין ראיה שמחל.

כאשר המקח לא נגמר בקנין גמור אלא רק בקנין מעות - לכו"ע יכול לחזור בו, ואין עליו אפי' מי שפרע; פת"ש בשם רעק"א, וטעמו דאין ראיה שמחל מכך ששהה יותר מכדי שיראה, דאפשר לומר שסמך על כך שיכול לחזור בו ולקבל עליו 'מי שפרע', וממילא נאמן לומר שלא מחל.

ד. בקרקע או בחזקת קרקעות - אינו יכול לחזור לאחר שיעור 'כדי שיראה', כ"כ הש"ך (ה) בשם מהריב"ל, וטעמו דכיון שהקרקע גלויה יכול להראותה ולשאול עליה; רעק"א.

סעיף ט

במה דברים אמורים, בשלא נשתנה השער. אבל אם נשתנה השער ומפני כך רוצה לחזור בו, אינו רשאי. הגה: אמר המאנה שנשתנה השער, ומתאנה אומר שלא נשתנה, על המתאנה להביא ראיה, דדרך השערים להשתנות תמיד (מרדכי ס"פ המדיר). וכן אם מכר מפני דוחקו, וזלזל במכירתו יותר מכדי שהדעת טועה, שניכר שמפני דוחקו הוצרך לזלזל, אינו יכול לחזור, דידע ומחיל.

1. כאשר נתאנה מוכר, ואח"כ נשתנה השער - אינו יכול לחזור בו; כ"כ הרא"ש בתשובה, ומבואר טעמו שאע"פ שנתנו למוכר יכולת לחזור לעולם, אך זה רק כאשר ברור לנו שהוא חוזר בו מחמת האונאה. אולם בכה"ג שנשתנה השער אנו מסופקים אולי מחמת שינוי השער הוא חוזר, ולא מחמת אונאתו, ואולי כבר נזדמן לו מקח כמקחו ומחל, ולכן - בכה"ג אינו יכול לחזור בו; וכן היא מסקנת הנתיבות (ז), כפירוש המהרי"ק.

2. מה הדין כאשר המוכר רוצה לחזור בו מחמת האונאה, והלוקח טוען שלא הייתה אונאה בדבר אלא שנשתנה השער? על המוכר להביא ראיה, דדרך השערים להשתנות תמיד; כ"כ הרמ"א בשם המרדכי, ובדרכי משה מבואר כמו שכתבנו שטענת המאנה היא שלא הייתה אונאה, וכן ביאר הגר"א. ונראה שבכך מתורצות קושיות האחרונים מדוע לא אזלינן בכה"ג בתר השתא ואמרין שלא נשתנה השער ויכול לחזור בו!! ונראה שהתקשו בדבר מפני שהבינו שמירי על הרישא של הסעיף, שהייתה אונאה אלא שהלוקח טוען שהמוכר לא יכול לחזור בו מפני שנשתנה השער, והמוכר טוען שלא נשתנה, וא"כ הקשו מדוע שלא נעמיד על חזקה דהשתא ונאמר שלא השתנה ועדיין יכול לחזור בו. אולם, לדברינו ניחא שאף אם נעמידנו על חזקה דהשתא, עדיין מי אמר שהמוכר נתאנה!! אלא שלולי הטעם של שערים עשויים להשתנות היינו אומרים שהמוכר נאמן, שהרי לפי השער היום באמת נראה שהייתה כאן אונאה! ולכן כתב המרדכי הטעם של שערים עשויים להשתנות, וממילא הלוקח נאמן לטעון שמעולם לא הונה את המוכר, ולא שייך ללכת אחר חזקות.

3. כאשר הייתה אונאה והלוקח טוען שנשתנה השער, והמוכר טוען שלא נשתנה ויכול לחזור, על מי להביא ראיה? קצות ונתיבות - על המוכר, דשערים עשויים להשתנות. הקצות הקשה שכאן אנו רואים

שחזקה של שערים עשויים להשתנות עדיפה על פני חזקה דהשתא, אולם באבן העזר לגבי קידושין אזלינן בתר חזקה דהשתא, כאשר לא ידוע לנו מה היה שווי הטבעת בשעת הקידושין, ואמאי לא נחשוש ונאמר שאולי באותה שעה לא הייתה שו"פ וחלו קידושי שני, ונשאר בצ"ע! אולם, הנתיות דחה קושיתו דשאני התם שיש קנין ודאי, וכבר הוחזקה כמקודשת לפנינו, וגם השתא הטבעת שו"פ, א"כ איננו מבטלין קנין הודאי מפני הספק.

4. כאשר טעה ביותר מכדי שהדעת טועה – אינו יכול לחזור בו, שניכר שמפני דחקו שהוצרך למעות הוזיל את המחיר ומחל על אונאתו; כ"כ הרא"ש בתשובה הנ"ל והביאו הטור.

סעיף י

המוכר לחבירו שוה ארבע בחמש, שהרי המקח בטל, ולא הספיק להראותו לתגר או לקרובו, והוקר ועמד בשבע, לוקח יכול לחזור בו ולא המוכר, שהרי הלוקח אומר למוכר: אלו לא הוניתני לא היית יכול לחזור ועתה שהוניתני תחזור היאך חוטא נשכר.

סעיף יא

וכן מוכר שמכר שוה חמש בארבע, וזל ועמד בשלש, מוכר יכול לחזור ולא לוקח, שהרי אומר לו המוכר ללוקח: לא מפני שהוניתני תחזור בי.

כאשר נתאנה ביותר משתות, ובטל המקח, ואח"כ השתנה מחיר החפץ כך שנמצא שאין בו אונאה ועוד הרויח במקחו – המתאנה לבדו יכול לחזור בו ולא המאנה, ודין זה נכון לכו"ע אף לדעת הסוברים שגם המאנה יכול לחזור בו, דבכה"ג מסתמא לא יחזור בו המתאנה, והוי כאילו נתרצה; סמ"ע כא.

ב"ב פג: "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 בד, השתא דאוניתן מצית הדרת בד?!" ואע"ג דלא קי"ל כרב חסדא לגבי אונאת שתות, אך קי"ל כוותיה בביטול מקח שהוא יתר משתות.

סעיף יב

המוכר שוה חמש בשש, ולא הספיק להראותו עד שהוקר ועמד בשמנה, הרי המוכר חייב להחזיר האחת של אונאה, שהרי נקנה המקח וחייב להחזיר, וכשהוקר, ברשות לוקח הוקר.

סעיף יג

וכן אם מכר שש בחמש, והוזלו ועמדו על שלש, הרי הלוקח חייב להחזיר סלע אחת של אונאה, שהרי נקנה המקח, וברשות לוקח הוזל.

כאשר נתאנה בשתות, והשתנה מחיר החפץ ונמצא שאין בו אונאה ואף הרויח במקחו – אפ"ה חייב להחזיר לו דמי אונאתו, דמשעת המקח נתחייב להחזיר לו אונאתו, ואע"פ שנתייקר או הוזל ברשות הלוקח נתייקר או הוזל.

סעיף יד

כשם שיש אונאה להדיוט כך יש אונאה לתגר, אף על פי שהוא בקי.

ב"מ נא. במשנה "כשם שאונאה להדיוט כך אונאה לתגר. ורבי יהודה אומר: אין אונאה לתגר". ובגמ' "משום שהוא תגר אין לו אונאה!! אמר רב נחמן אמר רב: בתגר ספסר שנו. מאי טעמא - מידע ידע זבינתיה כמה שויא, ואחולי אחיל גביה. והאי דזבנא הכי - משום דאתרמיא ליה זבינתא אחריתי והשתא מיהא קא הדר ביה. רב אשי אמר: מאי אין לתגר אונאה - אינו בתורת אונאה, שאפילו פחות מכדי אונאה חוזר. תניא כוותיה דרב נחמן, רבי יהודה אומר: תגר אין לו אונאה, מפני שהוא בקי". וכתב הב"י "וידוע דהלכה כת"ק".

סעיף טו

בכל המטלטלים שייך אונאה, אפילו בספרים ואפילו באבנים טובות ומרגליות, ויש ללוקח לחזור בהם עד שיראה אותם לתגרים הבקיאים בהם בכל מקום שהם, שאין הכל בקיאים בדברים אלו. לפיכך אם לא היה מכיר באותה מדינה, והוליד המקח למקום אחר, או שבא הבקי לאחר זמן מרובה והודיעו שטעה, הרי זה חוזר.

1. בכל סוגי המטלטלין שייך דין אונאה, אפי' בספרים ואבנים טובות ומרגליות; **ב"מ נו:** במשנה "רבי יהודה אומר: אף המוכר ספר תורה, בהמה, ומרגלית - אין להם אונאה. אמרו לו: לא אמרו אלא את אלו", והלכה כתי"ק. בדף נח: הגמ' מפרשת שטעמו של ר"י שסי' הוא דבר יקר ואין קץ לדמיו, ובהמה ומרגלית אדם רוצה לזווג, דהיינו שהוא מחפש דווקא את האבן הזאת שתתאים לאבן שיש לו או לתכשיט שיש לו, ולכן הוא מוכן לשלם עליה מחיר מרובה ואין בכך אונאה. אולם, חכמים השיבו לו שבכל סוגי החפצים שייך טעם זה שרוצה לזווג, ואפי' הכי יש בהם אונאה.

2. בדברים שאין הכל בקיאים בהם, יש ללוקח לחזור בו עד כדי שיוכל להכיר בטעותו, ואפי' לאחר זמן מרובה. ולכן אם לא היו בקיאים בהם במקומו, והולכים למקום אחר ואמרו לו שנתאנה, או שלאחר זמן מרובה בא הבקי והודיעו שנתאנה - יכול לחזור בו ולתבוע אונאתו.

דין זה נלמד מב"מ נב: לגבי החילוק בזמן החזרה בין טלית למטבע "רבא אמר: טלית - כל איניש קים ליה בגוה. סלע, כיון דלאו כל איניש קים ליה בגוה אלא שולחני, הלכך, בכרכים דאיכא שולחני - עד שיראה לשולחני, בכפרים דליכא שולחני - עד ערבי שבתות דסלקין לשוקא".

סעיף טז

יש אונאה במטבעות עד שתות. כיצד, הרי שהיה דינר זהב בכ"ד דינר כסף, וצרפה בעשרים דינר או בכ"ח, הרי זה מחזיר האונאה. היה יתר על זה, בטל הצירוף. פחות מכאן, מחילה. וכן אם היה הסלע חסרה שתות, והיו מוציאים הסלעים במנין ולא במשקל, מחזיר האונאה, שאם היו מוציאים במשקל, אפילו בכל שהוא, חוזר. הגה: ו"א דשעור אונאה במטבע, אחד מי"ב. ופחות מזה היו מחילה, יתר על זה בטול מקח (טור בשם הרא"ש והמגיד פרק י"ב בשם הרמב"ן). וכל זמן דהוי מחילה, מותר להוציא לכתחילה ביפה, כמו שנתבאר סעיף ו'.

1. **שיעור האונאה במטבעות:** שו"ע - שתות, כמו בשאר דברים. רמ"א - אחד מי"ב, ופחות מזה הוי מחילה, ויותר מזה הוי ביטול מקח; כשיטת הרא"ש והרמב"ן.

ב"מ נא: במשנה "כמה תהא הסלע חסירה ולא יהא בה אונאה? רבי מאיר אומר: ארבע איסרות, איסר לדינר (1/24). ורבי יהודה אומר: ארבע פונדיונות, פונדיון לדינר (1/12). ורבי שמעון אומר: שמונה פונדיונות, שני פונדיונות לדינר (1/6). עד מתי מותר להחזיר? בכרכים - עד כדי שיראה לשולחני, בכפרים - עד ערבי שבתות". ובגמ' "מאי שנא בסלע דפליגי, ומאי שנא בטלית (דהיינו בסתם סחורה, רש"י) דלא פליגי? - אמר רבא: מאן תנא טלית - רבי שמעון היא. אביי אמר: טלית עד שתות מחיל איניש, דאמרי אינשי: עשיק לגביד ושווי לכרסיד. סלע, כיון דלא סגי ליה - לא מחיל". **הרי"ף והרמב"ם פסקו כרבא**, ונמצא שהלכה כר"ש דסתם לן תנא כוותיה לעיל בדף מט: שתות למקח. **אולם, הרא"ש כתב** שצריך לגרוס 'רבה' ולא 'רבא', שלא מצאנו בכל התלמוד שקבע רב אשי דברי רבא קודם דברי אביי, שהרי אביי מלך לפניו, ו**"א"כ הלכה כאביי דבתראה הוא! וכן דעת הרמב"ן"**.

2. **דין זה הוא דווקא כאשר מוציאים את המטבעות לפי מנין**, אך כאשר מוציאים את המטבעות לפי משקל - אפי' בכל שהוא הוי ביטול מקח. וכמו שיתבאר לקמן סימן רלב, א; והוא מדברי רבא ב"מ נו:

3. **במטבע מותר לכתחילה להוציא כל זמן שלא הגיע לכדי אונאה**, מפני שגם אחרים יקבלוהו ממנו, ולא יהיה למקבל שום הפסד בכך, וכמו שנתבאר בסעיף ו'.

סעיף יז

עד מתי חייב להחזיר הדינר או הסלע, בכרכים, עד כדי שיראה לשולחני; ובכפרים, שאין השולחני מצוי שם, יש לו להחזיר עד ערבי שבתות, שבא להוציאה. שאין מכיר הסלע וחסרונה ודמיה, אלא השולחני. ואחר זמן זה אין המאנה חייב להחליפה. ומיהו מדת חסידות להחליפה אפילו לאחר זמן זה, אם הוא מכירה, ובלבד שתצא על ידי הדחק.

1. **כאשר נתאנה הלוקח, מהו שיעור משך הזמן שיוכל לתבוע אונאתו?**

בכרכים - כדי שיראה לשולחני, שהרי מצויים שם שולחנים.

בכפרים - עד ערב שבת, שאז יבוא להוציאה ולא יקבלוהו ממנו, וידע שנתאנה. אך שולחנים לא שכיחי בכפרים. ואף אדם עשיר דינו כד, דאע"פ שיש לו עוד הרבה מעות, אך דרך האנשים להוציא בהוצאה את המעות שהם מסתפקים בשוויים; סמ"ע ל.

2. כאשר הוא מזהה שזו המטבע שנתן לו, אך עבר משך זמן תביעת האונאה:

א. אם הוא יוצא ע"י הדחק - מידת חסידות להחליפו.

ב. אם אינו יוצא ע"י הדחק: סמ"ע – אפי' מידת חסידות אין בכה"ג, שהרי לאחר שעבר הזמן אפי' אם מכר לו שווה מנה במאתיים אינו חייב להחזיר לו. לבוש, חת"ס, באר הגולה – בכה"ג חייב מדינא להחזיר, דכיון שאינו יוצא כלל הרי זה מקח טעות, ודומיא דמכר לו שחמתית ונמצאת לבנה.

ב"מ נב. במשנה "עד מתי מותר להחזיר? בכרכים - עד כדי שיראה לשולחני, בכפרים - עד ערבי שבתות. אם היה מכירה - אפילו לאחר שנים עשר חדש מקבלה הימנו, ואין לו עליו אלא תרעומת". ובגמ' (נב:) "היכא? וכו' אמר רב חסדא: מידת חסידות שנו כאן". ובהמשך הגמ' "והני מילי הוא דסגי להו" ומבואר שבמשנה מיירי כשהמטבעות יוצאות לכל הפחות על ידי הדחק.

סעיף יח

נפחתה, וחסרה כדי אונאה, אסור לקיימה, מפני שבקל מרמין בה. ולא ימכרנה לאנס או לתגר, מפני שמרמין בה אחרים. ולא יעשנה משקל ולא יזרקנה לתוך גרוטאותיו (פי' שברי כלי כסף ושאר מתכות), אלא יתיכנה או יקבנה באמצעה ויתלנה בצואר בתו, אבל לא יקבנה מן הצד. ואם חסר עד שעמד על חציו, כגון סלע שעמד על שקל ושקל שעמד על דינר ודינר על חציו, מותר לקיימו שאז אי אפשר לרמות בה מפני שניכר לכל הפחת שלו. הגה: ומטבע שאין לוקחין אותה רק במשקל, מותר לקיימה, שכל הלוקחה ישקלנה (רבינו ירוחם נ"ט ח"ג).

בריתות שם נב.:

סעיף יט

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 בשתיים, שקנה ומחזיר אונאה. הגה: ויש אומרים דספיקא הו' ואין מוציאין ממון מיד המאנה (טור בשם הרא"ש).

1. הלוקח בדמים אכסרה פי' בלא מנין ומידה, אלא שחפן מעות בידו ואמר 'מכור לי באלו', וה"ה הלוקח בפירות אכסרה כלומר שחפן את הפירות ואמר 'מכור לי בסלע פירות אלו' – קנה כמו שנתבאר בסי' קצט, א דמילתא דלא שכיחא היא ולא ביטלו קנין מעות בכה"ג.

האם יש בו אונאה? שו"ע – כן, רמ"א – ספק, ואין מוציאין מיד המוחזק.

ב"מ מו: "אמר רבה אמר רב הונא: מכור לי באלו - קנה, ויש לו עליו אונאה. קנה אף על גב דלא משך, דכיון דלא קפיד - קנה, דכי חליפין דמי. ויש לו עליו אונאה - דמכור לי באלו קאמר ליה. רב אבא אמר רב הונא: מכור לי באלו - קנה, ואין לו עליו אונאה". הרי"ף והרמב"ם גרסו 'רבא' ופסקו הלכה כרבא, וכן פסק השו"ע שקנה ויש לו עליו אונאה. אולם, הרא"ש כתב שאם הגי' היא רבא אז ודאי שהלכה כמותו, אך כיון שלא יתכן לגרוס 'רבא' שהרי הוא לא ראה את רב הונא, ועל כרחך לגרוס 'רבה' אי"כ בכה"ג מספקא לן אי הלכה כרבה או כרב הונא, ומספיקא לא מפקינן ממונא. וכן פסק הרמ"א.

2. האם הרמ"א חלק אף בפירות אכסרה? סמ"ע – לא, ובפירות הוא מודה לשו"ע שכיון שזה שכיח יש בהם אונאה. ט"ז – כן, כפשט דברי הרמ"א, והחילוק בין שכיח ללא שכיח הוא דווקא לגבי קנין מעות, אך לא לגבי דיני אונאה.

סעיף כ

המחליף כלים בכלים או בהמה בבהמה, אפילו מחט בשריון או טלה בסוס, אין לו אונאה, שזה רוצה במחט יותר מהשריון. אבל המחליף פירות בפירות, בין ששמו אותם קודם מכירה בין ששמו אותם אחר מכירה, יש להם אונאה.

1. חליפין אין להם אונאה, ולכן אם החליף כלים בכלים ואפי' אם שמו אותם קודם לכן, או לאחר מכן – אין להם אונאה; כדעת הרמב"ם והרשב"א, ודלא כהראב"ד והרמב"ן.

2. כאשר החליף פירות בפירות:

א. אם שמו אותם קודם למכירה או לאחר המכירה, ודווקא כשעוסקים באותו ענין, נתיבות (י) – יש להם אונאה, דבכה"ג אין עליהם שם חליפין אלא שם מכירה.

ב. אם לא שמו אותם כלל – אין להם אונאה, דהוי כשאר חליפין.

3. כאשר החליפו כלים בכלים והוסיפו דמים כדי להשלים את השווי? פת"ש – אין להם אונאה. חת"ס – יש אונאה, דבכה"ג הוי כמקח וממכר.

סעיף כא

האומר לחבירו: על מנת שאין לך עלי אונאה, יש לו עליו אונאה. בד"א, בסתם, שאינו יודע כמה אונאה יש בו כדי שימחול; ואין צריך לומר אם אמר: על מנת שאין בו אונאה, שהרי יש בו. אבל במפרש, אין לו אונאה. כיצד, מוכר שאמר ללוקח: חפץ זה שאני נותן לך בק"ק יודע אני שאינו שוה אלא מאה על מנת שאין לך עלי אונאה אני מוכר לך, אין לו עליו אונאה. וכן לוקח שאמר למוכר: חפץ זה שאני לוקח ממך בק' יודע אני ששוה ק"ק ע"מ שאין לך עלי אונאה אני לוקח ממך, אין לו עליו אונאה.

1. **האומר 'על מנת שאין לך עלי אונאה', וכן האומר 'על מנת שאין בו אונאה' – יש לו עליו אונאה.** רש"י והרשב"ם נחלקו מה הדין באומר 'על מנת שאין בו אונאה': שיטת רש"י – הוי מקח טעות, שהרי התנה עמו שאין כאן שיעור אונאה, וכיון שנמצא שהייתה אונאה – המקח בטל לגמרי. שיטת הרשב"ם – כוונתו להתנות שלא יהיו דיני אונאה, וכיון שלא מהני – חזר לדין תורה. **השו"ע פסק כשיטת הרשב"ם**, שהרי השווה את האומר 'על מנת שאין לך עלי' לאומר 'על מנת שאין בו'.

מדוע לא מהני התנאי? סמ"ע – אע"פ שאפשר להתנות על מה שכתוב בתורה, אך כאן כיון שלא ידע בודאות שיש בו אונאה – לא התכוון באמת למחול על אונאתו. **עיר שושן, קצות** – מפני שא"א להתנות על מה שכתוב בתורה. ואע"פ שבדבר שבממון אפשר להתנות, אך זה רק מטעם שאינו מתנה על דין תורה, אלא מוחל לחברו את חיובו כלפיו, וכיון שלא ידע כמה אונאה יש בו – הרי זה מחילה בטעות שאינה כלום, וחזר הדבר לעיקר דין תורה שא"א להתנות עליו. **נתיבות** – כיון שלא ידע כמה אונאה יש בו – הרי לא התכוון באמת למחול, ואין כאן מחילה כלל, וחזר הדבר לדין תורה. אולם, אם יאמר ע"מ שתמחול לי האונאה ולא תתבענה בעתיד, התנאי חל, ואם יתבע אונאתו – יתבטל המקח.

מה הדין כשאמר 'על מנת שאין לך עלי אונאה' ויתבע הלה אונאתו, האם המקח קיים? קצות – לא, נתיבות כן. הקצות כתב שאע"פ שאמרין שיש בו אונאה, זה רק מפני שלא חלה המחילה מפני שהיא מחילה בטעות, וממילא אינו יכול להתנות ע"מ שכתוב בתורה. אולם, מדיני תנאים התנאי קיים, ולכן אם יתבע הלה אונאתו – יכול המאנה לבטל את המקח. אולם, הנתיבות חלק עליו וטעמו שאין כאן מחילה בטעות, אלא שכיון שלא ידע שיעור האונאה לא התכוון מעולם למחול עליה, ונמצא שאף התנאי מעיקרו אינו כלום; והמקח קיים.

מה הדין כשאמר בפירוש 'על מנת שלא תתבע אונאה'? התנאי קיים, ואם יתבע אונאתו יתבטל המקח; כ"כ הנתיבות.

2. **האומר 'חפץ זה שווי כד, ולמרות זאת אני מוכר לך אותו בכך וכך, על מנת שאין לך עלי אונאה' – אין לו אונאה**, וה"ה אם הקונה התנה כן.

ב"מ נא. "איתמר, **האומר לחבירו: על מנת שאין לך עלי אונאה**, רב אמר: יש לו עליו אונאה, ושמואל אמר: אין לו עליו אונאה. לימא רב דאמר כרבי מאיר וכו'! אמר לך רב: אנא דאמרי - אפילו לרבי יהודה; עד כאן לא קאמר רבי יהודה התם - אלא דידעה וקא מחלה, **אבל הכא - מי ידע דמחיל?** וכו'. מיתבי: הנושא והנותן באמנה, והאומר לחבירו על מנת שאין לך עלי אונאה - אין לו עליו אונאה. לרב דאמר: אנא דאמרי אפילו לרבי יהודה, הא מני? אמר אביי: מחורתא רב אמר כרבי מאיר, ושמואל דאמר כרבי יהודה. **רבא אמר: לא קשיא; כאן - בסתם, כאן - במפרש.** דתניא: במה דברים אמורים - בסתם, אבל במפרש, מוכר שאמר ללוקח: חפץ זה שאני מוכר לך במאתים, יודע אני בו שאינו שוה אלא מנה, על מנת שאין לך עלי אונאה - אין לו עליו אונאה. וכן לוקח שאמר למוכר: חפץ זה שאני לוקח ממך במנה, יודע אני בו ששוה מאתים, על מנת שאין לך עלי אונאה - אין לו עליו אונאה". **והלכה כרב באיסורי, וכתירושו של רבא.**

אם לא הזכיר את המחיר האמיתי של החפץ, אלא רק 'יודע אני שיש בו אונאה' – לא מהני, דעדיין יכול לומר לא ידעתי שיש בו אונאה כל כך; סמ"ע לט. אך אם שיעור האונאה הוא רק שתות – מהני, דפחות משתות אין עליו שם אונאה; נתיבות יד.

הנתיבות הוכיח כן מדברי הסמ"ע בשיטת רש"י שכשאמר ע"מ שאין בו' אם יש בו אונאה הוי מקח טעות, שזה רק כאשר יש אונאה שתות ומעלה, אך לא פחות. וכתב שטעמו שכל פחות משתות אין שם אונאה עליה כלל. וחלק על הב"ח שכתב שאליבא דרש"י אף בפחות משתות הוי ביטול מקח בכה"ג.

סעיף כב

המוכר חפץ לחבירו במנה, ואמר ליה: חפץ זה אינו שוה אלא זוז אחד ע"מ שאין לך עלי אונאה, יש לו עליו אונאה, שהרי אומר: כיון שראיתי שאמר שאינו שוה אלא זוז ידעתי שאינו מכוין אלא להשביח דעתי, עד שיפרש כדי האונאה שיש במקחו בודאי או קרוב לה בכדי שהדעת [טועה], שהרי ידע בודאי הדבר שמחל לו.

כ"כ הרמב"ם.

סעיף כג

בעל הבית המוכר את כלי תשמישו ואינה את הלוקח, אין בו דין אונאה, שאילו לא הרבה לו בדמים לא היה מוכר כלי תשמישו. ואפילו מכרם מחמת דוחק, אין בו אונאה. ויש מי שאומר דדוקא שהלוקח יודע שזה המוכר בעל הבית, אבל אם לא ידע, או שקנה ע"י סרסור, יש בו אונאה.

1. בעל הבית שמוכר כלי תשמישו – אין בו אונאה.

ב"מ נא. "ההוא גברא דהוה נקט ורשכי לזבוני, אתא לקמיה דרבא, אמר ליה: לא שנו אלא בלוקח מן התגר, אבל בלוקח מבעל הבית – אין לו עליו אונאה וכו'. והא אנו תנן: כשם שאונאה להדיט כך אונאה לתגר, מאן הדיוט – לאו בעל הבית? אמר רב חסדא: בצדרייתא, אבל מאני תשמישית דיקרי עליה – לא מזבין להו אי לאו בדמי יתירי".

2. דין זה נכון, אף כשמכר את כליו מחמת הדוחק, דלא פלוג רבנן; כ"כ הטור בשם הרא"ש בתשובה.

3. דין זה הוא רק כאשר ידע הלוקח שהמוכר בעל הבית; כ"כ הרא"ש וטעמו שדווקא בכה"ג אמרינן שמחל על אונאתו.

4. מסר בעה"ב הכלים ליד סרסור למכור: סמ"ע – יש לו אונאה, ואע"פ שידע הלוקח שהם שייכים לבעה"ב. דבשעה שמסר בעה"ב הכלים ליד הסרסור – נתיאש, שהרי איננו יודע מי יקחם מהסרסור. ט"ז, נתיבות: אם יודע הלוקח שהבעלים בעה"ב – אין לו אונאה. אם אינו יודע – יש לו אונאה.

5. קנה הלוקח מבעה"ב על ידי סרסור: ט"ז, נתיבות – יש לו אונאה, ואע"פ שהלוקח (המשלח) יודע שהמוכר בעה"ב, אך כיון שהקונה (דהיינו הסרסור) לא ידע שהמוכר הוא בעה"ב לא מחל על אונאתו; וזהו דינו של השו"ע שהרי כתב 'שקנה ע"י סרסור' ולא 'שמכר'.

סעיף כד

הא דמוכר כלי תשמישו ואינה את הלוקח אין לו דין אונאה, הני מילי בשתות, אבל ביותר משתות הרי הוא כשאר כל אדם. ויש חולקים.

שיטת ר"י והרא"ש שלבעה"ב אין אונאה רק בשיעור שתות, אך יתר משתות הרי המקח בטל ככל האדם; וכן עשה ר"י מעשה. אולם, הב"י כתב שמסתימת לשון הרמב"ם נראה שחולק וסובר שלעולם אין לבעה"ב אונאה, ואפי' אם אינה ביותר משתות – לא אמרינן שהמקח בטל.

סעיף כה

מוכר ולוקח שנתרצו לגמור המקח על פי שומת לוי, ושם אותו בסך ידוע ונמצא שיש בו אונאה, יש לו דין אונאה. ואם אי אפשר להחזיר האונאה, כגון שהלך המאנה לדרכו, אם לוי הוא תגר ובקי בשומא ולא קיבל שכר על השומא, פטור.

1. אם נתרצו שהמחיר יהיה ע"פ שומת לוי, וטעה לוי בשומתו – יש לו אונאה, שהרי לא התכוון למחול לו על המחיר, אלא שסמך על לוי שידע מה המחיר; כ"כ הרא"ש בתשובה.

2. אם יש בטעותו פחות משתות – המקח קיים; נתיבות יז. ואע"פ שבסימן רו נתבאר שכאשר התנו שישומו הבקיאם וטעו אפי' בקצת – המקח בטל! שאני הכא שהתנו שהשומא תהיה ע"פ אדם מסוים, ובכה"ג רק טעות של שתות ומעלה הוי אונאה. משא"כ שם שהתנו שישומו הבקיאם ונמצא שאינם בקיאים.

3. כאשר הלך המאנה לדרכו וא"א להחזיר האונאה: אם לוי הוא תגר ובקי בשומא, והייתה השומא בחינם – פטור מלשלם, כדין 'טבח אומן שקלקל'; כ"כ הרא"ש בתשובה הנ"ל.

4. הראה לצורך כלי מזהב, והתנה עמו שאם ימצא מזוקק יקבל מחצה מהריות, ואמר לו שהוא מזוקק וטעה, האם נחשב שנטל שכר מחמת התנאי? קצות, נתיבות (כב) – לא, כ"כ הרשב"ץ בתשובה, אמנם המגיה השיג עליו מהדין של הטבחים שנטליו מהכרכתא של הכשירות חשיבי כנטליו שכר, אע"פ שאינם נוטלים מהטריפות, וא"כ ה"ה הכא שאם ימצא זהב מזוקק יטול חלקו בריות, והוי כטבח אומן בשכר! כבר דחה דבריו הקצות דשאני התם שהם ככל שומרי שכר שאם ישמרו כראוי יטלו שכרם, ואם לא – יפסידו שכרם. אך הכא שאני שהרי אם יעשה עבודתו כראוי – לא יקבל כלום, שאם היה מצליח לזהות שהוא מזויף – הרי לא היה לו חלק בריות כלל! ולכן זה מחשיב כאינו נוטל שכר על עבודתו; והסכים עמו הנתיבות בסוף הסימן (כב).

סעיף כו

ועובד כוכבים אין לו אונאה, שנאמר: איש את אחיו וגו' (ויקרא כה, יד); ועובד כוכבים שהונה את ישראל מחזיר אונאה כדינים שלנו, שלא יהיה זה חמור מישאל.

1. מותר להונות את הגוי, שנאמר 'לא תונו איש את אחיו'; כן איתא בבכורות יג:
2. אך גוי שהונה את ישראל מחזיר לו אונאתו, שלא יהיה חמור מישאל; וכמו שהדין בשור של ישראל שהזיק שור של גוי – שפטור מלשלם, אך שור של גוי (אפי' תם) שהזיק שור של ישראל – חייב לשלם נזק שלם.
3. גוי וישראל שהונו לישראל אחר – כאשר א"א להוציא מהגוי חלקו, חייב הישראל להחזיר כל האונאה; ש"ך.
4. גוי וישראל שהטעו לישראל אחר במקח טעות, כגון שחמתית ונמצאת לבנה, וא"א להוציא מהגוי חלקו: הש"ך כתב שבכ"ה אין הישראל משלם אלא חצי מחלקו. ותמיהו עליו החת"ס והנתיבות א"כ גם בדין הקודם מדוע שלא ישלם אלא חלקו? ותיירץ היש"ש בדוחק שברישא הקונה סומך רק על היהודי, והרי זה כאילו רק הוא הטעהו.

סעיף כז

הנושא ונותן באמונה, אין לו עליו אונאה. כיצד, חפץ זה בכך וכך לקחתיו כך וכך אני משתכר בו, אין לו עליו אונאה.

1. הנושא ונותן באמונה, כלומר שהם לא מדברים על שווי החפץ אלא על הסכום שנתן המוכר עבורו – אין בו אונאה. ואין חילוק אם אמר לו 'חפץ זה לקחתי בסך פלוני ואני מוכרו לך בסך אלמוני', או שאמר לו 'חפץ זה שלקחתיו אני מוכרו לך כמו שקניתיו עם רווח מסוים'; כ"כ הב"י.
- ב"מ נא:** "הנושא והנותן באמנה, והאומר לחבירו על מנת שאין לך עלי אונאה – אין לו עליו אונאה". מדוע אין בו דיני אונאה? מהרי"ט – הרי זה כאילו נעשה המוכר שלוחו של הקונה לקנות עבורו. נתיבות – לא אסרה תורה למכור ע"פ האמת, כלומר שהמוכר באמת בטוח שזה שווי החפץ – אין בו משום אונאה. וכתב הנתיבות שאם נודע למוכר שנתאנה במקחו קודם שמכרו באמונה – יש בו משום אונאה, שהרי נודע לו שאין זה המחיר האמיתי והתורה אסרה להונות את חברו. פת"ש – כל זה רק באופן שהביא השו"ע שפי' בשעת המכר בכמה לקחו, אולם באופן השני (שהוא פי' ר"ח) שלא הזכיר בכמה לקחו, בלאו הכי לא קשה הקושיא הנ"ל, שהרי הוא קנה 'חתול בשק' כיון שלא דברו כלל על המחיר, ולפי"ז אפי' אם ידע המוכר שנתאנה – אין הלוקח יכול לחזור בו.

2. אף כשאין בו משום אונאה, אך אם נמצא מום במקח – המקח בטל.

סעיף כח

הנושא ונותן באמונה, לא יחשוב הרע באמונה והיפה בשווי, שאם קנה י' יריעות ב"י דינרים ויש בהם שאינם שוות דינר ויש בהן ששוות יותר, לא יחשוב הרעות בדינר כל אחת והיפות בשוויין, אלא הכל באמונה, כמו שקנאם ביחד ומעלה לו על דמי המקח שכר הכתף והפונדק וכוללם בדמי המקח; אבל שכר טרחו לא יעלה על דמי המקח, ולא יקח ממנו אלא כמו שנתפטר עמו שיתן לו ריות.

ברייטא שם "תנו רבנן: הנושא והנותן באמנה – הרי זה לא יחשב את הרע באמנה ואת היפה בשוה, אלא: או זה וזה באמנה, או זה וזה בשוה. ונותן לו שכר כתף, שכר גמל, שכר פונדק. שכר עצמו אינו נוטל, שכבר נתן לו שכרו משלם".

סעיף כט

אלו דברים שאין להם אונאה: העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות; אפילו מכר שוה אלף בדינר, או שוה דינר באלף, אין בהם אונאה. הגה: ו"א דדוקא עד פלגא, אבל יותר מפלגא, כגון שמכר לו אחד יותר משנים, הוי אונאה (טור בשם ר"ת והרא"ש).

1. דברים שאין להם אונאה: א. עבדים, מפני שהוקשו לקרקעות. ב. שטרות, 'ממכר' – דבר שגופו ממון לאפוקי שטרות. ג. קרקעות, 'מיד' – דבר הנמסר מיד ליד לאפוקי קרקע. ד. הקדשות, 'עמיתך' – לאפוקי הקדש, ודווקא הקדש בדק הבית לאפוקי צדקה ובית הכנסת דממון הדיוט הם.

ב"מ נו. במשנה "אלו דברים שאין להם אונאה: העבדים, והשטרות, והקרקעות, וההקדשות". ובגמ' שם נתבאר מנין נלמד כל אחד.

האם יש בהם איסור אונאה? תוס' – אין בהם איסור כלל. רמב"ן בפ' החומש, רא"ה בספר החינוך – אף בהם יש איסור אונאה ועובר על לאו, אלא שנתמעטו מדיני אונאה וביטול מקח; כ"כ רעק"א.

2. האם אין להם אונאה כלל? שו"ע, ש"ך – כן, ואפי' מכר שווה דינר באלף; כדעת הרי"ף והרמב"ם. רמ"א – לא, אלא רק אונאה אין להם, אבל ביטול מקח יש להם. אלא שבכה"ג האונאה היא עד פלגא ולא עד שתות; כדעת התוס' והרא"ש. ומהרשד"ם כתב שהוא ספיקא דדינא.

לדעת הרמ"א מה הדין אם נתאנה בחצי בדיוק? סמ"ע – יש בו ביטול מקח, ודוקא עד פלגא אין אונאה. ש"ך – אין בו אונאה.

ב"מ נו: "אמר רב נחמן, הדר אמר רב חסא פשיט רבי אמי: אונאה אין להם, ביטול מקח יש להם. רבי יונה אמר: אהקדשות, רבי ירמיה אמר אקרקעות, ותרוייהו משמיה דרבי יוחנן אמרו: אונאה – אין להם, ביטול מקח – יש להן. מאן דאמר אהקדשות – כל שכן אקרקעות, מאן דאמר אקרקעות – אבל אהקדשות לא וכו'". **וכתבו הרא"ש והתוס'** **שביטול מקח שיש להם היינו מפלגא**, אך לא משתות וכדמוכח בירושלמי (כתובות פ"א, ד) בשם ר' יוחנן ש"אם היה דבר מופלג יש להם אונאה' וכגון שוה מנה במאתיים. **וכתב הרי"ף** שאע"פ שיש הפוסקים כר' יוחנן, אך מסתבר שאין הלכה כמותו שהרי רב נחמן בבי"מ קח. פסק שאין אונאה לקרקע אפי' כשמכר שוה מנה במאתיים; וכן בקידושין מב. אמרינן סתם שאין אונאה לקרקע. וכיון שקי"ל כרב נחמן בדיני, ועוד שרב נחמן עצמו אמר לההאי מימרא הכא ומוכח שחזר בו מזה. אולם, הרא"ש כתב שקי"ל כרב נחמן בדיני רק לגבי רב ששת חבריה, ואדרבא קודם אביי ורבא לא אמרינן הלכתא כבתראי אלא להיפך שאין הלכה כתלמיד במקום רבו, ולכן ודאי שהלכה כר' יוחנן שמפלגא יש להם אונאה, והגמ' בהמקבל דיבר כשמכר שווה מנה בקצת פחות ממאתיים דבכה"ג אין אונאה. **הרמב"ם פסק כר"ף, וכן הכריע השו"ע. אולם, הדרכי משה כתב** "וכבר כתבתי למעלה כמה פעמים דלא סמכין אדבריו לפסוק הלכה מכה הסכמתן במקום שהתוספות והרא"ש חולקים, וכל שכן במקום שדעת רבינו מסכמת לדבריהם וכו'". ומכל מקום נראה דהמוציא מחבירו עליו הראיה".

הרא"ש כתב במפורש שבפלגא עצמו יש ביטול מקח בקרקע וכ"כ הטור. אמנם בתוס' בכמה מקומות מוזכר שאף בפלגא עצמו אין אונאה, ורק ביותר מפלגא, אך דעת הסמ"ע שלא דקו בדבריהם, והעיקר כדברי הרא"ש וכן מוכח בירושלמי שאלמנה שמכרה שווה מנה במאתים יש לה אונאה. אולם, הש"ך נקט שהעיקר שדווקא קאמרי ורק ביותר מפלגא יש אונאה אך לא בפלגא עצמו, ואדרבא הרא"ש לא דק בדבריו (וזה קשה מאד, שהרי אם בפלגא עצמו אין אונאה, הרא"ש לא היה צריך להידחק ולומר שהגמ' בקח. מייירי במכר בקצת פחות ממאתיים, שהרי אדרבא אף כשמכר במאתיים אין לה אונאה וכפשט הגמ'?!).

3. מה דין במוכר את גוף החוב עצמו, כגון שמוכר במעמ"ש ולא בכתיבה ומסירה? קצות (קכו, ט) – יש לו אונאה, שהרי גופו ממון. דברי חיים, נתיבות – אין לו אונאה; כ"כ הפת"ש בשמם.

4. אם אינה לשותפים צ"ע אם חייב להחזיר כשאין באונאה שו"פ לכל אחד ואחד, פת"ש.

5. פת"ש בשם שבות יעקב: הבאר עשק כתב בהקדשות של ציבור אין אונאה, ודחה לדבריו שהרי דווקא בהקדש בדק הבית אמרו ולא בהקדש דידן. ולכן הרי"ף והרא"ש השמיטו את הדין של הקדש, כיון שלדידן לית לן הקדש ב"ה.

סעיף ל

בד"א, במוכר נכסי עצמו. אבל השליח או אפוטרופוס שטעה ונתאנה בכל שהוא, בין במטלטלין בין בקרקע, חוזר. ואם אינה את הלוקח, יש מי שאומר שהוא הדין שמכרו בטל בכל שהוא, ויש מי שאומר שדינו כשאר כל אדם דעד שתות הוי מחילה וזכה המשלח ביתרון.

1. שליח שנתאנה:

א. אפי' בפחות מכדי אונאה חוזר, כיון שבטלה שליחותו 'דלתיקוני שדרתיך ולא לעיוותי'; קידושין מב. "אמר רבא: הא דאמרן פחות משתות נקנה מקח, לא אמרן אלא דלא שויה שליח, אבל שויה שליח, אמר: לתקוני שדרתיך ולא לעוותי".

ב. אפי' בקרקע חוזר, דאף בקרקע שייך הטעם הנ"ל, וכ"כ הרמב"ם, וכן מוכח בכתובות צט: "והאמר מר: אין אונאה לקרקעות! הני מילי היכא דטעה בעל הבית, אבל טעה שליח - אמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי".

2. שליח שאונה את אחרים: י"א שדינו שווה לשליח שנתאנה שמכרו בטל, כ"כ רב האי וטעמו שחז"ל השוו דבריהם, שלא יהא כח המוכר ע"י שליח עדיף מכח הלוקח. י"א שדינו ככל אדם, שהרי בכה"ג לא שייך הטעם של 'לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי'. רבינו יונה.

סעיף לא

דין ב"ד שמכרו בשל יתומים וטעו נתבאר בסימן ק"ט.

סעיף לב

כשם שאין לקרקעות אונאה כך שכירות קרקע אין לו אונאה; אפילו שכר טרקלין גדול בדינר לשנה, או רפת קטנה בדינר בכל יום, אין לו אונאה.

1. שכירות דינו כמכירה, ולכן שכירות קרקע אין לה אונאה. **ב"מ נו:** "בעי רבי זירא: שכירות יש לו אונאה או אין לו אונאה? ממכר אמר רחמנא - אבל לא שכירות, או דלמא לא שנא? - אמר ליה אביי: מי כתיב ממכר לעולם? ממכר סתמא כתיב, והאי נמי ביומיה מכירה היא".

סעיף לג

השוכר את חברו לעשות עמו, בין בקרקע בין במטלטלין, אין לו אונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם אונאה. הגה: 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 (ת"ה סימן ש"ח).

1. שכיר יום אין לו אונאה, שהרי הוא כעבד ואע"פ שעבד כנעני הוקש לקרקע ולא ע"ע, אך אף ע"ע כל זמן שלא חזר בו שם עבד עליו; כ"כ הרמב"ם ולמד כן מהגמ' שהובאה בסעי' הקודם, ששכירות ליומא מכירה היא.

2. שכיר יום ששכרו עם כליו, אע"פ שמצד עצמו אין לו אונאה, אך מצד הכלים יש לו אונאה, ולכן צריך לשער מה שנתאנה מחמת הכלי ולהחזיר לו; כ"כ הרמ"א בשם תרומה"ד.

סעיף לד

שכר לזרוע לו קרקע ואמר: זרעתי בה זריעה הראוי בה, ובאו עדים שזרע בה פחות מהראוי לה, הרי זה ספק אם יש לו אונאה מפני הזרע, או אם אין לו אונאה מפני הקרקע; לפיכך אין מוציאין מיד הנתבע, וכן אין משביעין אותו אלא היסת, מפני הקרקע שיש כאן.

ב"מ נו: "בעי רבא: חטין וזרעו בקרקע, מהו? יש להם אונאה או אין להם אונאה? כמאן דשדיין בכדא דמיין - ויש להם אונאה, או דלמא בטלינהו על גב ארעא? היכי דמי? וכו' אלא דאמר איהו: שדאי בה כדאבעי לה, ואיגלאי מילתא דלא שדא בה כדאבעי לה, יש להם אונאה או אין להם אונאה? כמאן דשדי בכדא דמיין ויש להם אונאה, או דלמא בטלינהו אגב ארעא? נשבעין עליהן, או אין נשבעין עליהן? כמאן דשדיין בכדא דמיין ונשבעין עליהן, או דלמא בטלינהו אגב ארעא ואין נשבעין עליהן?" וסלקא בתיקו. רש"י והטור פירשו שמייירי כשמכר את הקרקע ואמר שזרעה כראוי לה, ונמצא שלא נזרעה כראוי לה, וממילא הספק הוא האם יש לחיטין הללו דין מטלטלין או דין קרקע. התוס' והרמב"ן הקשו מה זה שייך לאונאה, הרי זה מקח טעות שהוא חשב שהוא קונה קרקע שזרעה כראוי ונמצא שלא נזרעה כראוי! תוס' תירצו שאין חלוקין בשאלה כמה חיטים זרע בה, אלא שחלוקין בשאלה האם השיעור הזה הוא ראוי לקרקע, ולכן אין זה מקח טעות שידע כמה נזרעה אלא שטעה בכך שחשב שזה ראוי לה. והאונאה אינה מצד הקרקע, כיון שבאמת מחיר קרקע שזרעה כראוי הוא במחיר שקנה, אלא שנתאנה בכך שלא שם בה את כמות הזרעים הראויה לה, ולכן נסתפקה הגמ'. הרמב"ן פירש כפי' ר"ח שלא גרס בגמ' "ואיגלאי מילתא דלא שדי בה כדבעי לה", אלא שהוא באמת זרעה כראוי אלא שאונה אותו במחיר של קרקע שזרעה כראוי, והאיבעיא היא האם זה נקרא אונאת קרקע או שמה אונאת מטלטלין שהרי המחיר הוא בגלל הזרעים. אולם, הרמב"ם פירש שלא מייירי כשמכר לו קרקע אלא כששכר פועל לזרוע את הקרקע, וזרעה פחות מהראוי לה, וא"א לומר לו שזרענה שוב כיון שתוספת הזרע אינה מועילה דשמה לאותו מקום שנפל הזרע הראשון ופול השני ויתקלקל (כ"כ הראב"ד). וביאר הנהיבות שמייירי שהפועלים נשכרים בששה דינרים כדי לזרוע שדה כזאת, והם נותנים בה כשיעור של ו' מדות. אך בעה"ב טעה וחשב שסגי לזרעה בה' מידות ואמר לו לזרוע כשיעור זה, ולאחר מכן נתברר לו שצריך לשים ו' מידות, ונמצא שנתאנה כיון שעל שיעור ו' מידות משלמים ו' דינרים ולא על שיעור של ה'! וכיון שהאונאה אינה בגוף השכירות לעבוד בקרקע, אלא מחמת טעות הכמות של החיטין מיבעי ליה אי הוי כטעות בקרקע או במטלטלין. אך כל טעות אחרת שהיא מחמת הקרקע - הוי טעות בקרקע, אע"פ שהוא קבלן לעבוד בקרקע.

קבלן שנשכר לעבוד בקרקע ואונה או נתאנה – אין לו אונאה, דקבלן דקרקע דינו כקרקע; כן מוכח מהדין של הסעיף שלנו, וכ"כ התיבות. ודווקא באונאה שהיא מחמת הזרעים בלבד מספקא לן.

סעיף לה

השוכר את הכלים או את הבהמה, יש להם אונאה, שהשכירות מכירה בת יומא היא, ואם יש בה אונאה שתות או יותר, בין שנתאנה שוכר בין שנתאנה משכיר הרי זה מחזיר אונאה, ואפילו לאחר זמן מרובה.

1. שכירות כלים ובהמה יש לה אונאה, דשכירות דינה כמכירה.

2. מי שנתאנה בשכירות יכול לחזור בו לעולם. מדוע זה שונה ממכירה שאינו חוזר בו אלא עד כדי שיראה? מ"מ – כיון שאין דרך להראותן לאחרים, ולא שייך לומר בו שכל שלא הראה מחל. סמ"ע – כיון שאין שכירות משתלמת אלא לבסוף, אין דרכו להראותו עד שעת התשלומין וכבר עבר זמן מרובה, וממילא לא חלקו בדבר.

סעיף לו

הקבלן יש לו אונאה. כיצד, כגון שקבל עליו לארוג בגד זה בעשרה זוזים, או לתפור חלוק זה בשני זוזים, הרי יש לו אונאה וכל אחד משניהם, בין קבלן בין בעל הבגד, חוזר לעולם.

1. קבלן יש לו אונאה, שהרי אין עליו שם עבד שיכול לעשות המלאכה מתי שירצה. וכתב רעק"א שהרמב"ן והרשב"א חולקים וסוברים שאף לקבלן אין אונאה.

2. כאשר נתאנה אחד מהצדדים, יכול לחזור בו לעולם, ולא דווקא בשיעור של 'כדי שיראה', וכמו שנתבאר בסעי' הקודם. וחימיחמאך מי שאינה אינו יכול לחזור בו; סמ"ע.

סעיף לז

האחים והשותפים שחלקו המטלטלים, הרי הם כלקוחות; פחות משתות נקנה מקח ואין מחזיר כלום, יתר על שתות בטל מקח, שתות קנה ומחזיר אונאה. ואם חלקו קרקעות, אפילו שמו שוה מנה בדינר או שוה דינר במנה, קיים. (ו"א דדוקא עד פלגא) (טור). ואם הטעו זה את זה במדה או במשקל או במנין, אפילו כל שהוא, חוזרים. ואם עשו שליח שחלק ביניהם וטעה בכל שהוא, בטלה החלוקה.

סעיף לח

אם התנו ביניהם שיחלקו בשום הדיינים, וטעו בשתות, בטלה החלוקה, שהדיינים ששמו ופחתו שתות או הותירו שתות, מכרן בטל.

קידושין מב: "אמר רב נחמן: האחין שחלקו הרי הן כלקוחות, פחות משתות - נקנה מקח, יתר על שתות - בטל מקח, שתות - קנה ומחזיר אונאה. אמר רבא: הא דאמרן פחות משתות נקנה מקח, לא אמרן אלא דלא שויה שליח, אבל שויה שליח, אמר: לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. והא דאמרן יתר משתות בטל מקח, לא אמרן אלא דלא שויה שליח, אבל שויה שליח, אמר: דבי דינא, אבל אמר נפלוג בשומא דבי דינא - מכרן קיים, דתנן: שום הדיינים שפיתחו שתות או הותירו שתות - מכרן בטל, רשב"ג אומר: מכרן קיים. והא דאמרן שתות קנה ומחזיר אונאה, לא אמרן אלא במטלטלי, אבל במקרקעי - אין אונאה לקרקעות; ובמקרקעי - לא אמרן אלא דפלוג בעילויא, אבל פלוג במשחתא לא; כדרבה, דאמר רבה: כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין, אפילו פחות מכדי אונאה נמי חוזר".

סעיף לט

ראובן ושמעון אחים חלקו על תנאי שמי שיפול לו בית פלוני שיפתח לו פתח למבוי, ולא שמו אל לבם שיכולים בני המבוי לעכב עליו, ונפל אותו הבית לראובן, אם רוצה ראובן לבטל החלוקה מה הרשות בידו.

כ"כ הרא"ש בתשובה.

ב"ה

סימן רלב

המוכר דבר במדה ובמשקל וטעה, או שטעה במנין המעות, ומוכר דבר ונמצא בו מום, ובו כ"ג סעיפים.

סעיף א

המוכר לחבירו במדה ובמשקל או במנין, וטעה בכל שהוא, חוזר לעולם, שאין אונאה אלא בדמים אבל בחשבון חוזר. כיצד, מכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצאו ק"א או צ"ט, נקנה המקח ומחזיר הטעות ואפילו אחר כמה שנים. וכן אם נמצאו המעות חסר או יתר מהמנין שפסקו, חוזר. ואפילו לאחר שקנו מידו שלא נשאר לו אצל חבירו כלום, חוזר, שקנין בטעות הוא.

1. כאשר הייתה במכר טעות במידה או במשקל או במנין:

א. דבר שאפשר להשלים אותו, כגון שמכר לו מאה אגוזים ונמצאו צט – קנה ומשלים או מחסר.

ב. דבר שא"א להשלים אותו, כגון שמכר לו קרקע בגודל מסוים ואין לו קרקעות סמוכות לה, או שמכר לו בית בגודל מסוים, ונמצא שהוא יותר קטן או יותר גדול: באר הגולה – המקח קיים, כרשב"א, וה"ה בביאור הרמב"ם. סמ"ע, נתיבות – המקח בטל; כשיטת הרמב"ם, הר"י מיגש, הר"ן והרמב"ן, וכהבנת הב"י ברמב"ם.

2. כאשר הטעות במידה או במשקל או במנין – אין חילוק בין אם טעה בפחות משותות או בשותות או ביותר מכך, דדוקא כאשר הטעות היא בשווי אמרינן הכי, אך בדברים הללו הטעות ניכרת אפי' בקצת.

קידושין מב. "דאמר רבה: כל דבר שבמדה ובמשקל ובמנין, אפילו פחות מכדי אונאה נמי חוזר". וכן איתא בב"מ נו: **ב' שיטות מצינו בביאור דברי רבה: א. שיטת הרשב"א** – המקח קיים והמעות חוזרים, ואין חילוק בין דבר שאפשר להשלים או לא. ולפי זה אתי שפיר דברי המשנה בב"ב קג: "בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל, פחת כל שהוא – ינכה, הותר כל שהוא – יחזיר", דאע"פ שנמצא שאין שם בית כור ממש – המקח קיים וינכה. **ה"ה נקט שכן היא דעת הרמב"ם. ב. שיטת הרשב"ם, תוס', רמב"ן, ר"ן (קידושין מב:), ר"י מיגש** – המקח בטל, אא"כ זה דבר שאפשר להשלים אותו ובכה"ג ישלים או יחסר. וטעם הדבר שכאשר א"א להשלים יכול הוא לומר – אין רצוני בשדה קטנה כזאת וכדו'. את המשנה בב"ב תירצו בכמה אופנים: הרשב"ם ביאר שמירי בקרקע ודינו של רבא נאמר רק במטלטלין. ודחו דבריו שבהדיא אמרינן בקידושין את דבריו גם לגבי קרקע! וכן בב"מ לגבי חיטין שזרעו בקרקע! הר"ן תירץ ששאני התם שאמר לו 'מדה בחבל' והתכוון לומר שהוא מוכר לו בית כור ע"פ איך שימדדו, אך אם היה אומר 'בית כור' סתם ונמצא פחות או יתר – המקח בטל.

הב"י הביא את דברי ה"ה בביאור דברי הרמב"ם, וחלק עליהם וכתב שנראה שהרמב"ם סובר כר"ן ודעימיה. **בשו"ע לא התייחס לשאלה זו,** וכתב דין זה רק לגבי דבר שאפשר להשלים, אך לא התייחס מה הדין כשא"א להשלים! בבאר הגולה הביא את דברי ה"ה. אולם, הסמ"ע כתב לפסוק כר"ן וכהבנת הב"י ברמב"ם, וכן כתב הנתיבות בחידושים.

3. אפי' אם קנו מידו על כך שלא נשאר לו אצל חברו דבר – צריך להשלים או להחזיר לו, דקנין בטעות הוא.

סעיף ב

המקבל מעות מחבירו בין שהם במכר בין בהלואה בין בפרעון, ומצא יתרון במעות, אפילו אם לא תבעו חייב להחזיר אם הוא בכדי שהדעת טועה, דהיינו שאם יש לחלק המעות העודפות להוציאם עשרה עשרה או חמשה חמשה, ואין אחת או שתיים עודפות שאינן באות לכלל חמש, יש לומר שטעה בחשבונו: אם הם עשירות טעה בין חמשים לארבעים או בין ארבעים לשלשים, ואם הם חמישיות יש שרגילים למנות ה' ה', ואם היו נ"ה טעה בעשירות כמו שנתבאר, ובחמש העודפות טעה בין שלשה חמישיות לארבע. ואם עודפות ט"ו או כ"ה, טעה ג"פ או חמש פעמים בחמישיות.

אבל אם עודפות על החמישיות אחת או שתיים או שלשה או ארבעה שאין מגיעות לחמש, כולם מתנה, ובלבד שהמעות יתרים שמצא לא יהיו כמנין החמישיות או העשירות, שאם היו כמנינם חייב להחזיר לו שמא האחרים שהיה מונה בהם

החמישיות או העשיריות נתערבו עמהם. הגה: ובמקום שרגילים למנות אחת אחת או שנים שנים וכיוצא בזה, מקרי שהדעת טועה לפי המנהג שרגילין למנות (המ"מ).

1. המקבל מעות מחברו, בין במכר או בהלואה או בפרעון חוב, ומצא מעות יתרים:

א. אם נראה שטעה ונתן לו יותר – חייב להחזיר ואפ"י לא תבעו. וכגון שמנה לו המעות בעשירות, ומצא העודף בכפולות של עשר, וה"ה בחמישיות או כמו שרגילים למנות באותו מקום. אמנם, אם יודע שלא מנה לו בעשירות, אע"פ שמצא העודף יתר בכפולות של עשר – אינו חייב להחזיר; סמ"ע ה. כמו כן, אם מצא כשיעור המנין, כגון שהיו ג' עשירות ועוד ג' עודפות, אמרינן שטעה ונתן לו בנוסף את המטבעות שמנה בהן את שיעור העשירות.

ב. אם אין נראה שטעה ולא תבעו שיחזיר לו – אינו צריך להחזיר, שאנו תולים שמתנה נתן לו, או שגזל אותו בעבר בלא שידע והתכוון להבליע לו בחשבון ולצאת בהם ידי חובתו.

מה הדין בכה"ג אם בא ותבעו ואומר שטעה? רבינו ירוחם – חייב להשיב. הג' מרדכי – אינו חייב להשיב, כ"כ הסמ"ע ז.

ב"מ סג: "ואמר רב נחמן: האי מאן דאוזיף פשיטי מחבריה ואשכח ביה טופיינא, אי בכדי שהדעת טועה - מיחייב לאהדוריה ליה, ואי לאו - מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה. - היכי דמי בכדי שהדעת טועה? - אמר רב אחא בריה דרב יוסף: בעישוריינא וחומשייתא. אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי: ואי איניש תקיפא הוא דלא יהיב מתנה, מאי? - אמר ליה: דלמא מיגזל גזליה, ואבלע ליה בחשבון. דתניא: הגוזל את חברו והבליע לו בחשבון - יצא. - ואי איניש דאתי מעלמא, דלא שקיל וטרי בהדיה, מאי? - אמר ליה: דלמא איניש אחרינא גזליה, ואמר ליה: כי יזיף פלוני פשיטי מינך - אבלע ליה בחשבון".

סעיף ג

המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלים, ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפ"י לאחר כמה שנים, שזה מקח טעות הוא, והוא שלא ישתמש במקח אחר שידע במום. אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום, ה"ז מחל ואינו יכול להחזיר.

1. כאשר נמצא מום במקח שלא ידע בו הלוקח, הרי זה מקח טעות, ומחזיר המקח אפ"י לאחר כמה שנים. כ"כ הרמב"ם, ולמד כן בכ"ש מהדין של סעיף א, שכאשר טעה במידה או במשקל או במנין חוזר לעולם, וא"כ כ"ש במקח טעות שחוזר לעולם ולא אמרינן שמחל.

2. כאשר השתמש במקח לאחר שנודע לו המום – מחל, ושוב אינו יכול לבטל המקח. אך אם השימוש היה באונס, כגון שקנה סוס ובאמצע הדרך מצא בו מום – לא הוי מחילה, כ"כ הפת"ש, ודומיא דאונאה בסי' רכז, ז שאם יברר שהיה לו אונס שיכול לחזור אף לאחר כדי שיראה.

3. כאשר יכל הלוקח להבחין במום בקלות, ולא הבחין בו:

מ"מ, סמ"ע – הוי מחילה, שהרי יכל לבדוק את החפץ ולראות שיש בו מום, ומכך שלא בדק מוכח שמחל.

משנה למלך, מהריט"ץ, מהראנ"ח – לא מחל, וכל זמן שלא השתמש במקח לאחר שנודע לו יכול לבטל המקח. והוכיחו כן מדברי הרמב"ם והמחבר שרק כאשר השתמש בחפץ לאחר שנודע לו המום הוי מחילה, ומשמע שאם לא השתמש בו אע"פ שנודע לו על כך – לא הוי מחילה.

שבוי"י – כאשר יכל לבדוק ולהכיר במום בשעת המקח – הוי מחילה, כאשר יכל להיוודע לו רק לאחר המקח – לא הוי מחילה, ואין מח' בדבר.

נתיבות – אף הסמ"ע והמ"מ לא איירי אלא כשיכל לבדוק את החפץ והשתמש בו, אך בלאו הכי לא. וכתב הפת"ש שדינו אמת, אך במ"מ מוכח שמיידי אף כשלא השתמש בו.

מה הדין בכה"ג כשהלוקח עדיין לא שילם המעות? מ"מ – לא הוי מחילה, דכיון שהמעות בידו לא חשש לבדוק, וכמו שנתבאר לענין אונאה שכל זמן שהמעות בידו יכול לחזור בו אף לאחר בכדי שיראה. נתיבות – לשיטתם הוי מחילה, דאף לענין אונאה לא אמרינן הכי אלא כשיש לו מיגו, אך אין חילוק בשאלה האם נתן מעות או לא. וכתב הפת"ש שכבר נתבארה מח' לעיל בסי' קכז, ז.

4. מה הדין כאשר נודע ללוקח המום ולא יכל להחזירו למוכר, כגון שלא היה בביתו, והשתמש בו לבינתיים? א. אם הוא דבר שעושה ואוכל – יכול לחזור בו, דאע"פ שנתבטל המקח הרי הוא שומר אבידה, ובכה"ג מותר לו להשתמש בו. ב. דבר שאינו עושה ואוכל: אינו יכול לחזור בו.

מה הדין באונאה בכה"ג? א. אם נתאנה שתות והשתמש בו – יכול לדרוש אונאתו, ואין ראייה שמחל שהרי בשלו השתמש, ולא היה יכול לבוא ולתבוע אונאתו. ב. אם נתאנה בכדי ביטול מקח: אם לא הודיע למוכר – אמרינן שמחל על אונאתו, דמכך שהשתמש בו מוכח שמחל על תביעתו. אם הודיע למוכר – לא אמרינן שמחל, אך חייב לשלם למוכר מה שהשתמש, או מה שנפחת החפץ מחמת השימוש. כ"כ הריטב"א בב"מ נ: והביאו הפת"ש, וכ"כ הנהיבות הכא מסברא דנפשיה.

מה הדין במקח טעות, כאשר הודיע למוכר ואח"כ השתמש בו? מחנה אפרים – כמו באונאה, דלא אמרינן דהוי מקח טעות. גליא מסכת – הוי מחילה, דלא דמי לאונאה דשם גוף המקח ישר בעיניו אלא שרוצה לתבוע הדמים העודפים, אך הכא אינו רוצה במקח כלל שהרי יש בו מום, וא"כ מכך שהשתמש בו מוכח שמחל ונתרצה בחפץ. פת"ש – ספק והמע"ה. דמסברא נראים דברי הגליא מסכת, אך מאידך המחנ"א כתב להדיא להיפך.

5. עם הארץ שהשתמש בחפץ: ארחות משפט נסתפק בזה, האם אמרינן שמחל על תביעתו מכך שהשתמש בו, או שמא לא מוכח שמחל שהרי הוא מורה היתרא לנפשיה להשתמש בו עד שיחזיר לו דמיו. פת"ש – הוי מחילה, דלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים. (וצ"ע שלכא"י זה לא שייך הכא, שאין כאן תק"ח שכאשר הוא משתמש נפקיע ממנו את יכולת החזרה, אלא אומדן דעת שמכך שנשתמש מוכח שמחל על תביעתו, וא"כ בכה"ג אין לנו את אומדן הדעת הזה! וה' יאיר עינינו).

סעיף ד

אין מחשבין פחת המום, אפילו מכר לו כלי שוה עשרה דינרים ונמצא בו מום המפחיתו מדמיו איסר, מחזיר את הכלי ואינו יכול לומר לו: הילך איסר פחת המום, שהלוקח אומר: בחפץ שלם אני רוצה. וכן אם רוצה הלוקח ליקח פחת המום, הרשות ביד המוכר לומר: או קח אותו כמו שהוא או תקח מעותיך והחזיר לי מקחי.

כתב ה"ה שכן מבואר בב"מ פ. שכאשר נמצא מום במקח הרי זה מקח טעות.

א. כתב הסמ"ע שאם המוכר רוצה לחזור בו מחמת המום, זה תלוי במח' השו"ע והרמ"א בסי' רכז, דלגבי אונאה האם המאנה יכול לחזור בו כל זמן שלא נתרצה המתאנה.

ב. כתב הפת"ש בשם השבו"י שאם קנה כמה חתיכות בד במקח אחד, ונמצא מום באחד מהם – המקח כולו בטל.

סעיף ה

ראובן שמכר לשמעון בתים שיש לו בעיר אחרת, וקודם גמר המקח נכנסו עובדי כוכבים בבתים וקלקלו קצת מקומות ועשו הכתלים ועקרו דלתות הבית והחלונות, ורוצה שמעון לחזור בו, וראובן טוען שכיון שהוא מום עובר ינכה לו מן הדמים כדי שיחזיר הבית לקדמותו ויקיים המקח, הדין עם ראובן. הגה: שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית. וכן מום שאינו בגוף הבית, כגון שיש לאחר דרך עליו או אמת המים עוברת שם, מסלק המים והמקח קיים. אבל אם המום בגוף הבית, כגון שאמר לו שיש לו כותל שלם, ונמצא רעוע, אינו יכול לבנות לו כותל שלם; וכל כיוצא בזה (הגהות מרדכי דכתובות).

1. מום עובר אינו מום, ולכן מכר בית ונמצאו החלונות והדלתות שבירים ואפשר לתקנם – המקח קיים, ומנכה לו דמי התיקון; כ"כ הרא"ש בתשובה.

2. מכר לו בית ונמצא מום שאינו בגוף הבית, כגון שאמת המים עוברת שם, או שיש לאחר דרך עליו – מתקן זאת ואינו מום. אך מום שהוא בגוף הבית, כגון שנמצא קיר רעוע, המקח בטל ואינו יכול לתקנו; רמ"א בשם הגה' מרדכי.

סעיף 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.

סעיף ז

כל הלוקח סתם, אינו לוקח אלא הדבר שלם מכל מום. ואם פירש המוכר ואמר: על מנת שאין אתה חוזר עלי במום, הרי זה חוזר, עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול הלוקח, או עד שיאמר לו: [כל מום] שימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך קבלתי אותו, שהמחול צריך לידע הדבר שמוחל לו בו ויפרש אותו, כמו המפרש האונאה.

דין זה מקורו ברמב"ם, ופירש טעמו שלמד כן מהדין של אונאה שלא מהני בה תנאי סתם עד שיפרש בהדיא, וכמו שנתבאר בס' רכז, כא. וכ"כ ה"ה. אולם, הטור כתב שהרמב"ם אזיל לטעמיה שפסק שא"א להקנות דבר שאין בו קצבה, וכיון שנחלקו עליו שם הוא הדין הכא שאפשר להתנות בסתם ע"מ שאין לך עלי אונאה. הב"י דחה דבריו והסכים עם ה"ה, וכן הסכימו הסמ"ע והש"ך, שהטעם הוא מפני שכל זמן שלא פירש להדיא את המומים שיש בו אמרין שלא התכוון באמת למחול. הנהיבות כתב שמיירי הכא שהמום אינו פוחתו מדמיו, ולכן אין זה דומה לאונאה ומהני תנאי בכה"ג. וכבר דחה דבריו בפתי"ש כיון שמבואר להדיא בדברי הרמב"ם והשו"ע שמיירי אף במום שפוחתו מדמיו.

פתי"ש: יש להסתפק מה הדין אם מודה שהתכוון באמת למחול על המום באותה שעה, אלא שעכשיו חוזר בו האם אמרין שמחילתו מחילה או שמא דברים שבלב אינם דברים.

הגה: מכר לו כלי של עץ ואמר לו שהוא של זהב, הואיל והלוקח חזי ליה מצי א"ל דטוב כשל זהב אמרתי (נ"י פרק בית כור).

סעיף ח

המוכר לחבירו פרה ואמר ליה: יש בה מום פלוני ופלוני הניכרים, ובכללם הזכיר מום שאינו ניכר, ונמצא בה אותו שאינו ניכר ולא האחרים, הרי זה מקח טעות. כגון שאמר ליה: פרה זו חגרת ועורת נשכנית ורבצנית, ונמצאת נשכנית בלבד, הרי זה מקח טעות שיאמר הלוקח: כשראיתי שלא היתה לא חגרת ולא עוורת אמרתי כשם שאין בה אלו המומין כך אין בה מומין אחרים ואינו אומר אלא להשביח דעתו. אבל [אם] יש בה מומים הניכרים, בין כולם בין מקצתם, ויש בה גם המום שאינו ניכר, כגון שהיא חגרת וגם נשכנית, או שהיא עוורת וגם נשכנית, אין זה מקח טעות, דכמו שמחל על הניכר כך מחל על שאינו ניכר.

1. המוכר חפץ לחברו ואמר לו שיש בו כמה מומים, ומנה בכללם מום שאינו ניכר:

א. אם לא נמצאו בו המומים הניכרים, ונמצא בה רק המום שאינו ניכר – הוי מקח טעות, שיכול לומר כשראיתי שאין בו שום מום מהמומים שהזכרת, חשבתי שלהשביח את המקח אמרת כן, וכשם שהניכרים אינם נמצאים במקח, אף המום שאינו ניכר.

ב. אם חלק מהמומים הניכרים קיימים בו – המקח קיים, ואינו יכול לטעון שחשב שכשם שחלק מהמומים הניכרים אינם בו, אף שאינו ניכר אינו קיים, שהרי ראה שחלק מהמומים קיימים והיה לו לחשוש שאולי אף הוא קיים.

ב"מ פ. "אמר רבי יוחנן: המוכר פרה לחבירו, ואמר לו: פרה זו נגחנית היא, נשכנית היא, בעטנית היא, רבצנית היא, והיה בה מום אחד וסנפו בין המומין – הרי זה מקח טעות. מום זה ומום אחר – אין זה מקח טעות". ופירשו הרי"ף והרא"ש שהכוונה שהמום הנוסף הוא מום שאינו ניכר.

סעיף ט

היה בה מום א' ניכר, והראה לו וא"ל: יש בה מום פלוני ומום פלוני שאינם ניכרים, ונמצאו בה אותם המומים שהזכיר שאינם ניכרים, אין זה מקח טעות אפילו היה בה כל המומין שהזכיר, שהרי לא הטעהו, שלא הזכיר לו אלא מומין שבה.

1. היה בו מום א' ניכר, והראהו ואמר לו שיש בו עוד מומים שאינם ניכרים – אין זה מקח טעות, שהרי לא הטעהו. גמ' הנ"ל "מום זה ומום אחר – אין זה מקח טעות".

2. מה הדין אם הזכיר לו הרבה מומין ניכרים, שחלקם אמת וחלקם לא, ועוד הרבה מומין שאין ניכרים וכולם היו בו? סמ"ע – מקח טעות, דיכול לומר מכך שראיתי שלא כל המומין הנכרים קיימים, חשבתי שגם לא כל המומים שאינם ניכרים קיימים, ועל דעת שכל המומין שאינם ניכרים יהיו קיימים לא לקחת. ש"ך – המקח קיים. הסמ"ע רצה לפרש את דברי השו"ע "אפי' היו בה כל המומין שהזכיר" באופן הזה, דאם לא כן קשה מאי אפי'? הרי אדרבא שכאשר כל המומין הניכרים קיימים בה ודאי שאינו יכול לטעון מקח טעות! ולכן ביאר באופן

הזה. אולם, הש"ך כתב שמירי שכל המומין הניכרים קיימים בה, והו"א שכולי האי לא מחיל איניש והוי מקח טעות, קמ"ל.

סעיף י

המוכר עבד או שפחה, אין הלוקח יכול להחזירו מפני מומין שאין מבטלין אותו ממלאכתו, והם הנקראים סמפון, שאם היה סמפון זה גלוי, כבר ראהו; ואם אינו נראה, כגון שומא בבשר או נשיכת כלב או ריח הפה או ריח החוטם וכיוצא בהם, הואיל ואינו מבטלו ממלאכתו אינו מחזיר, שאין העבדים לתשמיש המטה אלא למלאכה. נמצא בו שחין רע או חולי המתיש כחו, או שהיה נכפה (פירוש שיש לו שגעון שמפיל אותו לארץ) או משועמם (פי' ת"י 'ובתמהון לב' ובשעמימות לבא), הרי זה מום מפני שמבטלו ממלאכתו. וכן אם נמצא בו צרעת וכיוצא בו מדברים המגואלים, הרי זה מום, מפני שנפשו של אדם אוננת מהם ונמצא שאינו מתעסק לו במלאכת אכילה ושתיה. וכן אם נמצא לסטים מזוין, הרי זה מום המאבד את כולו, מפני שהמלך תופס אותו והורגו. וכן אם נמצא מוכתב למלכות, ה"ז מום ומחזירו, מפני שהמלך תופסו למלאכתו בכל עת שירצה. אבל אם נמצא גנב או חוטף או גונב נפשות או בורח תמיד או זולל וסובא וכיוצא בדברים אלו, אינו יכול להחזיר, שכל העבדים בחזקת שיש בהם כל הרעות, אלא אם כן פירש. הגה: ויש אומרים דגונב נפשות הוי כמו מוכתב למלכות, אבל משחק בקוביא לא הוי מום (טור).

1. המוכר עבד כנעני או שפחה לחברו, לא אמרינן בו מקח טעות אלא במומין שמבטלים אותו ממלאכתו, כגון שחין או חולי שמתיש כוחו ולא יכול לעבוד, או דברים שנפשו של אדם קצה בהם, כגון צרעת וכדו' ונמצא שלא יאכילו או ישקו ובטל ממלאכתו, או לסטים מזוין או מוכתב למלכות שהמלך יהרגהו או יבטלו ממלאכתו.

ב"ב צב: "המוכר עבד לחברו ונמצא גנב או קוביוסטוס - הגיעו, לסטים מזוין או מוכתב למלכות - אומר לו הרי שלך לפניך".

קידושין יא. "סימפון בעבדים לית ליה, אי מומין שבגלוי הוא - הא קא חזי ליה, אי משום מומין שבסתר - מאי נפקא ליה מיניה? למלאכה קא בעי ליה, לא איכפת ליה, נמצא גנב או קוביוסטוס - הגיעו, מאי אמרת? לסטים מזוין או נכתב למלכות, הנהו קלא אית להו". ומתבאר שם בגמ' שכל העבדים הם גנבים או קוביוסטוס ולכן אין כאן מקח טעות.

2. מה דין עבד שנמצא גונב נפשות? שו"ע - אינו מום, רמ"א - הוי מום. נחלקו הראשונים בפירוש 'קוביוסטוס': רש"י פירש שגנב היינו גונב ממון, וקוביוסטוס היינו גונב נפשות, וכן נקטו הרמב"ם והשו"ע. אולם, התוס' והר"ח נקטו שגונב נפשות היינו מוכתב למלכות, וקוביוסטוס היינו משחק בקוביא, וכן פסק הרמ"א.

3. לקח שפחה ונמצאת זונה? חוות יאיר - הוי מום, אא"כ נאנסה או שנתפתה פעם א' במקרה. וטעמו שלא נאמר הדין שלנו אלא במומים הבאים לעבד כנגד רצונו, אך כה"ג שטבעו ויצרו רק רע, וכיון שטעמה טעם איסור הרי חיישין שתמשך אחרי זה ותמשיך פוחזים אחריה לביתו - הוי מום. שבו"י - לא הוי מום, דכל השפחות בחזקת זנות, ומשמע להדיא בש"ס ופוסקים שסימפון בעבדים ליתא כלל, ואפי' בגנב אינו מום אע"פ שהוא עושה כן מרצונו.

4. מה דין עבד ושפחה עבריים? חו"י - משמע שאין בהם מומים. שבו"י - הוי מום, דדברי הגמ' לא נאמרו אלא לגבי עכו"ם, אך בעבד ושפחה עבריים הוי מום, דכל ישראל בחזקת כשרות הם.

סעיף יא

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.

1. המוכר בהמה לחברו לשחיטה, ושחטה ונמצאת טריפה:

א. אם ידוע בודאי שהייתה טריפה בשעה ראשונה - הרי זה מקח טעות, וחייב המוכר להחזיר הדמים ללוקח.

ב. אם יש ספק – על הלוקח להביא ראיה שהייתה טריפה בשעה שקנה, ואפי' אם עדיין לא נתן דמים, דאמרינן 'חזקה כאן נמצאו כאן היו'.

חולין נ: "תנו רבנן, מחט שנמצאת בעובי בית הכסות: מצד אחד - כשרה, משני צדדים - טרפה, נמצא עליה קורט דם - בידוע שלפני שחיטה, לא נמצא עליה קורט דם - בידוע שלאחר שחיטה, הגליל פי המכה - בידוע ששלשה ימים קודם שחיטה, לא הגליל פי המכה - המוציא מחבירו עליו הראיה". הרי"ף והרא"ש גרסו שם בגמ' 'למאי נפק"מ למקח וממכר'.

2. מה הדין במוכר בהמה לחרישה ונמצאת טריפה? (ג): אם נמצאת טריפה בודאי – הוי מקח טעות, דכיון שטריפה אינה חיה יותר מיי"ב חודש, אינה בחזקת בריאה. אולם, אם זה טריפות דסרכא לא הוי מקח טעות, דכיון שאינו אלא מכח ספק טריפה, אי"כ לענין אכילה אין נפק"מ דבכל ענין אסורה לאכילה, אך לענין מלאכה היא ספק בריאה, והמע"ה.

3. המוכר בהמה לשחיטה והתנה עמו שמקבל עליו 'בין שחטה בין טריפה' ונמצאת נבילה: ריב"ש – אזלינן בתר לשון בני אדם, ואם באותו מקום קוראים טריפה אף לנבילה – אין זה מקח טעות. אך אם יש מיעוט שאינם קוראים לנבילה טריפה – המע"ה, ואם הלוקח לא שילם נאמן לומר שלא נתכוון לקבל עליו נבילה. קצות (א) – דינו של הריב"ש נכון רק בבני מעיים, אליבא דהרשב"א שבני מעים שנתנבלו אסורים אף לגוים. אך בבשר נבילה שכשר לגוי כמו בשר טריפה, הלוקח מקבל עליו בכל ענין, כיון שאין שום קפידא בין נבילה לטריפה לענין איסורי אכילה. נתיבות – דינו של הריב"ש נכון אף בבשר, דאע"פ שאין שום הבדל לענין איסור, אך סו"ס לא קיבל עליו מום זה, ולדיני תנאים זה סוג מום אחר.

סעיף יב

טריפות דסירכא, הוא הדין דמבטל מקח; ויש חולקים. הגה: דהואיל והוי דבר דשכיח, הוי ליה לאתנויי (טור).

דעת רבינו אפרים והרא"ש דדין זה הוא רק בטריפות ודאיות אך לא בסרכות, דכיון שהוא מצוי ושכיח היה ללוקח להתנות עליו. אולם, הרמב"ן, הר"ן והרמב"ם סוברים שאין חילוק ודין זה נכון בכל ענין, וכן פסק השו"ע בסתם.

ואפילו טריפה שאנו אוסרין מספק, מבטל המקח ואין המוכר יכול לומר: אייתי ראיה דטריפה הוי (ר"נ פרק אלו טרפות).

כ"כ שם הר"ן וטעמו מפני שסוף סוף היא אסורה באכילה הוי מקח טעות.

סעיף יג

המוכר דבר שהיה מום בממכרו, ועשה בו הלוקח מום אחר קודם שיודע לו המום הראשון, אם עשה דבר שדרכו לעשותו, פטור. ואם שינה ועשה מום אחר קודם שיודע לו המום, מחזיר המקח לבעליו ומשלם דמי המום שעשה.

כ"כ הרמב"ם ולמד כן מהדין של הלוקח בהמה ושחטה ונצאת טריפה דהוי מקח טעות, ואע"פ שאינו יכול להחזיר לו את הבהמה.

הנתיבות הקשה מדוע חייב כשהזיק במום שאין דרכו לעשותו, הרי הלוקח חשב שהוא מזיק את עצמו!! ותירץ דהוי אונס כעין אבידה, כיון שהיה עליו לבדוק קודם לכן שאין בו מום, ואונס כעין אבידה מזיק חייב עליו. ע"פ זה ביאר את טעם החיוב של הלוקח בסעיף טו, שהיה עליו לבדוק קודם שדר בו.

סעיף יד

קנה סדין וקרעו לעשות חלוק, ואחר כך נודע המום מחמת הקריעה, מחזיר לו הקרעים. תפרו ואחר כך נודע המום, אם השביח (פי' הסמי"ע דהיינו שקנאו ב' דינרים, ומחמת המום אינו שוה אלא ח'), ומחמת התפירה השביחה ושווה ט' נוטל שבח התפירה מהמוכר, (כלומר שאם עדיין לא שילם מחזיר החלוק למוכר, והמוכר נותן לו הדינר שהשביחו. ואם שילם לו מחזיר לו המוכר דמי המקח, ועוד דינר אחד שהשביחו) וכן כל כיוצא בזה.

סעיף טו

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.

מדוע צריך להחזיר הפירות שאכל? ע"ש – משום ריבית, דכיון שנתבטל המקח הוי המעות כהלואה גבי המוכר, והלוקח אוכל פירות בשכר המתנת מעותיו. סמ"ע – אין בזה אלא משום אבק ריבית שאינו יוצא בדיונים, וא"כ לא היה צריך להחזיר לו הפירות. ועוד, משמע שאף אם לא נתן המעות עדיין צריך להחזיר הפירות שאכל! ולכן הטעם מפני שהמקח בטל נמצא שאכל פירות שאינם שלו, והרי זה גזל! ואע"פ שבסי' רמו לגבי מתנה שבטלה נפסק שאינו צריך להחזיר הפירות שאכל כבר! שאני התם שהנותן רצה לתת לו את הפירות במתנה, כל זמן שהיא קיימת! משא"כ הכא שנתן לו לאכול הפירות רק מחמת שסבר שהמקח קיים.

סעיף טז

ראובן שמכר לשמעון גבינות, ולאחר שלשה ימים פתחם ומצאם מרוקבות ריקבון (גדול), ישאלו לעושי גבינות בכמה זמן ראוי לבא ריקבון ועיפוש כזה, אם יאמרו שנעשה הריקבון בבית המוכר נמצא שהיה מקח טעות, ואם הדבר ספק, המוציא מחבירו עליו הראיה.

כ"כ הרא"ש בתשובה. כאשר הדין הוא המע"ה והמעות ביד הלוקח – על המוכר להביא ראיה, ולא אמרינן הכא 'כאן נמצאו כאן היו ותמיד על הלוקח להביא ראיה; סמ"ע לה. והטעם דשאני בהמה שיש לה חזקת הגוף שהיא בריאה, ועוד דרוב בהמות כשרות (ש"ך), משא"כ בגבינות שכאשר מתיישנות רובם מתליעות.

סעיף יז

ראובן שמכר לשמעון נאד שמן, ולא פתחו אלא סמך על המוכר שא"ל שהוא טוב, וכשפתחו מצאו עכור, ישבע המוכר שנתן לו שמן טוב כמו שהתנה עמו, ואם לא ירצה לישבע ישבע הלוקח שהתנה עמו לתת לו שמן טוב וצלול ושזה הוא השמן שנתן לו, ויחזיר לו השמן; או ישומו כמה דמיו פחותים משמן טוב, ואם ירצה הלוקח לקחתו יחזיר לו הפחת.

קנה שמן, וטען שקנה צלול אך קיבל עכור?

1. כאשר הלוקח שילם: ישבע המוכר שנתן לו שמן כפי שהיתנו ביניהם, ונפטר; כ"כ הרא"ש בתשובה, כדין כל הנשבעין ונפטרינן.

2. כאשר הלוקח עדיין לא שילם: ישבע הלוקח שהתנה עמו על שמן צלול, ושזה השמן שקיבל ממנו, ויחזירנו למוכר; כן הסכימו הסמ"ע והש"ך לדינא. הסמ"ע כתב שהיה מקום לומר שלעולם נשבע המוכר, דמשעה שמשך הלוקח המקח נתחייב בדמיו ונעשו כהלואה, וממילא הלוקח נחשב 'מוציא' וכמו בסי' רכג-ד, אך דחה דלא דמי דהתם ברשות הלוקח נולד הספק ואמרינן 'כאן נמצאו כאן היו' משא"כ הכא שהשמן עכור לפנינו ומסתמא כך היה גם מעיקרא; וכן הסכים הש"ך לדינא.

לא רצה המוכר להשבע: נשבע הלוקח שהתנה עמו לתת לו שמן צלול, ושזה השמן שקיבל ממנו ולא החליפו – ויחזיר למוכר השמן. הע"ש כתב שמיידי כשהמוכר טוען שהלוקח החליף השמן, ולכן הלוקח צריך להישבע שלא החליף. אולם, הסמ"ע דחה דבריו וכתב שמיידי כשהמוכר לא פירש טענתו, דאם טוען שהחליף השמן מוכח שמודה לו שהתנו על שמן צלול ולא היה הלוקח צריך להשבע על כך! ואם רצה הלוקח בשמן – יחזיר לו המוכר את ההפרש בין שמן צלול לעכור, ובתנאי שגם המוכר מסכים לקיים המקח, דבכה"ג שהוי מקח טעות גם המוכר יכול לדרוש ביטול מקח; סמ"ע.

סעיף יח

המוכר דבר שיש בו מום שאינו נראה, ואבד המקח מחמת אותו המום, הרי זה מחזיר את הדמים. כיצד, המוכר לחבירו שור שאין לו טוחנות (פי' שיניים) והניחו הלוקח עם הבקר שלו והיה מניח המאכל לפני כולם ואוכלים, ולא היה יודע שזה אינו אוכל עד שמת ברעב, הרי זה מחזיר לו את הנבילה ויחזיר את הדמים; וכן כל כיוצא בזה.

ואם היה המוכר ספסר (פי' קונה ומוכר בהמות בשוק, ביום שקונה מוכר, רש"י) שלוקח מזה ומוכר לזה ואינו משהה המקח עמו, ולא ידע במום זה, הרי הספסר נשבע שבועת היסוד שלא ידע במום זה, ויפטר, מפני שהיה על הלוקח לבדוק השור בפני עצמו ולהחזירו לו קודם שימות, ויהיה הספסר מחזירו על הלוקח הראשון, והואיל ולא עשה כן הוא הפסיד על עצמו. הגה: ויש חולקין וסבירא להו דאפילו הסרסור צריך לשלם דאף על גב דהוא נתאנה אין לו להונות אחרים. והוא הדין בכל כיוצא בזה (טור והרא"ש), וכן נראה לי עיקר. וכל 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 (מרדכי ס"פ המפקיד ופרק הספינה). ואם 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 (הגהות אשירי ומרדכי אלו מציאות) ועיין לקמן סימן רס"ח.

1. המוכר חפץ שהיה בו מום שאינו ניכר, ואבד המקח מחמתו – חייב להחזיר לקונה את דמי המקח, כדמוכח מעובדא דאפוטרופא דיתמי דבסמוך.

2. כאשר היה המוכר ספסר, שקונה הבהמות ומיד מוכרם לאחרים: שו"ע – נשבע הספסר שלא ידע במום זה ונפטר, מפני שהיה מוטל על הלוקח לבדוק החפץ ממום, ולהודיעו לספסר כדי שיוכל להחזירו למוכר הראשון קודם שיפסד, כשיטת הרמב"ם. רמ"א – הספסר חייב לשלם, כדעת רש"י ותוס' ורוב הראשונים בפירוש הסוגיא.

ב"מ מב: "ההוא אפוטרופא דיתמי דזבן להו תורא ליתמי, ומסריה לבקרא, לא הוה ליה ככי ושיני למיכל, ומית. - אמר רמי בר חמא: היכי נדיינו דיני 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 לאדווען! מאי מודעינן ליה מידע ידע דמקח טעות הוי! בספסירא דזבן מהכא ומזבין להכא. הלכך, מישתבע איהו דלא הוה ידע, ומשלם בקרא דמי בשר בזול".

בפשט הסוגיא משמע (וכן נקטו רוב הראשונים חוץ מהרמב"ם) שמריה דתורא חייב לשלם ואע"פ שהוא ספסר, וכמו כן מכיון שהרועה שומר שכר ומוטל עליו לבדוק האם השור אוכל או לא, חייב אף הוא לשלם שהרי לא שמר כראוי! ולכן, יכול המוכר (הספסר) לתבוע לרועה, דמכיון שהרועה חייב לשלם ליתומים, והיתומים כבר גבו מהמוכר, הרי המוכר יכול לבוא ולתבוע את הרועה מכוחם ולהוציא ממנו דמי בשר בזול (או משום פשרה, רש"י. או מדינא, שהרי השור לא היה שווה יותר ממחיר של שור לשחיטה, ר"ת והרא"ש).

למדנו מכאן ב' דינים: א. המוכר חייב לשלם ולהשיב דמי המקח, אף כאשר אבד המקח מחמת המום, ואע"פ שלא ידע בו המוכר וכ"ש אם ידע. **ב.** אף כאשר המוכר הוא ספסר, שלא ידע במקח ואינו יכול לחזור ולתבוע הדמים מהמוכר הראשון (כגון שאינו כאן), הרי הוא חייב לשלם לקונה, דאע"פ שהוא נתאנה בעצמו אין לו לאנות אחרים.

אולם, הרמב"ם כתב שאם המוכר הוא ספסר הרי הוא פטור מלשלם לקונה, שהרי הקונה הפסיד את הספסר, שאם היה בודק את הבהמה וראה שאין לה שיניים, היה מחזירה לספסר והיה יכול להשיבה למוכר הראשון וליטול את דמיו. אך מחמת שלא בדקה ומתה, ועכשיו אין הספסר יכול לתבוע את מה שנתאנה מהמוכר הראשון, הרי הקונה הפסיד אותו והספסר פטור. **והקשו עליו הטור וה"ה שבסוגיא משמע להיפך?! הביא תירוצ' א' שאע"פ שכתוב שהספסר שילם אך לא היה מחויב בכך מדינא, ודחה זה מפני שאטו בשופטני עסקינן שמשלמים מה שאינם חייבים?! ולכן תירץ שהרמב"ם למד שבהו"א חשבנו שהבקרא (רועה) פטור והעמדנו שהספסר שילם ליתומים ואין להם פסידא, אולם למסקנה אנו מחייבים את הרועה לשלם, ומטילים על הספסר לישבע שלא ידע במום ויפטר. והראיה לפירוש זה, דאם חייב הספסר לשלם, א"כ מדוע מוטל עליו להשבע?! אלא מוכח שהוא פטור מלשלם. (אמנם, שאר הראשונים פירשו שהוא צריך לישבע כדי שיוכל לגבות מהבקרא את מה שחייב הבקרא ליתומים). הנהיבות תירץ שבסתמא המוכר פטור מלשלם מפני שיכול לומר 'לשחיטה מכרתיו' והיה לך לשחטו ולא היית מפסיד, ומיירי הכא כשידוע שקנה לרדיא מפני שהתנו כן בפירוש, או דווקא ביתומים שאף בסתמא אמרינן שהם קונים לרדיא. ולכן בש"ס הספסר לא יכל להחזיר למוכר שמכר לו שהרי הוא יכול לומר לו 'לשחיטה מכרתיו', אך היתומים יכולים להחזיר לו ולבוא בטענה שהם לקחוהו לרדיא, אך לו אין טענה כלפיהם שהרי בכל אופן היה נפסד ולכן בש"ס חייבוהו לשלם ליתומים את דמי השור. משא"כ בסתם לוקח שהתנה עם הספסר בפירוש שהוא רוצה לרדיא, א"כ אף הספסר יתן לו שור שהוא קנה אותו במיוחד לרדיא, ונמצא שהוא יכול להחזירו למוכר והלוקח מפסיד, מפני שגרם הפסד לספסר.**

הנהיבות הקשה, שהרי מיירי שנמצא השור שווה הרבה פחות ממה ששילמו עליו, וא"כ מדוע שלא יקבל הלוקח בחזרה את הפער בין שווי השור האמיתי למה ששילם עליו?! דאע"פ שהוא גרם הפסד לסרסור בכל המחיר ששילם עליו, הרי השור לא באמת שווה את המחיר הזה, ונמצא שאין גופו ממון לענין זה, ואין בו דיני שמירה כמו בשטרות שאפי' אם פשע בשמירתן פטור! ועוד כמו באדם שנתן קתא דמגלא למשכון על אלף זוז, ומסרו המלוה לשומר והשומר איבד את הקת, דאע"פ שהמפקיד איבד אלף זוז אליבא דשמואל, אך ודאי שהשומר אינו חייב ביותר משווי הקת! ועוד שאין זה אלא גרמא בעלמא! **ותירץ דשאני הכא שידוע שהסרסור אינו בודק את החפץ, הוי כאומר לו 'חזי דעלך קסמיכנא** שתבדקנו היטב ואם לא תחזירהו לי, **ולכן חייב לשלם והוי פשיעה גמורה, ואפי' אם הוא רק שומר חינם.**

3. מה הדין כאשר מסר הקונה לרועה? משלם הרועה ללוקח דמי בשר בזול, דהיינו שני שליש משווי השור, לדעת רש"י משום פשרה, ולרא"ש ור"ת מדינא מפני שצריך למכרו מיד לשחיטה, ואינו יכול להמתין ליום השוק. לדעת הראב"ד היינו כשווי שור לשחיטה. ותמה באר הגולה מדוע השמיטו הפוסקים דין זה.

4. מכר טבעת בחזקת של זהב ונשברה ונמצא של בדיל: חייב המוכר להחזיר ללוקח מעותיו לכו"ע, אף בסרסור. דהכא לא שייך טעמו של הרמב"ם, דאין לסרסור שום טענה על הלוקח; כ"כ הגר"א. והוא דומה למה שכתב הב"י לגבי הדין של סעיף יט.

אם המוכר לא מאמין לו שמצא בדיל – נשבע המוכר היסת שלא ידע שהוא בדיל, ונפטר. הסמ"ע העמיד שמירי שטוענו שהוא עצמו התיך את הבדיל בזהב, ולכן הוא ידע שהוא מזויף. שהרי אין משביעין על טענת ספק, ומדוע לומר שהמוכר ידע שהוא בדיל מצופה בזהב? והש"ך כתב שמירי בכל ענין, דהוי טענת בריא שהוא טוענו שחייב לו ממון והלה כופר וטוען איני יודע אם נתחייבתי.

5. קנה סרסור חפץ בחזקת שהוא בדיל ומכרו ונמצא בו כסף או זהב – זכה בו הלוקח, דלא זכה בו הסרסור מעולם שהרי לא ידע בו ולא הייתה לו יכולת להיוודע בו.

במה מיירי? נתיבות - רק בדבר שלא הייתה למוכר שום יכולת להיוודע ממנו, וכגון שנמצא בתוכו כסף זהב, שהרי המרדכי למד דין זה מ'מצא בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו', ולא הוי של בעל הכותל מפני שהוא לא עתיד להמצא. פת"ש ורעק"א בשם הלבוש ועבודת הגרשוני – אף בדבר שהיה יכול להיוודע למוכר, כגון שנמצא החפץ עצמו עשוי מזהב ולא מבדיל, אך כיון שלא ידע בו לא התכוון ליזכות בו.

סעיף יט

המוכר ביצים לחבירו ונמצאו מוזרות (פ') שהתחיל להתהוות בו צורת האפרוח) שאינם ראויים לאכילה, הוי מקח טעות ומחזיר את הדמים. ועכשיו לא נהגו כן, ומנהג מבטל הלכה.

כ"כ הרא"ש בתשובה. הטור הבין שהרמב"ם יחלוק, ויסבור שאף כאן הסרסור פטור, כמו בסעיף הקודם. אולם, הב"י כתב שאף הרמב"ם מודה עקרונית לדין זה, שהרי אין אדם עשוי לבקע את הביצים אלא בשעה שיצטרך להם, ולכן אין לסרסור על הלוקח שום טענה מדוע לא החזיר לו אותם מיד והיה מחזירים למי שמכרם לו. אמנם, הוסיף שהאידנא אין המנהג כן ומנהג מבטל ההלכה.

1. אם התנה שיתן לו מביצים שנולדו, והביא לו ביצים שנמצאו במעי תרנגולת. או שרצה ביצים שנולדו מתרנגול ותרנגולת ונתן לו ביצים ד'ספנא מארעא' (דהיינו מחימום התרנגולת לבד בלא זכר) – הוי מקח טעות, כדמוכח בביצה ז; סמ"ע.

2. הפורע חובו לחבירו, ואח"כ טען הלה שחלק מהמעות היו מזויפות? ש"ך בשם מהרשד"ם: אם טוען ברי שנתן מעות טובים – נשבע היסת ונפטר. אם אומר 'איני יודע' – צריך לשלם לו שוב, דהוי כאיני יודע אם פרעתיך. פת"ש בשם דגול מרבבה – פטור, דבאיני יודע אם פרעתיך חייב לשלם זה בגלל שהיה ליה למידק, והכא לא הוה ליה למידק יותר מהמלוה. ועיי' בסימן עה סעיף ט שהט"ז דימה זאת לאיני יודע אם נתחייבתי, ובקצות ובתומים שם.

סעיף כ

המוכר לחבירו זרעוני גנה שאין עצמן של זרעונים נאכל, וזרען ולא צמחו, חייב באחריותן ומחזיר לו הדמים שלקח ממנו, שחזקתן לזריעה. והוא שלא צמחו מחמת עצמן, אבל אם לקחה הארץ בברד וכיוצא בו, אינו חייב באחריותן שמא מחמת הברד לא צמחו, וכן כל כיוצא בזה.

1. המוכר לחבירו זרעים שעומדים לזריעה בלבד ולא לאכילה, אם לא צמחו – חייב באחריותן ומחזיר לו דמיהן, אך אינו חייב לשלם לו הוצאותיו.

ב"ב צב. במשנה "המוכר פירות לחבירו וזרען ולא צמחו, ואפילו זרע פשתן - אינו חייב באחריותן; ר"ש בן גמליאל אומר: זרעוני גינה שאינם נאכלין - חייב באחריותן". **ובגמ' צג:** "ת"ר: מהו נותן לו? דמי זרע ולא הוצאה, ויש אומרים: אף הוצאה. מאן יש אומרים? אמר רב חסדא: רשב"ג היא וכו' ודלמא כולה רשב"ג היא, וחסורי מחסרה והכי קתני: המוכר פירות לחבירו וזרען ולא צמחו, אפילו זרע פשתן - אינו חייב באחריותן, דברי רשב"ג, שרשב"ג אומר: זרעוני גינה שאינם נאכלין - חייב באחריותן וכו'". והלכה כרשב"ג במשנתנו, אך לא בברייתא. ולכן אע"פ שחייב באחריותן אך אינו נותן לו אלא דמיהן, וכת"ק בברייתא.

2. דין זה הוא בסתמא, דבכה"ג תלין שהזרעים לא היו טובים, אולם אם יש סיבה לתלות שלא צמחו מחמת דבר אחר, וכגון שלקחה הארץ בברד וכיוצא בו – תלין בזה, ואינו חייב להחזירו לו דמיהן; כ"כ הרי"ף והרא"ש שם.

סעיף כא

מכר לו זרעים הנאכלים, כגון חטים ושעורים, וזרען ולא צמחו, אינו חייב באחריותו, אפילו היה זרע פשתן שרוב בני אדם קונים אותו לזריעה, הואיל ואוכלים אותו אינו חייב באחריותו זריעתו. (מיהו אם לא נתן עדיין המעות, י"א דיכול הלוקח לומר: לזריעה קניתי (טור בשם הרמ"ה), ועיין למטה סעיף כ"ג). ואם הודיעו שהוא קונה לזרע, חייב באחריותו. והוא הדין לדברים הנמכרים לרפואה ולצביעה וכן כל כיוצא בזה.

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. ואם לא הודיע למוכר שמוליכו למדינה אחרת, והוליכו ונמצא בו שם מום, הרי זה ברשות הלוקח עד שיחזיר המקח במומו למוכר.

1. המוכר לחברו זרעים שיש הקונים אותם לאכילה ויש הקונים לזריעה, וזרען ולא צמחו:

א. אם בשעת המקח לא פירש שלוקחם לזריעה:

1. **כאשר שילם הלוקח דמיהן** – אין המוכר חייב להחזיר לו דמיו, שהרי יכול לומר לו לאכילה מכרתים ולא הוי מקח טעות, ואע"פ שהרוב קונים אותם לזריעה, קי"ל כשמואל שאין הולכין בממון אחר הרוב; משנה הנ"ל ובגמ' שם.

2. **כאשר לא נתן הלוקח דמיהן** – יכול לעכב המעות אצלו ולומר לזריעה לקחתים; כ"כ הטור בשם הרמ"ה, והביאו הרמ"א.

ב. **אם בשעת המקח פירש שלוקחם לזריעה** – חייב להחזיר לו דמיו, דהוי מקח טעות שהרי התברר שאינם ראויים לזריעה; כ"כ הרי"ף והרא"ש שם, ופשוט הוא.

2. הלוקח מקח מחבירו והלך למקום רחוק ונמצא בו מום:

א. **כאשר הודיעו שהוא לוקחו כדי לילך למקום אחר**, וה"ה אם זה דבר שהדרך ללוקחו כדי לילך למקום אחר, או שהוא יודע שהלוקח גר במקום אחר ויוליכו עמו; נתיבות (ו): חייב המוכר להשיב ללוקח את דמי המקח, שהרי זה מקח טעות, ועל המוכר מוטל לטרוח ולהשיב את החפץ אליו או למכרו באותו מקום בו הוא נמצא.

האם המוכר צריך לשלם ללוקח את ההוצאות שהוציא הלוקח על ההליכה? אם ידע שיש בו מום – כן, מדינא דגרמי. אם לא ידע שיש בו מום – לא. כ"כ הרמ"ה והביאו הטור.

ב. **כאשר לא הודיע שהוא לוקחו למקום אחר**: מוטל על הלוקח להשיב את החפץ למוכר, ורק אז ישלם לו את דמיו. וכתב הסמ"ע שסגי בכך ששיבנו לעיר שהמוכר דר בה, ויודיענו שיבוא לקחת את החפץ.

דין זה למדו הרמב"ם מהדין של זרעים, שחייב המוכר להשיב ללוקח את דמיו אע"פ שהלוקח לא משיב לו את הזרעים שלו. הראב"ד הסכים עמו לדינא, אלא שכתב שאין מסוגייתנו ראייה לדין זה, דדילמא שאני התם שלאחר הזריעה הזרע נרקב ואינו בר השבה, משא"כ בשאר מקח שיכול לומר לו המוכר השב מקחי ואשיב לך דמיו. אולם, ה"ה והר"ן בחידושיהו הסכימו עם ראייתו של הרמב"ם וכתבו שהדברים ק"ו, ומה במקום שאין הלוקח משיב למוכר כלום – הוא מקבל את דמיו, כ"ש במקום שהמוכר יכול לטרוח ולקבל את ממכרו בחזרה שצריך להשיב לו דמיו. אמנם, בטור מבואר שהרמ"ה חולק על הרמב"ם וסובר שהלוקח צריך לטרוח ולהשיב למוכר את מקחו, אלא שעל המוכר לשלם את הוצאות ההשבה של החפץ.

כאשר לא הודיע למוכר, מדוע מוטל על הלוקח להשיב החפץ למוכר? נתיבות (ו) – הרי הוא כמזיק, כיון שאם היה בודקו לפני שהוליכו היה נודע לו המום, והרי זה כמזיק באונס שהוא כעין אבידה וחייב. וכיון שצריך לשלם על הוצאות הדרך, הרי זה מזיק בידיים ואין זה בכלל גרמא; ודומה לאומר לחברו 'לך ואני אבוא אחריך' ולא בא, שצריך לשלם לו הוצאותיו (סי' יד, ה). וכיון שכן חידש הנתיבות שדווקא בגזלן אמרינן שאינו חייב לטרוח ולהוליך הגזילה לנגזל מפני תקנת השבין, אך אם לקח חפץ מחבירו והוליכו למקום אחר, או שלוח מחברו ואח"כ הלך למקום אחר – חייב לטרוח

ולהוציא הוצאות ולהשיב החפץ או ההלוואה ליד חברו, דאם לא כן הוא מזיקו בידיים בכך שיצטרך להוציא הוצאות כדי להגיע אליו. **אמרי בינה, טבעת החושן** – א"א לומר שחייב מדין מזיק, שהרי בב"ק צח. לגבי זורק מטבע של חברו לים וצריך להוציא הוצאות כדי להעלותו אמר רבה שפטור, ונחלקו הראשונים האם רבה לשיטתיה דפטור אף בגרמי, אך לדין חייב וכן פסק השו"ע, או שאף לדין מיקרי גרמא ופטור וכדעת הרמ"א; אך לכו"ע זה לא מיקרי מזיק בידיים, וא"כ מאי שנא מאם לקח חפץ של חברו והביאו למקום רחוק שצריך להוציא הוצאות כדי להחזירנו אליו!! ולא דמי לאומר לחברו 'לך ואני אבוא אחריך' שחייב, דשאני התם שעל דיבורו סמך ואין זה מדיני מזיק אלא שנתחייב לו באמירה כעין ערב. **ועל כרחק טעם החיוב הכא הוא מדיני מקח וממכר**, שאין המוכר חייב להחזיר לו דמי המקח עד שלא ישיב לו החפץ, וכעין מלוה על המשכון שאינו חייב להשיב לו הלוואתו כל זמן שלא ישיב לו משכנו. ונמצא שאם לא נתן הלוקח את דמי החפץ למוכר – אינו חייב לטרוח ולהשיב לו החפץ, ואע"פ שלא הודיעו שמוליכו למקום אחר.

סעיף כב

הלוקח מקח ונמצא בו מום, ואחר כך אבד או נגנב, הרי הוא ברשות הלוקח, עד שיחזיר המקח למוכר. ואם התליע או נפסד מחמת המום, הרי זה ברשות מוכר, ואם היה לו להודיע למוכר ולא הודיעו, ה"ז ברשות לוקח.

1. הלוקח מקח ונמצא בו מום, ואבד או נגנב או התליע או נפסד?

שו"ע, סמ"ע – הלוקח אינו שומר על החפץ, ואינו חייב אלא בפשיעה. לכן, כאשר: א. הודיע למוכר שמוליכו למקום אחר, והודיעו שמצא בו מום שיבוא ויטלנו, או שלא הספיק להודיעו. ב. התליע או נפסד מחמת המום, אע"פ שלא הודיע למוכר אך לא הייתה תועלת בכך שידיע לו. במצבים הללו הלוקח פטור. אולם, כאשר: א. לא הודיע למוכר שמוליכו למקום אחר, שיכול הוא לומר לו שלא מכרו לו כדי שיוליכנו, וממילא חייב הלוקח להשיב החפץ לידו. ב. שהתליע או נפסד ולא הודיעו, ואם היה מודיעו היה יכול להצילו. – הלוקח חייב, כיון שפשע בכך שהחפץ אבד. אך בלא הכי פטור, כיון שהחפץ ברשות מוכר מיד משעה שימצא בו מום. (הנתיבות הקשה על הסמ"ע, שאם הלוקח שמרו כראוי אין המוכר יכול לבוא אליו בטענה 'אילו היה אצלי לא היה נגנב' ומדוע לא הודעתני?).

ב"ח, ש"ך, נתיבות – הלוקח שומר שכר על החפץ, וחייב אף בגניבה ואבידה. לכן, אף כאשר לא הייתה לו שהות להודיע למוכר ונגנב או אבד – חייב לשלם, דלא נפטור משמירתו בכך. אולם, כאשר הודיע למוכר שיבוא ליטול את החפץ – פקעה שמירתו, ושוב אינו חייב אם נגנב או אבד, כאשר אין הלוקח מחוייב להשיב את החפץ לידי המוכר, וכגון שהודיעו שהולך למקום אחר. הנתיבות הביא שהריטב"א כתב שהיו ש"ש, מפני שהלוקח תפיס לכלי על מעות המקח. אך בתוס' מבואר שבכה"ג לא חשיב ש"ש, ולכן כתב טעם נוסף מפני שאם הלוקח יתרצה במקח (כגון שיתייקר וכדו') המוכר לא יוכל לחזור בו, ומכאן הא"י הנאה חשיב ש"ש עליו.

סעיף כג

המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, אם אין להוכיח אם קנאו לחרישה או לשחיטה, כגון שהוא אדם שהוא קונה לזה ולזה, וגם אין הוכחה בדמים, כגון שנתייקר הבשר כדמי שור לחרישה, אינו מקח טעות שיכול לומר: לשחיטה מכרתיו, אף על פי שהרוב קונים לחרישה ולא אזלינן בתר רובא להוציא מיד המוכר. אבל אם עדיין המעות ביד הלוקח, לא מבעיא אם רובם קונים לחרישה, אלא אפילו כי הדדי נינהו, המוציא מחבירו עליו הראיה. ואם הלוקח אינו רגיל לקנות אלא לחרישה, והמוכר מכירו, הרי זה מקח טעות. ואם אינו רגיל לקנות אלא לשחיטה, מסתמא לשחיטה קנאו. ואם הוא רגיל לקנות לשחיטה ולחרישה, אם יש הוכחה בדמים, אם נתן דמי שור לחרישה אומרים לחרישה קנאו והוי מקח טעות; ואם נתן דמי שור לשחיטה, אומרים לשחיטה קנאו. הגה: כל מקום דהוי מקח טעות וצריך להחזיר לו דמיו ואית ליה זוזי, צריך ליתן לו מעות, דהוי כבעל חוב (נ"י ריש פרק המוכר פירות); ודלא כ"א דיכול ליתן לו קרקע (תשובת מיימוני דמשפטים סימן י"ג).

1. אין הולכין בממון אחר הרוב, ב"ב צב. מח' רב ושמואל והלכה כשמואל.

2. לקח שור ונמצא נגחן, ואסור לקיימו מפני שהוא מזיק; סמ"ע נז:

א. כאשר ה'דמים מודיעים', כלומר שיש פער בין מחיר שור לשחיטה לשור לחרישה, אזלינן בתר הדמים, ולכן אם שילם מחיר של שור לחרישה הרי זה מקח טעות, ואינו יכול לומר 'לשחיטה מכרתיו'. ואם שילם מחיר של שור לשחיטה המקח קיים, ואינו נאמן לטעון לחרישה לקחתיו.

כן מוכח בגמ' הנ"ל, והתקשו הראשונים שהרי בדף עז: קי"ל כרבנן ולא כר' יהודה, שלא אמרינן 'הדמים מודיעים' לגבי מוכר צמד (עול) ובקר!! הנמוק"י והרא"ש תירצו דשאני התם שצמד אינו קרוי בקר ובקר אינו קרוי צמד, ובכה"ג לא

אמרינן שבגלל ששילם לו יותר מכר לו דבר שלא ביקש ממנו ; אולם כאן שור לחרישה או לשחיטה, שניהם נקראים באותו שם – 'שור' – ובכה"ג לכו"ע אמרינן שהדמים מודיעים מה הייתה כוונתו.

ב. כאשר המוכר מכיר את הקונה ויודע שהוא קונה לחרישה – המקח בטל, דאמרינן שמסתמא לחרישה לקחו, ושור נגחן שאסור לקיימו אינו ראוי לחרישה והוי מקח טעות. אך אם הוא קונה לשחיטה – המקח קיים.

ג. כאשר אין הדמים מודיעים, והלוקח קונה גם לחרישה וגם לשחיטה:

1. אם המוכר מוחזק בכסף, כגון שהלוקח כבר שילם את הדמים : נאמן לטעון לשחיטה מכרתיו והמקח קיים, אע"פ שרוב האנשים קונים לחרישה, לא אזלינן בממון בתר הרוב.

2. אם הלוקח מוחזק בכסף :

1. כאשר הרוב קונים לחרישה, או שהוא מחצה על מחצה : נאמן הלוקח לטעון לחרישה לקחתיו והוי מקח טעות, דהמוציא מחברו עליו הראיה.

2. כאשר הרוב קונים לשחיטה : פרישה, ב"ח – חייב לשלם, כן משמע מלשון השו"ע, וקשה הרי אין הולכין בממון אחר הרוב, וא"כ מה אכפת לי שהרוב לשחיטה, הרי הלוקח טוען שלקחו לחרישה והוא מוחזק! כן תמהו הנתיבות והדגול מרבבה. הב"ח תירץ ע"פ תוס' (סנהדרין ג:) שדווקא רוב לרדיא לא אזלינן, דהוא לא חשיב רוב. (וצ"ע דבתוס' משמע שאין הבדל בין רוב לרדיא או רוב לשחיטה, שניהם אינם חשובים רוב). הפרישה תירץ בע"א ולא הבנתי דבריו). נתיבות – אותו דבר כמו במקרה הקודם, שהרי אין משמעות לרוב דאין הולכים בממון אחר הרוב, ולשון השו"ע הוא לאו דווקא.

3. כאשר המקח בטל, מחמת שהוא מקח טעות – דינו כבעל חוב, וצריך לפרוע לו במעות אם יש לו, ואינו יכול ליתן לו קרקע ; כ"כ הרמ"א בשם הנמוק"י, ודלא כדדברי תשובות מיימוניות בשם ר"י שדינו כניזקין שיכול ליתן לו קרקע אע"פ שיש לו מעות.

ב"ה

סימן רלג

המוכר מין ונמצא מין אחר, או רע ונמצא יפה, ובו סעיף אחד.

פתיחה

ב"ב פג: במשנה "ארבע מדות במוכרין: מכר לו חטין יפות ונמצאו רעות - הלוקח יכול לחזור בו; רעות ונמצאו יפות - מוכר יכול לחזור בו; רעות ונמצאו רעות, יפות ונמצאו יפות - אין אחד מהם יכול לחזור בו; שחמתית ונמצאת לבנה, לבנה ונמצאת שחמתית, עצים של זית ונמצאו של שקמה, של שקמה ונמצאו של זית, יין ונמצא חומץ, חומץ ונמצא יין - שניהם יכולין לחזור בהן".

סעיף א

המוכר לחבירו מין ממיני פירות, ונתן לו מין אחר, אין כאן מכר ושניהם יכולים לחזור בהם. כיצד, מכר לו חטים לבנות ונמצאו אדומות, או איפכא, או יין ונמצא חומץ או איפכא, או עצים של זיתים ונמצאו של שקמה או איפכא.

ואע"פ שהמין שנתן לו הוא יותר טוב ממה שרצה, אך כיון שזה מין אחר לגמרי הוי מקח טעות; סמ"ע.

אבל אם מכר לו חטים יפות ונמצאו רעות, לוקח יכול לחזור בו אפילו לא נתאנה בסכום, והמוכר אינו יכול לחזור בו אפילו הוקרו. ואם מכר לו רעות ונמצאו יפות, אפילו לא נתאנה בסכום, מוכר יכול לחזור בו והלוקח אינו יכול לחזור אפילו אם הוזלו.

דכיון שהוא אותו מין, ולכל העולם יותר ניחא במין היפה, משו"ה אינו יכול לחזור בו אלא זה שנתאנה; סמ"ע. אמנם, אם יש באונאה כדי ביטול מקח הרי זה תלוי במח' שו"ע ורמ"א בסי' רכז, ד האם המאנה יכול לחזור בו בכה"ג: לשו"ע אינו יכול לחזור, ולרמ"א יכול.

מכר לו רעות ונמצאו רעות, יפות ונמצאו יפות, אף על פי שאינם יפות שאין למעלה מהם ולא רעות שאין למטה מהם ויש אונאה שתות, אין אחד מהם יכול לחזור בו, אלא קנה ומחזיר אונאה.

הגה: מכר לו בשר בחזקה שהוא מין איל מסורס, ונמצא שאינו מסורס, המקח קיים ומחזיר לו אונאתו; אלא אם כן ידוע שהלוקח אסטניס שאינו אוכל כלל בשר איל שאינו מסורס. והוא הדין בכל כיוצא בזה (ת"ה סימן שכ"ב).

תרוה"ד למד דין זה מביצה ז. 'ביצי דפחיא למאן', אולם, הפת"ש ובאר הגולה הביאו שהב"ח חולק בכה"ג וכותב דדמי למכר רעות ונמצאו יפות, שהרי הוא רוצה במין יפה ומשובח, וכתב הנהיבות (ג) שלכאוי נראה העיקר כדברי הב"ח, ושכן מוכח בר"ן (קידושין יז). מדפי הרי"ף). וסיים שהוא ספיקא דדינא.

מכר לו כסף בחזקת כסף צרוף ונמצא כסף סיגים, המקח קיים ומחזיר לו האונאה, דהכל מין כסף (מרדכי פרק הספינה והגהות מיימוני פרק ט"ז דמכירה).

הש"ך הקשה מאי שנא מרעות ונמצאו יפות?! ועוד שהרי הרמ"א עצמו פסק להדיא בסי' הקודם סעי' יח שאם קנה טבעת בחזקת של זהב ונמצאת של בדיל שהוי מקח טעות?! וכתב שהכוונה שהמקח קיים היא שאין המאנה יכול לחזור בו, אך ודאי שמי שנתאנה יכול לחזור בו ולבטל המקח! אמנם, בהג"ה שבבאר היטב כתב לחלק שהכא מיירי כשמכר לו נסכא של כסף, דבכה"ג כיון שאפשר לצרפו ולעשותו כסף סיגים לא הוי מקח טעות, אך בכלי של כסף לא קאמר דבכה"ג אף אם יצרפנו הוי דבר חדש לגמרי, וכ"כ הפת"ש בשם ושב הכהן למסקנתו.

סימן רלד

המוכר דבר איסור ואכלו הלוקח, ובו ד' סעיפים.

פתיחה

בכורות לו. במשנה "השוחט את הבכור ונודע שלא הראהו - 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' "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, ושאר הנפש קצה בהם - ינכה להם את הדמים". והלכה ת"ק. והביאו הר"ף והרא"ש דינים הללו בב"ב ריש פרק המוכר פירות (דף מו. מדפי הר"ף).

האם דין זה של הסימן שלנו הוא רק כשמכר במזיד או גם בשוגג? הנמוק"י (ב"ב צב:), והש"ך (יו"ד סי' קיט ס"ק כה) נקטו לדינא שדין זה לא נאמר אלא כשעשה כן במזיד, ומשום קנס שקנסוהו, אך לא בשוגג. וכן משמע מדברי הסמ"ע אצלנו (ד) שנקט שהאיסור הוא משום קנס. אולם, המחתה אפרים (נזקי ממון, סי' ט) הקשה שבסוגיא משמע כמו הטעם השני שהביא הסמ"ע שהוא מפני שלא נהנה באכילתו שהם דברים שנפשו של אדם קצה בהם, וא"כ זה נכון אף כאשר המוכר מכר בשוגג!! וראיתי במהרי"ט אלגאזי (הל' בכורות לרמב"ן אות נא) שכתב ליישב שהדברים שנאמרו שם שנפשו של אדם קצה בהם מיירי באיסורים מיוחדים כשקצים ורמשים, ואע"פ שנאמר שם 'טריפה' אין הכוונה לאיסורי טריפות אלא לבהמה שטרפה ארי וכד' שבכה"ג נפשו של אדם קצה בה, אך לא בשאר איסורים, וממילא בכה"ג לא שייך אלא הטעם של קנס.

סעיף 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.

1. השוחט את הבכור ומכר את בשרו, ואח"כ נודע שלא הראהו למומחה:

א. צריך להחזיר ללוקח כל הדמים, ואפי' אכל הלוקח כל הבשר; כמבואר בבכורות לו. שהבאנו לעיל.

דין זה הוא מב' טעמים: א. דסתם בהמה בחזקת בריאה היא, ואין בה מומים, וא"כ הרי היא אסורה באכילה מהתורה כדין בכור תם. ב. אפי' אם לאחר מכן נמצא שהיה בו מום, אסורו חכמים בהנאה משום קנס, כמו שנפסק ביו"ד סי' שי.

ב. אם נשאר מהבשר ביד הלוקח, צריך הלוקח לקברו ואסור לו להחזירו למוכר, דחיישינן שמא ימכרנו לגוי ויחנה מדמיו; סמ"ע.

סעיף 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.

1. השוחט פרה ומכרה והתברר שהייתה טריפה:

א. מה שאכלו כבר – יחזיר להם את הדמים, דכיון שהוא איסור אכילה מדאורי קנסוהו, ועוד שאין באכילתו הנאה שהרי הוא מצטער שעבר על איסור תורה; סמ"ע ד.

ב. מה שלא אכלו: אם הבשר בעין – יחזירוהו לו ויחזיר להם הדמים. אם מכרוהו או האכילוהו לכלבים וכדו' שנהנה ממנו – יקזזו את דמי הטרפה שנהנו ממנה, ויחזיר להם את מותר הדמים; דכיון שטריפה מותרת בהנאה ונהנו ממנה – צריכים לקזז את דמי הנאתם.

2. דין זה נכון בכל מוכר דבר שאיסורו באכילה מן התורה.

סעיף 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, הו' כאיסור מדברי סופרים, שהרי הבדיקה היא מדברי סופרים (ריב"ש סימן תצ"ט).

1. המוכר דבר שאיסור באכילה מדרבנן בחזקת היתר, ואח"כ נתברר שהוא איסור:

א. כאשר לא אכלו הלוקח – מחזירו ומחזיר לו את דמיו, שהרי זה מקח טעות. מדוע מותר לו להחזירו? דלא חיישינן שיאכלנו, שהרי הנחשד על איסור קל לא נחשד על איסור חמור. ולא חיישינן שימכרנו לישראל דטבח שיצא מכשול כזה תחת ידו מכריזין עליו ומעבירין אותו; סמ"ע ב.

ב. כאשר אכלו הלוקח – אין המוכר מחזיר לו כלום; כ"כ הרמב"ם, וכתב ה"ה שלמד כן מכך שלא הזכירה המשנה אלא דברים שאיסורם באכילה מדאורייתא. וכתב הסמ"ע ב' טעמים לחילוק זה: א. דווקא באיסור תורה קנסו את המוכר להחזיר הדמים אע"פ שכבר אכל הלוקח. ב. אכילת איסור תורה אינה חשובה לאדם כהנאה, שהרי זה מצטער אותו שעבר על ד"ת ואע"פ שהיה בשוגג, משא"כ כשעבר על איסור דרבנן בשוגג. אמנם, הש"ך ביו"ד (ק"ט, ס"ק כז) חלק וכתב שהטעם הוא מפני שאע"פ שגזרו איסור על הדבר, אך לענין ממון אוקמוה אדין תורה.

נפק"מ: מה הדין כשלקח דבר שאיסור באכילה מדאורייתא, ועירבו בהיתר בשישים כשהוא לח בלח? לפי הטעם הראשון של קנס, א"כ אף בכה"ג מחזיר לו הדמים, דכיון שגרם ללוקח במזיד לבטל איסור תורה קנסוהו. לפי הטעם השני, כיון שבשעה שאכלו היה היתר א"כ חשיבא הנאה, וא"צ להחזיר הדמים; כ"כ הנה"י ב. ומסתבר דאיסור למוכר לאכול מהתערובת, דע"י גרמתו במזיד נתבטל האיסור לכתחילה, ומבטל איסור אסור למבטל; כן הסיק הנה"י.

2. כשאכל הלוקח האם צריך המוכר להחזיר את הפער בין דמי כשירה לדמי טריפה, שהרי הוא מכור לו בחזקת כשרה שדמיה יקרים יותר ולבסוף נמצאת טריפה שהיא זולה יותר?

ש"ך (יו"ד), נתיבות, שער המשפט – לא, ואפי' אם לקח בהקפה צריך לשלם למוכר דמי כשרה. דקדקו כן מכך שהשו"ע כתב 'ואין המוכר מחזיר כלום'. וכתב הש"ך הטעם מפני שלא גזרו חכמים איסור לענין ממון. אולם, הנה"י ב. חלק וכתב שהטעם הוא מפני שכשעבר על איסור תורה בשוגג צריך כפרה ותשובה להגן מפני האיסור שעשה, ונמצא שאין אכילתו חשובה לו כלל כהנאה. אולם, באיסור דרבנן כשעבר עליו בשוגג לא עשה איסור כלל, והרי הוא כאילו אכל היתר גמור, ונמצא שיש לו את אותה הנאה של אכילת כשרה, וצריך לשלם לו את כל דמי הנאתו.

פרי חדש (יו"ד) – כן, הפרי"ח חלק על הש"ך וכתב שהשו"ע מדבר כשאין פער בין המחיר של הטרפה לכשרה, כגון במוכר גבינות עכו"ם וכדו'. אולם, כאשר יש פער פשיטא שחייב המוכר להחזיר ללוקח את ההפרש.

פת"ש בשם חת"ס: אם נתן כבר דמים למוכר – אינו צריך להחזיר לו כלום, לא נתן דמים – אין הלוקח צריך לשלם אלא דמי טריפה, וכן מדויק בדברי השו"ע 'ואין המוכר מחזיר לו כלום', דווקא להחזיר אינו צריך אך גם הלוקח אינו משלם.

3. בהמה שלא נבדקה כראוי, הרי זה איסור מדרבנן; כ"כ הרמ"א בשם הריב"ש, וטעמו שחובת הבדיקה היא מדרבנן כיון שמשעת שחיטה הבהמה בחזקת היתר עומדת ועוד שרוב בהמות כשרות; סמ"ע ה.

סעיף ד

כל איסורי הנאה, בין מדברי תורה בין מדברי סופרים, מחזיר את הדמים ואין בהם דין מכירה כלל.

1. באיסורי הנאה אין חילוק, ולכן אפי' דבר שאיסור מדרבנן ואכלו הלוקח – צריך המוכר להחזיר לו הדמים. והטעם מפני שבכה"ג שאכלו לא הפסיד המוכר שום דבר, שהרי היה אסור לו להנות מדמי החפץ.

2. מה הדין כשמכרה לגוי וקיבל דמים? סמ"ע, נתיבות – צריך המוכר להחזיר לו כל הדמים, ואפי' בדבר שאינו תופס דמיו ה"מ לאחרים, אבל למוכר עצמו קנסוהו שלא יהנה כדמוכח באו"ח סי' תן. **דברי חמודות** (על הרא"ש בבכורות) – אם כבר קיבל דמיהם, אין המוכר צריך להחזיר לו כלום, דאף למוכר מותר ליהנות מהדמים אם עבר וקיבלם.

ב"ה

סימן רלה

קטן וחרש ושוטה ושכור מתי מוכר מטלטלין, והקונה בשבת וביום טוב, ובו כ"ח סעיפים.

סעיף א

קטן עד שש שנים, אין הקנייתו לאחרים כלום. ומשש שנים עד שיגדיל, אם יודע בטיב משא ומתן (דהיינו שבדקוהו ומצאוהו שיודע, ולאחר עשרה כל שאינו שוטה) (טור), מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנתו קיימת, בין בדבר מרובה בין בדבר מועט, בין במתנת בריא בין במתנת שכיב מרע, ודבר זה מתקנת חכמים, והכל במטלטלים. (וי"א הואיל ואינו רק מכח תקנת חכמים, אם כן במקום שעשו שלא כהוגן, כגון שמכרו בנכסים מועטים שזכו בהן הבנות, מכירתן לאו כלום היא) (תשובת הר"ן סימן מ"ד).

אבל בקרקע אינו מוכר ולא נותן, עד שיגדיל (דהיינו שהקטן בן שלש עשרה והקטנה בת י"ב והביאו שערות) (הרמב"ם). ואפילו הוא קרקע שניתן לו במתנה, או שקנה לו האפוטרופס. ואם נתנו, אפילו במתנת שכיב מרע, אינו כלום אפילו הוא קרקע שניתן לו, ואף על פי שהוא יודע בטיב משא ומתן. (מיהו כל זמן שחפץ הקטן במה שעשה, ואין קרוביו או הבית דין בטלו מעשיו, והלוקח אכל פירות קרקע שלקח, א"צ לשלם מה שלקח) (תשובת רמב"ן סימן ב').

ואם ירש מאביו שטר חוב, דינו כמטלטלים ויכול למוכרו או ליתנו לאחר.

1. קנייני קטן:

א. עד גיל שש – אינו יכול להקנות לאחרים, דהרי הוא כחרש ושוטה שאין מעשיהם קיימים; סמ"ע. אולם, יכול לקנות מאחרים, דזכין לאדם שלא בפניו, וקטן כשלא בפניו דמי; כן כתב הרמב"ם, והביאו השו"ע בסעיף ז; סמ"ע (ב).

ב. מגיל שש עד שיגדיל, בן יג לזכר ובת יב לנקבה:

בקרע – אין הקנאתו כלום, כנ"ל, ולא עשו בו תקנה דבקרע צריך חריפות ובקיאות טפי; סמ"ע ט.

במטלטלין: אם יודע במהות משא ומתן – מקחו מקח וממכרו ממכר, ומתנתו מתנה, מתקנת חכמים משום כדי חייו, דאל"כ אנשים לא יקנו ממנו או לא יקנו לו.

עד גיל עשר – צריך לבדוק שהוא יודע בטיב (מהות, סמ"ע ד) משא ומתן, לכו"ע.

מגיל עשר עד שיגדיל: שו"ע – צריך לבדוק, רמ"א – א"צ לבדוק, אלא כל שאינו שוטה. הרמ"א נקט כדעת הרא"ש וטעמו שמכיון שהגמ' נקטה גילאים מגיל שש עד עשר, משמע שמגיל עשר ודאי שהוא יודע בטיב משא ומתן. אולם, השו"ע נקט כדעת הרמב"ם שעד שיגדיל צריך לידע שהוא בקי בטיב משא ומתן, והגילאים שנקטה הגמ' הם רק לגבי גיל המינימום; גר"א (ב).

גיטין נט. במשנה "הפעוטות - מקחן מקח וממכרן במטלטלין". ובגמ' "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. וטעמא מאי? א"ר אבא בר יעקב א"ר יוחנן: משום כדי חייו.** הטור גרס בדעת הרמב"ם שלא עשו תקנה בקטן אלא מגיל יב, וכתבו הב"י והב"ח שספר עם גירסה מוטעית נזדמן לרבינו הטור.

2. אין חילוק בין מכר למתנה, דאף במתנה שייך תקנה של כדי חייו, דאי לאו דעביד ליה נייח נפשיה לא היה נותן לו; סמ"ע (ה). כמר בר רב אשי, ולא כרב יימר.

גמ' הנ"ל "בעי אביי: מתנתו, מאי? רב יימר אמר: אין מתנתו מתנה, מר בר רב אשי אמר: מתנתו מתנה. אפכוה ושדרוה לקמיה דרב מרדכי, א"ל, זילו אמרו לבר מר: לאו הכי הוה עובדא? כי הוה קאי מר חד כרעיה אארעא וחד כרעיה אדרגא, ואמרנא ליה: מתנתו מאי? **ואמר לן: מתנתו מתנה, אחת מתנת שכיב מרע ואחת מתנת בריא, אחת מתנה מרובה ואחת מתנה מועטת.**"

3. אם מכר יותר מכדי חייו – ממכרו מכר. נחלקו בדבר רב האי גאון והרמב"ן, שדעת רב האי שבכה"ג לא תקנו, ודעת הרמב"ן שלא פלוג. **וכתב הגר"א (ד) שכל הפוסקים חולקים על רב האי,** והביא ראיה מכך שאמרינן בגמ' לגבי מתנה שאף במתנה מרובה – מתנתו קיימת. ודייק שכן דעת השו"ע שכתב "בין בדבר מרובה".

4. במקום שעשה הקטן שלא כהוגן, ומכר דברים שאסור לו למכור, כגון שמכר בנכסים מועטים שהולכים לבנות : רמ"א – מכירתו בטלה, דבכה"ג לא תקנו חכמים.

דוקא בקנין קטן אמרינן הכי, שלא תיקנו אלא כדי חייו, ולא תיקנו שיחיה עצמו באיסור. משא"כ בשאר קניני דרבנן בגדול, או קידושי דרבנן בקטנה, שמהני אפי' במקום שעושה איסור; נתיבות ב.

5. עבר הקטן ומכר או נתן קרקעות – אין מעשיו כלום, והמכר בטל לגמרי ואפי' אינו חוזר בו, ויכולים ב"ד או קרוביו לסלק הלוקח, כ"כ הרמב"ן בתשובה (ב). אמנם, כל זמן שלא מיחו בו המקח קיים. ואם הגדיל ולא מיחה – שוב אינו יכול למחות; קצות ב.

6. מה דין הפירות שאכל הלוקח? הרמ"א כתב כאן בשם הרמב"ן שאין מוציאין ממנו את הפירות שאכל, וקשה מסעיף יד שכתב המחבר שמוציאין ממנו אף פירות שאכל! **סמ"ע:** אם הקטן או קרוביו כאן ולא מיחו, וכ"ש אם נתרצה הקטן בפירוש שיאכל הפירות – אין מוציאין מידו, ובהכי מיירי כאן הרמ"א. והטעם מפני שבכה"ג ששתקו ולא מיחו בו אמרינן ש'מחילה בטעות' הוי מחילה. **אם אינם כאן** כגון שהלכו הקטן וקרוביו למדינת הים, וכ"ש אם מיחו בידו והמשיך לאכול הפירות – מוציאין מידו, דבכה"ג לא שייך הטעם של מחילה בטעות. **נתיבות:** במתנה, או במכר שעדיין לא נתן הלוקח דמים – אין מוציאין מידו, דבכה"ג אין חשש של ריבית. במכר שנתן הדמים – חייב לשלם דמי הפירות שאכל, ומנכין לו אותם מהדמים שנתן, דאי לאו הכי הוי ריבית קצוצה לחלק מהפוסקים ולחלק הוי אבק ריבית. דכיון שצריך המוכר להחזיר לו הדמים שנתן, נמצא שאוכל פירות בשכר המתנת מעותיו והוי ריבית קצוצה, וכמו שאמרינן לגבי 'את ונוולא אחי' (ב"מ סז).

7. קרקע שקנה הקטן בעצמו ועבר ומכרה לאחרים: סמ"ע (יב) – אפשר דהוי מכירה, דכיון שהקטן יכול לחזור בו אין שם קרקע עליו והוי כמטלטלין, ולכן דקדק השו"ע וכתב 'שקנה לו האפוטרופוס'. **נתיבות** – אינו כלום, דמה בכך שיכול לחזור הלא כל שלא חזר המכר קיים, והרי לקרקע צריך חריפות ובקאות שאין לקטן!! ואין לנו להמציא סברות ודינים מחודשים בשביל דקדוקים קלושים, ואף מהסמ"ע עצמו בסעי' לא לא משמע כן.

8. שטר חוב האם דינו כמטלטלין או כקרקע לענין מכירת קטן? שו"ע, נתיבות – כמטלטלין, ולכן יכול הקטן למוכרו או ליתנו לאחר. קצות – הוי ספק ואם מכרו לאחר ואח"כ קדם וגבה הקטן אין מוציאין מידו ללוקח.

בדין זה נחלקו הראשונים: דעת הריטב"א שכיון ששטר מילי נינהו ואינו נקנה אלא בכומ"ס, לא תקנו זאת אלא לגדול. **הרשב"א בתשובה הסתפק** מה דינו של שטר, והר"ן (כתובות פ"ד) כתב בשמו ששטר עם שעבוד קרקע במצב שאינו גובה אלא מהקרקע (כגון ביתומים) – דינו כקרקע, ואין הקטן יכול ליתנו או להקנותו. **אולם, הרא"ש בתשובה** (סוף כלל פה) כתב שאע"פ שלענין שבועה ואונאה דינו כקרקע, אך לענין מכירת קטן דין מטלטלין לו. ואע"פ שאינו נקנה אלא בכתובה, ואין העדים חותמים על השטר אא"כ נעשה בגדול!! זה לא נאמר אלא לגבי מכירת קרקע, אך לגבי מה שמועיל קנין קטן – אף העדים חותמים עליו. **ופסק השו"ע כדברי הרא"ש. הקצות (ג) הקשה,** שהרי לשיטת הרמב"ם (ונפסק לקמן סעי' ה) משמע שלעולם אין העדים חותמים על שטר של קטן, שמכח חזקה זו למד הרמב"ם שקנין חליפין לא מועיל בקטן!! ועוד לשיטת ר"ת לא מועילה מסירה אלא בפניו, וקטן כשלא בפניו דמיו, ומדברי הרמ"א בס"י קצו נראה שפסק כר"ת!! ולכן הכריע שהוא ספק ואין מוציאין מידו. **הנתיבות (ה) דחה קושיותיו:** א. הא דאמרינן שאין שטר לקטן היינו בשטר ראיה, שצריך שיכתב בציווי המתחייב. אולם, שטר קנין אינו צריך עדים כלל, שהרי מועיל אף בכתב ידו של הקטן, וממילא אין לנו כלל את החסרון של 'אין העדים חותמים על השטר' שהרי לא בעינן להו כלל. אמנם, לפ"ז אין לעדים לכתוב שטר ראיה על כך שהקטן הקנה את השטר לאחר, אך זה לא מגרע מכוחו של שטר ההקנאה. ב. הא דבעינן מסירה בפניו אליבא דר"ת, הוא בגלל שבעינן שימסרנו מידו לידו, וממילא לא שייך בזה לומר 'קטן כשלא בפניו דמיו'! ולא מצאנו שום פוסק שיאמר שקטן אינו יכול לקנות בהמה וספינה שנקנות במסירה!!

9. לא אמרינן 'מצוה לקיים דברי המת' בקטן, סמ"ע יג בשם תשובת הרא"ש.

10. זיכה לקטן חפץ ע"י אחר ונתנו האחר לקטן ואבד: אם לא הגיע לעונת הפעוטות – חייב לשלם לו, דפשע בכך שנתנו לו; סמ"ע ד בשם הרשב"א. **הגיע לעונת הפעוטות** – פטור, כן דקדק הנתיבות, והוסיף שאם החפץ היה של אחרים חייב אף כשנתנו לקטן כזה, שכל נתינה לקטן היא פשיעה בשמירה.

סעיף ב

בד"א, בקטן שאין לו אפוטרופוס. אבל אם היה לו אפוטרופוס, אין מעשיו כלום אפילו במטלטלים, אלא מדעת האפוטרופוס, שאם רצה לקיים מקחו וממכרו ומתנתו,

במטלטלים, קיים. הגה: והוא הדין אם סמוכים אצל בעל הבית, שדינו כאפטרופוס, כמו שיתבאר לקמן סימן ר"צ. אבל משהגדיל, אף על פי שיש לו אפטרופוס שמינה לו אביו, מקחו מקח וממכרו ממכר (ריב"ש סימן קמ"א, וסימן תס"ח), אף על פי שאפטרופוס צריך לקיים דברי המת ואסור ליתנם ליורש ולא ללוקח עד הזמן שצווה, מכל מקום מקחו מקח, ואם תפסן הלוקח מידו אין מוציאין מידו (ר"ן סוף פרק מציאת האשה).

1. קטן שיש לו אפטרופוס – אף במטלטלין אין מעשיו כלום.

כתובות ע. "אמר רפרס: לא שנו אלא שאין שם אפטרופוס, אבל יש שם אפטרופוס - אין מקחן מקח ואין ממכרן מכר", ודקדק כן מדברי המשנה שם "המשליש מעות לבתו וכו', אבל בקטנה - אין מעשה קטנה כלום", דבכה"ג לא שייך לתקן משום כדי חייו; סמ"ע (יח).

2. האם דין זה נכון גם במתנה? שו"ע – כן. פת"ש בשם מהר"ם אלשיך – לא.

בפשטות דין זה נכון אף במתנה, שהרי הגמ' אמרה שבמכר אין מעשיו כלום כאשר יש אפטרופוס, וכ"ש במתנה שהגמ' הסתפקה האם תיקנו לו מתנה. וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע. אולם, התוס' והרא"ש שם כתבו בשם ר"ח שדין זה נכון רק במכר ולא במתנה, מכיון שבמתנה בלאו הכי אין בכוחו של האפטרופוס ליתן, וא"כ מדוע שיפקיע את כוחו של הקטן? הפת"ש הביא שהמהר"ם אלשיך פסק לדינא כר"ח, וכתב שכן נראה דעת הרי"ף והתוס' ועוד גאונים ואחרונים. וכתב שבמעשה שם היה נראה שאף הרמב"ם יודה שמתנתו מועילה, כיון ששם זקינו היטיב עמו וגדלו כאב והכל יודעים שאכן עשה לו טובה גדולה, וא"כ אין כאן טעות של הקטן במתנתו. ועוד, שבמתנת שכיב מרע שלא חלה אלא לאחר מיתה, ובאותה שעה אין לו אפטרופוס אף הרמב"ם יודה. וסיים הפת"ש שצ"ע.

3. קטן הסמוך על שולחן בעל הבית – דינו כאפטרופוס, וכמו שמתבאר בסימן רצ, רמ"א.

4. לאחר שהגדיל – ממכרו ממכר ואע"פ שיש לו אפטרופוס, ולכן אף אם צוה האב לאפטרופוס שלא ליתנם עד זמן מסוים, ומכרם הבן לאחר קודם הזמן – כשיגיע הזמן יתנם ללוקח; כן ביאר הסמ"ע (כ). כמו כן, אם תפס הלוקח קודם לכן – אין מוציאין מידו.

סעיף ג

קטן היודע בטיב משא ומתן, שאין לו אפטרופוס, שנשא ונתן במטלטלים וטעה, דינו כדין הגדול, פחות משתות מחילה, שתות מחזיר אונאה, יתר על שתות בטל מקח.

גיטין נט. "וטעותן עד כמה? א"ר יונה א"ר זירא: עד שתות, כגדול". וכתב הנה"י (ז) שאע"פ שקטן שגנב ואינו בעין אינו חייב לשלם, הכא תקנו שיהיו כל דיניו כגדול כדי שישאו ויתנו עמו.

סעיף ד

אין מקח הקטן וממכרו במטלטלים קיים אלא כשמשך או המשיך, אבל אם נתן מעות על המקח וחזר בו, אינו מקבל מי שפרע, ואחרים שחזרו בו מקבלים מי שפרע.

אם נתן הקטן מעות – לא קנה כלל, אף לענין 'מי שפרע', דבכה"ג לא תקנו. אולם אם הצד השני חוזר בו – מקבל מי שפרע.

כאשר הוא באופנים שמעות קונות, כמבואר בסי' קצח-קצט: **סמ"ע** – הקטן קונה, אך לא יקנו מידו, שהרי עדיין צריך להוציא מידו, וכמו שיתבאר בסעיף הבא. נתיבות – קונה וקונים מידו, דבכה"ג מעות קונות קנין גמור.

סעיף ה

וכן אם קנו מיד הקטן, או השכיר מקום המטלטלים וחזר בו, לא קנה לוקח, שאין מוציאין מיד הקטן בדין, ואין קונין מיד הקטן כלום, שהקנין שטר ואין העדים חותמין אלא על שטר של גדול.

1. אין קונים מקטן בקנין סודר או בשכירות המקום; כ"כ הרמב"ם, והראב"ד חולק וסובר שקונין בק"ס מקטן.

2. קנו מיד הקטן במעות, במקום שהם קונות: סמ"ע – לא מהני, נתיבות – מהני.

3. חליפי שוה בשוה, אליבא דר"ת: סמ"ע - לא מהני, נתיבות - מהני.

נחלקו הסמ"ע והנתיבות בביאור דברי הרמב"ם והשו"ע "שאין מוציאין מיד הקטן בדין" האם זה טעם מדוע לא מועיל ק"ס לקנות מקטן או שמא מדוע לא מועילה שכירות קרקע לקנות מקטן? **דעת הסמ"ע שזה נתינת טעם מדוע ק"ס לא מהני**, מפני שהחפץ עדיין תחת ידי הקטן וצריך להוציאו מידו, ואין ביד יכולים להוציא מיד הקטן כלום. ע"פ זה כתב הנתיבות שה"ה אם קנו מידו במעות במקום שהם קונות קנין גמור, כמבואר בסי' קצח-ט שלא מהני, שהרי עדיין המקח תחת יד הקטן. **על כך הקשה הנתיבות ג' קושיות: א.** אם כך נמצא שלא מבואר בשו"ע מדוע אין קנין מקטן בשכירות מקום: ב. לא מצאנו שבמקום שמעות קונות אמרו שלא יקנו מקטן. ג. מדוע אין מוציאין מיד הקטן, הרי בעסקי מו"מ קטן הרי הוא כגדול!! **עוד כתב הסמ"ע שהטעם ששכירות מקום לא מהני מקטן**, מפני ששכירות ליומיה ממכר הוא, וקטן אינו יכול למכור קרקע. **על כך הקשה הנתיבות א"כ** מדוע צריך לומר לנו בסעיף הבא שקטן אינו קונה ע"י שכירות מקום, מפני שאין לו חצר, הרי אף אם היה לו חצר הרי אינו קונה בקנין קרקע? **לכן ביאר הנתיבות** שדברי השו"ע הללו מוסבים על הטעם מדוע אין שכירות מקום מועילה מקטן, שהרי אע"פ ששכירות יש בה ממכר של הקרקע לפירותיה, אך יש בה בנוסף גם חיוב הגוף של הקטן להעמיד לו חצר אחרת. וכיון שיש פה התחייבות של הקטן, אין התחייבויותיו כלום שהרי אין מוציאין מיד הקטן, ולכן אע"פ שקטן יכול לשכור מאחרים, כיון שהתחייבויות של אחרים כלפיו – מהני. אך הוא עצמו אינו יכול להתחייב אליהם. **עוד כתב שהטעם שק"ס לא מהני בקטן** הוא מפני שנאמר 'שלף איש' ולא קטן, וממילא בחליפי שוה בשוה אליבא דר"ת שלא נאמר בהם פסוק זה – מהני בקטן.

אמנם, בב"י מבואר להדיא שהטעם שק"ס לא מהני הוא מפני שסתם קנין לכתובה עומד, וכיון שהוא קטן ואינו ראוי לכתובה לא מהני. לא כסמ"ע ולא כנתיבות. ולגבי שכירות מבואר להדיא כסמ"ע, שטעמו הוא מפני ששכירות ליומיה ממכר הוא, ואינו יכול להקנות קרקע.

סעיף ו

וכן קטן שקנה מטלטלים, וקנו מידו ושכר מהם המקום, לא קנה עד שימשוך, לפי שאין חצר הקטן קונה לו, מפני שנתרבה מדין שליחות, ואין שליחות לקטן ולא יהיה הקנין או שכירות המקום גדולים מחצרו. אבל הקטנה, שנתרבה חצרה מידה, תקנה המטלטלים מאחרים אם קנו מידה, או בשכירות המקום.

1. **קטן אין לו חצר ואין לו קנין ד"א**, כמבואר בב"מ י: שחצר קונה מדין שליחות ואין שליחות לקטן. **אך קטנה יש לה חצר ויש לה ד"א**, מפני שחצר באשה קונה אף מדין יד, וקטנה יש לה יד לקנות גיטה.

2. **קטן אינו קונה בק"ס, וכן אינו קונה בשכירות מקום המטלטלים.**

קטנה קונה בשכירות מקום המטלטלין. האם קונה בקנין סודר: שו"ע - כן, ש"ך - לא, דלענין ק"ס אין סברא לחלק בין קטן לקטנה.

השו"ע ביאר הטעם מפני שלקטן אין חצר, אך לקטנה יש חצר. **ותמה הש"ך (ג)** מדוע קטנה קונה בק"ס, מה זה שייך לכך שיש לה קנין חצר!! ולכן נקט שקטנה אינה קונה בק"ס ודלא כשו"ע. **אולם, הסמ"ע (כח) הנתיבות (יב) ביאר דברי הרמב"ם והשו"ע** שמכך שראינו שחכמים לא עשאוהו כגדול לכל סוגי הקניינים, שהרי חצר וד"א אינם קונות לו, למדנו שלא תקנו בו אלא משיכה ולא שאר הקניינים. אולם, בקטנה כיון שהתורה ריבתה לה קנין חצר כמו בגדולה, אף חכמים תיקנו לה ק"ס כמו בגדולה, כ"כ הסמ"ע. והנתיבות כתב שאף קנין חצר בקטנה הוא רק מדרבנן ולא מדאורי, ומכך שחכמים תיקנו לה חצר וד"א מוכח שעשאוהו כגדולה לכל מילי, ואף ק"ס מועיל בה.

סעיף ז

קטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע, תעמוד בידו, לפי שזכין לאדם שלא בפניו.

1. **קטן שקנה קרקע ונתן דמים – קנה אותה מדין זכין**, שהרי קטן כשלא בפניו דמי. ע"פ זה כתב הסמ"ע שהמוכר אינו יכול לחזור בו, אך הקטן יכול לחזור בו עד שיגדיל, שהרי הוא מגלה בדעתו שהוא חובה לו וידין חבין לו שלא בפניו.

2. **זכין ודעת אחרת מקנה בקטן: שיטת הרמב"ם והרשב"א** שדעת אחרת מקנה מהני בקטן מדאורי מדין זכין לאדם שלא בפניו, וקטן כשלא בפניו דמי. ואע"פ שבכל מקום אין אדם יכול לזכות משל עצמו לחברו, אלא ע"י אחר, הכא שאני שהקטן עצמו זוכה אלא שאין לו דעת. **שיטת התוס'** שדעת אחרת מקנה מועילה בקטן מדאורי, אך זכין לקטן אינו אלא מדרבנן; כ"כ הקצות (ד).

3. **האם קנין דרבנן מועיל לשל תורה? קצות – כן**, וכן מבואר להדיא ממשנה שקלים פ"א שאם שקלו הקטנים שקליהם מקבלים מידם, ואע"פ שאין מתנתם קיימת אלא מדרבנן – קנין דרבנן מהני לשל תורה, וכשיטת הב"י באה"ע כח לגבי מקדש בחוב במעמד שלשתן דמקודשת מדאורי. ודלא כרבינו ירוחם שחולק וסובר שאינה מקודשת מדאורי, ודלא

כרשב"א שמשמע ממנו כאן שמדאורי לא הוי קנין. נתיבות – לא, מפני שקנין דרבנן מועיל לעשות הפקר בידי הפקר אך לא להכניסו לרשותו, ולכן בשקלים מהני דכיון שהם הפקר זכו בהם הציבור במשיכת הגזבר שהוא שלוחן, אך במזכה לקטן שבו איירי הרשב"א אע"פ שהממון יצא מיד המזכה – לא זכה בו הקטן מדאורי! פת"ש בשם בית אפרים – אף לסוברים שלא מהני לדאורי, זה רק כל זמן שהממון ביד הקונה אך לאחר שיצא מרשותו ודאי שחל הקנין מדאורי, דאל"כ נמצאת תקנת חכמים קלקלה שהרי הלוקח ממנו לא ידע שאינו זוכה בו. וממילא מיושבת הקושיא משקלים, דמיד שהוציאו הציבור הדמים וקנו בהם בהמות – נקנו הדמים למוכר קנין גמור, וקנו הציבור הבהמות מדאורי. פת"ש בשם חת"ס: קנין דרבנן היכן שחכמים הקלו – לא מהני לדאורי, כגון יאוש וקנין כסף בלא משיכה וכדו'. קנין דרבנן היכן שמצוה לקיים דבריהם, כגון מזונות הבנות וכדו' מהני לדאורי ויכול להאכיל את העבדים בתרומה. מעמד שלשתן שלא הגיע ליד הזוכה, או קטן שזכה ועודנו בידו – מח' שו"ע ורמ"א באה"ע סי' כח.

סעיף ח

קטן שהגדיל והביא שתי שערות, הזכר אחר י"ג שנה והבת אחר י"ב, אף על פי שאינו יודע בטיב משא ומתן, מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנתו מתנה, במטלטלים. אבל בקרקע אין מעשיו קיימים, עד שיהיה יודע בטיב משא ומתן אחר שהגדיל. הגה: וכל זה במוכר עצמו, אבל ב"ד מוכרין קרקעותיו לפרוע חובת אביו וכיוצא בזה (הגהות מרדכי דב"מ). ועיין לקמן סעיף כ"ו סי' זה.

קטן או קטנה שהגדילו, כלומר זכר שהגיע ל"ג שנה ויום אחד ונקבה שהגיע ל"ב שנה ויום אחד והביאו ב' שערות:

1. לגבי מטלטלין – אם מכרו או קנו מעשיהם קיימים, ואע"פ שאינם יודעים בטיב משא ומתן; כן מוכח בב"ב קנה: "אמר רב הונא בריה דרב יהושע: ולעדות - עדותו עדות (פי' אע"פ שאינו יודע בטיב משא ומתן). אמר ר' זוטרא: לא אמרן אלא למטלטלי (דהיינו לעדות מטלטלי), אבל למקרקעי לא. א"ל רב אשי למר זוטרא: מ"ש מטלטלי? דזבינה זביני, אלא מעתה, הא דתנן: הפעוטות - מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין, ה"נ דעדותן עדות! א"ל: התם בעינא ועמדו שני האנשים וליכא". ומוכח שבמכירת מטלטלין מכירתו מכירה מדאורי משהגדיל, ואע"ג שאינו יודע בטיב משא ומתן.

2. לגבי קרקעות – מעשיהם קיימים רק אם יודעים בטיב משא ומתן, ודווקא בקרקע שלו שקנה או קיבל במתנה, אך לא בקרקע שקיבל בירושה וכמו שיתבאר בסמוך בסעיף הבא.

3. בי"ד מוכרים קרקעותיהם לפרוע חובת אביו, אפי' כשאינם יודעים בטיב משא ומתן; רמ"א. וה"ה לפרוע חוב עצמן, כ"כ הרשב"א בתשובה והביאו הנתיבות.

4. האם בי"ד יכולים למנות אפוטרופוס לגדולים כדי למכור מנכסי אביו לצרכן? נתיבות – לא, דאפוטרופוס לדיקנני לא מוקמינן (בי"מ לט.). פת"ש בשם הרדב"ז – כן, שדין זה הוא מח' בראשונים: הרא"ה סובר שאף אם העמידוהו לא עשו כלום, אולם הרשב"א ורש"י סוברים שלכתחילה לא מעמידים, אך אם רוצים להעמיד יכולים, וכתב שכן משמע מלשון הרמב"ם, וכ"כ המ"מ, וכן דעת המבי"ט.

5. האם יש תקנה לפחות מבן כ' למכור בנכסי אביו? רדב"ז – כן, ע"י העמדת אפוטרופוס. נתיבות – רק ע"י שילוח מעות וישעבד קרקעותיו להלוואה, ואז יוכלו הבי"ד להגבות קרקעותיו לבעלי חובותיו. אך א"א להעמיד לו אפוטרופוס, וכן בי"ד עצמן אינם יכולים למכור לטובתו סתם, דמי שוינהו בי"ד לכך?! והקשה על תשובת הריטב"א שהביא הבי"ד לגבי קטנה שנתנה מתנה, שממנה משמע שכל ג' יכולים להיעשות בי"ד, והרי קי"ל בסי' לט שבי"ד הוא רק במקום שמדינא צריך בי"ד או שקבעו ושלחו, או בג' שנכנסו לבקר את החולה ומטעם שיש שם לימוד מיוחד.

סעיף ט

בד"א, בקרקע שלו, שקנאו או ניתן לו במתנת בריא. אבל קרקע שירש מאבותיו או משאר מורישיו, או שניתן לו במתנת שכיב מרע, אין ממכרו ממכר עד שיהיה בן עשרים שנה שלימות וביא שתי שערות, אבל קודם עשרים שנה שלימות, אף ע"פ שהביא שתי שערות ויודע בטיב משא ומתן לא, שמא ימכור בזול מפני שדעתו נוטה אחר המעות ועדיין לא נתישבה דעתו בדרכי העולם. וכשהוא בן עשרים שנה שלימות והביא שתי שערות, מוכר בין במטלטלים בין בקרקעות, בין שלו בין של אביו, ואפילו אינו יודע בטיב משא ומתן. (ודלא כיש חולקין בזה).

מאימתי יכול למכור קרקעות?

1. קרקע שקנה בעצמו, או שניתנה לו במתנה – מעשיו קיימים משיגדיל וידע בטיב משא ומתן.

2. קרקע שירש, בין אם מאבותיו או משאר מורישיו, כרמיה, ודלא כנמוק"י בשם הרנב"ר שהיינו דווקא בנכסי אביו שהם שכיחי עשו תקנה, אך לא בשאר מורישיו, אין מעשיו קיימים עד שיהא בן כ' שנה ויביא ב' שערות ואע"פ שאינו יודע בטיב משא ומתן; כשיטת הרי"ף והרמב"ם, ודלא כרא"ש ודעימיה שאם יודע בטיב משא ומתן יכול למכור אף בנכסי אביו משיגדיל ויבא ב' שערות. ודלא כריטב"א הסובר שאף בן כ' שהביא ב' שערות אין יודע בטיב משא ומתן אינו יכול למכור בנכסי אביו.

גיטין סה. "אמר רבא, ג' מדות בקטן וכו'. ולמכור בנכסי אביו, עד שיהא בן עשרים." **ב"ב קנה.** "איתמר: קטן מאימתי מוכר בנכסי אביו? רבא אמר רב נחמן: בן שמנה עשרה שנה, ורב הונא בר חנינא אמר רב נחמן: מבן עשרים שנה", **ומבואר בקנו. בשם שמואל שהלכה מבן עשרים שנה. עוד איתא שם קנה:** "שלח ליה גידל בר מנשיא לרבא, ילמדנו רבינו: תינוקת בת ארבע עשרה שנה ויום אחד יודעת בטיב משא ומתן, מהו? **שלח ליה: אם יודעת בטיב משא ומתן - מקחה מקח וממכרה ממכר.** ולישלח ליה: תינוק! מעשה שהיה כך היה. ולישלח ליה: תינוקת בת שתים עשרה שנה ויום אחד! מעשה שהיה כך היה. ההוא פחות מבן עשרים דאזל זבין נכסי אתא לקמיה דרבא. אמרו ליה קרוביה: זיל אכול תמרי ושדי ביה קשייתא בי רבא, עבד הכי; אמר להו: זביניה לאו זביני. כי קא כתבו ליה שטרא, אמרו ליה לקוחות, זיל אימא ליה לרבא: מגלת אסתר בזווא, שטרא דמר בזווא? אזל א"ל; אמר להו: זביניה זביני. אמרו ליה קרוביה: לקוחות אגמרוהו! אמר להו: מסברי ליה סבר, כיון דמסברי ליה וסבר - מידע ידע, והאי דעבד הכי - חוצפא יתירא הוא דהוה ביה." **הרי"ף האריך לבאר** שלמכור בנכסי אביו לעולם אינו יכול אם הוא פחות מבן עשרים שנה, ואע"פ שהוא יודע ובקי בטיב משא ומתן. ומה שמצאנו בגמ' שרבא אמר שאם יודע בטיב משא ומתן ממכרו ממכר - היינו במוכר נכסי עצמו דווקא, ולא בנכסי אביו. ועוד שהרי רבא עצמו אמר כן בגיטין. **אולם, הרא"ש חלק** וכתב שרבא איירי במוכר בנכסי אביו, ודווקא כשאינו בקי בטיב משא ומתן בעינן גיל עשרים, אך כאשר בקי במשא ומתן - לא. **ופסקו השו"ע והרמב"ם כשיטת הרי"ף והרמב"ם.**

עוד כתב הרא"ש שדין זה לא נאמר אלא כשמוכר קרקעותיו, ומטעם דמקרבא דעתיה לגבי זוזי וחיישינן שימכור קרקעות שירש ולא טרח בהם. אולם, אם קנה קרקע משהגדיל מעשיו קיימים בכל ענין. ועוד שקרקע שקנה בעצמו - יכול למכור אף קודם שהגיע לגיל כ', דמוכחא מילתא שלא מקרבא דעתיה לגבי זוזי שהרי נתן זוזים בעד הקרקע כשקנאה. ואף הרי"ף מודה לדין זה, שהרי הוא מבאר שבהכי מיירי רב גידל בגמ'. אולם, הרא"ש הביא שר"ת חולק וסובר שלא דווקא נקט אביו, וה"ה קרקע שקנה בעצמו אינו יכול למכרה עד שיהא בן עשרים.

3. האם יכול להשכיר קרקע שירש קודם שיגיע לגיל כ'? פת"ש (ז) בשם רשמי שאלה - כן, ואע"פ שלעיל בסעיף ה אמרינן ששכירות ליומיה ממכר היא, ולכן קטן אינו יכול להשכיר קרקע! כתב ג' טעמים להשיב על זה: **א.** לא אמרינן הכי אלא כשמשכיר לו גוף הקרקע, וכגון לעיל בסעיף ה שרוצה להקנות לו הגוף לפירות, משא"כ כשנותן לו רק את השימוש. **ב.** בסעיף ה' אמרינן הכי לגבי קטן, שאינו קונה אלא מתק"ח במטלטלין ולכן שכירות דומה לקרקע. אולם, בגדול שמדאורי' יכול להקנות אף נכסי אביו, ואין זה אלא מתק"ח, מאן לימא לן שתקנו אף בשכירות! **ג.** לשיטת השו"ע והב"ח בסי' שיג הדין של שכירות ליומיה ממכר הוא' הוא תק"ח, והוי תרי דרבנן.

סעיף י

מתנתו כשהוא פחות מבן עשרים ויותר על י"ג, והביא שתי שערות, בין מתנת בריא בין מתנת שכיב מרע, קיימת, שאילו לא הגיע לו הנאה גדולה לא נתן, והוא דבר שאינו מצוי תמיד, ואמרו חכמים תתקיים מתנתו כדי שיהיו דבריו נשמעים.

ב"ב קנה: "אמר אמימר: ומתנתו מתנה. א"ל רב אשי לאמימר וכו' א"ל וכו' אלא, קים להו לרבנן דינוקא מקרבא דעתיה גבי זוזי, ואי אמרת זביניה זביני, זמנין דמקרקשי ליה זוזי, אזיל מזבין לכולהו נכסי דאבוה; **אבל גבי מתנה, אי לאו דהוה ליה הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה מתנה, אמרו רבנן: תיהוי מתנתו מתנה, דלעבידו להו מילי."**

סעיף יא

בד"א שיכול למכור קרקע אביו כשהוא בן עשרים, כשהביא שתי שערות או שנולדו לו סימני סריס. אבל אם לא הביא שתי שערות ולא נולדו לו סימני סריס, קטן הוא ואין ממכרו ממכר, אפילו בנכסיו, עד שיגדיל ויגיע לרוב שנותיו שהם שלשים ושש שנים.

ב"ב קנה: "אלא אי אמרת מבן עשרים, כי בדקו ליה מאי הוי? והא נתן: בן עשרים שלא הביא שתי שערות - ביאו ראיא שהוא בן עשרים, והוא הסריס לא חולץ ולא מיבם! לאו איתמר עלה, אמר ר' שמואל בר רב יצחק אמר רב: והוא שנולדו בו סימני סריס? אמר רבא: דיקא נמי, דקתני: והוא הסריס, שמע מינה. וכי לא נולדו לו סימני סריס, עד כמה? תני ר' חייא: עד רוב שנותיו".

סימני סריס מתבארים באה"ע סי' קעב.

סעיף יב

מכר קודם שנתברר שהוא גדול, כגון קודם עשרים ולא הביא שתי שערות ולא נולדו לו סימני סריס, ולאחר זמן הביא ב' שערות שעתה נתברר שעכשיו הגדיל, אין מכירתו שמכר עד עתה כלום. אבל בסימני סריס מבין עשרים נעשה גדול למפרע מבין י"ג שנה ויום אחד, לפי שעתה נתברר שהוא סריס ממעי אמו ומה שלא הביא שתי שערות היה בסיבת זה, ואיגלאי מילתא שמבין שלש עשרה ויום אחד גדול היה, וממכרו קיים.

מכר לאחר שהיה בן י"ג שנה ויום אחד ולא הביא ב' שערות:

1. אם הביא אח"כ ב' שערות – אין מעשיו כלום, שהרי נתברר שעתה הגדיל ובאותה שעה קטן היה.
2. אם הגיע לגיל כ' והביא סימני סריס – מעשיו קיימים, דמשיביא סימני סריס מתברר למפרע שהיה גדול מגיל י"ג שנה ויום אחד, ומה שלא הביא שערות הוא מפני שהוא סריס.

דין זה כתבו הטור בשם הרמ"ה, ומקורו הוא ביבמות פ. "איתמר: אכל חלב מבין שתיים עשרה [ויום אחד] עד בן שמנה עשרה, ונולדו בו סימני סריס, ולאחר מכאן הביא שתי שערות, רב אמר: נעשה סריס למפרע, ושמאל אמר: קטן היה באותה שעה". והלכה כרב באיסורי.

סעיף יג

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).

ב"ב קנז. "מעשה בבני ברק באחד שמכר בנכסי אביו ומת, ובאו בני משפחה וערערו לומר קטן היה בשעת מיתתו, ובאו ושאלו את רבי עקיבא: מהו לבדוק? אמר להם: אי אתם רשאים לנוולו; ועוד, סימנים עשויין להשתנות לאחר מיתתו". ובע"ב "אלא אי אמרת לקוחות קא מערערי, אמאי שתקי? לימרו ליה: אנן זוזי יהבינן ליה, לינוול ולינוול! אי משום הא לא איריא, הכי קאמר להו: חדא, דאי אתם רשאים לנוולו; ועוד, וכי תימרו זוזי שקל, לינוול ולינוול, סימנים עשויין להשתנות לאחר מיתתו". ובקנה. "אמר ליה: מודינא לך בערער דבני משפחה דלאו ערער הוא, מאי קאמרי? קטן היה, חזקה אין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה גדול".

1. הצורך בג' הטעמים: א. כאשר יש שטר מכירה – אמרינן חזקה אין העדים חותמין על השטר אלא"כ נעשה בגדול, ואינם נאמנים לברר שהיה קטן באותה שעה. ב. כאשר המכר נעשה בע"פ, ובאים הלקוחות ורוצים לבדוק כדי לקיים המקח ולגבותו – אמרינן סימנים עשויים להשתנות ולא מהני בדיקה, דאף אם עכשיו ימצאו לו סימנים שמא היו שומא; דבלקוחות לא אמרינן טעמא של 'אין מנוולין את המת' כמבואר בסוגיא. ג. כאשר המכר נעשה בע"פ, ובאים בני משפחה לערער עליו כדי לבטלו ולהוציא מהלקוחות – אמרינן אין מנוולין את המת, ולכן אפי' ירצו לבדוק בסימני סריס שאינן עשויים להשתנות – לא נשמע להם; נתיבות טו.

2. כשבדקוהו בחיים ומצאו שהביא ב' שערות, האם אמרינן שהיה גדול גם קודם לכן לקיים מעשיו שעשה? רא"ש ותוס' – כן, כדמוכח בסוגיא שרצו לבדוק ואמר להם ר"ע שאינם רשאים לנוולו וסימנים עשויים להשתנות, ומשמע שבלאו הכי מהני הבדיקה אע"פ שמכר עוד קודם לכן! והטעם שיש לנו חזקה שמהגיד לכלל שנים הביא ב' שערות. רשב"א, רמב"ן – לא, ובסוגייתנו מייירי שמכר בנכסים ומת מיד, ולכן מהני בדיקה; קצות (ה).

סעיף יד

פחות מבין עשרים שמכר קרקע אביו, חוזר ומוציא מיד הלקוחות, בין קודם עשרים בין אחר עשרים מיד, ומוציא ממנו כל הפירות שאכל. ואם הוציא הוצאות או שנטע וזרע, שמין לו ומחזיר לו את השאר. אבל אם כשנעשה בן עשרים לא מיחה, שוב אינו יכול למחות, אפילו היה קטן כשמכר.

1. פחות מבין עשרים שמכר קרקע שירש מאביו – המקח בטל, ויכול להוציאה מהלוקח, וצריך הלוקח להשיב לו כל הפירות שאכל, דאי לאו הכי הוי כריבית.

מדוע בסעיף א כתב הרמ"א שאין מוציאים מיד הלוקח את הפירות שאכל? הסמ"ע חילק שם בשאלה האם הקטן ידע ומחל או לא, אולם הנהיגות והמחנ"א כתבו שהכא מיירי באופן שיש לנו חשש ריבית, כיון שמדובר במכר שנתן מעות, ונמצא שאכל את הפירות בשכר המתנת מעותיו, משא"כ שם דמיירי במתנה או במכר שלא נתן המעות עדיין.

האם רק המוכר יכול לבטל המקח? דעת הרמב"ם – כן, אך כל זמן שלא חזר בו המוכר אין הלוקח יכול לחזור בו. דעת הרשב"א והנמוק"י בשם הריטב"א – לא, אלא מכיון שהמוכר יכול לחזור בו אף הלוקח יכול לחזור בו. אמנם, אם המוכר נשבע ואינו יכול לבטל המקח מחמת שבועתו – אף לדעת הרשב"א ודעימיה אין הלוקח יכול לחזור בו, דאינו חוזר אלא מחמת יכולת המוכר; כן כתב בפת"ש בשם המבי"ט (ח"א סי' קכב).

2. אם הוציא הלוקח הוצאות על השדה, או שנטע וזרע – שמין לו ומחזיר לו את השאר.

האם דינו כיורד ברשות, או שמא כיורד שלא ברשות, שהרי ידע שהוא לוקח מקטן פחות מ' שנה שאינו רשאי למכור? הסמ"ע (מא) הסתפק בזה, הנהיבות (טז) כתב בשם המהר"א ששון שבכל מקום שהמקח בטל הוי דינו כיורד ברשות, אך כתב שאולי הכא יש לחלק שהרי בשעת המקח יודע הלוקח שמעשיו אינם כלום.

3. מה הדין אם הגיע לגיל עשרים ולא מיחה בלוקח? שו"ע – שוב אינו יכול למחות בו, דכיון ששתק ולא מיחה נתקיים המקח. **רעק"א** הביא שהריב"ש פסק כרבותיו של הרמב"ם שלעולם יכול למחות, והמהר"ח"ש כתב שאפשר לומר 'קים לי' כמותם, שהרי המוכר מוחזק בקרקע. **קצות:** דין זה נכון רק אליבא דשו"ע הסובר שקרקע נקנית באכילת פירות, אך לדעת הרמ"א לעולם יכול למחות א"כ נעל גדר ופרץ בפניו ושתק לאחר שהגיע לגיל כ', מכיון שעשה מעשה קנין.

כתב הרמב"ם (מכירה כט, יז) "פחות מבן עשרים שמכר קרקע אביו חוזר ומוציא מיד הלוקח בין קודם עשרים בין אחר עשרים, ומוציא מן הלוקח כל הפירות שאכל, ואם הוציא הוצאות או שנטע וזרע שמין לו ומחזיר את השאר, כדין הזה הורו רבותי, ואני אומר שאפילו קטן שמכר קרקע מנכסי אביו וכשנעשה בן עשרים לא מיחה אינו יכול לחזור, שכיון שלקח המעות ונשתמש הלוקח בקרקע זו לפניו כשהוא בן עשרים ולא מיחה נתקיימה בידי הלוקח שהרי רצה בממכרו".

וכתב ה"ה שלמד כן מהדין של קטנה שהגדילה ולא מיחתה שוב אינה יכולה למאן, והכא נמי כיון שלא מחה שוב אינו יכול למחות! **הקצות** (ו) הקשה על זה, שהרי בקטנה הטעם משום דאמרין שכיון שבעל לאחר שהגדילה יחזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וגמר ובעל לשם קידושין, ונמצא שהיא מתקדשת עכשיו מחדש. אולם, הכא הרי הלוקח לא עשה קנין מחדש לאחר שהמוכר הגיע לגיל כ'! וכתב שהרמב"ם לשיטתו (כמו שביארו המהר"ק והמהר"ד) בפ"ד מאישות דכיון שבעל לאחר שהגדילה גמרו הקידושין הראשונים וא"צ לשוב ולקדשה שנית, והרי זה דומה למקדש לאחר ל' יום שמקדשת ואע"פ שנתאכלו המעות. אולם, לדין שקי"ל שצריך עדי יחוד, ואין זה מחמת הקידושין הראשונים שאינם כלום, ע"כ צריך לומר שטעמו של השו"ע הוא משום שקונה הקרקע באכילת פירות, וזה רק לשיטתו בסי' קצב. אולם, לדעת הרמ"א הסובר שאכילת פירות אינה קונה את גוף הקרקע, הכא נמי אע"פ ששתק יכול למחות כל זמן שלא עשה הלוקח חזקה בקרקע של נעל גדר או פרץ. **הנהיבות** כתב לדחות קושייתו מקטנה, מפני שבקטנה לא סגי במה שמתרצית שהרי בעין גם אמירה ידיה בשעת הקידושין, וכיון שאמירה לקטנה אינה כלום מדא"י, בעין עדי יחוד ויחזקה א"א עושה בב"ז. אך את העקרון שהשתקה שלה הוי כריצוי למדנו משם, ולכן במכר כיון שיש הוכחה שנתרצה במקח – סגי.

סעיף טו

קטן שלוח מאחרים, יש מי שאומר שחייב לשלם כשיגדיל, ויש מי שפוטור. ויש מי שמחלק שאם ידוע שלוח לצורך מזונותיו נפרעין ממנו, אבל אם אינו ידוע שלוח לצורך מזונותיו אין נפרעין ממנו. הגה: י"א 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 (ב"י בשם הרשב"א).

1. קטן שלוח מאחרים: י"א שחייב לשלם כשיגדיל, הרמ"ה. י"א שפוטור מלשלם, רבינו יונה. י"א שאם ידוע שלוח לצורך מזונותיו, וכ"ש היכא שהוא מודה, נתיבות. – נפרעין ממנו אף בעודו קטן. אך כשאינו ידוע – אין נפרעין ממנו אף לכשיגדיל; הרא"ש.

כתובות קז: מבואר שקטנה שלא מיאנה ולותה למזונות בעלה חייב לפרוע, כתב הרא"ש שלמד מכאן הרמ"ה שקטן שלוח חייב לשלם כשיגדיל, שהרי אם הוא פטור מדוע בעלה חייב לשלם?! והביא שרבינו יונה חולק עליו וסובר שפוטור מלשלם, דאם נחייבנו יבזבז כל ממונו בקטנותו כדי שלא יהיה לו ממה לפרוע כשיגדיל. וכתב לפשר ביניהם שאם ידעין שלוח לצורך מזונותיו נפרעין ממנו אף בקטנותו משום כדי חייו, שהרי אמרו חכמים שפעוטות מקחן וממכרן ממכר. הא לאו הכי פטור.

2. באיזה קטן מדובר? סמ"ע – פחות מהפעוטות, דהפעוטות מקחן ומכרן פשיטא דאם לוו לצורך מקח וממכר לכרי"ע חייבים לשלם. ש"ך – פעוטות ואילך, אך פחות מזה לכרי"ע אין מעשיו כלום.

הסמ"ע הקשה שהרי לעיל בסי' צו כתב השו"ע להדיא שמייירי בקטן שהגיע לעונת הפעוטות, ומדוע השמיט זאת כאן?! ועוד מדוע לא הביא שם את ג' הדיעות?! ולכן כתב שנראה מדבריו שסי"ל שכאשר לוח במפורש לצורך משא ומתן כו"ע

מודו שחייב לשלם, ודווקא אם הגיע לעונת הפעוטות. לא נחלקו אלא בקטן שלא הגיע עדיין לגיל זה, אך הוא מודה שלוח לצורך מזונותיו. והש"ך כתב שדבריו דחוקים, ורחוקים מהשכל שנאמר שקטן פחות מגיל ו' מתחייב בהלוואתו.

3. גדול פחות מבן כ' יכול לשעבד נכסים שירש מאביו, אע"פ שאינו יכול למכרם ; כ"כ הרמ"א בהג"ה, ומקורו הוא מתשובת הרשב"א (ג, כא). מדברי הרמ"א משמע שדין זה נאמר לגבי קטן, ותמה התיבות הרי אין שטר לקטן וכיצד יוכל לשעבד קרקעותיו?! ולכן כתב שהג"ה זו שייכת לדין של הסעיף הקודם לגבי גדול פחות מבן כ'.

4. קטן שמכר קרקע, אע"פ שלא עשה כלום, צריך להחזיר המעות ללוקח. ואם אין לו – הלוקח גובה מבני חורין.

סעיף טז

קטן שערב לאחרים, פטור מלשלם אף לכשיגדיל.

כ"כ הב"י בשם רבינו ירוחם.

סעיף יז

חרש שאינו שומע ואינו מדבר, או מדבר ואינו שומע כלום, מוכר ולוקח המטלטלים ברמיזה, אבל לא בקרקע. ואף במטלטלים לא יתקיימו מעשיו עד שבדקין אותו בדיקות רבות ומתיישבין בדבר.

1. חרש שאינו שומע ואינו מדבר – יכול לקנות או למכור מטלטלין ע"י רמיזה באצבעותיו, אך לא ע"י קפיצת פיו ; סמ"ע מז. ואינו יכול לקנות קרקעות ברמיזה.

גיטין נט. במשנה "חרש רומז ונרמז, ובן בתירא אומר : קופץ ונקפץ במטלטלין". ובגמ' איכא ב' לשינון בשם רב נחמן האם כמחלוקת במטלטלין כך מח' בגיטין או לא, והביא הר"ף את דברי הגמ'. למד מכאן הרא"ש שהר"ף פוסק כבן בתירא שקופץ ונקפץ (דהיינו אף ע"י קפיצת פיו, שהיא פחות ברורה מרמיזה בידו), ולכן הביא את דברי הגמ'. וחלק עליו, ואף ברמב"ם מבואר שברמיזה דווקא ולא בקפיצה. וכתב הב"י שאין דקדוקו של הרא"ש ברי"ף מוכרח, ואפשר לומר שאף הר"ף פוסק כתי"ק, אלא שבא להשמיענו שהלכה כתי"ק אף בגיטין ולא רק במטלטלין.

2. צריך לבדוק בדיקות רבות ולהתיישב בדבר היטב, כדי שנדע שאכן דעתו צלולה עליו.

3. מה דין החרש שאינו שומע אך מדבר? שו"ע – כדין חרש גמור לענין זה, כדעת הרמב"ם, ולא כדעת הרא"ש והטור הסוברים שכיון שהוא מדבר הרי הוא כפקח לכל דבריו.

הטור כתב שמי שאינו שומע אך הוא מדבר דינו כפקח לכל דבר, **אך הרמב"ם כתב** שדינו כחרש. **והקשו עליו מהגמ' בגיטין עא.** "דתניא : מדבר ואינו שומע - זהו חרש, שומע ואינו מדבר - זהו אלם, וזהו הדין כפקחין לכל דבריהם!!!" **הב"י תירץ ב' תירוצים : א.** הגמ' אומרת 'זהו חרש' ומסיימת 'הרי הן כפקחין', נמצא שהוא חרש אלא שיש בו צדדים שהוא כפקח, דהיינו שהוא צריך בדיקה משא"כ פקח שאינו צריך בדיקה. ולשאר דברים דין חרש יש לו. **ב.** הגמ' עוסקת באדם שהוא שומע קצת. **עוד הקשו מהגמ' בחגיגה ב :** "חרש שדיברו חכמים בכל מקום - שאינו שומע ואינו מדבר!!!" הגר"א והנתיבות (כ) ביארו דברי הרמב"ם, שכוונת הגמ' בחגיגה לומר שכל מקום ששנו חכמים חרש שוטה וקטן יחד, היינו חרש שאינו שומע ואינו מדבר. אבל בגיטין שלא הזכירו אלא חרש לבד, מיירי אף במדבר ואינו שומע. והטעם הוא מפני שלמכור קרקעות בעינן שיהא חריף טפי, שאפי' פקח גדול פחות מבן עשרים אינו מוכר בקרקע של אביו, ויש פוסקים שאפי' קרקע שלו אינו יכול למכור. א"כ קים להו לרבנן שהמדבר ואינו שומע אין דעתו חריפה כדי למכור בקרקעות, אע"פ שמטלטלין יכול למכור. הנתיבות הוסיף, שנראה שהמדבר ואינו שומע שרוצה למכור קרקעותיו – בי"ד מעמידין לו אפוטרופוס.

סעיף יח

אילם ששומע ואינו מדבר, או מי שנשתתק, מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנותיו קיימות, בין במטלטלין בין בקרקע, והוא שיבדוק כדרך שבדקין לגיטין, או יכתוב בכתב ידו.

1. השומע ואינו מדבר, וכן אם ידע לדבר ונשתתק – דינו כפקח לכל דבר, ויכול למכור אף קרקעות, ודווקא לאחר שיבדק כדרך שבדקין לגיטין, או שיכתוב בכתב ידו. כן מתבאר בגמ' גיטין עא.

סעיף יט

מי שאינו שומע אא"כ מדברים עמו בקול, אין זה חרש אלא הרי הוא כפקח לכל דבריו.

כ"כ הרא"ש בתשובה.

סעיף כ

השוטה, אין מקחו מקח ואין ממכרו ממכר ואין מתנותיו קיימות, לא במטלטלים ולא בקרקע, וב"ד מעמידין אפוטרופוס לשוטים כדרך שממנים לקטנים. (ואין לו זכיה כלל ע"י עצמו) (מרדכי פ' המקבל).

כתובות מה. "ואמר רב חסדא אמר מר עוקבא: מי שנשתטה, בית דין יורדין לנכסיו, וזנין ומפרנסין את אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר".

אפשר לזכות לשוטה ע"י אחר, כיון שיש דעת אחרת מקנה ודעת הזוכה, סמ"ע נא.

סעיף כא

מי שהוא עת שוטה ועת שפוי, כגון אלו הנכפין, כשהוא שפוי כל מעשיו קיימין וזוכה לעצמו ולאחרים ככל בן דעת. וצריכים העדים לחקור הדבר היטב, שמא בסוף שטותו או בתחלת שטותו עשה מה שעשה. (כלומר שמא בסוף עת שטותו או בתחלתו עשה, והיה נראה כפיקח באותה עשה, אע"פ שבאמת עשה כן מחמת שטותו; סמ"ע נב).

הגה: אמרו שנים: כשהיה שוטה זבין, ושנים אומרים: כשהיה שפוי זבין, קרקע בחזקת המוכר, מטלטלין בחזקת המחזיק בהן (ב"י בשם התוספות והרא"ש פ"ב דכתובות).

סעיף כב

השכור, מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנותיו קיימות. ואם הגיע לשכרות של לוט, והוא העושה ואינו יודע מה עושה, אין מעשיו כלום והרי הוא כמו השוטה.

עירובין סה. "מיתבי: שיכור מקחו מקח וממכרו ממכר, עבר עבירה שיש בה מיתה - ממיתין אותו, מלקות - מלקין אותו, כללו של דבר: הרי הוא כפיקח לכל דבריו, אלא שפטור מן התפלה. וכו'. אמר רבי חנינא: לא שנו אלא שלא הגיע לשכרותו של לוט, אבל הגיע לשכרותו של לוט - פטור מכולם".

סעיף כג

המוכר שמכר קרקע או מטלטלין וזכה בהם ללוקח שלא מדעתו, יד הלוקח על העליונה, אם רצה ליקח אין המוכר יכול לחזור בו; ואם לא רצה, תחזור לבעליה.

כ"כ הרמב"ם והוא פשוט, דזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו, ואם אינו רוצה בהם הרי חוב הוא לו.

סעיף כד

וכן העבד שקנה או מכר או נתן מתנה, או נתנו לו, יד האדון על העליונה, אם רצה לקיים מעשיו הרי אלו קיימים, ואם לא רצו בטלו כל מעשיו. ובדברים בלבד הוא שמקיים האדון או מבטל, ואינו צריך לקנות ממנו כלום.

עבד שקנה או מכר או נתן במתנה - יד האדון על העליונה ויכול לבטל מעשיו או לקיימם. וכתב הנתיבות שאף המוכר או הקונה יכול לבטל המקח קודם שנתרצה האדון. והחידוש כאן הוא שאפי' היכא שהוא זכות לאדון, כגון שלקח בזול מאד או מכר ביוקר גדול - יכול האדון לבטל המעשה. כיון שלא אמרינן בכה"ג יד עבד כיד רבו אלא לזכות עבדו, בלי חובה כלל.

סעיף כה

דין מכירת הבעל בנכסי אשתו ומכירת האשה, בטור א"ה סימן פ"ה וצ'.

סעיף כו

בית דין שמכרו או לקחו בנכסי יתומים, בין בקרקע בין מטלטלים; וכן האפוטרופוס, בין שמינו אותם בית דין בין שמינו אותם אבי יתומים, מקחן מקח וממכרן ממכר, אבל מתנתם אינה כלום, שאין אדם נותן דבר שאינו שלו.

בי"ד או אפוטרופוס שנתמנה בעבור יתומים – מקחן מקח וממכרן ממכר, אך אינם יכולים ליתן מתנות מהנכסים, שהרי אין אדם נותן דבר שאינו שלו.

סעיף כז

לצורך איזה דברים רשאים למכור בנכסי יתומים, יתבאר בסימן ר"צ ס"א.

סעיף כח

המוכר או קונה קנין בשבת ויום הכיפורים ויום טוב, אף על פי שמכין אותו על שעבר על דברי חכמים, מעשיו קיימים וכותבין אחר אותו יום.

ירושלמי, הביאורו הרי"ף (ביצה כ: מדפי הרי"ף) והרא"ש "ירושלמי וכולן שעשו בין אנוסין בין שוגגין בין מזידין בין מוטעין מה שעשו עשוי בשבת ואצ"ל ביום טוב ושמע מינה דמאן דעבר ואקני בשבת מקרקעי או מטלטלי הקנאתו הקנאה".

סימן רלז

המחזיר אחר דבר לקנותו וקדם אחר וקנאו, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

המחזיר אחר דבר לקנותו או לשכרו, בין קרקע בין מטלטלים, ובא אחר וקנאו, נקרא רשע. והוא הדין לרוצה להשכיר עצמו אצל אחר. וי"א שאם בא לזכות בהפקר או לקבל מתנה מאחר, ובא אחר וקדמו, אינו נקרא רשע, כיון שאינו דבר המצוי לו במקום אחר. (והקונה קרקע על מצר חבירו, אף על פי שאין בה משום דינא דבר מצרא יכול בעל מצר [לקדם] לקנותה, ולא מקרי רשע, דהוי כמציאה (ב"י בשם מרדכי פ"ק דמציעא). וכן אם קונה דבר אחד ובא חבירו ויכול לקנותו בזול שאינו מוצא לקנותו כך במקום אחר, הוי כמו מציאה ויכול לקנותו כל זמן שלא זכה בו הקונה) (תשובת מהרד"ך בית כ"ז). ויש אומרים דלא שניא. הגה: וסברא הראשונה נראה עיקר. ואפילו לסברא זו דוקא בעני, אבל בעשיר לא, אם לא [בדבר] שאינו מצוי דאז אפילו בעשיר מקרי רשע (ר"ן שם בשם הרמב"ן פ' האומר בקידושין). ועיין לעיל סימן קנ"ו סעיף ה'. וכל זה לא מיירי אלא כשכבר פסקו הדמים שביניהם, ואין מחוסרין אלא הקנין. אבל אם מחוסרין עדיין הפסיקה, שהמוכר רוצה בכך והקונה רוצה יותר בזול, מותר לאחר לקנותו, בין אם המוכר עובד כוכבים או ישראל (ב"י בשם מרדכי פ' חזקת). ויש מי שכתב שהוא חרם ר"ג שלא להסיג גבול בשכירות בתים מן עו"כ, והוא הדין במקום שנהגו לשכור ההלואה מן העובד כוכבים (מהר"ם פאדו"ה סימן מ"א).

1. המחזיר אחר דבר לקנותו או לשכרו, בין בקרקע או במטלטלין, ובא אחר וקנאו – נקרא רשע, ומכריזין עליו בבית הכנסת; סמ"ע א. וה"ה אם מחזיר להשכיר עצמו אצל אחר, ולדחות את האחר שכבר שכור אצלו.

קידושין נט. "רב גידל הוה מהפך בההיא ארעא, אזל רבי אבא זבנה, אזל רב גידל וכו' 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 קמיינא היא ולא מסמנא מילתא, אי בעי במתנה נישקליה. רב גידל לא נחית לה וכו' רבי אבא לא נחית לה וכו'."

בטעם האיסור כתב רש"י "שיוירד לחיי חברו", וכן משמע מדברי הנמוק"י שכתב שבעשיר לא אמרינן האי דינא "לפי שהעשיר מצוי לו לחם בביתו או ליקח משכניו". ומשמע שדין זה עניינו שהוא פוגע בפרנסתו ובחיייו של חברו, אך לא סתם בגלל שחברו טורח לקנותו. אמנם, בתוס' נראה שזה לא מטעם זה, אלא מפני שמדוע אתה מצער את חברך כשאתה יכול להשיג את זה באופן אחר בלא למנוע את זה ממנו.

האם דין זה מהתורה או מדרבנן? פת"ש בשם מהרי"ט וחת"ס – מדברי קבלה, שנאמר "וואת אשת רעהו לא טימא" ודרשו שלא ירד לאומנות חברו, ואח"כ נאמר "צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה", ומשמע שמי שלא עושה כן הרי הוא רשע. ואע"פ שמייירי ביורד לאומנות חברו שחמיר טפי דפסק לחיותיה, ולכן הוא אף בהפקר, אפי' הכי מהפך בחררה הוא קצת כעין יורד. (ואף מכאן מוכח שהבין המהרי"ט כמו שכתבנו לעיל, שדין זה הוא מצד שיוירד לחיינו ולא סתם בגלל שחברו רצה לקנות את החפץ ומנע ממנו. ב"ח – תקנת חכמים.

2. האם דין זה נכון גם בהפקר או במתנה? י"א שלא, כן דעת ר"ת והביאוהו התוס' והרא"ש, י"א שכן, כן דעת רש"י הרשב"ם והרמב"ן. וכתב הרמ"א שהעיקר כדעה הראשונה.

כמי פסק השו"ע? ע"פ כללי הפסיקה נראה שפסק כדעה השניה, שהרי י"א וי"א הלכה כ"א בתרא, אולם הנהיבות כתב שפסק כדעה הראשונה, מפני שההיתר שבסוף הסעיף הבא הוא משום דהוי כמו הפקר ומתנה.

ב' שיטות מצאנו בראשונים בשאלה אימתי אמרינן דין זה? א. שיטת רש"י, רשב"ם (ב"ב נד.) והרמב"ן שדין זה נכון בכל ענין, אפי' כשהפך לקנות מההפקר או לקבל מתנה. **ב. שיטת ר"ת והסכימו עמו התוס' והרא"ש** שדין זה לא נאמר בהפקר ומתנה, אלא במקח וממכר וכדו' שיכול להשתכר ולהרויח במקום אחר, ולכן נקרא רשע. אולם, אם לא יוכל להשיג דבר זה במקום אחר – ליכא איסור להפך ולהקדים את חברו.

ר"ת הוכיח דבריו מב' דינים: א. משנה בפאה (פ"ד, א) "פירס טליתו עליה מעבירין אותו ממנה". ואע"פ שהעני הראשון מהפך לזכות בפאה, אך כל זמן שלא זכה בה – מעבירין לכתחילה ונותנין לשני אפשרות לזכות בה. **ב.** משנה בב"מ (י). "ראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה – זה שהחזיק בה זכה בה", ומשמע שלא נקרא רשע. **הרמב"ן דחה**

את הראיה מפאה דהתם כל העניינים מחזרין אחריה לקנותה. (הב"ח תירץ שכיון שדין זה הוא תק"ח, לגבי פאה אוקמוה אדאוי). ולגבי הראיה מב"מ אינה ראייה כ"כ דהתם דינא קאמר, אך לא שמותר לעשות כן לכתחילה.

תוס' הקשו על ר"ת מב"ב כא: לגבי 'מרחיקין מצודת הדג מן הדג כמלוא ריצת הדג', ואמאי הרי זה הפקר? **ותירצו בכמה אופנים: א.** שם האיסור הוא מדין יורד לאומנותו של חברו. **ב.** אף בהפקר אם זה דבר שיכול להשיגנו בקלות – יש בו איסור, ולכן כיון שיכול להניח מצודתו במקום אחר – אסור. **ג.** מיירי באופן שהיו כעין גזל ולכן אסור.

3. עשיר המהפך בחררה בהפקר, מותר לאחר לבוא וליטלה ממנו, אף לדעה האחרונה שיש איסור בהפקר ומתנה, דמפני שעשיר הוא אין בו משום יורד עמו לחייו, אא"כ הוא דבר שאינו מצוי כמו קרקע, **כן כתב הר"ן (קידושין) בשם הרמב"ן;** כן מבואר להדיא בדברי הר"ן בקידושין, וכ"כ הסמ"ע (ו). אולם, הע"ש כתב שדין זה נאמר לחומרא, שאף לשיטת ר"ת ודעימיה לא התירו אלא בעני ולא בעשיר, ולעשיר אסור להפך בחררה אף בהפקר. ודחה דבריו הסמ"ע שהרי מבואר להדיא בדברי הרמ"א "אם לא בדבר שאינו מצוי דאז אפי' בעשיר מקרי רשע", דהא לאו הכי בעשיר אינו נקרא רשע, ומותר. וכתב שעל כרחך טעות סופר יש בדברי הע"ש.

4. דין זה הוא דווקא כשכבר פסקו הדמים ולא היו מחוסרין אלא מעשה קנין, אך אם הם עדיין בשלב של המשא ומתן ולא הגיעו לעמק השווה – מותר לאחר לקנותו, דאל"כ יפסיד המוכר שמיד שיבוא הא' לקנות וירצה ליתן פחות מהשווי יצטרך המוכר למכור לו, שהרי אין אחרים רשאים לקנותו; כ"כ הב"י בשם המרדכי.

פת"ש בשם הדרישה: אף כאשר עדיין הם מתעסקים בפסיק הדמים ולא סגרו מחיר סופי, ולולי שבא השלישי היו מסכמים ביניהם על המחיר – מיקרי השגת גבול, ולא אמרינן הכא אלא כאשר הלך הלוקח מהמוכר ולא נתרצו עדיין. **ותמה מדוע השמיט זאת בסמ"ע.**

5. כשנקרא רשע, האם חייב להחזיר החפץ? ר"ת – כן, כ"כ הריטב"א בקידושין בשמו. ריטב"א, וכתב הפת"ש שכן העלו האחרונים – לא, דלא אמרו אלא שנקרא רשע, אך לא שהמקח בטל. מהרי"ק, מהרש"ל, משאת בנימין, חמדת שלמה.

6. כשעשה כן במזיד, אף אם משיב החפץ כדי שלא יקרא רשע יש להסתפק האם תוקן בזה המעשה הראשון, אא"כ עשה כן דרך תשובה וחרטה; פת"ש בשם חמדת שלמה.

7. חרם דרבינו גרשום שלא להשיג גבול בשכירות בתים מן הגויים. וכתב הפת"ש (ד) בשם החת"ס, שאף רבינו גרשום לא ביטל הקנין אלא החרים שלא לעשות כן. וממילא אם עבר ועשה אע"פ שהקנין חל, אך אין לבי"ד להתערב ולהוציא מהשוכר את דמיו, כדי לא לסייע בידי עוברי עבירה.

8. ויש מי שכתב שהוא הדין גם במקום שנוהגים לשכור את ההלואה מהגוי, דהיינו כמו חכירות של בתי מרוח וכדו'; כ"כ המהר"ם פדואה סי' מא.

סעיף ב

אסור למלמד להשכיר עצמו לבע"ה שיש לו מלמד אחר בביתו, אם לא שיאמר בעל הבית: אין רצוני לעכב המלמד שלי. אבל אם שכר בעל הבית מלמד אחד, יכול בעל הבית אחר לשכור אותו מלמד עצמו.

כ"כ התוס' בקידושין לאחר שהביאו את דברי ר"ת "ומכאן נראה למהר"ר יצחק שאסור למלמד להשכיר עצמו לבעל הבית שיש לו מלמד אחר בביתו כל זמן שהמלמד בביתו שמאחר שהוא שכיר שם ילך המלמד במקום אחר להשתכר שם, אם לא שיאמר בעה"ב דאין רצוני לעכב המלמד שלו. אבל אם שכר בעה"ב מלמד אחד יכול בע"ה אחר לשכור אותו מלמד עצמו, ואינו יכול לומר לו הבעה"ב לך ושכור מלמד אחר - דנימא ליה אין רצוני אלא לזה שהרי כמדומה לי שזה ילמוד בני יפה ממלמד אחר". **וביאר הסמ"ע** שבהסברת הלימוד ועיונו אין כל המלמדים שווים, והרי זה כדבר שאינו מצוי. **ע"פ זה כתב הנה"י** שדין זה נכון רק אליבא דר"ת ודעימיה, שאין איסור בדבר כשאינו יכול להשתכר במקום אחר. אך לדעת רש"י והרמב"ן האיסור הוא בכל ענין! **וא"כ מוכח מכאן שהשו"ע אף הוא הכריע כדברי הרמ"א.**

אמנם, ע"פ כללי הפסיקה שבידינו פסק כ"א בתרא, שהם רש"י והרמב"ן. ואם כן צריך לתרץ באופנים אחרים, אולי משום שלימוד תורה שאני וצ"ע.

כאשר שכר את המלמד לזמן קצוב, ובא מלמד אחר והשכיר עצמו לבעה"ב לאחר כלות הזמן – אין בכך איסור; רעק"א. אא"כ הוא מקום שבו לא נמצאים מלמדים אחרים, ומסתמא דעת המלמד לא הייתה רק לזמן הראשון אלא לכל הזמנים.

ב"ה

סימן רמ

שני שטרי מכר היוצאים על שדה אחת מזמן אחד, ובו ד' סעיפים.

א-ב ב' שטרות היוצאים על שדה אחד, על שם קונה אחד, וזמנם שונה

כתובות מד. "אמר רב נחמן: שני שטרות היוצאים בזה אחר זה - ביטל שני את הראשון. אמר רב פפא: ומודה רב נחמן, דאי אוסיף ביה דיקלא - לתוספת כתביה. פשיטא, ראשון במכר ושני במתנה - ליפות כחו הוא דכתב ליה, משום דינא דבר מצרא, וכל שכן ראשון במתנה ושני במכר - דאמרין: משום דינא דבעל חוב הוא דכתב כן, אלא אי שניהם במכר, שניהם במתנה - ביטל שני את הראשון. מאי טעמא? רפרס אמר: אימר אודויי אודי ליה, רב אחא אמר: אימר אחולי אחליה לשיעבודיה. מאי בינייהו? איכא בינייהו: אורועי סהדי, ולשלומי פירי, ולטסקא".

סעיף א

שני שטרות היוצאים על שדה אחת בשם קונה אחד ואין זמנם שוה, אם היה האחד מתנה והשני מכר לא ביטל האחרון את הראשון, שיש לומר שלהוסיף לו אחריות חזר וכתב בשם מכר אף על פי שלא היה כתוב שם אחריות, שאחריות טעות סופר הוא. וכן אם האחד מכר והשני מתנה, קנה השדה מזמן הראשון, שלא כתב לו שטר מתנה אלא ליפות כחו משום דין בן המצר. הגה: או לשאר דברים שמתנה עדיפא ממכר. וצריך שלא יראה בבית דין רק האחרון, דאם מראה שניהן הראשון עיקר (טור). וי"א דאם האחרון במכר, אף על פי שמראה שניהם בבית דין, שניהן קיימין (טור שם בשם הרמ"ה).

1. אם היה שטר אחד במכר והשני במתנה או הפוך – כשרים, שלא נכתבו אלא ליפות את כוחו. כלומר שאם הראשון היה במתנה והשני במכר, בא לייפות את כוחו ולתת לו אחריות נכסים, דבשטר מכר אמרינן אחריות טעות סופר, משא"כ בשטר מתנה. ואם היה הראשון שטר מכר והשני מתנה, אמרינן שכתב לו מתנה כדי לייפות את כוחו דברים שיש במתנה יותר ממכר, וכגון שאין בה 'דינא דבר מצרא' ועוד דברים שמבוארים בסי' רטו, ו; סמ"ע.

2. הוציא את ב' השטרות בבי"ד: רמ"א בסתם – לעולם הראשון עיקר, שהרי כבר נתן לו אותו במתנה, ואינו יכול למכרה לו שוב; כ"כ הרא"ש, וכתב הב"י שצריך לתת טעם מדוע הרא"ש חולק. **רמ"א בשם י"א: אם** הראשון של מכר והשני של מתנה – הראשון עיקר, ולא יהיה לו יפוי כח של מתנה. אם הראשון של מתנה והשני של מכר – השני עיקר, שהרי זה כאילו מפורש בו תוספת שמבואר בסעיף הבא שמהני, שהרי המכר מוסיף לו אחריות נכסים; **כן דעת הרמ"ה והסכימו עמו הטור והב"י.**

אין הכונה שחכמים מלמדים אותו כיצד להערים ולשקר על בי"ד, אלא שמיידי כאשר הוא יודע בעצמו שהשני לא נכתב אלא לייפות את כוחו, אמרינן לו שיוציא את השני בלבד, כיון שאחרת בי"ד לא יאמינו לו; נתיבות א.

סעיף ב

היו שני השטרות במכר או שניהם במתנה, אם הוסיף בשני כלום הרי הראשון קיים, שלא כתב השני אלא מפני התוספת. ואם לא הוסיף, בטל שטר השני את הראשון, ואין לו אחריות אלא מזמן שני. לפיכך כל הפירות שאכל הלוקח מזמן ראשון עד זמן שני, מחזיר אותם. ואם היה על אותה שדה חוק מלך בכל שנה, הנותן או המוכר נותן אותו החוק עד זמן השטר השני. הגה: וכל שכן אם כתב לו תחלה שדה שלימה, ואחר כך חצי שדה (ר"ן פרק נערה). שכיב מרע שאמר: תנו מנה לפלוני, וחזר ואמר כך, אין לו אלא מנה אחת הואיל ולא אמר עוד תנו (מרדכי פרק נערה והגהות מרדכי דב"ב).

היו שני השטרות שווים, ששניהם מכר או מתנה:

1. אם הוסיף בשטר השני עוד משהו, כגון שנתן לו עוד דקל וכדו' – שניהם קיימים, דאמרין שלא כתב לו השני אלא בשביל התוספת.

כתובות מד. הנ"ל ונחלקו הראשונים בפירוש דברי רב פפא "ומודה רב נחמן, דאי אוסיף ביה דיקלא - לתוספת כתביה". **רש"י נקט** דהיינו כמו הדין שנאמר קודם לכן בב' שטרי כתובה היוצאים כאחד, שהכוונה שהוא יכול לבחור את אחד השטרות, והכא נמי או שיהיה הראשון עיקר ויהיה לו אחריות מזמן הראשון ולא יהיה לו את הדיקלא או שיהיה השני עיקר, ויקח האחריות מהזמן השני ויקבל את הדיקלא. **אולם, הרא"ש והרמב"ם פירשו** שלעולם השטר הראשון קיים בנוסף לשטר השני, וגובה האחריות מהזמן הראשון ואת הדיקלא מכח השטר השני. **והקשה הרא"ש** מאי שנא מכתובה

דלא אמרינן הכי אלא כרש"י!! **ותירץ** דשאני שטר כתובה שכאשר רוצים להוסיף עליו כותבים בשני 'מוסף על שטר הקודם', וכיון שלא כתבו כן איכא למימר שנתכוון שיבחר לו את אחד השטרות. משא"כ במקח וממכר שכשמוסיפים לא מפרשים בשני שהוא מוסיף, וממילא אמרינן שלא נכתב השני אלא כדי להוסיף על הראשון. **וכן פסק השו"ע**..

2. לא הוסיף בשני כלום – השני קיים והראשון בטל. ולפיכך:

א. אין לו אחריות אלא מזמן השטר השני.

ב. את הפירות שמזמן הראשון עד השני מחזיר למוכר. מה הדין אם אכל את הפירות? שו"ע – צריך לשלם למוכר את דמיהם. סמ"ע ונתיבות בשם הטור – אינו צריך לשלם דמיהם, דרק פירות בעין צריך להשיב לו.

הנתיבות (ג) ביאר שהטור פסק כרב אחא שהטעם הוא משום מחילה, וסבר כתוסי שאפשר למחול אף על גוף השדה, שהרי כתבו שבע"ח של מוכר שהלוח לו לאחר זמן השטר הראשון גובה מיד הלוקח, כיון שאחולי אחיל. ולא כר"ן שחלק עליהם וכתב שמחילה לא מהני על גוף השדה שהוא בידו, ובע"ח כה"ג אינו גובה. ונמצא שהמוכר גובה את הפירות שבעין, כיון שהלוקח מחל לו אותם. אך מה שכבר אכל אינו גובה, דלשלם הפירות שכבר אכל לא מהני מחילה. אולם, השו"ע פסק כרפרם שהטעם משום דאודויי אודי ליה ולא מטעם מחילה, ונמצא שאף פירות שכבר אכל צריך לשלם לו, שהרי הודה לו שאכלם שלא כדין.

ג. המוכר צריך לשלם המיסים שעל השדה עד זמן השטר השני. וכתב הנתיבות שמשמע אפי' כשמודה המוכר שהשטר הראשון אמת – צריך לשלם הטסקא, דבמקרה בו הוא נוטל הפירות פשיטא שצריך לשלם הטסקא. אלא שזה דווקא כאשר המלך תובע את המוכר, ובכה"ג אין למוכר יכולת להוציא מיד הלוקח שהודה שהשטר הראשון אינו כלום, דהמע"ה.

ד. לא מרעינן שאר שטרות שיש ללוקח, אע"פ שהם חתומים עם עדי השטר הראשון; נתיבות.

גמ' הנ"ל ונחלקו הראשונים כמי לפסוק! הרמ"ה, הרמב"ן והרא"ש פסקו כרב אחא, שהשטר השני לא מכחיש את הראשון אלא הרי הוא מתכוון למחול על האחריות מזמן השטר הראשון. וכתב הרא"ש ג' טעמים לפסוק כרב אחא: א. כיון שיש מח' ולא ידעין כמאן לפסוק, מעמידים את העדים על חזקתם שהם כשרים ולא מרעינן להו מספק. ב. גם למקבל יש חזקת כשרות ולא אמרינן שזיף השטר. ג. קרקע בחזקת המקבל עומדת מכח השטר הראשון, ולא נבטל חזקתו מספק. **אולם, הרמב"ם, הטור והשו"ע** פסקו כרפרם, הסובר שהרי זה כאילו מודה הקונה שהשטר הראשון היה מזויף, - או שהוא זיף את חתימות העדים, או שהם חתמו לשקר - וכתבו שטעמו מפני שקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת, שכל זמן שאין לנו שטר ברור וכשר – לא יצאה מרשותם.

מדוע לא הזכירו הרמב"ם והשו"ע את הנפק"מ שהובאה בגמ' 'לאורועי שטרא' – שכל השטרות שתחת ידו החתומים עם העדים הללו פסולים, שהרי הוא הודה שהם עדי שקר או שהוא יודע לזיף את חתימותיהם!! תירץ הנתיבות (ב) שכל היכא שאנו יכולים להצדיק השטר ולהכשיר העדים נעשה זאת, שהרי יש לעדים הללו חזקת כשרות, וא"כ מדוע שלא נאמר שהשטר הראשון נכתב למוכר – שהרי 'כותבין שטר למוכר אע"פ שאין ללוקח עמו' – ולבסוף לא מכרו באותו זמן, ומכרו רק לאחר מכן ונמצא שהשני עיקר והראשון אינו כלום ואין העדים פסולים!! כיון שהסוגיא אזלא אליבא דאביי הסובר 'עדיו בחתומיו זכין לו', וכיון שנכתב למוכר ונמסר ללוקח זוכה למפרע מאותו הזמן, וא"כ האפשרות היחידה לפסול את השטר היא לומר שהעדים שיקרו או שהוא זיף חתימתם! אולם לדידן דלא קי"ל כאביי נמצא שאפשר לומר שהשטר הראשון נכתב כדי להשתמש בו ולבסוף לא השתמשו בו, ואע"פ שאין עושין כן לכתחילה שמא טעו העדים וחשבו שמותר לכתוב וכתבו לו, ונמצא שאע"פ שאנו פוסלים את השטר הראשון – איננו מרעים את שאר השטרות שיש לו, אע"פ שהם נחתמו עם אותם עדים!

ה. **טען שקנה בשטר הראשון, ואח"כ חזר ומכרו למוכר וקנה ממנו בשטר השני – נאמן**, אלא שכאן מיירי שלא טען כך אלא טען שלא יצא השדה מרשותו מהזמן הראשון, וממילא הרי הוא כמודה שלא חזר ולקחה לאחר מכן, דומיא ד'כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי'; נתיבות ג.

ו. **ביתומים בכה"ג טענינן להו שאביהם לקחה ומכרה וחזר ולקחה**, ולא מרעינן שום שטר; נתיבות הנ"ל.

ז. **דין זה הוא רק כשהוחזקו ב' השטרות בב"ד קודם טענתו**, אך אם הוציא ומיד טען קודם שהוחזקו נאמן במיגו; נתיבות הנ"ל.

ח. **כאשר מודים שניהם שלקחה ומכרה וחזר ולקחה, אלא שמחולקים מתי הייתה המכירה – אזלינן בתר המוחזק**, דומיא דמחליף פרה בחמור שאין ידוע ברשות מי ילדה, הכא נמי אנו מסופקים אם הפירות נולדו ברשות לוקח או מוכר. כאשר אין מוחזק וכגון שהפירות באגם, אזלינן בתר מ"ק דהוא הלוקח, כיון שהיום ודאי השדה ופירותיה שלו. לגבי המס – למי שתובע המלך עליו להביא ראיה להוציא מחברו; נתיבות (ד).

3. שכיב מרע שאמר תנו מנה לפלוני, וחזר ואמר כן פעם שנית – אין לו אלא מנה אחד, כיון שלא אמר שיתנו עוד מנה; כ"כ הרמ"א בשם המרדכי.

ג-ד ב' שטרות היוצאים על שדה אחד, על שם קונים שונים וזמנם שווה

סעיף ג

שני שטרות שזמנם ביום אחד והם כתובים על שדה אחת, בין במכר בין במתנה, אם [אין] דרך אנשי המקום לכתוב שעות, הרי הדבר מסור לדיינים, כל שדעתם נוטה להעמיד שדה זו בידו, יעמידו. הגה: וי"א שאין דין דין שודא דדייני רק בדין מומחה ובקרקע (טור בשם ר"ח). ויש אומרים דאף במטלטלים, כל שאין אחד מוחזק בהן (שם בשם ר"י כ"כ התוס' שם ובמרדכי).

1. **שני שטרות של שני קונים שונים**, שיוצאים על שדה אחת, וזמנם שווה דהיינו שנכתבו באותו יום ואפי' אנו יודעים שאחד נכתב בבוקר ואחד בצהריים, והוא במקום שלא כותבים שעות, - שודא דדייני.

כתובות צד. "אתמר: ב' שטרות היוצאים ביום אחד, רב אמר: חולקין, ושמואל אמר: שודא דדייני". ומסקנת הגמ' היא ששמואל ודאי סובר כר' אלעזר שעדי מסירה כרתי. ומח' היא האם שודא עדיף או חלוקה עדיפה.

2. **שודא דדייני הוא אומדן דעת הדיין**, למי נראה לו שבאמת הוא מכר; כשיטת רש"י, הרשב"ם והרמב"ם בביאור שודא דדייני, שהוא כפי ראות עיני הדיין למי נראה לו שהתכוון הנותן לתת. ולא שיטת תוס' והרא"ש בשם ר"ת שהכוונה שיעשה הדיין מה שהוא רוצה.

3. **י"א ששודא דדייני הוא רק בדין מומחה**, כ"כ ר"ח והביאו הרמ"א.

4. **האם דין שודא הוא גם במטלטלין?** ר"ח – לא, ר"י – כן, וכן דעת התוס' והרא"ש.

כתובות צד. "אמיה דרמי בר חמא כתבתינהו לנכסה לרמי בר חמא בצפרא, לאורתא כתבתינהו למר עוקבא בר חמא. אתא רמי בר חמא לקמיה דרב ששת, אוקמיה בנכסא. אתא מר עוקבא לקמיה דרב נחמן, אוקמיה בנכסא. אתא רב ששת לקמיה דרב נחמן, א"ל: מ"ט עבד מר הכי? א"ל: ומ"ט עבד מר הכי? א"ל: דקדים, א"ל: אטו בירושלים יתבינן דכתבין שעות! אלא מר מאי טעמא עבד הכי? א"ל: שודא דדייני, א"ל: אנא נמי שודא דדייני! א"ל: חדא, דאנא דיינא ומר לאו דיינא; ועוד, מעיקרא לאו בתורת הכי אתית לה". **וכתבו התוס' בשם ר"ח "דקבלה בידו דשודא דדייני דוקא במקרקעי ודוקא דין מומחה כרב נחמן בדורו** דהא רב ששת גברא רבה הוה ואמר ליה רב נחמן אינך דין לעשות שודא דדייני". אולם, הם עצמם חלקו עליו בנקודה ששודא דדייני הוא אף במטלטלין ולא רק בקרקעות.

5. **כאשר המסירה של השטרות לא הייתה ביום הכתיבה:**

למ"ד שאמרינן 'עדי בחתומיו זכין לו' – יחלוקו, דזכו שניהם למפרע בסוף היום.

למ"ד שלא אמרינן 'עדי בחתומיו זכין לו':

אם ידוע שנמסרו שניהם ביום אחד – שודא דדייני.

אם ידוע שהיו בימים שונים, אך לא ידוע מי קדם: בברי וברי ואינם מוחזקים – כל דאלים גבר. בשמא ושמא – יחלוקו.

כ"כ הנתיבות (ו) וטעמו מפני שב"ב לה. אמרינן שכאשר ליכא למיקם עלה דמילתא אמרינן שודא, הא לאו הכי אמרינן יכל דאלים גברי. והיינו מכיון שאין כותבין שעות אין דרך העדים לדקדק באיזה שעה נמסר השטר. ע"פ זה יוצא שכאשר נמסרו השטרות בימים שונים, שדרך העדים לדקדק בימים – זה נחשב כאיכא למיקם עלה דמילתא ולא אמרינן שודא.

סעיף ד

במה דברים אמורים, בשטר שאין בו קנין, אלא קנה שדה זו בשטר זה, שאין אנו יודעים מי הוא משניהם שהגיע שטרו לידו תחלה. אבל אם בכל שטר מהם קנין, כל שקדם לו הקנין זכה, וישאלו העדים. וכן אם היו שם עדים שזה הגיע לידו שטר מתנתו תחלה, קנה הראשון. הגה: מי שנתן מתנה לחבירו ופירש איזה מתנה נתן לו, כגון שנתן לו קרקע או מקום בבית הכנסת ומצר לו מצרים, ואח"כ נתן לאחר מקום בבית הכנסת סתם או קרקע סתם, ולא מצר לו מצרים, יש אומרים דאמרינן שמא מקום או קרקע אחרת נתן לשני, והמתנה

ראשונה קיימת (ריטב"א), ויש אומרים דאמרינן ודאי לא כוון אלא על מקום או קרקע הידוע לו, ומאחר שאין יודעין שיש לו מקום או קרקע אחרת, קנה השני. ודוקא במתנת שכיב מרע, שיכול לחזור במתנתו. אבל במתנת בריא, קנה הראשון בכל מקום (בית יוסף ס"ס רנ"ג בשם הרשב"א).

1. דין זה נאמר בשטרי מכר או מתנה שאין בהם קנין, אלא המסירה היא הקנין, וכיון שאיננו יודעים למי נמסר תחילה – עבדינן שודא דדייני.

כאשר ידוע למי נמסר תחילה, וב' המסירות היו באותו יום: סמ"ע – אזלינן בתר מי שנמסר לו קודם והוא קנה, ודלא כב"י שכתב שאף בכה"ג עבדינן שודא.

2. כאשר מפורש בשטר שנעשה קנין סודר על המכר או המתנה, מי שעשו לו קנין קודם – זכה, וצריך לברר זאת ע"י העדים, וכתב הטור דהיינו כאשר אותם עדים חתומים על ב' השטרות, דבכה"ג הם נאמנים לומר למי הקנה תחילה.

כאשר אין אפשרות לברר ע"י העדים: א. אם העדים מתו, או שהם לפנינו אך על כל שטר חתומים עדים אחרים: שודא דדייני, כיון שאף בכה"ג ליכא למיקם עלה דמילתא. ב. אם אותם עדים חתומים על ב' השטרות, ואינם לפנינו אך הם בחיים – כל דאלים גבר, שהרי איכא למיקם עלה דמילתא, דאע"פ שאין דרך העדים לדקדק בשעות, אך דרכם לדקדק באנשים ויכולים לדעת למי הקנה קודם, והוי כדבר שאיכא למיקם עלה דמילתא; נתיבות (ו).

3. בשטרי הלואות והודאות לא אמרינן שודא דדייני. כ"כ הרי"ף בכתובות (פ' הכותב מה: מדפי הרי"ף) והאריך בראיות. והר"ן בפרק עשירי פקפק בראיותיו של הרי"ף אך הודה לו לדינא, וכן כתבו התוס'. וטעמם מפני שאין שעבוד השטר חל אלא משעה שמוכח בתוכו, דהיינו משעה אחרונה של היום, ובאותה שעה כבר נמסרו ב' השטרות. והביא שם הר"ן שרבינו חננאל ובעל העיטור חולקים וסוברים שאף בשטרי הודאות והלוואות אמרינן שודא; אך לדינא הסכים עם הרי"ף.

הלכות מתנה

סימן רמא

המתנה במה תתקיים וכן המחילה, והנותן דבר שאינו מסוים, ובו י"ב סעיפים.

סעיף א

הנותן מתנה לחבירו, בין קרקע בין מטלטלין, אין המקבל זוכה בה אלא באחד מהדרכים שהקונה זוכה בהם, וכיון שקנה באחד מהדרכים ההם, אפילו שלא בפני עדים, קנה, אם שניהם מודים. אבל בדברים לא זכה המקבל, אלא כל אחד יכול לחזור בו. ואם אמר ליתן לחבירו מתנה מועטת, אם חוזר בו יש בו משום מחוסר אמנה. הגה: וע"ל סימן רמ"ט ולעיל סימן ר"ד סעיף ח'. ראובן שאמר לשמעון: בית לוי נתון לך, אף על פי שלוי מקבל קנין לקיים דבריו של ראובן, אינו כלום (ריב"ש סימן ר"ז).

1. הנותן מתנה לחבירו צריך להקנותה לו ע"י מעשה קנין, באותו אופן שהמוכר מקנה לקונה.

2. הקנין אינו צריך להיות בפני עדים, ד"ל אברו סהדי אלא לשקרי; קדושין סה: . הקצות הקשה הרי בגיטין וקידושין קי"ל שבעינן 'עדי חלות', ובלא עדים אפי' שניהם מודים אין חוששים לקידושין, וילפינן דין זה ממונות "ע"פ ב' עדים יקום דבר", והרי בממונות לא בעינן עדים! הרשב"א והשטמ"ק תירצו שילפינן ממונות כאשר האחד מכחיש. אולם, הקצות לא ניחא ליה בתירוץ זה, וביאר שאף בממון בעינן עדים, אלא שבממון יש לנו הודאת בע"ד שהתורה האמינתו על עצמו יותר ממאה עדים, ולכן בשעת הקנין יש לנו עדות שלו על עצמו, ואף אם אח"כ מכחיש, הלא בשעת המעשה היו עדים!

3. הבטחה לתת מתנה אינה מחייבת, דאמירה בעלמא אינה כלום.

האם כשחוזר בו מהבטחתו יש בו משום 'מחוסר אמנה'? במתנה מרובה – לא, ומותר לו לכתחילה לחזור בו. במתנה מועטת – כן.

ב"מ מט. "אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: האומר לחבירו מתנה אני נותן לך – יכול לחזור בו. – יכול, פשיטא! – אלא: מותר לחזור בו. – אמר רב פפא; ומודה רבי יוחנן במתנה מועטת, דסמכא דעתיה.".

4. ראובן שאמר לשמעון בית לוי נתון לך – אינו כלום, שהרי אינו שלו ואינו יכול ליתנו לו. ואע"פ שלוי עשה קנין לקיים דבריו של ראובן, שהרי אין בדבריו של ראובן ממש.

5. האומר לחבירו ליתן לו מתנה, והניח לו משכון על כך – אינו כלום, כמבואר בסי' רד, ה לגבי קנין; ש"ך ודלא כעיסור.

6. הנותן מתנה לזרעו של פלוני – זרע פסול וממזרים אינם בכלל, דלא איקרו 'זרע', רעק"א.

סעיף 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). כל מקום דמחילה אינה צריכה קנין, אי הקנה לו לפני עדים פסולים אפ"ה מחילתו מחילה (מהרי"ק שורש י"א /י'). ועיין לעיל ריש סימן קצ"ה. ולשון מחילה אינו שייך אלא במעות שחייב לו, אבל אם היה לו חפץ ביד חבירו ואמר ליה: מחול לך, אינו כלום (תשובת הרא"ש ומהרי"ק שורש צ"ד). ועיין לקמן סימן ר"ט ס"ד מדין מחילה. אדם שביקש מחבירו שימחול לו שבועה שיש לו עליו, ואמר: יהי כדברך, הוי מחילה אף על פי שלא אמר בפירוש (מרדכי פ"ק דסנהדרין) וע"ל סימן י"ב. כל מחילה בטעות יכול לחזור בו, אפילו קנו מיניה (שם במרדכי ומהרי"ק שורש קי"א).

1. מחילה אינה צריכה קנין, ובאמירה בלבד חלה. קידושין טז. "אלא שיחרור, שטר למה לי? לימא ליה באפי תרי זילי! וכו' אמר רבא, זאת אומרת: עבד עברי גופו קנוי". ומוכח שעצם השעבוד נמחל באמירה בעלמא, ורק מחמת שגופו קנוי לא מהני.

2. מחילה היא רק על חוב, אך חפץ שישנו בעין – צריך הקנאה; המהרי"ק הוכיח כן מע"ע שכיון שגופו קנוי לא מהני למחול עליו. וכתבו הקצות והנתיבות (ג) שאע"פ שדינו אמת, אך ראייתו תמוהה ביותר, שהרי בע"ע אף לשון מותנה לא מהני, שהרי גופו קנוי לאדון! (הקצות נקט שכיון שגופו קנוי לאדון, אין לו יד לזכות לעצמו, ואף בשטר אינו משתחרר אלא משום שגיתו וידו באין כאחד. והנתיבות נקט שכיון שגופו קנוי אין לו במה לזכות בעצמו, דבנפקד אמירה בעלמא מהני דווקא כשהחפץ נמצא ברשותו, ורשותו זוכה לו. אך כיון שהעבד הוא כרשותו של אדונו, אין הוא יכול לזכות בעצמו אלא בשטר). הקצות האריך להקשות על דברי המהרי"ט שעבד כנעני חשוב כמחזק בעצמו, שהרי הוא שייך לאדון כמו שורו וחמורו! ודווקא אם רבו מכרו לאחר וכתב שטר שחרור בלא זמן, יש לנו ספק האם השחרור קדם או הגט קדם ואין לאדון השני חזקת מ"ק על העבד, ורק בכה"ג אמרו התוס' שהעבד מוחזק בעצמו, ולא ישתעבד לשני מספק.

3. אם אמר לנפקד שהוא מקנה לו את החפץ שמופקד אצלו – קנה מיד, ובאמירה בעלמא סגי, אך בכה"ג אין זה מדין מחילה, שהרי א"א למחול על חפץ בעין, אלא שרשותו קונה לו מיד; (כן מוכח בנתיבות (ג) שקונה מדין חצר).

4. חוב שיש עליו שטר או משכון, האם ניתן למחול עליו באמירה בלבד? רמ"א – כן, כ"כ המרדכי. ש"ך – ספיקא דדינא, דבירושלמי יש מח' בזה. נתיבות (א), קצות (ב) – א"א להוציא את המשכון מיד המלוה. הקצות כתב שדין זה הוא מח' ראשונים בין המרדכי לריטב"א ולרשב"א (קידושין ח.), שאליבא דהריטב"א והרשב"א לא מועילה מחילה בחוב שיש עליו משכון, וכיון שהמלוה מוחזק בו א"א להוציא ממנו נגד דעתם. הנתיבות נוקט שבכל משכון יש לו קנין בגוף החפץ מדאורי, לענין שאינו צריך להחזיר המשכון עד שהלוח יחזיר לו מעותיו, ועל דבר זה א"א למחול כיון שהמשכון קנוי לו לגמרי לדבר זה. מלבד זה, במשכון הקנוי לו מדרי' יצחק (כגון שמשכנו ע"י ביי"ד לא בשעת הלואה) יש לו קנין בגוף החפץ שיכול למכרו ולהפרע ממנו, דבר שאין במשכון רגיל. נמצא שכאשר הוא מוחל על חוב שיש עליו משכון, המחילה מועילה לכוי"ע כדי למחול את שעבוד הגוף שיש על הלוח, ונמצא שאין המלוה יכול לחזור ולתבוע ממנו מעותיו. אך מאידך המשכון ממשיך להיות קנוי לו, לענין שהוא לא חייב להחזירו ללוח, עד שהלה יסכים להתפשר עמו.

מדוע בע"ע הייתה מועילה מחילה, אם גופו לא היה קנוי, הרי הוא לא גרע ממשכון? קצות – כיון שהוא משכון שאינו ברשות המלוה, אלא העבד מוחזק בעצמו, ומיד כשמחלו עליו היה זוכה במשכנו. **נתיבות –** בעבד אין לרבו אלא שעבוד הגוף, אך לא שעבוד נכסים, ולכן כשמחל לו על שעבוד הגוף שלו – שוב אין לאדון שום זכות בו, משא"כ במשכון רגיל.

5. אע"פ שמחל לו ועשה הקנין בפני עדים פסולים – אין בכך כלום, ולא אמרינן שכיון שהקפיד למחול בפני עדים ונמצאו פסולים – לא חלה המחילה. הסמ"ע והנתיבות הקשו הרי אף במקום שבעיני קנין, קנין בפני עדים פסולים הוא מועיל! הסמ"ע כתב שכוונתו שלא תימא שרצה לעשות קנין חזק, שיהיה דוקא בפני עדים כשרים. והנתיבות כתב שהדרכי משה נקט שעשה קנין פסול, כגון שלא ק"ס שאינו בכלי וכדו'.

6. אמירת 'יהי כדברך' לבקשת מחילה – הרי היא כמחילה.

7. מחילה בטעות אינה כלום, ואפי' עשו עליה קנין.

8. פת"ש הביא שהבית מאיר הסתפק האם במחילה בעינין שימחול דוקא בפניו, או שמא גם בינו לבין עצמו או לפני עדים מהני, וזכה חברו ואינו יכול לחזור בו! ומשמע שדעתו שמחילה מהני אף בינו לבין עצמו.

9. מחילה על תביעה: רעק"א בשם המבי"ט נראה לו שלא מהני אפי' בחוב או בשעבוד, דלא מחל על עצם החוב אלא רק על התביעה.

10. מחילה בטעות לא אמרינן אלא כשנתגלה למחל או לשניהם דבר שנעלם מהם באותה שעה, אבל דבר שנולד אחר המחילה לא הוי מחילה בטעות.

סעיף ג

המוחל לחברו מה שיטול מנכסיו, יכול לחזור בו קודם שיטול. אבל לאחר שנטל, מה שנטל נטל. ודוקא מטלטלים, אבל קרקע לא, אפילו דר והחזיק בה. וכן האומר לחבירו: מנה שיש לי בידך תנהו לזה, קנה ואין אחד מהם יכול לחזור בו, כמו שנתבאר סימן קכ"ו.

1. המוחל לחברו על מה שיטול מנכסיו – יכול לחזור בו קודם שנטל, אך אם כבר נטל – זכה; כ"כ הרשב"א בתשובה. ודוקא במטלטלין, אך לא בקרקע, דלא שייך מוחזק בקרקע; סמ"ע יא.

מדוע מהני מחילתו קודם שחזר בו, הרי א"א למחול על חפץ? סמ"ע – מיירי כשמחל באופן המועיל. ש"ך – בכה"ג מהני בכל ענין, כיון שמוחל לו על התביעה שתהיה לו עליו, לאחר שיטול מנכסיו; או שלא מחל על חפץ מסוים. **נתיבות**

– המחילה לא מועילה, אך לאחר שנטל ממונו ושתק, אמרין שמחל לו, ודומיא דמקנה לחברו פירות דקל שאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה, דמחילה ומתנה בטעות כה"ג – קנה. ועל הש"ך הקשה, א"כ אף בגזל חפץ מחברו מהני מחילה, שהרי יש לו תביעה עליו! ועוד שאף בפקדון יש לו תביעה על הנפקד (לשיטתו, דהקצות סובר שבפקדון אין על הנפקד שום חיוב כלפי המפקד).

2. האומר לחברו מנה שיש לי בידך תנהו לפלוני, במעמד שלשתן – קנה ואינו יכול לחזור בו, וכבר נתבאר דיניו בסי' קכו.

סעיף ד

י"א שכשם שהמוכר צריך לסיים הממכר, כך הנותן. כיצד, הכותב לחבירו: קרקע מנכסי נתונה לך, או שכתב לו: כל נכסי נתונים לך חוץ ממקצתם, הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו ואינו ידוע, לא קנה כלום, ואינו יכול לומר לו: תן לי פחות שבנכסיד, עד שיסיים לו המקום שנתן לו. אבל אם אמר לו: חלק כך וכך בשדה פלונית, הואיל וסיים השדה, אף על פי שלא סיים החלק, נוטל אותו חלק מהפחות שבאותה שדה. ויש חולקין ואומרים שבין במכר בין במתנה יכול להקנות דבר שאינו מסוים (וע"ל ריש סימן ר"ט וסימן ס' ס"ב מד"ן זה).

1. **האם אפשר למכור דבר שאינו מסוים?** י"א – לא, א"כ מוכר חלק שאינו מסוים בתוך שדה או מקום מסוים; כן דעת רש"י, ר"י מיגש, הר"ף והרמב"ם. י"א – כן, כן דעת התוס', הרא"ש, הרמב"ן והטור.

גיטין ח: "הכותב כל נכסיו לעבדו – יצא בן חורין, שייר קרקע כל שהוא – לא יצא בן חורין; ר"ש אומר: לעולם הוא בן חורין, עד שיאמר כל נכסי נתונין לפלוני עבדי חוץ מאחד מריבוא שבהן". וכתבו רש"י והר"ף שטעמו של ת"ק (ואף ר"ש לא נחלק עליו בהא) שאמר שאם שייר קרקע כל שהוא לא קנה כלום בנכסים, הוא מפני שבכל קרקע וקרקע יכול לדחותו ולומר לו דזוהי דשייר, וכן דעת הר"י מיגש וכן פסק הרמב"ם. אמנם, כאשר מכר לו קרקע מסוימת, אלא ששייר לו חלק ממנה – קנה. אולם, התוס' במקום ושאר חכמי הדורות (כלשונו של ה"ה) חלקו עליהם, ואמרו שכמו שכאשר שייר חלק מקרקע מסוימת קנה, ה"ה הכא אלא שיד המוכר על העליונה ליטול את מה ששייר מהיכן שירצה, והוכיחו כן ממנחות קג: "בית בביתי אני מוכר לך ונפל – מראהו נפול" שמוכח שקנה אע"פ שאינו מסוים, וכן מכתובות קט: "דיקלא לברת" שמוכח שקנתה אע"פ שלא היה דקל מסוים! והכס"מ כתב ליישב שמירי שם שמכר דבר שאינו מסוים בתוך מקום מסוים.

כמי הלכה? פת"ש בשם הטי"ז – כיש חולקים, וכתב בשם שו"ת עבודת הגרשוני שאף דעת השו"ע כן, דדוקא בסתם ויש אומרים הלכה כסתם שהיא הדעה הראשונה, אך כשמביא את ב' הדיעות בשם י"א הלכה כ"י"א בתרא.

סעיף 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 מכין 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.

1. הנותן מתנה בסתם, יכול המקבל לעשות בה כל חפצו. אבל אם פירש ואמר שאינו נותנו לו אלא לענין מסוים – הוי מתנה רק לענין זה, ולא לשום דבר אחר, ואע"פ שאינו יכול להקדישה.

נדרים מח. "מעשה באחד בבית חורון שהיה אביו מודר הימנו הנאה וכו'. אמרו חכמים: כל מתנה שאינה שאם הקדישה תהא מקודשת – אינה מתנה". **והקשו הראשונים הרי במתנה ע"מ להחזיר אינו יכול להקדישה!?** הראב"ד תירץ שאף כאן יכול להקדיש את הזכות שיש לו במתנה, והנותן יצטרך לפדות את הזכות הזאת מן ההקדש. ובדומה כתב בתורא"ש שיכול להקדיש קדושת דמים כל זמן שהיא בידו עד שיחזירנה. אולם, הרשב"א כתב שאין זה מחוור וכתב בשם הרמב"ן "דלא אמרו שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה אלא במתנת הערמה כמתנת בית חורון וכו', דלא אמרו אינה מתנה אלא במקום שמראין הדברים שהיא הערמה". ובדומה לזה כתב התורא"ש בתירוץ השני שדווקא ביכל מתנה שאינה דהיינו שלא התכוין ליתנו לו במתנה לשום דבר אלא רק כדי שיוכל לבוא אביו ולאכול, אבל אם נותן לו אפי' רק לענין אחד – הוי מתנה. וכ"כ הטור והשו"ע.

סעיף ו

הנותן מתנה ע"מ להחזיר, בין מיד בין לזמן קצוב או כל ימי חיי הנותן או כל ימי חיי המקבל, הויא מתנה לזמן הקצוב, בין בקרקע בין במטלטלין, ואוכל הפירות עד אותו הזמן; והוא שמחזירה לנותן לזמן הקצוב, אבל אם אינו מחזירה, נתבטלה המתנה.

הגה: לא קצב לו זמן להחזיר, יכול המקבל להחזיר לו כשירצה. ואם הוא דבר הצריך לנותן, כגון שהוא אתרוג בימי החג, ואמר: על מנת שתחזירנו לי, בודאי נותנו שיחזירנו לו בעוד שצריך לו וצריך להחזיר לו מיד. ואם אמר: על מנת שתחזירהו, ולא אמר: לי, יכול להחזיר כשירצה (תשובת רשב"א סימן אלף).

הנודר לחבירו ליתן לו מתנה, לא מהני אם נותן לו על מנת להחזיר (ריב"ש סימן שמ"א).

1. מתנה ע"מ להחזיר הוי מתנה, ודוקא אם החזירה לו לבסוף, אך אם לא החזירה – נתבטלה המתנה. קידושין ו: "אמר רבא: הילך מנה על מנת שתחזירהו לי, במכר – לא קנה וכו'. מאי קסבר רבא? וכו' ועוד, הא רבא הוא דאמר מתנה על מנת להחזיר שמה מתנה, דאמר רבא: הילך אתרוג זה על מנת שתחזירהו לי, נטלו והחזירו – יצא, ואם לאו – לא יצא! אלא אמר רב אשי: בכולהו קני, לבר מאשה, לפי שאין אשה נקנית בחליפין". **וכן איתא בב"ב קלז:** "אמר רבא: אתרוג זה נתון לך במתנה ע"מ שתחזירהו לי, נטלו ויצא בו, החזירו – יצא, לא החזירו – לא יצא. קא משמע לן: דמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה".

האם כשמחזירה לו צריך לעשות מעשה קנין? קצות – לא, נתיבות – כן. הרא"ש והריטב"א כתבו שצריך מעשה קנין כשמחזיר לו את המתנה, דהיא מתנה גמורה וחלוטה למקבל, אלא שצריך להחזירה לנותן. ולכן אמרה הגמ' שאין לתת לקטן לולב ביו"ט ראשון אפי' במתנה ע"מ להחזיר, כיון שאין הקנאתו הקנאה. **אולם, הקצות (ד) האריך הרבה בדין זה והסיק לחלוק על דבריהם ולומר שא"צ בקנין, וטעמו שמתנה ע"מ להחזיר היא קנין גוף לזמן, ולאחר הזמן פוקע הקנין וחוזר לנותן, וכמו שמצינו בדין 'אחר כך לפלוני'. וכתב שאע"פ שכתב הר"ן בנדרים (כט.) בשם הרשב"א שכל קנין גוף לזמן הוא קנין פירות – זה דווקא באישות אך לא בממונות. וכתב שדעת הרב אביגדור כהן צדק (מובא בשו"ת הרא"ש כלל לה, ב) כדבריו. ולכן הסיק לדינא שאף בלולב יכול ליתן לקטן במתנה ע"מ להחזיר ואף ביו"ט ראשון, והגמ' לא אמרה כן אלא במתנה גמורה. **הנתיבות (ה) כתב לדחות דבריו, שהר"ן הוכיח דבריו ממכר שדהו בזמן שהיובל נוהג שאינו מביא ביכורים, אלמא אף בממונות קנין הגוף לזמן חשיב כקנין פירות!** וכתב שלדינא כתבו כל הפוסקים ראשונים ואחרונים שבעי קנין כשמחזיר. ואף הפת"ש כתב בשם שו"ת חמדת שלמה כדבריו. **ובחזו"א (ח"מ) ליקוטים סי' יג, טו) דחה דברי הקצות, והקשה עליו מס' רמח, ג שכתב הרמב"א שאם נתן לראשון לי' שנים ואחריו לפלוני לא אמרינן שנתן לראשון אלא פירות בלבד ולא גוף, ומדוע לא אמרינן שהקנה לו הגוף לזמן?!** אלא העיקר שא"א להקנות גוף לזמן אלא במתנת שכ"מ ודוקא שם מהני אחריו. והוסיף שאף הרמב"ם שכתב שהקונה לזמן קצוב בונה והורס וכו' אין כוונתו שיכול לכלות את הקרן, שהרי לא כתב שרשאי למכור! אלא שכוונתו שיכול להשתמש בה בכל שימוש שירצה וכדרך העולם, אך כילוי הגוף לא שהרי זה כאילו הוא אוכל את הזמן שלאחר מתנתו. **ועיין בר"ש שקופ** במערכת הקניינים סי' ט שכתב שבדברי הריטב"א שהובאו בנמוק"י מוכח כקצות, וכתב שכן משמע מדברי הרשב"ם בסוגיא.**

פת"ש (ו) בשם החת"ס – אם מוחל לו התנאי מהני, וא"צ משיכה וקנין חדש, ונראה שלשיטת הקצות צריך קנין חדש, שהרי הקנין הראשון היה רק לזמן מסוים.

2. אם קצב זמן להחזירה לו – צריך להחזירה עד אותו הזמן, ואם לא קצב לו זמן – יכול להחזירה לו כשירצה, אא"כ ברור מתוך דבריו ומעשיו שכוונתו שיחזירנו לו לזמן פלוני, כגון אם נתן לו אתרוג בתוך ימי סוכות, ואמר לו 'ע"מ שתחזירהו לי', דכוונתו שיחזירהו לו כדי לצאת בו.

3. אף באתרוג אם לא אמר 'לי' – א"צ להחזירו לו בתוך החג, כמו שיתבאר בסעיף הבא.

4. הנודר לחבירו ליתן לו מתנה – צריך ליתן לו במתנה גמורה ולא במתנה ע"מ להחזיר, וכתב הסמ"ע שדווקא כשנדר על דעת חברו, אך בנדר סתם יוצא ידי"ח אף במתנה ע"מ להחזיר.

סעיף ז

לפיכך הנותן שור לחבירו וא"ל: על מנת שתחזירנו, והקדישו והחזירו, הרי זה קדוש. אבל אם א"ל: על מנת שתחזירהו לי, אינו קדוש, שלא התנה עליו שיחזיר לו אלא דבר הראוי לו. הגה: האומר לחבירו: שדה זו נתונה לך על מנת שתתן לי ר' זוז, ומת, בניו נותנין לו והמתנה קיימת, אף על גב דהאומר על מנת שתתן לי, לי ולא ליורשיו קאמר, שאני הכא דלא כוון רק שיתנו לו והרי נתנו (ב"י בסימן ר"ז בשם הרשב"א).

המתנה עם חבירו לתת לו חפץ פלוני, יכול לתת לו דמי החפץ, מה שאין כן בתנאי בגיטין (רבינו ירוחם נ"א ח"א).

1. הנותן שור לחבירו במתנה ע"מ להחזיר, והקדישו והחזירו: אם אמר לו ע"מ שתחזירהו – קדוש. אך אם אמר ע"מ שתחזירהו לי – אינו קדוש, שאין זו חזרה שהרי אינו ראוי לו. אך אם נותן לו דמי השור הרי זו חזרה, והשור קדוש, ודווקא בהקדש גבוה אך לא בצדקה והקדשות דידן וכמו שיתבאר בסעיף 3.

ב"ב קלז: "אמר רבא אמר רב נחמן: שור זה נתון לך במתנה על מנת שתחזירהו לי, הקדישו והחזירו - ה"ז מוקדש ומוחזר וכו'. אלא אמר רב אשי: חזינן, אי אמר ליה על מנת שתחזירהו - הא אהדריה, אי א"ל על מנת שתחזירהו לי - מידי דחזי ליה קאמר ליה"

הנתיבות (ה) הקשה הרי כדי להחזירו הוא צריך להקנותו לו, וכיון שהקדישו אינו שלו ואינו יכול להקנותו! **ותירץ שמדובר כשהקדישו לשלמים**, דקדשים קלים ממון בעלים ויכול להקנותו. **אמנם בנמוקי יוסף** כתב להדיא שיכול אף למכרו! וביאר הנתיבות שהוא סובר כשיטת הר"ן בקידושין לגבי האומר 'על מנת שלא תנשאי לפלוני והלכה ונישאת שהולך ממזרי שבכה"ג אמרינן שכוונתו לגרשה לגמרי כדי לאפשר לתנאי להתקיים, ולכן הוא מגרשה כדי שיחולו הקידושין ומיד לאחר מכן הם פוקעים מחמת התנאי, ולא אמרינן כיון שפסקה פסקה כיון שלא פסקו עולמית אלא רק על מנת שיתבטל התנאי. והוא הדין הכא שההקדש פוקע לשעת ההחזרה כדי שיוכל להקנותו חזרה, ומיד אח"כ שב וחל. אמנם, ע"פ דברי **הקצות** בסעיף הקודם לא קשה כלל, כיון שלא בעי קנין בהחזרה.

2. האומר לחברו 'על מנת שתתן לי מאתיים זוז' ומת: אם מת מקבל המתנה – נותנים בניו והמתנה קיימת, דלא אכפת לו מי נותן לו. כ"כ הבי"ב בס"י רז בשם הרשב"א. אך אם מת הנותן – אינו יכול ליתן ליורשיו, דילי ולא ליורשי משמע, ורצה שיתן לו בדווקא.

3. אם התנה עמו שיתן לו חפץ פלוני – יכול ליתן לו דמיו, ודוקא כשאינו בעין, כגון שהקדישו או מכרו או נתנו במתנה, אך אם הוא בעין ורק נדר ליתנו – חייב להחזיר החפץ עצמו.

גיטין עז: "אם אמר לה ע"מ שתתני לי איצטליתי ואבדה איצטליתו, איצטליתי דוקא קאמר לה, רבן שמעון בן גמליא אומר: תתן לו את דמיה" וק"ל כרבנן, אך זהו דווקא בגיטין כמו שאמרינן שם "ורבה אמר לך: אנא דאמרי אפילו לרבנן, עד כאן לא קאמרי רבנן התם - אלא דלצעורה קא מיכוין, אבל הכא משום הרווחה הוא". **ע"פ זה כתב הרא"ש** (קידושין פ"א, כ) שבמתנה ע"מ להחזיר אם הקדישה או שקידש בה אשה – יכול ליתן לו את דמיה. **וכ"כ רבינו ירוחם ותה"ד. וכתב הקצות** (ז) בשם תרומה"ד שהיינו דווקא בכה"ג שאינו בעין, אך אם הוא בעין חייב להחזיר לו את החפץ עצמו, וכמו שאמרינן בגמ' (עה). "אימור דאמר רשב"ג - היכא דליתיה בעיניה, היכא דאיתיה בעיניה מי אמר: "ו! וטעמו שודאי הקפיד שיחזיר לו את החפץ עצמו ולא את דמיו, אלא שכיון שנתנו לו במתנה וכדו' אמדינן לדעתיה שאינו רוצה שבשביל כך תתבטל המתנה ולכן הוא מוכן לקבל את דמיה. וע"פ זה כתב שבהקדשות דידן שלא אמרינן בהם 'אמירתו לגובה כמסירתו להדיוט' א"כ לא הוי אלא נדר והרי זה כאילו החפץ בעין וצריך להחזיר דווקא החפץ ולא את דמיו. ולכן השו"ע לא הזכיר כאן שיכול להחזיר דמי החפץ כיון שבהקדש דידן לא אמרינן הכי.

סעיף ח

נתן שור לחבירו על מנת להחזירו בתוך ל' יום, ומת בתוך הזמן, פטור מלשלם.

1. נתן חפץ ע"מ להחזיר ונאנס בתוך הזמן – פטור, אך אם המיתו בפשיעה – חייב; כ"כ הרשב"ם בב"ב קלז: ד"ה הרי זה מוקדש, וטעמו שאינו שואל ולא שומר אלא מקבל מתנה, ולכן אינו חייב אלא בפשיעה.

2. אף בגניבה ואבידה – פטור, כן מוכח מדברי הרשב"ם הנ"ל, וכ"כ הסמ"ע (כ). הנתיבות הקשה מדוע שיפטר? הרי אע"פ שאינו שואל אך מדוע שלא יהיה כשוכר, שהרי הוא חייב לשלם הפירות שאכל! ותיירץ שאע"פ שחייב לשלם אך אין זה מדין שוכר, כיון שירד והשתמש מלכתחילה על דעת מתנה, אלא שחייב לשלם את הנאתו, ומשמע שזה מדין נהנה; ולכן אינו אלא כשומר חנם.

3. האם צריך להחזיר הפירות שאכל, או לשלם דמי השימוש? משנה למלך (פ"ג מהל' זכיה), שער המשפט – כן, המשנה למלך הסתפק בשאלה האם כשנאנס שפטור מלשלם הוא מפני שכל שנאנס לא נתבטלה מתנתו, או שהוא מפני שאע"פ שנתבטלה המתנה אך המקבל לא קיבל עליו דיני שמירה להיות כשואל, אך יש עליו דיני שמירה, והסיק שכן נראה לו עיקר שהרי חייבו אותו בפשיעה, א"כ מוכח שהמתנה התבטלה.

4. קיבל מתנה ע"מ להחזיר כדי לקדש אשה, ונאבד או נגנב מידה – חייב לשלם, נתיבות (ח). וטעמו שאם הוא לקחה בפירוש בלשון שאלה, פשיטא שדין שואל יש לו וחייב. אך אף אם לקחה בסתמא בתורת מתנה, הרי זה כאילו פשע בשמירתו, שהרי נתנה במתנה לאחר שאינו חייב בשמירתה, ולא דמי לשומר שמסר לשומר שמסרו לבן דעת שפטור, כיון שמסרו לאחר שקיבל עליו שמירה.

סעיף ט

כל הנותן מתנה על תנאי, בין שהתנה הנותן בין שהתנה המקבל, והחזיק המקבל וזכה בה, אם נתקיים התנאי נתקיימת המתנה, ואם לא נתקיים התנאי בטלה המתנה ויחזיר פירות שאכל, והוא שיהיה התנאי כראוי ע"פ מה שנתבאר בטור אבן העזר סימן ל"ח.

1. במתנה על מנת להחזיר, בין אם התנה הנותן או המקבל, ובסי' רז נתבאר שהרא"ש סובר שתנאי שהוא לטובת המקבל בעינין שיתנהו המקבל, או שיתנהו בתחילת המקח: אם נתקיים התנאי - נתקיימה המתנה, ואם נתבטל התנאי - נתבטלה המתנה, וצריך להחזיר כל הפירות שאכל.

2. כמו כן, צריך שיתנה ככל דיני תנאים שנתבארו באבן העזר סימן לח, דבעינן ד' דברים: א. תנאי כפול. ב. הן קודם ללאו. ג. תנאי קודם למעשה. ד. דבר שאפשר לקיימו. ונחלקו האם בעינן בנוסף תנאי ומעשה בדבר אחד. ודלא כשיטת הרשב"ם שבממונות לא בעינן כל דיני תנאים הללו.

סעיף י

האומר לחבירו: הריני נותן לך כך וכך על מנת שתעשה דבר פלוני, על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו. אבל אם אמר ליה: על מנת שלא תעשה, על הנותן להביא ראיה שביטל תנאו.

1. תנאי שהוא בקום ועשה - על המקבל להביא ראיה שקיימו. תנאי שהוא בשב ואל תעשה - על הנותן להביא ראיה שהמקבל עבר עליו. המהרי"ט כתב שנראה לו הטעם מפני שתנאי שהוא בקום ועשה המקבל יכול להוכיח שקיימו, ולכן חובת ההוכחה עליו; משא"כ בתנאי שהוא בשב ואל תעשה, שאינו יכול להוכיח כן. ולכן הסתפק במקרה שמת מקבל המתנה ואינו יכול להוכיח, אולי אף בכה"ג הוי כתנאי שהוא בשב ואל תעשה. אולם, הקצות (ח) ביאר שהטעם הוא מפני שאנו מעמידים את הדבר בחזקתו כמו שהיה קודם העשיה, ולכן תנאי שהוא בקום ועשה - צריך להוכיח שנעשה, אך תנאי שהוא בשב ואל תעשה א"כ מסתמא אמרינן שלא עשה, דמעמידים אותו על חזקתו.

סעיף יא

ראובן נתן ממונו לשני בניו, וריבה לזה ומיעט לזה והטיל תנאי על מנת שלא יוכל אחד מהם למכור שום דבר עד שיהא לקטן עשרים שנה, ועמד הגדול ומכר קודם שהיה לקטן כ' שנה, זה שביטל התנאי נתבטלה מתנתו מעיקרא ונשארה ביד אביו, ואחרי מות אביו ירשו הוא ואחיו הקטן, ומתנת הקטן קיימת וגם זכה בחצי מתנת אחיו.

כ"כ הרא"ש בתשובה והובא בטור, וטעמו שכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי, וכיון שנתבטל התנאי נתבטלה המתנה מעיקרא ונמצא כאילו הנכסים הללו לא יצאו מרשות אביו מעולם.

סעיף יב

בד"א, כשהיה תנאי זה כדין התנאים הקיימים על הדרך שנתבאר בטור אבן העזר סימן ל"ח, או שכתוב בסוף השטר: וקנינא מיניה כחומר כל תנאים וקניינים העשויים כתיקון חכמים, שאם לא כן המתנה קיימת והתנאי בטל. הגה: הקונה קרקע מחבירו באחריות, ונתנה אחר כך לאחר וטרפוה מן המקבל מתנה, אין הנותן צריך ליתן לו מה שטורף מן המוכר, אלא אם כן הקנה לו כל שעבודיו שיש לו על הקרקע (תשובת רמב"ן סימן צ"ו).

1. בעינן שיהא התנאי כשאר דיני תנאים, כמו שהזכרנו בסעיף ט, או שיכתוב בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים וקניינים העשויים כתיקון חכמים". ואם לא עשה כן - המתנה קיימת והתנאי בטל.

2. כאשר המתנה קיימת והתנאי בטל, האם חייב לקיים תנאו? קצות (ט) - כן, וטעמו שכל תנאי שבממון קיים, ונמצא שהוא חייב לו כמו שהתנו, אלא שאין על זה שם תנאי כדי לבטל המעשה. נתיבות (י) - לא, דלא מצינו שום פוסק שיכתוב כן, ולא הוי אלא פירוט מילי בעלמא.

הקצות (ט) האריך בדבר זה, ונקט שבמתנה ע"מ להחזיר ודאי שהתנאי קיים, שהרי לשיטתו אין זה מדיני תנאי אלא מדין מתנה לזמן, וא"כ פשיטא שאין צורך בזה בכל דיני תנאים. אולם, גם לשיטת הרא"ש והריטב"א שזה מתנה גמורה, אלא שמחויב ליתנה בחזרה מחמת התנאי, ובעינן לדיני תנאים, אך כל זה רק כדי שנאמר שהמעשה בטל אם לא קיים תנאו. אולם, בממונות גם כאשר התנאי לא נעשה כתיקון חכמים ואין עליו שם תנאי כדי לבטל את המעשה, אך הרי העסקה נעשתה על דעת התנאי הזה, וכל תנאי שבממון קיים, וכמו שאם התנה לשלם לו דווקא במעות מסויימים שחייב לקיים תנאו א"כ הכא נמי חייב לעשות מה שאמר לו, אע"פ שאין על זה דין תנאי. והביא ראיה מדברי הרשב"א ביבמות קו לגבי יבם שכפאוהו לחלוץ שסבר אביו לחייבה לשלם לו, ואע"פ שאין תנאי בחליצה "דכיון שאי אפשר לה לחליצה להתבטל הרי זה כשכירות, ולפיכך אי הגון לה מחייבין ליתן לה מדין שכירות", ולמד מכאן שה"ה לכל תנאי שבממון שמחייבים אותו לקיים תנאו שהתנה עבור אותו מעשה. (ונראה מדבריו שלא דווקא מדין שכירות, וכגון שעשה לו פעולה וכדו', אלא כל מה שהתנה לעשות או לשלם עבור המעשה - חייב לקיים דבריו). הנתיבות בתורת גיטין דחה ראייתו מחליצה, וכתב שדווקא שם שהוא דבר שתנאי לא מועיל בו אמרינן שכוונתה הייתה להתחייב לו מאתיים זוז.

אולם בדבר שמועיל בו תנאי, אלא שהנותן לא עשאו כראוי, יכול המקבל לומר שדעתו הייתה לקבל רק באופן שהוא יוכל לבטל את המעשה, אך לא להתחייב התחייבות מוחלטת מעכשיו, וכיון שהנותן לא עשה כן ולא התנה בצורה המועילה איהו דאפסיד אנפשיה.

3. הקונה קרקע באחריות ונתנה במתנה, ואח"כ טרפוה מיד המקבל, יכול הנותן לגבות אחריותו מהמוכר וא"צ ליתן מה שגובה למקבל, אא"כ נתן לו את הקרקע וכל השיעבודים שיש לו עליה.

4. כמה כללי תנאים שכתב הנה"ב (יא):

1. האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי. אם אומר 'על תנאי' וכדומה: ב"י (רז, יד) – לא הוי כמעכשיו. נתיבות – כל לשון חוץ מ'אם' הוי כמעכשיו.

2. תנאי כפול בממון: כתבו האחרונים שהמנהג שבקרקע צריך, אך לא במטלטלין.

3. אם המתנה ביטל תנאו, האם הוי כקיום התנאי? רשב"א – דווקא בממון, ובתנאי שהוא בקום ועשה מהני מחילה, דהרי זה כאומר 'הריני כאילו התקבלתי'. משא"כ בדברים שאינם של ממון, או תנאי שהוא בשב ואל תעשה – לא מהני. ר"ן – בכל דבר מהני, דאמרינן שהרי זה כאילו אמר בשעת התנאי שהוא דווקא אם יקפיד עליו באותה שעה. הר"ן הקשה שהרי בע"מ שאני כהן ונמצא לוי – אע"פ שקפיד לא מהני! ותירץ המחנה אפרים שבממון וכדו' יש המקפידים ויש שלא, ולכן אמרינן שהרי זה כאומר 'על מנת שאקפיד', משא"כ בכהן ולוי ליכא למימר הכי. והנתיבות דחה דבריו שהרי אף בממון יש מומין גלויים שכולם מקפידים עליהם ואפ"ה אמרינן שיכול למחול. ואם הקפיד כששמע, אך אח"כ מחל? ב"ש – תנאי בדבר של ממון מהני, בדבר שאינו של ממון – לא מהני. קצות – אף בממון לא מהני, ויכול השני לחזור בו, דכל היכא שהאחד יכול לחזור בו – גם השני כן, כדמוכח בהונאה. נתיבות – הב"ש מיירי שהקפיד בזמן שעדיין לא הגיע קיום התנאי, ולכן השני לא יכל לחזור בו באותה שעה. אך בתנאי שהוא לשעבר, ברגע שהקפיד נתבטל המעשה ושוב לא מהני חזרתו.

4. תנאי לשעבר: מל"מ – אין צריך לפרט התנאי, והקשה על זה מסוטה. והנתיבות תירץ שאף בתנאי לשעבר בעינן תנאי כפול דלא אמרינן מכלל הן אתה שומע לאו, אך שאר דיני תנאים לא בעינן. (ברשב"א בקידושין נ. משמע שאף כשא"צ במשפטי התנאים בעינן תנאי כפול, ולא אמרינן מכלל הן אתה שומע לאו).

ב"ה

סימן רמב

דין מתנה באונס ומסירת מודעה ומתנה טמירתא, ובו י' סעיפים.

סעיף א

הנותן מתנה מחמת אונס שאנסוהו ליתן אינה מתנה, ואפילו קיבל עליו אחריות נכסים בשטר, ואפילו אם אינו מוסר מודעה, אי ידעין באונס אינה מתנה. לפיכך המוסר מודעה על המתנה, כתבין ליה אף על גב דלא ידעין באונסיה, שהרי אפילו היתה המודעה שקר כיון שגילה בדעתו שאינו חפץ במתנה הרי היא בטלה.

1. מתנה שניתנה באונס – אינה מודעה, ואינו דומה למכר שתליוהו וזבין זביניה זביני, דאגב האונס והמעות שמקבל גמר ומקני. משא"כ במתנה כשאינו מקבל תמורה – לא גמר ומקני.

ב"ב מ. "אמרי נהרדעי: כל מודעה דלא כתיב בה אן ידעין ביה באונסא דפלגיא, לאו מודעה היא. מודעה דמאי? אי דגיטא ודמתנתא, גלויי מילתא בעלמא היא!" מבואר שהמודעה רק מגלה לנו שלא היה ברצונו של הנותן לתת, ולא דמי למכר שבו הוא מתרצה למכור תמורת המעות שמקבל.

2. אע"פ שכתוב אחריות נכסים בשטר – המתנה בטלה, דמסתמא אנסוהו גם על האחריות, אך אם ידעין שלא אנסוהו לכתוב אחריות – המתנה קיימת, ואפי' מודעה לא מהני על כך, דמוכח שנתרצה ונתנה ברצון.

דין זה כתבו הטור בשם רבינו יונה. והקשה הסמ"ע הרי בסימן רה, ג כתב הרמ"א להיפך שמתנה שיש בה אחריות נכסים הרי היא כמכר! והט"ז (בסימן רה) נוקטים שבסתמא אמרינן שאנסוהו אף על האחריות. ולכן תירץ הסמ"ע ששם מייירי שהם חלוקים אם היה אונס למכור או לתת, וכיון שיש אחריות אמרינן שסתמא זה היה מכר. אך כשכולם מודים שהייתה מתנה, אע"פ שיש אחריות לא מהני, אא"כ ידוע שכתב אחריות בלא שאנסוהו על כך. אולם, מדברי הסמ"ע בסי' רה משמע שבסתמא אמרינן שכתב כן מרצונו, ורק כשידעין שאנסוהו על האחריות, המתנה בטלה. וכתב שם הנהיגות בשם הט"ז שכאשר ידוע שכתב את האחריות מרצונו, אף מסירת מודעה לא מועילה, שמכך שכתב אחריות מוכח שנתרצה וגמר והקנה בלב שלם.

3. אם ידיעין באונסו – המתנה בטלה, ואע"פ שלא כתב מודעה. אם לא ידעין באונסו, אך כתב מודעה – המתנה בטלה, כיון שגילה בדעתו שלא רצה ליתנה, ולכן אין צריכים עדי המודעה לידע באונסו, משא"כ במכר. כמו שמבואר בדברי הגמ' שהבאנו לעיל, שהמודעה היא רק גילוי מילתא, ולכן לא בעינן לידע באונסו.

סעיף ב

והיכא ידיעין באונסיה, ומסר מודעה ובטלה, לא מהני הביטול, כיון דאונס הוא אפילו אי לא מסר מודעה לא הוי מתנה. אבל אי מסר מודעה ולא ידעין באונסיה, ואחר כך ביטלה מדעתו, הוי ביטול, כיון שלא הכירו באונסו. ולכך נהגו לכתוב ביטול מודעה במתנה.

1. מסר מודעה וביטלה:

אם ידיעין באונסו – לא מהני הביטול, שהרי בכה"ג אף בלא מודעה המתנה בטילה.

אם לא ידעין באונסו – המודעה בטילה, ומתנתו קיימת. ולכן נוהגים לכתוב בשטרי מתנה שהוא מבטל את כל המודעות שמסר.

סעיף ג

כל מתנה, בין של בריא בין של שכיב מרע, צריך שתהא גלויה ומפורסמת. לא מבעיא אם אמר לעדים: תתחבאו וכתבו, אלא אפילו אמר סתם: כתבו לו, אינה כלום, אלא אם כן אמר: כתבו בשוקא וחתמו בפרהסיא, וכיוצא בזה. לפיכך כל שטר מתנה שאין כתוב בו: ואמר לנו הנותן שבו בשווקים וברחובות וכתבו לו מתנה גלויה ומפורסמת, וכיוצא בענין זה, חוששין לה שמא מתנה מסותרת היא, ולא זכה המקבל ואפילו אי

קנו מיניה. הגה: ואפילו תפס המקבל והחזיק במתנה, מוציאין מידו (טור בשם הרא"ש). מיהו אם החזיקו אותו במתנה מעכשיו, לא שייך בה סתר. ולכן אם כתב ליה בשטר מתנה: לך וחזק ביה מעכשיו, הוה ליה כאילו כתב: כתבוה בשוקא וכו' (ר' ירוחם נט"ו חלק ב') וע"ל סימן זה סעיף ז'.

1. מתנה צריכה להיות גלויה ומפורסמת, אך מתנה מסותרת – לא קנה. ולכן הנותן מתנה צריך לאמר לעדים "כתבוה בשוקא וחתמו בפרהסיא", ואם לא אמר כן, וכ"ש אם אמר לכתוב בסתר – לא קנה המקבל מתנה. ולכן אם לא כתבו העדים בשטר שאמר להם כן – השטר בטל.

ב"ב מ: "אמר רב יהודה: האי מתנתא טמירתא - לא מגבינן בה. היכי דמי מתנתא טמירתא? אמר רב יוסף: דאמר להו לסהדי זילו אטמורו וכתבו ליה: ואיכא דאמר, אמר רב יוסף: דלא אמר להו תיתבו בשוקא ובבריתא ותכתבו ליה. מאי בינייהו? איכא בינייהו סתמא וכו'. איבעיא להו: סתמא מאי? (דהיינו כמי הלכה, רשב"ם) רבינא אמר: לא חיישינן, רב אשי אמר: חיישינן. והלכתא: חיישינן".

הרא"ש כתב שטעמו של דבר מפני "שאנו אומדין דעתו שלא גמר לתת לו בנפש חפצה אלא שהוצרך לפניו לתת לו". וכן משמע ברשב"ם שהחסרון הוא מצד גמירות דעת הנותן. אולם, הרמב"ם כתב "שזה מערים כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן". מדברי הרא"ש משמע הטעם שאנו אומדים דעתו שלא גמר לתת לו. אולם, מהרמב"ם משמע שדין זה הוא מתקנת חכמים כדי שלא יוכלו להערים ולרמות, אע"פ שהנותן מתכוון להקנות לו.

2. אפי' אם עשו קנין על המתנה – לא מהני, הטור כתב שרבינו יוסף הסתפק בדבר, וכך היה נראה לו שהרי סתם קנין לכתובה עומד. וכן הסכים הרא"ש, וכ"כ הרמב"ם.

3. האם דין זה הוא מספק? לא, ולכן אפי' תפס המקבל והחזיק במתנה – מוציאין מידו, כן משמע מלשון השו"ע "לא זכה המקבל", וכ"כ בב"י להדיא בדעת הרמב"ם, וכ"כ הרמ"א.

לשון הגמ' הוא "לא מגבינן בה", וכן "והלכתא חיישינן", ומשמע שדין זה הוא מחמת הספק אך לא בודאי. **הרשב"ם** כתב כן שכאשר ציוה אותם בסתמא אז הדין הוא שלא מגבינן אך אם עברו והגבוהו אין מוציאין מידו. אך במתנה שציוה אותם לכתוב בסתר משמע מדעתו שאינה כלום. **הרא"ש נקט** שאע"פ שהלשון היא 'לא מגבינן בה' אך אין זה מספק אלא זהו דין ברור, ולכן אפי' תפס מוציאין מידו. עוד הוסיף שאף אם זה היה מחמת הספק לא מהניא תפיסה, שהרי זו תפיסה בטענת שמא שאינה מועילה. בנמוק"י משמע שאנו מסופקים האם הנותן התכוון למתנה או לא, ולכן מבחינתנו אין כאן כלום, ותפיסה לא מועילה אף במטלטלין כיון שמבחינת המקבל זוהי תפיסה בטענת ספק להוציא ממ"ק; אך אם הנותן אומר שהתכוון למתנה – המתנה קיימת, ולכן אם הוא מחזיק את המקבל בנכסים, או שהמקבל מחזיק בפניו ושותק – מהני.

הטור כתב בשם הרמ"ה שדעתו לחלק בין קרקע למטלטלין, שבקרקע מוציאין מידו כיון שאין תפיסה בקרקע, אולם במטלטלין אם תפס – לא מפקינן מיניה, וכשיטת הרמב"ם שתפיסה בספק מועילה. הב"י רצה לומר שאף הרמ"ה לא אמר את דינו אלא כשנתן בסתמא, אולם כשאמר במפורש לכתובה בסתר אף הוא מודה שמוציאין מידו, שאין זה מספק אלא מודאי. אולם, הטור הבין ברמ"ה שאף בכה"ג אין מוציאין מידו, ובהערות שבטור המאור כתבו שכן מפורש להדיא ביד רמ"ה. (ה"ה הביא שיש גאוניס הסוברים שדין זה הוא רק מחמת ספק, ולכן כשנראה לנו ברור שהוא התכוון למתנה, אפי' כתב השטר בסתמא – מתנתו מתנה).

מלשון הרמב"ם משמע שדין זה אינו מחמת שיש לנו ספק מהי דעתו של הנותן, אלא שחכמים ביטלו את המתנה לגמרי כדי שלא יבואו להערים. הרמב"ם נקט "לפיקד כל שטר מתנת קרקע" ונחלקו מה דעתו במתנת מטלטלין? ה"ה והב"י נקטו שאין חילוק בין קרקע למטלטלין ובכל ענין אינה כלום, ולא כתב מתנת קרקע אלא מפני שבמטלטלין לא מהני שטר לקנותם. אולם, הגר"א (י) הבין שהרמב"ם נקט בדווקא קרקע, מפני שאין תפיסה בקרקע, אולם במטלטלין מהניא תפיסה אף בספק, וכן כתב הלחם משנה. הקצות (ג) כתב שלולי דברי ה"ה היה נראה לו לחלק בין קרקע למטלטלין, שדווקא בקרקע שייך טעמו של הרמב"ם שיבוא לאבד ממון אחרים, אך במטלטלין כיון שיש לנו תקנת השוק שצריכים הבעלים לשלם לקונה את דמי החפץ שלהם שנגנב, ונמצא שהקונה לא יאבד את ממונו אלא רק יוצאו ממנו את החפץ, אולי בכה"ג לא תיקנו. וצ"ע בחילוק זה.

4. אם הנותן החזיק את המקבל בנכסים, או שכתב לו בשטר 'לך חזק בה מעכשיו' – קנה, דבכה"ג מוכח שדעתו היתה להקנות לו את המתנה; כ"כ הרמ"א בשם הנמוק"י והבאנו דבריו בסעיף הקודם. וצ"ע דעל פי טעמו של הרמב"ם נראה שהוא יחלוק על זה, שהרי אף בכה"ג יש חשש שיבוא אח"כ למכור את השדה הזאת לאנשים אחרים שלא ידעו שנתנה לאחר במתנה! ולא ראיתי שכתבו שהרמב"ם חולק על דין זה. ואולי מפני שבכה"ג שהמקבל מחזיק בשדה, אין חשש שהנותן יבוא למכרה לאחרים, שהרי הם רואים שהמקבל נמצא בתוכה.

5. אם ציוה לעדים לכתבו בסתר, אך ביאר שטעמו כדי שלא ישמעו בניו או יורשיו? לא הוי מתנה מסותרת; כ"כ הנמוק"י בשם המפרשים, והביאו רעק"א. טעמו שאע"פ שבמקרה בגמ' שנתן לבנו כדי להבריה מאשתו אמרינן שהוי מתנה מסותרת, אך התם שאני שאין רצונו לתת את המתנה כלל לא לבנו ולא לאשתו אלא שישאר בידו. אולם, היכא שרוצה לתת, אלא שרוצה שבניו או קרוביו לא ישמעו בדבר – הוי מתנה טובה.

סעיף ד

אם לא צוה לכתוב בפרהסיא, וצוה לחתמו בפרהסיא, כשר. ואף על פי שלא צוה ליתנו בעידי מסירה בפרהסיא, כשר. ואם צוה ליתנו בעידי מסירה בפרהסיא, כשר אף על פי שלא צוה כן על החתימה. (וכן אם צוה על החתימה שתהיה בפרהסיא ולא צוה על המסירה) (טור).

1. אם צוה לחתמו בפרהסיא כשר, אע"פ שלא צוה לכתבו בפרהסיא, כ"כ רבינו יונה וטעמו שאין צורך בכתיבה, שהרי אף אם מצא שטר בשוק וחתמו ונתנו הוי מתנה.

2. אם צוה ליתנו בעידי מסירה בפרהסיא – אע"פ שלא צוה לחתמו בפרהסיא – כשר; שהרי אנו רואים שדעתו ליתנו בגלוי ובנפש חפצה. והוסיף הרמ"א שה"ה אם צוה לחתמו בפרהסיא, אך לא צוה ליתנו בעידי מסירה בפרהסיא.

סעיף ה

יש מי שאומר דהאידנא לא חיישינן לסתמא, משום דנהיגי למיכתב בכל שטרי מתנתא הכי. הילכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם, דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים, הילכך הוי כאילו אמר: כתבוה בשוקא וחתמוה בפרהסיא. (ומכל מקום לכתחלה טוב לפרש בהדיא) (נ"י פ' חזקת מדבר ה"ר יונה).

1. יש אומרים שהיום אע"פ שלא אמר לעדים במפורש לכתבו בשוק, יכולים לכתוב בשטר שאמר להם כן, מפני שדעתו לכתוב השטרות כמנהג הסופרים. וכתב הרמ"א שלכתחילה טוב לפרש בהדיא.

הרשב"ם (מא. ד"ה והלכתא) והתוס' (מ: כתבו שכיון שהיום המנהג לכתוב בכל השטרות כן, א"כ אף כאשר הנותן אומר לעדים בסתמא לכתוב לו שטר מתנה, יכולים לכתוב שאמר להם כן, כיון שמסתמא דעתו שיכתבו לו שטר רגיל כמו שתקנו חכמים. הנמוק"י הביא דיעות בזה וכתב בשם רבינו יונה שנכון לשאול אותו שיפרש בהדיא, ולסמוך על זה רק בדיעבד. אולם, הטור הביא את דברי הרא"ש, והב"י כתב שהיה מקום להבין שדעתו שאע"פ שאין כתוב כן בשטר השטר כשר, כיון שברוב השטרות כך כתוב א"כ גם כאן לזה התכוונו. אך כתב שיותר נראה שכוונתו כפי מה שכתבו התוס' שרק כאשר הנותן לא מצווה את העדים, אז העדים יכולים לכתוב כן בשטר, כי מסתמא לכך הייתה כוונתו ואע"פ שאמר בסתמא, אך אם הלשון לא מוזכרת בשטר כלל – השטר בטל. וכן פירש כאן הסמ"ע את דברי השו"ע. הפת"ש הביא את דברי רעק"א בתשובה (קלט) שמסקנתו שקשה להוציא הקרקע מיד יורשי הנותן, וראוי לעשות פשרה ושהיא תהיה לטובת היורשים.

סעיף ו

שכיב מרע שצוה ואמר: לא תגלו מתנה זו ולא תודיעו בה אדם אלא לאחר מיתה, הרי זו מתנה קיימת, שבעת שהקנה אותו שהיא אחר מותו הרי אמר גלו אותה. מצוה מחמת מיתה אינו צריך לומר: גלו את המתנה, אלא אף על פי שהיא כתובה סתם אין חוששין לה שמא מסותרת היא.

1. **שכיב מרע שצוה שלא יגלו מתנה זו אלא לאחר מותו** – מתנתו מתנה, כיון שבשעה שבה חל הקנין, שהוא לאחר מותו, אמר שאפשר לגלותה; כ"כ הרי"ף והרא"ש בשם רב האי גאון, וכן פסק הרמב"ם בפ"ט מהלכות זכיה.

וכתב רעק"א בשם התשב"ץ שאפי' אומר 'אל תגלו כן אלא ב' שנים לאחר מותי' מתנתו קיימת.

2. **מצוה מחמת מיתה**, דהיינו ג' ימים לאחר שנפל למשכב, או שתקף עליו החולי אפי' בתוך ג' ימים; סמ"ע (יב), אפי' **צוה בסתמא מתנתו מתנה**, ולא חיישינן למתנה מסותרת; ג"ז כתבו הרי"ף והרא"ש בשם רב האי גאון, וכ"פ הרמב"ם. הכס"מ כתב ב' טעמים לחילוק זה: או מפני שבשעת מיתה אין חשש שעושה כדי להחניף, וכבר אבדה אהבתו ושנאתו. או מפני טרדתו אינו יכול להאריך ולומר 'כתבוה בשוקא' ודומיא שאינו צריך לומר 'כתבו ותנו'.

הקצות הקשה מה החילוק בין שכיב מרע למצוה מחמת מיתה? הסמ"ע ביאר שהחילוק הוא שמצוה מחמת מיתה הוא לאחר ג' ימים או שתקף עליו חליו, ורק בכה"ג אמרינן הכי. אולם, הקצות מיהא בזה. וכתב שנראה לו שאין חילוק, אלא שבשניהם אם אומר בפירוש לא לגלות – המתנה בטלה, ורק אם אומר לגלות לאחר מותו – מתנתו מתנה. וכן אם אומר בסתמא – מתנתו מתנה. והנתיבות כתב ששכ"מ היינו הנותן כל נכסיו, ולא ידעינן שהוא מחמת מיתה אלא מחמת האומדנא שאין אדם נותן כל נכסיו לאחרים, ולכן כשהוא מצווה לעשות כן בסתר – יש חשש שאולי עושה כן מפני חנופה ולא מחמת מיתה. משא"כ מצוה מחמת מיתה ודאי, שבכה"ג אין חשש ומשמע מדבריו שאפי' צוה כן בפירוש.

3. מצוה מחמת מיתה שאמר בפירוש 'כתבוהו בסתר'! הסתפקו האחרונים בדין זה: הקצות כתב שלטעמו של הכס"מ שאבדה אהבתו ושנאתו, א"כ אף בכה"ג המתנה קיימת. וכן אם נאמר שטעמו של הרמב"ם שחיישין שמא רוצה למכרה אח"כ, גם לא שייך חשש זה. אלא שמאידך אפשר לומר שלא פלוג חכמים, וכן מלשון הרמב"ם והשו"ע "אין חוששין לה" משמע שכאשר אומר במפורש להסתיר – אינה מתנה. **רעק"א הביא** שכן משמע מהשו"ע. אולם, כתב שדעת המהריק"ש להכשיר אפי' באומר בפירוש. **ומדברי הנהיבות משמע** שהבין שאף כשמצוה בפירוש המתנה קיימת, כיון שאין חשש כלל של חנופה בשעת מיתה.

4. מה הדין בהקדש? רעק"א בשם מהריב"ל והרשד"ם – אף במתנה להקדש שייך דין זה, ומשמע שההקדש לא זכה.

סעיף ז

י"א דמתנה טמירתא, אם החזיקו הנותן בנכסים או שהחזיק הוא בהם בפני הנותן ולא מיחה בו, קנה. (וכבר נתבאר סעיף ג').

סעיף ח

הכותב שתי מתנות על שדה אחת, הראשונה מסותרת או סתם, והשנייה גלויה ומפורסמת, אחרון קנה אפילו היתה הראשונה סתם (ולא אמרין דהראשונה הוי' כמודעא) (טור).

1. מתנה מסותרת, אינה חשובה כמודעה כדי לבטל את המכירה או המתנה שעשה לאחריה.

ב"ב מ: "אמר רבא: והוא מודעא לחברתה. אמר רב פפא: הא דרבא, לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר (פירש"ם ואינו נכון) דההוא גברא דאזל לקדושי אתתא, וכו' אתו לקמיה דרבא, אמר להו: לא מר קנה ולא מר קנה, מאן דחזא סבר: משום דהוא מודעא לחברתה, ולא היא, התם מוכחא מילתא דמחמת אונסא הוא דכתב לה, אבל הכא – מר ניחא ליה דליקני, ומר לא ניחא ליה דליקני."

סעיף ט

מי שהיו הדברים מוכיחים שאין דעתו ליתן מתנה זו, אפילו שנתנה במתנה גלויה, ונמצא שנתנה מקודם מתנה מסותרת, הרי שתי המתנות בטלות, הראשונה (מפני שהיא מסותרת, והשנייה) (רמב"ם) מפני שהדבר מוכיח שאינו רוצה והרי קדמה זאת המתנה שנמצא כמו מודעא לה.

סעיף י

מעשה באחד שרצה לישא אשה, אמרה לו: איני נשאת לך עד שתכתוב לי (כל) נכסידך. שמע בנו הגדול וצווח על שמניחו ריקן, אמר לעדים: לכו והחביאו וכתבו לו כל נכסי במתנה. ואחר כך כתב לה כל נכסיו ונשאה, ובא מעשה לפני חכמים ואמרו: הבן לא קנה והאשה לא קנתה, שהרי לא ברצונו כתב לה וכאנוס בדבר הוא, שהרי גילה דעתו במתנה הראשונה, אף על פי שהיא בטלה מפני שהיא מסותרת. (אבל אי לא היתה מתנה ראשונה, הוי' המתנה שנייה קיימת, דלא מקרי אנוס גמור) (טור).

1. **אע"פ שמתנה מסותרת אינה מודעה לחברתה, אך כאשר הדברים מוכיחים שלא רצה ליתן את המתנה השניה – הויא מודעה לחברתה,** כמו המעשה שבסעיף י.

ב"ב מ: "דההוא גברא דאזל לקדושי אתתא, אמרה ליה: אי כתבת לי כולוהו נכסידך הוינא לך, ואי לא – לא הוינא לך, אזל כתביה לה לכולוהו נכסי; אתא בריה קשישא, א"ל: וההוא גברא מה תהוי עליה? אמר להו לסהדי: זילו אטמורו בעבר ימינא וכתבו ליה; אתו לקמיה דרבא, אמר להו: לא מר קנה ולא מר קנה, מאן דחזא סבר: משום דהוא מודעא לחברתה, ולא היא, התם מוכחא מילתא דמחמת אונסא הוא דכתב לה."

2. **במעשה זה, כיון שלא היה עליו אנוס חיצוני לתת לאשה את המתנה, לא היינו מבטלים אותה לולי המודעה שמסר, דהיינו המתנה הראשונה.** שהרי היה בידו לא לשאת את האשה ולא לתת לה את כל נכסיו, אלא שכיון שרצה לשאתה לאשה הוכרח לכתוב לה את המתנה, ולכן לולי המודעה לא היינו מבטלים למתנה, **כ"כ הר"י מיגש והובא בטור, וכן הסכימו האחרונים לדינא,** אע"פ שבטור הובאה גם דעת ר"ח החולק וסובר שבכל ענין הייתה המתנה השניה בטלה, אלא שרק מחמת המכירה הראשונה ידעין באונסו.

ב"ה

סימן רמג

דין המזכה לחבירו על ידי אחר ורוצה הנותן או המקבל לחזור בו, ובו כ"ה סעיפים.

סעיף א

המזכה לחבירו מתנה על ידי אחר, כיון שהחזיק הזוכה בנכסים או בקרקע, או שהגיע השטר לידו, זכה המקבל ואין הנותן יכול לחזור בו; ויד המקבל על העליונה, אם רוצה מקבל ואם אינו רוצה אינו מקבל. הגה: ראובן שנדר מתנה לשלוחו של שמעון, יכול שמעון להוציאה מראובן, דשלוחו כמותו (הגהות מרדכי דקידושין).

1. המזכה לחבירו במתנה ע"י אחר, כיון שעשה הזוכה מעשה קנין עבור המקבל, זכה המקבל במתנה ואין הנותן יכול לחזור בו, דק"ל זכין לאדם שלא בפניו, ומבואר בגיטין יד. שמשעה שהגיע ליד הזוכה אין הנותן יכול לחזור בו. אולם, המקבל ידו על העליונה, רצה – מקבל, רצה – אינו מקבל; כן מוכח בב"ב קלח. שאף במזכה ע"י אחר לא נחלקו אלא בשתק ולבסוף צווח, אך צווח מעיקרא פשיטא שלא זכה.

2. אם נדר מתנה לשמעון ע"י שלוחו, יכול שמעון להוציאה מידו, ואינו יכול לומר לו 'לאו בעל דברים ידידי את', דשלוחו כמותו; כ"כ הרמ"א בשם הגה' מרדכי. ואע"פ שהנדר לא ידע שהוא נדר עבורו, כגון שנדר צדקה לגזברים ולא אמרו לו עבור מי הצדקה, אך כיון שלאחר מכן אמרו לו שהדירוהו עבור פלוני – הם נאמנים; ט"ז.

סעיף ב

בד"א, כשאמר לו: זכה במתנה זו לפלוני; אבל אם אמר לו: הולך לפלוני מנה זה, יכול לחזור בו כל זמן שלא הגיע ליד המקבל. ואם המקבל עני, אינו יכול לחזור בו (ואפילו בעשיר יש בו משום מחוסר אמנה) אם היא מתנה מועטת, כמו שנתבאר. הגה: (בעני) ביו"ד סימן רנ"ח סעיף י"ב (ובעשיר) לעיל סימן ר"ד ס"ח ולקמן סימן רמ"ט. אשת שמעון שנתנה מתנה בשעת חליה ונתרצה בעלה, ואחר כך רוצה לחזור, אם הוא מתנה לעני לא יוכל לחזור בו (מרדכי סוף פרק הזהב).

1. אם אמר 'זכה במתנה זו עבור פלוני' – כיון שזכה בה שוב אין יכול הנותן לחזור בו.

2. אם אמר 'הולך לפלוני מנה זה' – יכול לחזור בו כל זמן שלא הגיע ליד המקבל, ואע"פ שבהלוואה או פקדון אמרינן 'הולך כזכה', כמו שמתבאר בסימן קכה, שאני התם שהוא מחוייב ליתן למקבל את הממון הזה, לכן בקלות יכול לזכות חברו בשבילו. משא"כ במתנה שאינו מחוייב ליתנה, בעינן לשון מבוררת ומפורשת טפי; סמ"ע ג.

גיטין לב: "אמר אביי, נקטינן: שליח מתנה הרי הוא כשליח הגט; נפקא מינה? לחולך לאו כזכי דמי".

3. כאשר המקבל עני, אע"פ שאמר 'הולך' – אינו יכול לחזור בו, דהוי כנדר. הטור כתב הטעם מפני שיאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, וכתב עליו הבי"י שאינו מכון שלא נאמר דין זה אלא לגבי הקדש, אך לא לגבי צדקה. ולכן ביאר שכוונתו שבעני נעשה כנדר, ואינו יכול לחזור בו.

האם יכול להשאל על נדר זה? קצות (א), נתיבות (א), מחנה אפרים, סמ"ע וש"ך (סי' קכה) – לא, דכיון שנעשה עליו נדר ואמר לשון 'הולך' זכה בו המקבל על ידי הזוכה, שהרי בחוב אמרינן הולך כזכי. ובזה יישבו קושיית הבי"י על הטור מדוע לא נקט לשון 'אתן' אם טעמו מפני אמירתו לגבוה? שבאמירת אתן מהני שאלה על הנדר, אך באמירת הולך זכה בו המקבל מיד ושוב לא מהני שאלה, וכמי שמסר ליד הדיוט שלא מהני שאלה. התנומים בסימן קכה הסתפק בדיון זה, וטעמו שאולי אף הרשב"א לא כתב כן אלא באומר 'זכה' שרצה שיזכה עבורו וכאילו הגיע לידו, אך באומר 'הולך' שלא עשאו שליח להביא לו – לא, אא"כ הוא גבאי צדקה שידו כידם. אך הקצות דחה ספיקו, דכיון שהוי כנדר וחל החיוב עליו, נמצא שהולך בחוב כזכי דמי, וזכה המקבל.

אמירה לעני כשהממון אינו תחת ידו – כתב המרדכי שאינו נדר בכה"ג.

אם נדר לטרוח בגופו – המהרי"ק הסתפק האם בכה"ג אמרינן שהוי כנדר, והביאוהו הש"ך והנתיבות.

אמירה לת"ח – ע"י פת"ש בסי' קכה שהביא מח' זוה, שהכנה"ג כתב שדמי לעני והוי כנדר משום מצוה דיעץ חיים היא למחזיקים בה', ואינו יכול לחזור בו. והשבות יעקב חלק עליו.

אמירה לעני לזמן פלוני – כתב הפת"ש בסי' קכה בשם הבית אפרים שיכול לחזור בו כל שלא הגיע הזמן, ורק משיגיע הזמן הוי כנדר.

4. כאשר המקבל עשיר, אם חוזר בו במתנה מועטת יש בו משום מחוסרי אמנה, וכמו שנתבאר בסימן רד, ח.

5. אשה שנתנה מתנה בשעת חליה ונתרצה בעלה, ואח"כ רצה לחזור בו – אם המקבל עני אינו יכול לחזור בו. וכתב הב"ש שזה רק אם נתרצה בלא שהפצירה בו, והפת"ש חלק וכתב שאין דבריו מוכרחים.

6. אשה שצוותה לבעלה לתת מתנה לאחר מותו, ונתרצה – אין יורשיו מחוייבים ליתן, ואפי' אם המקבל עני; כ"כ הפת"ש בשם הפנים מאירות, וטעמו מפני שאינו חייב אלא מחמת נדר ואין היורשים מחוייבים לקיים נדרו, ובפרט כשלא נתרצה ליתן אלא לאחר מותו.

סעיף ג

דין אם אמר לו: תן לפלוני נתבאר בסימן קכ"ה.

סעיף ד

אפילו אם א"ל: זכי לפלוני, אינו קונה אלא אם כן הוא ברשותו; אבל אם אינו ברשותו, לא. ומיהו אפילו אם אינו ברשותו, לכשיבא לרשותו זכה בשבילו אם לא יחזור בו הנותן קודם שתבא לרשותו.

1. אף באומר זכה לפלוני, לא זכה המקבל אא"כ הגיע הממון ליד הזוכה או לרשותו, שקנאו בקנין חצר. אך אם לא הגיע לרשותו, כיון שלא זכה בו הזוכה לא זכה גם המקבל, ויכול הנותן לחזור בו כל זמן שלא הגיע לרשותו. ומיירי שהיה הממון ביד הנותן בשעת ההקנאה, דאי לאו הכי הרי זה דבר שאינו ברשותו שאינו יכול להקנותו כלל.

2. אם לא היה הממון ביד הנותן בשעת ההקנאה, אינו יכול להקנותו דהוי דבר שאינו ברשותו. אולם, אם הגיע ליד המקבל קודם שיחזור בו – זכה בו מדין מחילה בטעות. אך אם הגיע ליד הזוכה ולא הגיע ליד המקבל – יכול הנותן לחזור בו, דבכה"ג לא שייך מחילה בטעות, דבדבר שלא בא לעולם לא שייך בו שליחות, ולא הגיע ליד המקבל כלל; נתיבות (ג).

סעיף ה

דין אמר: הולך מנה לפלוני, ומצא שמת המקבל, נתבאר בסימן קכ"ה.

סעיף ו

אמר לשנים: זכו בשדה זו לפלוני וכתבו שטר עליו והחזיקו בשדה, יכול הנותן לחזור בו בשטר עד שיגיע ליד בעל המתנה, אף על פי שאינו יכול לחזור במתנה עצמה.

1. **אמר 'זכו בשדה זו לפלוני וכתבו לו שטר עליה'**, ועשו קנין בשדה – אינו יכול לחזור בו ממתנת השדה, שהרי כבר קנה המקבל על ידם; אך יכול לחזור בו מכתיבת השטר.

ב"ב עז. "רבה בר יצחק אמר רב, שני שטרות הם: זכו בשדה לפלוני וכתבו לו את השטר - חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה, ע"מ שתכתבו לו את השטר - חוזר בין בשטר בין בשדה". וכתב הרשב"ם "ואפי' אמר כתבו ותנו דכל זמן שלא בא ליד מקבל מתנה יכול זה לעקור שליחותו דאין עושין שטר בעל כרחו של נותן וכו'. ואף על גב דאמר' בחזקת הבתים (מ.) קנין בפני שנים ואין צריך לומר כתבו דסתם קנין לכתיבה עומד? הני מילי סתמא דמסתמא ניהא ליה למקנה שיכתבו שטר לקונה, אבל היכא דמחי לא כתבינן בעל כרחו". וכ"כ הראשונים.

2. **אע"פ שכתבו את השטר, יכול לחזור בו כל זמן שלא הגיע השטר ליד המקבל.** שהרי לא זכה בו כל זמן שלא הגיע לידו. ואם אמר להם בפירוש 'כתבו וזכו בשטר עבורי' וכתבוהו ורוצה לחזור קודם שהגיע לידו, יתבאר בסעיף יא שיש מח' האם יכול לחזור בו.

סעיף ז

אמר להם: זכו לו בשדה זו על מנת שתכתבו לו את השטר או על מנת שתתנו לו ק"ק זוז, אף על פי שהחזיקו בשדה יכול לחזור בו שלא יכתבו לו שטר או שלא יתנו לו ק"ק

זו ותבטל גם המתנה. ואפילו כתבו לו השטר, כל זמן שלא מסרוהו בידו, אם מיחה בהם מלמסרו לו, בטלה המתנה. הגה: וה"ה בשנים שעשו קנין שישאו זה את זה, ואמרו על מנת שיכתבו השטרות, ואחר כך חזר האחד קודם כתיבת השטרות ומוחה בכתיבת השטר, נתבטל הקנין הואיל ואמרו ע"מ שיכתבו השטרות (הרא"ש כלל ל"ד סימן ג') (וע"ל ריש סימן ל"ט סעיף ד').

1. אמר 'זכו בשדה זו לפלוני על מנת שתכתבו לו את השטר' – אם חוזר בו מכתיבת השטר, מתבטלת גם מתנת השדה, ואע"פ שעשו קנין בשדה. ואפי' כתבו השטר אך לא מסרוהו – יכול לחזור בו.

ב"ב עז. הנ"ל, וכאן כיון שהתנה נתינת השדה בכתיבת השטר, כאשר חוזר בו מכתיבת השטר – בטלה המתנה למפרע.

2. אמר 'זכו בשדה זו לפלוני על מנת שתתנו לו מאתיים זוז' – אע"פ שעשו קנין יכול לחזור בו קודם שיתנו לו מאתיים זוז, ותבטל המתנה. ואף אם יתנו מאתיים זוז בעל כרחו – לא מהני, מפני שהתנאי נעשה גם לטובתו כדי שיוכל לחזור בו כל זמן שלא נתנו.

הרא"ש הקשה על דברי הגמ' מדוע שלא יכתבו שטר למקבל בעל כרחו של הנותן ויתקיים המקח, שאילו היה מתנה עמם זכו בשדה לפלוני ע"מ שתתנו לו מאתיים זוז, היו יכולים לתת לו מאתיים זוז בעל כרחו של הנותן ותקיים המתנה! **ותירץ ב' תירוצים: א. בכתיבת שטר בעיניו של הנותן**, וכיון שהוא חוזר בו ולא רוצה שיכתבו, א"א לכתוב את השטר בעל כרחו! וממילא התנאי לא יכול להתקיים. **ב. במקרה של מאתיים זוז**, אינם יכולים לתת בעל כרחו של הנותן, **כיון שזה תנאי שהוא לטובתו של המקבל ואינו תנאי (ע"ן בסימן רז, א שכן היא שיטת הרא"ש שאלם שהתנה תנאים שהם לטובת חברו אינם כלום, דאין זה אלא פטומי מילי בעלמא). ואע"פ שאינו תנאי כלפי המקבל, ולכן אינם יכולים ליתן בעל כרחו של הנותן, אך לא אומרים שהמתנה קיימת והתנאי בטל לגמרי, כיון שיש בו צד של תנאי כלפי הנותן**, שכל זמן שלא יתנו מאתיים זוז – יוכל לחזור בו.

לכא"פ השו"ע היה צריך לפסוק כרא"ש רק לגבי הדין הראשון, ולא לגבי הדין השני! שהרי בסימן רז, א חלק על הרא"ש ופסק כרמב"ם שאף תנאי שהוא לטובת המקבל מהני! **תירץ הט"ז** שכאן אף החולקים על הרא"ש מודים שיכול לחזור, מפני שאף שהתנאי קיים כלפי המקבל, אך יש בו צד גם לטובת הנותן, שיוכל לחזור בו כל זמן שלא נתקיים! ולכן בכה"ג אינם יכולים לקיים את התנאי לאחר שחזר בו, והוכיח כן מדברי ה"ה.

3. קנין על קנסות שידוכים:

שנים שהשתדכו ביניהם ועשו קנס למי שיבטל את השדוכין, ועל הקנסות הללו עשו קנין והתנו הקנין בכך שיכתבו שטרות זה לזה, האם יכול האחד לחזור בו קודם שנכתבו השטרות? **רמ"א, סמ"ע, נתיבות** – כן ופטור מהקנסות, דכיון שנתבטל השטר נתבטל הקנין. **לבוש** – לא, כיון שכאן השטרות נכתבו לטובת שניהם, ובכה"ג התנאי חל. **קצות** – אם אחד חוזר בו, והשני רוצה שטר – יכול לחזור בו, שהרי א"א לכתוב שטר בעל כרחו ונמצא שהקנין בטל למפרע. אך אם השני מוותר על השטר – חייב לשלם את הקנס, דבכה"ג יכול לומר הריני כאילו התקבלתי, והקנין לא בטל.

הרא"ש כתב בתשובה שנידון זה דומה לדין שלנו, שכיון שהתנו את הקנין בכתיבת השטרות, ולגבי השטרות יכול כל אחד לחזור בו קודם שנכתבו – נמצא שאם חוזר בו אף הקנין בטל; **והביאו הרמ"א להלכה. הלבוש** (עיר שושן) **תמה** הרי הרא"ש אמר את דינו דווקא במקום בו הוא מתנה לטובת הקונה, ולכן התנאי בטל, אך הכא הרי זה תנאי שהוא לטובת המתנה, שהרי הוא רוצה שיהיה לו שטר על חברו שלא יוכל לחזור בו! **ולכן דחה את דברי הרמ"א, ופסק** שהקנין לא מתבטל, ואם חוזר בו צריך לשלם הקנס. עוד כתב שכיון שטעם החיוב הוא משום הבושת שגורם לו, אף אם יתבטל הקנין – צריך לשלם לו את דמי בושתו.

הסמ"ע האריך לדחות את דבריו, וכתב שהלבוש לא ראה שדין זה לקוח מתשובת הרא"ש. ותורף דבריו שבשטר הטעם אינו מפני שהתנאי הוא לטובת הלוקח, אלא מפני שבכתיבת שטר בעיני שליחות, וכיון שחוזר בו ואינו רוצה בכתיבת השטרות – א"א לכתוב שטר לחובתו בעל כרחו!

הקצות הסכים עם הסמ"ע בטעמו, אלא שכתב שכאן יש טעם אחר לקיים את דינו של הלבוש, והוא שבממון יכול אדם למחול על תנאו ולומר 'הריני כאילו התקבלתי' ונמצא שאף אם אחד ירצה לחזור בו מכתיבת השטר, אם השני יוותר על השטר – המקח קיים, והחוזר בו יהיה מוכרח לשלם את הקנסות שהתנו ביניהם! וביאר שהרא"ש בתשובה מיירי במקרה בו השני לא רצה לוותר על השטר, אלא הכריח את העדים לכתוב לו שטר בעל כרחו של הראשון, ובמקרה כזה א"א לומר הריני כאילו התקבלתי ונמצא שהקנס בטל שהרי א"א לכתוב שטר בעל כרחו של המתחייב בשטר! עוד כתב שאף אם אח"כ ירצה לוותר על השטר – לא יוכל, מפני שאף בממון אם הקפיד בתחילה לא יוכל אח"כ למחול על התנאי, ודלא כדברי הב"ש בסי' לח. **הנתיבות חלק על הקצות בב' דברים: א.** אע"פ שהשני לא רצה לוותר על השטר, אין זה נקרא הקפדה, דהקפדה היא דווקא שאומר שאינו רוצה בקיום המקח בלא התנאי, אך זה שראינו שרצה שיתקיים התנאי אין זה מוכיח שדעתו שאם לא יתקיים התנאי – יתבטל המקח. **ב.** במקרה שלנו לא מועילה אמירת 'הריני כאילו התקבלתי', דכיון שהתנו שיעשו ב' שטרות אע"פ שכביכול קיבלת שטר אחד, אך את השטר השני אני יכול

לבטל את שליחות העדים עליו, ונמצא שהמקח בטל. ולכאוי אינו מובן, שהרי הרוצה בקיום המקח אומר לחברו הריני כאילו התקבלתי ממך את שטרך, ואת השטר שאני צריך לכתוב לך – אני מוכן לכתוב, ואני לא מבטל את השליחות שעשיתי לעדים, וא"כ מדוע שלא יוכלו העדים לכתוב את השטר שהשני צריך לכתוב לראשון? אך נראה שהנתיבות הבין שלא מדובר ב' שטרות שכל א' כותב שטר שבו הוא מתחייב לחברו בקנין, (כהבנת הקצות), אלא ב' השטרות הם אותו הדבר, ובכל שטר יש התחייבות של ב' הצדדים כל אחד כלפי חברו, ולכן אף אם אתה מוותר על השטר שלך ואני לא מוותר על השטר שלי, אך השטר שלי צריך להיכתב גם מדעתך, וכיון שאתה לא רוצה לכתובו ואתה מבטל את שליחות העדים – נמצא שאין שום יכולת לכתוב אפי' שטר אחד, ונמצא שהמקח בטל.

סעיף ח

אפילו אם מכר שדהו ואמר לשנים: זכו לו בשדה זו וכתבו לו שטר והחזיקו בשדה, יכול למחות מלכתוב השטר (מיהו חייב באחריותו לגבות מבני חורין, אבל אינו טורף ממשעבדי' הואיל ומוחה בשטר) (טור). והלוקח יכול לחזור בו ולומר: לא קניתי אלא על מנת שתכתבו לי את השטר.

1. דינים אלו נכונים אף במכר, ולא רק במתנה; כדעת ר"י ולא כרבינו תם שהיה אומר שדין זה נכון רק במתנה, וכן הסכימו הראשונים. ויכול הלוקח לחזור בו ולומר לא קניתי אלא על דעת שתכתבו לי שטר.

הראשונים התקשו בשאלה מדוע יכול לחזור בו מכתבת השטר, הרי במכר קי"ל שהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים, ובמתנה אע"פ שכותב לו שטר אינו טורף ממשועבדים? ואדרבא יש מצוה לכתוב ללוקח שטר כדי שלא יוכל המוכר לחזור בו ולהוציא ממנו שלא כדין? **מכאן זה רצה ר"ת לומר שדין זה אינו אלא במתנה ולא במכר,** דבמתנה יכול לומר 'לא בעינא דליפוש שטרא עילואי' כיון שהעולם לא יודעים אם זה שטרי מכר או מתנה, ויבואו לחשוב שאני מוכר שדותי. אולם במכר אין שומעים לו, שהרי הלוקח מסתמא לקחה על דעת שיכתבו לו את השטר. **אולם, ר"י והרא"ש חלקו ואמרו שדין זה נכון בין במכר ובין במתנה,** ואף במכר שייך הטעם שלא ניחא ליה דליפוש שטרא עילוייה. והקשה הרא"ש על ר"ת שמה בכך שמסתמא הלוקח לקחה על דעת שיכתבו לו את השטר, הרי אף אם יתנה במפורש כן, ויעשו על כך קנין – יכול המוכר לחזור בו מכתבת השטר, מפני שזהו קנין דברים שאינו מועיל! אלא שכתבו שאם המוכר חוזר בו – יכול הלוקח לבטל את המכר ולומר לא בעינא לקנות בלא שטר. הנמוקי" כתב טעמים אחרים מדוע המוכר רוצה לחזור בו: א. מפני שאם יהיה לו שטר יוכל לגבות שעבודו בקלות, ולא יצטרך לטרוח ולחפש עדים. ב. מפני שבלא שטר נאמן המוכר לטעון 'טעיתי בחשבוני ואיני חייב לך כלום', אם לא ימצאו עדים במכירה, משא"כ כשיש שטר. ולכן כתיבת שטר היא חוב למוכר. אולם, הרא"ש חלק על טעמים אלו וכתב שטענות אלו אינם כלום ד"אן מחויבין לרדוף אחר הצדק שלא יפיק זממו לעוות הדין". **מדברי הראשונים נראה שהלכו בשיטת ר"י ולא חילקו בין מכר למתנה, וכן פסקו השו"ע והרמ"א.**

2. כשחוזר בו במכר מכתבת השטר, האם יכול הלוקח לטרוף ממשועבדים? סמ"ע, נתיבות – לא, אלא רק מבני חורין. **הסמ"ע** ביאר שהוא מפני שבכה"ג כשהמוכר חוזר בו מכתבת השטר, הרי זה מפני שאינו רוצה שיצא עליו קול שמכר שדותיו, ומסתמא העדים מקשיבים לו ולא מוציאים את הקול, ונמצא שהלקוחות לא יכולים להיזהר. **הנתיבות חלק ואמר** שהטעם הוא מפני שכאשר מוחה בעדי הקנין מלכתוב שטר נאמן המוכר לטעון פרעתי, אף למי"ד שאינו נאמן לטעון פרעתי נגד עדי קנין. ונמצא שאף אם הוא מודה שלא פרעו, אך אנו חוששים לפרעון ולא נפרעים מהלקוחות משום חשש קנוניא. **הגר"א – כן, ודברי ההג"ה שבסעיף זה שייכים לסעיף הבא,** לגבי החוזר בו ממתנה, דדוקא במתנה אף כשכתב לו אחריות אינו גובה אלא מבני חרי, דלית לה קלא. אולם, במכר כיון שיש עדים על הקנין טורף אף ממשועבדים, ואע"פ שחוזר בו מהשטר – אינו יכול לחזור בו מהאחריות. וכן מבואר בדברי רבינו יונה שהובאו בטור שהם מקור דין זה.

סעיף ט

יש מי שאומר דהא שחוזר בשטר היינו דוקא כשאומר לאחרים: זכו לפלוני, אבל אם אמר ללוקח או למקבל עצמו: זכה ואכתוב לך שטר, כיון שזכה אינו יכול לחזור מלכתוב את השטר. (מיהו חייב באחריותו לגבות מבני חורין אבל אינו טורף ממשעבדי' הואיל ומוחה בשטר).

1. דין זה שיכול המוכר לחזור בו מכתבת השטר, הוא רק כאשר הקנה לו ע"י אחרים, אבל אם אמר למקבל עצמו זכה בשדה זו ואכתוב לך את השטר, משעה שזכה בשדה נתחייב לכתוב לו את השטר, ושוב אינו יכול לחזור בו; כ"כ הטור בשם רבינו יונה, אולם מדברי שאר הראשונים נראה שלא חילקו בדבר. **ורעק"א פקפק בדין זה,** וכתב שאף בכה"ג לא מהני שהרי זה קנין דברים.

דין זה כתבו הטור בשם רבינו יונה, וכתב שטעמו מפני שכאשר מזכה לו ע"י אחרים אע"פ שאומר להם 'זכו בשדה זו וכתבו לו את השטר', עיקר מעשה הקנין שלהם הוא על הקרקע ולא על השטר. אולם, כאשר אומר כן למקבל עצמו, דעת הקונה היא לקנות דוקא את הקרקע עם שטר, ולכן כשזוכה בה מתכוין לזכות גם בשטר, ושוב אין הנותן יכול לחזור בו מלכתוב לו שטר.

רעק"א הקשה, הרי בסעיף הבא פסק השו"ע שאף אם יעשו קנין מפורש על כתיבת השטר – לא מהני, שהרי זה קנין דברים בעלמא, וכמו שכתב הרא"ש שאין שום דרך לעשות שלא יוכל הנותן לחזור בו מכתבת השטר קודם שיגיע השטר ליד הנותן. וא"כ מה בכך שכוונת הלוקח לזכות בשדה על דעת שיכתוב לו שטר, הרי א"א להתחייב דבר כזה? ונשאר בצ"ע. הפרישה כתב "ולא הוה קנין דברים דבהדי קנין השדה קונה ג"כ השטר", ואף דבריו צ"ע שהרי קנין דברים זה דבר שא"א לקנותו, ומדוע שיועיל הקנין על השדה לקנות את השטר?!

ואולי צ"ל שטעמו של השו"ע, ואולי זו כוונתו של הפרישה, שאע"פ שא"א לעשות קנין כדי להתחייב לכתוב שטר, דאין זה אלא קנין דברים בעלמא! אך אפשר לקנות קרקע שיכתבו עליה שטר, שזה סוג אחר של קנין קרקע. כלומר, יש אדם שקונה קרקע בשטר, ויש אחר שקונה קרקע בלא שטר, וזה מחיר אחר. אע"פ שהקרקע היא אותה קרקע, אך זה כביכול חלק מהמכר של הקרקע. ולכן בכה"ג כאשר הוא מתנה עם הלוקח, והלוקח בעצמו עושה את הקנין, א"כ ברור לו שהקנין הזה הוא רק על דעת שיהיה כאן שטר, ומה שהוא קונה כאן זה קרקע עם שטר, וזה לא קנין דברים אלא מקח אחר. ועדיין צ"ע.

סעיף י

אפילו קנו מידו על השטר, שאמר בפירוש: אני מקנה לכתוב את השטר ולא אוכל למחות, קנין דברים הוא ויכול לחזור בו.

כ"כ הטור והרא"ש.

סעיף יא

אפילו אמר: כתבו וזכו לו בשטר, יכול לחזור. וי"א שכיון שנכתב זכו לו, אינו יכול לחזור בו. הגה: אבל אם לא אמר להו: זכו לו, יכול לחזור בו אף על פי שנכתב השטר, כל זמן שלא בא ליד המקבל מתנה (טור בשם הרא"ש).

1. אם אמר במפורש כתבו וזכו לו בשטר, האם יכול לחזור בו לאחר שנכתב? שו"ע בסתם – כן, י"א – לא.

הטור כתב שכאשר אמר להם במפורש שיזכו בשטר יש אומרים שלאחר שנכתב קנה המקבל לשטר ואינו יכול לחזור. אולם, הרמ"ה כתב שאפי' הכי יכול לחזור בו, וטעמו מפני שבשעה שאמר להם לא היה השטר בעולם, וא"א להקנות דבר שאינו בעולם. הנהיגו כתב שיש מח' האם אפשר להפריש חלה מקמח: דעת התוס' בנזיר (יב) שא"א, כיון שאינו בעולם ואע"פ שהוא בידו לעשותו. אולם, יש חולקים וסוברים שכיון שבידו ללוש, לא מיקרי דבר שאינו בעולם, ואפשר להפריש חלה בעודו בקמח. ע"פ זה כתב לבאר טעם החולקים כאן וסוברים שאינו יכול לחזור, מפני שכיון שבידו לכתוב השטר כל שעה – לא מיקרי דבר שאינו בעולם. עוד כתב שמיירי דווקא כשהשטר נעשה לראיה בעלמא, דאם הוא שטר קנין וצריכים לזכותו למקבל לאחר הכתיבה, קי"ל שצריכים להימלך בו קודם, כמו באומר 'כתבו ותנו', ואינם יכולים להקנותו לו בלא הסכמת הנותן.

2. קודם שנכתב לכו"ע יכול לחזור בו. כן מפורש בדברי הטור, וכ"כ הסמ"ע, וכתב שזה לא כמו ששמע בדברי הלבוש שאינו יכול לחזור בו אף קודם שנכתב.

סעיף יב

שטר שכתוב בו שנתן קרקע לפלוני בקנין, אף על פי שלא בא שטר ליד המקבל אלא לאחר מיתת נותן, קנה.

1. שטר הנמצא ביד שמעון, שכתוב בו שראובן נתן קרקע לשמעון בקנין, אע"פ שלא הגיע ליד שמעון אלא לאחר מותו של ראובן – קנה, כ"כ הרא"ש בתשובה, וטעמו שהשטר אינו לקנין אלא לראיה בעלמא, וכיון שכתוב בו שהקנה ליד המקבל, זכה בו מחיים.

2. אם השטר עדיין לא הגיע ליד המקבל, אלא נמצא אצל הנותן – לא קנה, דכיון שיכל לטעון שלא הקנה לו אלא על תנאי, ביי"ד טוענין כן ליורשין. וכן אם השטר מושלש ביד אחר, ושכח כיצד הגיע השטר לידו או שמת – אין נותנין למקבל, ואם עבר ונתן – מוציאין מידו; כ"כ הסמ"ע.

אולם, הט"ז חולק וסובר שכיון שכתוב בשטר שהקנה לו – זכה, ואין חוששין לתנאי וכדו', אלא א"כ השטר ביד הנותן והוא טוען כן ויש לו מיגו. אך כשהשטר אצל שלישי וכדו' – נותנו ליד הזוכה.

סעיף יג

מי שמת, ונמצא אצלו מופקד שטר מתנה שנתן ראובן קרקע לשמעון, וראובן מת, יחזירו ליורשי נותן.

נפקד שמת, ונמצא אצלו שטר מתנה שנתן ראובן לשמעון, וראובן מת:

1. **אם אין כתוב בו קנין:** סמ"ע - יחזור השטר ליורשי הנותן, ואין חוששין שמא נתנו כבר לשמעון, ושמעון הפקידו בידו, דלא מוציאין את הקרקעות מספק; כ"כ הסמ"ע. ש"ך - אין מחזירין לאף אחד מהם, אא"כ ידוע שהנותן הפקידו אצלו שדווקא אז אמרינן שיחזרו ליורשי נותן, והכא מיירי כשידוע שהגיע לידו מהנותן.

2. **אם כתוב בו קנין:** סמ"ע - בסתמא מחזירין אותו ליד המקבל, אא"כ הוא נמצא קשור עם שטרות אחרים שמוכח מהם שהם של הנותן, דאז אמרינן שמיד הנותן הגיע לנפקד, ושמא כתב ליתנו ולא נתנו. ש"ך - אף בכה"ג מחזירין למקבל, דכיון שכתוב בו קנין, לא חיישינן להכי דמשעת קנין שעבד נפשיה.

3. **אם נמצא שטר הלואה בקנין:** אין מחזירין אותו ליד אף אחד מהם, ובטעם הדבר נחלקו הסמ"ע והש"ך: דעת הסמ"ע שחיישינן שמא כתב ללות ולא לזה, ודעת הש"ך שלא חיישינן להכי, אלא חיישינן שמא פרעו הלוה ומידו הגיע לנפקד. ועיין לקמן בסימן ר"ן סעי' כה שנחלקו בזה.

סעיף יד

אין אדם זוכה במתנה לחבירו עד שיהא הזוכה גדול ובן דעת, ואחד איש ואחד אשה, אפילו עבד אפילו אשת איש או שפחה (ודוקא מיד אחרים, אבל לא מרבו או מבעלה אלא במקום דזכיה לנפשיה) (המגיד פ"ד דזכיה), אבל העכו"ם אינו זוכה, הואיל ואינו ראוי לשליחות לעולם. וכשם שאין ישראל נעשה שליח לעכו"ם, כך אינו זוכה לעכו"ם.

1. אין זכיה אלא לגדול ובן דעת, בין איש או אשה, עבד או שפחה כנענית.

קידושין מב. "א"ר יצחק: איש זוכה, ולא הקטן זוכה". ובעירובין ע"ט: "כיצד משתתפין במבוי? וכו' ומזכה להן על ידי בנו ובתו הגדולים, ועל ידי עבדו ושפחתו העברים, ועל ידי אשתו. אבל אינו מזכה לא על ידי בנו ובתו הקטנים, ולא על ידי עבדו ושפחתו הכנענים, מפני שידן כידו". ומוכח שאפשר לזכות אפי' ע"י אשת איש, וכן ע"י עבד ושפחה כנענים שאינם שלו. ובגיטין סד: אמרה הגמ' שקטן אינו יכול לזכות לאחרים, ואע"פ שבעירובין מבואר שאפשר לזכות ע"י שפחה עברית שהיא קטנה, היינו מפני ששיתופי מבואות דרבנן והקלו בהם חכמים.

2. גוי אינו זוכה, כיון שלא אתי לכלל שליחות. וכן הישראל אינו נעשה שליח לגוי, ואינו זוכה עבור הגוי.

ב"ב ע"א: "רב אשי אמר: כי אמרינן אין שליחות לנכרי - הני מילי בתרומה, אבל בכל התורה כולה - יש שליחות לנכרי. והא דרב אשי בדותא היא, מאי שנא תרומה דלא - דכתיב אתם גם אתם; מה אתם בני ברית - אף שלוחכם נמי בני ברית. שליחות דכל התורה כולה נמי מתרומה גמרינן לה. **אלא דרב אשי בדותא היא.** איכא דאמרי, אמר רב אשי: כי אמרינן אין שליחות לנכרי - הני מילי אינהו לדידן, אבל אנן לדידהו הוינא להו שליח. והא דרב אשי בדותא היא. מאי שנא אינהו לדידן דלא - דכתיב אתם, גם אתם לרבות שלוחכם; מה אתם בני ברית - אף שלוחכם בני ברית, אנן לדידהו נמי, מה אתם בני ברית קאמר. **אלא הא דרב אשי בדותא היא.** רבינא אמר: נהי דשליחות לנכרי לית ליה, זכיה מדרבנן אית ליה. מידי דהוי אקטן, קטן לאו אף על גב דלית ליה שליחות אית ליה זכיה מדרבנן. הכא נמי לא שנא. **ולא היא, ישראל אתי לכלל שליחות, נכרי לא אתי לכלל שליחות.**" ומבואר שאין זכיה לנכרי, ואין הישראל נעשה שליח עבורו ואין הוא נעשה שליח עבור הישראל.

4. גוי נעשה שליח לגוי, ונפק"מ למכירת חמץ; ש"ך (ה) בשם שו"ת משאת בנימין.

5. זכין הוא מתורת שליחות, דנחשב כשליח המקבל ועומד במקומו לקבלה מיד הנותן; כ"כ הסמ"ע כז. וכ"כ התוס' גיטין סד: ד"ה שאני שזכיה היא מטעם שליחות. וכ"כ הר"ן בגיטין לא. מדפי הרי"ף שזכיה מטעם שליחות. ועיין בסמוך סעיף יח, בשאלה האם זכין לקטן מדאורי או מדרבנן, דאולי הוא תלוי בשאלה האם זכין מדין שליחות או לא.

סעיף טו

קטן שנותנים לו צרור וזורקו, אגוז ונוטלו, זוכה לעצמו. (ודוקא כשיש דעת אחרת מקנה לו, אבל במציאה, לא). (המגיד פרק ד' דזכיה ור"נ פרק התקבל). (ועיין לעיל סימן רל"ה). ואינו זוכה לאחרים. פחות מזה, לא לעצמו ולא לאחרים.

1. קטן שנותנים לו צרור וזורקו אגוז ונוטלו, יש לו כח לזכות לעצמו, אבל פחות מזה אינו זוכה אף לעצמו.

גיטין סד: "אמר רב יהודה אמר רבי אסי: צרור וזורקו, אגוז ונוטלו - זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים, חפץ ומחזירו לאחר שעה - זוכה בין לעצמו ובין לאחרים; כי אמריתה קמיה דשמואל, אמר לי: דא דא אחת היא. מאי דא דא אחת היא? אמר רב חסדא: אחד זה ואחד זה - זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים. מתיב רב חנינא וורדאן: כיצד משתתפין במבוי וכו' שאני שיתופי מבואות דרבנן". **ובדף סה.** "אמר רבא, ג' מדות בקטן: צרור וזורקו, אגוז ונוטלו - זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים, וכנגדן בקטנה - מתקדשת למיאון; הפעוטות - מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין, וכנגדן בקטנה - מתגרשת בקידושי אביה; הגיעו לעונת נדרים - נדריהן נדר והקדשן הקדש, וכנגדן בקטנה - חולצת; ולמכור בנכסי אביו, עד שיהא בן עשרים".

2. האם בעינן דעת אחרת מקנה? רמ"א - כן, וכן הסכימו הקצות, נתיבות, מחנ"א וחת"ס. ש"ך - לא, אלא כל קטן שהגיע לשלב זה, יש לו יד וזוכה מדאורייתא.

הראשונים הקשו שמהגמי' משמע שקטן יש לו זכיה, ואילו **בדף נט:** במשנה אמרין שמציאת חרש שוטה וקטן יש בהן גזל מפני דרכי שלום ואינו יוצא בדיינים! **התוס' והר"ן תירצו** שהכא מיירי ב'דעת אחרת מקנה' ולכן יש לו זכיה מדאורייתא, משא"כ במציאה. **הר"ן הוסיף** שאחרים תירצו שבדף נט: מיירי בקטן פחות משיעור של 'צרור וזורקו אגוז ונוטלו', ולכן אין בזה אלא מפני דרכי שלום. **הרמ"א נקט להלכה כתירוץ התוס',** שהובא גם בר"ן. **אולם, הש"ך (ו) האריך** לחלוק וכתב שאע"פ שמסתיתם הפוסקים לקמן בסי' ער נראה כרמ"א, אך תמה שמנלן להמציא חילוק שלא נזכר בש"ס, ועוד שאין סברא לחלק כן שכיון שיש לו כח לזכות במתנה, אי"כ מדוע שלא יזכה גם במציאה? ונקט לעיקר את חילוקו השני של הר"ן. עוד הוסיף שמהש"ס בב"מ י: נראה שלקטן יש יד מהתורה, ודווקא לגבי חצר נחלקו האם ילפינן קטן מקטנה שיש לה חצר, אך לא לגבי יד (ודלא כתוס' שם שזה רק מדרבנן). וכתב שכן מבואר בירושלמי.

אולם, הקצות (ה) והנתיבות (ט) תמחו שאדרבא בירושלמי מבואר להיפך מדבריו, שפחות משיעור זה אין הקטן זוכה כלל, והנותנו לו הרי הוא כנותנו באשפה! וכתב הקצות שטעם החילוק הוא שקטן פחות משיעור זה אין לו יד כלל, שהרי אינו יודע לשמור על מה שמגיע לידו והרי זה כנתינה לאשפה. **אולם, אף לאחר** שהגיע לשיעור זה ויש לו יד, אך אין לו כוונה ודעת לקנין, ולכן במציאה אינו יכול לקנות, **אולם במתנה** כיון שאיכא דעת אחרת מקנה - אי"כ לא בעינן כוונת הקונה דסגי בכוונת המקנה - ולכן בכה"ג זוכה מדאורייתא. אמנם, במציאה כיון שזה מפני דרכי שלום, נמצא שבכה"ג הוא זוכה בכל ענין ואפי' פחות משיעור זה.

3. קטן אינו יכול לזכות לאחרים, ואפי' על ידי דעת אחרת מקנה; דקיי"ל כשמואל, וכן דעת עולא.

הר"ן הבין מדברי התוס' בסוגיא שאף שמואל מודה שקטן יכול לזכות לאחרים מדרבנן, ונחלק עם רב יהודה רק בשאלה האם זה מדרבנן או מדאורייתא. **אולם, חלק עליהם** וכתב שמדברי רש"י והר"ף מבואר שאף לרב יהודה יכול לזכות לאחרים רק מדרבנן, ומינה דלשמואל אף מדרבנן אינו יכול. ושאיני שיתופי מבואות שהם דרבנן ושבהם הקלו חכמים שיכול לזכות, אך לא שתיקנו לו יכולת זכיה מדרבנן; וכן פסק השו"ע.

4. במילי דרבנן קטן יכול לזכות לאחרים מדרבנן; כן מבואר בגיטין סד: והביא זאת הש"ך ו.

הקצות (ג) הביא קושית תוס' (עירובין מט) שבעירובין מבואר שקטן אינו יכול לזכות בערוב לאחרים אליבא דשמואל, ואילו בגיטין אמר שמואל שבשיתופי מבואות יכול לזכות!! **ותירץ** שיש חילוק בין קטן לקטנה, ודוקא קטנה יכולה לזכות בערוב כיון שיש לה קנין חצר וחליפין, ועירוב הוא מתורת חליפין. **אולם, קטן** אע"פ שיכול לזכות לאחרים בשיתופי מבואות, אך זה רק במילי דשייכי בגוויה, וקטן זוכה לעצמו רק במשיכה ולא בקנין דמים או חליפין, ולכן גם אינו יכול לזכות לאחרים. **אולם, הנתיבות** הקשה על דבריו שהרי בעירוב הקנין הוא על הבתים, ובקרקע הרי אין לקטנה זכיה!!

5. האם אפשר לתת ה' סלעים של פדיון הבן לכהן קטן? פרי חדש, קצות - כן, הפר"ח כתב שבכל מתנות כהונה מהני, מפני ש'בדעת אחרת מקנה' זוכה הקטן מדאורייתא. **אולם, הקצות** כתב שבטובת הנאה כיון שאינה ממון לא חשיב דעת אחרת מקנה, אך בפדיון הבן כיון שיש על האב שעבוד הגוף ושעבוד נכסים הוי חוב גמור, ובכה"ג אמרין דעת אחרת מקנה. **נתיבות -** משמע מדבריו שא"א לתת לקטן, ואם נתן לקטן ונאבדו מידו - לא יצא ידי"ח. אמנם, אם אכלם הקטן ונהנה מהם - יצא ידי"ח, דהתורה לא חייבה להקנות לכהן, אלא שהכהן יהנה מהחמישה סלעים, שהרי אפי' תקפו כהן בעל כרחו - יצא ידי נתינה.

6. הקנאת מתנות כהונה ומתנות עניים לחרש שוטה וקטן: מתנות עניים - א"א לתת לחש"ו. מתנות כהונה - אפשר.

הקצות (ד) נקט **שבמתנות כהונה** כיון שאין לו בהם אלא טובת הנאה, לא שייך לומר בזה 'דעת אחרת מקנה' שהרי אין לו בהם ממון כדי להקנות. אלא שכתב שמתנות כהונה ממון כהנים הם וכבר זכתה להם בו התורה, והרי זה כירושה שיש לקטן. עוד כתב שכיון שהם 'חלף עבודתם' הרי זה כשכר פעולה, וקיי"ל שקטן זוכה בשכר פעולה מדאורייתא (כמו שמבואר בתוס' סנהדרין סח:). **אולם, במתנות עניים מבואר שאין הקטן זוכה בהם,** מפני שכתוב 'לעני ולגר תעזוב

אותם, וכיון שהתורה לא זיכתה אותם לעניים – א"א לתת לקטן שהרי הוא צריך לזכות במתנות ואין לו זכיה. כמו כן, כתב שכיון שקי"ל שבנתינת חוב בעל כרחו הוי נתינה לכו"ע (כדברי הרשב"א גיטין עה, וטעמו שכיון שהלוה רוצה להיפטר מחיובו אין אנו יכולים להעמידו בחובו בעל כרחו), וכיון שמתנות כהונה הם חוב, שהרי הם 'חלף עבודתם', וחוב ניתן לתת אפי' בעל כרחו, נמצא שניתן לתת מתנות כהונה אף לשוטה שאינו יכול לזכות אף בדעת אחרת מקנה. (ע"פ זה רצה לבאר את דברי הגמ' ביבמות צט: "ת"ר: עשרה אין חולקין להם תרומה בבית הגרנות, ואלו הן: חרש, שוטה, וקטן וכו'; וכולן משגרין להם לבתייהם וכו'". שהפ"ח רצה להוכיח משם שקטן יכול לקבל מתנות כהונה משום דדעת אחרת מקנה, והקצות האריך לדחות דבריו שהרי שם מייירי אף בשוטה, שאינו זוכה אף בדעת אחרת מקנה?!). אלא שלבסוף נשאר בצ"ע מדברי התוס' קידושין ח. שמתנות כהונה צריכי שומא, ומוכח שבעיני דעת הכהן ואינו יוצא ידי חובה בעל כרחו.

הנתיבות (ח) כתב לבאר שמתנות כהונה אינם שייכים לישראל כלל, אלא שהתורה זיכתה לבעלים בהם טובת הנאה שיוכלו לבחור למי ליתנם. ממילא, כאשר הישראל רוצה לוותר על הטובת הנאה שלו, יכולים כל כהן לבוא ולקחתם לעצמו, ולכן אפשר ליתנם אף לחש"ו. **אמנם, כאשר יש על הישראל חובת ביעור מעשרות, אינו יוצא ידי חובתו עד שיקנה אותם לכהן, ובכה"ג לא מהני נתינה לחש"ו אא"כ הם אוכלים אותם ומבערים אותם מהעולם.** אמנם, בפדיון הבן שיש שעבוד הגוף ושעבוד נכסים על הישראל, בכה"ג ודאי שבעיני נתינה, ולא מהני נתינה לקטן אא"כ הוא אוכל נהנה מהם ואוכל אותם, דבכה"ג אף שהקטן לא קנה את החמש סלעים אך כיון שהוא נהנה בהם – יצא האב ידי חובתו.

הנתיבות הוסיף שאף לדברי הרשב"א שבחוב נתינה בע"כ מהני, אין זה דומה למתנות כהונה. דבמת"כ אין זה חוב לאדם מסוים אלא לכלל הכהנים, ובכה"ג אף אם הכהן הזה לא רוצה לקבל, הלא יכול ליתנו לכהן אחר!! ועוד שא"א לפרוע חובו לשוטה, שכיון שנותנו למלוה במקום שאינו יכול לשומרו, ושוטה הלא אינו יכול לשומרו – לא נפטר מחובו בכך. ודוקא כשהמלוה אינו רוצה לקבל חובו – בכה"ג אמרינן שנתנה בע"כ שמיה נתינה.

7. קטן שזיכה לאחר על ידי גדול האם מהני? מחנה אפרים – לא, שהרי א"א לזכות לאחר אא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון, והכא הרי בעל הממון הוא קטן ואין לו שליחות (והובא בנתיבות י, ונראה שהסכים עמו).

8. האם אפשר לזכות מתנות כהונה לכהן על ידי אחר? כן. המחנ"א (הובא בנתיבות יז) הקשה מדוע במתנות כהונה יכול לזכות לכהנים על ידי אחר, הרי כיון שאין לבעלים בהם אלא טובת הנאה ואינה ממון, לא מהני שליחות!! ותיירץ הנתיבות דדוקא במקום שיש בעלות על החפץ (כמו במציאה) צריך להיות שליח של בעל הממון. אולם, כשאין בעלות, כמו בהפקר ובמתנות כהונה – לא בעינן שלוחו של בעל הממון.

סעיף טז

השוטה אינו זוכה, לא לעצמו ולא לאחרים. והמזכה לשוטה על ידי בן דעת, זכה.

1. שוטה אינו זוכה אף לעצמו, ואף כשיש דעת אחרת מקנה; סמ"ע (כט) ונתיבות (כא) ודלא כעיר שושן שזוכה בדעת אחרת מקנה.

2. האם אפשר לזכות לשוטה על ידי בן דעת? שו"ע – כן. קצות ומחנ"א בשם הרא"ש – לא.

הרמב"ם כתב שאפשר לזכות לשוטה על ידי אחר, וכתב הב"י שדין זה הוא פשוט שהרי ז'כין לאדם שלא בפניו ושוטה כשלא בפניו דמי, ותמה על ה"ה מדוע טרח להביא מקור לזה. ה"ה כתב להוכיח דין זה מהדין של פיקח שנשא חרשת או שוטה אפילו כתב לה מאה מנה – כתובתה קיימת מפני שרצה לזיוק בנכסיו. הקצות תמה על ה"ה שטעם דין זה הוא מפני שמתחייב לה כן בעבור שנישאת לו, והרי זה כשכר מלאכה שאף חרש ושוטה קונה בשכר מלאכה!! וכן הקשה על הב"י שאע"פ שוטה כשלא בפניו דמי, אך מבואר בב"מ עב שקטן יש לו זכיה רק בגלל שאני לכלל שליחות, וא"כ שוטה דלא אתי לכלל שליחות אין לו זכיה! וכתב שכן מבואר בדברי הרא"ש בשם הרמ"ה שרק שוטה שהוא 'עתיים חלים עתים שוטה' יש לו זכיה, משא"כ שוטה גמור. וכתב הנתיבות בשם המחנ"א ליישב טעמו של הרמב"ם, ששוטה חשיב כאתי לכלל דעת, כיון שאם ישתפה תהיה לו זכיה, ואע"פ שמחוסר מעשה.

סעיף יז

החרש, זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים.

חרש דינו כקטן, ולכן יכול לזכות לעצמו (לרמ"א רק על ידי דעת אחרת מקנה, ולש"ך אף בלא דעת אחרת), אך לא לאחרים.

סעיף יח

זכין לקטן אפי' בן יום אחד, ולגדול, בין בפניו בין שלא בפניו.

1. זכין לקטן, דהיינו שאחר שהוא גדול ובן דעת מזכה את החפץ לקטן.

האם זכין לקטן מדאו' או מדרבנן? בקצות (סי' רלה, ד) האריך בזה והעלה דשיטת הרמב"ם והרשב"א שיש לקטן זכיה מדאו', ולא עוד אלא כשדעת אחרת מקנה שקונה מדאו' – הוא מדין זכיה (שהרי לקטן אין דעת וכאינו בפניו, וא"כ רק הנותן פועל ומזכה עבורו). ולשיטתם משמע שזכיה אינה מדין שליחות, שהרי אין שליחות לקטן (כך משמע בקצות שתלה זה בזה, אולם אולי יש לומר שאין בכך הכרח דאפשר לומר שזכיה פועלת מתורת שליחות, אך היא יותר קלה משליחות ולכן מועילה בקטן. דהחסרון בשליחות שצריך מינוי, והקטן אינו יכול למנות שליח. אולם זכיה, היא שליחות בלא צורך במינוי, וממילא אפשר לזכות אך לקטן). וכ"כ הקצות כאן (ז) בשם הש"ך (יורה דעה שח, בנקודות הכסף). אולם, שיטת התוס' שזכין לקטן מדרבנן, כיון שזכיה היא מדין שליחות ואין שליחות לקטן; ובדעת אחרת מקנה קונה הקטן מדאו', ואין זה מדין 'זכין' כיון שאף הקטן שותף במעשה הקניה, שהרי הוא עושה את מעשה הקנין, אלא שהאחר נותן את הדעת עבורו.

2. זכין לגדול בין בפניו ובין שלא בפניו. (ואף לקטן הדין כן, אלא שקטן לעולם זה נחשב כשלא בפניו; סמ"ע לב).

ב"ב קנו: במשנה "כיוצא בו, זכין לקטן ואין זכין לגדול, דברי רבי אליעזר; רבי יהושע אומר: לקטן אמרו, קל וחומר לגדול". וטעמו של ר"א שקטן שאין לו יד לזכות בממון – תיקנו לו זכיה, משא"כ גדול שיש לו יד. ור"י סובר שתיקנו לקטן וכ"ש לגדול והלכה כר' יהושע.

3. בכור שמת אביו תוך ל' יום, האם ב"ד יכולים לפדותו? צידה לדרך – כן, דזכין לאדם שלא בפניו. ט"ז (יו"ד) – לא, דהכא אין זה זכות גמור, שהרי לוקחים לו את המצוה, שיכל הוא לפדות עצמו כשיגדל ולקיים מצוה. ש"ך (יו"ד בנקודות הכסף) – כן, דהוי זכות גמור כמו בגר קטן שמטבילין אותו ע"ד ב"ד, ועוד שהם מזכים לו המעות ופודים אותו מממנו. והקצות חלק עליו והסכים עם הט"ז, וכתב שיש כאן טעם נוסף שהקטן כלל לא בר חיובא, ואפי' בחוב הבא מחמת עצמו ואין ב"ד נזקקין לו. עוד כתב שזכין זה דווקא כשמזכה לו ממון משלו, אך אם לוקח את ממנו של הקטן ורוצה לעשות בו את המצוה, ודאי שלא מהני ובכה"ג בעינן שליחות, ולכן א"א לומר שהב"ד מזכים את המעות לקטן.

סעיף יט

יש מי שאומר שמי שמתחייב לקטן, בין בשטר בין בקנין, כיון שאין אותו דבר תחת ידו [דהקטן] אינו זוכה אלא אם כן זיכהו על ידי אחר.

כ"כ הר"ן בגיטין "וא"ת דבפ' מי שמת (דף קנז א) אמרינן דזכין לקטן ואין זכין לגדול וכו' משמע מהתם דקטן לא מצי זכי והכא אמרינן דזוכה לעצמו! תירצו בזה **דמהכא משמע דכי אמרינן זוכה לעצמו דוקא במטלטלין דוקא בשהגיע לידו אבל בהקנאה אחרת כגון אגב וחליפין לא** לפי שהקטן אינו יודע בדרכי הקנאה כלל. וכשאמרו הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין דוקא בשמחזיק בהם הזוכה, דכיון דברשותו של קטן מחזיק בהן תקנו בהן שיזכה משום כדי חייו, אבל בהקנאה אחרת ליתיה כלל. ולפיכך מי שמתחייב לקטן בין בשטר בין בקנין כיון שאין אותו דבר תחת ידו אינו זוכה, אא"כ זכהו ע"י אחר והיינו דאמרינן התם וכו'".

הקצות כתב שהיינו דווקא בקטן, אך בקטנה כיון שבס"י רלה פסקנו שקונה בקנין סודר, מכיון שיש לה קנין חצר. א"כ הוא הדין שקונה בשטר דלא גרע מחליפין.

סעיף כ

חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו; אף על פי שאינו עומד שם, כיון שהגיע המתנה לחצירו כאילו זכה בה אחר.

סעיף כא

בד"א, בחצר המשתמרת. אבל בחצר שאינה משתמרת, כגון שדהו וחורבתו, עד שיהיה עומד בצדה ויאמר: זכתה לי שדי (ויש חולקין כמו שנתבאר לעיל סימן ר').

1. חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו. ב"מ יא.

2. האם בעינן חצר המשתמרת לדעת הקונה? שו"ע – כן, דאם אינה משתמרת לדעתו בעינן שיעמוד בצידה. רמ"א – יש חולקים שסגי במשתמרת לדעת הנותן. וכמו שנתבאר טעמם בסימן ר סעיף א', שנחלקו האם פוסקים כרב פפא לחלק בין מתנה למציאה (דעת אחרת מקנה) או לא.

סעיף כב

וכן ארבע אמות של אדם שהוא עומד בצדו, קונין לו בסימטא או בצידי רשות הרבים או בחצר שאין לה בעלים, אבל בר"ה או בשדה חבירו אינו קונה עד שתגיע מתנה לידו.

1. ד' אמות של אדם קונות לו, ב"מ י. "אמר ריש לקיש משום אבא כהן ברדלא: ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום. [מאי טעמא] תקינו רבנן - דלא אתי לאנצויי. וכו' רב פפא אמר: כי תקינו ליה רבנן ארבע אמות - בעלמא, בשדה דבעל הבית - לא תקינו ליה רבנן. וכו'. רב ששת אמר: כי תקינו רבנן - בסמטא, דלא דחקי רביס, ברשות הרבים דקא דחקי רביס - לא תקינו רבנן. - והא בכל מקום קאמר: - כל מקום לאתויי צידי רשות הרבים". וכן הלכה.

2. האם תקנו ד"א במתנה? שו"ע - כן, ש"ך בשם הריטב"א - לא, דדוקא במציאה תיקנו דלא ליתו לאינצויי, משא"כ במתנה שאין לנו חשש זה.

3. האם תיקנו בגניבה? ש"ך בשם תוס' - לא. וכתב שאע"פ שאת ראייתם אפשר לדחות, אך דינם אמת מסברא, שלא שייך שיתקנו חכמים לאדם ד"א כדי להוציא מרשות הבעלים.

סעיף כג

קטנה, זכתה לה חצרה וארבע אמות שלה. (ודווקא קטנה שאין לה אב) (נ"י פ"ק דמציעא). אבל הקטן אינו זוכה עד שתגיע מתנה לידו, או עד שיזכה לו אחר.

1. קטנה קונה בקנין חצר, ובקנין ד"א, אך קטן אין לו חצר ואין לו ד"א.

ב"מ י: "ואמר ריש לקיש משום אבא כהן ברדלא: קטנה אין לה חצר, ואין לה ארבע אמות. ורבי יוחנן משום רבי ינאי אמר: יש לה חצר ויש לה ארבע אמות", ומסקנת הסוגיא שמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי. וריש לקיש מייירי בקטן ולא ילפינן קטן מקטנה, ור"י מייירי בקטנה, וטעמו שחצר משום יד אתרבאי ולא גרע משליחות, וילפינן מציאה מגט; וכיון שחצר של אשה מועילה מדין יד בגדולה, א"כ ה"ה לקטנה שהרי אף לקטנה יש יד מן התורה; משא"כ בקטן שחצר דגברא היא מדין שליחות ולא מדין יד, ואין שליחות לקטן; כ"כ הש"ך בביאור הסוגיא. אולם, ניתן לומר שאף חצר דגברא מהני מדין יד, אלא שאין יד לקטן מהתורה, וכמו שנקטו רוב האחרונים בסעיף טו (וכמו שמבואר בנתיבות בפתיחה לסימן ר, שדעתו שאף הרי"ף מודה שחצר דגברא שעומד בצידה מהניא מטעם יד, ואפ"ה בקטן לא מהני).

2. האם קטנה קונה דווקא כשעומדת בצידה? תוס', רא"ש, ריטב"א, וכן פסק הנתיבות בסימן ר - כן, דרך בבכ"ג חצר קונה מדין יד, משא"כ כשאינה בצידה אין זה אלא מדין שליחות ואין שליחות לקטנה! ש"ך - לא, דמסתימת הפוסקים והש"ס משמע שקונה בכל ענין, ואפ"י אינה עומדת בצידה הרי זה חשוב כידה, ע"פ דברי הר"ן שכל מה שמגיע לידה הרי היא נותנתו בחצירה המשתמרת, וחשיב כידה אריכתא'.

3. האם מייירי בכל קטנה? רמ"א בשם הנמוקי"י - לא, אלא דווקא קטנה שאין לה אב. ש"ך ונתיבות - כן, דדווקא בגיטין וקידושין מחלקין בהכי, מפני שאם אביה קיים הרי יש לו זכות לקדשה ולגרשה, ועקרה התורה את ידה במקום אביה. אולם במתנה ומציאה שאין לאביה שייכות בהם, אין זה תלוי בשאלה האם אביה קיים ובכל ענין זוכה בהם.

4. אין חצר קונה עבור הקטן, וכן אין ד"א קונות לו.

מדוע שחצר לא תקנה לקטן מדין 'זכין', למ"ד שזכין לקטן מדאו? הקצות (יא, וכן בס"ק ז) הוכיח מהגמ' בב"מ בה מבואר שחצר אינה קונה לקטן, שזכין לקטן אינו אלא מדרבנן, והקשה על הרמב"ם והראב"ד הסוברים שזכין לקטן מדאו' מדוע אין חצר לקטן? אולם, ר' שמעון שקופ תמה על דבריו, שהרי זכין מועיל מכיון שיש אחר שהוא בן דעת שפועל וזוכה עבור הקטן, ובחצר אף אם אפשר לראותה כשליחו של האדם לענין זה שיחשב החפץ כאילו הגיע לידו, אך ודאי א"א לומר שהיא תעשה מעשה קנין ותזכה את החפץ עבורו! ולכן כלל לא שייך לדבר על דין 'זכין' בחצר, לא לקטן ולא לגדול.

האם חצר קונה לקטן, כאשר דעת אחרת מקנה? קצות בשם הראב"ד - כן, והמ"מ כתב שאין לו הכרע בדבר.

גדול זוכה לקטן אפ"י במציאה, משום דהוי דעת אחרת מקנה עבורו; קצות (יא).

סעיף כד

הזורק ארנקי לבית בפתח זה ויצא בפתח אחרת, ונתנו לבעל הבית במתנה וחזר בו בעודו באויר הבית, הוי ספק, ולא זכה בעל הבית, משום דמוקמינן ליה בחזקת מריה קמא. אבל אם הפקירו וזכה בו אחר, מוציאין מידו ונותנין לבעל הבית.

1. אויר שאין סופו לנוח, הרי זה ספק האם אנו רואים אותו כמונח או לא, ולכן אזלינן בתר 'מר'א קמא'.

כאשר נתנו במתנה, כיון שלא נסתלקה רשות הנותן עד שיקנה בעה"ב ויש לנו ספק האם קנה – הרי החפץ ברשות נותן.

כאשר הפקירו, כיון שיצא מרשות הנותן ויש לנו ספק האם זכה בו בעה"ב, אפי' תפסו אחר – הרי הוא ברשות בעה"ב, דבכה"ג בעה"ב חשוב כמרא קמא לגבי האחר; וכ"כ הסמ"ע בסי' רב (כט) שבכה"ג בעה"ב חשוב כמוחזק. **כן פסק השו"ע אליבא דהרא"ש והטור**, אולם הנמוק"י כתב שאם הפקירו אין מרא קמא, שהרי יצא מרשות הנותן, וכל הקודם בו זכה בו; ובקונטרס הספיקות חשש לדבריו וכתב שאין מוציאין מיד התופס, ועיין בסמוך בסעיף 3.

ב"מ יב. "בעי רבא: זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר מהו? אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי, או לא? – אמר ליה רב פפא לרבא וכו': לא היינו מתניתין, ראה אותן רצין אחר המציאה וכו', אמר ליה: מתגלגל קאמרת! שאני מתגלגל דכמונח דמי". הרי"ף השמיט בעיא זאת, וכתב הנמוק"י שכיון שלא אפשרטא הוי ככל תיקו דממונא דאזלינן בתר המוחזק. וכ"כ הרא"ש, אלא שהוסיף לחלק בין מתנה שהרי החפץ בחזקת הנותן, ומוציאין מיד בעה"ב אם תפס ומחזירין לו. לבין הפקר, שבכה"ג החפץ בחזקת בעה"ב, ואפי' תפסו אחר. אולם, הנמוק"י כתב שבהפקר אין מ"ק, וכל התופס בו זכה. הטור נקט כרא"ש, בב"י הביא את ב' הדיעות, אולם בשו"ע פסק כדעת הרא"ש.

2. אין הבדל אם חזר בו בעוד החפץ באויר הבית, או לאחר שיצא מהבית, כ"כ הסמ"ע, ש"ך ונתיבות. ואע"פ שהשו"ע כתב "וחזר בו בעודו באויר הבית", אין זה בדווקא אלא לרבותא שבהפקר אפי' הכי זכה בו בעה"ב.

3. האם מועילה תפיסה? בין במתנה ותפסו בעה"ב או בהפקר ותפסו אחר: לא, כ"כ השו"ע וכ"כ בבדק הבית להדיא. והקשו הש"ך, הט"ז והקצות מדוע? הרי השו"ע פסק כרמב"ם שבספיקא דדינא מועילה תפיסה, ולא כרא"ש. וא"כ קשה מדוע פסק כאן כרא"ש?! החכ"צ רצה ליישב שבמתנה שאני, שכיון שלא נפקא מרשות נותן – לא מהני תפיסה. אולם הקצות דחה דבריו, שמוכח בהרבה מקומות שאף במתנה מהני. והפנה לדבריו בקונטרס הספיקות (כלל ח, ד), שם רצה לחלק שהכא שאני שאין לשני שום דררא דממונא קודם התפיסה, שהרי הוא סתם אדם מהשוק, משא"כ בשאר המקומות שאמרינן שמהני תפיסה, הוא מפני שלתופס יש דררא דממונא עוד קודם שתפס, שהרי יש צד לומר שהממון שלו, שזכה בו מחמת מעשיו וכדו', ולכן בשאר המקומות פסק השו"ע שמהני תפיסה בספיקא דדינא משא"כ הכא. אמנם, שם הכריע לדינא שאין מוציאין מיד התופס ולא כהשו"ע, מפני שהרמב"ן והנמוק"י חולקים על הרא"ש.

סעיף כה

בד"א, באויר שאין סופו לנוח, אבל אם סופו לנוח, כגון שעומד בגג וזרקו לחצר ונתנו לבעל החצר וחזר בו בעודו באויר, כמונח דמי ואינו יכול לחזור בו, וזכה בו בעל החצר.

1. אויר שסופו לנוח – כמונח דמי, גיטין עט. במשנה "היתה עומדת על ראש הגג וזרקו לה, כיון שהגיע לאויר הגג – הרי זו מגורשת; הוא מלמעלה והיא מלמטה וזרקו לה, כיון שיצא מרשות הגג, נמחק או נשרף – הרי זו מגורשת".

לכן אם זרק ארנק מראש הגג לחצר חברו ונתנו לו במתנה, אע"פ שחזר בו בעודו באויר – לא מהני, וזכה בו בעל החצר.

סימן רמד

האומר לשנים לכתוב שטר מתנה לפלוני, ובו סעיף אחד.

סעיף א

המתנה כגט, שאין אדם יכול למסור דברים לשליח. כיצד, אמר לשלשה: אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנוהו לפלוני, אין זה כלום, ואם אמרו לאותם העדים וכתבו ונתנו למקבל, לא קנה. (וכ"ש אם חתמו הם בעצמם) (טור). וכן אם אמר לשנים: כתבו וחתמו בשטר מתנה ויתנוהו לפלוני, אינם יכולים לומר לסופר לכתוב, אלא הם עצמם כותבים. ויש מכשירים באומר: אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנוהו לפלוני.

דין המתנה כדין הגט, ולכן:

1. האומר לעדים לכתוב שטר מתנה לפלוני, אינם יכולים לעשות שליח על כך, דמילי נינהו ומילי לא מימסרן לשליח.

2. האומר 'אמרו', דהיינו שיאמרו לאחרים שיכתבו ויחתמו שטר מתנה לפלוני: שו"ע בסתם – לא מהני, כדעת הרמב"ם והר"ן, ואע"פ שאמר כן לשלשה אנשים שהן כבי"ד לא מהני. שו"ע בשם י"א – מהני, כדעת הרמב"ן.

האם דווקא כשאומר 'אמרו לפלוני ופלוני'? קצות – כן, שכן מבואר בר"ן בגיטין בשם הרמב"ן, דדוקא בכה"ג אין זה כ'מילי' דהוי כמינוי שליחות שלא בפניהם, משא"כ באומר 'אמרו למי שתמצא דהוי מילי. וצ"ע על הטור שכתב בשם הרמב"ן שמהני בכל ענין. פשט הטור והשו"ע – לא, ובכל ענין מהני.

אף כשאמר 'אמרו' וכתבו וחתמו הם בעצמם – לא מהני, שהרי לא עשאו שלוחים על הכתיבה, רמ"א.

גיטין כט. "תנן: המביא גט בא"י וחלה – הרי זה משלחו ביד אחר, ורמינהו: אמר לשנים תנו גט לאשתי, או לשלשה כתבו גט ותנו לאשתי – הרי אלו יכתבו ויתנו; אינהו אין, אבל שליח לא! אמר אביי: התם טעמא מאי – משום בזיון דבעל, הכא בעל לא קפיד. רבא אמר: משום דמילי נינהו, ומילי לא מימסרן לשליח. מאי בינייהו? איכא בינייהו: שליח מתנה, ובפלוגתא דרב ושמואל, רב אמר: מתנה אינה כגט, ושמואל אמר מתנה הרי היא כגט". **ופסקו הראשונים כשמואל דהלכתא כוותיה בדיניה,** ונמצא שאף במתנה אם עשאו שלוחים לכתוב שטר מתנה ולתיתו לפלוני, אינם יכולים לעשות שליח על כך.

מה הדין באומר 'אמרו'? בפשטות קי"ל כר' יוסי שלא רק באומר לשנים תנו גט, או באומר לשלושה 'כתבו ותנו', אלא אף באומר לשלשה אמרו לאחרים שיכתבו ויתנו גט – לא מהני, ולא אמרינן שכיון שהם ג' עשאו כבי"ד ואין בכך משום מילי, אלא אף בבי"ד אמרינן ש'מילי לא מימסרן לשליח' **וכמו שמבואר בגיטין סו:** וכיון שדין המתנה כדין הגט, נמצא שאף במתנה האומר אמרו לא מהני, **וכן פסקו הרמב"ם, והר"ן. אולם, הרמב"ן הקשה** מדוע האומר 'אמרו' פסול בגט, הרי יכול לעשות שליח שלא בפניו, וכשאומר 'אמרו לפלוני ופלוני ויכתבו ויתנו' הרי זה מינוי שליחות!! ויתרף שבגט יש לנו דין מיוחד שבענין 'וכתב לה' ושיהיה לשמה, ולכן בעינן שישמעו מפי הבעל בדווקא. ע"פ זה כתב שבמתנה אין חסרון של 'אומר אמרו', ומה שאמרו בדף כט. שמתנה הרי היא כגט זה רק כאשר החסרון הוא משום מילי (והביאו הר"ן בדף סו). **הקצות (א) תמה על הטור** שכתב בשם הרמב"ן להכשיר בכל אומר אמרו, הרי מבואר להדיא בדבריו שלא הכשיר אלא באומר 'אמרו לפלוני' שבכה"ג הרי זה כמינוי שליחות שלא בפניו, אולם כשאומר אמרו סתם, ולא הזכיר למי לומר בכה"ג מודה הרמב"ן שלא מהני דהוי 'מילי' ומילי לא ממסרן לשליח, ונשאר בצ"ע.

3. מה הדין אם מסר החפץ עצמו ליד השליח, האם יכול לעשות שליח? קצות – לא, אא"כ אמר 'אמרו' ומסר לידם המתנה, דאז קנה 'ממה נפשך'. הקצות (ב) כתב שהמרדכי בקידושין הביא בשם **'הקדוש מרדוש'** שאע"פ שבגיטין יכול שליח לעשות שליח כאשר הגיע הגט לידו, אולם בקידושין אינו יכול אע"פ שהגיעו המעות לידו. וטעמו שבגט כיון שהאשה מתגרשת בע"כ, נמצא שיד השליח כיד המשלח. אולם, בקידושין כיון שאינה מתקדשת בע"כ, הוי מילי דשמא לא תתרצה האשה להתקדש. ע"פ זה כתב שאף בממונות אין השליח עושה שליח בכה"ג, דאע"פ שמסר החפץ ליד השליח, הרי שמא לא ירצה המקבל לקבל החפץ, והרי זה כ'מילי'. אלא שלמסקנא כתב שמוכרחים לומר שיהקדוש מרדוש סובר שבאומר 'אמרו' לא הוי מילי, **ולכן כשנותן החפץ בידו ואומר אמרו – יכול השליח לעשות שליח 'ממה נפשך'. נתיבות – כן,** דבכה"ג אין צורך בשליחות, דהשליח אינו אלא כ'מעשה קוף בעלמא', ולא אמרינן שליחות אלא במקום שצריך לכווחו של המשלח, כגון שהשליח עושה את הקנין עבור המשלח, או שהוא מוכר את חפצו של המשלח, ומחליט בעצמו מה המחיר (או בגיטין וקידושין שצריך את כוחו של הבעל). אולם, כאשר הוא רק מעביר את החפץ ליד הקונה, הלא אפשר לעשות זאת אף ע"י קוף!! וכן כאשר המוכר קצץ את הדמים ואמר שמי שיתן לו את

הסכום הזה רשאי לקנות את החפץ, אין צורך לשליחות, והשליח אינו אלא גילוי מילתא בעלמא, ומהני אף לכתחילה על ידי אנשים שאינם בני שליחות.

4. שליח קבלה של מתנה יכול לזכות בה על ידי חצרו; קצות (ג), נתיבות (ב). **הקצות הסתפק בכך**, שהרי חצר דגברא מדין שליחות, ושליח אינו עושה שליח! **וכתב שנראה לו שמהני**, כיון שזכיה אינה מדין שליחות, ולכן יכול השליח לקנות ע"י חצרו למשלח כאשר הוא זכות לו. אך בגט שהוא חוב לאשה אף כשהיא רוצה להתגרש, הטור הסתפק האם מהני, והכריע שכן ומטעם שחצר דאשה הוא משום יד, ואף החצר של שליח האשה מהני מדין ידו. **הנתיבות הכריע שמהני** כיון שלשיתנו אף חצר דגברא כשעומד בצידה קונה מדין יד, וא"כ כשהשליח עומד בצד חצרו אין בכך בעיה של שליח עושה שליח. ואף כשאינו משתמרת ואינו עומד בצדה מהני, כיון שבמתנה לא שייך שליחות לקבלה לשיתת הר"ן והרא"ש שבעינן 'שלוחו של בעל הממון' והמקבל אינו בעל הממון! אלא על כרחך הטעם מפני שהנותן מוכח את החפץ למקבל על ידי אחר, וכיון שהזוכה קנה את החפץ ע"י חצרו – זכה בו המקבל, כפי שמבואר בסי' הקודם. ואף במוכר וקונה מהני, מפני שבכה"ג אמרינן שהקונה עשה את השליח כבעלים על הכסף כדי להוציאו במקח הזה, וכיון שהוא הבעלים על הכסף אין זה 'מילי', והוא יכול לעשות שליח אחר.

5. בשטר מתנה בעינן שליחות לכתובתו, ולכן לא מהני שיאמרו לסופר שיכתוב אע"פ שהם יחתמוהו, נתיבות (ג), והטעם דכתיב 'וכתוב בספר וחתום'. כמו כן, אם מצאו את השטר באשפה וחתמוהו ונתנוהו ליד הזוכה – פסול, דאע"פ שלא בעינן לשמה כמו בגט, אך בעינן שיכתבוהו בשליחות המקנה. ודין זה מוכח מהכא, שכאשר אמרו לסופר לכתוב והם חתמוהו – פסול, שהרי אמרינן הכא שאף כשאמר 'תנו שדי לפלוני במתנה' ואמרו לסופר וכתב והם חתמוהו – לא מהני.

6. מדוע באומר 'אמרו' אין חסרון של 'עד מפי עד' לדעת המכשירים? נתיבות (ד) – החסרון של עד מפי עד הוא דווקא בדבר שצריך הגדה בבי"ד, והיינו דווקא כשמעידים שכבר נעשה המעשה. אולם, כאשר העדים מעידים על גוף הדבר, שראובן ציוה לשמעון לכתוב גט או למכור ולהקנות וכדו' הרי העדים האחרונים הם כמו בעלים מפי עדים, שהעדים מעידים שפלוני ציוה לתת לאחרונים כח להיות בעלים כדי למכור או לקנות וכדו', ובכה"ג אין צורך בהגדה בבי"ד ואין חסרון של עד מפי עד.

סימן רמה

הכותב: נתתי שדה פלוני לפלוני, והאומר: נתתי שדה פלוני לפלוני, והוא אומר: לא נתתי לי, ובו י"א סעיפים.

סעיף א

הכותב בשטר: נתתי שדה פלונית לפלוני, או שכתב: נתתיה לו, או: הרי היא שלו, הרי זה זוכה בה כשיגיע השטר לידו. (אבל בדיבורא בעלמא לא קני אלא אם כן קנו מידו) (טור בשם הרמ"ה). והאומר דלא קנה היינו שרוצה ליתן עכשיו בלשונות אלו, אבל אם אמר: נתתי, בלשון הודאה, י"א דקנה (ר"ן פ' המקבל) (ועיין לעיל סימן ס' סעיף ו'). אבל אם כתב בשטר: אתננו לו, אף על פי שהעידו עליו העדים לא זכה המקבל. הגה: ואפילו קנו מידו, קנין דברים (טור בשם הרמ"ה).

1. הכותב בשטר בלשון עבר או הוה שנותן לחברו את השדה – הוי שטר קנין, וזוכה המקבל במתנה כשיגיע השטר לידו. אולם, כאשר כותב בלשון עתיד – אינו זוכה.

ולכן אם כתוב בשטר: 'נתתי', והרא"ש גרס 'נתתיה', וכן היא הגי' בגמ' שלנו, דאל"כ מה ההבדל בין נתתי לנתתיה?; סמ"ע (א), 'הרי היא שלו' – קנה. אולם, אם כתוב 'אתננו לו' – לא קנה, דאין בלשון זה אלא הבטחה על העתיד; כשיטת רבנן ולא כר"מ.

גיטין מ: "ת"ר: האומר נתתי שדה פלונית לפלוני, נתונה לפלוני, הרי היא שלו – הרי היא שלו; אתננה לפלוני – ר"מ אומר: קנה, וחכ"א: לא קנה. א"ר יוחנן: וכולן בשטר". ופסקו הראשונים כחכמים.

2. אף בלשונות המועילים, אם לא כתב כן בשטר אלא אמר בע"פ – לא קנה, אא"כ קנו מידו על כך; כ"כ הטור בשם הרמ"ה, וכ"כ רש"י שם.

3. שטר שנעשה בלשון הודאה – קנה אפי' בלשון נתתי.

4. אם אמר 'אתננו' ועשו קנין על כך: רמ"א – לא מהני, דהוי קנין דברים. שו"ע בסעיף הבא – י"א דמהני, ד'אתן' איננו קנין דברים, ויבואר בסעיף הבא.

סעיף ב

ויש אומרים שאם קנו מידו, מהני לשון אתן. ומהר"ו פסק כסברא ראשונה, ולכן כתב דהכותב לאשתו בשעת השידוכין לעשות לה כתובה גדולה לא זכתה כל זמן שלא כתב לה, ולכן נהגו לעשות תנאים חדשים בשעת החופה, ועיין באבן העזר סימן נ"א.

1. קנין 'אתן' האם נחשב קנין דברים? שו"ע בשם י"א – לא. רמ"א – כן.

הטור בסימן קנו הביא את ב' הדיעות הללו וז"ל: "וכתב הרמ"ה ומיהו דוקא דקנו מיניה דמיחייב ליתן כך וכך דדרך הודאה הוא, א"נ דרך שיעבוד דשיעבוד נפשיה להכי, ולא קנין דברים הוא, אבל אם קנו מידו לתת כך וכך או לבנות, כיון שאין קנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון אלא על הנתינה עצמה והנתינה אין בה ממש אלא מעשה בעלמא הוי קנין דברים ומצי הדר ביה, ואיכא מרביותא דסבירי להו דקנין לתת לאו קנין דברים הוא, דלא מיקרי קנין דברים אלא במי שקנו מידו לחלוק או להשתתף או לילך ע"כ. ויראה מדברי א"א הרא"ש ז"ל דלבנות לא הוי קנין דברים". הבי"י שם חלק על הטור, וכתב שאדרבא מדברי הרא"ש משמע שילבנות' הוי קנין דברים, אלא שמייירי ששעבדו נכסיהם במפורש לבנין הכותל. אמנם, בסי' קצה (מחודש כ) כתב הבי"י בשם הרשב"א בתשובה (ח"א א'קמב) שאם אמר אתן וקנו מידו חל הקנין, וטעמו "דכל שקנו בדבר שיש לו כזה שאמר כן וכן, אף על פי שלא אמר בלשון חיוב – חייב, דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין וכאלו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן". הבי"י באבן העזר סימן נא הביא את דברי הרשב"א שכתב "שהאומר אתן אינו כלום אפילו קנו מידו לפי שהוא קנין דברים ולא תועיל המתנה אלא במעכשיו" ותמה עליו "ועל מה שכתב בתחלת דבריו יש לתמוה דכיון דקנין דכל קנין כמעכשיו הוא חשקנו מידו לתת מתנה אמאי לא קנה כמו כשאומר מעכשיו?!" וכתב הש"ך כאן שנעלם מהבי"י דעת החולקים שהביא הרמ"א כאן, שאף כשאומר 'אתן' וקנו מידו על כך – לא מהני.

היה מקום להבין מדברי הרשב"א והבי"י, שטעם החולקים וסוברים שקנין 'אתן' מהני, הוא מפני שבעצם הקנין חל כבר עכשיו, וכבר עכשיו החפץ נקנה לאותו פלוני שהובטח לו. שהרי כתב הרשב"א שהקנין מתקן הלשון, וכאילו אמר

בלשון שמועילה. וכן משמע בב"י שתמה על הרשב"ץ שכיון שכל קנין מעכשיו הוא, א"כ הרי אתה מודה שבאומר מעכשיו מהני אף בקנין אתן, א"כ מאי שנא?! ומשמע שהבין ש'אתן' מעכשיו, היינו שמעכשיו חל כבר הקנין על החפץ, ולכן הוא מחויב ליתנו לו בהמשך. וכן נראה מדברי ה"ה, שהקשה מהסוגיא בגיטין מ: שהכותב 'אתנו' בשטר לא קנה! וכתב שאולי לדעתם עדיף טפי קנין משטר.

אולם, הקצות (א) כתב שנראה שאף החולקים וסוברים ש'אתן' מהני, היינו רק לענין שנוצר על הגברא חיוב לתת ולהקנות את החפץ בעתיד, אך כרגע אין שום קנין שחל על החפץ, ולכן אין קושיא מהסוגיא בגיטין מ: בה מבואר שהקנין לא חל, לענין זה שהחפץ כבר נהיה של השני, אולם אין הכי נמי שעל הגברא יש חיוב ושעבוד לקיים את הבטחתו.

2. מה המחייב בשטרי שידוכין? הקנס בצירוף הבושת שנגרמת לשני. והקנין בלבד לא מהני, דהוי קנין 'אתן' שהוא קנין דברים, שהרי אינם רוצים להתחייב משעת השידוכין את כל החיובים, דשמא יחזרו בהם. והקנס מצד עצמו הוא אסמכתא, אך בצירוף הבושת שמתבייש החוזר בו, אמרינן דלא הוי אסמכתא; כ"כ הסמ"ע (ב).

וביאר הסמ"ע, שמכח הקנס שקיבל על עצמו בשטר השידוכין, אנו מחייבים אותו לקיים את דברו ולעמוד בהתחייבויותיו בשעת החופה, ואם אינו רוצה הרי זה כאילו הוא חוזר בו מהכל, וחייב לשלם הקנס משום הבושת. אולם, אם כבר נכנסו לחופה, ועכשיו אינו רוצה להשלים את התחייבויותיו הראשונות, א"א לחייבו עוד מחמת הקנס שהרי עכשיו כבר אין בושת, ואין לנו אלא להחרימו או לנדונו, אך א"א לירד לנכסיו, שהרי לא היה כאן שום קנין.

סעיף ג

יש מי שאומר שאם כתב לו בשטר: שדה פלונית תהא נתונה לך, או: תהא שלך, קנה.

1. אם כתב בשטר 'תהא נתונה' או 'תהא שלך' מהני, כיון שאף לשון זו אינה מתפרשת כהבטחה, אלא שמעכשיו היא נתונה לך; כ"כ הרמ"ה.

2. אם אמר 'אתנו מעכשיו' מהני, בין בשטר או בקנין; גם דין זה כתבו הרמ"ה. כיון שבכח"ג הקנין חל כבר עכשיו על החפץ, ואין זה קנין דברים בעלמא.

דין זה מופיע בתחילת הסעיף הבא, וכתב הסמ"ע שהוא ט"ס, וצריך להיות חלק מהסעיף שלנו.

סעיף ד

יש מי שאומר שאם אמר: אתנו לו מעכשיו, בין בשטר בין בקנין קנה לאלתר.

האומר: נתתי שדה פלונית לפלוני, והוא אומר: לא נתת לי, הולכין אחר דברי הנותן, דאיכא למימר זיכה לו על ידי אחר, ואין בעל חוב של הנותן גובה ממנו כל זמן שישאר ביד הנותן ממה לפרוע; אבל אם לא נשאר בידו לפרוע לבעל חובו, לא מהני הודאתו לחוב בעל חובו.

1. האומר נתתי לך שדה פלונית, והלה אומר לא נתת לי – הולכין אחר דברי הנותן, דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, והרי הוא אומר שנתן לו השדה, ואע"פ שהלה אומר שלא קיבל, שמא זיכה לו ע"י אחר.

2. דין זה הוא רק כאשר אין הנותן 'חב לאחרני', דכאשר יש לו בע"ח ואין לו נכסים אחרים לפרוע את חובו, לא מועילה הודאתו להפסיד לבעל חובו.

גיטין מ: "האומר נתתי שדה פלונית לפלוני, והוא אומר לא נתן לי – חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר". וכתבו התוס' והרא"ש שאע"פ שלשון הגמ' הוא חיישינן אין הכוונה שזה ספק, אלא זה ודאי רק שכך הוא לשון הגמ' בהרבה מקומות. הב"ח הבין שהטור למד שזה ספק, כיון שכתב שכאשר אין לבע"ח נכסים אחרים לגבות מהם – אין הנותן נאמן. אולם, מדברי הב"י שהביא על הטור את דברי התוס', נראה שלמד שאין זה מספק, ואפי' הכי אין אדם נאמן בהודאתו לזכות לאחד ולחוב לאחר.

סעיף ה

אמר: כתבתי שדה פלונית לפלוני ונתתי לו בידו, והלה אומר: לא נתת לי, אם המקבל מתנה הוא שאמר כן, הודאת בעל דין כמאה עדים דמי והנותן אוכל פירות שדהו. ואם בן המקבל הוא שאמר כן: לא נתת לאבי שדה זו, והוא אומר: כתבתי ונתתי לו, מניחים את הפירות על ידי שלישי, עד שיוודע הדבר היאך הוא.

1. אם אמר נתתי לך ביד, והלה אומר לא נתת – הולכין אחר דברי המקבל, והשדה חוזרת ליד הנותן, דבכח"ג לא שייך לומר 'שמא זיכה לו ע"י אחר' שהרי הוא אומר 'נתתי לך ביד'. התוס' והרא"ש ביארו שאע"פ שיש כאן

גם הודאת בע"ד של הנותן, דהודאתו חלשה יותר שלפעמים הוא סבור שנתן, כיון שרצה לתת, אע"פ שלא נתן בפועל; והביאם הסמ"ע. אולם, הנהיבות הביא שהרשב"א כתב שלעולם אזלינן בתר המוחזק.

2. אם המקבל אינו בחיים, ובנו טוען 'לא נתת לאבי שדה זו' – מניחים את הפירות ביד שלישי, דשמא טעה הבן וסבר שאביו לא קיבל.

3. כל הדינים הללו מיירי רק כשהם חוזרים בהם, שהמקבל רוצה לקבל אע"פ שהודה קודם שלא קיבל, והנותן רוצה שלא לתת, אך אם שניהם עומדים בטענותיהם, שהנותן טוען שנתן והמקבל טוען שלא קיבל, אין מכריחים את המקבל לקבל מתנה בע"כ.

גמ' הנ"ל "כתבתי ונתתי לו, והוא אומר לא כתב ולא נתן לי - הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. מי אוכל פירות? רב חסדא אמר: נותן אוכל פירות, ורבה אמר: משלשין את הפירות. ולא פליגי: הא באבא, הא בברא".

סעיף ו

ויש מי שאומר דדוקא כשהבן אומר: אני הייתי במעמד שאתה אומר שנתת לאבי וראיתי שלא נתת לו כלום; אבל אם לא היה במעמד (פי' הסמ"ע דהיינו שיכול להיות שלא היה במעמד, דאם אומר במפורש שלא היה במעמד הנהיגה, אף באביו דינא הכי), דינו כאומר: נתתי שדה פלונית לפלוני, והוא אומר: לא נתת לי.

הגה: שטר מתנה שכתב בו: כתבו וחתמו עלי בכל לשון ותנו לפלוני כו', לאו שטר מתנה הוא מאחר שלא נזכר בשטר שהוא נותן, אלא צוה לעדים ליתן (הרא"ש כלל ל"ט סימן ו').

ז-יא מקבל שאינו חפץ במתנה

גיטין לב. "והאמר רבה בר איבו אמר רב ששת, ואמרי לה אמר רבה בר אבוח: מקבל מתנה שאמר לאחר שבאתה מתנה לידו מתנה זו מבוטלת, תיבטל, אי איפשי בה - לא אמר כלום, בטלה היא, אינה מתנה - דבריו קיימין". והתקשו הראשונים מהסוגיא בכריתות כד. בה שנינו בדיוק הפוך: "ומ"ש מהא דאמר רבה בר אבוח אמר רב ששת, ואמרי לה א"ר אבהו אמר רב ששת: מקבל מתנה שאמר לאחר שבאת מתנה לידו מתנה זו תיבטל, מבוטלת, אי איפשי בה - דבריו קיימין, בטילה [היא], אינה מתנה - לא אמר כלום?!"

א. כיצד ליישב את סתירת הסוגיות? כמה שיטות נאמרו ביישוב הסתירה: א. היו שאמרו שזה מן הסוגיות המתחלפות שבתלמוד, שהיו שגרסו כך והיו שגרסו אחרת, וכמו שמצינו ב'איכא דאמרי' כך ו'איכא דאמרי' להיפך; וכ"כ התוס' בב"ב קלו. ב. ר"י פירש (הביאווה התוס' בגיטין) שהעיקר כמו הגי' בכריתות, שכאשר אומר לשון עבר דבריו בטלים, שהרי זה לא נכון. אולם, אם אומר בלשון עתיד דבריו קיימין, שהרי זה כאילו הוא מבטל את המתנה מכאן ולהבא, וכמו שמבטל את הגט. ג. רש"י בכריתות כתב שצריך לגרוס כמו הגירסא בגיטין שהיא העיקר, ואליבא פירש את הסוגיא שם קצת בדוחק.

בכל אופן, גם אם נאמר שהסוגיות חלוקות רש"י והרא"ש והטור נקטו לדינא לעיקר כמו הסוגיא בגיטין, שכאשר אומר לשון עבר הרי המתנה בטילה לגמרי, אולם כאשר אומר לשון הווה או עתיד דבריו בטלים.

ב. מה הדין כשלא זכה במתנה, ומה הדין כשזכה בה אך מגלה דעתו שאינו חפץ בה? בכריתות כד. איתא "אמר ר"ל: הנותן מתנה לחבירו ואמר הלה אי אפשי בה, כל המחזיק בה זכה בה", ומבואר שאמירת 'אי אפשי' במתנה הרי היא כהפקר.

מאידך, בב"ב קלו: איתא "אמר רב יהודה אמר שמואל: הכותב נכסיו לאחר, ואמר הלה אי אפשי בה - קנה, ואפילו עומד וצווח; ורבי יוחנן אמר: לא קנה. אמר רבי אבהו בר ממל, ולא פליגי: כאן בצווח מעיקרא, כאן בשותק מעיקרא ולבסוף צווח". ומבואר שאם שתק בתחילה ורק אח"כ אמר 'אי אפשי בה' - קנה ואין בדבריו כלום.

הרשב"ם ביאר שריש לקיש דיבר בצווח מעיקרא, דאילו בשתק ולבסוף צווח - אינו יכול להפקירה באמירה בעלמא. וריש לקיש מלמדנו שאע"פ שאמרין בגיטין שאמירת 'אי אפשי' אינה כלום, אך זה רק לאחר שזכה במתנה, אך קודם הזכיה מהני, שהרי אין חבין לו בע"כ. ע"פ זה כתב שכיון שאינו חפץ במתנה הרי היא הפקר, שהרי הנותן סילק נפשו ממנה, ואילו המקבל אינו חפץ לזכות בה, ולכן אמר ריש לקיש שכל המחזיק בה זכה בה. ונמצא שהוא הדין באומר על מתנה 'בטילה היא' מעיקרא, הרי היא הפקר, דכיון שגילה בדעתו שמעולם לא הייתה כוונתו לזכות בה, והנותן הרי סילק נפשו ממנה - כל הקודם לזכות בה זכה. (וכן היא דעת רבינו אפרים, מובאת ברא"ש ב"ק קטז.). (ואת הגמ' בב"ק קטז. ביאר רבינו אפרים דשאני התם שנעשה לו נס, ולכן אמרין שמשמא זכו ליה דווקא).

אולם, התוס' ושאר הראשונים למדו שריש לקיש מדבר לאחר שכבר זכה במתנה, ובא ללמדנו שאע"פ שזכה בה והרי היא שלו, אך אם אמר 'אי אפשי בה' הרי זה לשון הפקר, וכל הקודם בה זכה בה. אולם, אדם שאומר שמעולם לא קיבל את המתנה בתורת מתנה, או אדם שצווח מעיקרא ואינו חפץ לזכות במתנה - הרי היא חוזרת אל הנותן, כיון שהנותן

לא סילק נפשו ממנה אלא כלפי המקבל, אך לא עשאה הפקר. והוכיחו כן **מב"ק קטז**. "נהי דכי אפקריה אדעתא דאריה אפקריה, אדעתא דכ"ע לא אפקריה". ואע"פ שבגיטין לב. אמרינן שאם אמר 'מבוטלת, תיבטל, אי אפשי בה' – לא אמר כלום! **תירצו רש"י, הרא"ש והטור שיש חילוק בין קרקע למטלטלין**, שריש לקיש איירי במטלטלין שכאשר אומר 'אי אפשי בהם' הרי הוא כמפקירן, דאם אינו רוצה להפקירן מדוע אינו מחזירם לנותן?! אלא מוכח שכוונתו להפקירם. אולם, בקרקע שהיא תחת יד הנותן אפשר לומר שכוונתו שאינו רוצה במתנה ושתחזור לנותן, וכיון שכבר זכה בה – אין בדבריו כלום והמתנה קיימת (כן ביאר הרשב"א טעם חילוקם, והובא בנתיבות (ג)). כמו כן, מה שאמרנו שאם שתק ולבסוף צווח אינו כלום, היינו רק לענין שאינה חוזרת לבעלים הראשונים אך לא לענין שיצאה מרשותו.

הרמב"ם פסק כריש לקיש ולא חילק בין קרקע למטלטלין, וצריך לומר שהבין שמה שאמרה הברייתא שהאומר 'אי אפשי' וכדו לא אמר כלום, היינו רק לענין שאינה חוזרת לבעלים הראשונים. אך כן יש משמעות לאמירתו כדי להפקירה עתה. **ותמנה עליו מדוע השמיט את הדין של האומר 'בטלה היא' שדבריו קיימים? ה"ה כתב שהרמב"ם לא רצה להכניס עמו במחלוקת הסוגיות**, ולכן לא כתב אלא את דינו של ריש לקיש שהוא מוסכם על הכל. **והב"י תמה עליו** וכתב שמוכח ברמב"ם שנקט כסוגיא בגיטין, ולכן נקט שהרמב"ם השמיענו רבותא שלא רק האומר 'תיבטל', 'מבוטלת' וכדו' אין בדבריו כלום, אלא אף האומר 'הרי היא בטילה' אינו כלום כיון שלשון זו היא לשון עתיד. אולם, האומר 'בטילה היא' דבריו קיימים, ואע"פ שלא כתב זאת בהדיא בתחילת הפרק סמך על מה שכתב בהלכה יג (הדין של סעיף ז בשו"ע) שממנו מוכח שהאומר 'בטילה היא' דבריו קיימים, וכ"כ הראב"ד. **השו"ע פסק כרמב"ם, אולם, הרמ"א פסק כרא"ש והטור לחלק בין קרקע למטלטלין**.

סעיף ז

מקבל מתנה שבא בעל חובו לגבות ממנו, ואמר: אינה מתנה בידי אלא שומר אני עליה, או שאמר: בטלה היתה מתחלתה, נשבע היסת ותחזור לבעליה. (ועיין למטה סעיף י').

1. מקבל מתנה שאומר שמעולם לא קיבלה בתורת מתנה, נאמן אפי' אם הוא חב לאחריו.

2. אם הבע"ח טוען טענת ברי – נשבע היסת ונפטר.

גיטין לב. "בטלה היא, אינה מתנה - דבריו קיימים", וכמו שנתבאר.

האם נאמן גם לחוב לאחריו? הראב"ד כתב שלא, שכן מוכח בכתובות יט. שהאומר שטר אמנה הוא אינו נאמן כדי לחוב לאחריו, וה"ה הכא. אולם, מרש"י משמע שנאמן אף כלפי בעל חוב שלא יוכל לגבות ממנה, וביאר הרשב"א (בגיטין) שטעמו הוא מפני שהקרקע אינה בחזקתו אלא מכח המתנה, ולכן הוא נאמן לומר שלא קיבלה מעולם. משא"כ קרקע שמוחזקת תחת ידו שאינו נאמן לומר שאינה שלו.

הרמב"ם (זכיה ומתנה פ"ד, יג) הביא דין זה, אך לא הזכיר שמיירי שתבעו בע"ח וכתב שנשבע היסת ונפטר. והקשו עליו שבועה זו למה? וכתב ה"ה שאפשר שמיירי כאשר בע"ח תובע ממנו הקרקע כדי לגבותה בחובו, והלה טוען שלא קיבלה בתורת מתנה מעולם. הב"י הוסיף שמיירי שהבע"ח תובע בברי, דבשמא אין שבועת היסת. הדרכי משה נסתפק בדבר מפני שהיה קשה לו היאך נאמן לחוב לאחריו, וכתב שצ"ל כמו שהבאנו בשם הרשב"א שבכה"ג אין זה חב לאחריו. וכ"כ הסמ"ע (יב).

3. אם כבר גבה בע"ח את השדה, ואח"כ טען הלוח שאינה שלו – טענין ליה, כמו שטוענים ללקוחות. ולכן אם אכלה הלוח שני חזקה – אין מוציאין מיד המלוה; נתיבות (ב) בשם התומים.

סעיף ח

טען הנותן ואמר: שומר אתה עליה, או שאמר: שלא מדעתי נתתה, או: גזולה היא בידך, וזה אומר: נתת לי, אם החזיק בה שני חזקה או שהיא מתנת מטלטלין, נשבע המקבל שבועת היסת ונפטר.

1. הנותן אינו נאמן לומר שאין זו מתנה, ולכן אם המקבל מוחזק במתנה, כלומר במתנת קרקע שאכלה ג' שנים, ובמטלטלין כל שהם תחת ידו – נשבע היסת ונפטר.

סעיף ט

נתן שדה פלונית במתנה לראובן, ואחר כך החזיר ראובן שטר מתנה לנותן וגם עשה לו מחילה, לא נתבטלה המתנה בכך.

1. מקבל שקיבל מתנה, והחזיר שטר המתנה או שמחל עליה – אין בכך כלום. כ"כ הרא"ש בתשובה, והטעם שמכיון שכבר זכה ראובן במתנה אינה יוצאת מתחת ידו אלא באחד מדרכי הקניינים, ומחילה אינה מועילה על ממון בעין, כמו שנתבאר בסי' רמא, ב.

סעיף י

המקבל את המתנה וזכה בה, ואחר שבאה לידו והוא שותק חזר בו ואמר: איני רוצה בה, או: איני מקבלה או: הרי היא בטלה, או: מום זה נראה לי בה, לא אמר כלום לענין שתחזור לבעלים, אלא הרי היא הפקר וכל הקודם בה, זכה. (ואם יש לו בעל חוב גובה ממנה) (טור). אבל אם היה צווח מעיקרו, לא קנה המקבל וחוזר לבעלים הראשונים. הגה: וכל זה באומר אחד מן הלשונות שמשמעו שאינו רוצה בה. אבל אם אמר לשון דמשמע שלא היתה מתנה מעיקרא, אף על גב דשתק תחלה נאמן בהודאתו, ואפילו חב לאחרים כגון שיש לו בעל חוב עליו, מ"מ מאחר שלא היתה בחזקתו עד עתה נאמן עליה. אמר: אי אפשי בה, אם המתנה מטלטלין הוי ליה הפקר; ואם היה קרקע, מאחר ששתק תחלה אין בדבריו כלום (הכל בטור).

1. אם קיבל מתנה, ולאחר שבאה לידו אומר לשונות הוה או עתיד, כגון 'איני רוצה בה', 'איני מקבלה', 'הרי היא בטלה', 'יש בה מום', שכוונתו שרוצה לבטל את המתנה מכאן ולהבא: שו"ע – הרי היא הפקר. רמ"א – במתנת מטלטלין הרי הם הפקר, במתנת קרקע – אין בדבריו כלום.

כריתות כד. "אמר ר"ל: הנותן מתנה לחבירו ואמר הלה אי אפשי בה, כל המחזיק בה זכה בה". וכמו שביארנו בפתיחה שדעת רש"י והרא"ש שר"ל מיירי רק במתנת מטלטלין, אולם הרמב"ם לא חילק. הסמ"ע נקט ברמב"ם שדווקא באומר 'איני רוצה בה' הוי הפקר, אך לא בשאר הלשונות, ולא כב"י. והנתיבות (ד) דחה דבריו.

2. אם קיבל מתנה, ובשעה שהגיעה לידו אמר שאינו חפץ בה – לא קנה וחוזרת לנותן.

ב"ב קלז. "אמר רב יהודה אמר שמואל: הכותב נכסיו לאחר, ואמר הלה אי אפשי בהן - קנה, ואפילו עומד צווח; ורבי יוחנן אמר: לא קנה. אמר רבי אבא בר ממל, ולא פליגי: כאן בצווח מעיקרא, כאן בשותק מעיקרא ולבסוף צווח". וכדעת רוב הראשונים שבכה"ג המתנה חוזרת לנותן ואינה הפקר, כדמוכח מב"ק קטז., ושלא כדעת הרשב"ם דהוי הפקר.

3. אם קיבל מתנה, ולאחר שזכה בה אמר בלשון עבר, שמשמעו שבעולם לא התכוון לזכות בה – נאמן, והרי היא חוזרת לרשות הנותן, וכמו שכתבנו בסעיף ז. ואע"פ שהרמב"ם השמיט דין זה הכא, כבר כתבו לעיל בסעיף ז, וכמו שכתב הב"י ונתבאר בפתיחה.

4. כאשר זכה בה, אך רוצה להפקירה, האם יכול בע"ח לבוא ולגבות ממנה? סמ"ע – רק מלוה בשטר, כיון שיש לו שעבוד נכסים, אין כח ביד המקבל להפקיע שיעבודו. ט"ז, קצות (ב), נתיבות (ה) – אפי' מלוה על פה, ה"ז כתב הטעם שאינו יכול להזיקו בידיים, כאשר אין לו נכסים אחרים. והקצות הוכיח מסימן רעה, לא ש'כל מלוה הנגבית מן הירודים נגבית מנכסי הגר', שאפי' מלוה ע"פ גובה מההפקר, והוסיף שמוכח מהרשב"א שאפי' מטלטלי שאינם משועבדים אם הפקירם ואין לו נכסים אחרים – גובה מהם, דאין ההפקר מפקיע השעבוד.

5. המפקיר נכסיו ובא בע"ח ונטל מהם:

א. אם נטלם בתורת זוכה מההפקר: סמ"ע (יח) - נפטר הלוח מחובו, כן משמע בנמוק"י. קצות (ג), נתיבות (ה) – הרי הם שלו, ולא נפטר הלוח מחובו, דלא גרע דינו משאר אדם שיכל לזכות בהפקר.

ב. אם נטלם בתורת גובינא:

אם הוציאם מאחרים שקדמו זכו בהם – נפטר הלוח מחובו, כן ביארו הקצות והנתיבות דברי הנמוק"י.

אם לא ידע שהלוח הפקירם ונטלם בתורת גובינא: קצות – נפטר הלוח מחובו, שהרי לא פקע השעבוד אף לאחר שהפקירם, ונמצא שגבאם בחובו כדין. נתיבות – נסתפק בזה, דאולי חשיב כמחילה בטעות, שאילו היה יודע שהם הפקר לא היה מוחל ללוח על חובו, ומבואר מזה שחולק על הקצות וסובר שלאחר שהופקרו פקע השעבוד.

סעיף יא

זיכה לו על ידי אחר, וכששמע המקבל שתק, ואחר כך צווח ואמר: איני מקבלה, הרי זה ספק אם זה ששתק כבר רצה וזה שצווח חזר בו, או ששתק מפני שעדיין לא הגיע לידו כלום וזה שצווח הוכיח סופו על תחלתו. לפיכך אם קדם אחר וזכה בה לעצמו, אין מוציאם מידו שמא המקבל זכה, וכיון שאמר: איני רוצה בה הרי הפקירה, וזה

שקדם ולקחה מההפקר, זכה. ואם חזרו הבעלים הראשונים ותפסוה מיד זה שקדם וזכה בה, אין מוציאין מידם, שמא המקבל לא זכה, שכיון שאמר: איני רוצה, הוכיח סופו על תחלתו ולא קנה אותה, וברשות הבעלים הראשונים היא קיימה עדיין. וי"א שאם היתה מתנת שכיב מרע. כיון ששתק בשעה ששמע, קנה. הגה: לא ראיתי מי שמחלק כאן בין ש"מ לבריא, וגם אינו נראה לי לחלק בכך, מאחר שזיכה לו המתנה על ידי אחר, קנה בבריא כמו בש"מ, וכן דעת הרא"ש שזכה המקבל בכל ענין.

1. המזכה מתנה ע"י אחר, וכששמע המקבל שתק ואח"כ צווח – הרי זה ספק, האם התכוון לקנות ומה שצווח עכשיו הוא מפני שהתחרט ואין בדבריו כלום, או שמא מלכתחילה לא רצה בה, אלא שהמתין עד שתגיע לידו; כן דעת הרמב"ם והעיטור, וכמו שמוכח בחולין לט: וי"א שקנה, כן דעת הרא"ש והטור דהלכה כרבנן ולא כרשב"ג.

ב"ב קלח. "אמר רב נחמן בר יצחק: זיכה לו על ידי אחר, ושתק ולבסוף צווח – באנו למחלוקת רבן שמעון בן גמליאל ורבנן; דתניא וכו' דתנא קמא סבר: מדשתיק קנינהו, והאי דקא צווח – מהדר הוא דקא דהדר ביה; ורבן שמעון בן גמליאל סבר: הוכיח סופו על תחלתו, והאי דלא צווח עד השתא – דסבר: כי לא מטו לידי מאי אצווח". **הרשב"ם והרא"ש פסקו כרבנן**, ואע"פ שהלכה כרשב"ג במשנתנו היינו דוקא במשנה ולא בברייתא. וכתב הב"י שכן דעת הר"ף שהביא מח' ולא כתב כלום, ומסתמא דעתו שהלכה כרבנן. **אולם, הרמב"ם פסק שהוא ספק**, וכתב ה"ה שטעמו מפני שאמרין בחולין (לט:): "זה היה מעשה בקיסרי ולא אמרו בה לא איסור ולא היתר. אמר רב חסדא: לא אמרו בה איסור – משום כבודן דרבנן, לא היתר וכו' אלא אמר רב שיזבי: לא אמרו בה היתר – משום כבודו דרשב"ג", **ואם הם נסתפקו מי יכריע? וכ"כ העיטור בשם הגאונים.**

2. מה הדין בספק זה? פשט שו"ע, גר"א, ט"ז – ככל ספיקא דדינא שלדעת הרמב"ם והשו"ע מועילה תפיסה לכל אחד מהצדדין, ולדעת הרא"ש לא מועילה תפיסה, אלא מניחים ביד המוחזק. **סמ"ע (כא) – אם תפסו הבעלים הראשונים אין מוציאין מידם, ואפי' קדם אחד ותפס הם יכולים להוציא מידו.** דשאני הכא שידוע מי הבעלים הראשונים ובחזקתם עומדת המתנה. והט"ז דחה דבריו, דדוקא בההיא ארבא לא מהני תפיסה, דשם כך הוא הדין שאמרין 'כל דאליס גבר' משא"כ הכא שהוא ככל ספיקא דדינא, וכן הוא פשט הרמב"ם והשו"ע וכ"כ הגר"א.

3. האם יש חילוק בין מתנת בריא למתנת שכיב מרע? רמ"א, ש"ך – לא, בדין זה אין חילוק בין מתנת בריא למתנת שכיב מרע, דלדעת הרמב"ם בכל ענין הוא ספק, ולדעת הרא"ש ודעימיה בכל ענין קנה, שהרי מירי שזיכה לו ע"י אחר, ובכח"ג קנה המקבל לכו"ע אם שתק בשעה ששמע. **סמ"ע – כן, דדעת השו"ע שהרא"ש חלק דווקא בשכיב מרע, דאיכא תרתי שדבריו ככתובין ומסורין, וגם זיכה לו ע"י אחר, אך בברי מודה שהוא ספק.**

השו"ע כתב "ויש אומרים שאם היתה מתנת שכיב מרע וכו' קנה", ומשמע שהחולקים וסוברים שקנה לגמרי היינו דווקא במתנת שכיב מרע. **ותמה עליו הרמ"א** שהרי הרא"ש והטור לא חילקו בין שכיב מרע לברי, אלא בדין של סעיף י' שמקורו במימרא הראשונה בב"ב קלז. 'הכותב נכסיו לאחר' שבכח"ג דווקא בשכיב מרע אמרין שזה תלוי אם שתק בשעה ששמע או לא, כיון שדבריו ככתובין וכמסורין וכאילו הגיע המתנה לידו. אולם, בבריא כיון שלא קנה עד שיגיע השטר לידו, אף אם שתק תחילה אך צווח בשעה שהגיע לידו השטר – מהני. אולם, בדין שלנו לכו"ע מהני השתיקה בשעה ששמע, שהרי מירי שזיכה לו ע"י אחר, ובכח"ג אין צורך שתגיע מתנה לידו! וכתב הש"ך שמדברי הב"י מוכח שמסכים עם הרמ"א, אלא שכוונתו כאן לחזור על הדין של סעיף י', ולומר שאע"פ ששם חילקנו האם שתק בשעה שביא לידו, אך יש אומרים שבשכיב מרע זה תלוי בשאלה האם שתק בשעה ששמע. וכמו שמוכח מדבריו בבדק הבית שכתב שאף הרמב"ם מודה לדין זה, אע"פ שלא כתב כן להדיא. (וכבר כתבו האחרונים שאשתמיטתיה לב"י דברי הרמב"ם בהלכות זכייה פ"ב (ה"ד) שכתב להדיא שדין זה נכון אף בשכיב מרע, וממילא מוכח שלא חלק על הרא"ש והטור). ולכן נקט הש"ך שדברי השו"ע כאן נסובים על הדין של סעיף י', דבמזכה ע"י אחר אין חילוק בין שכיב מרע לבריא.

4. האם במתנת שכיב מרע, יכול המקבל לחזור קודם שמת הנותן? קצות – לא, כשיטת הרא"ש שדברי שכי"מ ככתובין ומסורין למפרע משעה שנכתבו. הקצות (ד) הקשה הרי מתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה, וא"כ מדוע חילקו הרא"ש והטור בין שכי"מ לבריא? הרי אף בשכי"מ יכול לחזור בו לאחר ששמע קודם שמת! וכתב ליישב על פי דברי הרא"ש לגבי הולך מנה לפלוני שאע"פ שמת מקבל בחיי נותן – קנה המקבל, דדברי שכי"מ לאחר מיתתו חשובין ככתובין וכמסורין למפרע משעת הניתנה, וכיון שהיה המקבל חי בשעה שנתנו לו – זכה בהם למפרע בחייו. א"כ ה"ה הכא, דכיון ששתק בשעה ששמע שוב לא תועיל חזרתו. **נתיבות (ו), רעק"א – כן,** שכל מה שאמרו ששתק היינו לאחר מיתת הנותן, אך קודם מיתתו לא זכה ויכול לחזור בו; וכ"כ הנמוק"י להדיא.

סימן רמו

השומע שמת בנו וכתב נכסיו לאחר, ובו י"ז סעיפים.

סעיף א

לעולם אומדים דעת הנותן, אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושים על פי האומד אף על פי שלא פירש. כיצד, מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת, וכתב כל נכסיו לאחר, מתנה גלויה גמורה, ואחר כך בא בנו, אין מתנתו קיימת, שהדברים מוכיחים שאילו ידע שבנו קיים לא היה נותן כל נכסיו. לפיכך אם שייר מנכסיו כל שהוא, בין קרקע בין מטלטלין, מתנתו קיימת.

1. במתנה אמדין דעת הנותן, ולכן כשיש לנו אומדנא ברורה, לא אמרינן 'דברים שבלב אינם דברים', כן מוכח מכל הדינים שבסימן זה, וכ"כ הנמוק"י בב"ב ס. מדפי הרי"ף.

2. מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו, וכתב כל נכסיו לאחר, ואח"כ בא בנו – מתנתו בטילה, שאילו ידע שבנו קיים – לא היה נותן נכסיו לאחר.

3. אם שייר מנכסיו כל שהוא, כפשוטו, ולא דמי לכ"ש שבמתנת שכיב מרע; סמ"ע ב, בין קרקע ובין מטלטלין – מתנתו קיימת, דבכה"ג ליכא אומדנא.

ב"ב קמו: "מאן תנא דאזלינן בתר אומדנא? אמר רב נחמן: רבי שמעון בן מנסיא היא; דתניא: הרי שהלך בנו למדינת הים, ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר, ואחר כך בא בנו – מתנתו מתנה; רבי שמעון בן מנסיא אומר: אין מתנתו מתנה, שאלמלי היה יודע שבנו קיים – לא היה כותב". הרי"ף והרא"ש גרסו כאן 'והלכה כר' שמעון בן מנסיא'. ואף לדין גרסינן הכי בדף קלב. "ואמר רב נחמן: הלכה כרבי שמעון בן מנסיא". ומבואר בבריתא שדין זה הוא דווקא כשכתב 'כל נכסיו'. וכתב ה"ה שאע"פ שבדף קנ. אמרינן "אמר רבא אמר רב נחמן: חמשה – עד שיכתבו כל נכסיהם, ואלו הן: שכיב מרע, עבדו, אשתו, ובניו, מברחת", ולא מנו דין זה בכללם! אך כיון שמנו את הדין של שכיב מרע, ועל הדין של שכיב מרע אמרה הגמ' שהוא נלמד מהדין שלנו, אי"כ מוכח שדינם שווה.

4. הכותב כל נכסיו לאחר מפני שלא היה לו זרע, ואח"כ זכה לזרע – ע"י בש"ך (א) שהפנה לכמה שו"תים שדיברו בזה.

סעיף ב

יש מי שאומר שדין זה דוקא בשכיב מרע, אבל לא בבריא. ויש מי שאומר דאפילו בבריא היא.

1. **האם דין זה נאמר רק בשכיב מרע?** י"א שכן, כן דעת הרמב"ן וטעמו שבבריא הרי חזינן ששביק נפשיה ונתן לאחריניה וא"כ כל שכן דשביק לבריה. י"א שלא אלא אף בבריא, כ"כ הטור בשם הרמ"ה, שאף בבריא אמרינן אומדנא זו.

2. **בריא שהקנה לאחר במתנה מהיום ולאחר מיתה, מה דינו?** ב"י והביאו הסמ"ע – הר"ן נסתפק בדבר, האם בכה"ג אף הרמב"ן מודה, דחזינן דלא שביק נפשיה כל זמן שהוא חי, או דילמא מיקרי 'שביק נפשיה', שהרי אינו יכול למכור את הנכסים. ש"ך – הר"ן לא נסתפק, אלא כתב שקנה. וכתב רעק"א בשם הברכי יוסף שהב"י התכוון לר"ן בחידושו שנסתפק בדין זה, והש"ך התכוון לנמוק"י על הרי"ף שהכריע שכולם מודים בזה.

סעיף ג

יש מי שאומר דהוא הדין בריא שכתב כל נכסיו לאחר מחמת שהיה צריך לברוח מפני בעלי חוביו או מפני אויביו, ואחר כך עשה פשרה עם בעלי חוביו ואויביו, או שמתו, אם נתברר שלא כתב מתנה זו אלא מחמת כן, הואיל ונדחת השעה מפניו והרי הוא צריך לנכסיו, בטלה המתנה.

בריא שכתב כל נכסיו לאחר, מחמת שהוצרך לברוח מפני בעלי חובות או אויבים וכדו', ואח"כ נסתלקה הסיבה שמחמתה הוצרך לברוח וחזר – בטלה המתנה, דבכה"ג כולם מודים שאמרינן אומדנא זו דלא שביק נפשיה ונתן לאחריניה, ודמי לשכיב מרע. כ"כ הטור בשם הרמ"ה, וכתב הב"י שבכה"ג אף הרמב"ן יודה, אולם הסמ"ע והב"ח הבינו שהרמב"ן שנחלק בסעיף הקודם חולק אף בזה.

סעיף ד

הכותב כל נכסיו מתנה לאחד מבניו, בין שהיה בריא בין שהיה שכיב מרע (ו"א דדוקא שכתב לו בלשון מתנה, אבל ש"מ שכתב לו לשון ירושה, קנה) (טור), אפילו היה בן קטן המוטל בעריסה, לא עשאו אלא אפוטרופוס והרי הוא בכל הנכסים כאחד מאחיו. ואפילו האריך בלשון כדרך שופרא דשטרי: ילך, יזכה, יחזיק, אומדן דעת הוא שלא נתכוון אלא להיות אחיו נשמעים לו. ואם שייר כל שהוא, בין קרקע בין מטלטלין, זכה הבן במתנה. ואם פירש בשטר שמקנה לו הקנאה גמורה ולא בתורת אפוטרופוס, או שפירש בשטר שיהא רשאי למכור ולתת לאחרים, או שכתב לו מטלטלי אגב מקרקעי, או שהקנה לו בקנין, וכן כל שכתוב בשטר המתנה לשון שאפשר להוכיח ממנו דלמתנה גמורה נתכוון, קנה. הגה: ואם כתב לאחד שיהא מושל ושולט בכל אשר לו, אינו לשון מתנה אלא לשון אפוטרופוס (הרא"ש כלל פ"ד ס' ב' וריב"ש ס' ת"ע).

1. הכותב כל נכסיו לאחד מבניו, לא עשאו אלא אפוטרופוס.

ב"ב קלא: "אמר רב יהודה אמר שמואל: הכותב כל נכסיו לאשתו - לא עשאה אלא אפוטרופא. פשיטא, בנו הגדול - לא עשאו אלא אפוטרופוס, בנו הקטן מאי? איתמר, רב חנילאי בר אידי אמר שמואל: אפילו בנו קטן המוטל בעריסה". והטעם מפני שאומדן דעת הוא שאין אדם מניח את בניו ונותן הכל רק לאחד מהם, וממילא אמרין שלא נתכוון אלא לעשותו אפוטרופוס על נכסיו, כדי שיחלקו לו אחיו כבוד; כ"כ הרשב"ם.

א. אין חילוק אם הקנה לבן גדול או קטן, ואפי' קטן המוטל בעריסה; כן איתא בגמ'.

ב. אין חילוק אם הנותן בריא או שכיב מרע. **שם קלב.** "בעי רבא: בבריא היאך? בשכ"מ הוא דניחא ליה דלישתמעון מלה, אבל בבריא הא קאי איהו, או דלמא בריא נמי ניחא ליה דלישתמעון מלה מהשתא?". ולא איפשטא, וכתבו הראשונים דאזלינן לקולא ואמרין שלא עשאו אלא אפוטרופוס.

ג. אפי' אם כתוב בשטר "ילך, יזכה, יחזיק" וכו', אין זה אלא לשון הרגיל בשטרות.

2. מצבים בהם אמרין שהי מתנה:

א. אם כתב רק חלק מהנכסים.

ב. אם פירש בשטר שזו מתנה גמורה ולא אפוטרופסות. כ"כ הרא"ש.

ג. אם פירש בשטר שיכול למכור או לתת מהנכסים. כ"כ הרא"ש.

ד. אם הקנה לו מטלטלי אגב מקרקעי, או שהקנה לו בקנין סודר. כ"כ הבי"ב בשם הרשב"א. הסמ"ע (ח), הבי"ח והש"ך (ח) הבינו שרבינו יונה המובא בסמוך (סעיף ז) חולק אף בכה"ג. אולם, מדברי השו"ע מוכח שהבין שכאשר הקנה לו בקנין אגב או בסודר לכו"ע קנה לגמרי, ולא נחלקו אלא כאשר כתב הקנין בשטר; וכ"כ הסמ"ע (יד) בדעת השו"ע.

ה. אם מוכח מלשון השטר שהתכוון להקנותו במתנה גמורה.

3. מה הדין אם נתן כל נכסיו באמירה, אך בלשון מתנה ולא בלשון ירושה? שו"ע – קנה לגמרי,

רמ"א – עשאו אפוטרופוס. **הראשונים התקשו** כיצד אמרין שהכותב כל נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפוטרופוס, הרי בגמ' קודם לכן אמרין שיכול אדם לתת כל נכסיו לבן בין הבנים, אע"פ שהוא מבטל בכך ירושה דאורייתא, וא"כ משמע שקנה לגמרי!! **רבינו חננאל והרי"ף תירצו** שיש לחלק בשאלה האם נתן כל נכסיו באמירה, או כתב כל נכסיו, וטעם החילוק שדווקא כאשר כתב כל נכסיו אמרין שטעמו היה שיצא עליו קול שקיבל כל נכסיו ושהוא מחשיב אותו, ובהכי סגי ולא נתכוון להקנות לו. אולם, כאשר נתן באמירה בעלמא, דלא שייך טעם זה, הרי נתכוון להקנותו. ועוד כתבו לחלק בשאלה האם נתן כל נכסיו או רק חלק. **הרא"ש הקשה** עליהם מסברא שלא מסתבר לחלק בין כתיבה לאמירה, ועוד שמדף קל. מוכח שאף בכותב ונותן כל נכסיו אמרין דקנה לגמרי! **(הרי"ף תירץ** ששם מייירי בבת בין הבנות או באח בין האחים שלא אמרין שעשאו אפוטרופוס). **אולם, הרא"ש נקט כתירוץ הרשב"ם** שכתב לחלק בין אם נתן כל נכסיו במתנה, דבכה"ג אמרין שלא עשאו אלא אפוטרופוס, למצב בו נתן את כל נכסיו בלשון ירושה, דלשון ירושה אין במשמעותה אפוטרופסות כלל, שהרי עשאו כמוהו.

4. אם כתב לשון 'מושל ושליט בכל אשר לו', הרי זה לשון אפוטרופסות; כ"כ הרמ"א בשם הרא"ש. והפת"ש הביא בשם החת"ס שה"ה אם כתב לאשה שתהיה 'גברת הבית', הרי זה לשון אפוטרופסות.

סעיף ה

וכל היכא דאיכא לאסתפוקי בלשון המתנה אם נתכוון למתנה גמורה, על המקבל להביא ראיה.

שהרי הוא בא להוציא את הנכסים מיד היורשים.

סעיף ו

בד"א, שכתב לבן בין הבנים. אבל אם כתב לבן בין הבנות, או לבת בין הבנות (או לבת בין הבנים) (טור) או לאחד מהיורשים בין שאר יורשים, אף על פי שלא שיר כלום מתנתו קיימת. (וי"א דבת בין הבנים או בין הבנות לא קנתה) (טור בשם הרא"ש והרמ"ה).

1. **אם כתב לבן בין הבנות – קנה**, ולא אמרינן שעשאו אפטרופוס; כ"כ הר"ף.

האם בכה"ג הפסידו הבנות את מזונותיהם? ב"י – לא, שהרי אין בידו להפקיע מזונות בנותיו. הנהיבות (א) תמה שהרי ע"י מתנה לאחרים ודאי שיכול להפקיע מזונות בנותיו! ותיירץ דהרמ"ה שהוא מקור דינו של הב"י סובר כמרדכי שמתנה ליורשים דינה כירושה.

2. **אם כתב לבת בין הבנים או בין הבנות: שו"ע – קנתה לגמרי**, דלא אמרינן אלא בן בין הבנים, דדין זה הוא הלכתא בלא טעמא (ב"ב קמד.), ואין לך בו אלא חידושו; כ"כ הר"ף והרמב"ם. רמ"א – **לא קנתה**, דלא עשאה אלא אפטרופוס, דכן הוא הג"י בגמ' שלנו, שאף בבת בין הבנים לא קנתה, וכ"ש בבת בין הבנות.

ב"ב קלא: "איבעיא להו: בת אצל הבנים, ואשה אצל האחים, ואשה אצל בני הבעל, מהו? אמר רבינא, משמיה דרבא: בכולהו לא קנה, לבר מאשתו ארוסה ואשתו גרושה; רב עזרא משמיה דרבא אמר: בכולהו קני, לבר מהאשה אצל האחין ואשה אצל בני הבעל". וכתבו הרשב"ם שמחלוקתם היא רק בבת בין הבנים שלדעת רבינא לא קנתה, אך לדעת רב עזרא קנתה. וכתבו שהלכה כרבינא. אולם, הר"ף לא גרס 'בת בין הבנים' וגרס בדברי רב עזרא 'לבד מאשה אצל הבנים', כיון שלשיטתו כל הסוגיא נאמרה רק לגבי בן או אשה בין הבנים, אך לא לגבי שאר יורשים. משא"כ הרא"ש והרשב"ם נקטו שהסוגיא נאמרה אף כלפי שאר יורשים.

3. **אם כתב לאחד מהיורשים בין שאר יורשים – מתנתו קיימת.**

סעיף ז

יש מי שאומר דכותב כל נכסיו לבן בין הבנים, אם נתן לו קנין וייפה כחו, קנה. ויש מי שאומר שאף על פי כן לא קנה.

כ"כ רבינו יונה שיש מי שאומר שאם כתב ונתן לו בקנין קנה, אך כתב שנראה לו שאפי' הכי לא קנה. ועיין בסעיף ד' במה שכתבנו בשם הסמ"ע.

סעיף ח

אם אמר: כתבו ותנו לו כל נכסי, ולא ייפה כחו לומר: תנו לו כל נכסי ואף כתבו, אפילו אפטרופוס לא עשאו.

אם אמר 'כתבו ותנו לו כל נכסי' – אפי' אפטרופוס לא עשאו; כ"כ רבינו יונה. וטעמו שאמרינן בגמ' בכה"ג שבמתנת שכיב מרע לא קנה, דדילמא לא התכוון להקנותו אלא בשטר, ואין שטר לאחר מיתה. לכן, צריך לומר 'תנו לו כל נכסי', ואף כתבו וא"כ מוכח שהנתינה אינה מכח השטר, אלא השטר הוא לראיה.

האחרונים הקשו שהרי בסימן רנ, יז מבואר בדברי הרמ"א שכאשר ממנהו אפטרופוס לא בעינן שייפה את כוחו! הנתיבות (ב) כתב לחלק שדווקא כאשר ממנהו אפטרופוס בלשון שנותן לו את הנכסים במתנה, דינו כמו בנותן מתנה שבעינן שייפה את כוחו. אולם, אם כותב להדיא אפטרופוס בלבד – לא בעינן ייפוי כח, אע"פ שכתוב בה קנין.

סעיף ט

הכותב כל נכסיו לאחד מבניו ולאחר, זה האחר קנה חצי הנכסים במתנה, ונשאר החצי לבניו, והבן שנתנו לו, אפטרופוס מינהו על שאר אחיו.

הכותב כל נכסיו לבנו ולאחר – האחר קנה חצי מהנכסים, והבן לא קנה כלום, אלא נעשה אפטרופוס. גמ' הני"ל "פשיטא בנו ואחר - אחר במתנה ובנו אפטרופוס", הרשב"ם ביאר שהגמ' מדברת ב'ב' מקרים

שונים, אולם הרא"ש ביאר שמיידי שנתן לבנו ואחר כאחד, וכיון שהאחר זכה בחצי מהנכסים נמצא שנתן לבנו את כל שאר הנכסים שנתרו, והרי זה כמזכהו בכל הנכסים שלא עשאו אלא אפוטרופוס.

סעיף י

יש מי שאומר שאם כתב חצי נכסי לבני וחצי נכסי לפלוני, לבנו נמי הוי מתנה. ואם כתב: שני שלישי נכסי לבני והשליש לאחר, לא עשה בנו אלא אפוטרופוס.

1. הכותב חצי נכסיו לבנו וחצי נכסיו לאחר – שניהם קנו. כ"כ הרא"ש וטעמו שאם היה רוצה לעשות את בנו אפוטרופוס, היה לו לכתוב 'כל נכסיו' לבנו ולאחר, וממילא ידעין שכל אחד מהם מקבל רק חצי, ומדשינה בלשונו מוכח שרצה להקנותו.

2. הכותב שני שלישי מנכסיו לבנו ושליש לאחר, או איפכא, וכן אם כתב בשיעורים אחרים – לא זכה הבן ואינו אלא כאפוטרופוס. כ"כ הרא"ש, וטעמו שבכה"ג שרוצה להקנות להם חלקים שאינם שווים, לא היה יכול לומר 'כל נכסי לבני ולאחר'.

סעיף יא

כתב כל נכסיו לשני בניו, שניהם אפוטרופסים. ואם כתב: חצי נכסי לבני פלוני וחצי נכסי לבני פלוני, הראשון הוי מתנה והשני הוי אפוטרופוס על החצי לכל הבנים, וגם הראשון שנתן לו חצי הנכסים יש לו חלק בחצי האחר כשאר האחים.

1. אין חילוק אם כותב כל נכסיו לבן אחד, או לכמה בנים. ולכן אם כתב כל נכסיו לשני בניו, ויש עוד בנים, לא עשאו אלא אפוטרופסים. כ"כ הרא"ש ושאר הפוסקים, ולא כדעת בה"ג (הביאו הנמוקי"י) שדין זה נכון דווקא בכותב נכסיו לבנו אחד, דדין זה הוא הלכתא בלא טעמא ואין לך בו אלא חידושו.

2. אם כתב חצי מנכסיו לבן אחד, וחצי מנכסיו לבן השני – הראשון זכה, שהרי לא כתב לו את כל נכסיו, והשני אינו אלא אפוטרופוס בחצי מהנכסים; כדין בנו ואחר שכתב להם חצי מהנכסים שנתבאר בסעי' הקודם.

במקרה זה, יש לראשון חלק כשאר אחיו, בחצי השני של הנכסים, מלבד מה שקיבל מאביו במתנה. הנמוקי"י הסתפק בזה, והטור כתב כן בפשיטות.

סעיף יב

הכותב כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפוטרופוס; ונתבאר פרטי דין זה בטור אבן העזר סי' ק"ז. (וכתב הסמ"ע דאין חילוק בין סוגי היורשין בכולהו אמרינן שעשאה אפוטרופוס, כרשב"ם ולא כרא"ש).

סעיף יג

הכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא, נתבאר בטור הנזכר סי' ק"ו. (שאיבדה כתובתה, דכיון דשמעה ושתקה ודאי מחלה, דאחשבה ליתן לה חלק בין בניו. ודוקא כתובתה איבדה, אך לא נדוניתה. ואם קנה אח"כ נכסים, או שמת א' מבניו – גובה מהם; סמ"ע).

סעיף יד

הכותב כל נכסיו לאשתו ויצא עליו שטר מוקדם, נתבאר בטור הנזכר בס"י ק"ז. (שאיבדה כתובתה).

סעיף טו

דין שטר במתנה שלא נעשה אלא להברית, בטור הנזכר סימן צ'.

סעיף טז

דין שכיב מרע שאמר: תטול אשתי כאחד מהבנים, בטור הנזכר סימן ק"ח.

סעיף יז

כל הנותנים כל נכסיהם, משתבטל המתנה ויחזרו כל הנכסים לבעלים הראשונים אין המקבל מתנה מחזיר פירות. הגה: האומר לחבירו אכול עמי, צריך לשלם לו, ולא אמרינן מתנה

קא יחייב 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 (ת"ה סימן שי"ז).

1. הנותן מתנה ונתבטלה – אין צריך המקבל להחזיר הפירות, ואפי' פירות שלא אכל ועדיין הם תחת ידו בעין; סמ"ע כג. דדוקא במתנה בטעות צריך להחזיר הפירות, אך כאן לא נתחרט על עצם הנותנה, ואדרבא כל זמן שלא בא בנו, או שלא עמד מחליו – נוחא ליה שיהיו הנכסים אצל המקבל; סמ"ע הנ"ל.

2. במקח שנתבטל – צריך להחזיר הפירות; נתיבות (ד). דכיון שהמקח נתבטל נמצא שהמעות בהלואה אצלו, והרי זה כשכר המתנת מעות.

3. המהנה את חברו בסתם – יכול לתבוע ממנו תשלום לאחר מכן, ולא אמרינן שנתן לו במתנה או מחל לו על כך, ואפי' לאחר זמן מרובה; כ"כ תרומת הדשן בסימן שיז, והביאו הרמ"א.

תרוה"ד הביא ראה מב"ק צג. לגבי האומר קרע כסותי ושבר את כדי, שאע"פ שמותר לו לקרוע את הכסות אך הוא חייב לשלם, והכא נמי אע"פ שמותר לו לאכול עמו – אך הוא חייב לשלם לו. **הש"ך תמה** שהרי שם בגמ' מבואר שחיובו הוא רק היכא דאתי לידיה בתורת שמירה קודם לכן, ולכן אם לא אמר לו 'והיפטר' – לא פקע חיוב השמירה שיש עליו וחייב לשלם. אך היכא דלא אתי לידיה בתורת שמירה – מנא לן לחייבו לשלם? **הקצות (א) תירץ** שהתם שאני שחיובו הוא מדין 'מזיק', וכאשר אדם עושה מרשות הבעלים אינו חשוב כמזיק כלל, ואין זה מטעם מחילה. כמו שכתב בשיטה מקובצת (כתובות לו) שאע"פ שנערה אינה יכולה למחול על הקנס שלה, כיון שזה דבר שלא בא לעולם, דאינה זוכה בקנסה אלא לאחר העמדה בדין. אך ביתומה מפותה אין לה קנס, מפני שמסרה לו גופה לעשות בה כרצונו. ומוכח שכאשר האדם פועל בחפץ ברשות הבעלים אינו בכלל מזיק. אלא, שכאשר התחייב עליו בחיובי שמירה, אינו יכול להיפטר מהם באמירה בעלמא, אא"כ אומר לו בפירוש – היפטר. **משא"כ בנידון דידן שחיובו בתשלומים הוא מדין נהנה ולא מדין מזיק, א"כ אע"פ שהוא נהנה ברשות הבעלים – אין בכך כדי לפוטרו מהתשלום,** כל זמן שלא פטרוהו הבעלים מלשלם. **והסכים עמו הנתיבות (ה).**

המהרי"ט הקשה על תרוה"ד מדברי התוס' בחולין קלא. לגבי דין 'משתרשי', שאמרו שהאוכל מתנות כהונה פטור, ואין זה 'משתרשי' כיון שיכל להתענות. **המהרי"ט** הבין שבכה"ג אינו חשוב נהנה ולכן פטור, **והקשה מדוע אצלנו לא יפטר שהרי יכל להתענות, ואינו נהנה?!** **הקצות (ב) תירץ** דאוכל מתנות כהונה ודאי שהוא נהנה, אלא שאע"פ שהוא נהנה פטור מפני שממון שאין לו תובעים הוא, ולכן אף המזיק מתנות כהונה פטור. אלא שמטעם 'משתרשי' היה לנו לחייבו מפני הריוח שיש לו עכשיו בביתו מכך שאכל מתנות כהונה, ועל כך תירצו שאין לו ריוח שהרי יכל להתענות. **אולם, אצלנו אין חיובו מדין 'משתרשי' אלא מדין נהנה, וכיון שאכל הרי נהנה.** והוכיח כן מדברי רש"י (כתובות ל) לגבי תחב לו חבירו תרומה בבית הבליעה שחשיב נהנה משום הנאת מעיו. **והסכים עמו הנתיבות.**

כאשר מוכח שמחל לו, ולא תבעו אלא לאחר שנפלה קטטה ביניהם – אינו יכול לחזור ולתובעו; כ"כ תרוה"ד שם. וכתב הפת"ש (ד) בשם החת"ס שדווקא כאשר מוכח שמחל לו, אך זה שתבעו רק לאחר שנפלה קטטה ביניהם – לאו הוכחה היא.

ב"ה

סימן רמז

השולח חפצים לבני ביתו ולא פירש היאך יחלקום, ובו ה' סעיפים.

סעיף א

בריא ששלח כלים ממדינת הים ואמר: ינתנו אלו לבני, הרי אלו ינתנו לבנים ולבנות. הראוי לבנים, כגון ספרים וכלי מלחמה לבנים; והראוי לבנות, כגון כלי משי הצבועים וחלי זהב, יטלו הבנות. היו ראויים לזכרים ולנקבות, יטלו אותם הזכרים. הגה: מי שהיו לו בנים מאשה אחת, ונשא אשה אחרת והתנה עם בניו הראשונים שבניו מן השניה יטלו חלק בירושה כמו הם, ולא היה לו מן השנייה רק בנות, אין לבת במקום הבנים כלום (מרדכי ריש פ' מי שמת).

1. בריא ששלח כלים ואמר 'ינתנו לבני', אין כוונתו דווקא לבניו אלא אף בנותיו בכלל, ירושלמי הביאו הראשונים בסוגיא בב"ב קמג: , ולכן:

2. היו שם דברים הראויים לבנים – ינתנו לבניו. דברים שראויים לבנות – ינתנו לבנותיו.

האם אף כאן אמרינן שינתנו לכלותיו במקום לבנותיו הנשואות? סמ"ע – כן, דומיא דסעיף ב. ב"ח, ש"ך, קצות ונתיבות – לא, דשאני הכא שאמר 'לבני' ובנותיו בכלל, אך לא כלותיו.

3. היו דברים הראויים לשניהם – ינתנו לבניו בלבד; כ"כ הרמב"ם.

האם דין זה נכון אף בסעיף הבא? שו"ע – כן. סמ"ע, ש"ך – לא, דדוקא הכא שאמר 'לבני' אמרינן הכי, משא"כ בסעיף ב' ששלח לביתו – יתחלקו בשווה. בב"י משמע שהבין שהוא הדין בסעיף ב, ואף שהטור הביא על הדין של סעיף ב' את דברי הרמ"ה שינתנו לשניהם, הרמב"ם חולק עליו, ולכן השמיט בסעיף ב' את הדין של דברים הראויים לשניהם. אולם, הב"ח והסמ"ע כתבו שמלשון הטור משמע שאין מח' בין הרמב"ם לרמ"ה, אלא שהרמב"ם דיבר דווקא על הדין של הירושלמי ששלח 'לבניו', ובכה"ג אמרינן שאע"פ שהבנות בכלל, אך זה רק בדברים שראויים לבנות. אולם, הרמ"ה מיירי במשלח כלים לביתו בסתם, דבכה"ג בכלים הראוים לשניהם – ינתנו לשניהם בשווה; וכן הסכימו הש"ך.

סעיף ב

וכן המשלח כלים לביתו סתם, והיו בהם כלים הראויים לבנות, יטלו אותם בנותיו; אומדן דעת הוא שלהן שלח. ואם אין לו בנות, או שהיו בנותיו נשואות, יטלו אותם נשי בניו, שהדעת נוטה שלהן שלח. ויש מי שאומר דהני מילי דלית ליה איתתא, אבל אי אית ליה איתתא ודאי לדידה שדר, דכגופו דמיא.

1. המשלח כלים לביתו סתם:

א. היו בהם כלים הראויים לבנים – יטלו הבנים.

ב. היו בהם כלים שראויים לבנות: אם יש לו בנות שאינם נשואות – יטלו בנותיו. אם אין לו בנות, או שנישאו, ויש לו כלות – ינתנו לכלותיו. דכיון שצרכיהן מוטלים על בניו, משא"כ בנותיו הנשואות שעל אחרים מוטל לספק צרכיהן.

ב"ב קמג: "ההוא דשדר פיסקי דשיראי לביתיה, אמר רבי אמי: הראויין לבנים – לבנים, ראויין לבנות – לבנות. ולא אמרן אלא דלית ליה כלתא, אבל אית ליה כלתא – לכלתיה שדר; ואי בנתיה לא נסיבן, לא שבק בנתיה ומשדר לכלתיה".

ג. אם יש לו אשה – ינתנו לאשתו, דודאי לה שלח שהרי אשתו כגופו. כ"כ הרמ"ה והביאו הטור. וכתב הש"ך שדווקא הכא אמרינן הכי, כיון ששלח לביתו בסתם. אך בסעיף א' כיון ששלח לבניו, אמרינן שאין אשתו בכלל אלא ינתנו לבנותיו.

הדין של הסעיף נכון אף כאשר האשה שולחת את הנכסים; כ"כ רעק"א בשם היעב"ץ.

סעיף ג

שכיב מרע שאמר: נכסי לבני, בלשון רבים, ולא היה לו אלא בן אחד ובנות, הכל לבן לבדו. (וכ"ש אם יש לו בנים רבים דהכל לבנים) ואין הבנות בכלל. (ואם אמר בפירוש: לבני ולבנותי, הראוי לבנים לבנים, והראוי לבנות לבנות) (מרדכי פרק מי שמת), וכן אין בן הבן בכלל. (מעשה באחד שצוה כל אשר לו לבנו, רק שיתן סך מה לכל אחת מבנותיו, ומתה אחת מהן בחייו והניחה בן, אין לבן בתו כלום, דלה ולא ליורשיה קאמר, ועוד דבן בתו לא מקרי בן) (מרדכי פ' מי שאחזו). יש מי שאומר דאי לית ברא אלא בר ברא, ודאי אבר ברא קאמר. הגה: אפילו אם יש לו בנות (נ"י פ' מי שמת בשם הריטב"א). מיהו אם אמר: ליתמי, הבנות בכלל, כן נ"ל מתשובת הרא"ש (כלל פ"ה ס"ג). והוא הדין אם אמר: ליוצאי חלציו (מהר"ו בפסקיו).

1. **שכיב מרע שאמר נכסי לבני, אע"פ שאין לו אלא בן אחד והשאר בנות – כוונתו רק לבנו. דסתם שכיב מרע אינו רוצה לעקור נחלה דאוי שהבנים יורשים.** ואע"פ שאמר בלשון רבים 'בני' בקמץ, מצאנו בתורה שקרא לבן אחד בלשון רבים 'ובני פלוא – אליאב'. **ב"ב קמג: ה"ל.**

2. **אם אין לו בן, אלא רק בן בנו, והשאר בנותיו – כוונתו לתת לבן בנו; כ"כ הרמ"ה.** דדוקא כשיש לו בן ובן-בן – אמרינן שאין כוונתו אלא לבנו. אולם, כאשר יש לו בן-בן והשאר בנות, כוונתו שיטול בן בנו ולא תיעקר נחלה דאוי.

3. **שכיב מרע שאמר בפירוש 'לבני ולבנותי', הדין הוא כמו בסעיף ב; כ"כ המרדכי.** הנתיבות הקשה מדוע שלא נאמר שבכ"ג כיון שפירש כוונתו לתת מחצה לבנים ומחצה לבנות כבסמוך סעיף ה? ותיירץ שבשכ"מ מסתמא לא נתכוון לעקור נחלה דאוי, אלא שיטלו הבנות הראוי להם כדי לחבבן על בעליהם והשאר יטלו הבנים. ולפי"ז אף בנכסים הראויים לשניהם – זוכים רק הבנים. אך כאשר אין נכסים אלא הראויים לשניהם – ודאי כוונתו לעקור נחלה דאוי, וממילא חולקים חצי חצי כבסמוך.

4. **אם אמר 'ינתנו ליתומים': אין חילוק בין גדולים לקטנים, בין בנות לבנים, וכולם בכלל; כ"כ הרא"ש בתשובה.**

5. אם ציוה לתת כל נכסיו לבנו, והתנה שיתן לכל אחת מבנותיו סך מסוים, ומתה אחת מהבנות והניחה בנים – א"צ לתת לבניה, ד"לה ולא ליורשיה קאמר', כ"כ המרדכי. וכתבו רעק"א והנתיבות שהמתנה קיימת, וזכה הבן בזה הסך, שהרי נתן לו כל נכסיו. ואע"פ שלא קיים תנאו, אך כיון שהתנאי הוא להרוחה בעלמא, והעיקוב לא בא ממנו – המתנה קיימת; נתיבות (ד).

סעיף ד

מי שחלק נכסיו מחמת מיתה, וכתב: והשאר יחלקו ב' אחיותי ויתמי אחותי, ויש ביתומי אחותי זכרים ונקבות גדולים וקטנים, כולם בכלל, אפילו נקבות נשואות.

כ"כ הרא"ש בתשובה, והביאו הרמ"א בסעיף הקודם.

סעיף ה

האומר: נכסי לפלוני ולבני, חולקים אותו, פלוני נוטל מחצה וכל בניו מחצה. אמר: לפלוני ופלוני ולבני [פלוני], נוטלים בני פלוני מחצה ושני האחרים מחצה. אפילו הנפרטים מרובים והנכללים מועטים, נוטלים הנפרטים מחצה. ואף אם יגיע לאחד מהנפרטים פחות מלאחד הנכללים, כגון שאמר: נכסי לפלוני ולפלוני ולבני ראובן, ולא היה לראובן אלא שני בנים. הגה: וכן הדין בשאר דברים. ולכן איש ואשה שהתנו ביניהם שאם ימות אחד מהן יחזרו הנכסים לקרוביהם, קרוביו נוטלין החצי וקרוביה החצי (הגהות מיימוני פ"א דזכיה).

1. **הנותן נכסיו לראובן ולבניו – זכה ראובן במחצה, ובניו במחצה. ב"ב קמג.** "ההוא דאמר לה לדביתהו: נכסיי לך ולבניך, אמר רב יוסף: קנתה מחצה. ואמר רב יוסף: מנא אמינא לה? דתניא, רבי אומר; והיתה לאחרך ולבניו - מחצה לאחרך מחצה לבניו". ואע"פ שאביי חלק וס"ל שלא זכתה אלא כאחד מהבנים, כבר פסקה הגמ' בעמוד ב "והלכתא כוותיה דרב יוסף: בשדה, ענין, ומחצה". והיינו 'מחצה'.

2. **לעולם אלו שנכללו יחד, דהיינו אותם שכללם כאחד, נוטלים מחצה, וכל השאר שנפרטו נוטלים מחצה וחולקים אותו ביניהם בשווה.** ונמצא שלפעמים הכלל מקבל יותר מהפרטים, כגון שאמר 'לפלוני ופלוני ולבני פלוני', ובני פלוני הם רק שנים – יטלו בני פלוני כ"א מהם רבע, והשאר יטלו כל אחד שליש מהחצי.

כן דעת הרמב"ם והרא"ש בביאור הסוגיא. אולם, הרמב"ן, הרא"ה, הרשב"א והנמוק"י חולקים וסוברים שלעולם אנו מחלקים את המתנה בשווה בין כל אלו שצויה לתת להם, אלא שאלו שכללם כאחד, כגון 'בני פלוני' מקבלים חלק אחד, וכל מי שנמנה לבדו – מקבל חלק בפני עצמו. ונמצא שלעולם אלו שנפרטו בפירוש – יקבלו חלק יותר גדול, מאלו שנכללו יחד.

3. דין זה נכון בכל דבר, אף בחוב כגון שאמר הלוו לפלוני ופלוני ובניהם; כ"כ הנמוק"י בשם הריטב"א שקיבל מפי רבו. וכתב רעק"א ש'המקנה' הסתפק האם זה נכון גם במקח וממכר.

4. איש ואשה שהתנו ביניהם שאם ימות אחד מהם – יחזרו הנכסים לקרוביהם: קרובי האיש נוטלים מחצה, וקרובי האשה נוטלים מחצה; כ"כ הרמ"א בשם הג' מיימוניות.

5. האומר 'נכסי לבני או לבנותי' – כולם בכלל ואפי' הם מאה, ולא אמרינן מיעוט רבים שנים; כ"כ הנמוק"י.

6. האומר 'נכסי לקרובי', האם אמרינן 'הקרוב קרוב קודם'? נתיבות – לא, אלא כל מי שפסול להעיד לו מחמת קורבה זוכה, ומחלקים ביניהם; כן איתא בנמוק"י הנ"ל. קצות (ב): מח' תוס' ונמוק"י, שדעת התוס' בב"ב (לג) משמע שאמרינן ה'קרוב קרוב קודם', ואע"פ שיש עוד קרובים הפסולים לעדות, נוטלים הקרובים הקודמים.

7. האם קרובי האשה בכלל 'קרובי'? חת"ס – לא, אך אם אמר שיעשה בהם לטובת הבנים, הרי אף קרובי האשה בכלל, שהרי הם קרובים לבנים. כ"כ הפת"ש (ה) בשם החת"ס, וטעמו שאע"פ שבחייו קרובי האשה מיקרי קרוביו, שהרי פסולים לו לעדות מחמת אשתו, אך כיון שבמותו פקעה הקורבה, והמתנה חלה רק לאחר מותו, הרי זה כמו שאמרינן בנדרים 'קונם ביתך שאני נכנס, ומת' שמותר להכנס לבית, דכיון שמת שוב לא מיקרי ביתו.

סימן רמח

הנותן מתנה לחבירו ואמר ליה: ואחר כך לפלוני, ובו י"ג סעיפים.

סעיף א

שכיב מרע שאמר: נכסי לפלוני ואחריו לפלוני, אין לשני אלא מה ששייר ראשון. ואם היה הראשון ראוי ליורשו, כגון שהיה בן מכלל הבנים, אין לשני כלום. (ואפילו אם גם השני ראוי לירש) (המגיד פרק י"ב דזכיה וב"ב בשם הר"ן) וכן אפילו הקדישה אחריו של ראשון, אין להקדש כלום (תשובת רשב"א סימן תש"ד וב"ב בשם גאונים), שכל לשון מתנה ליורש הרי הוא כלשון ירושה, וירושה אין לה הפסק ואף על פי שיאמר: ואחריו לפלוני. הגה: ואם עשה הצוואה במקום שנהגו לדון בערכאות של עו"ג, ובאו אח"כ (למקום אחר) לדון בדיני ישראל, לא אמרין דירושה אין לה הפסק (ריב"ש סימן נ"ב). אבל הבריא שנתן מתנת בריא על דרך זה, וכתב ליה: נכסי לך ואחר כך לפלוני, אין לשני אלא מה ששייר ראשון, אפילו היה הראשון ראוי ליורשו.

1. האומר 'נכסי לך ואחר כך לפלוני' – אין לשני אלא מה ששייר ראשון, ויכול הראשון למכור את הנכסים, והשני לא יקבל כלום, ויתבאר בסמוך בסעיף ג.

ב"ב קכט: וכן קלו: "תא שמע: נכסי לך, ואחר כך יירש פלוני, ואחרי אחר כך יירש פלוני – מת ראשון קנה שני, מת שני קנה שלישי, ואם מת שני בחיי ראשון – יחזרו נכסים ליורשי ראשון".

ב"ב קלז: "דתניא: נכסי לך ואחר כך לפלוני, וירד ראשון ומכר ואכל – השני מוציא מיד הלקוחות, דברי רבי; **רב שמעון בן גמליאל אומר: אין לשני אלא מה ששייר ראשון** וכו'. א"ר יוחנן: הלכה כרבן שמעון בן גמליאל". **וכתבו הרי"ף והרשב"ם** שאין לומר שדוקא רבי יוחנן פסק כרשב"ג, כיון שלשיטתו קנין פירות קנין הגוף דמי, ולכן הראשון יכול למכור למרות שלא קנה אלא קנין פירות. אולם, לדידן שקי"ל כריש לקיש שקנין פירות אינו קנין הגוף דמי, א"כ הלכה כרבי, שהרי הראשון לא קיבל אלא קנין פירות! **שהרי בדף קכה: מוכח שאף לדידן אינו יכול למכור**, כמו ש"אמר רבה: מסתברא טעמא דבני מערבא, דאי קדים סבתא וזבנא – זבינה זביניי"; ומוכח שאף לדידן הלכה כרשב"ג! ולכן צריך לומר שמח' רבי ורבנן אינה תלויה במח' ר"י ור"ל, אלא טעמו של ריש לקיש ש'אחר כך' – שאני, ואמרין שהקנה לראשון גוף ופירות לגמרי, אלא שהקנה לו את זה כל זמן שהוא צריך להם, ואחריו יקנה את זה אחר.

2. שכיב מרע שהקנה נכסיו באופן של 'אחר כך':

א. אם הראשון אינו ראוי ליורשו – תנאו קיים, ולאחר מות הראשון זוכה השני בנכסים שנשתירו.

ב. אם הראשון ראוי ליורשו:

1. אם נתן בסתם או בלשון מתנה – אין השני זוכה, דהראשון זכה בה בתורת ירושה, וירושה אין לה הפסק עולמית; כשיטת הגאונים והרמב"ם, ולא כרשב"ם, הרא"ש והטור שכאשר נתן בלשון מתנה – אין זה בכלל ירושה.

2. אם פירש ואמר שאינו נותן בירושה אלא במתנה – השני זוכה, ויתבאר בסמוך בסעיף ב'.

3. אם נתן ביד שלישי ולא פירש – ש"ך, גר"א, קצות – מהני, בב"י משמע שהשני זכה, ואילו הקצות נקט שאינו זוכה בנכסים אך היורשים חייבים לקיים ציווי אביהם. סמ"ע, נתיבות – לא מהני.

ב"ב קכט: "לדברי ר' יוחנן בן ברוקה: נכסי לך ואחר כך לפלוני, וראשון ראוי ליורשו – אין לשני במקום ראשון כלום, שאין זה לשון מתנה אלא לשון ירושה, וירושה אין לה הפסק". **וכן הוא בדף קלג. ונחלקו הראשונים במה מייירי דעת הרשב"ם, הר"ה, הרא"ש והטור שיש חילוק בשאלה האם האדם נותן בלשון של ירושה או בלשון מתנה:** הדין של ירושה אין לה הפסק הוא רק כאשר האדם נותן בלשון של ירושה. אולם, כאשר נותן בלשון של מתנה, אין זה בכלל ירושה אלא כמתנה, ומתנה יש לה הפסק. **אולם, הר"ן והנמוק"י כתבו בשם הגאונים שאף בנותן בלשון מתנה אמרין שכוונתו לירושה, וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע, ואף הרמ"א לא חלק.**

הר"י מיגש הקשה על שיטת הגאונים, שהרי **בדף קכט**. מבואר ש'האומר תנו שקל לבני בשבת', 'אם אמר אם מתו יירשו אחרים תחתיהם: בין שאמר תנו בין שאמר אל תתנו – אין נותנין להן אלא שקל', ומוכח שאע"פ שבני ראויים ליורשו אמרין שכאשר אמר 'אחר כך' מהני!!

ד' תירוצים מצאנו לקושיא זו:

א. הכא שאני כיון שלא זיכה להם אלא שקל כל שבוע, ובאותו שקל אכן אמרינן שירושא אין לה הפסק. אלא שלגבי שאר הנכסים שבהם לא זכו עדיין היורשים – מהני אמירת אחריד; **כן תירצו הר"י מייגס והרמב"ן**. הנהיבות (ו) כתב שמוכח שהרמב"ם והשו"ע לא סוברים כן, וביאר שטעמם מפני שכיון שיש ליתומים שייכות בכל הנכסים, שהרי אם ייפסדו הנכסים, מי שיפסיד יהיו האחרים ולא היתומים! א"כ מוכח שליתומים יש שייכות בכל הנכסים, כדי ליטול מהם שקל בשבוע, ואם ישארו נכסים – יעברו לאחרים. וכיון שפשטה זכיתם בכל הנכסים – אמרינן נחלה אין לה הפסק.

ב. כאשר נתן את הנכסים ביד שלישי, מהני אמירת 'אחריד', מפני שכל זמן שלא הגיעו ליד היורשים, לא זכו בהם כלל; **כ"כ הר"ן בשם אחרים, וכן נקטו ה"ה והב"י. המהרי"ט** תמה על כך, שמה בכך שהנכסים ביד שלישי, הרי הם כפקדון ויכל היכא דאיתנהו ברשות היורשים איתנהו! **הקצות (א) תירץ** שכאשר נתן הנכסים ביד שלישי, אמרינן 'מצוה לקים דברי המת' ולכן אע"פ שהיתומים זכו בנכסים, וירושא אין לה הפסק, אך הם מחוייבים לקיים דבריו מדין 'מצוה וכו''. אולם, **הנהיבות (ו)** דחה דבריו שבכה"ג לא שייך 'מצוה לקיים דברי המת', כיון שלא זכה השני בנכסים אלא מכח הראשון.

ג. כאשר אומר להדיא 'איני נותנם לך בתורת ירושה, אלא בתורת מתנה' – מהני לכו"ע, דגילה בדעתו שאין זה ירושה, ומתנה יש לה הפסק. וכן פסק השו"ע בסעיף ב' בסמוך.

ד. **מייירי שמתו בניו בלא בנים וחזרו הנכסים לאב**, ובכה"ג הוא יכול להפסיק את הירושא כיון שהיא חזרה אליו; כ"כ הב"י לקמן סי' רנג, יז (בשם רש"י) והביאו הסמ"ע שם, והשו"ע דחה דבריו והקצות יישבו.

ג. **אם הראשון והשני ראויים לירשו: רמ"א** – קנה ראשון ולא השני. קצות (ב) – קנה השני. הרמב"ן כתב שכאשר הראשון ראוי לירשו לא קנה השני, דירושא אין לה הפסק, ואין חילוק אם גם השני ראוי לירשו או לא. ודלא כמו שיש שכתבו שכאשר השני ראוי לירשו אמרינן שירושא יש לה הפסק; והביא ראיה מהסוגיא (קלט:) ששם אף השני ראוי לירש; וכן פסק הרמ"א. הקצות הסכים עם החולקים, וכתב לבאר זאת ע"פ ב' דינים שיתבארו בהמשך: א. כאשר משייר לעצמו או לירשיו אין הראשון יכול למכור, דלא הקנה לו אלא פירות. ב. כאשר אמר 'אחריד מעכשיו' דעת הרמ"א (סעי' ז) שירושא יש לה הפסק, וזכה השני. וע"פ זה נמצא שכאשר השני ראוי לירשו, הוי כאילו הוא משייר לירשיו ולא זכה הראשון אלא בקנין פירות, ובכה"ג אמרינן שירושא יש לה הפסק וזכה השני.

ד. אם הראשון ראוי לירשו, ונתן ב' מעכשיו:

אם נתן לשני ב' מעכשיו – שיטת הרמ"א שזכה השני, בסעיף ז' כתב הרמ"א שיש מח' האם אמרינן בכה"ג ירושה יש לה הפסק או לא, והכריע שבכה"ג יש לה הפסק.

אם נתן לראשון ב' מעכשיו – קנה השני, הש"ך (ג) כתב ששכ"מ שאמר 'מהיום', דינו כמתנת בריא שיש לה הפסק. רעק"א הבין שדיבר אף כשאמר לראשון מהיום, ותמה שהרי מהדין של סעיף ז' אין ראיה לכך, כיון ששם מדובר שהקנה לשני מהיום. אך כתב שמסתבר כן (כ"כ הפת"ש ג בשמו). ונראה שטעמו שכאשר השכ"מ נתן מהיום, הרי זה מתנה גמורה ולא בתורת ירושה כלל, ובמתנה אמרינן שיש לה הפסק; וכן משמע בדברי המהרי"ט שהביא.

3. **בריא שנתן במתנת בריא באופן של 'אחריד' – זכה השני בכל ענין**, ה"ה כתב מפני שבריא אינו יכול ליתן בתורת ירושה, אלא בתורת מתנה. המהרי"ט הקשה הרי הגמ' הסתפקה בדין זה ולא איפשיטא, ולכן נקט שמייירי דווקא כשהקנה לבן בין הבנים, אך כאשר הקנה לבן יחיד – לא זכה האחריד. וטעמו דבבן יחיד, הרי הוא מוחזק בנכסים מספק מדין ירושה. אולם, כאשר הקנה לבן בין הבנים, אינו זוכה אלא בתורת מתנה, דאילו מדין ירושה אנו מעמידים את הממון בחזקתו וזכו בו שאר היורשים. **אולם, הקצות (ד) והנהיבות (ה) דחו דבריו והסכימו שאין חילוק בענין זה, ובכל ענין זוכה השני**. וביארו הטעם דכיון שבבריא אף כאשר הוא יכול לתת בתורת ירושה הרי זה רק לאחר מיתתו, אולם כאשר הוא נותן במתנת בריא הרי הראשון זוכה בה 'מעכשיו', וכיון שזכה הראשון בתורת מתנה שוב לא יחול על זה דין ירושה לעולם. וכמו שיכול לתת לאחרים נכסיו במתנה ולא יזכו בהם היורשים, כך גם יכול לתת נכסיו לבנו – ולא יזכו בהם היורשים.

4. **באיזה אופן בריא יכול להקנות ב' אחריד?** קצות ונהיבות - א. כשמקנה לשני 'מעכשיו'. ב. כשמקנה בשטר והמקנה קיים בשעה שה'אחריד' זוכה. חזו"א, שערי יושר – בכל ענין.

הקצות והנהיבות נקטו שכיון שקי"ל כשיטת הר"י והרמב"ן ש'כל האומר אחריד לאו כאומר מעכשיו', נמצא שאין השני קונה כלום בשעה ראשונה אלא לאחר מיתת הנותן. ונמצא שקנין זה לא מהני אלא מכח מתנת שכיב מרע, שהרי כל מתנת שכיב מרע מהניא אע"פ שאין הנותן בעולם, שהרי מתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתת הנותן, ולכן מתנת שכיב מרע מועילה אף לאחר זמן (כמבואר ברא"ש כלל פד, א). אולם, במתנת בריא לא מהניא א"כ הנותן קיים בשעה שהשני זוכה, וכן שלא 'כלתה קנייני'. נמצא שכדי שבריא יוכל לתת ב'אחריד' בענין שיאמר 'מעכשיו', או שיהא הנותן קיים ויקנה בשטר (רק בקרקע מהני בכה"ג). ולדבריהם קשה, שהרי בשו"ע וברמב"ם מבואר שאף במתנת בריא יכול הראשון למכור, וממכרו קיים, ואם נאמר שלא מהניא אלא במעכשיו הרי בכה"ג אין למקבל הראשון אלא פירות

ואינו יכול למכור?! וא"א לומר שמיידי בשו"ע שהנותן קיים, דא"כ מה לי אם הראשון ראוי ליורשו או לא, הרי הנותן בחיים ולא שייך לדבר על ירושה בכה"ג?! וצ"ע.

אולם, החזו"א (חו"מ ליקוטים סי' יג, יז) **ור"ש שקופ** (מע' הקניינים סי' ח) ביארו שאף לשיטת הרמב"ן והרי"ף ש"כ האומר אחריו לאו כאומר מעכשיו דמי, והשני לא זוכה בחפץ מעכשיו, אך מעשה הקנין נעשה ונגמר מעכשיו, ולכן לא בעינן שיהא הנותן בעולם בשעה שהשני זוכה ואין לנו חסרון של 'כלתה קניינו'. ותורף דבריהם שהשני קונה עכשיו את הגוף והפירות של הזמן שלאחר מיתת המקבל הראשון, דכמו שאפשר למכור בחפץ את שימושיו כך אפשר למכור את הזמנים שלו, ונמצא שלראשון הוא נותן את הגוף של השנים הקרובות, ולשני את הגוף של השנים שאחריו. וע"י בדבריהם שהאריכו בזה. וע"פ זה מתבאר שאין צורך לדין של מתנת שכיב מרע, אלא אף במתנת בריא מהני קנין זה. ואין זה 'קנין גוף לזמן' דלא מהני, דשם מיידי שקונה מהנותן רק את הגוף לזמן מסוים ואחר הזמן יחזור החפץ לנותן, ונמצא שהמקבל לא קיבל את הגוף לגמרי שהרי אינו יכול להפקיעו מרשותו של הנותן. משא"כ הכא שקנה את הגוף לגמרי לכל אותו הזמן, ואם מכרו – מכור והשני אינו יכול להוציאו מהלוקח. אלא שאם נשאר החפץ ביד הראשון לסוף הזמן, הרי הוא נקנה לשני, דשייר בקניינו של הראשון ולא הקנה לו את הגוף אלא עד אותו הזמן.

5. שכיב מרע שנתן כל נכסיו לבנו הפשוט ואחריו לבכור? נתיבות (ד) – לא זכה הבכור. הנהיבות הסתפק שהרי אם נאמר שהפשוט זכה במקום הבכור, אין זה אלא מפני שנתן לו במתנה ולא בירושה, ומתנה יש לה הפסק. אלא שכתב ע"פ דברי המהרי"ט שאמרין 'ארכיבה אתרי רכשי' ולשון המתנה מועילה כדי שיזכה כנגד הבכור, אך לא עקר את הירושה אלא שייפה כוחו במתנה. אך לגבי אחריו לא מהני המתנה מידי, שכיון שנשאר עליה שם ירושה – שוב אין לה הפסק, עד שיאמר בהדיא 'לא בירושה'.

6. מה הדין בשכיב מרע שמקנה נכסיו לאחר מותו, אך לאחר זמן? רמב"ן – מהני, דהתורה נתנה לו רשות ליתנו לאחרים אף לאחר מותו, ובתנאי שלא נתנם קודם למי שראוי ליורשו. גדולי המפרשים בנמוק"י ובר"ן – לא מהני, ורק כאשר נתנו לאחר בתנאי מהני, דכיון שהתנאי מעכבו מליד נכסים – לא אמרין בכה"ג ירושה אין לה הפסק.

הנמוק"י (נח. מדפי הרי"ף) הביא בשם הרמב"ן ש"התורה נתנה רשות לאב להנחיל מעתה לכל מי שירצה ולהעביר מן היורש וכן בכלל זה נתנה רשות להנחיל לאחר זמן וירושה עוברת ונפסקת מהיורש. ורב אחא בר עוא בנכסי לך דוקא קאמר [שהמוריש הורידו לנחלה בפירוש] דכיון דאתחיל בירושה דתורה שוב אינה נפסקת ממנו הלכך בשותק ואומר סתם אם מתו בניו יירש פלוני זכה בהם וצ"ע". ומבואר בדבריו שהתורה נתנה רשות לאדם להנחיל את נכסיו אף לאחר מותו! אלא שחילק שאם הוריד אחד לנכסיו בהדיא – אמרין שירושה אין לה הפסק. אך בירושה דממילא יכול ליתנה לאחר לאחר זמן. אמנם, הנמוק"י מביא **שגדולי המפרשים חולקים** וסוברים שלאחר שזכו היורשים בירושה – שוב אין האב יכול להפקיע מידם, "אלא דלענין מתנה בתנאי שאני דכיון שאין עכבת ירידת האח' מחמת שירצה זה שירדו בה יורשיו אלא מחמת קיום תנאו - כשקיים התנאי זכה בהם למפרע משעת מיתתו".

מה הדין בשכיב מרע שמקנה נכסיו לאחרים על תנאי? תנאי שביד המקבל לקיימו – לכו"ע קנה. אך בתנאי שאין בידו לקיימו, הרי זה כנותן לאחר זמן, ולדעת גדולי המפרשים לא קנה, דכיון שאין בידו לקיים תנאו – כבר זכו היורשים בנכסים, ושוב אין לה הפסק; נתיבות (ה). **וכתב שכיון שדעת הרמב"ן והרשב"א והרא"ש שבמתנה לאחר זמן לא אמרין שירושה אין לה הפסק, וכן משמע דעת השו"ע והרמ"א – הכי קי"ל ודלא כגדולי המפרשים.**

7. אין הבדל בדינים אלו אם השני הוא אדם רגיל או הקדש, כ"כ הרמ"א ע"פ הרשב"א והביאו הב"י במחודש ו'. וטעמו דכיון שאמרין שירושה אין לה הפסק, א"כ לא זכה בה השני כלל ולא יצאה מיד הראשון, ואין חילוק בין הדיוט להקדש בדבר זה, ולא כדברי הרא"ה שרצה לחלק בזה (ובשו"ת הריטב"א סימן עט הביא תשובות הרשב"א והרא"ה).

8. מה הדין אם אמר 'נכסי לך, ולאחר שתצא מהם – יהיו להקדש' ב"י – לא זכה ההקדש. רמ"א – זכה ההקדש, שהרי נתן לו רק על תנאי זה וכיון שיצא איבד מתנתו. ורק כשנתן בסתם 'אחריו להקדש', לא זכה ההקדש אם הראשון בר ירושה; וכ"כ הסמ"ע (ד). **נתיבות (ב) – אמר 'נכסי לך ואחריו להקדש, אם תצא מהבית' – לא מהני, דכיון שהחזיקו בנכסיו בפירוש – ירושה אין לה הפסק; כשיטת הרמב"ן. אך אם אמר 'אם תצא מהבית ינתן להקדש' – אם נתקיים התנאי זכה ההקדש, דבכה"ג שלא הורידו לנכסים בפירוש בתורת מתנה – יכול להתנות.**

הב"י הביא תשובות הגאונים שכתבו שזכה ראובן ובנו אחריו כיון שירושה אין לה הפסק, אך מאידך אם יצאו בניו מהבית – זכו בו העניים. ותמה עליהם, שהרי ירושה אין לה הפסק ומה בכך שיצאו ממנו?! ובדרכי משה תירץ שבכה"ג שהתנה בפירוש אף ראובן היה מאבד מתנתו אם היה יוצא מהבית, ולא שייך לומר שירושה אין לה הפסק; וכ"כ הסמ"ע (ד). אולם, הנהיבות (ב) כתב שדבריו שגבו ממנו. ולכן נקט כחילוקו של הרמב"ן, שאם החזיק את היורש בפירוש אינו יכול להתנות על ירושתו, דלאחר שהורידו בירושה זכה בה לגמרי. אולם, אם ירש מאליו, אלא שהתנה עמו שלאחר שיצא יהיה לעניים – מהני, דהתורה נתנה לו כח לכך, ובהכי היה המעשה של הגאונים.

9. אם כתב הצוואה במקום שנהגו לדון ע"פ דיני הגוים, ובאו אח"כ לדון בדיני ישראל: רמ"א – לא
אמרינן שירושא אין לה הפסק, כיון שבדיניהם יש לה הפסק, כ"כ הריב"ש, וכן הסכים הנהיגות לדינא. קצות
בשם התשב"ץ והמהרי"ט, וכן הט"ז – אמרינן ירושה אין לה הפסק, וח"ו לאבד דיני ישראל ולדון דיני עכו"ם.
הט"ז הוסיף שאף הריב"ש לא אמר כן, אלא שכיון שנהגו לדון כן במקומם, אינם צריכים לנסוע למרחקים כדי שידונו
להם דין ישראל, אך ודאי שאם הלכו לפני ב"ד של ישראל יש להם לדון בדיניהם. אולם, הנהיגות חלק וביאר שכוונת
הריב"ש שכיון שנהגו כן מעולם, א"כ הרי זה כאילו פירש להדיא שכוונתו ליתן במתנה ולא בתורת ירושה. הפת"ש הביא
בשם החת"ס שהאריך לתמוה על הרמ"א, וכתב שנראה לו שאף הריב"ש לא התכוון לומר שיש לדון בדיני העכו"ם ולא
בדיני ישראל, ש'חלילה לעלות על הדעת לעקור חוקי ומשפטי התורה אפי' כחוט השערה', אלא שכוונתו לומר שכיון
שהאנשים הללו לא הכירו אלא דיני העכו"ם, ואזלינן בתר לשון בני אדם, א"כ כוונתם באומרם לשון 'ירושא' ללשון
'מתנה', שהרי בדעתם כך היא הירושא. והרי זה כדברי הנהיגות.

סעיף ב

שכיב מרע שאמר: נכסי לך ואחריך לפלוני, והיה הראשון ראוי ליורשו, ופירש ואמר:
לא משום ירושה אני נותן לך שאין לה הפסק אלא במתנה והרי הפסקתיה, השני קונה
מה ששייר ראשון. לפיכך אם נתן המעות ע"י שליח, ואמר: תנו לבני שקל בכל שבת
ולא משום ירושה אני נותנה להם והנשאר מהנכסים אחר מותם יהיה לפלוני, אין
נותנים להם אלא שקל, אף על פי שאינו מספיק להם (וע"ל סימן רנ"ג סעיף ו').

1. שכיב מרע שאמר 'נכסי לך ואחריך לפלוני', ופירש שאינו נותן בתורת ירושה אלא בתורת מתנה
– השני קונה, ואע"פ שהראשון היה ראוי ליורשו. המהרי"ט נקט דהוא דווקא בן בין הבנים, אולם הקצות והנהיגות
חלקו וכתבו שדין זה נכון בכל ענין.

ב"ב קנט. וכמו שנתבאר בהרחבה בסעיף א, בסעיף 2.

2. מה הדין כשנתן המעות ביד שליח, אך לא אמר בפירוש שאין זה בתורת ירושה? ש"ך, קצות,
גר"א – מהני. סמ"ע, נתיבות (ו) – לא מהני.

השו"ע כתב "לפיכך אם נתן המעות ביד שליח, ואמר וכו' ולא משום ירושה", משמע ששליש לבד לא מהני, וצריך בנוסף
לאמר בפירוש שאין זה משום ירושה, **וכן הבינו הסמ"ע (ז) והנהיגות (ו). אולם, הש"ך והגר"א** הבינו שכוונתו "או
אמר", דהיינו או שנתן ביד שליח, או שאמר בפירוש, וכמו שכתב הרמב"ם, וכמו שכתב להדיא בב"י, וכ"כ הקצות (א,
ה). וכמו שביארנו דין זה בהרחבה בסעיף א.

3. האם 'מצוה לקיים דברי המת' הוא מצוה בעלמא או שמחיל קנין? קצות – מצוה בעלמא, אך
אינו קנין. מהרי"ט – מחיל קנין. הקצות (ה) הביא בשם המהרי"ט שכאשר זכה היורש בתורת ירושה לא אמרינן
'מצוה לקיים דברי המת', שהרי ירושה אין לה הפסק והרי הוא מתנה על מה שכתוב בתורה. והקצות חלק עליו ודחה
דבריו, וטעמו שאין זה מתנה על מה שכתוב בתורה, שהרי היורשים זכו בירושה, אלא שיש עליהם חיוב לקיים דברי
אביהם ולתת את המתנה למי שהוא ציוה, ונמצא שהתקיימו דברי התורה שהם ירשו את נחלתם, וכמו כן עליהם לקיים
את דברי אביהם.

סעיף ג

נכסי לפלוני ואחריו לפלוני ואחריו לפלוני, מת ראשון קנה שני, מת שני קנה שלישי,
מת שני בחיי ראשון, הנכסים של יורשי ראשון. (וכן דין שלישי עם השני) (המגיד הנ"ל). אף
על פי שאמרנו אין לשני אלא מה ששייר ראשון, אסור לראשון למכור או ליתן גופו,
אלא אוכל הפירות עד שימות, ויזכה השני. ואם עבר האחד ומכר או נתן במתנה, אין
השני מוציא מיד הלקוחות, שאין לשני לא מהגוף ולא מהפירות אלא הנשאר. וכל
המשיא עצה לראשון למכור, נקרא רשע. ואפילו היו בהם עבדים והוציאם הראשון
לחירות, או כלים ועשאו תכריכים למת, מעשיו קיימים. הגה: נתן לראשון הנכסים לעשר
שנים ואחר כך לפלוני, ומכרן הראשון, השני מוציא מיד הלקוחות שהרי לא נתן לו מתנה גמורה
רק לזמן (טור).

1. נכסי לפלוני ואחריו לפלוני ואחריו לפלוני:

א. מת ראשון קנה שני, מת שני קנה שלישי.

ב. מת שני בחיי ראשון – לא זכה השלישי, ויחזרו הנכסים ליורשי הראשון, דהשלישי אינו זוכה אלא מכח השני, וכיון שהשני מת בחיי הראשון ולא זכה, אף השלישי לא זכה.

ב"ב קלו: "נכסי לך, ואחריו יירש פלוני, ואחריו יירש פלוני - מת ראשון קנה שני, מת שני קנה שלישי, מת שני בחיי ראשון - יחזרו נכסים ליורשי ראשון; ואם איתא (שקנין פירות אינו כקנין הגוף) ליורשי נותן מיבעי ליה (שהרי אין להם אלא קנין פירות)! אמר ליה, כבר תרגמה רב הושעיא בבבלי: אחריו שאני" (שהוא מקנה לראשון גוף ופירות, ומה ששייך יהיה לשני ומה ששייך יהיה לשלישי). ומבואר בבבלי שאם מת השני בחיי הראשון – לא זכה השני בנכסים, וכיון שלא זכה אף השלישי לא זכה, שלא נתן לו אלא לאחר שיזכה בהם השני. כמו כן, מבואר שכאשר השני לא זכה, הנכסים חוזרים לראשון ולא לנותן.

הראשונים נחלקו במסקנת הסוגיא בב"ב קכה: האם אמרין ש"כל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי" או לא. דעת הרשב"ם, הרא"ש, הרי"ף והרמב"ן שלא, והאומר 'אחריו' אינו כאומר מעכשיו, ולא זכה השני אלא כשיבוא לידו. אולם, דעת הר"ז"ה, הר"ן, הרשב"א והנמוק"י שהאומר אחריו כאומר מעכשיו דמי, וכבר בשעה ראשונה זכה השני בחלקו, ואפי' הכי יכול הראשון למכור ולכלות את הקרן, שלא הקנה הנותן לשני אלא מה ששייך הראשון.

לשיטת הרשב"ם והרי"ף מובן מדוע אם מת השני בחיי הראשון, לא זכו יורשי בנכסים, כיון שאף השני לא זכה בהם כל זמן שלא בא לידו, וכן הוא פשט הברייתא בקלו: ולשיטתם צריך לומר שמה שאמרנו בקכה: שאף כשמתה הבת בחיי הסבתא זכו יורשיה בנכסים, היינו דווקא שם מפני שאמר בפירוש 'נכסי ליורשי', ונמצא שנתן את המתנה אף להם ולא רק לבת. אולם, לשיטת הר"ז"ה ודעימיה כיון שכל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי, א"כ מדוע שלא יזכו יורשי השני בנכסים אף כשמת שני בחיי הראשון, הרי השני כבר זכה בחלקו משעה ראשונה?!

הר"ז"ה נקט שאין הכי נמי, ועקרונית יורשי השני היו צריכים לזכות בנכסים, אלא שכיון שאמר 'ואחריו לפלוני' הרי כוונתו שלא להקנות אלא לפלוני, ואם פלוני אינו בחיים לא יזכה בו. וממילא כיון שהשני מת בחיי הראשון, בטלה המתנה למפרע. אולם, בקכה: כיון שאמר 'ואחריו ליורשיה' מוכח שלא אכפת לו שיזכו היורשים, ולכן הנכסים עוברים ליורשי השני.

אולם, הרי"ן (בחידושו קכה:) כתב שיש החולקים ואומרים שבאמת לעולם כשמת שני בחיי ראשון – זכו יורשי השני בנכסים, שהרי זכה בהם אביהם בחייו. ומה שאמרנו בדף קלו: שיחזרו נכסים ליורשי ראשון זה דין מיוחד כאשר הקנה לראשון ואחריו לשני ואחריו לשלישי, דבכה"ג מוכח שלא רצה שיזכו יורשי השני בנכסים אלא דווקא השני ואחריו יעברו לשלישי, וכיון שהשלישי לא זכה שהרי השני לא זכה בהם, א"כ גם יורשי השני לא זכו, ויחזרו ליורשי הראשון. אך בעלמא קי"ל שיוורשי השני זוכים בנכסים מכח אביהם, ולכן בדף קכה: אמרין שאם היה לבת בן – היה יורש אותה. השו"ע פסק אליבא דהרי"ף והרשב"ם, ולכן פסק שבכל ענין אמרין שחוזרים הנכסים ליורשי הראשון. א"כ ר"ש שקופ הקשה מדוע שלא יחזרו ליורשי נותן?! כיון שלשיטתו הנותן מקנה את החפץ לראשון ומגביל את קניינו עד שימות, וממילא בשעה שימות יפקע קניין הראשון ויזכה השני בחפץ. וא"כ אע"פ שמת השני בחיי הראשון ולא זכה השני, כיון שלא הגיע לידו, אך במה זכו בו יורשי הראשון שהרי הוא לא ניתן לאביהם אלא כל זמן שיהיה בחיים, ולא יותר?! ונשאר בצ"ע.

ג. מת שלישי בחיי שני, הרי זה כמות שני בחיי ראשון, וחוזרים הנכסים ליורשי השני; כ"כ הרשב"א.

ד. אם אמר 'נכסי לך ואחר מותך לפלוני ואחר מותו לאלמוני', ולא השתמש בלשון 'אחריו' – מת שני זכה שלישי; כ"כ הקצות (ו) והנתיבות (ז) בשם הרמב"ן במלחמות, וטעמו שדוקא באחריו אמרין שלא זכה השלישי אלא מכח השלישי.

2. אסור לראשון למכור, ואם מכר – מכרו קיים.

3. המשיא לראשון עצה למכור – הרי הוא רשע. אך הראשון שמכר אינו רשע, שהרי יש לו הנאה בכך, והנותן הרשהו למכור; כ"כ הרשב"ם והביאו הסמ"ע.

ב"ב קלו: "דתניא: נכסי לך ואחריו לפלוני, וירד ראשון ומכר ואכל - השני מוציא מיד הלקוחות, דברי רבי; רבן שמעון בן גמליאל אומר: אין לשני אלא מה ששייך ראשון. ורמינהי: נכסי לך ואחריו לפלוני - יורד ראשון ומוכר ואוכל, דברי רבי; רבן שמעון בן גמליאל אומר: אין לראשון אלא אכילת פירות בלבד. קשיא דרבי אדרבי, ודרשב"ג אדרשב"ג! דרבי אדרבי לא קשיא: הא לגופא, הא לפירא; **דרשב"ג אדרשב"ג לא קשיא: הא לכתחלה, הא דיעבד** (וביאר הרשב"ם הטעם שהרי מבטל כוונת הנותן שרצה שיזכה בו השני). אמר אביי: איזהו רשע ערום? זה המשיא עצה למכור בנכסים כרבן שמעון בן גמליאל".

4. אפי' עשה הראשון איסור בממכרו או מתנתו – מעשיו קיימים, ולכן אף אם היו עבדים ושחררם לחירות, או שנתן הנכסים תכריכין למת, שאינו צריך להם, ועבר על 'בל תשחית' – מעשיו קיימים. (כן פירש הנמוק"י והביאו הסמ"ע. אולם, הרשב"ם ביאר שהוא דבר שאין הנאה ממנו, והו"א שרוצ הנותן שיהנו מנכסיו).

ב"ב קלז. "אמר רבי זירא א"ר יוחנן: הלכה כרשב"ג, ואפילו היו בהן עבדים והוציאן לחירות. פשיטא! מהו דתימא א"ל: למיעבד איסורא לא יהבינן לך, קא משמע לך. אמר רב יוסף אמר רבי יוחנן: הלכה כרבן שמעון בן גמליאל, ואפי' עשאן תכריכין למת. פשיטא! מהו דתימא: לשוינהו איסורי הנאה לא יהבי לך, קא משמע לך."

5. אם נתן לראשון לזמן ואחריו לשני: רמ"א – הראשון אינו יכול למכור, דבכה"ג שנתן לו לזמן אמרינן שלא התכוון להקנות לו אלא לפירות, ולכן אם מכר השני מוציא מיד הלקוחות; כ"כ הטור בשם רבינו יונה. והנמוק"י כתב שרבותיו נסתפקו האם אמרינן הכי, או שמא אע"פ שנתן לו לזמן לא נתכוון לגרע מכוחו. קצות בשם הרמב"ן – הראשון יכול למכור, דכיון שהנותן סילק עצמו מהנכסים, הרי זה כמו אחריו.

סעיף ד

בד"א, כשמכר הראשון או נתן מתנה לאחרים. אבל אם מכרם לאחד מיורשיו או נתנם לו במתנה, לא עשה כלום. וכן אם נתנם מתנת שכיב מרע, אפילו לאחרים, לא עשה כלום, שאין מתנת שכיב מרע קונה אלא לאחר מיתה, וכשימות יקדם השני לזכות.

1. אם נתן הראשון לאחד מיורשיו במתנה או במכר – לא עשה כלום.

ב"ב קלז: "ההיא איתתא דהוה לה דיקלא בארעא דרב ביבי בר אבבי, כל אימת דהוה אזלא למיגוריה הוה קפיד עילוה, אקנייתה ניהליה כל שני חייו, אזל איהו אקנייה ניהליה לבנו קטן; אמר רב הונא בריה דרב יהושע: משום דאתו ממולאי אמריתו מילי מולאיתא? אפילו רשב"ג לא קאמר אלא לאחר, אבל לעצמו לא". רוב הראשונים פירשו שהחילוק בין אחר לעצמו הוא בשירור של הנותן, דהיינו שאם הנותן שייר לעצמו אמרינן שקנה הראשון גוף ופירות, אולם כאשר הנותן שייר לעצמו או ליורשיו – אמדינן שלא התכוון להקנות לראשון אלא פירות בלבד. אולם, הרמב"ם חילק בין אם נתן הראשון לאחד מיורשיו או לאחרים, ותמה עליו הטור שלא ידע מנין למד זאת. וכתב הב"י וה"ה שהרמב"ם הבין שזהו פירוש הגמ' הנ"ל, שדווקא אם הקנה הראשון לאחרים אמרינן שאין השני יכול להוציא מהם, אולם כאשר הקנה ליורשיו – לא עשה כלום. והטעם הוא מפני שאמדינן שלא הייתה דעת הנותן שיוכל ליתנם לבנו או ליורשיו, כיון שרצה שהנכסים יעברו לאחר, ואם יוכל ליתנם לקרוביו מסתמא יתנם להם, ושוב לא ישארו הנכסים לבאים אחריו.

2. אם נתנם הראשון במתנת שכיב מרע – לא עשה כלום, כיון שמתנת שכיב מרע חלה רק לאחר שנגמרה מיתתו, ואילו האחריו קנה כשהתחילה מיתתו, כיון שנתנו לו כל זמן שיהיה לו צורך בו.

ב"ב קלז. "ומודה, שאם נתנן במתנת שכיב מרע - לא עשה כלום. מאי טעמא? אמר אבבי: מתנת שכיב מרע לא קנה אלא לאחר מיתה, וכבר קדמו אחריו".

אף לסוברים שמתנת שכיב מרע קונה למפרע משעת נתינה (הרא"ש), אך כיון שיכול הנותן לחזור בו, נמצא שעדיין לא נסתלק מהנכסים לגמרי, וכל זמן שלא נסתלק – לא חשיב כנתינה או מכירה; קצות (ט).

3. אם נתן במתנת בריא, ב'גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, למ"ד שבכה"ג יכול לחזור בו כל זמן שלא מת – אמרינן שקדמו אחריו, שכיון שיכול לחזור בו לא נסתלק מהנכסים לגמרי, וכבר קדמו אחריו ללוקח; קצות הנ"ל.

סעיף ה

היה החוב על הראשון או כתובת אשה, ובאו לבית דין ליפרע מנכסים אלו, אף על פי שהראשון קיים אין בית דין מגבים אותם מגוף הנכסים, אלא מהפירות בלבד שמין להם.

סעיף ו

מת הראשון, ובא בעל חובו ואשתו לגבות מנכסים אלו, אין מגבין להם כלום, אפילו עשאן אפותיקי או שיחדם לאשתו בכתובתה אינם גובים מנכסים אלו כלום, אלא הרי הם של שני. (וכן נראה עיקר, אף על פי שרבים חולקים).

אע"פ ששיעבד הראשון נכסיו בחובו – אין זה כמכירה, שהרי יכול לסלק לבעלי חובותיו במעות, ולכן:

1. אם המקבל הראשון חי – אין ב"ד מגבין לבעלי חובותיו את הגוף אלא את הפירות, ואע"פ שהוא יכול למכור אף את הגוף, אך כיון שאסור לו למכור לכתחילה, כל זמן שלא מכר – אין ב"ד מגבין את הגוף.

2. אם המקבל הראשון מת – אין מגבין לבעלי חובותיו אפי' את הפירות, דכיון שמת קנה השני, ושוב אין לראשון בנכסים אלו כלום; וכן הסכימו השו"ע והרמ"א לדינא.

כ"כ הטור בשם הרמב"ם, וכתב הבי"י שכ"כ הנמוק"י בשם הריטב"א, ושכן הסכימו ב' רבותיו של הריטב"א, וכ"כ הר"ן בשם הרשב"א. **אולם, הטור כתב שדעת המהר"ם מרוטנבורג** שאין חילוק בין מכירה לשעבוד לבעלי חובות, וכן הסכים הרא"ש וכתב שאף לכתובת אשה גובים מהנכסים, שהרי קדמה שיעבודה לזכייתו של השני.

סעיף ז

אין כל דברים הללו אמורים אלא באומר: ואחר כך לפלוני, ולא אמר: מהיום. אבל אם אמר ליה: ואחר כך מהיום לפלוני, ומכר הראשון, השני מוציא מיד הלוקחות. הגה: וי"א דלא אמרין בכי האי גוונא דירושה אין לה הפסק (ב"י בשם תשובת הרשב"א והיא בתשובה להרמב"ן סימן מ"ה). ויש חולקין וס"ל דאין לחלק בין אמר מהיום או לא (שם בשם תשובת הרשב"א סימן תש"ד וכ"כ הנ"י בשמו ס"פ י"ג), אבל הסברא ראשונה נראה עיקר. וכן אם מת שני בחיי ראשון, יחזרו ליורשי שני. ואם הם שלשה, ואמר לראשון: ואחר כך מהיום לפלוני ואחריו מהיום לפלוני, ראשון ושני לא קנו אלא הפירות, והשלישי קנה הגוף מהיום ופירות לאחר מיתת השני, והוא שבאו ליד שני תחלה. הילכך אם מת שני בחיי ראשון, יחזירו ליורשי נותן.

1. אם אמר 'אחר כך מהיום לפלוני' – קנה הראשון קנין פירות והשני קנין הגוף, ולכן:

א. הראשון אינו יכול למכור, שהרי הגוף אינו שלו, ואם מכר – השני מוציא מיד הלוקחות.

ב. אע"פ שמת שני בחיי הראשון – זכו יורשי השני בנכסים, שהרי הוא הקנה לשני את הגוף מעכשיו ואת הפירות לאחר מיתת הראשון.

2. אם אמר 'אחר כך מהיום לפלוני, ואחריו מהיום לפלוני' – קנו הראשון והשני קנין פירות, והשלישי קנין הגוף. אמנם, השלישי קונה רק בתנאי שהנכסים הגיעו ליד השני, דאם מת השני בחיי הראשון ולא זכה בהם כלל אף לפירות – לא זכה אף השלישי ויחזרו ליורשי הנותן.

ב"ב קנה: "דההוא דאמר להו: נכסי לסבתא ובתרה לירתאי, הויא ליה ברתא דהוה נסיבא, שכיבא בחיי בעלה ובחיי סבתא, בתר דשכיבא סבתא אתא בעל קא תבע; אמר רב הונא: לירתאי - ואפי' לירתאי ירתי, ורב ענן אמר: לירתאי - ולא לירתאי ירתי. שלחו מתם: הלכתא כוותיה דרב ענן ולא כוותיה דרב הונא; הלכתא כוותיה דרב ענן - דבעל לא ירית, ולא כוותיה דרב הונא - דאילו רב ענן סבר: אף על גב דהוה ליה ברא לברתיה לא ירית, ולא היא, דאילו הוה ליה ברא לברתיה ודאי ירית, ובעל היינו טעמא דלא ירית, משום דהוה ליה ראוי, ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק. מכלל דרב הונא סבר: בעל נוטל בראוי כבמוחזק! א"ר אלעזר, דבר זה נפתח בגדולים ונסתיים בקטנים: **כל האומר אחר כך, כאומר מעכשיו דמי**. אמר רבה: מסתברא טעמא דבני מערבא, **דאי קדים סבתא וזבנא - זבינה זביני**. נחלקו הראשונים בגירסת הגמרא ויתבאר בהמשך, וכמו כן נחלקו במסקנת הסוגיא: שיטת הרשב"ם, הר"ף, הרמב"ן והטור – 'כל האומר אחר כך לאו כאומר מעכשיו דמי', שהרי הראשון יכול למכור הכל ולא יזכה השני בכלום; וכיון שאינו כמעכשיו חשיב ראוי אצל השני, דאולי לא יבוא לידו, ונמצא שאין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק. ע"פ זה כתב הר"ף שאם יאמר במפורש 'אחר כך מעכשיו', כיון שזכה בחלקו מעכשיו, אין הראשון יכול למכור ונמצא שלא נתן לראשון אלא פירות ולא גוף; וכן פסקו השו"ע והרמ"א.

אולם, שיטת בעל המאור, הרשב"א, הר"ן והנמוק"י שמסקנת הסוגיא היא שאע"פ שהאומר אחר כך כאומר מעכשיו דמי, אך אין הבעל יורש דחשיב 'ראוי' שהרי הראשון יכול למכור ואולי לא יבוא לידי השני לעולם. וקשה כיצד יכול הראשון למכור את מה שקנה השני מעכשיו! וביארו שאין השני קונה מעכשיו, אלא את מה ששייך לו הראשון, ונמצא שמה שהראשון לא מכר קנה השני מעכשיו. לדבריהם יוצא שכל אחר כך הוא מעכשיו ואפי' הכי הראשון יכול למכור, וקנה קנין הגוף.

אמנם, בנמוק"י מבואר שאף לשיטתם כאשר יאמר 'אחר כך מעכשיו' במפורש – אין לראשון אלא אכילת פירות בלבד, ואינו יכול למכור. אך זה מטעם אחר, דק"ל כר"ע דדריש יתור לשון, וכיון שיתר לשונו לומר 'מעכשיו' אע"פ שלא היה לו צורך בזה, אמדינן דעתו שאין כוונתו ליתן לראשון אלא הפירות בלבד.

3. אמר 'אחר כך מעכשיו לפלוני', והיה הלה ראוי ליורשו, האם אמרין שירושה אין לה הפסק?

רמ"א – יש לה הפסק, דכיון שלא קנה אלא קנין פירות בלבד, אם כן בגוף לא ירש כלום. רמ"א בשם י"א – אף בכה"ג אין לה הפסק. האחרונים נחלקו בביאור דברי הרמ"א: סמ"ע – יש אומרים שאע"פ שאין לו אלא קנין פירות, אמרין שירושה אין לה הפסק וזכה אף בגוף. והטעם שכיון שיש לו פירות למשך כל ימי חייו, הרי זה כאילו זכה בגוף. קצות: יש אומרים אלו הם בעל המאור ודעימיה הסוברים שאף במעכשיו קנה קנין הגוף ויכול הראשון למכור. אולם, הסוברים שבמעכשיו לא זכה אלא לפירות, והם הר"ף ודעימיה, אינם יכולים לומר בכה"ג שירושה אין

לה הפסק. וכן מבואר להדיא בדברי הרשב"א שהובא בב"י מחודש א. נתיבות: הבין כמו הסמ"ע, וביאר שכיון שהוריש גוף לפירות בירושה ואין לה הפסק, נמצא שלעולם יהיה ליורש גוף לענין פירות, ושוב אין אפשרות להקנות קנין גוף כזה שלא יבואו הפירות לידו לעולם. ולכן כתב שאע"פ שבמעכשיו אמרינן שאין הראשון יכול למכור, כיון שלא קנה את הגוף אלא את הפירות. אך לענין ירושה אין לה הפסק אמרינן שמהני בכה"ג, דכיון שירש את הפירות לעולם, שוב אינו יכול להקנות את הגוף הזה לאחרים.

הגה: ואין כל דברים אלו אמורים אלא שאמר: נכסי לך ואחריו לפלוני, אבל אם אמר: אחריו לי, או ליורשי, אם מכרן הראשון ומת, הנותן או יורשיו מוציאים מיד הלוקח (טור). ואפילו לא אמר: ואחריו לי, או ליורשי, רק אמר: נכסי נתונים לך כל ימי חיך, אין לו בהן רק פירות, ואם מכרן, הנותן או יורשיו מוציאים מיד הלוקח (ריב"ש סימן ת"ע).

4. אם אמר 'אחריו לי או ליורשי':

א. אמר 'לי' – אין לראשון אלא אכילת פירות, כביאור רוב הראשונים במעשה דרב ביבי (קלו'): ולא כרמב"ם. והוא הדין אם אמר 'נכסי נתונים לך כל ימי חיך'; ריב"ש.

ב. אמר 'ליורשי': רמ"א – אין לראשון אלא פירות בלבד, כדעת הרמב"ן. סמ"ע – לטור ודעימיה קנה הראשון הגוף, ורק לרמב"ן – לא קנה אלא פירות. וזה תלוי האם גורסים בקכה: 'ירתי' או 'ירתה', דאם גורסים 'ירתי' מוכח שאף באחריו ליורשי יש לראשון קנין הגוף ויכול למכור, משא"כ אם גורסים 'ירתה'; וכ"כ הקצות בסמוך (יב) בדעת הרמ"א שהקנה בכה"ג לראשון את הגוף, אלא שהקפיד שלא ימכור ואם מכר – נתבטלה המתנה למפרע מכח התנאי.

אמר: אחריו ליורשי, והיה לו בת ומתה בחי המקבל והניחה זרע, זרעה עומד במקומה. אבל אם אין לה זרע, אין שאר יורשיה עומדין במקומה אלא אם כן אמר: מעכשיו ליורשי, דאז זכתה הבת מחיים (טור). אמר: נכסי לפלוני ואחריו ליורשי, והיה לו בשעת הנתינה בת אחת ואחר כך נולדו לו בנים, י"א דזכתה בהן הבת, דלא היה כוונתו רק על היורשים שהיו לו בשעת המתנה (הגהות מרדכי), כן נראה לי.

5. אמר 'אחריו ליורשי' והייתה לו בת, ומתה בחיי המקבל הראשון:

א. אם יש לה זרע – זרעה וזרע זרעה עומד במקומה, ואע"פ שאמרנו שאם מת שני בחיי ראשון יחזרו נכסים ליורשי ראשון, וכדלקמן בסעיף ג!! כבר תירצנו שם ששאני הכא שאמר 'אחריו ליורשי' שהתכוון שיזכה בו יורשו וכל הבאים מכוחו.

ב. אין לה זרע – אין שאר יורשים הבאים מכוחה, כגון אחיה ואביה וכדו', יורשים אותה, שהרי היא לא זכתה בנכסים, ואין יורש בקבר להנחיל לאחרים מן האב'.

ב"ב קנה: במעשה דסבתא, וכג"ה הרשב"ם שאמר 'אחריו ליורשי'. ומוכח שאע"פ שאמר 'אחריו ליורשי' היה הראשון יכול למכור, ואין זה כאומר 'אחריו לי'. כמו כן, מבואר שם בגמ' למסקנת הסוגיא "הלכת' כוותיה דרב ענן - דבעל לא ירית, ולא מטעמיה - דאילו רב ענן סבר: אף על גב דהוה לי ברא לברתיה לא ירית, ולא היא, דאילו הוה ליה ברא לברתיה ודאי ירית, ובעל היינו טעמא דלא ירית, משום דהוה ליה ראוי, ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק".

ג. מה דין הבעל? קצות - אינו יורש, ש"ך – יורש, נתיבות: במתנת שכיב מרע – יורש, במתנת בריא – אינו יורש. השו"ע פסק באבן העזר סי' צ (ב) שאין הבעל יורש בכה"ג דהוי ראוי, וכ"כ הרמ"א שאין שאר היורשים, מלבד זרעה של הבת, עומדים במקומה. ותמהו עליו כולם שהרי הוא סובר כרמב"ן שהאומר 'אחריו ליורשי' דינו כאומר 'לי', שאין לראשון אלא פירות בלבד ואינו יכול למכור, וממילא אין זה בכלל ראוי ומדוע שלא יירש הבעל?! **מכח הקושיא הזו הגיה הש"ך בכל הספרים באבן העזר** 'ואחריו ליורשי' ולא ליורשי, כיון שביאוריו ליורשי הרמ"א סובר שהבעל יורש דהוי כמעכשיו; וכ"כ כאן שהבעל יורש. **הסמ"ע** (כו) כתב שהבעל אינו יורש, אולם מאידך כתב שדין זה כתבו השו"ע בסעי' ט ותמה מדוע הרמ"א הביא זאת כאן, וכתב הנתיבות שנרא שהסמ"ע גרס 'אחריו ליורשי', ובכה"ג באמת אין הבעל יורש דהוי ראוי, אולם באחריו ליורשי יודה לש"ך שהבעל יורש.

הקצות (יב) נדחק לבאר דברי הרמ"א וכתב שצ"ל שדעתו אינה כרמב"ן, אלא שדווקא באחריו 'לי' אמרינן שלא הקנה לראשון אלא פירות, ושייר לעצמו הגוף מעכשיו. אולם באחריו ליורשי הקנה לראשון הכל גוף ופירות, ואחריו לשני ואין זה כמתנה מעכשיו ולכן שאר היורשים הבאים מכח השני – אינם זוכים במתנה כשמת קודם שבא לידו, דבכה"ג לא זכה בו כל זמן שלא הגיע לידו. אלא שאפ"י הכי אין הראשון יכול למכור, דכשהתנה 'אחריו ליורשי' הרי הוא רוצה ומקפיד שיגיעו הנכסים לבסוף ליורשיו, ואם יעבור על תנאו תבטל המתנה למפרע ותחזור ליורשים מכח ירושתו.

הנתיבות (יב) כתב ליישב דברי הרמ"א באופן אחר: שכל מה שאמרנו ש'אחריו' לא הקנה לראשון אלא פירות בלבד, זה דווקא בשכיב מרע, דבכה"ג אמרינן שהוא משייר במתנתו ולא הקנה לראשון אלא את כל הזמן של עד מותו, ולאחר מותו תחזור המתנה ליורשיו; וממילא בכה"ג ודאי שאמרין שהמתנה חוזרת ליורשים שיהיו לו בשעת מיתתו ולא בשעת המתנה, שהרי אין הם זוכים בה מכח 'מתנת אחריו' אלא מכח דין ירושה, דלא הקנה לראשון אלא כל ימי חייו, ולאחר מכן תחזור המתנה אליו; וזהו הדין הראשון שכתב הרמ"א שכשאומר ליורשיו אין הראשון יכול למכור דאין לו אלא פירות בלבד; וכיון שאין הראשון יכול למכור – לא הוי ראוי לבעל, ואף הבעל יורשה, וזהו דינו של הרמב"ן. **אולם, כאשר נותן במתנת בריא ואומר 'אחריו' ליורשיו לא אמרינן ששייר במתנתו, אלא שהקנה הכל לראשון ואחריו ליורשים,** וממילא אף היורשים זוכים מכח מתנתו של עכשיו, ובכה"ג אמרינן שלא הקנה אלא לבת ולא ליורשים שיהיו בשעת המיתה, שהרי אין היא זוכה מדין ירושה אלא מדין מתנה, ובכה"ג הראשון זכה בגוף לגמרי ויכול למכור, ולכן אין הבעל יורש דהוי ראוי; וזהו דינו השני של הרמ"א.

6. אמר 'אחריו' ליורשיו – הולכין אחר היורשים שהיו לו באותה שעה, ולא אחר היורשים שקיימים בשעת מיתתו; סמ"ע (כו). ודוקא אלו שהיו בחיים בשעת המתנה, דאי לאו הכי אין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם; נתיבות (יג).

ע"פ דברי הנתיבות (יב) שהובאו לעיל, מיירי הכא רק במתנת בריא, דאילו במתנת שכיב מרע אע"פ שאמר 'אחריו' ליורשיו, הולכים אחר היורשים של שעת המיתה. עוד ביאר הנתיבות בהמשך (יד) שהיינו דווקא ב'אחריו' ליורשיו, שדייקין הכי מדלא אמר 'לי'. אולם ב'אחריו' ליורשיו' אזלינן בטר שעת המיתה.

אמר: נכסי לך ואחריו ליורשיו, י"א דהוי כאלו אמר: ואחריו לפלוני, ואם מתו יורשיו בחיי המקבל אין יורשיו נוטלין כלום, אלא אם כן אמר: ואחריו ליורשיו מעכשיו, ודוקא שאמר: אחריו ליורשיו, אבל מה שכותבין בשטרות: לך וליורשיו, אינו אלא לשופרא דשטרי (הר"ן). ויש חולקין (הרא"ש בתשובת כלל פ"ד ס"ג).

7. נכסי לך ואחריו ליורשיו: י"א – הרי זה כ'אחריו' לפלוני ואם מתו היורשים בחיי המקבל, אין יורשיו היורשים נוטלים כלום. וביאר הנתיבות ב' אופנים: או שמיייר ביורשים שאינם יוצאי חלציו של המקבל השני. או שמיייר ביורשים המקבל הראשון שיהיו בשעת מיתתו, ולא נלך בכה"ג אחר היורשים שהיו בשעת המתנה. י"א – שאינו כאחריו, ואפי' מתו היורשים בחיי המקבל, נוטלים יורשיו היורשים הנכסים מכח המקבל הראשון; וכן הסכימו הסמ"ע, הט"ז והגר"א לדינא; ודחו דברי הי"א קמא מגמ' מפורשת.

ב"ב קכה: מעשה דסבתא וכג"י הרי"ף, הרשב"א, הנמוק"י ועוד ראשונים שנתן את נכסיו לסבתא ואחריה לביתה (ולא לבתו). והקשו מדוע הוצרך לומר שאחריה לביתה, הלא בלאו הכי הייתה הבת נוטלת הנכסים מדין ירושה! ותירצו בכמה אופנים: א. כדי שהסבתא לא תמכרם לכתחילה. ב. כדי שבעלי חובותיה של הסבתא לא יוכלו לגבות מהנכסים. ג. כדי שלא תוכל ליתנם במתנת שכיב מרע. ה"ב"י כתב שהוצרך לומר הכי כדי למעט את ירושה מלרשת את הנכסים, דעכשיו שאמר 'ואחריו' לברתה' הבת מקבלת הנכסים מכח המתנה ולא מכח הירושה, ורצה למעט אותה מדין ירושה, כדי שאם תמות בחיי הסבתא לא יזכו בנכסים הבאים מכוחה, אלא יחזרו לשאר יורשי הסבתא. וזוהי דעת היש אומרים הראשונה שהביא הרמ"א. אולם, הסמ"ע, הגר"א והט"ז תמחו שהרי להדיא מבוואר בסוגיא שאם היה לבת בן היה זוכה בנכסים אע"פ שמתה אמו בחיי הסבתא, ורק הבעל אינו זוכה! ולכן דחו דבריו ונקטו שבכל ענין יורשי הבת זוכים בנכסים.

הנתיבות (יד) כתב שאפשר ליישב שאין כוונת הרמ"א על היורשים שהם יוצאי חלציה של הבת, שהם ודאי יורשים לכל הפחות מכח הסבתא וכמו שמוכח בסוגיא. אלא מיירי בשאר יורשים שאינם באים אלא מכח הבת, וכיון שהבת אינה זוכה – אף הם אינם זוכים. אך כתב שנראה לו עיקר שכוונת הרמ"א שאין היורשים של שעת המתנה יורשים אותה, אלא היורשים הראויים לירש בשעת מיתת הנותן, שאינם בהכרח יורשי הבת, שדווקא כשאמר 'ואחריו' ליורשיו אמרינן שכוונתו על היורשים שהיו לו בשעת הנתינה, דאם כוונתו על היורשים שיהיו בשעת המיתה, שיאמר 'ואחריו' לי! אולם, ב'אחריו' ליורשיו' לא שייך לומר כך, ולכן בסתמא אמרינן שכוונתו על יורשי שעת מיתה, שאינם בהכרח יורשי הבת, שהרי אם יהיו לו באותה שעה עוד בנים – הם ירשו אותה.

8. שטרות שלנו שכתוב בהם 'לך וליורשיו' – אינו אלא לשופרא דשטרא, ויכול המקבל הראשון לעשות בנכסים כרצונו; כ"כ הר"ן.

ראובן שנתן מתנה ללוי והתנה עמו איזה תנאי ואם יעבור התנאי יהיו הנכסים של שמעון (מעכשיו), ואח"כ נתן שמעון כל זכות שיש לו במתנה זו ללוי מעכשיו, ומת, אף על פי שלוי עובר על התנאי זכה בנכסיו מכח שמעון (טור בשם הרא"ש כלל פ"א שאלה ב').

9. ראובן שהלוה לג' בניו, ומשכנו לו נכסיהם ומת, וקודם שחלקו הנכסים עמד שמעון וכתב ללוי אחיו שטר מתנה על כל מה שירש מאביו, ותובע לוי משמעון את החוב שהיה חייב לאביהם – פטור, דמיד שמת האב נמחל השעבוד שהיה לאביהם עליו; כ"כ הסמ"ע בשם תשוי הרשב"א.

סעיף ח

שכיב מרע שאמר לאשה פנויה: נכסי לך ואחריו לפלוני, ולא אמר: מהיום, ועמדה ונשאת, בעל לוקח הוי, ואין השני מוציא מיד הבעל. ואם אמר לה כשהיא נשואה, ומתה, השני מוציא מיד הבעל, שכיון שזוכה בנכסים על תנאי זה כשהיא נשואה, נמצא כאלו אמר לה בפירוש: אחריו יקנה פלוני, לא הבעל. לפיכך אם מכרה נכסים אלו כשהיא תחת בעלה, ומתה תחת בעלה, יעמדו הנכסים ביד הלוקח.

1. האומר לפנויה: נכסי לך ואחריו לפלוני, ועמדה ונישאת – זכה הבעל בנכסים, דבעל לוקח הוי, והרי זה כאילו מכרה לאחרים, ואין השני מוציא מידו.

אך אם אמר לה 'ואחריו לפלוני מעכשיו' – לא זכה הבעל בנכסים, שהרי בכה"ג אינה יכולה למכור.

2. האומר לאשה נשואה: נכסי לך ואחריו לפלוני – לא זכה הבעל בנכסים, דהרי זה כאילו אמר לה בפירוש שלא יהיה לבעלה חלק בנכסים. הסמ"ע נקט (לג) שאולי אף לשיטת הרא"ש באה"ע סגי בלשון זו, כיון שאינו מקנה לאשה את הנכסים עולמית. ואם עמדה ומכרה – זכה הלוקח, ואין השני מוציא מידו.

3. האומר לפנויה 'נכסי לך ואחריו ליורשיך הנולדים מגופיך': מוהרש"ך – לא קנה הבעל, דכיון שאמר שאחריה יהיו לבניה שילדו לה לאחר נישואיה, הרי מוכח שאין רצונו שיזכה בהם הבעל. קצות (יג), נתיבות (טו) – קנה הבעל, מ"ב סיבות: א. אין זה מוכח, שהרי לכתחילה אין לה להכניס הנכסים לבעל, כדי שיזכו בהם האחריו, אך אם עברה והכניסה – קנה הבעל. ב. אף ב'אחריו' א"א להקנות לדבר שאינו בעולם, דאע"פ שמתנת שכיב מרע מהני כשהמקנה אינו בעולם, אך לא שמענו שיכול להקנות לדבר שאינו בעולם. וממילא כיון שלא זכה האחריו, חוזרים הנכסים ליורשי האשה, וזכה בהם הבעל.

4. האם אפשר להקנות ב'אחריו' לדבר שאינו בעולם? מהרש"ך – משמע שאפשר. קצות ונתיבות – אי אפשר, ואע"פ שבמתנת שכיב מרע מהני להקנות לאחר מיתת המקנה, אך לא מהני להקנות לקונה שאינו בעולם.

סעיף ט

האומר: נכסי לאמי ואחריה ליורשיה, והיתה לו בת נשואה, ומתה הבת בחיי בעלה ובחיי אם אביה, אין הבעל יורש אותם נכסים, מפני שהם ראויים לאשתו, ולא זכתה בהם האשה אלא אחר שמתה. אבל אם הניחה הבת בן או בת, היו יורשים הנכסים, שמשמע יורשיה ואפילו יורשי יורשים. ואילו אמר: לכשתמות הזקנה הרי הם לבתו מעכשיו, והיה הבעל יורש אותם אחר מיתת אשתו.

האומר נכסי לך ואחריו ליורשיך, והיתה לה בת נשואה ומתה הבת בחיי בעלה ובחיי אמה:

א. הבעל אינו זוכה בנכסים, דאין הבעל זוכה בראוי.

ב. אם הניחה זרע – זכו בנכסים, ד'יורשיך' אף יורשי יורשיך בכלל, ולא כמו בסתם אחריו שאם מת המקבל השני בחיי הראשון – לא זכו יורשיו בנכסים.

ג. אם אמר 'אחריו מעכשיו' – הבעל יורש ולא הבנים, דכבר זכתה בהם אשתו ולא הוי ראוי.

ב"ב קכה: במעשה דסבתא, ונתבאר בסמוך (סעיף ז) בדברי הרמ"א.

סעיף י

הנותן מתנה ואמר: מטלטלין שיש לי לפלוני, נוטל כל כלי תשמישו אבל לא חטין ושעורים וכיוצא בהם. ואם אמר: כל המטלטלים שלי, נוטל הכל והעבדים בכלל המטלטלים, אבל לא רחיים התחתונה וכיוצא בהם, שהרי היא מחוברת לארץ. ואם אמר: כל המטלטל, נוטל אף רחיים התחתונה וכיוצא בהן.

ב"ב קנ. לגבי עבדים הסתפקה הגמ' האם הם בכלל מטלטלים או לא, ופירש הרשב"ם שאע"ג שלמילי דאוי' קי"ל שעבדא כמקרקעי דמי, מ'והתנחלתם אותם' אך הכא הספק הוא בלשון בני אדם; ולא איפשיטא. הרמ"ה נקט שהוא ספק, ואינו נוטל העבדים. אולם, הרי"ף והרא"ש הוכיחו מ"ב קכח: 'אין גובין מן העבדים' דעבדא כמטלטלי דמי לכל מילי דרבנן, ולכן פסקו שנוטל אף את העבדים; וכ"כ הרמב"ם והשו"ע.

סעיף יא

אמר: נכסי לפלוני, נוטל כל המטלטלים וכל הקרקעות והבגדים והעבדים והבהמות והעופות והתפילין עם שאר ספרים, הכל בכלל נכסים; אבל ספר תורה יש בו ספק אם הוא בכלל נכסים אם אינו, לפיכך אם תפסו אין מוציאים מידו. (אמר לתת לה בגדיה, כל מה שמקרי בגד הוא בכלל, בין בגדי חול בין בגדי שבת) (הרא"ש סוף כלל ע"ה).

1. האומר 'נכסי לפלוני' – כל דבר שרגילים ומותר למכרו הרי הוא בכלל, סמ"ע (לט). ולכן זכה בכל המטלטלין והקרקעות, הבגדים, העבדים והבהמות והעופות והתפילין ושאר ספרי הקודש. אולם, בס"ת לא זכה, אך אם תפסו אין מוציאים מידו.

ב"ב הנ"ל. לגבי ס"ת הסתפקה הגמ' ולא איפשיטא, ולכן אינו נוטלו לכתחילה, אך אם תפסו אין מוציאים מידו. וכתב הנמוק"י בשם הריטב"א שדין זה הוא רק בס"ת, ולא בשאר ספרי הקודש. וכתב הב"י שאף לשיטת הרא"ש דהאידנא אין ספרי מקרא משנה וגמרא אין למכרם אלא כדי ללמוד תורה ולישא אשה, כמו בס"ת, אך אינם חמורים כס"ת ממש, ולכן אין דינם כס"ת.

בראשונים מצאנו ב' טעמים לספק בס"ת האם זה מחמת חשיבותו (נמוק"י ורשב"ם), או מחמת האיסור למוכרו (תוס'). וכתב הפת"ש בשם החת"ס שהנפק"מ ביניהם היא באדם שהוריש לחלק מיורשיו את כל ספריו והיה ביניהם ס"ת, האם אף הוא בכלל? וכתב שלטעם שהוא חשוב ואינו בכלל ספרים – אף כאן שייך ספק הגמ'. אולם, אם הטעם משום האיסור למכרו, א"כ באדם שמוריש את ספריו דלא שייך טעם זה, לכו"ע ס"ת בכלל הספרים. אך כיון שזה ספק אין מוציאים ממנו מספק, ועוד הוסיף שהטעם שהוריש לבניו את ספריו כדי שילמדו בהם, ובס"ת האידנא לא לומדים ממנו, ואין טעם שיהיה בכלל הספרים, ולכן פסק שהרי הוא בחזקת כל היורשים.

2. האומר לתת לאשתו בגדיה – כל הבגדים בכלל, בין בגדי חול ובין בגדי שבת; רא"ש בתשובה והביאו הרמ"א. וכתב הט"ז שאם אמר לתת לה בגדים – אין לה אלא שנים.

סעיף יב

הכותב לחבירו שנתן לו ארבע אמות קרקע ואגבן כל מטלטלין שיש לו, בין זהב וכסף בין שאר כל כלים גדולים וקטנים, ובגדי פשתן וצמר ומשי וכל מה ששמו ממון וכל מה ששמו נכסים, לא קנה לא קרקעות מפני שאין קרקע נקנה באגב, ולא עבדים משום דקיי"ל החזיק בקרקעות לא קנה עבדים, ולא ספר תורה. (מיהו בספר תורה, אם תפסו אין מוציאים ממנו) (טור).

1. הכותב לחבירו שהקנה לו ד' אמות ואגבן כל מטלטלין שיש לו – לא זכה בקרקעותיו ובעבדיו, לפי שאין קרקע נקנה אגב קרקע וה"ה לעבדים, ולא בס"ת – שהרי יש לנו ספק אם הוא בכלל נכסים, וכ"ש בכלל מטלטלין.

האם ספרים הם בכלל לשון 'מטלטלין'? רמ"א ושו"ע – כן, דדוקא ס"ת לא זכה בו. רעק"א בשם המב"ט (שהביא הש"ך (יא)) – לא, דכל ספרי הקודש אינם בכלל מטלטלין.

סעיף יג

הנותן לחבירו כל נכסיו, מטלטלי אגב מקרקעי, ולא שייר ליורשיו אלא חמשה זהובים, והיו לו בביתו שטרי חובות, אם מתנת שכיב מרע היתה, קנה, דשטרות בכלל נכסים הם. אבל אם היתה מתנת בריא, לא קנה, כיון דלא כתב ליה: קנה אינהו וכל שיעבודא דאית בהו, ולכן יזכו היורשים. הגה: ואפילו היה המקבל עצמו חייב לנותן בשטר, צריך לשלם ליורשיו, דמאחר דלא מחל לו החוב רק הקנה לו השטרות, ומאחר דלא קנה השטר גם החוב לא נמחל (בית יוסף ס"ו ר"נ בשם הרשב"א).

1. הנותן לחבירו כל נכסיו, והקנה לו מטלטלין אגב קרקע, ולא שייר ליורשיו אלא ה' זהובים, מה דין שטרי חובותיו?

א. אם נתן במתנת שכיב מרע – קנה חבירו אף את שטרי החובות, דאע"פ ששטרות אינם נקנים אל בכומ"ס, אך דברי שכיב מרע ככתובין ומסורים. וכיון ששטרות הם בכלל נכסים – זכה בהם.

מדוע קנה הכא במתנת שכיב מרע, הרי כיון ששייר ה' זהובים אין לזה דין מתנת שכיב מרע? ש"ך – צ"ע, ואולי אפשר ליישב ע"פ דברי הסמ"ע לקמן סי' רנ, סקל"ו שכיון שנתן כל הנכסים לחברו, אע"פ שחזר ואמר שמש"ייר קצת ליורשיו אין זה חזרה. גר"א – דין זה כתבו הרא"ש, ולשיטתו ש"יור של פחות מכדי חייהם, אין זה קרוי ש"יור.

ב. אם נתן במתנת בריא – לא קנה השטרות, וזכו בהם היורשים. שאע"פ שהיתה כאן כתיבה שכתב לו כל נכסיו, ואף היתה מסירה שהרי הקנה אותם באגב והרי זה כעין חצר ואתי לידו, אך לא אמר לו 'קני לך איהו וכל שעבודיה'; כ"כ הטור בשם הרא"ש, וכתב דלא כרשב"ם הסובר שסגי במסירה וא"צ בכתיבה כדי להקנות שטרות, אך כיון שהרי"ף והר"ח ור"ת פוסקים שבעינן כתיבה ומסירה, ושיכתוב או יאמר לו 'קני לך איהו וכל שעבודיה' – בלאו הכי לא קנה.

2. כאשר הקנה לאחד באופן שאינו מועיל, ולא חל הקנין – לא אמרינן שנעשה החפץ הפקר, אלא זכו בו יורשיו, שהרי לא נתכוון להפקירו אלא לתיתו לפלוני, וכיון שלא חל הקנין חזר וזכה בו והורישו ליורשיו; כ"כ הרשב"א והביאו הב"י.

סימן רמט

הנותן מתנה וחוזר בו או הנותן לעבד ואשה, ובו ה' סעיפים.

סעיף א

האומר ליתן מתנה מועטת לחבירו וחוזר בו, הרי זה ממחוסרי אמנה. (ועיין לעיל סימן ר"ד ס"ו).

ב"מ מט. ונתבאר בסי' רד, ח.

סעיף ב

עובד כוכבים שאינו גר תושב, אסור ליתן לו מתנה, אא"כ הוא מכירו או אם יש בו בדבר משום דרכי שלום.

ע"ז כ. "מאי לא תחנם? שמע מינה כולו. תניא נמי הכי: לא תחנם - לא תתן להם חנייה בקרקע; דבר אחר: לא תחנם - לא תתן להם חן; דבר אחר: לא תחנם - לא תתן להם מתנת חנם. ומתנת חנם גופה תנאי היא; דתניא: לא תאכלו כל נבילה לגר אשר בשעריך תתננה ואכלה או מכור לנכרי וכו' נמצא אתה אומר: אחד גר ואחד עובד כוכבים בין בנתינה בין במכירה, דברי ר' מאיר; **רבי יהודה אומר: דברים ככתבן, לגר** (היינו גר תושב) **בנתינה ולעובד כוכבים במכירה**". והלכה כר' יהודה. וכתבו התוס' שאע"פ שהפסוק 'לא תחנם' איירי בז' עממין, "אבל מתנת חנם ונתינת חן וחנייה אין שום טעם לחלק בין שאר עובדי כוכבים לז' עממים", ולכן דין זה נכון בכל הגויים.

עוד הקשו התוס' מפסחים כב. שמשמע שמותר ליתן מתנה לגוי? ותירץ ששם מיירי במכירו שהוא כמוכרו לו, דיש לו בכך צד הנאה מהגוי. וכן הקשו מ'מפרנסים עניי עכו"ם עם עניי ישראל' מפני דרכי שלום! ותירצו דדרכי שלום אין זה חשוב כמתנת חנם.

סעיף ג

הנותן מתנה לעבד או לאשה, קנו האדון והבעל. האדון קנה גם הגוף, והבעל לא קנה אלא הפירות, אבל הגוף שלה כשתתאלמן או תתגרש, ונתבאר זה בטור א"ה סימן פ"ה.

הנותן מתנה לעבד - קנה האדון, דכל מה שקנה עבד קנה רבו.

הנותן מתנה לאשה - קנתה והבעל אוכל פירות.

סעיף ד

הכותב כל נכסיו לעבדו, קנה עצמו בן חורין; ונתבאר זה בטור יורה דעה בסימן רס"ז.

סעיף ה

מדת חסידות שלא לקבל מתנה, אלא לבטוח בהשם שיתן לו די מחסורו, שנאמר: ושונא מתנות יחיה. (משלי טו, כז).

קדושין נט. "רב גידל לא נחית לה, דכתיב: ושונא מתנות יחיה".

ב"ה

הלכות מתנת שכיב מרע

סימן רן

דין מתנת שכיב מרע במקצת או בכולה בלא קנין ובקנין, ובו כ"ו סעיפים.

סעיף א

מתנת שכיב מרע אין צריך להקנותה בשום אחד מדרכי ההקנאה, שדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו. הגה: ואין חילוק בין צוה לתת מיד לאחר מותו, או שצוה ליורשיו ליתן לאחר זמן (נ"י פ"נ וב"י סימן רמ"ח בשם הריטב"א). ואם לא צוה לתת דבר, רק מינה אפוטרופוס ונתן להם רשות לחלוק נכסיו כפי מה שירצו ועשייתם יהיה כעשייתו, י"א דאין בדבריו כלום, דמיד שמת נפלו נכסיו קמי יורשיו ונתבטלה מתנתו (מרדכי ס"פ יש נוחלין בשם ר"ג ותשובת רשב"א סימן תש"ד); (וי"א דבריו קיימין) (מרדכי שם בשם רשב"ם ותשובת רד"ך בית כ"ו).

1. דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו, ואינו צריך לעשות שום קנין. ואם עשה קנין מגרע גרע כמו שיתבאר לקמן סעיף יז; סמ"ע.

ב"ב קנו. במשנה מח' ר"א ורבנן, דלר"א שכיב מרע הוא כבירא לכל דבריו ובעי קנין, ולרבנן שכיב מרע לא בעי קנין, והלכה כרבנן. ודין זה הוא מתק"ח כדי שלא תטרף דעתו של השכיב מרע עליו, שירא פן לא יקיימו דבריו לאחר מיתתו, דלא תמיד יש פנאי להקנות לכל אחד בקנין הראוי לו קודם מותו; סמ"ע א.

הטור כתב שמתנת שכיב מרע חלה למפרע משעת הנתנה, והקשה עליו הב"י שהרי מוכח בגמ' לגבי 'אחרית' שאם נתנו במתנת שכיב מרע – לא קנה, שכבר קדמו אחרית! ומוכח שלא חלה אלא לאחר מיתתו! הקצות האריך הרבה בענין זה, וכתב שדין זה מקורו ברא"ש ובתוס', וראייתם מהדין שנתבאר בסי' קכה לגבי שכיב מרע שאמר 'הולך מנה לפלוני' שאפי' אם מת המקבל בחיי הנותן, אם היה חי בשעת הנתנה, זכה בו ויתנו ליורשי המקבל. וביארו טעם הדבר מפני שמתנת שכיב מרע קונה לאחר מיתה למפרע משעת הנתנה! ותיירץ קושית הב"י שלענין אחרית לא מהני, דכיון שיכול השכיב מרע לחזור בו קודם שמת נמצא שלא נסתלק הנותן לגמרי מהממון, ולא מהני כדי לבטל את קנין האחרית. אמנם, כתב שמוכח מהרשב"א והר"ן שלא כרא"ש, אלא שמתנת שכיב מרע קונה רק לאחר מיתה, ואת הדין של סי' קכה ביארו שהוא מטעם שבשכיב מרע אמרין בכה"ג 'הולך כזכי', ונמצא שזכה בו המקבל עוד בחיי הנותן, ואין הנותן יכול לחזור בו. וכתב שבתשובת הרא"ש משמע כרשב"א, אך אין לנו אלא דבריו שבפסקים שקונה למפרע משעת מיתה. הנהיבות נקט שלכו"ע מתנת שכיב מרע קונה רק לאחר מותו, אלא שייפו את כוחו שיחול השעבוד מחיים.

2. מתנת שכיב מרע מועילה בין אם צוה לתת מיד לאחר מותו, או לאחר זמן; דמוכח בב"ב קלז. שמתנת שכיב מרע חלה לאחר מותו, וא"כ מה לי אם חלה מיד לאחר מותו או הרבה זמן.

3. שכיב מרע שמינה אפוטרופסים לנכסיו, ונתן להם רשות לעשות ככל שירצו: י"א שאין בדבריו כלום, דמיד שמת נפלו הנכסים לפני היורשים וזכו בהם. וי"א שדבריו קיימים.

4. מתנת שכיב מרע מהני דווקא בשלו, אך לא בשל חברו, ולכן אם עשאו שליח להקנות נכסיו לאחרים, והקנה השליח במתנת שכיב מרע – לא מהני; רעק"א.

5. מתנת שכיב מרע בקטן: מהני במטלטלין, אך לא בקרקעות; רעק"א.

סעיף ב

שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ולא שייר כלום, ואף על פי שקנו מידו, אם עמד ונתרפא לגמרי, המתנה בטלה ממילא. (ואפילו התנה בשעת המתנה שלא יוכל לחזור בו, אם עמד חוזר, א"כ קנו מידו) (תשובת רשב"א סימן תתקע"ה ותשובת רמב"ן סימן ו' וריב"ש סימן ר"ז). ואם לא נתרפא לגמרי, אלא ניתק מחולי לחולי, אם לא עמד ולא הלך ונשען על מקלו בשוק, מתנתו מתנה, (אף על פי שהלך בביתו על משענתו) (מרדכי פרק אלמנה ופרק מ' שמת). ואם עמד בין החולי שצוה בו ובין החולי שמת ממנו, והלך נשען על מקלו, אומדין אותו על פי רופאים אם מחמת חולי הראשון מת מתנתו קיימת, ואם לאו אינה מתנה. ואם הלך בשוק בלא משענת, אינו צריך אומד, אלא בטלו מתנותיו הראשונות.

1. שכיב מרע שכתב כל נכסיו ולא שייר כלום, אע"פ שקנו מידו - אם עמד ונתרפא - בטלה מתנתו.
 ב"ב קנא: "הכי אמר שמואל: שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים, אף על פי שקנו מידו - עמד חוזר, בידוע שלא היה מצוה אלא מחמת מיתה". וכתב הרא"ש שאינו צריך לחזור בו בהדיא, אלא כל שעמד בטלה מתנתו ממילא.

2. שכיב מרע שהתנה בשעת המתנה שלא יוכל לחזור בו:

א. אם עמד - חוזר בו, שהרי חז"ל תקנו דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין ודוקא אם לא עמד, ואין בידו כח לעשותה קנין יותר ממה שאמרו חז"ל.

ב. לא עמד: פשט דברי הרמ"א - הוי מתנה; כן משמע מלשון הרשב"א בתשובה והרמב"ן. רעק"א בשם הריב"ש - לא הוי מתנה כלל, דכיון שהתנה שלא יוכל לחזור בו, הוציא עצמו מכלל מתנת שכיב מרע, ואין כאן אלא דברים בעלמא ולא הוי קנין.

3. שכיב מרע שמחל לאחר על חובו:

א. אם עמד מחליו - בטלה מחילתו, ואע"ג שמחילה לא בעי קנין, לא עדיפא מחילה בחוב, מקנין בנכסים; סמ"ע (ה), וכן הסכימו הט"ז, קצות (ב), נתיבות (ב) לדינא.

ב. האם יכל לחזור בו קודם שעמד מחליו? נתיבות - כן, דדוקא כשעשה מעשה והוציא החפץ מתחת ידו אמרינן שלא יוכל לחזור בו קודם שעמד, דמוכחא מילתא שגמר בדעתו להקנותו אם ימות, משא"כ הכא. נתיבות בשם הקצות - לא, ולענ"ד משמע בקצות (ב) נתיבות שכתב "אבל במחילת החוב דלא חזינן שום הוכחה מן השכיב מרע דגמר ומקנה, כיון דהחוב ממילא תחת ידו, ומש"ה לא עדיף משאר דברים שקנו מידו דיכול לחזור אפי' אם ימות".

4. שכיב מרע שמסר החפץ ליד המקבל בחייו - אינו יכול לחזור בו אם ימות, דכיון שעשה מעשה והוציא החפץ מידו, מוכח שגמר להקנותו אם ימות, וכן מוכח בס"י קכה; וכו"כ הקצות (ג), הנתיבות (ב) ורעק"א ליישב קושיית הש"ך על הרשב"א. אך אם עמד חוזר, דלא הייתה כוונתו להקנותו אלא על דעת שימות.

5. שכיב מרע שנתן מתנה לאחר, והמקבל תפס המתנה מעצמו - אין בכך כלום, ויכול השכיב מרע לחזור בו אף קודם שמת; כ"כ הקצות (ג) והנתיבות (ב).

סעיף ג

בד"א, בנותן מתנה. אבל אם הודה על נכסיו שהם של פלוני, קנה הלה, ואפילו יעמוד זה אינו יכול לחזור בו. הגה: אמר: רוצה אני שיהיו מטלטלין לשמעון, הרי זה לשון מתנה. אבל אם אמר: מטלטלין אלו לשמעון, או: יש לשמעון ביד, הוי לשון הודאה (בית יוסף סימן רנ"ב בשם הרשב"א). ואם הקדיש כל נכסיו ולא שייר כלום, או הפקירם או חלקם לעניים, אם עמד נתבטל הכל, כדין נותן מתנה. (ואפילו אם תפסו עניים, מפקינן מנייהו) (ריב"ש סימן ק"ס). ודלא כדברי החולקין. וכן דין הקדש כדין מתנה שיוכל לחזור בו כמו במתנה (טור). אם מכר נכסיו כשהיה שכיב מרע, אם מקצתם מכר ממכרו קיים כבריא; ואם כולם מכר, אם המעות עצמם קיימים, אם עמד חוזר, ואם הוציא המעות אינו יכול לחזור בו.

1. שכיב מרע שהודה - דינו כמתנת בריא. ב"ב קמט. "איבעיא להו: שכיב מרע שהודה, מהו? ת"ש: דאיסור גיורא וכו' אמר רבא: היכי ניקנינהו רב מרי להני זוזי? אי בירושה - לאו בר ירושה הוא; אי במתנה - מתנת שכיב מרע כירושה שוויה רבנן, כל היכא דאיתיה בירושה איתיה במתנה, כל היכא דליתיה בירושה ליתיה במתנה וכו'. מתקיף לה רב איקא בריה דרב אמי: אמאי? ולודי איסור דהלך זוזי דרב מרי נינהו, וליקנינהו באודיתא!", ומוכח ששכיב מרע שהודה מהני כמו בריא. הרשב"ם ביאר שמייירי בפקדון ואנו מסתפקים האם אמרינן בהודאתו שהודה כן 'שלא להשביע את בניו, או שמא הודאתו הודאה, ומסקינן שהודאתו הודאה. אולם, התוס' ושאר הראשונים פירשו שהאיבעיא היא כשמודה ורוצה להקנות בהודאתו, כמו המעשה שהובא בגמ' שידוע לנו שהמעות אינם שלו אלא שרצה להקנותם לו. והספק הוא האם אמרינן שאף להודאת שכיב מרע יש דיני 'מתנת שכיב' שאם עמד חוזר, או שמא הודאתו הודאה כמו בבריא? ומסקנת הסוגיא שהודאתו כהודאת הבריא. וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע לדינא.

מייירי שהודה באופן שהודאתו הודאה, ואינו יכול לומר 'שלא להשביע את בני' הודיתי. ו'משטה אני בך' בלאו הכי לא יכול לטעון דאין אדם משטה בשעת מיתה, וכמו שנתבאר בס"י פא; סמ"ע ח.

2. המקדיש כל נכסיו, או הפקירם או חילקם לעניים:

א. אם עמד מחליו: שו"ע ורמ"א - מעשיו בטלים, כדעת הרמב"ם ורוב הראשונים.

ב. לא עמד מחליו:

1. אם לא חזר בו: פשט שו"ע ורמ"א, נתיבות – חייבים היורשים לקיים דבריו. קצות – אינם חייבים לקיים דבריו, דלא הוי אלא כנדר ואין היורשים חייבים לקיים נדרי אביהם.

2. חזר בו בחליו: סמ"ע – מהני, וכן ביאר דברי הרמ"א. נתיבות (ו) – לא מהני, וכ"כ הנמוקי"י, והרמ"א בסוף דבריו בא להשמיענו לאפוקי מהרד"ך הסובר שאם חזר בו בפירוש קודם שעמד מחליו, אף הרא"ש מודה שמהני. קמ"ל שחזרה קודם שעמד מהני רק לדין; וכן ביאר הקצות (ו) דברי הרמ"א מטעם אחר.

ב"ב קמח: "איבעיא להו: הקדיש כל נכסיו ועמד, מהו? מי אמרין: כל לגבי הקדש גמר ומקני, או דלמא כל לגבי נפשיה לא גמר ומקני? הפקיר כל נכסיו, מהו? מי אמרין: כיון דאף לעניים כעשירים גמר ומקני, או דלמא כל לגבי נפשיה לא גמר ומקני? חילק כל נכסיו לעניים, מאי? מי אמרין: צדקה ודאי מגמר גמר ומקני, או דלמא כל לגבי נפשיה לא גמר ומקני? תיקו". **וכתבו הראשונים** שכיון שקיימא בתיקו, הרי זה ככל ספק ממון שאין מוציאין מיד המוחזק, ולא זכה בו ההקדש, וכן פסקו השו"ע והרמ"א. אולם, הרא"ש והטור כתבו שכיון שישוד מתנת שכיב מרע הוא מכח אומדנא, שאנו אומדים בדעתו שלא התכוון לתת אם ימות, ובאומדנא בעינן שיהא דבר ברור, וכיון שיש לנו ספק באומדנא, אין מבטלים מתנתו מכח הספק וזכו ההקדש או העניים. הב"י דחה דבריהם שהרי בכה"ג יש לנו אומדנא ברורה שלא נתן כל נכסיו והוא ילך ויחזר על הפתחים! אלא שמספקא לן שמה כיון שהוא לדבר מצוה גמר והקנה מחיים או לא. הקצות (ה) ביאר כוונת הרא"ש שאע"פ שקי"ל דברים שבלב אינם דברים, אך באומדנא ברורה אמרין שזה בכלל דברים שבלב ובלב כל אדם ומהני. ונמצא שכאשר יש לנו ספק בנתינתו אין זה בכלל דברים שבלב ובלב כל אדם, ואוליין בתר לשונו המפורשת ומתנתו קיימת. השו"ע והרמ"א פסקו כרמ"ה וכרמב"ם ודלא כרא"ש.

הסמ"ע כתב להביא ראיה לדינו של הרא"ש מהדין שבסעיף י', שיש לנו ספק האם יש לנותן עוד נכסים ואין זה בכלל מתנת שכיב מרע או לא, וקי"ל שאם עשו קנין אין מוציאין מיד המקבל. ומוכח, שאף כשיש ספק במתנה – אין מוציאין מיד הזוכה, וא"כ ה"ה הכא! **הנתיבות** (ה) דחה דבריו שדווקא שם שיש לנו ספק במציאות, אין מבטלין את הקנין הברור מחמת הספק ומהני תפיסת המקבל. אולם, הכא הספק הוא בלשון הנותן, וכיון שיש לנו ספק בלשונו האם התכוון לתת או לא, בכה"ג אמרין שלא נתן את המסופק 'דלא נחית איניש נפשיה לספיקא'.

הקצות כתב שכל המח' של הראשונים היא רק כאשר עמד מחליו, אולם כאשר מת לכו"ע אין היורשים מחוייבים לקיים דברו. הקצות כתב שעל הצד שלא התכוון לתת במתנת שכיב מרע, הרי חיובו הוא מדין נדר, ואין היורשים צריכים לקיים נדרו. לכן, כאשר חזר בו ומת ודאי שאינם חייבים לקיים נדרו. ואפי' אם לא חזר בו, ויש צד לומר שנתן במתנת שכיב מרע רגילה, אך כיון שיש צד לומר שמתנתו היא מדין נדר, אין ההקדש יכול להוציא מהיורשים, שהרי הם מוחזקים בממון! ולכן תמה על האחרונים, שמדבריהם משמע שכאשר לא חזר בו – לכו"ע חייבים היורשים לקיים דבריו. הנתיבות (ד) דחה דברי הקצות, וכתב שהכא שאני שהרי אינו כמו נודר רגיל שמתחייב בסך מסוים לצדקה או להקדש, אלא מיירי שהוא רוצה להתפיס את הקדושה בחפצים הללו, שהרי הוא נותן את נכסיו להקדש או לעניים, ובכה"ג שהוא מתפיס בחפץ מסוים, על הצד שזה חל הרי החפץ נתפס בקדושה וחייבים היורשים לקיים דבריו. ולכן, ודאי שאם לא חזר בו ומת – חייבים היורשים ליתן. ואף במקרה שחזר בו ואח"כ מת – נחלקו הראשונים, ולא כקצות.

3. שכיב מרע שמכר נכסיו, אם מכר מקצתם – דינו כבריא, אם מכר כל נכסיו:

א. אם לא השתמש במעות – אם עמד חוזר בו.

ב. אם השתמש במעות – אינו יכול לחזור בו.

ב"ב קמט: "איבעיא להו: מכר כל נכסיו, מהו? אמר רב יהודה אמר רב: אם עמד אינו חוזר. וזימנין אמר רב יהודה אמר רב: אם עמד חוזר. ולא פליגי: הא דאיתנהו לזוזי בעיניהו, הא דפרעינהו בחובו". וביארו הטעם שכאשר לא השתמש במעות, מוכח שלא מכר את נכסיו אלא על דעת שימות, ולכן שמר אותם לעצמו בצד שאם יבריא יהיה לו מה להחזיר. משא"כ כשהשתמש במעות, מוכח שכוונתו הייתה למכירה רגילה.

סעיף ד

אין כל הדברים הללו אמורים אלא בנותן כל נכסיו ולא שייר כלום, אבל אם שייר כלום שלא נתן, דינו כמתנת בריא שאינה נקנית אלא בקנין. הגה: ולא דוקא קנין, אלא ה"ה משיכה או מסירה או הגבהה, כל אחד לפי קניינו, בין קרקע בין מטלטלין. ודוקא במתנה כזו מהני מסירתו, אבל מתנת ש"מ שיכול לחזור בו לא מהני תפיסה כלום (מרדכי) וע"ל סעיף י"ג. ואפילו אם מת צריך קנין, לפיכך אם עמד אינו יכול לחזור בו. וכמה יהא השו"ר, אפילו כל שהוא, בין קרקע בין מטלטלין. (וי"א דבעינן שיו"ר כדי פרנסתו) (טור בשם הרא"ש).

1. מתנת שכיב מרע היא דווקא כשנתן כל נכסיו ולא שייר כלום. ב"ב קמו: במשנה "שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ושייר קרקע כל שהוא - מתנתו קיימת, לא שייר קרקע כל שהוא - אין מתנתו קיימת", והיינו כשעמד מחליו.

2. כמה שיעור השיור? שו"ע - כלשהו, כדעת הרי"ף והרמב"ם. רמ"א - י"א כדי פרנסתו, כדעת הרא"ש והעיטור. ב"ב קמט: "שייר קרקע כל שהוא - מתנתו קיימת. וכמה כל שהוא? אמר רב יהודה אמר רב: קרקע כדי פרנסתו, ורב ירמיה בר אבא אמר: מטלטלין כדי פרנסתו". וכתב הרי"ף שאין הלכה כדבריהם, שהרי בקנ: אמרינן בשם רב נחמן "חמשה - עד שיכתבו כל נכסיהם" ובכללם שכיב מרע, ומשמע שאין חילוק ביניהם ובעינן שלא ישיירו אפי' כל שהוא, וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע לדינא. אולם, הרא"ש פסק להלכה כרב יהודה ורב ירמיה שהרי לא מצינו מי שחלק עליהם בהדיא, ואף רב יוסף רק הסתפק בדבר אך לא חלק בפירוש. ומדברי רב נחמן אין ראיה שלא לענין זה הושוו. ואדרבא מסתבר טעמו של רב יהודה, שהרי אנו מבטלין את מתנת השכיב מרע מחמת האומדנא שילא שביק איניש נפשיה וימות ברעב ויהיב לאחרנייה כל אשר לו, וכל זמן שלא שייר לעצמו כדי פרנסתו - לא בטלה האומדנא. בבדק הבית כתב לייש דברי הרי"ף והרמב"ם שאע"פ שלא שייר כדי פרנסתו, אפשר שכוונתו הייתה לחיות בצמצום. אולם, הסמ"ע (טז) והנתיבות (ט) ביארו טעמם שאע"פ שלא שייר כדי פרנסתו, אך לפעמים אפשר אפי' ממון מועט להרויח הון גדול. ולכאוף הנפק"מ ביניהם היא כאשר שייר ממון מועט מאד שא"א לחיות ממנו אף בצמצום, שלדעת בדק הבית אפשר שבכה"ג נאמר שמתנתו בטלה, ולדעת הסמ"ע והנתיבות אף בכה"ג אמרינן שמתנתו קיימת.

בדברי הרא"ש מבואר שבמתנת שכיב מרע יש לנו ב' דברים: א. עצם הקנין שהוא מתקנת חכמים, שיהו דבריו ככתובין וכמסורין. ב. ביטול המתנה כשיבריא, שדין זה הוא מחמת אומדנא דמוכח, ובכה"ג א"צ לתקנת חכמים. ממילא, כל היכא שאין לנו אומדנא דמוכח - המתנה קיימת אף כשיעמוד. אולם, היה מקום לומר שהרי"ף והרמב"ם חולקים עליו, וסוברים שאף ביטול המתנה הוא מכח תקנת חכמים, ולא מחמת האומדנא, אלא שכך הייתה התקנה שיהו דבריו ככתובין ומסורין ולא יצטרך לעשות מעשה קנין, אך זה דווקא אם ימות לאחר מכן, שהרי הקנין חל רק לאחר מותו, אך אם יעמוד - בטלה המתנה לגמרי. (אמנם טעם התקנה הוא מחמת האומדנא, אך לאחר שנתקנה כך הייתה התקנה, שבכל ענין שיעמוד בו מחליו - דבריו בטלים).

ע"פ זה יוצא שבמתנת בריא אנו לא אומרים את האומדנא הנ"ל, כיון שאף פעם לא הסתמכנו עליה בלבד כדי לבטל את מתנת השכיב מרע, אלא שכך היתה התקנה. וממילא, במתנת בריא שאין תקנה - דבריו קיימים, אע"פ שאולי לא התכוון לתת אלא אם ימות, אך זה בגדר דברים שבלב ואינם דברים. משא"כ לרא"ש שאף בשכיב מרע אנו מבטלים מתנתו מכח האומדנא הזאת, א"כ אף במתנת בריא כאשר היא שייכת - דבריו בטלים. וכן משמע קצת במח' בין הרא"ש לרי"ף בסעיף ג, לגבי הספק בהקדש. (ואחר כתבי זאת מצאתי שכן כתב להדיא הרי"ף הגיטין לב. מדפי הרי"ף, לגבי הדין של המפרש והיוצא בשיירה, שהשוו חכמים מידותיהם בכל מצוה מחמת מיתה, והובא לקמן בסעיף ח).

מהו שיעור כדי פרנסתו? רא"ש - כדי שיוכל להתפרנס מהריוחיו כל ימיו. בעל העיטור - נראה לו כדי פרנסת י"ב חודש.

האם צריך שיהיה כדי שיעור גם לפרנסת בני ביתו? סמ"ע - בקרקע כן, במטלטלין - לא. ט"ז - כפי האומדנא, אם היה רגיל לפרנס בני ביתו עד עתה - כן, אם לא - לא, ואין חילוק בין קרקע למטלטלין.

אם שייר כדי חובותיו לבעלי חוביו? לדעת השו"ע - הוי שיור, לדעת הי"א שברמ"א - לא הוי שיור. רעק"א והנתיבות (ט) הביאו שנחלקו בדין זה הרא"ש בתשובה והנמוק"י, וכתב הנתיבות שכל אחד הולך לשיטתו, הרא"ש הסובר שבעיני שיתפרנס מהריוח כל ימיו, א"כ כשיטלו בעלי חובותיו את הקרן - לא ישתיר לו כדי חייו. אולם, הנמוק"י אזיל בשיטת הרי"ף שאדם יכול להשתכר ולעשות רווחים אפי' מכלשהו, ולכן אף אם שייר כדי חובותיו, סבור הוא שיוכל לבינתיים להרויח במעות קודם שיפרע החוב.

3. כאשר שייר, חזר דינו להיות כדין הבריא, שאין מתנתו נקנית אלא בקנין, כל דבר ודבר כפי הקנין הראוי לו; רמ"א; ומסירה שנקט הרמ"א אין כוונתו לקנין מסירה (שהוא רק אחיזה בחפץ ללא משיכתו), שהרי אין מטלטלין נקנין במסירה כמבואר בסי' קצח, אלא למסירת החפץ כולו ליד הקונה (דהיינו משיכה); סמ"ע טו.

ב"ב קנא: "איתמר: מתנת שכיב מרע במקצת: אמרוה רבנן קמיה דרבא משמיה דמר זוטרא בריה דרב נחמן דאמר משמיה דרב נחמן: הרי היא כמתנת בריא, והרי היא כמתנת שכיב מרע; הרי היא כמתנת בריא - שאם עמד אינו חוזר, והרי היא כמתנת שכיב מרע - דלא בעיא קנין. אמר להו רבא, לאו אמינא לכו: לא תיתלו בוקי סריקי ברב נחמן? הכי אמר רב נחמן: הרי היא כמתנת בריא ובעיא קנין וכו' והלכתא: מתנת שכיב מרע במקצת בעיא קנין, ואף על גב דמת".

4. שכיב מרע שמסר החפץ ליד המקבל בחייו:

א. אם מסר לידו כדי לעשות בו מעשה קנין בלבד - דינה כדין מתנת שכיב מרע רגילה, שהרי אפי' אם קנו מידו יכול השכיב מרע לחזור בו; סמ"ע טו.

ב. אם מסרו לידו כדי שיקחנו לביתו: סמ"ע - אינו יכול לחזור בו וליתנו לאחר קודם שימות, אך אם עמד - חוזר בו. כמו שנתבאר בסי' קכה באדם שאמר לשליח 'הולך מנה זה לפלוני' שזכה בו המקבל מחיים,

כיון שהוציאו הנותן מתחת ידו. ט"ז : שו"ע – כסמ"ע, רמ"א – בכל ענין יכול לחזור. הבין שהרמ"א כאן חולק על דינו של השו"ע בסי' קכה וסי"ל שאפי' כשהוציא הנותן החפץ מתחת ידו – אינו כלום.

ודוקא כשמסרו לידו עכשיו, אך אם היה אצלו בפקדון ואמר לו שיזכה בו – יכול לחזור בו ; נתיבות (ח).

סעיף ה

הסומא או הפסח או הגדם או החושש בראשו או בעינו או בידו או ברגלו וכיוצא בהם, הרי הוא כבריא לכל דבריו במקחו וממכרו ומתנותיו. אבל החולה שתשש כח כל הגוף, וכשל כחו מחמת החולי עד שאינו יכול להלך על רגליו בשוק, והרי הוא נופל על המטה, הוא הנקרא שכיב מרע. אף על פי שלא אמר שמצוה מחמת החולי (ב"י בשם תשובת רשב"א). וי"א דוקא ג' ימים הראשונים דינו כשכיב מרע, אבל לאחר ג' ימים, או שקפץ עליו החולי אפילו תוך ג', דינו כמצוה מחמת מיתה שיתבאר לקמן סעיף ז' וסעיף י"ז (טור בשם הרא"ש ועיין בב"י).

1. בריא שיש לו חולי באחד מאבריו – הרי הוא כבריא לכל דבריו, ולכן סומא או פסח או גידם וכן על זה הדרך – אין דינו כשכיב מרע.

2. שכיב מרע הוא רק כאשר חלה בכל גופו, ותשש כוחו כל כך עד שאינו יכול להלך על רגליו בשוק.

3. מה החילוק בין שכיב מרע למצוה מחמת מיתה? שו"ע – שכיב מרע הוא כשלא ציוה בפירוש מחמת מיתה, או שלא נראה ברור מדבריו שמחמת המיתה נותן ; אך כיון שנתן כל נכסיו, והוא חולה ומוטל על מיתתו, אמרין שודאי מחמת מיתתו נתן. רמ"א – כל ג' ימים הראשונים של החולי, הוא שכיב מרע. אך לאחר ג' ימים, או שקפץ עליו החולי, וכן אם פירש שמחמת פחד המיתה נותן – דינו כמצוה מחמת מיתה שיתבאר בסמוך בסעיף ז.

הרמב"ם כתב כדברי השו"ע, אולם הרא"ש כתב כדברי הרמ"א לחלק בין ג' ימים הראשונים של החולי שדינו כשכיב מרע ללאחר ג' ימים שדינו כמצוה מחמת מיתה, ושכן מבואר בירושלמי פאה (פ"ג, ז). ומדברי השו"ע והרמב"ם שלא חילקו בכך משמע שאף לאחר ג' ימים יש לו דין של שכיב מרע, אם לא שהזכיר בפירוש או שתקף עליו החולי ביותר.

סעיף ו

אם נשתתק ואינו יכול לדבר ורמז ליתן מתנה, בודקין אותו כדרך שבדקין אותו לגיטין, שנתבאר בטור אבן העזר סימן קכ"א, ואם השיב על לאו ולא ועל הן הן, מתנתו מתנה ; ואם לאו, אין מתנתו מתנה. הגה: צוואת ש"מ שלא נכתב בה שהיה מיושב בדעתו, אפילו הכי אין חוששין לה ; ומה שנוהגין לכתבו אינו אלא לשופרא דשטרי (תשובת ריטב"א קכ"ג). גוסס, מתנתו מתנה.

1. האילים בודקים אותו כמו שנתבאר באבן העזר, ואם השיב על לאו ולא ועל הן הן – מתנתו מתנה.

2. צוואת שכיב מרע, אע"פ שלא נכתב בה שהיה מיושב בדעתו – אין חוששין לה, שלא אמרו לבדוק אלא את האילים, ואע"פ שנוהגין לכתוב כן בשטרות, אינו אלא לשופרא דשטרא.

3. גוסס – מתנתו מתנה. כשיטת הר"י, רשב"ם והרא"ש. וכתב הקצות שהיינו דווקא גוסס שמדבר, או שבדקוהו כמו שבדקים את האילים, אבל בלאו הכי – אין מתנתו מתנה, דמי שאינו מדבר הרי הוא בחזקת שאינו שפוי עד שיבדק.

קידושין עה : "כדתניא : יכיר - יכירנו לאחרים וכו'. אלא לרבנן יכיר למה לי? בצריך הכירא. למאי הלכתא? לתת לו פי שנים. פשיטא, למה לי קרא? מגו דאי בעי מיתבא ליה מתנה מי לא יהבי ליה!! בנכסים שנפלו לאחר מיכן. ולרבי מאיר, דא ולרבי מאיר דאמר : אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, יכיר למה לי? שנפלו לו כשהוא גוסס". פשט הגמ' משמע שגוסס לא יכול להקנות, ולכן אין לו מיוגו שהיה יכול לתת לבנו את הנכסים. וכן פירשו רש"י ורבינו חננאל. אולם, התוס' והרא"ש הקשו מכמה מקומות בהם מבואר שהגוסס הרי הוא כחי לכל דבר, וכן מהגמ' בגיטין ע: "שחט בו שנים או רוב שנים, ורמז ואמר כתבו גט לאשתי - הרי אלו יכתבו ויתנו", ואין לך גוסס גדול מזה! אלא פירשו שגוסס יכול להקנות, אלא שבד"כ גוסס אינו יכול לדבר, ולכן באותה שעה לא יוכל להקנות ואח"כ ימות, ולהכי איצטריך דין יכיר ; וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע שגוסס יכול להקנות. הקצות האריך בדיון זה, וביאר שלתוס' החסרון בכך שהגוסס אינו יכול לדבר הוא מפני שמי שאינו מדבר הרי הוא בחזקת שוטה עד שיבדקוהו, ולכן כל זמן שלא בדקוהו – אינו יכול להקנות.

סעיף ז

במה דברים אמורים שמתנת שכיב מרע שיש בה שיור אינה נקנית אלא בקנין ואם עמד אינו חוזר, כשנתן סתם. אבל אם פירש מחמת מיתה, או אפילו לא פירש אלא שנראה מתוך דבריו שהוא נותן מחמת מיתה כגון שמתאונן על מיתתו וכיוצא בזה, אפילו אם יש בה שיור נקנית באמירה בלא קנין, לכשימות; ואם עמד, חוזר אפילו יש בה קנין במקצת.

1. **'מצוה מחמת מיתה'**, כלומר שפירש שהוא נותן מחמת שהוא הולך למות, או שנראה מדבריו שמחמת כן הוא נותן כגון שבשעה שנתן נאנח על מיתתו, **מתנתו מתנה באמירה בעלמא, בכל ענין**, בין אם שייר או לא. ולא כדינו של ה'שכיב מרע' שאם שייר במתנתו אינה כלום, אא"כ יתננה בקנין. והטעם דבשכיב מרע ששייר אין לנו אומדנא דמוכח שלא נתן אלא מחמת מיתה, משא"כ במצוה מחמת מיתה שמוכח שלא נתן אלא מחמת מותו (נתיבות יא).

אם עמד מחליו – חוזר בו, ואפי' אם נתן בקנין.

ב"ב קנא:- "אחתיה דרב דימי בר יוסף הוה לה פיסקתא דפרדיסא, כל אימת דהות חלשא הוה מקניא ליה ניהליה וכו' אמר: מאי איתני? הא שיירה וקנו מינה וכו' אמר להו לסהדי: היכי הוה מעשה? אמרו ליה, אמרה הכי: ווי דקא מיתה הך איתתא! אמר להו: א"כ הוה מצוה מחמת מיתה, ומצוה מחמת מיתה – חוזר". וכן מסקינן התם הלכתא **"מצוה מחמת מיתה לא בעיא קנין, והוא דמת; עמד חוזר, ואף על גב דקנו מינה"**.

2. וכבר נתבאר שלדברי הרא"ש, הביאו הרמ"א לעיל בסעיף ה, כל שחלה יותר מג' ימים הרי הוא בגדר 'מצוה מחמת מיתה'.

סעיף ח

המפרש בים והיוצא בשיירה והיוצא בקולר והמסוכן, והוא שקפץ עליו החולי והכביד עליו חליו, כל אחד מארבעתם כמצוה מחמת מיתה, והרי דבריו ככתובים וכמסורים דמו, ומקיימים אותם אם מת. ואם ניצל ועמד, אפילו קנו מידו במקצת, חוזר כדין כל מצוה מחמת מיתה.

1. המפרש בים, היוצא בשיירה, היוצא בקולר דהיינו שיוצא ליהרג, והמסוכן דהיינו שקפץ עליו החולי – דינם כמצוה מחמת מיתה, ודבריהם ככתובים וכמסורים, ואם עמדו – חוזרים בהם אע"פ שעשו קנין. כשיטת הרי"ף והרמב"ם והרמב"ן והר"ן, ודלא כרא"ש וכרבינו יונה.

גיטין סה: במשנה "בראשונה היו אומרים: היוצא בקולר, ואמר כתבו גט לאשתי - הרי אלו יכתבו ויתנו, חזרו לומר: אף המפרש, והיוצא בשיירה; רבי שמעון שזורי אומר: אף המסוכן". ובגמ' הביאו על זה מעשה דגניבא שיוצא בקולר הוה ונתן מתנה לרבי אבינא, ולדברי רב הונא שאמר "גיטו כמתנתו, מה מתנתו אם עמד חוזר וכו', אף מתנתו כיון דאמר תנו - אף על גב דלא קנו מיניה" – זכה במתנה. הוכיחו מכאן הרי"ף והראשונים שדין זה נכון לאו דווקא ביוצא בקולר, אלא בכל הני דאמרין התם במשנה, דאי לאו הכי מה בא רב הונא לאשמועין, הלא זה משנה מפורשת בב"ב שדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין, ואנן ידעינן שגניבא שיוצא בקולר דינו כמסוכן! וכן דעת הרמב"ם, הרמב"ן, והר"ן (בגיטין). אולם, הרא"ש כתב שלא הושוו ארבעתם אלא לענין הגט, אך לא לענין שדבריהם ככתובין וכמסורין שזה נכון רק ביוצא בקולר ובמסוכן, אך לא ביוצא בשיירה ומפרש בים שכיון שהם יוצאים מדעתם אע"פ שהם טרודים בדרך ולענין גט סגי באמירת כתבו בלבד, אך אין דבריהם ככתובין וכמסורין דבכה"ג אין לנו אומדנא שרק מחמת פחד המיתה נתנו נכסיהן, שאדרבא הם הולכים לסחורה וסבורים לשוב לארצם! וכ"כ רבינו יונה, והרשב"א.

בטעמים של הרי"ף ודעימיה כתב הנמוק"י בב"ב (סט. מדפי הרי"ף) בשם רבינו יונה, שההולכין בשיירה הרבה מהם הולכים להשתקע שם, והרי הם כמסופקים אם יחזרו או ישתקעו, ולכן כל שחזרו לבסוף יכולים לחזור במתנתם. הסמ"ע (כב) והנתיבות (יב) הביאו טעם זה, וע"פ זה כתב הנתיבות שהרי זה כנותן על תנאי ואם נשתקעו לבסוף, אע"פ שרצו לחזור ממתנתם – המתנה קיימת (ודוקא כשעשו קנין בשטר, שלא שייך חסרון של 'כלתה קניינו'. אך בקנין סודר, כיון שלא תיקנו חכמים שיחול הקנין עד לאחר שישתקעו, וחזרו בהם – מהני). **אולם, בדברי הר"ן בגיטין** (לב. מדפי הרי"ף) **משמע טעם אחר**, שהוא כתב שמכך שהשוו אותם לענין נתינת הגט מוכח שכל אלו מתייראין על מיתתן, וכיון שכן "השוו חכמים מידותיהן בכל מצוה מחמת מיתה שהיו דבריו כמסורין", ולכן אף מתנתם סגי באמירה בעלמא בלא קנין, ואם חזרו ולא מתו – בטלה מתנתם. נראה מדבריו כמו שכתבנו למעלה, שתקנת חז"ל שדברי שכי"מ ככתובין וכמסורין היא תקנה אחת עם הדין שכיון שעמד בטלה מתנתו, ואין זה מטעם שלא 'אומדנא דמוכח' שכל הזמן צריך לבדוק האם יש אומדנא או לא. וכן, שהיא תקנה שהשוו חכמים מדותיהם בכל המצווים מחמת מיתה. ולא כמו שהרא"ש שהבין שאין כאן תקנה רחבה וגורפת, ולכן התקשה מדוע שיתקנו זאת אף ביוצא בשיירה ומפרש בים; וכן לגבי שכיב מרע ששייר הבין שזה משום אומדנא דמוכח, ודן מתי יש אומדנא ומתי לא, וכן בהקדש, ומשמע שלא הבין שיש כאן תקנה רחבה וכוללת.

סעיף ט

בד"א דמתנת שכיב מרע במקצת בעי קנין, בסתם. אבל אם נתן מקצת נכסיו בפירוש במתנת ש"מ, א"צ קנין, ואם עמד חוזר ואם לא עמד קונה זה המקצת. ואם יש בו קנין אינו קונה אא"כ כתב כמיפה כחו. וכן אם כתב כל נכסיו ומפרש שנותן הכל מעכשיו, ומקנה לו מחיים, הרי היא כשאר מתנת בריא שאם הגיע השטר ליד המקבל או שקנו מיד הנותן קנה הכל ואינו יכול לחזור בו. הגה: ו"א דהוא הדין מתנת שכיב מרע שכתבו שמקנה לו מהיום הוי כמתנת בריא וצריכה קנין (נ"י פ' מי שמת). ולכן יש ליזהר בצוואת שכיב מרע שלא לכתוב בה שנתן במתנת בריא או מהיום, אם לא צוה כך. ואם צוה כך, אסור לשנות ואז יש לו דין מתנת בריא ואינו נקנה רק בקנין, ולא אמרינן בזה שטעות סופר היה. ואם לא היה בה קנין המתנה בטילה, כן נראה לי.

1. שכיב מרע שנתן חלק מנכסיו, אך פירש שנותנם במתנת שכיב מרע – הרי דינו כמתנת שכיב מרע, שא"צ קנין נוסף ואם עמד חוזר; וכבר נכתב לעיל בסעיף ז' אלא שכתבו כאן שוב מפני הדברים שנתחדשו בו; סמ"ע (כג), גר"א (כה).

2. מתנת שכיב מרע שיש בה קנין:

א. אם כתב כמיפה את כוחו – קונה.

ב. לא כתב כן – לא קנה,

ב"ב קנב. וכשמואל "איתמר: מתנת שכיב מרע שכתוב בה קנין - בי רב משמיה דרב אמרי: ארכביה אתרי ריכשי, ושמואל אמר: לא ידענא מאי אדון בה וכו'. שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר, ואין שטר לאחר מיתה וכו'. דשמואל אדשמואל לא קשיא: במיפה את כחו". **ויתבאר לקמן בסעיף יז.**

3. שכיב מרע יכול לתת גם במתנת בריא, ולכן אפי' כתב כל נכסיו אך פירש שנותן הכל מעכשיו ומקנה אותו מחיים – דינו כמתנת בריא, ובלא קנין לא קנה כלום, ואם עשה קנין אינו יכול לחזור ואפי' אם עמד.

4. מתנת שכיב מרע שכתוב בה מהיום – דינה כמתנת בריא וצריכה קנין; רמ"א בשם הנמוקי"י. הנהיבות (יג) נקט שהטעם הוא מפני שבלאו הכי הייתה מתנתו קיימת לאחר מיתה, וא"כ מוכח שהא דאמר מהיום התכוון שיכול מעכשיו. אולם, כאשר יש לנו נפק"מ אחרות שבגללם אמר מהיום, כגון כדי שלא יהיה בזה דין ירושה או לענין אחריד, בכה"ג אמרינן שכוונתו הייתה למתנת שכיב מרע אלא שתחול סמוך למיתה.

5. אם לא שמענו שצוה כן השכיב מרע בפירוש, אלא שבאה הצוואה לפנינו וראינו שכתוב בה שנתנה במתנת בריא או מהיום: רמ"א – הרי היא כמתנת בריא, ולא תלינן בטעות סופר. ב"י בתשובה – דינה כמתנת שכיב מרע, ותלינן שטעות סופר הייתה ולא כתב כן אלא לייפות את כוחו, עיין בשו"ת הרמ"א סי' מז-מח שהביא את המשא ומתן שהיה בינו לב"י ותשובת מהר"ם פאדוואה שהסכים עמו.

סעיף י

שכיב מרע שנתן הנכסים, שהדבר גלוי שהם כל נכסים שיש לו, הרי זה כמתנה במקצת (וצריכה קנין) (טור). ואם קנו מידו ועמד, אינו חוזר, חוששים אנו שמא נשאר לו נכסים אחרים במדינת הים, עד שיאמר: כל נכסי שהם אלו, או שהוא מוחזק שאין לו נכסים אלא אלו ואז תהיה המתנה בכל.

1. שכיב מרע שנתן נכסיו, אע"פ שאיננו יודעים שיש לו עוד נכסים, **דינו כמתנה במקצת** דחיישינן שמא יש לו נכסים במקום אחר. ולכן, אם קנו מידו ועמד – אינו יכול לחזור בו, כדין מתנת בריא. עד שיאמר 'כל נכסי אלו', וכ"ש אם יאמר 'כל נכסי', או שנהיה מוחזקים בו שאין לו עוד נכסים.

ב"ב קמח: "אמר רב אחא בר מניומי אמר רב נחמן: שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ועמד - אינו חוזר, חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת. ואלא מתני' דקתני: לא שיר קרקע כל שהוא - אין מתנתו קיימת, היכי משכחת לה? אמר רב חמא: באומר כל נכסי. מר בר רב אשי אמר: במוחזק לן דלית ליה". **הרשב"ם ביאר** שאומר 'כל נכסי' הכוונה שאומר שהוא נותן כל נכסיו, ובכה"ג דוקא אמרינן שקנה, דאף אם יש לו נכסים במקום אחר – הלא אף אותם נתן. **אולם, ר"ח ור"י פירשו** שאין צריך לומר שנותן כל נכסיו, אלא אף כשאומר 'כל נכסי אלו' סגי, דאנו מאמינים לו שהם כל נכסיו. **כמו כן,** נחלקו בפירוש דברי מר בר רב אשי, שלדעת הרשב"ם מיירי כשמוחזק לן בעדים שאין לו עוד נכסים, אולם לדעת שאר הראשונים בחזקה בעלמא סגי; וכן פסק השו"ע.

בטעם הדין מצאנו ג' טעמים בראשונים: א. דעת הרא"ש דכיון שהמתנה היא בודאי, ויש לנו ספק – לא מבטלים את המתנה מספק, אלא מכא אומדנא ברורה. ב. דעת הרשב"א – מיירי שנתן הנכסים בקנין לייפות את כוחו, והקנין מעורר אותנו לחוש אולי יש עוד נכסים, דאל"כ מדוע עשה קנין הרי דבריו ככתובין וכמסורין! ג. דעת הנמוקי"י – כיון שלא אמר 'כל נכסי' אלא נכס פלוני לפלוני ואחר לאלמוני חיישין שמא יש לו עוד נכסים.

הסמ"ע התקשה (בסעי' ג) על השו"ע והרמ"א שסתרו משנתן, שהרי בסעיף ג לגבי הקדש פסקו שהמתנה בטילה, שהרי יש לנו בה ספק, ואילו הכא פסקו שהמתנה קיימת! הקצות כתב שהכא טעמם כרשב"א או כנמוקי"י. אולם, הנהיבות (שם) כתב שאף לטעמו של הרא"ש יש לחלק בין ספק במציאות לספק באומדנא בדעת האדם, וכמו שהבאנו שם.

מה הדין אם המתנה כללה מחילת חוב בלא קנין? לשיטת הרא"ש – המחילה בטילה, לשיטת הרשב"א – המתנה קיימת, שהרי לא עשו קנין וממילא אין סיבה לחשוש ששייר. וכתב רעק"א שכיון שהוא ספק, לא נמחל החוב, אע"פ שהחייב מוחזק בממונו.

2. מה הדין אם לא חזר בו ומת? ה"ה כתב שזכו המקבלים ואין היורשים יכולים להוציא מידם, דלא אמרינן חיישינן אלא לטובת המקבלים. אולם, הטור והרא"ש כתבו שבכה"ג לא זכו המקבלים כלל, ולשון חיישינן משמעותו בין לקולא ובין לחומרא, וכ"כ הסמ"ע כט.

סעיף יא

אין חלוק במתנת שכיב מרע בכולה בין אם נתן לאחד בין אם נתן לשנים כאחד. לפיכך שכיב מרע שחילק כל נכסיו לשנים או לשלשה, אם לא הפסיק בין אחד לחבירו, אלא חלק זה לפלוני וזה לפלוני, ומת, קנו כולם אפילו בלא קנין. עמד, חוזר בכולם אפילו בקנין, דכולה חדא מתנה היא בלא שיוור. ואם הפסיק בין א' לחבירו כמי שנמלך, על הראשונים חוץ מהאחרון יש להם דין מתנת שכיב מרע במקצת שצריכה קנין אפי' מת, ולפיכך אם עמד אינו חוזר, ואם אין בהם קנין לא יקנו אפילו אם ימות; והאחרון הוא מתנת שכיב מרע בכולה, וקונה אם מת אפי' בלא קנין, ולפיכך אם עמד חוזר.

1. אין חילוק בשאלה האם נתן כל נכסיו לאחד, או שחילקם בין כמה אנשים.

א. אם חילק לכמה אנשים כאחד – דינו כמתנת שכיב מרע בכולה.

ב. אם חילק לכמה אנשים והפסיק בין מתנה למתנה – הרי זה כנמלך, ודין הראשונים כמתנת שכיב מרע במקצת, ורק לאחרון יש דין מתנת שכיב מרע בכולה.

ב"ב קמח: "אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן: שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים – רואין, אם במחלק, מת – קנו כולו, עמד – חוזר בכולו; אם בנמלך, מת – קנו כולו, עמד – אינו חוזר אלא באחרון. ודלמא עיוני קא מעיין והדר יהיב! סתמיה דשכיב מרע מידק דייק והדר יהיב".

סעיף יב

שכיב מרע שנתן כל נכסיו וחזר במקצת, סתמא חזר בכל. הגה: ואפילו נתן לשנים בשטר אחד וחזר מאחד מהן, גם השני בטל. מיהו אם פירש בהדיא דאינו חוזר רק במקצתו, קנה הראשון הנשאר, אף על גב דהוי מתנה במקצת ולא קנו מיניה, מכל מקום בשעה שנתן לו הוי מתנה בכל ולא היה צריך קנין (נ"י פ' מי שמת). וי"א דווקא שחזר ונתן אותו מקצת לאחרים, אבל אם שייר אותו מקצת שחזר בו לעצמו, גם הנשאר ביד הא' בטל עד שקנו ממנו (נ"י שם). כתב נכסיו מקצתו לאחרים ומקצתו ליורשיו, וחזר בחלק היורשין, לא נתבטל מתנה של אחרים, דשל יורשין אינו אלא כירושא בעלמא (נ"י הנ"ל). לפיכך אם נתן כל נכסיו לראשון, וחזר ונתן מקצתו לשני, הראשון לא קנה אפילו אם ימות, שהרי חזר בו, והשני יש לו דין מתנת ש"מ במקצת. לפיכך אם יש בה קנין קונה אפילו אם לא מת, ואם אין בה קנין אפילו אם מת אינו קונה. נתן מקצתו לראשון בקנין, והמותר לשני, ראשון קונה אפילו לא מת, והשני הוא מתנת ש"מ בכל, ואם מת קנה אפילו בלא קנין, עמד לא קנה אפילו הוא בקנין.

1. **שכיב מרע שנתן כל נכסיו, וחזר בו ממקצת המתנה** – הרי כולה בטילה. לכן, אם נתן כל נכסיו לאחד, וחזר בו אח"כ ונתן מקצתם לאחר: מתנת הראשון בטלה לגמרי, והשני דינו כמתנת ש"מ במקצת ובעיא קנין.

2. **נתן כל נכסיו לשני אנשים בשטר, וחזר בו ממתנתו של אחד מהם:**

א. אם נתן בשטר אחד – אף מתנת השני בטלה, כיון שהם בשטר אחד.

ב. אם נתן בב' שטרות – רק מתנת הראשון בטילה, כן מוכח בנמוק"י שהוא מקור דינו של הרמ"א; סמ"ע לד.

3. מה הדין אם פירש שאינו חוזר מכל המתנה של הראשון? י"א שבכל ענין מתנת הראשון קיימת, ואע"פ שלא עשה בה קנין, דכיון שבשעה שנתנה חלה בדיבור ולא חזר בו ממנה – דבריו קיימים; כ"כ הנמוק"י בשם אחד מהאחרונים. י"א שזה תלוי אם שייר לעצמו או נתן לאחרים: שאם נתן לאחרים – מתנת הראשון קיימת, אך אם שייר לעצמו – הכל בטל, שהרי גילה דעתו שלא נתן לראשון במתנת שכיב מרע אלא במתנת בריא; כ"כ הנמוק"י מטעמא דנפשיה.

4. נתן כל נכסיו מקצתן לאחרים ומקצתן ליורשים – וחזר בו ממתנת היורשים: אין זה נחשב כחזרה במקצת, שהרי המתנה שנתן כולה קיימת, וחלק היורשים בירושה הגיע לידם ולא במתנה; כ"כ הריטב"א בשם רבינו הגדול והרמב"ן.

5. נתן לראשון מקצת נכסיו בקנין, כדין מתנת שכ"מ במקצת, ונתן שאר נכסיו שנותרו לשני – ראשון קנה בכל ענין, והשני הוי מתנת שכיב מרע בכולה, שהרי נתן לו את כל נכסיו שנותרו לו.

מה הדין אם נתן להם כנמלך, דהיינו שהפסיק בין המתנות? ב"ח, ש"ך (יג), נתיבות (טו) – לא קנה הראשון, בדיוק כמו בסעיף הקודם. סמ"ע (לח) – אותו דין כמו כאן, דבכה"ג שנתן לראשון בקנין ולשני בלא קנין, וכן מדאמר לשני בלשון מותר – נראה שכוונתו להקנות לראשון בדין מתנת שכיב מרע במקצת שדינה כמתנת בריא, ולא שייך הכא דין נמלך.

סעיף יג

שכיב מרע שכתב לאחד וחזר וכתב לאחר, האחרון קנה, שיש לו לחזור עד שימות. בין בכל בין במקצת, (אם פירש שיהא במתנת שכיב מרע, כמו שנתבאר סעיף ט'), בין לעצמו בין לאחר, ואפילו כתב וזיכה לראשון, וכתב וזיכה לאחרון, האחרון קנה, ששכיב מרע שזיכה עדיין מתנת שכיב מרע היא. (וע"ל סעיף ד' דתפיסה לא מהני. מיהו אם כתב והגיע המתנה ליד המקבל מתנה, משמע בטור דמהני, וצריך עיון מנא ליה). 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.

1. שכיב מרע שנתן נכסיו בשטר לאחד, וחזר וכתבם לאחר – יכול לחזור בו עד שימות. ואפי' אם זיכה את נכסיו למקבל ע"י אחר, וכתב כן בשטר – יכול לחזור בו.

2. שכיב מרע שכתב וזיכה נכסיו ע"י אחר, וקנו מידו – אינו יכול לחזור בו ממתנתו כלל, לא לענין שיכול ליתנו לאחרים, ולא לענין שרוצה לשיירם לעצמו, דבכה"ג אמרינן שנתנם לו במתנת בריא ולא במתנת שכיב מרע.

ב"ב קנב: "פשיטא, כתב לזה וכתב לזה – היינו דכי אתא רב דימי אמר: דייתיקי מבטלת דייתיקי; כתב וזיכה לזה, כתב וזיכה לזה – רב אמר: ראשון קנה, ושמואל אמר: שני קנה. רב אמר ראשון קנה, הרי היא כמתנת בריא; ושמואל אמר שני קנה, הרי היא כמתנת שכיב מרע וכו'. בפומבדיתא מתנו הכי, אמר רב ירמיה בר אבא: שלחו ליה מבי רב לשמואל, ילמדנו רבינו: שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים וקנו מידו, מהו? שלח להו: אין אחר קנין כלום. סבור מיניה: הני מילי לאחר, אבל לעצמו לא; אמר להו רב חסדא, כי אתא רב הונא מכופרי פירשה: בין לעצמו בין לאחרים". וידוע דהלכה כשמואל.

נחלקו הראשונים בפירוש הגמ': שיטת הרשב"ם: ברישא מיירי שכתב בסתם ובזה לכו"ע יכול לחזור. רב ושמואל נחלקו כאשר כתב ומסר השטר ליד המקבל, ולדעת שמואל אע"פ שמסר לו שטר המתנה – אין בכך כלום, ודינו כמתנת שכיב מרע שיכול לחזור בו. ובפומבדיתא מיירי כשכתב ומסר ועשה קנין – ובכה"ג אמרינן שאין אחר קנין כלום. **אולם, הרא"ש והתוס'** נחלקו עליו ואמרו שגמ' מפורשת היא ששכיב מרע שמסר יכול לחזור בו, והיאך רב יחלוק עליה!! ועוד האריכו בקושיות, ולכן פירשו שברישא מיירי שכתב ואפי' מסר – ואפי' הכי אמרינן שיכול לחזור בו, דדייתיקי מבטלת דייתיקי. ומחלוקת רב ושמואל היא כאשר כתב ומסר וזיכה לו הנכסים ע"י אחר, וכתב כן בשטר, והרי זה כמו מתנת שכיב מרע בקנין שנחלקו בה רב ושמואל. אולם, כאשר כתב ומסר וזיכה ע"י אחר ועשה קנין – לכו"ע אינו יכול לחזור, ובכה"ג הוא דאמרינן שאין אחר קנין כלום, ואף שמואל מודה בה. **וכפירושם נקטו להלכה.**

הרמב"ם כתב שדין זה נכון אף במתנת שכיב מרע במקצת, והטור הקשה עליו שהרי מתנת שכיב מרע במקצת הרי היא כמתנת בריא ואינו יכול לחזור בה כלל! ותירצו הב"י וה"ה, וזוהי כוונת הרמ"א בהגהתו, שמיירי כשנתן מקצת הנכסים ואמר בהדיא שנותנם במתנת שכיב מרע, שבכה"ג מהני.

3. אם תפס המקבל, באופן שלא זכה במתנה – לא מהני.

4. אם כתב וזיכה לו ע"י אחר ונתן השליח המתנה ליד המקבל, אימתי קנה? רמ"א – לא קנה. טור – קנה, או באופן שלא עמד מחליו, או דווקא מכיון שכתב וזיכה ע"י אחר והגיע לידו. הרמ"א כתב שצ"ע מנא לטור דין זה שמועילה תפיסה! וכתב הסמ"ע שקושייתו מסימן קכה שם מבואר בשם הרמ"ה שאפי' אם נתן השליח ליד המקבל ועמד הנותן – חוזר בו! וכתב לחלק בב' אופנים: א. הכא מיירי שכתב ומסר וזיכה המתנה ע"י אחר, משא"כ שם שלא כתב לו, וכן הסכים הט"ז. ב. כאשר הגיע ליד המקבל אינו יכול לחזור בו קודם שעמד מחליו, ושם מיירי כשחוזר בו אחרי שעמד מחליו. וכן הסכים הנתיבות.

סעיף יד

מצוה מחמת מיתה, אפילו כתב וזיכה וקנו מידו בכל מיני הקנאות, יכול לחזור בו. (ומיהו אם פירש בהדיא שנותן במתנת בריא במעכשיו וקנו מידו, קנה) (נ"י הנ"ל). ויש מי שאומר דהני מילי כשפירש בהדיא שמחמת מיתה הוא נותן, אבל סתם מצוה מחמת מיתה, כגון דאמר: וי דקא מיית, דינו כשכיב מרע.

1. מה דין מצוה מחמת מיתה שכתב, זיכה והקנה בקנין? שו"ע בסתם – יכול לחזור בו; כ"כ הנמוקי" בשם הרי"ף והרא"ה, וכ"כ ה"ה. שו"ע בשם יש מי שאומר – אם פירש בהדיא שנותנו מחמת מיתה – יכול לחזור בו. נתן בסתם, כגון דאמר וי דקא מיית – אינו יכול לחזור בו ודינו כמו בשכיב מרע; כ"כ הטור בשם הרמ"ה.

סעיף טו

שכיב מרע שכתב כל נכסיו לעבדו, חוזר בנכסים ואינו חוזר בעבד, לפי שיצא עליו קול שהוא בן חורין. ואם כתב לו בפירוש: מהיום אם ימות, יכול לחזור בו.

גיטין ט. וכתב הרשב"א שהטעם מפני שהאדון יודע שיצא עליו קול שהוא בן חורין, ולא יוכל לחזור בו שהרי אין בן חורין נעשה עבד, ולכן גמר ושחררו מעכשיו. וכתב הר"ן שאם התנה בפירוש מהיום אם אמות – יכול לחזור בו.

סעיף טז

ראובן ואשתו שהתנו ביניהם שאם ימות בחייה יירשו אחיו שני שלישי הממון והיא תטול השליש, והגיע השטר ליד האחים, וחלה ראובן וצוה לתת משני שלישי הממון גם לאחרים, ומת, ובאים האחים לבטל הצוואה מפני שזכו הם בשני שלישי הממון, אין בדבריהם כלום וצוואתו קיימת.

כ"כ הרא"ש וטעמו שעיקר התנאי היה עם האשה שלא תטול כתובתה אלא שליש מנכסי בעלה.

סעיף יז

מתנת 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. ואם פירש שלא הקנה אלא כדי ליפות כחו, כגון שכתב: וקנינא מיניה מוסף על מתנתא דא, קנה. (וכן אם כתב דשטר זה יהיה בכל אופן המועיל, הוי כאילו כתוב יפוי כח, וקנה) (מהר"ם פאדוואה סימן נ"ו). ויש מי שאומר דהוא הדין נמי מצוה מחמת מיתה בקנין דינו כמתנת שכיב מרע, שהקנין מגרע כחו, אלא אם כן יפה כחו. הגה: וי"א דאם הנותן לא בקש הקנין, רק המקבל, הוי כיפוי כח (פסקי מהרא"י סימן ר"ל). וכן אם אמר אחר הקנין שתתקיים המתנה, הוי כיפוי כח (ריב"ש סימן קס"ז). הקנה לו מטלטלין אגב קרקע, לא קנה המטלטלים אף על פי שקנה לאחר מיתה הקרקע, דהוי ליה כאילו הקנה לו מטלטלין עם קרקע של מקנה. ואם א"ל: מטלטלין אלו לפלוני וליפוי כח אני נותן לו אגב קרקע, קנה (תשובת רשב"א סימן תתפ"ב). שכיב מרע שצוה להיות פלוני ופלוני אפטרופוס על נכסיו, וקנו מידו, דבריו קיימין וא"צ בזה יפוי כח (ב"י בשם הריב"ש). וכן אם קנו מידו שמקנה מעכשיו או מהיום, אף על פי שפירש שהמתנה לא תהא קיימת רק לאחר מיתה, דבריו קיימין ואין צריך יפוי כח (ב"י בשם הריטב"א).

1. מתנת שכיב מרע בכולה שיש בה קנין – לא קנה, בין אם נכתבה בשטר או נאמרה בעל פה; וא"כ פירש שהקנין נעשה כדי ליפות את כוחו.

ב"ב קנב. "איתמר: מתנת שכיב מרע שכתוב בה קנין – בי רב משמיה דרב אמרי: ארכביה אתרי ריכשי, ושמואל אמר: לא ידענא מאי אדון בה. בי רב משמיה דרב אמרי: ארכביה אתרי ריכשי, הרי היא כמתנת בריא, הרי היא כמתנת שכיב

מרע; הרי היא כמתנת בריא - שאם עמד אינו חוזר, הרי היא כמתנת שכיב מרע - שאם אמר הלואתו לפלוני, הלואתו לפלוני. **ושמואל אמר: לא ידענא מאי אדון בה**, שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר, ואין שטר לאחר מיתה וכו'. דשמואל אדשמואל לא קשיא: במיפה את כחו". ובע"ב "היכי דמי מיפה את כחו? אמר רב חסדא: וקנינא מיניה מוסיף על מתנתא דא". וידוע דהלכה כשמואל.

2. דין זה נכון אף במצוה מחמת מיתה בקנין, כ"כ הטור בשם הראב"ד.

3. אימתי נקרא שמיפה את כחו?

- א. אם כתב 'וקנינא מיניה מוסף על מתנתא דא', כדאיתא בגמ'.
- ב. אם כתב שהשטר נעשה בכל אופן המועיל, כ"כ מהר"ם פאדוואה.
- ג. י"א שכאשר הקנין נעשה מחמת בקשת המקבל, כ"כ תרוה"ד סי' רל.
- ד. אם לאחר הקנין אמר שרצונו שתתקיים המתנה, כ"כ הריב"ש.

4. מצבים בהם לא בעינן יפוי כח?

א. **אם מינהו אפוטרופוס**, כ"כ הרמ"א בשם הריב"ש. והקשו הט"ז, רעק"א והבית מאיר שהרי לעיל בסי' רמו, ח מבואר להדיא בדברי הרמ"א שאף כאשר ממנה אפוטרופוס בעינן שייפה את כחו?! הנתיבות (שם ב) חילק בין אם כתב לו האפוטרופוס בלשון מתנה, דבכה"ג בעינן יפוי כח, והוא הדין של סימן רמו. לבין אם כתב לא כתב בלשון מתנה, דבכה"ג לא בעינן יפוי כח, והוא הדין של הסימן שלנו.

ב. **אם מקנה במתנת בריא**, דהיינו מעכשיו ולאחר מיתה, שנותן לו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, ובכה"ג כיון שקנה מעכשיו אין בזה חסרון של 'אין קנין לאחר מיתה'.

5. מתנת שכיב מרע שהקנה לו מטלטלין אגב קרקע:

אם כתוב בשטר 'מטלטלי אגב מקרקעי', ואפי' אם כתוב שנעשה לייפוי כח - לא מהני, שהרי הוא כמקנה לו המטלטלין אגב הקרקע של עצמו. **כן פשט הרשב"א בתשובה, וכ"כ בהגה' הרמ"א שלפנינו, וכן נקט הסמ"ע** - שכאילו מקנה לו מטלטלין אגב הקרקע של המקנה דלא מהני, דקנין אגב מועיל רק כאשר קונה את הקרקע וביחד עמה את המטלטלין. והטעם מפני שאם דעתו להקנות לאחר מותו - לא מהני דאין קנין לאחר מיתה, ואם דעתו להקנות המטלטלין בחייו, הלא אינו מקנה לו עדיין הקרקעות ואין כאן קנין 'אגב'. **הנתיבות והט"ז** נקטו כמו הגרסא שהייתה להם 'אגב הקרקע של המקבל', וביאר הט"ז שכיון שלאחר מותו זוכה המקבל ממילא בקרקע מדין מתנת שכיב מרע, שוב אין יכול הנותן להקנות לו אגבה את המטלטלין, דבקנין אגב בעינן שיקנה לו קרקע ומטלטלין יחד. והנתיבות הוסיף שאף אם מקנה לו שעה אחת קודם מיתתו, אך כיון שבקרקע זוכה למפרע משעת הנתינה, והאגב אינו חל אלא בשעה הסמוכה למיתתו - נמצא שהקרקע כבר של המקבל ואין פה קנין אגב.

אם פירש שמקנה לו המטלטלין במתנת שכיב מרע, ועוד הוא מוסיף ליתנם לו אגב קרקע - מהני, דאע"פ שלא נקנו באגב - נקנו במתנת שכיב מרע.

סעיף יח

וכן אם צוה שכיב מרע שיכתבו שטר למקבל עם הנתינה, ומת, אין כותבין ונותנין, שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה, אלא אם כן ייפה כחו בכתיבה, כגון שאמר: תנו אף כתבו לו. ואם לא ייפה כחו, אפילו אם נכתב השטר מחיים, אין נותנים לו לאחר מיתה.

שכיב מרע שציוה ואמר 'כתבו ותנו מנה לפלוני':

1. **אם מת** - לא יכתבו ויתנו לו, דחיישינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר, ואין שטר לאחר מיתה, אא"כ ייפה את כחו בשטר, וכגון שאמר 'תנו ואף כתבו' שלא תלה הנתינה בכתיבה, ומבואר שרצה שתתקיים מתנתו.

ב"ב קלה: "דשלח רבין משמיה דרבי אבהו, הווי יודעים ששלח רבי אלעזר לגולה משום רבינו: שכיב מרע שאמר כתבו ותנו מנה לפלוני ומת - אין כותבין ונותנין, שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר, ואין שטר לאחר מיתה, ור' יוחנן אמר: תיבדק. מאי תיבדק? כי אתא רב דימי אמר: דייתיקי מבטלת דייתיקי; שכיב מרע שאמר כתבו ותנו מנה לפלוני ומת, וראין, אם כמיפה את כחו - כותבין, ואם לאו - אין כותבין וכו'. היכי דמי מיפה את כחו? כדאמר רב חסדא: וקנינא

מיינה מוסיף על מתנתא דא, ה"נ דאמר: אף כתובו וחתומו והבו ליה. **איתמר: רב יהודה אמר שמואל, הלכה: כותבין ונותנין. וכן אמר רבא אמר רב נחמן, הלכה: כותבין ונותנין** (והיינו כר' יוחנן ובמיהא את כוחו).

2. אם כתבו את השטר ולא הספיקו ליתנו עד שמת – לא יתנו לאחר מיתה, שהרי כיון שמת בטלה שליחותם, והמקבל לא זכה במתנה עד שיתנו השטר לידו.

3. אם כתבו ונתנו למקבל בחיי הנותן – ע"י בסעיף הבא.

4. האם יש הבדל אם אמר 'כתבו ותנו' או 'תנו וכתבו'? רשב"ם – לא, ובכל ענין לא קנה אא"כ ייפה את כוחו, רבינו יונה – כן, ויבואר לקמן בסעיף כב.

סעיף יט

הא דאמרינן שאפילו הגיע השטר ליד המקבל לא קנה אלא אם כן ייפה כחו, דווקא כשאין השטר כתוב בלשון צוואה אלא בלשון מתנה, שכתוב בו: שדי נתונה לך, ומסר השטר לידו, דאז הוי מסירת השטר כמו קנין וצריך יפוי כח. אבל אם השטר כתוב בלשון צוואה, כדרך שמצוה אל ביתו, שאז אינו עומד אלא לראיה, אם הגיע ליד המקבל מחיים, קנה. (וכן אם כתב בכתב ידו: שדי נתונה לפלוני אינו אלא כצוואה דעלמא וקנה בלא יפוי כח) (ב"י בשם רבינו ירוחם).

1. שכיב מרע שאמר 'כתבו ותנו מנה לפלוני', וכתבו ונתנו לו בחיי הנותן:

א. אם ציוה לכתוב שטר מתנה, כלומר שהקנין יהיה ע"י השטר – לא קנה, שהרי לא נתנו לו אלא במתנת שכיב מרע, ואין שטר לאחר מיתה.

ב. אם ציוה לכתוב שטר צוואה, כלומר שאינו אלא לראיה על מתנתו – קנה, דכיון שנתקיים תנאו שנתנו לו את השטר, קנה המקבל במתנת שכיב מרע ולא מכח השטר. אולם, אם לא נתנו לו בחייו, אינו מועיל מה שיתנו לו עכשיו דכיון שמת בטלה שליחותם ולא נתקיים תנאו, והמתנה היתה על תנאי שיכתבו ויתנו לו את השטר.

כן הוא פירוש דברי השו"ע ע"פ הבנת הב"ח, הש"ך והט"ז. לא כהבנת הסמ"ע.

ב"ב קלה: משמע שדווקא אם מת קודם שכתבו ונתנו – לא קנה. אולם, אם כתבו ונתנו ואח"כ מת – קנה. וכ"כ הרמב"ם והרשב"ם להדיא. ה"ה כתב שהראב"ד חולק על זה וסובר שאע"פ שנתנו מחיים – מתנתו בטלה, שהרי לא נתכוון להקנותו אלא לאחר מיתה, ואין שטר לאחר מיתה. אולם, הב"י כתב שאף הראב"ד לא להשיג בא אלא לבאר, ומיירי כשכתבו את השטר מחיים אך לא מסרוהו, וכיון שלא מסרוהו מחיים – אינם יכולים למסור לאחר מיתה. אמנם, כתב הב"י בשם הנמוק"י שהרבה מהאחרונים הסכימו לדעת ר"י החולק על הרמב"ם והרשב"ם, וסובר שאף אם נתנו מחיים לא מהני, שהרי לא התכוון להקנותו במתנת בריא אלא לאחר מותו, ואין שטר לאחר מיתה!! וכן כתב הריטב"א. ובאמת הוא תימה גדולה על דברי הרמב"ם והרשב"ם, מדוע מהני ככה"ג ומאי שנא מהדין של הסעיף הקודם, ומה בכך שבא השטר לידו מחיים!!

כמו כן, הטור הביא בשם הרא"ש על הדין של סעיף יז, ששטר שכתוב בו קנין לא מהני דחיישנן שמא לא התכוון להקנותו אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה, שדין זה הוא דווקא בשטר מתנה, אולם בשטר הכתוב בלשון צוואה שאינו אלא לראיה בעלמא, אם הגיע לידו מחיים מהני. ותמה על דבריו שכיון שמיירי בשטר שיש בו קנין, א"כ מה לי אם נכתב בלשון צוואה או בלשון מתנה, הרי חיישנן שמא רצה להקנותו בקנין ואין קנין לאחר מיתה!! ודחה דבריו. **אולם, כתבו הב"ח והט"ז והש"ך** שהרא"ש והטור לא מיירי על שטר שיש בו קנין, דבכה"ג ודאי שלא קנה ואפי' הגיע לידו מחיים, אלא מיירי על האומר כתבו ותנו שאם התכוון לשטר צוואה מהני, שהרי אין פה קנין כלל.

ע"פ זה נראה שהשו"ע כתב דין זה דסעיף יט, אע"פ שלכא"ו הוא תמה ודחה אותו בספרו ב"י, מפני שהוא הבין שזו כוונת הרמב"ם והרשב"ם שאם אמר 'כתבו ותנו' ונתנו מחיים מהני, ולכא"ו הרי קשה קושיית האחרונים שהובאו בנמוק"י!! **ביאר השו"ע שאף הרמב"ם לא מיירי אלא בשטר שנכתב בלשון צוואה**, דבכה"ג אין זה אלא תנאי בעלמא שהמקבל לא יזכה במתנתו עד שלא יכתבו ויתנו לו את שטר הצוואה, ולכן אם לא הספיקו לקיים דבריו ומת – בטלה שליחותם וממילא בטלה המתנה. אולם, כאשר נתקיימה שליחותם ונתנוהו לידו מחיים – קנה המקבל את המתנה מכח מתנת שכיב מרע. אך בשטר שנכתב בלשון מתנה, אף הם מודים שלא מהני, שהרי אין שטר קונה לאחר מיתה. **ולכן כתב דין זה כאן, מיד לאחר סעיף יח.** (ודלא כסמ"ע שהבין שדין זה קאי על סעיף יז, ואע"פ שעשה קנין סודר על המתנה, אם הקנין לא הוזכר בשטר – מהני).

אמנם, לחיבת הקודש נוסף כאן ב' דרכים שמצאתי ב' **ברכת אהרן' (לרב אהרן מיאסניק) לבאר את דינים של הרמב"ם והרשב"ם: א.** אף כשכתב ומסר בשטר אין הקנין ע"י השטר, אלא הקנין הוא מדין מתנת שכיב מרע שקונה באמירה בעלמא. אלא שקנין השטר הוא תנאי לקיום המתנה, וזהו פירוש 'חיישנן שמא לא כתב להקנותו אלא בשטר', דהיינו שחיישנן שמא לא גמר להקנותו במתנת שכיב מרע, עד שיהא שטר. ממילא כאשר כתבו ונתנו את השטר מחיים, הרי

נתקיים התנאי וקונה במתנת שכיב מרע גמורה לאחר המיתה. וכ"כ היד רמ"ה להדיא. ב. במתנת שכיב מרע יש ב' צדדים לתקנה: א. שהאמירה תהיה במקום מעשה הקנין. ב. שאדם יכול להקנות את ממונו גם לאחר שמת. כאשר השכיב מרע מצווה 'כתבו ותנו' הוא מתכוון להקנות בשטר, ולא באמירה בעלמא. אולם, עדיין הוא מעוניין בתקנת חז"ל שהשטר יקנה רק לאחר מיתתו. והרשב"ם והרמב"ם סוברים שכאשר נתן את השטר מחיים, אין לנו בעיה שיקנה לאחר מיתה מדין מתנת שכיב מרע. אמנם, כאשר לא כתב שטר אלא עשו קנין סודר – לא מהני, כיון שאף אם הוא ירצה שיקנה לאחר מותו, הרי יש לנו בעיה של 'כלתה קניינו', שהקנין עצמו לא נעשה אלא בחייו ולא לאחר מותו. אולם, בשטר שאין חסרון זה, אלא שהחסרון הוא שאין 'מקנה', וכיון שתיקנו חז"ל ששכיב מרע יכול להקנות אף לאחר מותו – אף שטר לאחר מיתה מהני. אולם, בשו"ע נראה שהבין שאף לרמב"ם ולרשב"ם אם התכוון להקנות בשטר – לא מהני, אף בכה"ג. והרמב"ם והרשב"ם לא אמרו את דבריהם אלא בשטר שנכתב בלשון צוואה, ולא בלשון מתנה. וצור יצילנו משגיאות ומתורתו יראנו נפלאות, אכ"י"ר.

2. שכיב מרע שכתב בכתב ידו 'שדי נתונה לפלוני' – קנה, דלא אמרינן שכוונתו לשטר קנין אלא לשטר צוואה, שהרי לא ציוה לעדים לכתוב לו שטר; נתיבות (כה).

סעיף כ

אם כתב לאחד והקנה לו, וחזר וכתב לשני והקנה לו, יש מי שאומר שהשני קונה אפילו בלא יפוי כח ואפילו לא הגיע השטר לידו מחיים. וכן אם כתב ומסר וזיכה לזה, וחזר וכתב ומסר וזיכה לשני, שני קונה אף בלא יפוי כח, דקנין דשני לאו לגרועי אתא, אלא שהוא סבור שלא יקנה אם פחת לו מהראשון.

1. נתן נכסיו לאחד בקנין, וחזר בו ונתן לשני בקנין – קנה השני, ואע"פ שלא יפה את כוחו, דבכה"ג אמרינן שהקנין נעשה כדי שלא לגרע את כוחו כלפי הראשון, אך לא בגלל שרצה שיקנה דווקא בקנין. כ"כ הטור בשם המהר"ם מרזטנבורג. וכתב הש"ך בשם הב"ח שאין לסמוך על סברא זו להוציא ממון. וכתב עליו שצ"ע לדינא.

2. נתן נכסיו לשנים, לראשון בקנין ולשני בלא קנין? ש"ך – שני קנה, דכיון שמתנת הראשון בטלה מחמת הקנין, נמצא שהשני זכה בה מדין מתנת שכיב מרע בכולה. נתיבות – אף השני לא קנה, שהרי חלק הראשון חשוב כשיור לגבי השני, שלא רצה להקנותו לו, ואע"פ שמתנת הראשון בטלה, הלא השני לא זכה בה.

סעיף כא

הא דאמרינן שאם צוה שכיב מרע שיכתבו שטר למקבל עם הנתינה חוששין שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר, דוקא בכה"ג. אבל שכיב מרע שמסדר ענינו וגומר צוואתו ומצוה לכתבה, אינו מצוה לכתבה אלא לזכרון בעלמא וגמר להקנות לו מיד, ואין צריך יפוי כח. הגה: וכבר נתבאר סעיף י"ט דבעינן שבאה הצוואה ליד המקבל מחיים. וצוואה שכתב בה קנין הוי כשאר שטר מתנה ובעינן יפוי כח. ובמקום שנהגו שכולן מקנין בצוואה בעלמא ואין מכווין להקנות בשטר אין צריך יפוי כח (ריב"ש סימן קס"ח). מי שמבקש מיורשיו שיעשו כך וכך בנכסיו, מקרי צוואת שכיב מרע, כי מה שבקש לא עשה רק לחזק הדברים (פסקי מהרא"י סימן צ"ט).

1. שכיב מרע שמסדר עניין צוואתו ומצוה לכתבה – אין חוששין לה, דאין כוונתו לכתבה אלא לזכרון בעלמא ולא לשם קנין.

2. האם צריך שיגיע השטר ליד המקבל מחיים? סמ"ע, נתיבות – לא, ואע"פ שכתב הרמ"א שכן, אין דבריו הולכים אלא על הרישא, במקרה בו ציוה לכתוב לו שטר מתנה. פשט הרמ"א – כן, ונראה הטעם כמו שביארנו בסעיף יט, שכאשר ציוה לכתוב וליתן לו, אע"פ שזה שטר צוואה ולא שטר מתנה, אך הרי זה כעין תנאי שלא יזכה במתנה עד שיקבל את השטר. אך אפשר לחלק, דדוקא התם שציוה לכתוב וליתן לו אמרינן הכי, אולם הכא מיירי בסתם שכיב מרע שמחלק נכסיו בעל פה ורוצה שיכתבו כן לזכרון דברים, ובכה"ג לא אמרינן שהתכוון להתנות שלא יקנו המקבלים כל זמן שלא יכתב השטר; וצ"ע.

3. מה הדין אם ציוה לכתוב וליתנה? מלשון הסמ"ע נראה שאף בכה"ג מהני, כשנראה שזה רק לזכרון דברים. נתיבות (כו) – לא ברור החילוק הזה, ויותר נראה שאם ציוה ליתנה, משמע שכוונתו לשטר קנין.

4. שטר צוואה שכתוב בו קנין: בסתמא – דינו כדין שטר מתנה, ובלא יפוי כח לא קנה. אך במקום שכולם נוהגים לכתוב כן בצוואתיהם ואינם מתכוונים להקנות – קנה אף בלא יפוי כח; רמ"א בשם הריב"ש בתשובה.

5. מי שביקש מיורשיו שיעשו כך וכך בנכסיו – דינו כצוואת שכיב מרע; ואע"פ שאמר בלשון בקשה, אין זה אלא לחזק הדברים, רמ"א בשם תרוה"ד צט.

סעיף כב

יש מי שאומר דלא שני לן בין אומר: כתבו ותנו לו, לאומר: תנו וכתבו לו. ויש מי שאמר דהא דבעינן יפוי כח דוקא באומר: כתבו ותנו מנה לפלוני, דמשמע כתבו מנה לפלוני ותנו לו את השטר, אבל כשאומר: תנו מנה לפלוני וכתבו לו את השטר, כיון שאינו מזכיר שיתנו לו השטר לא נתכוין בצוואת כתיבת השטר אלא לזכרון דברים ולא להקנות לו בשטר. וכן שכיב מרע שאמר: תנו מנה לפלוני, ואחר כדי דבור אמר: כתבו ותנו לו את השטר, מסתמא לא לחזור ממתנה ראשונה (נתכוין) אלא ליפות כחו שיהא לו לראיה, והעדים כותבין מה שצוה בפניהם ואין כותבין: ואמר לנו כתבו ותנו, לפי שנמצאו מבטלים בכך המתנה.

סעיף כג

בריא שאמר: כתבו ותנו מנה לפלוני, ומת, אין נותנים אפילו במיפה כחו. ויש מי שאומר דהיינו משום דאמר: כתבו ותנו, אבל אם אמר: תנו, ולא אמר: כתבו, נותנים משום מצוה לקיים דברי המת. וי"א דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא היכא דאתפסיה ביד שלישי (וע"ל סימן רנ"ב).

סעיף כד

בריא שאמר: כתבו ותנו שדה זו לפלוני, אם מחיים, כותבים ונותנים אי לא הדר ביה קמי דמטא שטרא לידיה, אבל לאחר מיתה אין כותבים ונותנים אא"כ קנו מידו.

סעיף כה

מי שמת ונמצאת מתנה קשורה על ירכו, אף על פי שהיא בעדים וקנו מידו כדי ליפות כח אלו שנתן להם, הרי זה אינה כלום, שאני אומר כתבה ונמלך. ואם זיכה בה לאחר, בין מהיורשים בין שאינו מהיורשים, כל הדברים שבה קיימים ככל מתנות שכיב מרע. וכן מי שכתב שטר חוב על עצמו בשם אחר או בשם אחד מבניו, ונתן השטר על יד שלישי וא"ל: יהי זה אצלך, ולא פירש לו כלום, או שאמר ליה: הנח עד שאומר לך מה תעשה, ומת, אינו כלום. (ובמתנת בריא בקנין, כשהקנה קנה המקבל) (טור בשם הרא"ש).

סעיף כו

הנותן סתם מטלטליו לאחר מעכשיו ולאחר מותו, ואחר שמת טוענים היורשים הבא ראייה שמטלטלים אלו היו לו בשעת מתנה, דשמא לאחר מכאן לקחן, אין בדבריהם כלום, דמסתמא כאן נמצאו וכאן היו (ועיין לעיל סימן ס' סעיף ו').

ב"ה

סימן רנא

דין מתנת שכיב מרע או בריא, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

הנותן מתנה כשהוא שכיב מרע, וכתב בה: בחיים ובמות, או מחיים ובמות, בין בכל בין במקצת, הואיל וכתוב בה: ובמות, הרי זה מתנת שכיב מרע, שזה שכתוב בה: ובמות, שלא יקנה אלא לאחר מיתה. וזה שכתוב בה מחיים, סימן ליישב את דעתו שיחיה מחולי זה. אבל בריא שנתן מתנה וכתב בשטר: מחיים ובמות, הרי זה מתנה גמורה מחיים, וזה שכתבו בה: ובמות, כמי שאומר מעתה ועד עולם, וכמו נוי השטר הוא זה.

1. שכיב מרע שנתן מתנה וכתב בה "בחייה ובמות" או "מחיים ובמות" – דינה כמתנת שכיב מרע; **ב"ב קנא**. "ההיא מתנתא דהוה כתוב בה בחיים ובמות - רב אמר: הרי היא כמתנת שכיב מרע, ושמואל אמר: הרי היא כמתנת בריא. רב אמר: הרי היא כמתנת שכיב מרע, מדכתיב בה במות - אחר מיתה קאמר ליה, והאי דכתיב בחיים - סימן בעלמא דחיי (פירשב"ם: שלא לפתוח פה לשטן); ושמואל אמר: הרי היא כמתנת בריא, מדכתיב בה בחיים - מחיים קאמר, והאי דכתיב ובמות - כמאן דאמר מעתה ועד עולם. **אמרי נהרדעי: הלכתא כוותיה דרב**. אמר רבא: ואי כתיב בה מחיים - קנה. **אמר אמימר: לית הלכתא כוותיה דרבא**. אמר ליה רב אשי לאמימר: פשיטא, דהא אמרי נהרדעי הלכתא כוותיה דרב מהו דתימא מחיים מודי רב, קא משמע לך".

אם כתב "במות ובחיים": מהריב"ל – אותו דבר; ומהר"א ששון הסתפק בזה; ש"ך.

אפי' במתנה במקצת הדין כן, דכיון שפירש 'ובמות' הרי דינו כמצוה מחמת מיתה ומהני.

מה הדין במתנה במקצת ועשה קנין? סמ"ע – אותו דבר, שהרי במצוה מחמת מיתה בקנין, דינו כמתנת שכיב מרע בלא קנין, וכמו שנתבאר לעיל קנ, יד. והש"ך הביא שה"ה לא פירש כן.

2. בריא שנתן וכתב בלשון הזו – דינו כמתנת בריא, ולא כתב כן אלא כאילו אמר 'מעתה ועד עולם'; ואין הבדל אם אמר 'מחיים ובמות' או 'בחייה ובמות', סמ"ע וש"ך.

סעיף ב

מתנת שכיב מרע שאין כתוב בה שמתוך החולי הזה שצוה בו מת, ואין העדים מצויים לשאול להם, הגה: ויכולין העדים לסמוך על עצמו או על משמשיו האומרים שהכביד עליו החולי ונפטר (שמתוך כך) יכולים העדים להעיד כך (נ"י), אף על פי שהרי זה המצוה מת הרי המתנה בטלה, שאין מיתתו ראייה שמא מחולי שנתן בו המתנה נתרפא ואחר כך חלה חולי אחר ומת, לפיכך הנכסים בחזקת היורשים עד שיביא ראייה שמתוך החולי הזה שנתן בו מתנה זו מת. הגה: ואם תפס המקבל למטלטלין, מתוך שיכול לומר: שלי הן, נאמן לומר שמחולי הראשון נפטר. וכן הדין אם עמד החולה ורוצה לחזור במתנתו, ואומר שמתנת שכיב מרע היה, והמקבל אומר שבריא היה ולא יוכל לחזור, על המקבל להביא ראייה (טור). וכן בכל מקום שהוא פלוגתא דרבוותא אם זכה המקבל, עליו להביא ראייה (מהרי"ק שורש צ"ד ומהר"ם פדוואה סימן צ"ב).

1. מתנה שכיב מרע שאין כתוב בה שמתוך חליו מת, כגון שלא נכתב 'ומגו מרעיה איפטר לבי עלמיה', ואין עדים שיעידו על זה, אע"פ שאנו יודעים שהנותן מת - על המקבל להביא ראייה, דשמא עמד מחליו ואח"כ מת.

ואין היורשים צריכים להישבע על כך כלל, כ"כ הסמ"ע והט"ז. והט"ז הוסיף שלא שייכת כאן שבועה כלל כלפי היורשים, אא"כ תבע אותו 'אתה הודית לי שאביך מת מחליו הראשון' ובכה"ג צריך לישבע היסטר.

2. הוא הדין במתנה שלא כתוב בה אם היא מתנת שכיב מרע או מתנת בריא, שעל המקבל להביא ראייה שבמתנת בריא באה לידו.

ב"ב קנג. במשנה "לא כתב בה שכיב מרע, הוא אומר שכיב מרע הייתי, והן אומרים בריא הייתי - צריך להביא ראיה ששכיב מרע היה, דברי ר"מ; וחכ"א: המוציא מחברו עליו הראיה". **ובגמ'** "ההוא מתנתא דהוה כתב בה: כד הוה קציר ורמי בערסיה, ולא כתב בה: ומגו מרעיה איפטר לבית עולמיה, אמר רבה: הרי מת, והרי קברו מוכיח עליו. אמר ליה אבבי וכו'. אמר רב הונא בריה דרב יהושע: **כמאן אזלא הא שמעתא דרבה? כר' נתן**; דתניא מי מוציא מיד מי (פי' בשטר שלא כתוב בו האם היה שכיב מרע או בריא)? הוא מוציא מידיהן בלא ראיה, והן אין מוציאות מידו אלא בראיה, דברי רבי יעקב; רבי נתן אומר: אם בריא הוא - עליו להביא ראיה שהיה שכיב מרע, אם שכיב מרע הוא - עליהן להביא ראיה שבריא היה". **ובדף קנד. על דברי חכמים אמרה הגמ'** "ראיה במאי? רב הונא אמר: ראיה בעדים; רב חסדא ורבה בר רב הונא אמרי: ראיה בקיום השטר. רב הונא אמר ראיה בעדים, קא מיפלגי בפלוגתא דר' יעקב ורבי נתן, (סימן: מניח) רבי מאיר כרבי נתן, ורבנן כרבי יעקב; וכו'. וכן אמר רבה: ראיה בעדים. א"ל אבבי: מאי טעמא? איכא למימר הכי ואיכא למימר הכי, אוקי ממונא בחזקת מריה".

הרא"ש והטור כתבו שהרשב"ם פסק כרבה, כיון שקושייתו של אבבי אינה קושיא, וכיון שידיענן שמת מסתבר שמחליו מת, ואזלינן בתר השתא. ועוד שהרי הוא כר' נתן, ור' נתן דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא, וע"פ זה יוצא שאף כשלא ידענן אי מתנת בריא או מתנת שכיב מרע - אזלינן בתר השתא, ואי בריא הנותן - עליו להביא ראיה שהיה שכיב מרע, ואין חולה - על המקבל להביא ראיה. הטור כתב שכן דעת הרא"ש, והב"י כתב שברא"ש לא מבואר כמי הוא סובר. **אולם, הרי"ף והרמב"ם פסקו כחכמים ולא כרבה**, שהרי טעמם טעמא דמסתבר הוא ש'המוציא מחברו עליו הראיה', וכיון שהנותן מוחזק בנכסים - על המקבל להביא ראיה שמתוך חליו מת, או שבמתנת בריא נתן לו; **וכן פסקו השו"ע והרמ"א**.

3. הוא הדין בכל מקום שיש פלוגתא דרבוותא אם זכה - הנכסים בחזקת היורשים; כ"כ הרמ"א בשם המהרי"ק ומהר"ם פאדוואה.

4. אימתי מועילה תפיסה:

א. אם תפס המקבל מטלטלין, ויש לו מגו שיכל לטעון שהם שלו - נאמן לומר שבמתנת בריא באו לידו.

ב. כאשר תפס ואין לו מיגו: ש"ך - מוציאת מידו, דכיון שאנו יודעים כיצד הגיעו לידו, שהרי יש לנו עדים וראה, א"כ אין משמעות לתפיסתו, שהרי מתנת שכיב מרע חלה רק לאחר מיתה, והרי זה כאילו הנכסים ביד הנותן. קצות ונתיבות - בסתם מתנת שכיב מרע - כש"ך, אך כאשר נתן לידו מחיים, ויש על כך עדים - אין מוציאת מידו, דבכה"ג שנתן לו מחיים אינו יכול לחזור בו, כמבואר בסי' קכה, וא"כ הוי כמתנת גמורה אלא שיש בה תנאי שאם יעמוד מחליו תבטל, וכיון שהמתנה ודאי והתנאי ספק - הרי המקבל נחשב מוחזק, ואין מוציאת מידו. והנתיבות הוסיף שבכה"ג זה תפיסה ברשות שמהניא.

ב"ה

סימן רנב

מתנת שכיב מרע מוציאין ממנו למזון האשה והבנות, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

מתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה, ואין אחר זוכה בדבר שצוה לו, בין במקרקעי בין במטלטלי, אלא לאחר מיתה. לפיכך מוציאין אפי' לכתובת בנין דכרין ולמזון האשה והבנות מיד אלו שצוה לתת להם, שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים בכתובה ובמזונות, ואלו שנתן להם לא יקנו אלא לאחר מיתה. הגה: ודווקא שאין נכסים גבי יורשיו (נ"י ס"פ י"נ). ואחד שנתן במתנת ש"מ ושמעה אשתו ולא מיחתה, ואח"כ חזר ונתן ואז מיחתה אשתו, אין גובאת כתובתה ממתנה זו, שהרי המתנה הראשונה קיימת, ולא אמרין דשנייה בטלה הראשונה, דהרי לא חזר בראשונה רק בא להחזיקה (מרדכי ריש אלמנה נזונית ופ' מי שמת). ו"א דאע"פ ששתקה בשעת המתנה גובאת כתובתה ממתנתו (מרדכי שם ומהרא"י בפסקיו סימן פ"ו) ועיין בא"ה סימן ק'.

1. כתובת בנין דכרין, מזונות האשה והבנות – גובים ממתנת שכיב מרע.

ב"ב קלג. "למאי הלכתא? סבר רב אדא בר אהבה קמיה דרבא למימר: אם ראוי ליורשו - אלמנתו נזונית מנכסיו, ואם לאו - אין אלמנתו נזונית מנכסיו, אמר ליה רבא: מיגרע גרעא? השתא בירושה דאורייתא אמרת: אלמנתו נזונית מנכסיו, במתנה דרבנן לא כל שכן". **וכתב הר"ף** שיש הגורסים אחרת, אך אף לגירסתם הדין הוא אותו דין, ואע"פ שהיו רוצים מחמת גירסתם לומר שאף בירושה אין אלמנתו נזונית מנכסיו ודחה דבריהם. **הרשב"א** בתשובה כתב ש"יש לסברא זו סיוע, אך מה נעשה והסכימו עם הר"ף כל האחרונים ורשב"ם והראב"ד והתוס'. ואנו אין בנו כח לחלוק על דבריהם שנביאים ובני נביאים הם". וכתב הדרכי משה שהחולקים על הר"ף המה הגאונים ורבינו גרשום, אך העיקר כר"ף וכן פסק הרמב"ם.

ב' טעמים בדבר: א. מפני שמתנת שכיב מרע חלה רק לאחר מיתה, ואילו חיובי כתובה ומזונות חלים מיד עם גמר המיתה; כ"כ הרמב"ם והשו"ע, וביאר הסמ"ע בשם הרשב"ם שהחיובים שהם מתקנת חכמים תקנו שיחולו מיד עם גמר המיתה. משא"כ דברים שאדם נותן מדעתו אינו מתכוון להקנות אלא לאחר שימות לגמרי, שהרי כל עוד נשמתו בקרבו הוא מקווה שיעמוד ויבריא. ב. מפני שמתנת שכיב מרע ודין מזונות וכתובת אשה, שניהם הם תקנות חכמים ולא דחיא חד מינייהו לחברתה. והקשה הקצות (א) א"כ מדוע מזונות קודמים?! וכתב בשם הנמוק"י כיון שהם קדמו בתקנה, ותירץ אליבא דנפשיה 'דדברי הרב ודברי התלמיד', דהיינו שחיוב מזונות הוא מוחלט מכח תק"ח, משא"כ מתנת שכיב מרע שאע"פ שתיקנו לו שיוכל להקנות אך אינו חייב להקנות ולתת, ולכן קודם חלה תקנת חכמים ורק אח"כ מתנת שכיב מרע.

2. כאשר יש נכסים אצל היורשים, אין גובים ממקבל המתנה, דמה שביד היורשים כאילו הוא אצל אביהן, וכמו שאין גובין ממשועבדים במקום שיש בני חורין.

3. שכ"מ שמסר מעות לאחר, וציוהו שאם יעמוד יחזירה לידו ואם ימות יתנם לפלוני: ב"ח, נתיבות – דינו כמתנת שכ"מ, והאלמנה גובה ממעותיו. קצות (א) – דינו כמתנת בריא שאינה גובה ממנה. הקצות הביא תשובת הב"ח וחלק עליה, דכיון שהוציא המעות מידו, הרי זה כמתנת בריא על תנאי, ודומיא דסי' קכח. אולם, הנתיבות דחה דבריו, דשאני התם שהוציא השכ"מ המעות מידו וציוהו ליתנם ליד האחר מיד. משא"כ הכא שאע"פ שהוציאם מידו, הלא לא צוה לשליש ליתנם אלא לאחר מותו, ובכה"ג לא קנה המקבל אלא לאחר מיתה, והרי זה כמו מתנת שכיב מרע רגילה.

סעיף ב

מצוה לקיים דברי המת, אפילו בריא שצוה ומת, והוא שנתנו עכשיו לשליש לשם כך. הגה: אבל היו בידו קודם ולא לשם כך, או שבאו לידו אחר הצוואה, אין בזה משום מצוה לקיים דברי המת (טור ומרדכי פרק מי שמת). כל דבר שנקנה במתנת שכיב מרע, אם קדמו היורשין ומכרו, המקבל יכול להוציא מן הלוקח. אבל דבר שלא ניתן במתנה, רק שמצוה לקיים דברי המת, אם קדמו היורשין ומכרו: מה שעשו עשו (הגהות מרדכי דב"ב). מי שנשבע או נדר ליתן לפלוני כך וכך, ומת ולא נתן, יורשיו פטורין ואין בזה משום מצוה לקיים דברי המת (ב"י בשם ריטב"א). ועיין לעיל סוף סימן ר"ב סעיף ז' (ובסימן ר"ט ס"ד). מי שהפקיד מעות אצל חבירו ואומר שאם ימות

יעשה בהן המוטב, יתנו ליורשיו (ב"י סי' רנ"ג בשם מרדכי פרק מי שמת) (וכ"כ לקמן סי' רפ"ב ס"א).

1. מצוה לקיים דברי המת, אפי' ציוה כן בעודו בריא, ודווקא אם נתנו ליד שליש לשם כך.
2. מצוה לקיים דברי המת אינו מחיל קנין, ולכן אם מכרו היורשים הנכסים או נתנום במתנה לאחרים – מה שעשו עשוי. לעומת מתנת שכיב מרע שמחילה קנין, ואם מכרו היורשים או נתנו במתנה לאחר – דבריהם בטלים.
- מטלטלין שנתנו במתנת שכיב מרע ומכרום היורשים – האם יכול המקבל להוציאם מהקונה? ב"י, רמ"א, ש"ך – כן, דכבר זכה בהם המקבל ואינם יכולים למכור דבר שאינו שלהם. סמ"ע – לא, משום תקנת השוק.
3. האם אמרינן מצוה לקיים דברי המת, אף בדברים שאינם ממוניים? שבו"י – לא.
4. כופין על 'מצוה לקיים דברי המת'.
5. נשבע או נדר לתת לפלוני סך מסוים ומת – אין בו משום 'מצוה לקיים דברי המת'; רמ"א בשם הריטב"א.

ב"ה

סימן רנג

איזה לשון מועיל לשכיב מרע, ושכיב מרע שאמר: תנו מנה לפלוני ומאתים לפלוני ושלש מאות לפלוני, ובו ל"ג סעיפים.

סעיף א

שנים שנכנסו לבקר את החולה וצוה בפניהם, כותבין ואין עושין דין. ואם היו שלשה, רצו כותבין, רצו עושים דין. הגה: להחזיק כל אחד במה שצוה ולדון בכל דברי ספק שנפל בצוואה, ואין אחד מן היורשין או מקבלים יכולים לומר לב"ד אחר אזלינן. (טור) בד"א, ביום. אבל בלילה כותבין ואין עושין דין.

1. חולה שצוה בפני ב' – הרי הם עדים בדבר, ואינם יכולים לדון אותו. אך אם צוה בפני ג' – יכולים לשמש כעדים או כדיינים בדבר, דלא תהא שמיעה גדולה מראיה. ובלבד שיצווה בפניהם ביום, שהרי הלילה אינו זמן דין.

2. כאשר הם נעשים דיינים, הרי הם יכולים להחזיק כל אחד בחלקו ע"פ הצוואה, ולדון בכל ספק שיפול בה, ואין אחד מהיורשים יכול לומר שאינו רוצה לדון בפניהם; רמ"א ע"פ תוס', ולא כרשב"ם שפירש שהיינו לענין שחלוקת נחלות צריכה להיעשות בפני ג'.

3. דין זה נכון בין אם מחלק בתורת ירושה או בתורת מתנת שכיב מרע; כ"כ הטור והרא"ש בשם רבינו יונה.

ב"ב קיג: "תניא: והיתה לבני ישראל לחוקת משפט - אורעה כל הפרשה כולה להיות דין; וכדבר יהודה, דאמר רב יהודה: שלשה שנכנסו לבקר את החולה - רצו כותבין, רצו עושין דין, שנים - כותבין ואין עושין דין; ואמר רב חסדא: לא שנו אלא ביום, אבל בלילה, אפילו שלשה - כותבין ואין עושין דין, מאי טעמא? דהוה להו עדים, ואין עד נעשה דייק". ופי' רשב"ם שדין זה מלמדנו שצריך ג' לחלוקת נחלות כמו בדין, אולם התוס' פירשו דהיינו שאותם הג' נעשים דיינים בעל כרחם של היורשים, לכל ענייני הצוואה. כמו"כ כתב הרא"ש בשם רבינו יונה שהוא הדין למתנת שכיב מרע שחלה לאחר מיתה, ועשאוה כירושה.

4. מה הדין במתנת שכיב מרע במקצת בקנין? רשב"ם, תוס' – אף בכה"ג נאמר דין זה. טור – הרי זה כמתנת בריא, שאינה בכלל זה. הבי"י תמה על הטור שהרי בקיד. מוכח שמיירי במתנת שכיב מרע בקנין, לגבי הדין של 'עד אימתי חוזר'. וכתב שאף בתוס' כתבו להדיא כרשב"ם דמיירי כשנותן במתנת בריא בקנין מעכשיו אם ימות, וקרי ליה נחלה כיון שאינו קונה אלא לאחר מיתה. אולם, הטור סבר שהסוגיא מיירי בלא קנין, דמתנה בקנין אע"פ שאינה חלה אלא לאחר מיתה, אבל זה תנאי בעלמא ולא מיקרי נחלה; ועיין בקצות (א) ובנתיבות (א) שהאריכו באופנים שונים ליישב קושיית הבי"י על הטור. והנתיבות כתב שאף הטור מודה לרשב"ם במתנת שכיב מרע במקצת בקנין, ולא פליג אלא כאשר זה נעשה באופן שלא יוכל לחזור בו אפי' אם עמד, דבכה"ג הוי מתנת בריא לגמרי מעכשיו.

5. מה הדין כשנותן בתורת ירושה לאחד מבניו, האם יכול לחזור בו ולזכות לאחר? קצות – לא, דכבר זכה בו בתורת ירושה, ודמי לאומר לאחד מיורשיו שלא יירש – שלא אמר כלום. אך יכול לתת את הנכסים הללו ליורש אחר, וממילא השני יזכה ולא הראשון. נתיבות – כן, מפני שהירושה חלה רק לאחר מיתה, וקודם שמת אינו כלום. ואי לא תימא הכי מצינו מתנת שכיב מרע בכולה שאינו יכול לחזור בו, כשאמר בלשון ירושה.

6. מדוע לא הוזכר בשו"ע וברמ"א דמיירי שסליקו מעניינא? קצות – מפני שסוברים כתוס', שאינו אלא עצה טובה שלא להטריח בי"ד סתם.

ב"ב קיד. "איתמר: קנין, עד אימתי חוזר? רבה אמר: כל זמן שיושבין; רב יוסף אמר: כל זמן שעוסקין באותו ענין. אמר רב יוסף: כוונתי דידי מסתברא, דאמר רב יהודה: שלשה שנכנסו לבקר את החולה - רצו כותבין, רצו עושין דין; ואי סלקא דעתך כל זמן שיושבין, ליחוש דלמא הדר ביה. אמר רב אשי: אמרייתה לשמעיתא קמיה דרב כהנא, ולרב יוסף מי ניחא? וליחוש דלמא הדר ביה! אלא מאי אית לך למימר? דיסליקו מעניינא לענינא, ה"נ דקמו והדר יתיבו. והלכתא כוותיה דרב יוסף: בשדה, ענין, ומחצה". ומבואר דאף לרב יוסף מיירי כשסלקו מעניינא לענינא, אבל בלאו הכי אינם עושים דין! הרשב"ם והרמב"ן נקטו שאף בדיעבד אם דנו קודם שיכל לחזור בו - אין דיניהם דין. אולם, התוס' נקטו שדיניהם דין, אלא שעצה טובה קמ"ל שלא ידונו, ד'אטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן'. וכתב הקצות שמכך שהשו"ע והרמב"ם השמיטו דין זה – מוכח שסוברים כתוס'.

ממילא הקשו הקצות והנתיבות על הטור שביאר שמיירי במתנת שכיב מרע בלא קנין, הרי לעולם יכול לחזור בו, ואם כן כיצד יתכן שיעשו דין בחייו?! ותירצו (נתיבות א, קצות ב) שדווקא בדבר שנעשה פתאום בלא שהות – חיישינן לחזרה

דשמה לא נתיישב בדבר יפה, אולם שכיב מרע שצויה בדיעה מיושבת ליתן מנכסיו – לא חיישין, ואע"פ שיכול לחזור בו – לא חיישין להכי. ובכך יישב את קושיית הרמב"ן מדוע לא חיישין לחזרה בכל שכיב מרע שצויה. ועוד העיר על הש"ך בקיב, שהכריע שבדאקני' אינו יכול לחזור בו קודם שיבוא לעולם, דאי יכול לחזור בו מדוע לא חיישין לחזרה!! ודחה דבריו שמוכח הכא שלא חיישין לחזרה אלא בדבר שנעשה פתאום. עוד כתב לחלק דדוקא שמא חזר בו לא חיישין, אך שמא יחזור בו חיישין, ובסי' קיב מיירי בחשש שמא יחזור בעתיד.

7. אם העידו בפני בי"ד בלילה? רשב"ם – בדיעבד כשר, ויכולים לדון ע"פ דבריהם ביום. ודווקא כשהעידו אחרים בפניהם, אך אם הם עצמם ראו בלילה, אינם יכולים לדון ע"פ דבריהם אף בדיעבד, דבכה"ג לא אמרינן 'לא תהא שמיעה גדולה מראיה'; קצות ג. תוס', רא"ש – אף בדיעבד פסול.

סעיף ב

שכיב מרע שצוה ואמר: יטול פלוני כל נכסי, או מקצת נכסי, או יחזיק או יזכה או יקנה, כולם לשון מתנה הם. וכן אם אמר: יחסין או יירש, על מי שראוי ליורשו, ה"ז קנה. אבל אם אמר: יהנה פלוני בנכסי, או יעמוד בהם או יראה או ישען בהם, לא קנה. ואם אמר: אני מניח לפלוני, הוי לשון מתנה. ואם אמר לשון: יפול לפלוני כך וכך, לשון ירושה הוא. הגה: ובכל זה דווקא שהזכיר לשון מתנה, אבל אם אמר: כך וכך לפלוני בנכסי, לא כלום הוא (מהרי"ק שורש צ"ד). האומר לפרוע לאשתו כתובתה במעות מזומנים, אין זה לשון מתנה, ואין יורשין צריכין לקיים משום מצוה לקיים דברי המת (ב"י סימן רנ"ב בשם הריטב"א) כמו שנתבאר סוף סימן רנ"ב.

לשונות מתנה וירושה בשכיב מרע:

1. האומר 'יטול', 'יחזיק', 'יזכה', 'יקנה' – לשון מתנה הם. וכתב הש"ך שה"ה אם אמר 'יהא'. וכתב הפת"ש דה"ה אם אמר 'יהיה' ולא כח"י שנסתפק בזה.

2. האומר 'יחסין', 'יירש', 'יפול' – לשון ירושה הם, ואם אמרם לאדם שראוי ליורשו – קנה.

ב"ב קמח: "אמר רב ששת: יטול, ויזכה, ויחזיק ויקנה - כולן לשון מתנה הן. במתניתא תנא: אף יחסין וירת בראוי ליורשו, ור' יוחנן בן ברוקא היא". ולשון 'יפול' כתב הטור בשם הרא"ש בתשובה דמהני.

הבי' כתב בשם רבינו ירוחם בשם הרמב"ם שאם אמר 'יחסין' או 'יירש' על מי שאינו ראוי ליורשו שקנה מתורת מתנה, וכתב עליו וצ"ע. שהרי משמע בגמ' שלא מהני אלא מתורת ירושה. וכתב בכנה"ג בשם המהרש"ם ומהר"א ששון דנדחו דברי רבינו ירוחם, וכן משמע מלשון השו"ע שלשונות אלו מהני דווקא למי שראוי ליורשו.

3. לשון 'מניח' – הוי לשון מתנה, ודווקא בשכיב מרע אך לא בבריא; כ"כ הרא"ש בתשובה, וטעמו שעיקר לשון צוואת שכיב מרע בלשון זה. ואע"ג דליתא בבריא, וק"ל כל דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע, אך זה רק בדבר שאין קנין תופס בו, כמו בדשלב"ל, משא"כ הכא. ואע"פ שהמהר"ק כתב דלא מהני, כבר דחה דבריו מהר"ד כהן, וכן דעת הרשב"א והריב"ש; כ"כ הבי"י. וכתב הפת"ש (ג) בשם החת"ס דהאידנא אף החולקים על הרא"ש מודים, דכיון שנתפשט הוראת השו"ע בכל ישראל שהוא לשון המועיל, אי"כ לא גרע מקנין או לשון שהסכימו עליו שיועיל דמהני.

4. האומר 'יהנה', 'יעמוד', 'יראה', 'ישען' – לא קנה. ב"ב קמח: בסוף העמוד "איבעיא להו: יהנה בהן, מהי? דניהוי כולחו מתנה קאמר, או דלמא ליתהני מיניהו מידי קאמר? יראה בהן, מהו? יעמוד בהן, מהו? ישען בהן, מהו? תיקו".

מה הדין אם עשה קנין? י"א דמהני, וי"א דלא מהני, סמ"ע ד.

5. לשון 'אני עוזב': תשב"ץ בשם הרשב"ץ – מהני. תורת חיים בשם מורו – לא מהני, וגרע מ'אני מניח'. כ"כ רעק"א ב' הדעות.

6. אם נכתב 'צוה להניח לפלוני': הבי"י כתב שבכה"ג לכאוי' לא מהני, שהרי משמעות הלשון שצוה לאחר שיניח לפלוני. אלא שאפשר שמוכחא מילתא שהוא טעות סופר, שהרי ודאי התכוונה שיניחו מנכסיה שלה, ואפי' אם אמרה בלשון זה הרי קי"ל שאין אדם מוציא דבריו לבטלה, והתכוונה שיניחו מנכסיה ולא דקדקה בלשונה.

7. בכל זה דווקא שהזכיר לשון מתנה, אך אם אמר 'כך וכך לפלוני בנכסי' – לא אמר כלום; רמ"א בשם המהר"ק.

8. האומר לפרוע לאשתו כתובתה במעות מזומנים, אין זה לשון מתנה, וכיון שלא השלישם ביד שלישי, אין בו משום מצוה לקיים דברי המת; רמ"א בשם הריטב"א.

סעיף ג

לשונות אלו של מתנה המועילים בשכיב מרע, יש אומרים שהוא הדין שמועילים בבריא, ויש אומרים שאינם מועילים.

1. לשונות אלו שמועילים בשכיב מרע, האם מועילים בבריא? י"א – כן, רא"ש, רמב"ן, ראב"ד. וטעמם שאם מהני בשכיב מרע, כ"ש שיועילו בבריא ובקנין. י"א – לא, רמ"ה, ר"י מיגש ורמב"ם. הרמב"ן הבין שטעמם מפני שקנין דברים הוא, ולא מהני אלא בשכיב מרע. ודחה דבריהם, שאם היו קנין דברים כיון שלא מהני בבריא, לא היו מועילים אף בשכיב מרע! ואין זה קנין דברים דאע"פ שאמר 'יטול', 'יזכה' וכדו' הכוונה שיטול ויזכה בנכסים בקנין זה. ואם מועיל בשכיב מרע שאין בו קנין, כ"ש שיועיל בבריא כשעשה קנין! אמנם, ה"ה ביאר שטעמו של הרמב"ם מפני שהוא לשון 'עתידי' ואין כוונתו להקנות לו במעשה זה, אלא שהוא רוצה ליתן לו בעתיד. השו"ע בסי' קצז, וסתם כדברי הרמב"ם שהאומר 'משוד' ותקנה' לא קנה, שאין כוונתו להקנות לו עתה במשיכה זו. וכתב ה"ה שמקורו של הרמב"ם הוא מב"מ ט: 'לקנות מי אמר לי קני', שהבין הרמב"ם שהכוונה שלשון לקנות לא מהני, ולא כמו שפירשו שאר הראשונים שם בסוגיא שמייירי דווקא כשפועל בחפץ אחד כדי לקנות חפץ אחר שעליו.

2. כמי הלכה? פת"ש בשם עבוה"ג – כדעה קמייתא, דמכך שהמחבר הביא ב' הדיעות מוכח דמספקא ליה. ועוד, לדעת הרמב"ם מדוע לא אמר רב ששת אף לשון 'מניח' דמהני רק בשכיב מרע! אלא מוכח שלשונות אלו מהני אף בבריא. והפת"ש הפנה לסימן רמא, סק"ה שהביא שם בשם עבוה"ג שהיכא שהביא השו"ע ב' דיעות בשם י"א הלכה כ"א בתרא, והוא סותר לדבריו כאן, דלפי זה מוכח דהלכה כרמב"ם. פשט השו"ע – הלכה כ"א בתרא, דהכי קי"ל בכל י"א וי"א. ועוד שהרי לעיל בסי' קצז, ו פסק להדיא כרמב"ם, וכמו שכתב ה"ה, ולא הביא כלל את הדיעה החולקת.

3. לשון 'יתנו בני': לא מהני, ואף הרמב"ן מודה בזה דאין במשמעותו שום לשון זכות עתה, אלא הבטחה בעלמא; פת"ש בשם נודע ביהודה.

סעיף ד

מה שכותבים במתנה: תלך ותזכה ותירש ותמשכן ותעשה ממנה חפצך ורצונך, אין לשונות אלו אלא שופרא דשטרא, ואף על פי שלא נכתבו הויא מתנה. (אם כתוב בשטר צוואה לשון דאפשר לתלות בטעות סופר, עיין לעיל סימן מ"ט סעיף ו').

כ"כ הרא"ש בתשובה.

סעיף ה

שכיב מרע שאמרו לו: נכסיד למי, אמר: כמדומה שיש לי בן או שאשתי מעוברת, עכשיו שאין לי בן ושאין אשתי מעוברת נכסי לפלוני, ונודע שיש לו בן או שאשתו מעוברת, אין מתנתו מתנה אפילו מת הבן או הפילה אשתו אחר כך.

ב"ב קמו: "הרי שהיה חולה ומוטל במטה, ואמרו לו: נכסיד למי? ואמר להן: דומה שיש לי בן, עכשיו שאין לי בן - נכסי לפלוני; היה חולה ומוטל במטה, ואמרו לו: נכסיו למי? אמר להן: דומה שאשתי מעוברת, עכשיו שאין אשתי מעוברת - נכסי לפלוני, ונודע שיש לו בן או שהיתה אשתו מעוברת - אין מתנתו מתנה". וכיון שלא חלה מעיקרא - לא תחול גם לבסוף אם ימות בנו.

סעיף ו

ש"מ שאמר: נכסי לפלוני, או שאמרו לו: נכסיד למי שמא לפלוני, והשיב להם: אלא למי יהיו, אם הוא ראוי ליורשו זוכה בהם משום ירושה, ונפקא מינה שאם אמר: ואחריו לפלוני אינו כלום, שירושא אין לה הפסק. ואם אינו ראוי, זוכה בהם משום מתנה. (ואם פ"י בהדיא שנותן לו במתנה, אפי' ראוי ליורשו אינו אלא לשון מתנה) (ב"י בשם מהר"ל ומגיד פ"ט דזכיה) (ועיין לעיל ריש סימן רמ"ח סעיף א' וב').

סעיף ז

בד"א שזוכה בהם משום ירושה, כשהיה היורש הזה אחת מבנותיו או אחד משאר יורשים. אבל אם היה אחד מבניו, לא עשאו אלא אפוטרופוס, כמו שנתבאר בסימן רמ"ו.

1. שכיב מרע שאמר בסתם נכסי לפלוני, או ששאלוהו 'נכסיד למי שמא לפלוני?' והשיב 'אלא למי?!': אם ראוי ליורשו – זוכה בהם מדין ירושה, ואם לאו – זוכה מדין מתנה.

הנפק"מ ביניהם היא שירושה אין לה הפסק, ולכן אם אמר 'ואחריו לאלמוני' – אינו כלום. משא"כ במתנה שדבריו קיימים.

ב"ב קלג. "אמר רב הונא: שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר, רואין, אם ראוי ליורשו - נוטלן משום ירושה, ואם לאו - נוטלן משום מתנה. אמר ליה רב נחמן וכו' דלמא כי הא קאמרת: דההוא דהוה קא שכיב, ואמר ליה: נכסיה למאן? דלמא לפלניא? ואמר להו: אלא למאן? ואמרת לן עלה: אם ראוי ליורשו - נוטלן משום ירושה, ואם לאו - נוטלן משום מתנה. אמר ליה: אין, הכי קאמינא. למאי הלכתא? וכו' אלא אמר רבא: כדשלח רב אחא בר רב עויא, לדברי רבי יוחנן בן ברוקה: נכסי לך ואחריד לפלוני, אם היה ראשון ראוי ליורשו - אין לשני במקום ראשון כלום, שאין לשון מתנה אלא לשון ירושה, וירושה אין לה הפסק."

2. אם אמר כן לאחד מבניו:

שו"ע – בכל ענין לא עשאו אלא אפוטרופוס, וכמו שנתבאר לעיל בסימן רמו, ד שהנותן כל נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפוטרופוס.

רמ"א – אם פי' בהדיא בלשון מתנה – עשאו אפוטרופוס, אם פירש בהדיא בלשון ירושה – זכה בנכסים, כדעת הרשב"ם והרא"ש. **מה הדין בסתמא?** ש"ך – זכה בנכסים, דבסתמא הוא לשון ירושה. **נתיבות (ב)** – עשאו אפוטרופוס, שהרי לדידן כל לשון מתנה ליורש הוא לשון אפוטרופוס, כמו שנתבאר בריש סימן רמח, ואפי' הכי אמרינן שאם נתן כל נכסיו לבנו בלשון מתנה – עשאו אפוטרופוס, א"כ מוכח שלענין דין זה לשון מתנה חשיב כמתנה, וא"כ הוא הדין בסתמא חשיב כמתנה עד שיפרש בלשון ירושה. וכתב הנתיבות שהגהת הרמ"א הכתובה בסעיף ו שייכת לסעיף ז.

הראשונים הקשו על דברי הגמ' שהרי אמרינן בדף קלא: ונפקס בסי' רמו, ד שהנותן כל נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפוטרופוס, והיאך אמרינן הכא שדבריו קיימים!! הרשב"ם והרא"ש תירצו שצריך לחלק בין אם נתן כל נכסיו בלשון ירושה או בלשון מתנה, שאם נתן בלשון ירושה דבריו קיימים, וזכה בכל הנכסים ובהכי מיירי בדף קלג. אולם, בדף קלא מיירי כשנותן בלשון מתנה, דבכה"ג אמרינן שלא עשאו אלא אפוטרופוס ולכבדו נתכוון; וכן פסקו הטור והרמ"א שם. אולם, שיטת הר"ח והרי"ף לחלק בין שכיב מרע שאמר לשכיב מרע שכתב, שאם כתב כל נכסיו אמרינן שלא עשאו אלא אפוטרופוס, אך אם אמר כן – דבריו קיימים. וכן פסק שם השו"ע שדווקא בכותב כל נכסיו אמרינן הכי.

הטור הביא את הדין שלנו וכתב עליו שהוא דווקא בשאר יורשין אך אם היה בנו – לא עשאו אלא אפוטרופוס, והקשו עליו בתרתי: א. שהרי לשיטתו דין זה נכון אף בבת ולא רק בבן. ב. לשיטתו דין זה נכון דווקא כשאומר בלשון מתנה, אך בלשון ירושה קנה, והכא הרי מיירי בלשון ירושה!! כן תמה עליו המהרי"ק והביאו הב"י. הדרכי משה כתב ליישב דברי הטור שלענין אפוטרופוס שאני, וכל היכא שנותן לו בסתמא אמרינן שכוונתו ללשון מתנה, אא"כ פירש בהדיא שנותן בתורת ירושה. והוכיח כן, שהרי בריש סימן רמח קי"ל שכל מתנה ליורש דינה כירושה, ואפי' אמר בפירוש בלשון מתנה (אא"כ יאמר בפירוש שאינו רוצה שיהיה בתורת ירושה), ואפי' הכי אמרינן הכא שאם נתן לבנו כל נכסיו בלשון מתנה – לא עשאו אלא אפוטרופוס ואין זה בכלל ירושה! א"כ מוכח שלענין ירושה לא אמרינן שמתנה ליורש דינה כירושה. וכ"כ כאן הנתיבות. אולם, הש"ך נקט כמהרי"ק שאף בסתמא אמרינן שהוא לשון ירושה, ודוקא כאשר יפרש בהדיא שנותן בלשון מתנה – אמרינן שלא עשאו אלא אפוטרופוס.

ולדידי קשה על דברי השו"ע, שהרי לשיטתו דין זה של 'לא עשאו אלא אפוטרופוס' לא נאמר אלא בכותב נכסיו ולא באומר, וכמו שכתבו הרי"ף ור"ח להדיא, וכ"כ הסמ"ע בסימן רנו בדעת השו"ע. והרי הכא מיירי באומר, ומדוע כתב בסעיף ז שבבנו לא עשאו אלא אפוטרופוס!! וצ"ל שכוונתו שיש מצבים שבהם בנו לא יזכה, והיינו בכותב וכמו שנתבאר בסימן רמו.

סעיף ח

שכיב מרע שאמר: תנו ק"ק זוז לפלוני בני כראוי לו, או לאשתי כראוי לה, או לבעל חובי כראוי לו, נוטלים ק"ק זוז עודף על חלק הבכורה והכתובה והחוב. ואם אמר: תנו ק"ק זוז לבני בבכורתו, או לאשתי בכתובתה, לא יטלו שניהם אלא אחד מהם, וידן על העליונה, אם ק"ק זוז יותר נוטלים ק"ק זוז; ואם הבכורה והכתובה יותר מק"ק זוז, נוטלים אותה. אבל אם אמר: תנו ק"ק לבעל חובי בחובו, אין לו אלא חובו. (ואם אמר:

ר' זוז לבני פלוני שהוא פשוט בירושתו, אין לו אלא ר' זוז (טור) ואם לא אמר לא כראוי לו ולא בבכורתו ולא בכתובתה ולא בחובו, בכולם ידם על העליונה. ואפילו בבעל חוב, אם אמר: תנו ק"ק זוז לפלוני בעל חובי, רצה נוטלן רצה נוטל חובו. ויש חולקין ואומרים שאם אמר סתם: לבני פלוני, או לאשתי (או לפלוני בעל חובי) (טור), מתנה נתן להם יתר על הראוי להם; ואם אמר: לבני בכורי דינו כאילו אמר: בבכורתו, מדהזכיר בכורה. הגה: וסברא הראשונה נראה עיקר. וכל זה דלא אמר דנותן במתנה, אבל אם אמר בפירוש: אני נותן במתנה ר' זוז לפלוני בעל חובי, או לאשתי, נוטלין מלבד מה שחייב להן (ריב"ש סי' תפ). מי שאמר בתו תטול בנכסיו כך וכך, ולא הזכיר לצורך נישואיה, נוטלת המתנה מלבד עישור נכסים שלה (ב"י סימן ר"ן בשם הרשב"א).

1. שכיב מרע שאמר 'תנו כראוי לי': אם אמר כן על בנו בכורו, או על אשתו או על בעל חובו – נוטלין את המתנה, בתוספת מה שהיה ראוי להם מעיקרא, דהיינו חלק הבכורה, הכתובה או החוב. טעם הדבר מפני שכל ייתור לשון לטפוי קאתי, ולא אמרינן שכוונתו לגרע וליתן להם רק חלקם. וכ"ש בנן פשוט שנותנים לו זה ייתר על חלקו עם אחיו.

2. שכיב מרע שאמר 'תנו לפלוני בבכורתו', 'תנו לאשתי בכתובתה', 'תנו לבעל חובי בחובו':

א. לגבי בכור ואשה – ידם על העליונה, ואם הבכורה או הכתובה יתרים על הסכום שנתן להם – יטלו את בכורתם/כתובתם. אך אם הסכום שניתן להם יתר על הבכורה/כתובה – יטלו את הסכום שנתן להם. וטעם הדבר, שהרי אין בידו לגרע ממה שחייב להם, ולכן ודאי שכוונתו שתהיה ידם על העליונה.

ב. לגבי בן פשוט, שאמר 'בירושתו' – אין לו אלא סכום זה; רמ"א. דבכה"ג ודאי שהתכוון לומר שזה חלק ירושתו, שהרי בידו למעט מחלקו. וכתב הנתיבות (ד) שהיינו דווקא אם חילק את שאר הנכסים לשאר אחיו, אך בלאו הכי אין בידו לגרע לאחד מחלק ירושתו, ויטול את הסכום שניתן לו, מלבד חלקו עם אחיו.

ג. לגבי בעל חוב: אין לו אלא חובו, ולא אמרינן ידו על העליונה, דכיון שאמר 'בחובי' מיחזי כריבית אם נוטל יותר, ולא דמיא לרישא שאמר 'כראוי לי' וכוונתו שראוי לו מחמת סיבות אחרות, כגון שעשה עמו טובה ולא מיחזי כריבית. כן היא ג"י הרי"ף והרמב"ם והספרים שלנו, וכתב הבי"י שכן עיקר. אולם, ג"י הרא"ש והטור שאף בבע"ח כשאמר 'בחובי', ידו על העליונה ולא אמרינן בכה"ג שמיחזי כריבית, וכן דעת הרמ"ה.

אם אמר 'תנו לבני בכורי' – הרי זה כאילו אמר 'בבכורתו'; כ"כ הרא"ש.

3. שכיב מרע שאמר 'תנו' בסתם:

שו"ע בסתם – ידם על העליונה, ואפי' בבעל חוב, והטעם דכיון שלא הזכיר 'בחובי' אע"פ שאמר 'לפלוני בעל חובי', לא מיחזי כריבית. ואע"פ שבגמ' לא אמרינן הכי אלא כשאמר 'כראוי לי', לרבותא נקט הכי דהו"א דדעתו היה לגרע מכוחם וליתן להם רק כפי הראוי להם ולא יותר; סמ"ע יט. **שו"ע בשם י"א** – נוטלים מה שאמר, מלבד מה שמגיע להם בלאו הכי, דודאי התכוון ליתן להם מתנה.

בדעת הי"א, מה הדין כשאמר ליתן לבעל חובו בסתם? רמ"א – אותו דבר. בדברי השו"ע: ט"ז – אותו דבר, ואע"פ שלא הזכיר זאת, אך חד טעמא אית להו, ולא מיחזי כריבית. סמ"ע (כב) – ידו על העליונה, דאף הרא"ש שהוא בעל סברא זו לא אמר כן אלא בבנו ובאשתו שחביבים עליו אמרינן שנתן להם מתנה, משא"כ בבעל חובו.

ב"ב קלח: "תנו רבנן: שכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז לפלוני בני בכור כראוי לו – נוטלן ונוטל את בכורתו, אם אמר בבכורתו – ידו על העליונה, רצה נוטלן, רצה נוטל בכורתו; ושכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז לפלוני בעל חובי כראוי לו – נוטלן ונוטל את חובו, ואם אמר בחובו – נוטלן בחובו. (כן הוא ג"י דידן, אך ג"י הרא"ש והטור שאף בכה"ג ידו על העליונה), וכו'. אמר רב נחמן, אמר לי הונא: הא מני? רבי עקיבא היא, דדייק לישנא יתירא; דתנן וכו', הכא נמי כיון דלא צריך וקאמר – לטפויי מלתא קא אתי."

לגבי הנותן בסתם לא הוזכר בגמ', הרשב"ם כתב שבכה"ג ידם על העליונה. אולם, הרא"ש כתב שנראה לו שכאשר נתן בסתם אמרינן שמתנה נתן להם, מלבד מה שראוי להם. בדברי הרא"ש שלפנינו לא הוזכר אלא בנו ואשתו, ולא בעל חובו, ולכן הבין הסמ"ע שדווקא לגביהם אמר הרא"ש כן, שמפני חביבותם אמרינן שהתכוון לתת להם מתנה, משא"כ בבעל חובו. וכן נראה פשוט לשון השו"ע שהשמיט בעל חובו. אולם, הטור והרמ"א הבינו בדברי הרא"ש שאין חילוק ודין זה נכון אף לגבי בעל חובו.

4. מה הדין אם אמר 'בבכורתו כראוי לו', או 'בכתובתה כראוי לה' וכו'? סמ"ע – זוכים במתנה מלבד הראוי להם, כמו בדין הראשון, שהרי ייתר את לשונו ולא נתכוון אלא לייפות את כוחם. נתיבות (ג) – זוכים רק בראוי להם, ואין כאן מתנה כלל. שהרי אמר בפירוש 'בבכורתו' ואע"פ שייתר את לשונו, לא נכחיש מה שאמר מכח הלישנא יתירא!

5. אמר בסתם תנו לפלוני סך מסוים ולא הזכיר לבעל חובי, והוא בעל חובו – נוטל כל מה שאמר במתנה, מלבד חובו הראוי לו, דכיון שאמר בסתם ולא הזכיר שהוא בעל חובו – כוונתו למתנה גמורה; פת"ש (ח) בשם פנים מאירות.

6. אין כח בידינו לדון בדמיונות ללמוד מזה דהיינו בעניין לישנא יתירא, במקום אחר – אלא במקום שאמרו אמרו; פת"ש (ט) בשם ב"י סי' סא בשם הרשב"א.

סעיף ט

שכיב מרע שאמר: תנו ק"ק זוז לפלוני ושי' לפלוני ותי' לפלוני, אין אומרים הקודם בשטר זכה (וכגון שלא שתק בנתיים דהיינו נמלך) (פי' רשב"ם). לפיכך אם לא הניח אלא תת"ק, חולקים הנמצא לפי מה שכתב להם, ואם יצא עליו שטר חוב גובה מכולם, מכל אחד ואחד כפי מה שכתב להם. כיצד היה החוב ת"ן, בעל הק"ק נותן מאה, ובעל השי' ק"ן, ובעל התי' נותן ק"ק. אבל אם אמר: תנו ק"ק זוז לפלוני ואחריו שי' לפלוני ואחריו תי' לפלוני, כל הקודם בשטר, זכה. הגה: וכן אם נתן לכולם בשוה, כגון שנתן לכל אחד ר' זוז, כל הראשון ראשון קודם אף על פי שלא אמר: אחריו, דאם לא כן הוה ליה למימר שיתנו להן ביחד ת"ר זוז (טור בשם ר"י והמ"מ פ"י בשם יש"מ שכתב והב"י בשם הרא"ש). ויש חולקין בזה (המ"מ) שם שכן הסכימו המפרשים) ועיין לעיל סי' קי"א סעיף ח'. לפיכך אם יצא עליו שטר חוב, גובה מהאחרון; אין לו, גובה משלפניו; אין לו, גובה משלפני פניו. (והוא הדין בבריא שזיכה להם ע"י אחר, נמי דינא הכי) (טור).

1. שכיב מרע שאמר 'תנו מאתיים זוז לפלוני, וג' מאות לפלוני, וד' מאות לפלוני' – אין אומרים כל הקודם בשטר זכה, ולכן אם אין בירושה כדי שיטלו כל אחד חלקו – חולקים ביניהם בשווה ע"פ היחס שנתן להם, כלומר שמחלקים הכל לט' חלקים שווים והראשון נוטל ב' חלקים, השני ג' חלקים והשלישי ד' חלקים; סמ"ע כד.

2. שכיב מרע שאמר 'תנו מאתיים זוז לפלוני ואחריו ג' מאות לפלוני ואחריו ד' מאות לפלוני' – כל הקודם בשטר זכה, כיון שאמר 'ואחריו', ולכן אם אין בנכסים כדי שיטלו כולם, נוטל הראשון חלקו ואחריו השני ואחריו אם נשאר נוטל השלישי.

3. אם נתן לכולם בשווה אך הזכיר כל אחד בפני עצמו ולא אמר 'ואחריו': י"א שכל הקודם בשטר זכה, דאלי"כ מדוע הוצרך להזכיר לכל אחד חלקו בפני עצמו, הרי היה יכול לומר סך זה יחלקו ביניהם וממילא היו מחלקים ביניהם בשווה. וי"א שחולקים בשווה, דדוקא כאשר אמר אחריו אמרין שכוונתו היתה להקדים הראשון.

4. כדין החלוקה כך דין גביית בעל חוב, שאם הדין שיחלקו הנכסים בשווה ע"פ היחס שניתן להם, כך גם יגבה מהם בעל חוב. אך כאשר הדין שכל הקודם בשטר זכה – אין בע"ח גובה אלא מהאחרון, ואם אין לו חוזר לשלפניו, אין לו חוזר ללפני פניו.

הקצות (ד) כתב בשם הרשב"ם שבע"ח גובה מהם רק כאשר נתן להם קרקעות בשווי זה, או שנתן מטלטלין ועדיין לא הגיעו לידיהם, אך אם נתן מטלטלין והגיעו ליד מקבלי המתנה – אין בע"ח גובה מהם. והקשה מה בכך שלא הגיעו עדיין לידי מקבלי המתנה, הרי כיון שדבריו ככתובין וכמסורין א"כ הרי זה כמלוה ופקדון ביד אחרים שאין בע"ח גובה מהם!! ותי"ר שבע"ח שדבריו שכתובין וכמסורין דמי, אך חשיב כמחוסר גוביינא, וכיון שמחוסר גוביינא א"כ לא עדיף חכם של מקבלי המתנה על כוחו של המלוה, ויכול המלוה לגבותם.

ב"ב קלח. "תנו רבנן שכיב מרע שאמר תנו מאתיים זוז לפלוני ושלוש מאות לפלוני וארבע מאות לפלוני – אין אומרים כל הקודם בשטר זכה לפיכך יצא עליו שטר חוב גובה מכולם. אבל אמר תנו מאתיים זוז לפלוני ואחריו לפלוני ואחריו לפלוני כל הקודם בשטר זכה לפיכך יצא עליו שט"ח גובה מן האחרון אין לו גובה משלפניו אין לו גובה משלפני פניו".

5. דין זה נכון אף בבריא שזיכה ע"י אחר, וכגון שנתן לו כיס מלא מעות כדי שיתן לכל אחד חלקו. אך אם נתן לכל אחד מתנתו בידו, הרי ניכר למי הקנה תחילה והוא הקודם לגבות; סמ"ע כה בשם הטור.

6. **אם בתוך המתנות היה מתנה להקדש** – זכה מיד, כמתנת בריא, ואין בע"ח גובה ממנו. ושאר המתנות הם כמתנת שכיב מרע שאינן חלות אלא לאחר מיתה; רעק"א.

7. **אם מונה והולך פרטי הצוואה ומסדרן בסעיפים זה אחר זה** – הרי זה כאילו כתוב 'אחריך', והראשון ראשון קודם; פת"ש ורעק"א בשם שו"ת עבודת הגרשוני.

סעיף י

שכיב מרע שנתן מתנה והניח נכסיו ליורשיו, אם יצא עליו שטר גובה כל מהיורשים, ואם לא הספיק, גובה השאר ממקבל המתנה. וה"מ שפירש חלק מקבל המתנה ולא פירש חלק היורש, אבל אם אמר: תנו ק"ק זוז לפלוני בני וק"ק זוז לאיש פלוני, בנו קודם, שהרי הקדימו. ואם יצא עליו שטר חוב, גובה מאותו איש נכרי, כיון שאיחרו.

1. **בעל חוב גובה מיורשי החייב ולא ממקבלי מתנותיו, אא"כ אין ליורשים מספיק כדי החוב, דהיורש** כרעא דאבוח הוא ואין בע"ח גובה ממשועבדים במקום שיש בני חורין; כ"כ ה"ה בשם הרשב"א.

2. **דין זה הוא רק כאשר פירש חלק מקבל המתנה, אך לא פירש חלק היורש** ולכן אמרין שהיורש מקבל בתורת ירושה ובע"ח גובה ממנו. אולם, כאשר נתן ליורש במתנה – דינו כאחר שקיבל מתנה, שלפעמים גובים משניהם בשווה ולפעמים גובים לפי סדר הקדימה, וכמו שנתבאר בסעיף הקודם.

3. **אימתי אמרין שנתן ליורש במתנה**, הרי קי"ל שכל מתנה ליורש ירושה היא!! סמ"ע – אם פירש הסכום שנתן לו – מתנה, לא פירש אע"פ שקצב את חלקו כגון שאמר 'שליש' 'רבע' וכדו' – ירושה; כ"כ בפרישה כדי לתרץ סתירה מדברי הרא"ש בתשובה, והובא בדברי רעק"א. נתיבות – רק כשאמר בלשון מתנה מוחלט, כגון 'תנו', אך לשון שמשמע ממנו גם ירושה אע"פ שדינו כדין נותן מתנה, כמו לשון 'יהא', 'יטול' – דינו כדין יורש לענין זה.

סעיף יא

מי שאומר: יש לי כך וכך נכסים ביד פלוני כך וכך נכסים ביד פלוני, והיה מונה והולך את שלו, ומתוך כך צוה ואמר: תנו לפלוני ק"ק זוז, אין נותנים לו כל הק"ק זוז מיד, אלא לפי חשבון מה שיקבצו, שהרי גילה דעתו שממה שיש לו רוצה לתת לו לפי חשבון.

1. **אם מנה נכסיו** כגון שאמר כך וכך יש לי אצל פלוני וכך אצל אלמוני, **ומתוך כך** (בלי הפסק, סמ"ע) **אמר תנו לפלוני סך מסוים** – אינו זוכה אלא לפי חשבון מכל מה שיצליחו לקבץ מנכסיו, דהיינו שאם לא יצליחו לגבות את כל החובות שהזכיר, לא יקבל אלא לפי האחוז שנתן לו מתוך הסכום שהזכיר; כ"כ ה"ה בשם הרשב"א.

2. **אימתי אמרין שמפסיד המקבל אם נפסדו הנכסים?**

אם נפסדו בחיי הנותן: לא הפסיד המקבל כלל, **זולת בדין שלנו, וכשנפסדו מחמת אי יכולת לגבות החובות**, דבכה"ג שמנה והלך כל חובותיו ומתוך כך נתן, אמרין שלא נתן אלא על דעת שיגבו את כולם.

כאשר נפסדו לאחר מיתת הנותן: יתבאר בסעיפים הבאים שיש מצבים שיכולים לומר לו שלך הפסיד, ויש מצבים שחולקים לפי חשבון. נתיבות, ט.

סעיף יב

שכיב מרע שאמר: תנו ר' זוז לפלוני וישא בתי, ה"ז כמי שנתן לו שתי מתנות, כל איזה מהם שירצה יקח. לפיכך אם רצה ליקח המעות ולא ישא הבת, הרשות בידו. אבל אם אמר: יקח בתי ויתנו לו ק"ק זוז, הרי זה תנאי, ולא זכה במעות אם לא ישא הבת. הגה: האומר: תנו ק' זוז לבתי ותקנה בהן חגורה, ומתה, נותנין ליורשיה, דהוי כאילו אמר שני צוואות, ואף על פי שאי אפשר לקיים לקנות בהן חגורה, מ"מ מתנה ראשונה קיימת (ת"ה סימן ש"ן).

1. **האומר 'תנו ר' זוז לפלוני וישא בתי' – נתן לו ב' מתנות:** מאתיים זוז, ולשאת את בתו. ואין האחת תלויה בחברתה, ולכן יכול לבחור לקחת רק אחת מהם. אולם, אם אמר 'ישא בתי ויקח ר' זוז', וכ"ש אם אמר 'יקח מאתיים זוז על מנת שישא בתי' – הרי זה תנאי, שרק אם ישא בתו יזכה במעות.

ביצה כ. "ההוא גברא דאמר להו: הבו ליה ארבע מאה זוזי לפלוני, ולנסיב ברת. אמר רב פפא: ארבע מאה - שקיל, וברתיה, אי בעי - נסיב, אי בעי - לא נסיב. טעמא דאמר: הבו ליה ולנסיב, אבל אי אמר לנסיב והבו ליה, אי נסיב - שקיל, ואי לא נסיב - לא שקיל". מרש"י ותוס' משמע שהטעם הוא 'תפוס לשון ראשון'. אולם, תרוה"ד הקשה שהרי קי"ל ששכ"מ יכול לחזור בו ואזלינן דווקא בתר דבריו האחרונים!! ולכן הביא בשם הסמ"ג שכשאומר 'תנו' ואח"כ שיעשה מעשה מסוים - הרי זה כבי' צוואות נפרדות שאינם תלויות זו בזו.

פת"ש בשם שער המשפט: דווקא כשאמר בתחילה 'תנו סך מסוים' ואח"כ אמר דבר נוסף, מוכח שדעתו שאלו ב' דברים שאינם תלויים אחד בשני, והרי הוא רוצה שהמתנה הראשונה תתקיים בכל ענין. משא"כ במקרים אחרים.

2. האומר 'תנו סך מסוים לבתי ותקנה בהם חגורה', ומתה: רמ"א - המתנה קיימת, אע"פ שהיא כבר לא יכולה לקנות חגורה, אך אלו ב' צוואות שאינם תלויות אחת בשניה. ט"ז, קצות - המתנה קיימת, מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו וגמר ויהיב בלא תנאי. אולם, באנשים אחרים (לפי הקצות - אפי' בבת בנו) המתנה תתבטל, כיון שזוהי מתנה אחת.

הרמ"א כתב דין זה בשם תרוה"ד (שן). ה"ז והקצות תמחו על דבריו, שהרי תרוה"ד דחה טעם זה, וכתב שבכה"ג נראה שזה צוואה אחת, אלא שמתעם אחר הדין קיים, מפני שאמר שם שכיון שדעתו של אדם קרובה אצל בנו ואפי' אצל בן בנו - אמרינן שגמר ויהיב בתור מתנה גמורה ללא תנאי. הקצות כתב שלכן הרמ"א דקדק בלשונו וכתב דווקא 'בתי' ולא 'בת בתי' כמו בתרוה"ד, מפני שס"ל להלכה שדווקא בבתי אמרינן שדעתו קרובה אצלה.

סעיף יג

שכיב מרע שאמר: תנו לפלוני שוה ק"ק זוז מייני, והחמיץ קצת מהיין, ההפסד לפי חשבון. וכן אם אמר: תנו לו מדמי ייני ק"ק זוז, ונמכר ונאבדו קצת מהמעות, ההפסד לפי חשבון. אבל אם אמר: תנו לו ק"ק זוז מייני, בין אם החמיץ קצת מהיין או נמכר ואבדו קצת מהמעות, כל האחריות על היורשים, ונוטל המקבל ק"ק זוז שלמים. ואם נתייקר, לעולם הריחוק ליורשים בכל ענין שאמר, ואין נותנים לו אלא ק"ק זוז. וכן אם הוזל, ההפסד ליורשים. הגה: נתן לו דבר מסוים, כגון חבית אחת בין החביות, ונאבד אחד מהן, ההפסד על המקבל (הרשב"א ור"ן ומרדכי פרק המקבל והמגיד פ"א דזכיה). צוה ליתן לאחד מנה מנכסיו, וצוה לאפוטרופסין לברור לו היפה, ובריר לו מנה יפה ונאבד, צריכין ליתן לו מנה אחר, הואיל ולא סיים הנותן, רק אמר ליתן מנכסיו (ב"ב בשם הרשב"א).

1. ציוה לתת דבר מסוים לחברו ונפסד:

א. אם אמר 'תנו שווה מנה מייני לפלוני' ונפסד היין - ההפסד לפי חשבון, דהיינו שאם נתן לפלוני רבע מכמות היין שלו, וחצי מייני החמיץ - הרי רבע מההפסד עליו, ושלושה רבעים על היורשים; כשיטת התוס' והרא"ש.

ב. אם אמר 'תנו לו מדמי ייני סך מסוים' ומכרו מהיין כדי לתת לו ואבדו חלק מהמעות - ההפסד לפי חשבון, כנ"ל.

ג. אם אמר 'תנו לו סך מסוים של מעות מייני' - לא הפסיד כלום, דכיון שהזכיר מטבע ומהיין, התכוון לייפות את כוחו שכל האחריות תהיה על היורשים.

גיטין סה: "גניבא יוצא בקולר הוה, כי הוה קא נפיק, אמר: הבו ארבע מאה זוזי לרבי אבינא, מחמרא דנהר פניא וכו'. אלא, רבי אבא הכי קא קשיא ליה: חמרא לא קאמר, דמי חמרא לא קאמר, מחמרא קאמר! ואידך? מחמרא, כדי לייפות את כחו. שלחו מתם - מחמרא, כדי לייפות את כחו". ופירש"י: "שאם אמר תנו לו יין - אם החמיץ מן היין מאה חביות היו היורשים אומרים לו שלך החמיץ, ואי אמר דמי חמרא ומכרו ממנו קצת ואבדו המעות - אומרים לו אבדו מעותיך, הלכך אמר מחמרא דמשמע יין ודמיו שהכל אחריות לו". **וב' שיטות מצאנו בראשונים בביאור דבריו: א. תוס' והרא"ש** - אף כשאמר 'תנו לו יין בשוי מסוים' והחמיץ - לא איבד מעותיו אלא כפי חשבון, שהרי הוא שותף עם היתומים בנכסים, ואינם יכולים לומר לו 'שלך החמיץ'. **מדוע זה שונה ממנחות קח:** "בית בביתי אני מוכר לך ונפל - מראהו נפול"? תירצו הר"ן והרא"ש דשאני התם שמכר או נתן לו דבר מסוים, ולכן יכול להראותו נפול. משא"כ הכא שלא נתן לו דבר מסוים. **אלא שנחלקו מהו הגדר של דבר מסוים?** שיטת הר"ן שאם היה נותן לו חבית יין, אע"פ שלא סיים לו איזה חבית - חשיב כדבר מסוים, ויכולים להראותו חומץ. והכא מייירי שנתן לו יין, והרי כל היין מעורב יחד ואינם יכולים להראותו חומץ. אולם, דעת הרא"ש שאף חבית יין אינה דבר מסוים, כיון שאינו אומר איזה חבית הוא מקנה לו, אלא מקנה לו חבית בין כל החביות שלו, ובכה"ג ההפסד לפי חשבון. **ב. שיטת הרמב"ן וריצב"א** - דברי רש"י כפשטן, דבכל עניין אמרינן שאיבד מעותיו לגמרי, וכמו שאיתא במנחות קח:.

2. ציוה לתת לו דבר מסוים כגון חבית של יין מחביותיו ונפסד כגון שהחמיצה אחת החביות - הפסיד המקבל, כמו שנתבאר. וכבר נתבאר שלגבי חבית נחלקו הר"ן והרא"ש אי חשיב דבר מסוים, והרמ"א פסק כר"ן.

3. **אם נתייקר או הוזל** – הריוח וההפסד ליורשים, ואין זה משנה באיזה לשון אמר; כדעת הרא"ש ודלא כראב"ד.

כתובות נד. – "ההוא דאמר להו נדוניא לברת, זל נדוניא, א"ר אידי בר אבין: פורנא ליתמי. ההוא דאמר להו ארבע מאה זוזי מן חמרא לברת, אייקר חמרא, אמר רב יוסף: רווחא ליתמי". וכתב הראב"ד שדין זה הוא דווקא כשאמר 'דמי חמרא', אך אם אמר 'מחמרא' היוקר והזול למקבל המתנה, וכמו שמצינו לענין אם החמיץ. אולם, הרא"ש כתב שלא דמי כלל לסוגיא דגיטין, דשם לא אמרנו אלא לענין האם קנה או לא, אך לא לענין יוקר וזול.

4. אם ציוה לתת לאחד מנה מנכסיו, וציוה לאפוטרופוס לברור לו היפה, ובררו היפה ונאבד קודם שהגיע לידו: צריכים ליתן לו מנה אחר, דכל זמן שלא הגיע לידו לא זכה בו, ועדיין כל נכסיו משועבדים לאחריות המנה; כ"כ הרשב"א בתשובה, והביאו הרמ"א. רעק"א העיר שלדעת הרמב"ן והריטב"א כיון שאמר 'מנה מנכסי' הרי זה דומה לאומר 'מנה מייני' שהתכוון שיהיו כל נכסיו משועבדים לאותו מנה, ולא הפסיד כלום! אולם, לדעת הר"ן כשאמר 'מנכסי' כוונתו כאומר משלי, ואין לו אלא מנה טבוע מנכסיו.

סעיף יד

שכיב מרע שאמר: תנו לפלוני בית המחזיק מאה חביות, ולא נמצא לו בית מחזיק פחות מק"כ, זכה באותה בית שמחזיק ק"כ.

1. **אמר 'תנו לפלוני בית שמחזיק ק' חביות', ולא נמצא לו אלא בית שמחזיק ק"כ חביות** – זכה בו.

ב"ב עא. "ההוא דאמר להו: הבו ליה לפלניא ביתא דמחזיק מאה גולפי, אשתכח דהוה מחזיק מאה ועשרין, אמר מר זוטרא: מאה אמר ליה, מאה ועשרין לא אמר ליה. רב אשי אמר וכו' ה"נ מאן דיהיב מתנה - בעין יפה יהיב". ופירשב"ם "והאי דקאמר מחזיק מאה גולפי **סבור היה שלא היה מחזיק יותר** ולשם חשיבות אמר כן דמתנה גדולה כזאת נותן לו".

2. **מה הדין אם נמצא בית שמחזיק פחות חביות?** זכה בו, ואמרינן שטעה וסבר שהבית מחזיק מאה; רעק"א.

3. **מה הדין אם לא נמצא אלא בית שמחזיק ק"נ חביות?** ב"י, ב"ח – לא זכה, דדוקא במאה ונמצא מאה ועשרים אמרינן שעבדי אינשי דטעו בהכי, אבל יותר מזה לא, ולא נתכוון ליתן לו בית זה. ש"ך בשם הנמוקי"י – זכה.

4. מה הדין אם ציוה לתת צרור כסף של מאה זהובים, ולא נמצאו אלא צרורות של ק"כ? משנה למלך – נסתפק בזה, האם זה דומה לדין שלנו. נתיבות (יא) – נוטל רק מאה זהובים, ולא דמי לדין שלנו, דהכא שאני שרוצה להקנות לו הבית והחביות, ואם לא יטול כל המאה ועשרים חביות גם לא יזכה בכל הבית, ובהכרח לומר שלא דייק בחשבון החביות. משא"כ בצרור שאין כוונתו אלא על המעות, ואין שום בעיה שיקח מאה זהובים מהצרור וישאיר הכ' הנתרים.

סעיף טו

שכיב מרע שאמר: תנו ת' זוז לבתי בכתובתה, או לכתובתה, אם דרך אנשי העיר להוסיף בשומת הנדוניא ולכתוב שוה מנה במאתים אינה נוטלת אלא ק"ק, שהרי לא אמר ת' סתם.

ב"מ קד: "ההוא גברא דאמר להו: הבו לה ארבע מאה זוזי לברתי בכתובתה. שלח רב אחא בריה דרב אויא לקמיה דרב אשי: ארבע מאה דאינון תמני מאה, או ארבע מאה זוזי דאינון מאתן? וכו' ולא היא, לא שני דאמר לכתובתה ולא שני דאמר בכתובתה - ארבע מאה זוזי דאינון מאתן, עד דאמר הבו לה סתמא".

סעיף טז

אם אמר: ק"ק זוז לפלונית בנדונייתא, אין להם לתת עד שתנשא ותצטרך לכך. ואם מתה בנתים, אין ליורשיה כלום. אבל האומר: תנו ק"ק זוז לנדונייתא, חייבים לתת לה מעכשיו, ויוקרא וזולא דידה הוי, ואם מתה קודם שתנשא זכו בהם יורשיה. הגה: בכל אלו אין חילוק בין שכיב מרע למתנת בריא בקנין (טור). ויש חולקין באלו הדינים וסבירא להו דאם אמר ליתן להשיאה ומתה לא זכו בהם יורשיה (מרדכי פ' אף על פי), וכנ"ל עיקר (ועיין ביו"ד סי' רנ"ג סעיף ו').

1. **האומר ליתן לבתו סך מסוים עבור הנדוניא, אימתי נותנים לה אותו?**

סמ"ע (לה), ש"ך (כ): אם אמר 'נתנו' נותנים לה מיד, אך אם לא אמר 'נתנו' אין נותנים לה עד שתנשא ותצטרך לו. וטעם החילוק שכאשר לא אמר תנו לא נתכוון שיתנו אלא כשתצטרך, אך אם אמר תנו כוונתו שיתנו מיד ומה שהוסיף לנדוניתא זה רק מראה מקום שניחא ליה שיהיה עבור הנדוניה, ושלא תבזבז אותו. הסמ"ע נתקשה בטור, שמשמע מדבריו בהמשך שאף באומר 'נתנו' יוקרא וזולא על היתומים ומוכח שלא זכתה בהם, ודוחק לומר שאע"פ שנותנים מיד אך קודם שנתנו יוקרא וזולא עליהם. ומיין בחילוקו של הלבוש כיון שלא מצא בשום מקום חילוק כזה. הש"ך כתב שבעיניו הדבר פשוט שהחילוק הוא בין אומר תנו או לא, אלא שאף כשאמר 'נתנו' – כל זמן שלא נתנו – יוקרא וזולא על היתומים, ולא על הבת, ובהכי לא קשה על הטור.

לבוש, קצות (ז), נתיבות (יב): אם אמר 'בנדוניתא' – אין נותנים עד שתצטרך, אך אם אמר 'לנדוניתא' – נותנים לה מיד. הקצות הקשה על דברי הסמ"ע והש"ך, שהרי מבואר בסעיף ב שכאשר לא אמר 'נתנו' אין נותנים כלל! ולכן ע"כ מיירי הכא כשאמר תנו והחילוק הוא אחר. וטעם הדבר הוא ש'נדוניתא' זה שם העצם של החפצים שנותנים לנדונית הבת, ונמצא שכאשר אמר 'נתנו בנדוניתא' כוונתו שיתנו לה חפצים אלו בתור נדוניה, וא"כ אין דעתו שיתנו לה עד שתנשא ותצטרך לנדוניה. אולם, אם אמר 'נתנו לנדוניתא' א"כ הוא מדבר על הכסף וכוונתו שיתנו לה את הסכום הזה, והיא תשתמש בו כדי לקנות חפצים לנדוניה, ואין זה אלא מראה מקום מה הוא רוצה שיעשו במעות, אך המתנה היא מתנה גמורה מעכשיו, ולכן יוקרא וזולא דידה.

2. אם מתה קודם שנישאת, האם זכו בו יורשיה?

כאשר הדין שאין נותנים לה עד שתנשא – לא, דכל זמן שלא נשאת לא זכתה בממון כלל, ויוקרא וזולא של היורשים.

כאשר הדין שנותנים לה מיד: שו"ע – זכתה בו מיד עם מיתת השכ"מ, ויוקרא וזולא דידה, וממילא זכו בו יורשיה אף אם מתה קודם שבא הממון לידה; וכבר הבאנו שדעת הש"ך שאף בכה"ג יוקרא וזולא על היורשים, כל זמן שלא הגיע הממון לידה. רמ"א – לא זכו בו יורשיה, דלא התכוון לתת לה אלא ע"מ שתינשא. וכתב הסמ"ע שביו"ד (רנג, ז) כתב הרמ"א שאף לדעה זו נותנים לה מיד והרי הם שלה, אלא שאם מתה נתבטלה המתנה למפרע והממון חוזר ליורשי הנותן.

מקורו של השו"ע הוא מדברי הריטב"א והרשב"א, והוכיחו כן מהדין של הנותן דינר לעני ליקח בן חלוק, שרשאי ליקח בו טלית, ואע"פ שעבר על דעת המצווה, דלא קי"ל כר"מ שהמעביר על דעתו של בעה"ב נקרא גזלן. אולם, הרמ"א בדרכי משה כתב שכבר הביא באה"ע שיש החולקים על דבריהם, וסוברים שאף בכה"ג אמרינן שלא ניתנו לה אלא על מנת שתינשא והרי לא נישאת ולא זכתה בהם כלל.

פת"ש בשם חת"ס: אין מח' בדבר דהדעות שהובאו בדרכי משה מיירי כשלא הגיע הממון ליד המקבל, אלא ליד שליח כדי שיתנו לו ובכה"ג אמרינן שלא נתנו אלא על דעת שתנשא. ולכן יש ג' חילוקים: א. אם הגיע ליד המקבל – לכו"ע זכתה בממון אף אם לא נשאת, וזוכים בו יורשיה. ב. הגיע ליד שליח, כגון שניתן לאב כדי להשיא בתו – לא זכה בו כלל, ואם מתה ולא נישאת – יחזיר הממון ליד הנותנים. ג. הגיע ליד האפוטרופסים – יש להסתפק, ואם נתמנו ע"י המתנדים עצמם – הרי ידם כיד היתומים, וזכו בממון מיד עבורם.

סעיף יז

ש"מ שאמר: תנו לבני שקל בכל שבת, או שאמר: אל תתנו להם אלא שקל, ונמצא שאינו מספיק להם אלא סלע בכל שבת, נותנים להם כל צורכם. ואם אמר: אם מתו ירשו אחרים תחתיהם, אין נותנים להם אלא שקל. ועיין בסימן רמ"ח (אימת' אין לאחריהם כלום).

1. שכיב מרע שאמר: 'תנו שקל לבני לכל שבוע', ואפי' אם אמר 'אל תתנו להם אלא שקל': אם אינו מספיק להם להתפרנס בכך – נותנים להם יותר, דודאי לא עלה על לבו שימותו ברעב, אלא שרצה לחנכם שלא יבזבזו.

2. כאשר אמר 'ואם מתו ירשו אחרים את מה שותירו': אין נותנים להם אלא שקל, כדי שלא להפסיד לאחרים. ואע"פ שהמותר יטלו בניו מהצדקה, כיון שהממון אינו של בניו אלא שלו, רשאי ליתן ממנו למי שירצה, ובניו יחזרו על הפתחים; סמ"ע לח.

כתובות סט: "האומר תנו שקל לבני בשבת, וראוין ליתן להם סלע וכו'. אמר רב חסדא אמר מר עוקבא, הלכתא: בין שאמר תנו ובין שאמר אל תתנו – נותנין להם כל צורכם. הא קיימא לן הלכה כרבי מאיר, דאמר: מצוה לקיים דברי המת! ה"מ במילי אחרניתא, אבל בהא מינח ניחא ליה, והא דאמר הכי – לזרוזניהו הוא דאתא".

מדוע לא אמירנו בכה"ג ירושה אין לה הפסק? עי' בסי' רמח סעיף א, שהבאנו ג' תירוצים לקושיא זו. הב"י כאן הביא תירוצ' נוסף בשם רש"י שהכא מיירי שמתו בניו בלא בנים ובכה"ג חזרה הירושה לאב ואחיו יורשים ממנו, ובכה"ג יכול האב להפסיק ירושתו (כן ביאר התיבות תי' הב"י).

עוד הקשה הב"י היאך מועילה לשון ירושה שאמר לאותם אחרים, הרי אינם בני ירושה!! ותירץ שלשון ירושה אינה בדווקא, אי"נ שמייירי באחרים שראוים ליורשו כריב"ב. והקשו עליו שנתעלמו ממנו דברי רב ששת בב"ב קכט: שלשון מתנה שאמר בתחילה 'תנו' מהני אף ללשון ירושה שאמר בסוף על אותם שאינם ראויים ליורשו.

סעיף יח

שכיב מרע שאמר: תנו מנה לפלוני, נותנים, בין אמר: מנה זו בין אמר: מנה סתם; וה"מ במצוה מחמת מיתה, שקונה באמירה, או במחלק כל נכסיו להרבה בני אדם וצוה לתת מכללם מנה לזה, דהוי מסתמא מצוה מחמת מיתה; אבל היכא דלא אקני אלא חד מנה בסתם, הוי מתנת שכיב מרע במקצת דלא קנה אלא בקנין ובמיפה כחו, והכא כיון דמנה אקני ליה אפילו בקנין לא קנה, דמטבע אינו נקנה בחליפין, וצריך להקנות לו אגב קרקע או דמסר ממונא ליד שלישי מחיים.

1. האומר 'תנו מנה לפלוני' – נותנים ואין חוששים למנה קבור, ואין חילוק אם אמר 'מנה זו' או 'מנה' סתם. **גיטין יג.** "דאמר רב: שכי"מ שאמר תנו מנה לפלוני מנכסי, מנה זה – נותנין, מנה סתם – אין נותנין, חיישינן שמא מנה קבור קאמר. והלכתא: לקבורה לא חיישינן".

האם בעינן שיאמר 'תנו'? שו"ת רמ"א (צב) בשם הרי"ף – כן, דדוקא באומר 'תנו' לא חיישינן למנה קבור. אך מדברי הרמ"א בסי' רמ מוכח כרשב"א שכל שהזכיר מנה או קרקע לא חיישינן למנה קבור, אע"פ שלא אמר תנו; אך באומר שיש שטר או עדי פקדון חיישינן למנה קבור; נתיבות יד.

2. דווקא במתנת שכיב מרע שאינה צריכה מעשה קנין, כגון שהקנה כל נכסיו להרבה בני"א, ולאחד מהם הקנה את המנה הזה, או במצוה מחמת מיתה שקונה אף במקצת, **ניתן להקנות מטבע.** אולם, במתנת שכיב מרע במקצת שצריכה קנין – א"א להקנות מטבעות, כיון שמטבע אינו נקנה בחליפין, אלא צריך להקנותו באגב, או שימסור הממון ליד השליש ויתחייבו היורשים לקיים צוואתו מדין 'מצוה לקיים דברי המת'.

3. מתנת שכי"מ במקצת בקנין, האם בעינן ייפוי כח? האחרונים (סמ"ע, נתיבות, רעק"א) תמהו על דברי השו"ע שכתב ש'מתנת שכיב מרע במקצת לא קנה אלא בקנין ובמיפה כחו', שהרי קי"ל שלא בעינן יפוי כח אלא במקום שאין צורך בקנין, והקנין גורע ולכן צריך שייפה את כוחו כדי שלא יגרע. אולם, מתנת שכי"מ במקצת לא קונה כלל בלא קנין, וכשיש קנין הרי זה מתנת בריא גמורה ואמאי צריך לייפות את כוחו?! ונשארו בצ"ע. הש"ך כתב שכוונתו למצוה מחמת מיתה שקנה בלא קנין, ולכן אם עשה קנין בעינן ייפוי כח. אולם דחו דבריו, דאי מיירי בכה"ג אמאי לא נקנה המנה, הרי מצוה מחמת מיתה קנה באמירה בעלמא?! ועל כרחך דהשו"ע איירי במתנת שכי"מ במקצת שאינה אלא כמתנת בריא.

היה מקום לומר שדעת השו"ע שמתנת שכי"מ במקצת דבעי קנין, אם ייפה את כוחו ארכביה אתרי ריכשי וקונה אף מדין מתנת שכי"מ, וכן משמע לקמן בסעיף כ שכתב שמתנת שכי"מ במקצת שעשה קנין ויפה את כוחו קונה חוב ואין היורש יכול למחול. וכבר כתב עליו הגר"א שכן היא דעת הרשב"ם, אך תמה אמאי מהני הרי חוב אינו נקנה אלא בכומ"ס או במתנת שכי"מ ולא בקנין חליפין?! ומוכח שדעת השו"ע שאף מתנת שכי"מ במקצת בקנין – דין מתנת שכי"מ עליה, ולכן מהני לקנות חוב! אלא שא"כ קשה מאי שנא הכא שלא מהני לקנות מטבע?! שהרי מתנת שכי"מ מהני. וצ"ע והי' יאיר עינינו בתורתו; אכ"י.

סעיף יט

יש מי שאומר שאם אמר: הריני נותן מנה לפלוני, מנה ממש דוקא קאמר, ואי איתיה בעיניה ממש ונאבד מראהו אבוד. וכן אם יש לו כמה מנים בעין, כל אחד בפני עצמו, ונאבד אחד מראהו, אבוד. ואפילו אמר: מנכסי, ואם אין לו מנה מיוחד אלא ת"ק זוז בבת אחת, ונאבד מנה מהם, לא הפסיד זה אלא לפי חשבון. ואם אין לו מעות כלל בעין, ולא אמר: מנכסי, איכא למימר שלא זכה מקבל. הגה: דמנה ממש דווקא קאמר והא לית ליה (שם). וכל שכן אם אמר ליתן לו מעות או זהובים, דדוקא קאמר, ואי לית ליה הפסיד אם לא אמר מנכסי או לשון אחר שמשמע כמו נכסי (מהרי"ק שורש צ"ד ותשובת רמב"ן סימן ס"ב).

1. האומר 'הריני נותן מנה לפלוני' – כוונתו ליתן מנה ממש, ולא שווי של מנה; כן דקדק הר"ן מהסוגיא בגיטין יג, דאי לאו הכי מה שייך לחשוש למנה קבור, הלא לא נתן לו מנה מסוים אלא שווי!!

2. אמר כן, והיה לו מנה בעין ואבד, ואפי' היו לו כמה מנים בעין ואבד אחד מהם – הפסיד המקבל, שהרי יכולים היורשים לומר לו ששלו אבד. ועיין בנתיבות בסעיף יא, שדין זה הוא דווקא כאשר אבדו לאחר מיתת הנותן, אך אם אבדו בחייו לא הפסיד המקבל.

3. אמר כן, ולא היה לו מנה מסוים, אלא סכום גדול ואבד מתוכו בשווי מנה – הפסיד המקבל לפי חשבון, דבכה"ג שלא היה לו מטבע מסוג מנה, הרי נעשה שותף עמהם במעותיהם ודינו כב' שהטילו לכיס; כ"כ הר"ן הנ"ל.

4. אמר כן, ולא היה לו מטבעות כלל: אם אמר 'תנו מנה לפלוני' סתם – לא זכה המקבל, שהרי לא נתכוון לתת לו אלא מנה מסוים ואין לו. אך אם אמר 'מנכסי' – זכה המקבל, וצריכים ליתן לו שווי מנה, דכיון שאמר 'מנכסי' נתכוון לתת לו שעבוד מנה בנכסיו.

5. אם היה לו מנה בהלוואה ביד אחרים – לא חשיב כיש לו; ש"ך בשם המבי"ט, שהרי לא בא לידו.

סעיף כ

שכיב מרע שאמר: הלוואתי או פקדוני שביד פלוני תנו לפלוני, דבריו קיימים ואין צריך מעמד שלשתן. וכן אם אמר: שטר חוב שיש לי על פלוני תנו לפלוני, זכה במה שיש בשטר, וכאילו כתב ומסר, אף על פי שלא משך השטר, ואין היורש יכול למחול שטר שניתן במתנת שכיב מרע. והא דאמרינן שזכה בחוב, בשלא שייר כלום, שאם לא כן הויא לה מתנת שכיב מרע במקצת ולא קניא אלא אם כן הקנה לו בקנין ובמפיפה כחו או שהוא מצוה מחמת מיתה. וי"א הא דשכיב מרע יכול להקנות הלוואה שלו שביד אחרים, היינו בהלוואה שיש לו ביד ישראל, אבל לא הלוואה שיש לו ביד עובד כוכבים. ואפילו יש לו משכון או שטר מן העובד כוכבים יש להסתפק אם יוכל להקנות; (מרדכי פ' מי שמת והגהות מ"י פ"י דזכיה ומהר"ם פאדווה סימן נ"ו) וכן"ל להורות.

1. מתנת שכיב מרע מועילה להקנות אף חובות ואפי' מלוה על פה ופקדונות.

ב"ב קמז: "אמר רבא אמר רב נחמן: שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה – לא אמר כלום, עד שיאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו, תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו. למימרא, דסבר ר"נ: מילתא דאיתא בבריא איתא בשכיב מרע, דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע, והא אמר רבא אמר רב נחמן: שכיב מרע שאמר תנו הלוואתי לפלוני – הלוואתו לפלוני, ואף על גב דליתיה בבריא! רב פפא אמר: הואיל ויורש יורשה. רב אחא בריה דרב איקא אמר: הלוואה איתא בבריא, וכדרב הונא אמר רב, דאמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך תנהו לפלוני, במעמד שלשתן – קנה". וכתב הר"ן שקי"ל כתיורצו של רב אחא בריה דרב איקא, ולכן אם מקנה לו אויר חצר אע"פ שיוורש יורשה – לא קנה, כיון דליתיה בבריא.

2. מתנת שכיב מרע מועילה אף להקנות שט"ח, ב"ב קנא. "אימיה דרב עמרם חסידא הוה לה מלוגא דשטראי, כי קא שכבא אמרה: ליהוי לעמרם ברי; אתו אחוה לקמיה דרב נחמן, אמרו ליה: והא לא משך! אמר להו: דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו".

האם בעינן שיאמר שמקנה לו הוא וכל שעבודיה? שו"ע – לא, וכן הסכים הש"ך. מבי"ט – כן, ואם לא אמר כן לא זכה.

הרשב"א כתב שמהדין של הסעיף הבא למדנו שאין מתקנין לשונו של השכ"מ, כדי שתחול מתנתו. וממילא, אף מה שאמרנו שיכול להקנות שטר חוב באמירה בעלמא, אין זה אלא כשאמר שמקנה לו את השטר וכל שעבודא דאית ביה, אך בלאו הכי – לא קנה. הר"ן כתב כן בתחילה, אך הוסיף שמדברי הרמב"ם נראה שלא בעינן שיאמר הכי.

ב' טעמים כתבו הראשונים לבאר מדוע לא בעינן שיאמר בלשון הזו, אע"פ שלגבי גוף לפירות בעינן שיאמר בפירוש: **א. הר"ן תירץ דאין מתקנים לשונו, אך מסיימים דבריו.** ולכן אם אמר לשון שלא מהני, כגון 'ידור פלוני בבית' לא נפרש אותו בצורה שמועילה. אולם, כשהתחיל בלשון שמועילה אלא שלא סיים, וכגון בשטרות שלא אמר 'וכל שיעבודיה' – אנו מסיימים דבריו, שכן דרכו של שכ"מ להתחיל בדבר ולהשמיט בדרך קצרה. **ב. ה"ה תירץ שדירת בית ובית אלו ב' דברים,** וכדי לתקן לשונו אנו צריכים לומר שהוסיף והקנה לו אף גוף הבית לדירה, וכיון שלא הזכיר זה בלשונו אנו לא יכולים להוסיף דברים במתנתו. **משא"כ כשמקנה לו שטר חוב,** אע"פ שלא הזכיר 'וכל שעבודא דאית ביה', **אך השעבוד והשטר הם דבר אחד,** ואינם נחשבים כב' דברים שונים, ולכן בכה"ג מתקנינן לשוניה. הש"ך (כט) הביא שהמבי"ט פסק כרשב"א שאם לא אמר כן – לא מהני, אך כתב עליו שהעיקר כר"ן ושכן הוא פשט הרמב"ם והשו"ע, וכן דעת בעה"ת.

3. חוב שהוקנה במתנת שכ"מ – אין היורש יכול למחול עליו.

ב"ב קמז: "ורבא אמר רב נחמן: מתנת שכיב מרע מדרבנן בעלמא היא, שמא תטרף דעתו עליו. ומי אמר רב נחמן הכי? והא אמר רב נחמן, אף על גב דאמר שמואל: המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו - מחול, ואפילו יורש מחול, **מודה שמואל, שאם נתנו במתנת שכיב מרע דאינו יכול למחול;** אי אמרת בשלמא דאורייתא, משום הכי אינו יכול למחול, אלא אי אמרת דרבנן היא, אמאי אינו יכול למחול? אינה של תורה ועשאוה כשל תורה". **הרשב"ם פירש** הטעם שאינו יכול למחול מפני שחיישין שמא תטרף דעתו עליו מכך שלא יקיימו דבריו, ולכן אלמנה רבנן למתנתו; **וכן נקט הסמ"ע. אולם, הר"ן פירש** מפני שמתנת שכיב מרע שווה רבנן, וכמו שיוורש אינו יכול למחול את החוב שירש אחיו, כך אינו יכול למחול את החוב שנתן אביו, וכאילו הצליח להקנות לו את שעבוד הגוף ולא רק את שעבוד הנכסים, **וכ"כ הע"ש והש"ך.**

מה הדין בחוב שהוקנה במתנת שכיב מרע במקצת בקנין ובייפוי כח? פשוט שו"ע – נקנה וא"א למחול עליו. וכ"כ הרשב"ם להדיא והביאו הב"י ולא העיר עליו מיד. גר"א וכן נראה שהבינו האחרונים לעיל סעי' יח – אינו נקנה, דדין מתנת בריא גמורה יש לה. מדברי האחרונים לכל אורך הסימן נראה שהבינו שמתנת שכיב מרע במקצת אין עליה כלל שם של מתנת שכיב מרע, אלא הרי היא כמתנת בריא גמורה לכל דבר, ולכן היא צריכה קנין, ואם עמד אינו חוזר, וא"א להקנות בה מטבע, ולכא"פ גם א"א לקנות בה מלוה בע"פ או בשטר. אולם, הרשב"ם כתב להדיא שאפשר לקנות שטרות במתנת שכיב מרע במקצת בקנין, והביאו הב"י, וכן נראה מלשונו הכא, שכתב "והא דאמרין שזכה בחוב, בשלא שייר כלום, שאם לא כן הו"ל לה מתנת שכיב מרע במקצת ולא קניא אלא אם כן הקנה לו בקנין ובמפיפה כחו או שהוא מצוה מחמת מיתה", ומשמע שכמו שבמצוה מחמת מיתה ודאי אפשר להקנות שטר לכו"ע, ה"ה אם הקנה בקנין ובמפיפה כחו במתנת שכיב מרע במקצת! (אע"פ שאפשר לחלוק ולפרש כוונתו 'ולא קניא' בדברים אחרים אלא בקנין וממילא אצלנו כלל לא תקנה). ואולי ע"פ זה יובן מדוע בעיני שייפה את כוחו, שהרי התקשו האחרונים על השו"ע בסעיף יח והכא שבתנת שכיב מרע במקצת בקנין לא בעיני ייפוי כח, שהרי בלא הקנין אין כלום! ואולי ניתן לומר שדעת השו"ע שמתנת שכיב מרע במקצת בקנין – דינה כמתנת בריא לכל דבר, ואין שטרות נקנים בה. אולם, כאשר מייפה את כוחו ארכביה אתרי רכשי, שמצד אחד נותן לו את הכח של מתנת בריא – שאם עמד אינו חוזר. ומאידך, זו מתנת שכיב מרע שמועילה להקנות דברים שא"א להקנות בבריא, כמו שטרות. אלא שא"כ צריך לשאול מדוע שלא תועיל אף להקנות מטבע, וכמו שנתבאר בסעיף יח. וצ"ע.

4. האם יכול להקנות חובות שיש לו ביד גויים? שו"ע – כן, דאין סברא לחלק ביניהם. רמ"א – לא, דלא סמכתא דעתו של הנותן שהגוי יפרע לו את החוב, ולא התכוון למתנה גמורה.

הג' מיימוני בשם הרא"ם, והמרדכי בשם אביאסף כתבו שחובות של גוים א"א להקנות אף במתנת שכיב מרע, וקורבו בעיניהם לומר שאף אם יש לו משכון או שטר עליהם, מפני שלא סמכתא דעתו. והקשה הב"י מה אכפת לו בכך שלא סמכתא דעת המקבל הרי דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו! וכתב שנראה לו שאין חילוק בדבר, ושכן נראה ממה שכל הפוסקים סתמו ולא כתבו חילוק זה. אולם, הדרכי משה כתב שכוונתם לומר שלא סמכתא דעת הנותן שיפרעו לו החוב, ולא התכוון למתנה גמורה. והסיף 'ולכן אין דוחין דברי הקדמונים ז"ל בלא טעם ברור', ושכן פסק מהר"ם פאדוואה.

אף כאשר יש לישראל משכון או שטר על הגוי – לא מהני; כ"כ הרמ"א. אולם, אם הקנה לישראל את גוף המשכון – מהני; ש"ך.

סעיף כא

שכיב מרע שאמר: ידור פלוני בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה, לא אמר כלום, שלא הקנה להם דבר שיש בו ממש, שהדירה והאכילה וכיוצא בהם הרי הם כדיבור וכשינה שאין נקנים. אבל אם אמר: תנו בית לפלוני כדי שידור בו עד זמן פלוני, או תנו דקל זה לפלוני כדי שיאכל פירותיו, דבריו קיימים, שהרי הקנה להם הגוף לפירות והגוף דבר שיש בו ממש. וכן כל כיוצא בזה.

1. מתנת שכיב מרע לא מועילה להקנות דבר שאין בו ממש, או דבר שלא בא לעולם. לכן, אם אמר 'ידור פלוני בבית זה' או 'יאכל פלוני פירות דקל זה' – לא מהני, עד שיאמר 'תנו הבית לפלוני כדי שידור בו לזמן פלוני', או 'תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו', דבכה"ג הקנה להם גוף לפירות.

ב"ב קמז: שהובאה בסעיף הקודם, ושם התבאר הטעם 'דכל מידי דליתיה בבריא ליתיה בשכיב מרע', דהיינו שכל דבר שאין הקנין מועיל בו, אף מתנת שכיב מרע לא מועילה להקנותו.

2. מה הדין כשהקנה דבר שבשעת אמירתו לא היה בעולם, אך בשעת מיתת הנותן כבר בא לעולם? רעק"א הסתפק בזה, והיה נראה לו מסברא שלא מהני. אולם, כתב שמתוס' גיטין יד: משמע שמהני, וסיים שצ"ע.

3. אמר 'יזכה וידור פלוני בבית זה' – מהני; רעק"א בשם המבי"ט.

4. אויר הבית או החצר – א"א לתנו במתנת שכיב מרע; רעק"א בשם הר"ן, והבאנו טעמו לעיל סעיף כ, שהוא מפני שקי"ל כתירוץ השני שבגמ' ולא כרב פפא.

5. אמר 'ידור פלוני בבית זה זמן מסוים', והיה אותו פלוני דר שם בשעת האמירה: רשד"ם – מהני. רש"ך, מהר"י אדרבי – לא מהני. (רעק"א).

סעיף כב

צוה שיתנו דקל לפלוני, והניח שני חצאי דקל, יטלם, שלזה נתכוון והם שקרא דקל. (ואפילו יש לו דקלים שלמים, יכולין יורשין לומר שלזה נתכוון) (טור).

1. **צוה שיתנו דקל, האם אפשר לתת ב' חצאי דקלים** כלומר ב' דקלים שכל דקל הוא בשותפות עם אחר? שו"ע – רק כאשר אין לו דקלים שלמים, אך אם יש לו דקלים שלמים א"א לתת ב' חצאי דקלים; כדעת הרמב"ם. רמ"א – בכל ענין יכולים ליתן ב' חצאי דקלים, דיד המקבל על התחנתוה ובלשון בני"א חשיבי כדקל; כדעת רש"י והרא"ש.

כתובות קט: "ההוא דאמר להו דיקלא לברת, שכיב ושביק תרי פלגי דדיקלא, יתיב רב אשי וקא קשיא ליה: מי קרו אינשי לתרי פלגי דיקלי דיקלא, או לא? אמר ליה רב מרדכי לרב אשי, הכי אמר אבימי מהגרוניא משמיה דרבא: קרו אינשי לתרי פלגי דיקלי דיקלא". רש"י והרא"ש פירשו שמירי שיש לו דקלים אחרים לבד, דאי לית ליה פשיטא שאותם התכוון לתת. אולם, כתב הרא"ש שיש מפרשים שדווקא כאשר אין לו אחרים, אמרין שאף לב' חצאי דקל אדם קורא דקל, ואותם התכוון לתת לו. וכתב הב"י שדברי הרמב"ם נוטים לדברי היש מפרשים. ע"פ זה תמה הסמ"ע מדוע הרמ"א לא כתב בלשון י"א הרי הוא חולק על השו"ע.

סעיף כג

שכיב מרע שאמר: תנו ק"ק זוז לעניים, או ספר תורה לבית הכנסת, יתנו במקום שהוא רגיל. היה רגיל בשתים, יתנו לכל אחד ואחד, ונתבאר בטור י"ד סימן רנ"ח.

תוספתא בב"ק פ"א, ב. וכתב הסמ"ע (ג) שאין הכוונה שיתנו לכל אחד ואחד את כל הסכום, אלא שאת הסכום שאמר יחלקו לשניהם, וכן בס"ת יתנוהו לשניהם כאחד. והסכים עמו הש"ך (לג), אלא שכתב שבס"ת משמע שיתנו לכל בית כנסת אחד, וסיים שצ"ע.

סעיף כד

שכיב מרע שאמר: נכסי לפלוני ופלוני, חולקים בשוה אפילו הם מאה. אמר: נכסי לפלוני ולבניו, חולקים, אותו פלוני נוטל מחצה וכל הבנים מחצה. אמר: לפלוני ופלוני ולבני פלוני, נוטלים בני פלוני מחצה, ושנים הראשונים מחצה. [יחלוק פלוני בנכסי, יטול מחצה]. תנו חלק לפלוני בנכסי, יטול אחד מששה עשר. ויש מי שהורה שיטול רביע הנכסים. הגה: ואם אמר: יטול פלוני חלק בנכסי, והוא שכיב מרע ומחלק נכסיו לבניו, נוטל חלק כאחד מן הבנים (טור). מי שנתן נכסיו לבניו ולבתו, נוטלת חלק כאחד מהן. ואם התנה שאם ישיאנה או תנשא בעצמה תטול נדונייתה ותסתלק, דבריו קיימין. ואם השיאנה אחד מן האחין ופסק לה פחות מן חלק המגיע לה, לא כל כמיניה, שלא התנה אלא ישיאנה בניו ביחד או תנשא בעצמה, אבל לא אחד מהן (תשובת רשב"א אלף מ"ג).

1. אמר 'נכסי לפלוני ופלוני' – חולקים בשוה, ואפי' הם מאה.
2. אמר 'נכסי לפלוני ולבניו' או 'לפלוני ופלוני ובני פלוני' – הנכללים כאחד נוטלים מחצה, והנפרטים בפני עצמם נוטלים יחד את החצי השני ומחלקים ביניהם.

כבר נתבאר דין זה בסימן רמז, ה ומקורו בב"ב קמג: "ההוא דאמר לה לדביתהו: נכסי לך ולבניך, אמר רב יוסף: קנתה מחצה. ואמר רב יוסף: מנא אמינא לה? דתניא, רבי אומר; והיתה לאהרן ולבניו - מחצה לאהרן מחצה לבניו", והמסקנה בע"ב "והלכתא כוותיה דרב יוסף: בשדה, ענין, ומחצה". ונתבאר שם שהיו שפירשו באופן אחר.

3. **האומר 'יחלוק פלוני בנכסי' – יטול מחצה.**

4. **האומר 'תנו חלק לפלוני בנכסי':** שו"ע בסתם – יטול חלק אחד מששה עשר; כדעת הרמב"ם. שו"ע בשם י"א – יטול רבע, כדעת הרי"ף. רמ"א – נוטל כל שהוא, כדעת ר"י והרא"ש, כ"כ הסמ"ע, אולם דעת הלבוש שהרמ"א לא הביא את דעתם אלא בסעיף הבא, אך בשכ"מ לא חלק.

ב"ב סג. "פשיטא, אמר יחלוק פלוני בנכסי - פלגא, תנו חלק לפלוני בנכסי, מאי? אמר רבינא בר קיסי: תא שמע, דתניא: האומר תנו חלק לפלוני בבור - סומכוס אומר: אין פחות מרביע, לחבית - אין פחות משמינית, לקדרה - אין פחות מיי"ב, לטפח - אין פחות מששה עשר". **ב' שיטות מצאנו בראשונים בביאור הסוגיא: א. שיטת הרשב"ם, ר"י והרא"ש – יש**

לנו ספק לאיזה גודל חלק התכוון הנותן, ולכן לסומכוס חולקים בשווה את הגודל שאנו מסופקים עליו, ואילו לרבנן המע"ה, ולעולם אין לו ליטול אלא כל שהוא. אלא שנחלקו כמי ההלכה שהרשב"ם פסק כסומכוס ואילו ר"י והרא"ש פסקו כרבנן. **ב. שיטת הרי"ף והרמב"ם** – דין זה אינו תלוי במח' סומכוס ורבנן, אלא שכך אמדו חכמים השיעור שהתכוון ליתן לו, ואין זה מחמת ספק אלא מחמת הודאי. אלא שנחלקו מה רצתה הגמ' להוכיח מהברייתא לדין של שכ"מ? דעת הרמב"ם שהגמ' באה לפשוט שהחלק הכי קטן שיש עליו שם חלק הוא אחד מששה עשר, ולכן שכ"מ שאמר 'תנו חלק בנכסי' – יתנו אחד מששה עשר. אולם, הרי"ף כתב שהגמ' באה לפשוט שסתם 'חלק' הוא רבע כמו שמצאנו לגבי בור, ומשאר השיעורים שמצאנו אין ללמוד מהם לדברים אחרים כיון שאיננו בקיאים מדוע נתנו חכמים דווקא את השיעור הזה. השו"ע פסק בסתם כרמב"ם והביא בשם י"א את דברי הרי"ף. הרמ"א בסעיף הבא פסק כדעת הרי"ף והרא"ש, וכתב "וי"א דבכולן" – העיר שושן הבין שכוונתו דווקא על הדינים של הסעיף הבא, אולם הסמ"ע תמה עליו שהרי הם חלקו אף על הדין של הסעיף שלנו.

5. דין זה הוא דווקא כשחילק נכסיו לפלוני ועוד אחד בלבד, אך אם חילק נכסיו לבניו ואמר שיתנו חלק לפלוני – כוונתו שיתנו לו חלק כאחד מהם; רמ"א. כ"כ הטור, וכן הביא הב"י בשם הנמוק"י שכתב כן בשם הריטב"א.

6. נתן נכסיו לבניו ולבתו, ואמר בפירוש שיחלקו ביניהם חלק כחלק – נוטלת חלק כאחד מהם בשווה. ואם התנה שאם ישיאורה או תנשא בעצמה תטול נדונייתה ותסתלק – דבריו קיימים. אך אם השיאה אחד מהאחים ופסק לה חלק פחות מהמגיע לה או יותר – אין במעשיו כלום, דלאו כל כמיניה, שלא התנה אלא אם ישיאורה כלום יחד, או תנשא בעצמה; רמ"א בשם הרשב"א.

7. אשה שקבלה מתנת שכ"מ ועדיין לא גבתה, האם בעלה יורשה? קצות (יב): סתם מתנת שכיב מרע חשיב כראוי, ואין הבעל יורשה, ואע"פ שדבריו ככתובין וכמסורין אך כל זמן שלא נגבו הרי הם בגדר ראוי. וכן דעת הח"מ ותרומה"ד. אמנם, אם נתן דבר מסוים, אע"פ שלא הגיע לידו לא חשיב ראוי, כיון שהוא כמו פקדון. בית שמואל (אה"ע סי' ק): אם זה חוב שהתחייב לה חשיב כראוי, אך מתנת שכ"מ לא הוי ראוי, דדבריו ככתובין וכמסורין דמו.

סעיף כה

שכיב מרע שאמר: תנו חלק לפלוני בבור היין שיש לי, יטול רביע היין. אמר: תנו לו בו חלק לחבית, הרי מיעט, ויטול שמינית היין. אמר: תנו לו בו לקדרה, נוטל חלק שנים עשר מן היין. אמר: תנו לו בו לטפיח (פ' כ"י קטן לשתות בו), נוטל חלק מששה עשר מהיין שבבור, שהרי גילה דעתו שלחלק מועט נתכוין, ואין למדים מהשיעורים האלו לדין אחר. הגה: וי"א דבכולן אין לו חלק אלא כל שהוא (טור בשם ר"י והרא"ש). וכל זה דווקא במתנה, אבל במכר אמרינן בכי האי גוונא הדמים מודיעים (המגיד פ"א דזכיה ונ"י בשם הר"ן).

ב"ב סג. ונתבאר לעיל בסעיף 4.

סעיף כו

שכיב מרע שצוה לתת מתנה לעובר שבמעו אמו, אם הוא בנו זכה העובר, מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו, כמו שנתבאר בסימן ר"י.

כתב הש"ך (לה) שדעת הרמב"ם והרי"ף שדין זה נכון אף בבריא, (אלא שבבריא צריך להקנות לו בקנין המועיל, ולא סגי באמירה בעלמא), ודלא כרמב"ן והעיטור שדין זה נכון רק בשכ"מ, אך בריא לא יכול להקנות לעובר, ואפי' הוא בנו.

סעיף כז

אמר: אם תלד אשתי זכר יטול מנה ואם נקבה מאתים, וילדה זכר, נוטל מנה. ילדה נקבה, נוטלת מאתים. ילדה זכר ונקבה, הזכר נוטל מנה והנקבה ק"ק. ילדה טומטום ואנדרוגינוס, נוטל בפחות שבשניהם. ואם נקרע ואחר כך נמצא זכר, יטול מנה.

ב"ב קמ: במשנה "האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה - ילדה זכר יטול מנה; נקבה מאתים - ילדה נקבה נוטלת מאתים; אם זכר מנה אם נקבה מאתים, וילדה זכר ונקבה - זכר נוטל מנה, נקבה נוטלת מאתים, ילדה טומטום - אינו נוטל". **מה הדין אם ילדה תאומים?** דעת הרשב"ם שלא קנו כלום, דלא עלתה על דעתו שילדו לו תאומים ואדעתא דהכי לא התנה. אולם הרא"ש (כלל פא, ב) פסק שאף בכה"ג נוטל כל אחד כפי תנאו, וטעמו מפני שבכה"ג הלידה אינה חלק מהתנאי אלא שגילה בדעתו שרוצה ליתן לבנו הזכר כך ולנקיבה אחרת, וכיון שנולדו לו גם זכר וגם נקיבה – רוצה שיטלו כפי דעתו, שהרי שניהם חביבים עליו. ודווקא בסעיף שאחר זה, שהנתינה לאחר מותנית בלידה של ילדיו, בכה"ג אמרינן שאם נולדו לו תאומים לא נתקיים התנאי ונתבטלה המתנה. **השו"ע פסק כרא"ש שאף אם ילדה תאומים, נוטלים שניהם.**

כמו כן, נחלקו הראשונים האם דין זה נכון רק בשכיב מרע שצויה או גם בבריא? דעת הר"ף, הר"י מיגש והרמב"ם שדין זה נכון רק בשכיב מרע ולא בבריא, מגי' סיבות: א. אין מטבע נקנה בחליפין, א"כ אפי' קנו מידו לא מהני. ב. דין זה הוא אסמכתא, שהרי אמר 'אם תלד'. ג. זה קנין דברים, שהרי לא הקנה לו המטבע מעכשיו, אלא אמר 'יטול'. אולם, שיטת הרא"ש, הרשב"א והטור שדין זה מועיל אף בבריא, וטעמם: א. מדובר בשווה מנה, וכגון שהקנה לו קרקע; או שמשעתבד ומתחייב לו בשווה מנה. ב. אין כאן אסמכתא אלא זה מתנה על תנאי. ג. אין זה קנין דברים, אלא שמתחייב לו מעכשיו בשווי מנה. **בדברי השו"ע אין הכרע כמי פסק, אלא סתם וכתב 'אמר',** ואפשר לומר שמייירי בשכ"מ שהוזכר בסעיף הקודם, ואפשר לומר שמייירי בכל ענין.

סעיף כח

אמר: אם תלד אשתי זכר ינתן לו שני שלישי ממונו ולאחי השליש ואם תלד נקבה ינתן לה שלישי ממונו ולאחי שני שלישים, וילדה זכר ונקבה, נתבטלה המתנה שנתן לאחיו וחזר הדבר לדין תורה והכל לבן.

כ"כ הרא"ש בכלל פא, ב וטעמו שאין זה דומה לדין של הסעיף הקודם, מפני ששם הלידה אינה תנאי להתחייבות כלפי בניו, ועוד שדעתו קרובה אצל בניו ורוצה ליתן להם משום חביבותם וזה שייך אף כשילדה תאומים. משא"כ הכא שלא נתן לאחיו מתנה אלא בתנאי שתלד אשתו זכר או נקבה, וכיון שילדה תאומים – לא נתקיים התנאי; והאריך בטעמים.

הסמ"ע נקט שעיקר הטעם הוא מפני ששם שניהם בניו, משא"כ הכא שנתן גם לאחר עמהם. אולם, הש"ך כתב שהעיקר הוא מפני ששם לא תלה המתנה בלידה, ולכן אע"פ שלא הזכיר לידת תאומים אין זה מבטל דבריו. משא"כ הכא שעשה הלידה תנאי למתנה, וכיון שלא הזכיר לידת תאומים – לא נתקיים התנאי, ובטלה מתנתו. וא"כ דין זה נכון אף אם נתן רק לבניו – אך כיון שלא התקיים התנאי – בטלה מתנתו.

סעיף כט

שכיב מרע שאמר: נכסי לטוביה, ומת, ובא אחד ששמו טוביה ואמר: אני הוא, נוטלן (ואפילו אם יש טוביה אחר שראוי להסתפק בו, אין ממתינין לו) (טור). **ואם הוחזק שמו רב טוביה, אינו נוטלן.** ואם היה השכיב מרע גס בו וקורא אותו בשמו, נוטלן. **באו שנים לתבוע וכל אחד מהם הוחזק שמו טוביה, אם היה אחד מהם ת"ח, ת"ח קודם.** (אא"כ ידוע שדעתו יותר קרובה על שכינו או קרובו ששמו כך) (טור). **אין בהם ת"ח, והיה אחד מהן שכן או קרוב, הוא קודם.** היה אחד שכן ואחד קרוב, שכן קודם. שניהם קרובים או שניהם שכנים או שניהם תלמידי חכמים, יעשו הדיינים כמו שיראה להם, כל מי שדעתם נוטה שעל זה אמר נותנים לו. **וכן אם היו רבים.** (והאי שכן, לא בשכן הדר אצלו, אלא בשכן חבירו הרגיל אצלו במשא ומתן) (טור). **והא דאומדין דעת הנותן היינו דוקא בנותן להם מתנה, אבל אם אמר שחייב לטוביה ובאו שנים שוין, יחלקו ביחד, דהא ליכא אומדנא מאחר שחייב להן (ר"ן פ' הכותב).**

שכיב מרע שאמר נכסי לטוביה ומת:

1. בא אחד ששמו טוביה ואמר אני הוא כלומר שאמר שהמת הבטיח בחייו ליתן לו (כ"כ בשטמ"ק) – נותנין לו, ואפי' יש טוביה אחר שראוי להסתפק שלו נתן – אין ממתינין לו, ואמרינן שכיון שהקדים ובא מוכח שברור לו שאליו נתכוון הנותן, ולא חיישינן לרמאי דמרתת שיבוא אחר אחריו ויתברר שדעתו של הנותן הייתה קרובה יותר אליו; סמ"ע סג. ובשטמ"ק הביא בשם הריב"ש שאפי' אם יבוא אחר אח"כ ויתבע הנכסים – אין מוציאין מידו, דמדלא פירש לאיזה טוביה, מסתמא על התובע ראשון נתכוון.

2. בא אחד ששמו רב טוביה: אם היה הנותן חבר שלו, וקורא לו בשמו – נותנין לו. ואם לאו – אין נותנין לו, שהרי אמר נכסי לטוביה ולא לרב טוביה.

3. באו שנים ששם טוביה:

א. אחד מהם ת"ח: נותנין לת"ח, דבשעת מיתה אדם רוצה לעשות מעשים טובים ומתקנים, ומצוה גדולה יותר ליהנות ת"ח מנכסיו. אא"כ ידוע שדעתו יותר קרובה אצל השני, וא"כ מסתמא אליו נתכוין; כ"כ הטור והביאו הרמ"א.

ב. אין אחד מהם ת"ח, אך יש בהם שכן או קרוב – הוא קודם.

אם יש קרוב הראוי לירשו? טור, סתימת שו"ע, עבונה"ג – אינו קודם, דאדרבא מכך שנתן במתנת שכ"מ ולא השאיר לירושה דממילא, מוכח שלא נתכוון ליתן לו. ש"ך בשם השלטי"ג, ב"ח – הקרוב קודם, שודאי אליו

נתכוון. פת"ש בשם שבוי"י – מסתבר כש"ך וכב"ח, אך מסתימת השו"ע והפוסקים משמע כטור, ולא מלאני ליבי לחלוק עליהם. וסיים הפת"ש שצ"ע.

ג. שניהם קרובים, שניהם שכנים, שניהם ת"ח – שודא דדייני, דהיינו שיתנו למי שיראה להם יותר שאליו התכוון השכ"מ בצוואתו, וכפירוש רש"י.

כתובות פה: "ההוא דאמר להו: נכסיי לטוביה, שכיב, אתא טוביה, א"ר יוחנן: הרי בא טוביה. אמר טוביה ואתא רב טוביה - לטוביה אמר, לרב טוביה לא אמר; ואי איניש דגיס ביה - הא גיס ביה; אתו שני טוביה, שכן ותלמיד חכם - תלמיד חכם קודם, קרוב ות"ח - ת"ח קודם. איבעיא להו: שכן וקרוב, מאי? ת"ש: טוב שכן קרוב מאח רחוק. שניהם קרובים ושניהם שכנים ושניהם חכמים - שודא דדייני. ונחלקו רש"י ותוס' בביאור שודא דדייני: דעת רש"י שצריך ליתן למי שנראה לו שהנותן התכוון ליתן, דהיינו שיש לחקור מי היה יותר חבר שלו וכדו'. אולם, התוס' נקטו שהדין יכול ליתן למי שירצה, ושכן משמע בירושלמי.

4. שכן האמור כאן, אינו דווקא שכן במגורים, אלא חברו הרגיל עמו במשא ומתן; רמ"א בשם הטור. כ"כ הרא"ש והביאו הב"י. הב"י הוסיף שמדברי הרא"ש משמע שכלל איננו מתחשבים בקרבת המגורים, ושכן היינו ידשכון גביה במעשיו. אך מדברי הטור נראה שבעיני תרוויהו. אך מדברי הרמ"א נראה שלא בעיני שיהא דר עמו, וכפשט הרא"ש.

5. מה הדין אם אמר שיש לטוביה חוב או פקדון בידו, ובאו שנים ששם טוביה? רמ"א – יחלוקו, דווקא במתנה אזלינן בתר אומדנא של קרובה ואהבה משא"כ בחוב; כ"כ הר"ן והוכיח כן מהתוספתא 'האומר תנו מאתיים זוז ליוסף בן שמעון אין דורשין לשון הדיוט לומר לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב אלא שניהן חולקין בשווה' והעמידה בחוב או בפקדון. ש"ך - אין חילוק, אלא אף בכה"ג אמרינן שודא דדייני. הש"ך הקשה שמלשון התוספתא מבואר שמייירי באומר 'תנו', ואי מייירי בחוב או פקדון לא היה לו לומר 'תנו'. ועוד, אי מייירי בחוב או פקדון מה ההו"א שנלך בתר אומדנא של אהבה וחיבה שהוצרכה התוספתא להשמיענו שיחלוקו!! ולכן נקט שהתוספתא כמ"ד בכתובות צד: שלעולם אמרינן יחלוקו, ואינה אליבא דהלכתא, שהא אן קי"ל כמ"ד שודא דדייני.

6. מדוע היורשים לא יכולים לדחות לכל אחד אחד חברו? שהרי בב"ב קעג. מבואר ששני יוסף בן שמעון שהלוו לאחד ויש לו שובר, ויכול לדחות לכל אחד ואחד מהן!! **לח"מ** – מפני שאין כאן ודאי רמאי. **ריטב"א** – מפני שבמתנה המקבל נעשה שותף בנכסים. **ש"ך** – יכולים לדחותו, ומייירי שאין יורשים, או שהם רוצים לקיים דברי אביהם, או ששני הטוביה כתבו הרשאה אחד לשני. **נתיבות** – אף לש"ך דווקא בחוב יכולין לדחותו, כיון שאין על אביהם אלא שעבוד הגוף, אך לא בפקדון, ונראה לי טעמו דבכה"ג אף הש"ך יודה לריטב"א שהוא שותף בנכסים.

סעיף ל

שכיב מרע שצוה ואמר: אל תספדוהו, אין סופדין אותו. אמר: אל תקברוהו מנכסיו, אין שומעין לו, אלא כופין את היורשים לקברו מנכסיו.

סנהדרין מו: "איבעיא להו: הספידא, יקרא דחיי הוי או יקרא דשכבי הוי? - למאי נפקא מינה? דאמר לא תספדו לההוא גברא וכו' שמע מינה: יקרא דשכבי הוא, שמע מינה". ולגבי האומר אל תקברוהו הטעם מפני שאינו יכול להעשיר את בניו ולהפיל עצמו על הציבור.

סעיף לא

מי שנתן מממונו מתנות הרבה ושייר מעט ליורשיו, היורשים חייבים לקוברו. מי שאמר: מנה לפלוני בני ולא יירש ומנה לפלוני בני ויירש, והיו לו נכסים הרבה, ואין לו רק אלו השני בנים, השני יורש הכל ואין לראשון רק המנה שנתן לו (טור בשם ת' הרא"ש סוף כלל פ"ב).

1. היורשים חייבים לקבור את אביהן, ואע"פ שחילק את רוב נכסיו במתנה ולא שייר להם אלא מעט; כ"כ הרא"ש בתשובה, וטעמו שמה שנתן במתנה נתן, וממונו שנשאר בידו חייבים ב"ד לקוברו, והוא הממון שנשאר ביד היורשים.

2. האומר 'מנה לפלוני בני ולא יירש, ומנה לפלוני בני ויירש' – לא אמרינן שבמתנתו השניה חזר בו מדבריו הראשונים, דהיינו שכוונתו שהשני ייקבל מנה, והשאר יחלקו בשווה, אלא הראשון נוטל מנה בלבד, והשני נוטל כל שאר הנכסים; כ"כ הרא"ש בתשובה.

סעיף לב

שטרי צוואה העולים בערכאות של גוים, כשרים.

כ"כ הרא"ש בתשובה והביאו הטור, וטעמו שמתנת שכ"מ אינה צריכה קנין, והשטר אינו אלא לראיה בעלמא. והוסיף שם שאף במתנת שכ"מ במקצת שבעיא קנין – מהני הצוואות, משום שאע"פ ששטרות העולים בערכות של גוים אינם שטרי קנין, אך בזמננו אין רגילות לקנות בשטר, אלא השטרות שלנו הם לעולם רק שטרי ראיה. הסמ"ע הוסיף שלדעת השו"ע בסי' קצא ששטרי דין שטרי קנין הם, ולא כהרא"ש, נמצא ששטרות העולים בערכאות לא יועילו במתנת שכ"מ במקצת דבעיא קנין! וכתב הסמ"ע שלכן דקדק השו"ע בלשונו ונקט 'שטרי צוואה' דהיינו שטרות של מתנת שכ"מ, אך לא שטרות של מתנת בריא, וכגון מתנת שכ"מ במקצת.

הנתיבות הוסיף שדין זה נכון אף אם צויה לערכאות לכתוב וליתן השטר, כיון שהשטר אינו אלא לראיה.

סעיף לג

מי שאמר: נכסי לבני שמעון הזכרים אם יהיו לו ואם לא יהיו לו יהיו לבני נפתלי הזכרים, וירדו מיד בני נפתלי לנכסים, ואחר פטירת המצוה היו בנים זכרים לשמעון, לא זכו במתנה זו לא אלו ולא אלו, אלא הנכסים חוזרים ליורש. הגה: מי שנתן לחבירו לדור בבית אחד מבתי שלו, וכתב שהמקבל יוכל לברר איזה בית שירצה הן מבתי התחתונים הן מבתי העליונים, יוכל לברר אף מבתי האמצעים, שלא כתב לו רק ליפות כחו (ב"י בשם הרשב"א). אם כתבו העדים כל הצוואה ביחד, ובא אחד ממקבלי מתנות ובקש שיכתבו לו צוואתו לבד, אם רוצים העדים יכולין לעשות אבל אינן מחייבים. ואם רוצים מעידים לפני בית דין והן מפרסמין זכותו (תשובת רמב"ן סימן פ"ג).

1. האומר 'נכסי לבני שמעון הזכרים אם יהיו לו, ואם לא יהיו לו יהיו לבני נפתלי', וירדו בני נפתלי לנכסים ואחר פטירתו נולדו לשמעון בנים – יחזרו נכסים ליורשי הנותן, דכיון שלא היו לשמעון בנים בחיי הנותן, לא זכו במתנה, דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם, ובני נפתלי לא זכו בנכסים אע"פ שהיו בעולם בשעת הנתינה, כיון שלא התקיים התנאי שהרי יש לשמעון בנים; כ"כ הבי"י בשם הרשב"א בתשובה.

2. נתן לחבירו לדור בבית אחד משלו, וכתב שיוכל לברור לו איזה בית שירצה 'הן מבתי התחתונים, הן מבתי העליונים' – יכול לברור אף מהאמצעים, וזה לשון הרשב"א "שאלו היה למעט לא היה כותב הן אלא היה כותב בבתי שני דר ומשתמש בהם היום בבתי העליונים או התחתונים שהלשון הזה היה אפשר לומר שלא בא אלא למעט ולומר דוקא בעליונים [או בתחתונים]. אבל עכשיו שכתב הן לשון זה תוספת ביאור של עין יפה הוא ולפי זה נמצא דעליונות דקאמר כל העליונות קאמר עליונות ועליונות שבעליונות".

3. **אם כתבו העדים כל צוואת השכיב מרע בשטר אחד, ובא אחד ממקבלי המתנות וביקש שיכתבו לו שטר לבדו – יכולין לכתוב לו, אך אינם חייבים, ויכולים להעיד בפניו ב"ד והם יפרסמו זכותו;** כ"כ במיוחסות לרמב"ן פג, וטעמו דשטר זה אין לו דין שטר, ויכולים היורשים לטעון פרענו, ולא נכתב אלא לזכרון דברים בעלמא, שלא יכפרו בו היורשים.

4. **אימתי היורשים נאמנים לטעון שקיימו את צוואת אביהם, כאשר יש שטר צוואה ביד המקבל? סמ"ע (עז), נתיבות (מט):** שטר שנכתב בלשון צוואה – נאמנים, דאין לו דין שטר ואינו עומד אלא לראיה בעלמא, ולכן יכולים העדים לכתבו אע"פ שלא צויה להם לכתוב. שטר שנכתב בלשון הודאה – אינם נאמנים לטעון פרענו, דבכה"ג יש עליו דין שטר רגיל. **ב"ח, ש"ך (מא):** שטר שכתבוהו העדים מעצמם מחיים, או אפי' צויה עליהם השכ"מ לכתוב, אך כתבוהו לאחר מיתה – אין עליו דין שטר ונאמנים היורשים לטעון פרענו, דאינו עומד אלא למזכרת. שטר שצויה הנותן לכתבו, וכתבוהו ונתנוהו ליד המקבל מחיים – אינם נאמנים לומר פרענו, שהרי ידעו שיש שטר בידו ולא היה להם לפרוע לו עד שיחזיר להם השטר.

מדברי הרשב"א במיוחסות מבואר ששטר צוואה אין עליו דין שטר ונאמנים היורשים לטעון פרענו, אולם בסי' רנה, ו פסק המחבר כדברי הרא"ש בתשובה שאין היורשים נאמנים לטעון פרענו כשהיה שטר צוואה יוצא מתחת ידי המקבל! ומכח קושיא זו כתבו האחרונים לתרץ, כל אחד באופן אחר כמו שנתבאר.

בדברי הסמ"ע משמע שהבין שבשטר הודאה אינם רשאים לכתבו בלא צוואה מפורשת של השכ"מ, שהרי כתב שהטעם שהעדים יכולים לכתוב אף כשלא אמר כתובו הוא מפני שאין על זה דין שטר, ומינה שכאשר יש דין שטר – אינם רשאים לכתבו בלא ציווי מפורש. **אולם, בדברי הנתיבות מבואר שאף בשטר הודאה שיש עליו דין שטר, ואינם יכולים לטעון פרענו, אך העדים רשאים לכתבו בלא ציווי מפורש,** מפני שבכל צוואת שכ"מ קי"ל שאין צריך לומר כתובו.

ב"ה

סימן רנד

שכיב מרע שביקש שיעשו קנין במתנות, ובו סעיף א'.

סעיף א

אף על פי שמתנת שכיב מרע אינה צריכה קנין, אם בקש שיקנו ממנו קונים, אפילו בשבת, שזה הקנין אינו צריך. וי"א שאפילו אם יש נפקותא בקנין, כגון שכותב כל נכסיו ומפרש שלא יחזור בו אם יעמוד, קונים בשבת. הגה: וי"א דאפילו מתנה במקצת דצריכה קנין, אף על פי שנראה שאינו נותן מדאגת מיתה, הואיל ואינו (נותן) כלום, אפילו הכי קונים ממנו בשבת (רשב"ם פרק מי שמת). ויש חולקים בזה (טור בשם הרא"ש).

1. שכיב מרע שנתן נכסיו וביקש שיעשו קנין, האם מותר לעשותו בשבת, שהרי אסור לקנות בשבת בק"ס משום דדמי למקח וממכר?

שו"ע בסתם – רק במקום שהקנין אינו מועיל, ואין עושים אותו אלא לייפוי כח – מותר, וכדי שלא תטרף דעתו עליו; כדעת הרמב"ם.

שו"ע בשם י"א – אף במקום שהוא מועיל, אך מוכח שהוא נותן מחמת דאגת מיתה, וכגון שנותן כל נכסיו ועושה קנין כדי שלא יחזור בו; כדעת הרא"ש.

רמ"א – י"א שאף במתנה במקצת דבעיא קנין קונים, הרשב"ם והתוס'. ויש חולקים; הרא"ש.

ב"ב קנו: "אמר רבי לוי: קנין קנין משכיב מרע אפי' בשבת, ולא לחוש לדברי ר' אליעזר, אלא שמא תטרף דעתו עליו". הרשב"ם והתוס' פירשו שדין זה נאמר בכל מתנת שכ"מ, ואפי' במתנה במקצת דבעיא קנין, ואע"פ שמכך שנתן רק מקצת נכסיו מוכח שסבור הוא עדיין שאולי יעמוד ויחיה, אך אפי' בכה"ג איכא למיחש שמא תטרף דעתו עליו. אולם, הרא"ש נחלק עליהם וכתב שבכה"ג אין קונים בשבת, שהרי זה כמתנת בריא ולא מדאגת מיתה נותנה, שהרי הוא אפי' יעמוד לא תבטל. אמנם, הודה לדבריהם שאפי' היכא שהקנין מועיל קונים בשבת, וכגון במתנת שכ"מ בכולה שעושה קנין כדי שלא יוכל לחזור בו אם יעמוד – מ"מ דאגת מיתה איכא, וקונים ממנו. והוכיחו הראשונים הני"ל דבריהם מהסוגיא בגיטין 'תיזיל איהי ותיחוד ותפתח' שמירי בשכ"מ, ומוכח שאפי' קנין שמועיל ובלעדיו לא היה חל כלום – הקלו בו בשכ"מ לעשותו בשבת. כמו כן, הוכיחו מדברי הגמ' כאן 'ולא לחוש לדברי ר"א', משמע שלדברי ר"א האומר שבלא קנין אין כלום – פשיטא שקונין בשבת, אע"פ שודאי שהוא קנין המועיל!

אולם, הרמב"ם כתב שאין קונים בשבת אלא היכא שהקנין אינו מועיל, ואינו נעשה אלא כדי שלא תטרף דעתו עליו, אך כל היכא שהקנין מועיל – אין עושין אותו בשבת; וכן פסק השו"ע.

סימן רנה

שכיב מרע שאמר: יש לי מנה ביד פלוני, או של פלוני בידי, ובו ט' סעיפים.

סעיף א

שכיב מרע שאומר: יש לי מנה ביד פלוני, כותבין העדים: כך וכך צוה פלוני, אף על פי שאין יודעים אם אמת הוא אומר. לפיכך כשבאים יורשיו לגבות, צריכים להביא ראיה.

ב"ב קלח: "יתיר: שכיב מרע שאמר מנה יש לי אצל פלוני - העדים כותבין אף על פי שאין מכירין, לפיכך כשהוא גובה - צריך להביא ראיה, דברי ר' מאיר; וחכ"א: אין כותבין אלא מכירין, לפיכך כשהוא גובה - אין צריך להביא ראיה. אמר רב נחמן, אמר לי הונא: תנא, רבי מאיר אומר: אין כותבין, וחכמים אומרים: כותבין, ואף רבי מאיר לא אמר אלא משום בית דין טועין. אמר רב דימי מנהרדעא, הלכתא: אין חוששין לבית דין טועין. ומאי שנא מדרבא וכו'?! ב"ד בטר בית דינא לא דייקי, בית דינא בטר עדים דייקי". והלכה כחכמים כג"ר רב הונא.

דעת הטור, הריטב"א והנמוק"י וכן פסק השו"ע שמיידי בכל ענין, ואפי' הודה סתם שיש לו מנה ביד פלוני, ולזכות ליורשיו אמר כן, כותבין העדים, שהרי אין היורשים יכולים להוציא ע"פ עדות זו לבדה עד שיביאו ראיה, ולבי"ד טועין לא חיישינן. **אולם, הרמ"ה נקט** שדין זה נאמר רק היכא שאמר שיש לו מנה ביד פלוני וציוה לתנו לאלמוני, דבכה"ג כיון שיש זכות לאחר בצוואתו, כותבין אותה אע"פ שיש בה גם עדות על כך שפלוני חייב לו. אך בסתם שכי"מ שמצוה ואומר שפלוני חייב לו מנה - אין כותבין.

סעיף ב

שכיב מרע שאמר: מנה לפלוני בידי, אם אמר: תנו, נותנים. לא אמר: תנו, אין נותנין, שמא לא אמר מנה יש לו לפלוני בידי אלא כדי שלא יאמרו על יורשיו שיש להם ממון. לפיכך אם אמר זה דרך הודאה, ולא היה שם חשש הערמה, נותנים אף על פי שלא אמר: תנו. וכן אם הודה בכתב ידו שכל נכסיו הם של פלוני, הויא הודאה, ולא אמרינן בכי הא אדם עשוי שלא להשביע את בניו.

1. שכיב מרע האומר שהוא חייב לפלוני מנה, או שיש לאותו פלוני פקדון בידו:

א. כאשר אמר תנו - נותנים.

ב. כאשר לא אמר תנו:

1. בסתמא - אין נותנים, דחיישינן שמא שלא להשביע את בניו אמר כן.

2. אם הודה בדרך הודאה, דהיינו שאמר בלשון 'אני מודה' או כל צורה אחרת שניכר ממנה שאמר כן ברצינות והתכוון לדבריו באמת - נותנים.

וקשה הרי בסי' פא, יד פסק שאפי' כאשר הודה בדרך הודאה יכול לטעון טענת השבעה?! **כס"מ** - מיירי הכא כשהודה בפניו, דבכה"ג אינו יכול לטעון השבעה; וכ"כ כאן הסמ"ע. **ש"ך, לח"מ** - דווקא בריא יכול לטעון טענת השבעה כשהודה בדרך הודאה, משא"כ בשכיב מרע שהודה בדרך הודאה שאינו יכול לטעון שלא להשביע הודיתי.

ב"ב קעד: "דרב ושמואל דאמרי תרויהו: שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי, אמר תנו - נותנין, לא אמר תנו - אין נותנין", ואסיקנא דרב ושמואל מיירי בשטר שאינו מקוים, ואם אמר תנו - קיימיה לשטריה ונותנים, ואם לא אמר תנו - אין נותנים. **וכתבו הראשונים שה"ה במלוה ע"פ אם אמר תנו נותנין,** דמלוה ע"פ גובה מהיורשים, וכיון שאמר תנו - לא אמרינן 'שלא להשביע את בניו אמר כן'. **עוד הקשו הראשונים** מהמשך סוגיית הגמ' שאף כשלא אמר 'תנו' נותנים!! **ועל כך מצאנו ב' תירוצים:** א. **שיטת התוס' והרא"ש** - בהמשך הסוגיא מיירי כשתבעוהו והודה, דבכה"ג לא שייכת טענת השבעה אלא טענת השטאה, וקיי"ל שאין אדם משטה בשעת מיתה, ולכן נותנים בכל ענין. ב. **שיטת הרי"ף והרמב"ם** - בהמשך הסוגיא מיירי כשהודה בדרך הודאה גמורה, ובכה"ג לא חיישינן להשבעה; וכן פסק השו"ע.

2. שכיב מרע שכתב בכתב ידו שהוא חייב לפלוני סך מסוים, או שיש לו ממון בידו - הוי הודאה, דכולי האי לא הוה עביד שלא להשביע; כ"כ הרא"ש. לשיטת הרמ"א בסי' פא מיירי הכא כשהשטר נמצא בידי המקבל, אולם לשיטת הסמ"ע, הש"ך והנתיבות מיירי אף כשהשטר לא הגיע עדיין לידי המקבל.

3. מה הדין אם אמר מנה לפלוני בידי שגזלתו? פת"ש בשם שבו"י – חייבים לשלם, ולא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע.

סעיף 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.

1. הקדיש כל נכסיו ואומר שיש עליו חוב לפלוני, או שיש בידו פקדון של פלוני, האם נאמן?

בריא: פשט שו"ע, ע"ש, נתיבות – אינו נאמן, ואפי' אמר כן בתוך כדי דיבור, דחיישין שעושין קנוניא על ההקדש, ובהקדש לא אמרינן תכ"ד כדיבור דמי. סמ"ע: אם אמר כן תוך כדי דיבור – נאמן, דבכל דבר תכ"ד כדיבור דמי. אך לאחר כדי דיבור, אע"פ שעסוקין באותו ענין – אינו נאמן דחיישין לקנוניא.

בשכיב מרע: פשט שו"ע, ע"ש, נתיבות – תכ"ד נאמן, והטעם דלא חיישין לקנוניא בשכיב מרע, שאין אדם חוטא ולא לו, והרי זה כאילו שייר ואמר שהקדיש כל נכסיו חוץ מזה. לאחר כדי דיבור – אינו נאמן, דאינו נאמן לפרש דבריו. סמ"ע – אף לאחר כדי דיבור כל זמן שעסוקין באותו ענין – נאמן, דאין אדם חוטא ולא לו, ולא חיישין שעושה קנוניא על ההקדש.

2. אפי' היכא שנאמן, או שיש בידו שטר מקויים: אם אמר 'תנו' – גובה מההקדש בלא שבועה. לא אמר 'תנו' – אינו גובה מההקדש, אא"כ יש בידו שטר מקויים ובשבועה.

ב"ב קעז: "אמר רב הונא: שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו, ואמר מנה לפלוני בידי – נאמן, חזקה אין אדם עושה קנוניא על הקדש. מתקיף לה רב נחמן וכו'. אלא אמר רב נחמן: אידי ואידי דנקיט שטרא, ולא קשיא: הא דמקויים, הא דלא מקויים; אמר תנו – קיימיה לשטריה, לא אמר תנו – לא קיימיה לשטריה". וכתבו הראשונים שנאמן היינו לענין שאינו צריך לישבע, כדן הבא ליפרע מנכסי יתומים, שהרי בלאו הכי נאמן לגבות דשטר מקויים בידו! עוד הקשו, אמאי צריכין לטעמא שאין אדם עושה קנוניא על ההקדש, הרי שכי"מ יכול לחזור בו ממתנתו כל זמן שלא מת, ואפי' כשהקדיש! היו שהוכיחו מכאן שבהקדש אינו יכול לחזור בו, אולם לדין קי"ל שאף בהקדש יכול לחזור וכמו שנתבאר בסי' רן! התוס' והרמב"ן תירצו שמייירי כשהקדיש שהוא בריא, ועכשיו בשעת מיתתו אומר שנכסים אלו אינם שלו או שיש לפלוני חוב בידו, ואינם חלק מההקדש, ונאמן רק כששטר מקויים בידו ולפטרו משבועה. אולם, הרמב"ם כתב כדברי השו"ע שלפנינו.

3. האם אמרינן בהקדש תכ"ד כדיבור דמי? סמ"ע וש"ך – כן. שו"ע – לא. הש"ך הסכים עם הע"ש בפירוש דברי הרמב"ם והשו"ע, אלא שחלק עליהם וכתב דאשתמיטתם ש"ס ערוך בתמורה, דמבואר דאף בהקדש אמרינן תכ"ד כדיבור דמי!

ד-ו האם נאמנים היורשים לטעון פרענו?

סעיף ד

אמר: מנה לפלוני בידי, ואמרו יתומים: פרענו, אינם נאמנים, שהרי לא אמר תנו, ומנין ידעו שחייבים ליתן. אבל אם אמר: תנו, ואמרו יתומים: פרענו, נאמנים, ונשבעים שבועת היסט שפרעו. (ו"א דבכל ענין נאמנים לומר: פרענו) (טור בשם הראב"ד והר"ר ישעיה).

1. כאשר לא אמר 'תנו': שו"ע – אינם נאמנים לומר שפרעו; כדעת הרמ"ה והרמב"ם. רמ"א, ש"ך – נאמנים לומר שפרעו; כדעת הראב"ד, וכתב הש"ך שני"ל שאף הר"י מיגש, הר"ף והרמב"ם סוברים כוותיה.

2. כאשר אמר 'תנו': נאמנים לומר שפרעו.

ב"ב קעה. "אמר רבה: שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי, ואמרו יתומין פרענו - נאמנין; תנו מנה לפלוני, ואמרו יתומין פרענו - אין נאמנין. כלפי לייא? איפכא מסתברא! אמר תנו מנה - כיון דפסקה אבוהון למילתא, איכא למימר דפרעיה, מנה לפלוני בידי - כיון דלא פסק אבוהון למילתא, איכא למימר דלא פרעיה!" **הרמב"ם פסק כמו האיפכא מסתברא,** שכאשר אמר תנו הם יודעים שחייבים ליתן ונאמנים לומר שנתנו ופרעו. אולם, כאשר לא אמר 'תנו' אינם נאמנים לומר שפרעו, שהרי לא ידעו בודאות שחייבים ליתן לו, דדילמא שלא להשביע את בניו אמר כן. וכן פסק השו"ע. אולם, הרמב"ד האריך להשיג ולחלוק וטעמו שאין חילוק בדבר, אלא בכל ענין נאמנים לומר שפרעו לו, דאם הודה בדרך הודאה א"כ לא להשביע נתכוון, ואם כמערים הודה - א"כ יודעים הם שהערים ולא יתנו. וקושיית הגמ' הייתה רק שאם כבר אתה עושה חילוק ביניהם - צריך לחלק הפוך מהברייתא, אך האמת שאין שום חילוק בדבר, ובכל ענין נאמנים שפרעו.

ע"פ זה כתב הנתיבות שכאשר תבעוהו והודה - יודה הרמב"ם לטור ולרמ"א, שהרי בכה"ג אינו יכול לומר 'שלא להשביע את בני הודיתי', וא"כ מדוע שלא יפרעו?! וכן כאשר אומרים היורשים שידעו בחיובו של אביהם גם לא מפני הודאתו, נאמנים לומר שפרעו אף לרמב"ם ואע"פ שלא אמר 'תנו'.

3. כאשר נאמנים לומר שפרעו - צריכים לישבע היסת.

סעיף ה

שכיב מרע שהודה שיש לפלוני בידו מנה, ואמרו יתומים: חזר ואמר לנו אבינו: פרעתיו, נאמנים, ונשבעים על זה היסת. אבל אם אמר: תנו, ואמרו יתומים: חזר ואמר לנו אבינו: פרעתיו, אינם נאמנים.

1. כאשר לא אמר 'תנו': נאמנים לומר שאינם חייבים לו - או מחמת שחזר ואמר להם שטעה בהודאתו ובאמת אינו חייב, או מחמת שלאחר מכן חזר ופרעו.

2. כאשר אמר 'תנו': אין נאמנים לומר שאביהם טעה בהודאתו, ובאמת הוא פרע לו קודם לכן.

האם נאמנים לומר שאביהם חזר ופרעו לאחר מכן? סמ"ע - מסתימת השו"ע משמע שאף בכה"ג אינם נאמנים, וא"כ קשה כמי פסק? ש"ך - בכה"ג נאמנים, ומדברי השו"ע אין ראייה דלא העתיק אלא דברי הרמב"ם שהם דברי הש"ס, ומה שמפרשים בש"ס אפשר לפרש בשו"ע.

גמ' הנ"ל בהמשך "אלא אי איתמר הכי איתמר: שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי, ואמרו יתומין: חזר ואמר לנו אבא פרעתי - נאמנין, מ"ט? אדכורי מידכר; תנו מנה לפלוני, ואמרו יתומין: חזר ואמר אבא פרעתי - אין נאמנין, דאם איתא דפרעיה, לא הוה אמר תנו". ונחלקו הרמ"ה ור"י בפירוש הגמ': **דעת ר"י** שהגמ' דיברה רק כשאומרים שאביהם אמר להם שהודה בטעות, דהיינו שחזר ואמר שזכר שפרע לו עוד קודם לכן, ובכה"ג אינו נאמן כאשר אמר 'תנו'. אולם, אם אמר שלאחר שהודה הלך ופרעו - נאמנים בכל ענין. **אולם, הרמ"ה סובר** שהגמ' דיברה אף כשאומר שחזר ופרעו לאחר מכן, דאילו אמר שטעה בהודאתו אף אביהם אינו נאמן בכך! **וכתב הסמ"ע** שמסתימת דברי השו"ע ברישא משמע שפסק כר"י, שהרי סתם וכתב 'נאמנים' ולא פירט, וכן הסכים הש"ך. אולם, מסתימתו בסיפא שכתב 'אינם נאמנים' משמע כרמ"ה שבכל ענין אינם נאמנים, ולכן נשאר בצ"ע כמי פסק השו"ע בסיפא!! אולם, הש"ך כתב שהעיקר כר"י, ואין להוכיח מסתימת השו"ע כיון שהוא נקט לשון הרמב"ם והגמ' שאף היא אינה מפורשת, ומכך שלא חילק ברישא אתה למד שדעתו כר"י, וכך תבאר גם את הסיפא.

3. כאשר נאמנים לומר שאביהם חזר ופרע - צריכים לישבע היסת; כ"כ הרמב"ם וכתב הב"י שהוא פשוט, והש"ך תמה הרי אין נשבעין היסת על טענת שמא, ומנין הוא יודע אם אביהם חזר ואמר להם כן או לא?! ולעני"ד לא הבנתי קושייתו, שהרי הוא תובע את הממון שהשכ"מ חייב לו, ואת זה הוא יודע בוודאות שלא פרע לו. ואע"פ שאכן אמר להם, אך אפי' הכי התביעה הממונית שלו היא בב"י, ולכן הם צריכים לישבע היסת שאינם חייבים לו.

4. **האם טענין ליתומים שאביהם חזר ופרע לאחר שהודה? ש"ך** - כן, ונמצא שלעולם אין מוציאים מהיתומים, כאשר אביהם הודה בחובו, אא"כ ברור לנו שלא הייתה לו שהות לפרוע קודם מותו, וכגון שלא זזה ידם מידו, או שהודה מיד סמוך למיתתו; ושכן כתוב בהגהות אשר"י. נתיבות - כשצוה ליורשים לפרוע אמרינן שמסתמא לא פרע בעצמו, ולא טענין להו שחזר ופרעו אח"כ.

סעיף ו

צוה מחמת מיתה לתת מנה לשמעון, ומת, ומכרו היורשים כל הנכסים, שלא מצא שמעון לגבות את שלו, גובה מהלקוחות ואין היורשין נאמנים לומר: פרענוהו, כיון ששטר הצוואה יוצא מתחת ידו. אבל אם אין כתב הצוואה יוצא מתחת ידו, נאמנים לומר: פרענו. ואם אומרים שלא פרעוהו, חוששין לקנוניא.

1. מקבל מתנת שכיב מרע, שיש בידו שטר צוואה:

א. אין היורשים נאמנים לטעון פרענו, דאס פרעוהו היה להם ליטול השטר מתחת ידו. ב. אם מכרו היורשים כל הנכסים – גובה מהלקוחות.

באיזה שטר מדובר? סמ"ע, נתיבות – שטר הודאה, אולם שטר מתנה אין לו דין שטר כלל, ונאמנים היורשים לטעון פרענו, ואינו גובה מלקוחות. ב"ח, ש"ך – אין חילוק, אלא מיירי כשצויה השכ"מ לכתוב השטר וכתבוהו בחייו, דבכה"ג יש לו דין שטר, משא"כ כשכתבוהו מאליו או לאחר מותו דאין לו דין שטר אלא גילוי מילתא בעלמא. וכבר נתבאר לעיל סימן רנג, לג.

2. מקבל מתנה שאין בידו שטר צוואה:

א. נאמנים היורשים לטעון פרענו, כמו בכל מלוה על פה. ב. אם מכרו היורשים כל הנכסים – אינו גובה מלקוחות, ואע"פ שהיורשים מודים שלא פרעוהו דחיישינן לקנוניא.

סעיף ז

ראה שהטמין אביו מעות ואמר: של פלוני הם, או של הקדש הם, אם כמוסר דבריו בלשון צוואה, דבריו קיימים; ואם כמערים שלא יחזיקוהו בעשיר, אין צריך לקיים דבריו.

סעיף ח

בא אחד ואמר: ראיתי את אביך שהטמין מעות ואמר: של פלוני הם, או של הקדש הם, אם הם טמונים במקום שהמגיד היה יכול ליטלם, נאמן (לדעת הטור דוקא כשאומר שאביהם אמר כמוסר, ולדעת הר"ן אפי' כשאמר כמערים, נאמן כיון שיש לו מיגו; סמ"ע); ואם לאו, אינו נאמן.

סעיף ט

היה פקדון ביד אביהם ואינו יודע היכן הניחו, ואמרו לו בחלום: כך וכך הם ובמקום פלוני הם ושל פלוני הם או של מעשר שני הם, ומצאם במקום שנאמר לו ובמנין שנאמר לו, דברי חלומות לא מעלין ולא מורידין (דע"פ שדייק בשאר הדברים, אולי ב'של פלוני הם' אינו מדייק, סמ"ע) אלא הרי הם שלו.

סנהדרין ל. "תנו רבנן: אמר להן אחד: אני ראיתי אביכם שהטמין מעות בשדה תיבה ומגדל, ואמר: של פלוני הן, של מעשר שני הן, בבית – לא אמר כלום, בשדה – דבריו קיימין, כללו של דבר: כל שבידו ליטלן – דבריו קיימין, אין בידו ליטלן – לא אמר כלום. הרי שראו את אביהן שהטמין מעות בשדה תיבה ומגדל, ואמר של פלוני הן, של מעשר שני הן, אם כמוסר – דבריו קיימין, אם כמערים – לא אמר כלום. הרי שהיה מצטער על מעות שהניח לו אביו, ובא בעל החלום ואמר לו: כך וכך הן, במקום פלוני הן, של מעשר שני הן – זה היה מעשה, ואמרו: דברי חלומות לא מעלין ולא מורידין".

סימן רנו

עובד כוכבים שנתגייר שנתן מתנת שכיב מרע או ששחרר עבדו, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

גר שיש לו בן שאין הורתו בקדושה, הואיל ואינו יורשו כך אינו יכול ליתן לו נכסיו במתנת ש"מ, לא כולן ולא מקצתן, שלשון ירושה ומתנה לגבי יורש אחד הם. ואם תאמר יקנה, נמצא זה יורש את אביו; לפיכך אם נתן לגר משאר הגרים, מתנתו קיימת. הגה: וי"א דלא יוכל ליתן לשום אדם במתנת ש"מ, כי אם דרך הודאה (טור בשם הרא"ש ונ"י בשם הרשב"א), וכן נראה עיקר. י"א אף על גב, דמתנת ש"מ של גר אינו כלום, מ"מ אמרין בו מצוה לקיים דברי המת, אם הוא בדרך שנתבאר סוף סימן רנ"ב (מרדכי פ"ק דגיטין ור"ן). ויש חולקין (טור בשם הרא"ש כלל ט"ו ומרדכי פרק מי שמת). ושתוקי יש לו דין גר לענין מתנת ש"מ, והואיל ואיכא פלוגתא דרבוותא דיינין דין המוציא מחבירו עליו הראיה; ואם שנים מוחזקין חולקין (תרומת הדשן סימן שנ"ב).

1. מה דין גר במתנת שכיב מרע?

שו"ע: אינו יכול ליתן לאנשים שהיו צריכים להיות ראויים ליורשו אם היה יהודי, ולכן אינו יכול ליתן לבנו שהורתו שלא בקדושה, והטעם שמה אמרו שגר יורש את אביו. אך יכול ליתן לאנשים שאינם ראויים ליורשו, כשיטת רב האי, הרי"ף, הרמב"ם והרמב"ן.

רמ"א: אין לו דין מתנת שכיב מרע כלל, כשיטת הרא"ש, הרשב"א והראב"ד.

ב"ב קמט. "אמר רבא: היכי ניקנינהו רב מרי להני זוזי? אי בירושה - לאו בר ירושה הוא; אי במתנה - מתנת שכיב מרע בירושה שוויה רבנן, כל היכא דאיתיה בירושה איתיה במתנה, כל היכא דליתיה בירושה ליתיה במתנה". וכתב הרי"ף בשם רב האי שהאי דינא לא נאמר אלגבי מי שהיה ראוי ליורשו אם היה יהודי, אך לגבי אנשים שאינם בני ירושה - דברי שכי"מ ככתובין וכמסורין שלא תטרף דעתו, וזה נכון אף בגר. וכן הסכימו הרמב"ם והרמב"ן. והקשו עליו הראשונים (בעל המאור, הראב"ד, הרא"ש) שהרי רב מרי בנו לא ראוי ליורשו, שהרי הורתו שלא בקדושה וא"כ מדוע שלא יקנה כמו אחר שאינו ראוי ליורשו? ועוד, שבגמ' לא חילקו בהכי אלא אמרו בסתמא שכל היכא דליתיה בירושה - ליתיה במתנה! ולכן נקטו לדינא שאין חילוק בדבר. הרמב"ן במלחמות תירץ שמתנת שכי"מ בראוי ליורשו לא תיקנו אלא בתורת ירושה, ולכן אם אינו ראוי ליורשו - לא תיקנו לו. משא"כ באחר שאינה מתורת ירושה. עוד כתב הב"י שהטעם הוא משום שאם נאמר שיקנה מי שראוי ליורשו בתורת מתנה, יבואו לומר שיש ירושה לגר, שהרי אנשים לא ידעו שזכה מתורת מתנה, ולכן אמרו חז"ל שגר אינו במתנת שכי"מ, וממילא טעם זה לא שייך באחר שאינו ראוי ליורשו כלל. השו"ע פסק כרמב"ם, והרמ"א כרא"ש.

2. האם אמרין 'מצוה לקיים דברי המת' בגר? רמ"א בשם י"א - כן, כן דעת המרדכי בגיטין והר"ן. רמ"א בשם י"א - לא, כן דעת הרא"ש בתשובה, ומרדכי בפרק מי שמת.

3. מה דין שתוקי במתנת שכיב מרע? רמ"א - כדין גר, כ"כ בתרוה"ד, וטעמו שהרי אין מי שראוי ליורשו. קצות - דין זה צ"ע, שהרי הוא ודאי יהודי, דאמו נאמנת לומר לכשר נבעלתי ואפי' ברוב פסולין, כ"ג ומשום ד'אשה מזנה בודקת ומזנה', וא"כ יש לו יורשים אלא שאיננו יודעים מי הם, ולא גרע ממי שבא ממדה"י ואיננו יודעים מי היורשים שלו! והנתיבות תירץ דכיון שלעולם לא יוכל להתוודע מי יורשיו, הוי כאוש והפקר גמור, ולא יוכל לעולם לבוא לידי ירושה, ודמי לגר.

מהי הכרעת הרמ"א בשתוקי? סמ"ע - הרמ"א דיבר על מתנת שכי"מ, כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא בזה, אם שניהם מוחזקים, או ששניהם אינם מוחזקים - יחלוקו, ואם רק אחד - המע"ה. ש"ך, לבוש - הרמ"א דיבר על שתוקי שציוה מחמת מיתה ולא הושלש, שהרי במתנת שכי"מ כבר הכריע כדעת הרא"ש. אם שניהם מוחזקים - חולקים, ואם רק אחד - יחלוקו. ובכה"ג אם א"א אינו מוחזק - כיון שודאי לא קנו החפץ, אלא שיש ספק האם היורשים מצווים לקיים דברי המת, אין ב"ד יכולים להוציא הממון מידם בעל כרחם; נתיבות.

סעיף ב

עובד כוכבים שנתגייר שנתן מתנה לבנו שהורתו שלא בקדושה, וצוה שיתן בנו מנה ליתומה פלונית, אף על פי שאין מתנה זו כלום, זכה הבן במנה של יתומה ליתומה.

דין זה הוציא השו"ע מדברי הרא"ש בתשובה שהובאו בטור, והרא"ש לשיטתו שאף היתומה לא זכתה מדין מתנת שכי"מ, אלא שכיון שהבן התכוון לזכות עבודה את הממון, הרי זה דומה למגביה מציאה לחברו שאינו יכול לחזור בו,

שכבר זכה בה חברו. אולם, לשיטת השו"ע היתומה היא כאחר, והיא זוכה בממון מכח מתנת שכיב מרע לאחר, וא"כ קשה מדוע הוצרך לומר שזכתה כיון שהבן זכה עברה? וא"כ שלא נתן לה במתנת שכי"מ, אלא שנתן לבן כל נכסיו וציווהו שיתן לה חלק, א"כ הרי זה 'קני על מנת להקנות' וכיון שהבן לא קנה – אף היתומה לא קנתה?! כן הקשו הקצות והנתיבות ונשארו בצ"ע.

עוד הקשה הקצות על עצם דברי הרא"ש, שדימה דין זה למגביה מציאה לחברו ועודר בנכסי גר זה וכסבור של גר אחר, דשאני התם שעשה מעשה קנין והתכוון לזכות, אולם הכא סבר שהממון שלה מכח המתנה, וכלל לא התכוון לזכות עברה אלא רק להיות כשומר עברה, וא"כ מדוע שלא יוכל לזכות בעצמו בנכסים כשנודע לו שלא זכה?! והנתיבות תירץ דשאני הכא שהתכוון לשמור עברה את הממון והשאל לזכות, נמצא שהחצר קונה לה אף בלא דעתו, שחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו.

סעיף ג

שכיב מרע שהודה שיש לפלוני אצלו כך וכך תנוהו לו, הודאתו הודאה. ואפילו הודאת הגר לבנו שאין הורתו בקדושה, או לעובד כוכבים, נותנים לו. אבל שכיב מרע שצוה לתת לעובד כוכבים מתנה, אין שומעין לו, שזה כמי שצוה לעבור עבירה מנכסיו.

1. גר שהודה על ממון ששייך לאחר – הודאתו הודאה, כדמוכח ממעשה דאיסור גיורא בגמ' הנ"ל. ומטעם שהודאה מועילה אף בבריא ולא מדין מתנת שכי"מ.

2. שכיב מרע שצוה לתת לגוי מתנה, וכן אם צוה לעשות כל עבירה אחרת – אין שומעין לו, שהרי אסור ליתן מתנה לגוי מדין 'לא תחנם' – לא תתן להם מתנת חנם, וכמבואר ביו"ד קנא, ומתנת שכי"מ לא מהני כשמצוה לעשות איסור; כ"כ הרמב"ם.

סעיף ד

אמר: פלוני עבדי עשו אותו בן חורין, או שאמר: עשיתי אותו בן חורין, או הרי הוא בן חורין, כופין את היורשין ומשחררים אותו. אמר: פלונית שפחתי עשו לה קורת רוח, עושין לה קורת רוח ואינה עובדת אלא עבודה שהיא רוצה בה מכל העבודות הידועות לעבדים באותו מקום. (וי"א שאם רוצה, כופין אותם לשחררה) (טור בשם רש"י והרא"ש). ועיין ביורה דעה סימן רס"ז סעיף ע"ז.

1. אמר ליורשים לשחרר את עבדו, כגון שאמר 'עשו אותו בן חורין', או 'עשיתי אותו ב"ח', או 'הרי הוא ב"ח' – כופין את היורשים לשחררו, ואע"פ שקי"ל בסעיף הקודם שמתנת שכי"מ לא חלה בדבר איסור, וקי"ל שהמשחרר עבדו עובר בעשה?! לא קי"ל הכי אלא כשמשחררו בחינם, אך הכא מעמידים את היורש בחזקת כשרות, ותולין שעשה לו טובה גדולה שהיה חייב להשיב לו כגמולו ולשחררו, כ"כ הרשב"א והביאו הב"י וה"ה, או שמישהו אחר נתן לו מעות כדי לשחררו; כ"כ הסמ"ע בשם הר"ן.

כ"כ הרמב"ם ע"פ התוספתא, וכן משמע בגיטין מ. "כי אתא רב דימי א"ר יוחנן: מי שאמר בשעת מיתתו פלונית שפחתי אל ישתעבדו בה לאחר מותי, כופין את היורשים וכותבין לה גט שחרור; אמרו לפניו רבי אמי ורבי אסי: רבי, אי אתה מודה שבניה עבדים?", וכתב הב"י שלא נחלקו אלא מחמת שסברו שהלשון 'אל ישתעבדו' אינו לשון שחרור, אולם בלשון שחרור מפורשת – כו"ע מודו שכופין אותם לשחררה.

2. אם צוה ליורשים לעשות קורת רוח לעבד: שו"ע – אינו יכול להכריחה לעבד, אלא בידה לבחור איזה עבודות לעשות. רמ"א – אם רוצה להשתחרר – כופין אותו לשחררה.

גיטין מ. "כי אתא רב שמואל בר יהודה אמר רבי יוחנן: מי שאמר בשעת מיתתו פלונית שפחתי קורת רוח עשתה לי יעשה לה קורת רוח, כופין את היורשין ועושין לה קורת רוח; מ"ט? מצוה לקיים דברי המת". רש"י פירש שאם אינה מתרצת אלא בשחרור – כופין אותם לשחררה, וכן הסכים הרא"ש. אולם, הרי"ף והרמב"ם נקטו שאין הכוונה בלשונו לשחררה, אלא להקל מעליה העבודות, ושם אינה רוצה לעשות מלאכה מסוימת – לא יכריחוה.

ב"ה

סימן רנז

הכותב נכסיו לבנו או לאחר מהיום ולאחר מותו, ומתנת בריא שכתבו בה מהיום ולאחר מיתה, ובו ז' סעיפים.

סעיף א

הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו, הרי הגוף של בן מזמן השטר, והפירות לאב עד שימות, לפיכך האב אינו יכול למכור מפני שהם נתונים לבן, והבן אינו יכול למכור מפני שהם ברשות האב. הגה: המקדיש קרקע מהיום ולאחר מותו, או לאחר שלשים יום, לא קדיש כלל, דהא אי אפשר לומר גוף מהיום ופירות לאחר זמן, דהא קא אכיל פירות של הקדש (תשובת רשב"א סימן תקס"ג). הכותב כל נכסיו לאחד מהיום ולאחר מיתה, צריך למכר ולקנות בדמיהן קרקע ולאכול מהן פירות, כדין בעל בנכסי אשתו, אלא א"כ התנה לעשות בנכסיו כל ימי חייו כפי מה שירצה (נ"י פרק י"נ).

1. בריא שנתן נכסיו לאחר מותו, הקנה הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה, ולכן הנותן אינו יכול למכור - לפי שאין לו אלא פירות, והמקבל אינו יכול למכור - לפי שהגוף אינו שלו עדיין.

ב"ב קלו. במשנה "הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו - האב אינו יכול למכור מפני שהן כתובין לבן, והבן אינו יכול למכור מפני שהן ברשות האב. מכר האב - מכורים עד שימות, מכר הבן - אין ללוקח בהן כלום עד שימות האב".

2. המקדיש נכסיו מהיום ולאחר מיתה, או מהיום ולאחר ל':

בהקדש בדק הבית: פשט הרמ"א - שלעולם לא חל ההקדש. קצות, פת"ש בשם רעק"א - דווקא במקדיש לאחר מיתה, או במקדיש לאחר ל' יום וחזר בו בתוך ל' יום. הרמ"א הביא את דברי הרשב"א בתשובה שכתב כן, וטעמו שאי אפשר לומר שגוף מעכשיו ופירות לאחר ל' יום, דנמצא האילן של הדיוט יונק מקרקע ההקדש, אא"כ שייר בפירוש מקום היניקה. וכתבו הקצות ורעק"א שהיינו דווקא כשחזר בו מההקדש, אך אם לא חזר בו - חל ההקדש לאחר ל' יום, דלא גרע מהאומר לאחר ל' יום דמספקא לן אי תנאה הוי או חזרה, וא"כ כשלא חזר בו ורוצה שיהיה הקדש, מדוע שלא יחול! ואף בחזר בו - כתב רעק"א שאין להקל שהרי דעת הר"ן שא"א לחזור מההקדש.

בהקדש עניים שהוא הקדש דידן - חל ההקדש, דהקדש דידן כהדיוט דמי, כן כתבו הקצות, הנתיבות ורעק"א (הובא בפת"ש), ותמחו על הרמ"א מדוע הביא דין זה, הרי בימינו אין לנו כלל הקדש בדק הבית.

3. בריא שנתן כל נכסיו מהיום ולאחר מיתה, והיו בהם מטלטלין ושט"ח:

אם לא התנה - צריך הנותן למכר וליקח בהן קרקע ולאכול פירותיהן, שהרי הקרן אינה שלו. אך אם התנה שיוכל לעשות בנכסים בחייו כל מה שירצה - אינו צריך, ויכול להשתמש בהם כרגיל; כ"כ הרמ"א בשם הנמוקי"י, ע"פ הגה' הסמ"ע.

4. כשנתן נכסיו מהיום ולאחר מיתה, ונפסד מהקרן - הפסיד המקבל, דרך בשותפין אמרינן שהפירות משועבדים לקרן; נמוקי"י הנ"ל, והביאו הסמ"ע.

ב-ג דין הפירות

סעיף ב

מת האב והניח פירות המחוברים לקרקע, הרי הן של בן, מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו. היו תלושים או שהגיעו ליבצר, הרי הם של יורשים. הגה: מכר הבן כחו לאחר, אין למקבל אפילו בפירות שלא הגיע זמנו לתלוש אלא הן של יורשי האב, ונותנין לזה דמים כפי מה ששוין הפירות בשעה שמת, או מניח הפירות בשדהו עד שיגמרו. וכן הדין אם כתב הקרקע לאחר ולא לבנו (טור). אבל אם כתב לבן בנו, הוי כאילו כתבה לבנו (ת"ה סימן ש"נ).

סעיף ג

עבר האב ומכר, מכורים [הפירות] עד שימות (ואפי' חזר ולקחה האב לא היה במכירתו כלום) (נ"י פרק יש נוחליו), וכשימות האב מוציא הבן (או יורשיו) (טור) מיד הלוקחות. ואם היו שם פירות מחוברין, שמין אותם ללוקח ונותן הבן דמיהם. היו תלושים, או שהגיעו ליבצר, הרי הם של לוקח. (וי"א שדין הבן עם הלוקח כמו עם האב) (טור וב"י בשם רשב"ם).

1. כשימות הנותן - זכה המקבל בכל הפירות שיצמחו מעתה, שהרי כך מכר לו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, ואף אם מכר הנותן חלקו - מוציא המקבל מיד הלוקח, דלא מכר לו אלא זכות אכילת פירות שהייתה בידו.

2. מה דין הפירות הקיימים באותה שעה?

א. פירות תלושים - לא זכה בהם, וחולקים אותם כל היורשים בשווה.

ב. פירות מחוברים שצריכים לקרקע: אם המקבל בנו - זכה בהם, דדעתו קרובה אצל בנו ונתן לו בעין יפה. אם אינו בנו - לא זכה בהם, אלא משלם ליורשים כפי שווין עתה, או יניחם בשדהו עד שיגדלו ואז יטלום היורשים.

ג. פירות מחוברים שאינם צריכים לקרקע: שו"ע - הרי הם כפירות תלושין, וזכו בהם היורשים; כשיטת הרמב"ם, הרא"ש והטור. ש"ך - דינם כדין פירות מחוברים שצריכים לקרקע, כשיטת הרשב"ם.

3. מה הדין באב שנתן לבנו ומכר הנותן חלקו לאחר? שו"ע - דינו כדין אחר שאינו בנו, שלא זכה בפירות מחוברים, דהאב מוחל על הפירות בשעת מיתתו, ובאותה שעה לא היו הפירות שלו; כפי הרי"ף והרמב"ם. רמ"א - דינו כדין אב שנתן לבנו, וזכה בפירות מחוברים, דבשעה שנתן הקנה לו אף הפירות הללו, ובאותה שעה היו שלו; כפי רשב"ם.

4. מה הדין בבן שמכר חלקו לאחר? רמ"א - דינו כדין אחר שאינו בנו, שלא זכה בפירות מחוברים; דלא אמרינן שהקנה לו בעין יפה, אלא בתנאי שישארו בידו בשעת הגביה. ונראה שאף השו"ע יודה לדין זה, שהרי לשיטתו אין האב מקנה בשעה ראשונה כלום, אלא שהוא מוחל לו בשעה שהוא גובה, וכיון שלא הבן בא לגבות אלא הלוקח - אינו מוחל לו.

ב"ב קלח: במשנה "האב תולש ומאכיל לכל מי שירצה, ומה שהניח תלוש - הרי הוא של יורשין". ובגמ' "תלוש - אין, מחובר - לא, והא תניא: שמין את המחוברין ללוקח! אמר עולא, לא קשיא: כאן בבנו, כאן באחר, הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו". ונחלקו הראשונים בפירוש דברי הגמ': **א. שיטת הרשב"ם** - החילוק הוא בשאלה האם נתן לבנו או שנתן לאחר (ואף כשבנו מכר חלקו לאחר, הרי זה כאילו נתן לאחר). וטעם הדבר דכאשר האב נותן לבנו הרי הוא נותן לו בעין יפה, ודעתו להקנות לו אף את הפירות שיהיו בשדה באותה שעה (מלבד הפירות התלושין). ממילא, אף אם האב ימכור אח"כ את חלקו לאחר - דין זה לא ישתנה, שהרי בשעה הראשונה הקנה לבנו בעין יפה. אלא שא"כ מדוע כאשר הבן מוכר, אין הלוקח מוציא את הפירות שיהיו באותה שעה? צ"ל שמלכתחילה אין דעתו להקנותו בעין יפה, אא"כ יבוא הוא לגבות את הפירות, ולא על דעת שימכרם לאחרים. **ב. שיטת הרי"ף והרמב"ם** - החילוק הוא בשאלה האם הבן גובה מהאב או שגובה מאדם אחר. כאשר הבן גובה מהאב, אמרינן שדעתו של אדם קרובה אצל בנו והוא מוחל לו, ונותן לו באותה שעה במתנה את הפירות שנמצאים בשדה. אולם, אם האב מכר את חלקו לאחר, אותו אחר לא מוחל לו, ולכן אין לו זכות בשום פרי שנמצא בשדה בשעה שבא לגבות חלקו. **השו"ע פסק כשיטה השניה, ואלו דבריו בסעיף ג. אולם, הרמ"א נקט כשיטה הראשונה, ולכן הגיה על דברי השו"ע בסעיף ב, והשיג על דבריו בסעיף ג.**

4. אב שנתן לבן בנו - הרי זה כאילו נתן לבנו; רמ"א בשם תרוה"ד. והקצות הקשה שהרמ"א סותר דבריו, דבס"י רי כתב שדוקא בבנו אמרינן שדעתו קרובה אצלו אך לא בבן בנו, ואילו הכא נקט שאף בבן בנו אמרינן הכי, וצ"ע.

5. עבר האב ומכר - מכורים הפירות עד שימות, שהרי אינו יכול למכור הגוף כיון שאינו שלו. ואף אם אח"כ זכה בגוף, כגון שמת בנו וירשו, או שקנה ממנו את הגוף - אין לקונה אלא פירות, דבשעה שקנה לא קנה אלא פירות; כ"כ הרמ"א בשם הנמוק"י.

סעיף ד

עבר הבן ומכר, אין ללוקח כלום עד שימות האב.

סעיף ה

מכר הבן בחיי האב, ומת הבן ואחר כך מת האב, כשימות האב קנה הלוקח, שאין לאב אלא פירות וקנין פירות אינו כקנין הגוף.

1. מכר הבן, ואח"כ מת בחיי אביו – קנה הלוקח, דקנין פירות לא כקנין הגוף דמי.

ב"ב קלו. "איתמר: מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב – אמר רבי יוחנן: לא קנה לוקח, וריש לקיש אמר: קנה לוקח. רבי יוחנן אמר לא קנה לוקח, קנין פירות כקנין הגוף דמי; וריש לקיש אמר קנה לוקח, קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי". **וביבמות לו.** "אמר רבא: הלכתא כוותיה דר"ל בהני תלת" והשלישי הוא הדין שלנו.

2. קצות (ג) - יש ב' סוגי קנין פירות: א. קנין פירות ממש, שאין לו רשות אלא לאכול פירות ולהשתמש, אך הגוף אינו שלו כלל, שאין לו רשות לחפור ולשנות צורת הקרקע, ודווקא בכה"ג אמרין שאינו כקנין הגוף. ב. קנין גוף לזמן, שאף הוא קרוי קנין פירות שהרי אין לו את הגוף לעולם, אך יש לו גם דינים של קנין הגוף שהרי הגוף שלו לגמרי למשך כל אותו הזמן, ומותר לו לשנות צורת הקרקע, לחפור ולחרוש, לבנות ולהרוס, כמבואר ברמב"ם. ע"פ זה רצה ליישב קושית התוס' בסוף השולח כיצד אנו פוסקים כריש לקיש שקנין פירות לאו כקנין הגוף, ומאידך כ' יוחנן שהאחים שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביוכל, ולפי"ז לא ימצא אדם שיוכל להביא ביכורים משדהו אלא חד בר חד עד משה רבנו! ואע"פ שתוס' תירצו שבאמת קי"ל כ' יוחנן שקנין פירות כקנין הגוף דמי, ורק בדין שלנו קי"ל כריש לקיש ומטעמא דאבא לגביה בריה – מחיל, אך הפוסקים לא נקטו כן! ולכן תירץ שבכה"ג שהקרקע שלו לגמרי עד היובל, ויכול לעשות בה כרצונו ממש – חשיב כקנין הגוף, ויכול להביא ביכורים ולקרוא.

סעיף ו

מתנת בריא שכתוב בה: מהיום ולאחר מיתה, הרי היא כמתנת שכיב מרע שאינה קונה אלא לאחר מיתה, שמשמע דברים אלו שאע"פ שקנה הגוף מהיום ואינו יכול לחזור בו, אינו זוכה בו ואוכל פירות אלא לאחר מיתה. הגה: הכותב נכסיו לבנו והתנה לדור בהן כל ימי חייו ולהיות ניזון מהן, יכול לדור בהן עם אשתו ושמישים הצריכין אליו. וכן נותנים לו מזונות הצריכים לו, אם אין לו ממקום אחר כפי הנראה לב"ד. ואם מכרו לצורך מזונות, ובא לו ממון אח"כ, אין צריך לשלם מה שלקח (נ"י בשם הרשב"א).

1. מתנת בריא בקנין, שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה, הרי היא כמתנת בריא לענין שאינו יכול לחזור בו אם עמד, כיון שהגוף נקנה לו מעכשיו. וכמו כן, היא דומה למתנת שכ"מ שאינה חלה אלא לאחר מיתה, ואינו אוכל פירות אלא לאחר מיתה.

ב"מ יט., ב"ב קלה: "אמר אביו, הכי קאמר: איזו היא מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע דלא קני אלא לאחר מיתה? כל שכתוב בה: מהיום ולאחר מיתה".

2. הכותב נכסיו לבנו, והתנה שיוכל לדור בהן כל ימי חייו, ויהיה נזון מהם – יכול לדור בהם אף עם אשתו ושמישי הנצרכים לו, ולא בא למעט אלא ילדיו ושאר הטפלים עמו. וכמו כן, אם אין לו מזונות ממקום אחר – יכול להיות נזון מהם; כ"כ הרשב"א בתשובה. והנתיבות תמה, שהרשב"א אמר שאינו נזון אא"כ אין לו מזונות ממקום אחר, כיון ששם זה היה התנאי, משא"כ בסתם שאמר שיוכל להיות ניזון מנכסיו משמע שבכל ענין יוכל להיות ניזון מהם, ואפי' אם יש לו ממקום אחר.

סעיף ז

כתב לו: מהיום אם לא אחזור בו עד לאחר מיתה, היא לגמרי כמתנת שכיב מרע ויכול לחזור בו כל ימי חייו אף מהגוף. הגה: ומ"מ צריך קנין במתנת בריא, ולא אמרין בכה"ג דבריו ככתובין וכמסורין דמי. ולכן בריא שרצה לחלוק נכסיו אחרי מותו שלא יריבו יורשיו אחריו, ורוצה לעשות סדר צוואה בעודו בריא, צריך להקנות בקנין, ואפילו קנין אינו מהני אם רוצה ליתן להן דבר שאינו בידו אז, דאין אדם מקנה דבר שלא ברשותו, ואין מהני אלא דרך הודאה שמודה שחייב לכל אחד מהן כפי מה שירצה (ב"י ס' ר"נ בשם הרשב"א ומהרי"ק שורש צ"ד ומהר"ם פאדוואה ס' נ"ב). וע"ל סימן ס' סעיף ו'.

1. מתנת בריא בקנין שכתב בה מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה – הרי היא כמתנת שכ"מ שיכול לחזור בו כל ימיו.

2. האם בריא שפירש שנותן המתנה מחמת מיתה – יש לו דין מצוה מחמת מיתה? רמ"א – לא, ולכן אע"פ שיכול להקנות מהיום ולאחר מיתה ולהתנות 'אם לא אחזור ב', אך צריך לעשות קנין על כך, ואינו יכול

להקנות אלא מה שיש לו עתה ; וטעם הדבר שאין זה מדין מתנת שכ"מ, אלא מדין מתנת בריא שיש בה תנאי, שאם לא יחזור בו עד מיתתו – תחול המתנה למפרע מעכשיו ; **וכן כתב הרשב"א בתשובה** (ח"ג, קיח הביאה הב"י סי' רנ, מחודש טז) **"ובשכ"י מרע בלחוד הוא שתקנו**, רצונם לומר בחולה שנפל למשכב מחמת חליו דהשתא הוא דאיכא למיחש שמא תטרף דעתו עליו. אבל במהלך על רגליו לא תקנו ואין מתנתו קיימת אלא במה שמתקיימים בבריא דעלמא בקנין או בשטר או במסירה ושאר קניות של בריא". **וכן דעת המהרי"ק והמהר"ם פאדוואה. אמנם, המרדכי** (ב"מ רנד, ב"ב תרב) **כתב בשם המהר"ם שבריא שפירש שנותן מחמת מיתה – יש לו דין מצוה מחמת מיתה**, וכך ביאר את דברי הגמ' בב"מ יט. שמתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה – יש לה דין מצוה מחמת מיתה, **וכתב שכן משמע מרש"י בסוגיא. בדרכי משה כתב** שהיו שהקשו על המרדכי כיון שבמקום אחר (ב"ב תקצב) פסק שאינו יכול להקנות במתנת שכ"מ, ותיירץ שאף המרדכי לא התכוון לומר שבריא שמצוה מחמת מיתה יכול להקנות כשכ"מ לענין שלא צריך קנין, ושדבריו יהיו ככתובין וכמסורין, שהרי ודאי שלא שייך בו הטעם 'שלא תטרף דעתו'. אלא כוונתו שסתם מתנת בריא שכתוב מה שהיא לאחר מיתה, הרי זה כאילו התנה להדיא שיוכל לחזור בו קודם מותו, ולענין זה בלבד הרי דינו כדין מתנת שכ"מ.

3. בריא שרוצה להקנות נכסים שיהיו לו בשעת מותו – אין לו דרך להקנותו אלא ע"י הודאה שהוא חייב לו את הסכום שרוצה, דא"א להקנות דבר שאינו ברשותו ; כ"כ הרמ"א בשם הרשב"א, וכשיטתו.

סימן רנח

מתנה שכתוב בה לאחר מיתה אם יש בו זמן, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

שטר מתנה שכתוב בו שיקנה פלוני שדה פלונית לאחר מיתה, בין שהיה בשטר קנין בין שלא היה בו קנין, כיון שכתוב בו זמן ובזמן הזה חי היה הזמן מוכיח שמחיים הקנה לו [ואינו] זוכה אלא לאחר מיתה, שאילו היה בדעתו להקנות לו בשטר זה לאחר מיתה לא היה כותב בו זמן, לפיכך אף על פי שאין כתוב בו: מהיום ולאחר מיתה, קונה לאחר מיתה. (והו' כאילו כתב לו מהיום ולאחר מיתה, שנתבאר דינו סימן רנ"ז). וזה שכותבים בכל המתנות והממכרות מעכשיו, אף על פי שיש בשטר זמן, להרויח הדבר [כותבין] כן אף על פי שאינו צריך.

1. 'זמנו של שטר מוכיח עליו', ולכן שטר מתנת בריא שכתוב בו שיקנה לאחר מיתה וכתוב בו זמן – הוא שטר טוב, וקונה הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה, ואע"פ שלא כתוב בו במפורש 'מהיום ולאחר מיתה'.

ב"ב קלו. במשנה "הכותב נכסיו לבניו – צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה, דברי רבי יהודה; רבי יוסי אומר: אינו צריך". ובגמ' מבואר בשם רב שהלכה כר' יוסי, וטעמו הוא מפני שיזמנו של שטר מוכיח עליו, דהיינו שכיון שנכתב בשטר שיחול לאחר מיתה א"כ לאיזה צורך כתב בו זמן? על כרחך כדי להודיענו שמקנה לו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה; ואם היינו אומרים שהכל חל רק לאחר מיתה – היה השטר בטל, שהרי אינו יכול להקנות לאחר שימות, דמיירי במתנת בריא.

הקשו הראשונים הרי בגיטין פה: שהתקין רב (אע"פ שלפנינו הגי' שם רבא) בגט לכתוב 'מהיום' כדי לאפוקי מר' יוסי, ואילו אצלנו מבואר בשם רב שהלכה כר' יוסי! הרי"ף כתב שמכח זה דעת רב נחשון גאון לפסוק כר' יהודה, וכן כתב הרא"ש בשם רבינו חננאל, אך מטעם אחר שהבין שספיקות הגמ' בהמשך הם רק אליבא דר' יהודה. וכן הבין הב"י בדעת הרמ"ה. אולם, רוב הראשונים פסקו כר' יוסי וכפשט הסוגיא, וכתבו ליישב הקושיא ולחלק בין ממון לאיסור, שדווקא בגיטין באיסור א"א חשש רב לדעת ר' יהודה, והתקין לכתוב זמן מפורש, אך לא מפני שכן פסק להלכה.

2. דין זה נכון אף בשטר קנין, שהשטר עצמו הוא המקנה ולא מוזכר בו שעשה קנין, וכדק"ל בסי' קצא ששטרי דידן שטרי קנין הם, ואע"פ שכתובים בלשון עבר; כן ביאר הסמ"ע דברי השו"ע שאין בשטר קנין, דהיינו שלא מוזכר בו קנין סודר, אך ודאי שמייירי שהשטר הוא הקנין דאי לאו הכי הרי מתנת בריא בעיא קנין!;

3. אין הבדל אם נכתב הזמן בתחילת השטר או בסופו; סמ"ע.

4. היום נוהגים לכתוב בשטר 'מעכשיו' אע"פ שכתוב בו זמן, ולרווחא דמילתא עבדי הכי.

5. מה דין הפקר מהיום ולאחר ל' יום? ירושלמי – תלוי במח' רבי ורבנן, האם אמרינן תנאה הוי או חזרה הוי. משנה למלך – תימה מדוע לא אמרינן שהפקיר הגוף מהיום והפירות לאחר ל' יום, וכמו שאמרינן לגבי נותן מתנה! קצות – בהפקר בעינן שיהא מופקר לכל, ודומיא דשמיטה, ולכן א"א לומר שהגוף מופקר מהיום ואפי' הכי הפירות שלו, וכ"כ הרשב"א להדיא, וכמו שאמרינן לגבי הקדש. ונסתפק האם כשהשאל או השכיר לאחרים מהני להפקיר, ולהינצל מאיסור שביתת בהמתו ושכר שבת, וכתב שמדברי הב"י באו"ח רמו מבואר שמהני הפקר אע"פ שבהמתו מושכרת או מושאלת לאחרים, דסו"ס הוא מפקיר את כל מה שבידו, ולא דמי להכא שמפקיר את הגוף ומשאיר הפירות ברשותו.

סעיף ב

וכן אם יש בו קנין, קונה הגוף מיד אפילו אין בו זמן. הגה: דכל קנין מעכשיו הוא. והא דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו, היינו בכותב לו: לאחר מיתה, אבל בכותב לו: לאחר שלשים יום, אין אומרים זמן של שטר מוכיח עליו; ולכן אם מת נותן או המקבל תוך ל', בטלה המתנה. והוא הדין דנותן יכול לחזור תוך ל' (טור בשם הרמ"ה). והא דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו, היינו שצוה הנותן לכתוב זמן, או שצוה לעדים לעשות שטר מעליא; אבל צוואה שלא נכתב בה זמן, רק לזכרון בעלמא, אין אומרים זמנו של שטר מוכיח עליו (בית יוסף בשם רשב"א ותשובת רמב"ן סימן ו' ומהרי"ק שורש צ"ד). ויש אומרים דלאו דוקא זמנו של שטר, אלא בעל פה נמי הזמן מוכיח (ר"ן ס"פ מי שאחזו).

1. שטר שיש בו קנין, דהיינו שמוזכר בו 'וקנינא מיניה' וכדו' שעשו קנין סודר, וכתוב בו שמקנה לו לאחר מיתה – מהנני, דאף בכה"ג אנו מפרשים שהקנה לו הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה, דכל קנין לאלתר הוא, וכאילו פירש בו 'מעכשיו'; רמ"א.

גמ' הנ"ל "בעא מיניה רבא מרב נחמן: בהקנאה, מהו? אמר ליה: בהקנאה - אינו צריך וכו'. רב הונא בריה דרב יהושע אמר: בין אקנייה וקנינא מיניה, בין קנינא מיניה ואקנייה - לא צריך, ובדוכרן פתגמי דהוי באנפנא – פליגי וכו'". וכן הוא מסקנת הגמ' שבשטר שיש בו קנין לכו"ע אמרינן שא"צ לכתוב 'מהיום ולאחר מיתה' והטעם מפני שסתם קנין הוא מעכשיו, והרי זה כאילו פירש שמקנה לו מעכשיו ולאחר מיתה. ולא נחלקו אלא בשטר ראייה בעלמא, ואף בזה קי"ל כר' יוסי שכאשר כתוב בו זמן א"צ לפרש 'מהיום ולאחר מיתה'.

2. שטר שיש בו קנין כנ"ל מתי קונה? סמ"ע – רק בשעה שהגיע ליד המקבל. ט"ז – כשיגיע השטר לידו קונה למפרע משעת הכתיבה, כן פירש דעת השו"ע והרמ"א. ולענ"ד פשט שו"ע ורמ"א – לאלתר, ולכן השמיטו דברי הטור שכתב 'קונה מיד כשהגיע השטר לידו', וכמו שתמה הב"י להדיא על דברי הטור מדוע צריך שיגיע השטר לידו!! אולם, הסמ"ע כתב שאף השו"ע מודה לטור, והטעם דמפני שנכתב בו 'לאחר מיתה' הרי גרע כח הקנין שלא יחול מעכשיו, אלא רק בשעה שיבוא לידו השטר. ובפת"ש בשם הנודע ביהודה תמה עליו, דאם השטר מגרע כח הקנין, א"כ מדוע שיועיל זה שבא השטר לידו!! עוד כתב לבאר שדוקא בשטר וקנין אמרינן שקנה גוף מעכשיו ופירות לאחר זמן, משא"כ כשקנה בסודר לבד ואמר שיקנה לאחר לי יום (בלא מעכשיו) לא אמרינן הכי, דדוקא הכא שעשה גם קנין סודר וגם קנין שטר – ודאי בא לייפות את כוחו, משא"כ התם.

3. מה הדין בנותן מתנה לאחר לי יום, האם אמרינן 'זמנו של שטר מוכיח עליו'? שו"ע – כן, ואין חילוק בין לאחר מיתה ללאחר לי יום. רמ"א, סמ"ע – לא אמרינן בכה"ג, כדעת הרמ"ה. קצות – אף לדעת השו"ע זה רק כשהנותן והמקבל בחיים בסוף לי יום, דקי"ל כר' יוחנן ד'מעכשיו ולאחר לי יום' הוי שוירא ולא נגמר הקנין עד לאחר לי יום, וא"כ בעינן שיהיו בעולם באותה שעה כדי שיוכל לחול. וכתב הקצות שמוכח מדברי הרמ"א שפסק כשמואל, ש'מעכשיו ולאחר לי יום' תנאה הוי, ולכן רק בגלל טעמו של הרמ"ה אמרינן שבטלה המתנה.

הטור כתב בשם הרמ"ה שדין זה של 'זמנו של שטר מוכיח עליו' נאמר רק לגבי קנין 'לאחר מיתה', דבכה"ג הזמן מיותר שהרי הכל יודעים מתי מת. אולם, כאשר כותב בשטר 'לאחר לי יום' הזמן לא מיותר, שהרי רוצה שידעו מתי יחול הקנין. **אולם, הב"י דחה דבריו** וכתב שמסתיתם הפוסקים לא משמע שחילקו בהכי, והיינו טעמא שאף ב'לאחר לי יום' היה יכול לכתוב 'הריני מקנה לך ליום פלוני', ומדלא כתב הכי מוכח שכוונתו להקנות מהיום ולאחר לי יום. **ה"ה רצה לומר שאף דעת הרמב"ם כרמ"ה**, מכך שבהל' אישות (פ"ו, טו) כתב שהמקח חל רק לאחר שיתקיים התנאי, ולא הזכיר שיזמנו של שטר מוכיח עליו. **אולם, הב"י דחה הוכחתו** דשם לא בא הרמב"ם ללמדנו אלא דיני התנאים כמו שהם, ולא עסק בשאלה האם מוזכר בשטר זמן או לא, וזה לימדנו בהל' זכיה. **השו"ע השמיט חילוק זה, ומוכח דס"ל דבכל ענין אמרינן 'זמנו של שטר מוכיח עליו'. אולם, הרמ"א כתב דין זה, וכשיטת הרמ"ה והטור.**

הקצות נקט ש'מעכשיו ולאחר לי יום' קי"ל כר' יוחנן שאמרינן ששוירא הוי (דהיינו שהקנין מתחיל מעכשיו ואינו מסתיים אלא כשיגיע הזמן) וכשיטת תוס', ולכן אף אם נאמר שזמנו של שטר מוכיח עליו אף בכה"ג, אך אין נפק"מ כיון שבעינן שיהא המקנה והקונה בעולם באותה השעה, ושלא יחזור בו המקנה מהמתנה.

4. 'זמנו של שטר מוכיח עליו', אמרינן רק כאשר ציוה על העדים לכתוב הזמן בשטר, או שציוה עליהם לכתוב שטר מעליא, והיינו שטר שכתוב בו זמן. אך אם העדים מעצמם כתבו זמן בשטר, וכתבו שהוא לאחר מיתה, ואינו שטר קנין – השטר בטל, דאין שטר לאחר מיתה; כ"כ הרשב"א והמהרי"ק.

5. אף במתנה בעל פה אמרינן 'זמנו של שטר מוכיח עליו': סמ"ע – היינו במצוה על העדים בעל פה לזכור הזמן. ש"ך, גר"א, באר הגולה – כתוב בשטר זמן ולא מוזכר בו 'לאחר מיתה', אך התנה בעל פה שתחול המתנה רק לאחר מיתה, ובכה"ג אמרינן שמועיל הזמן שבשטר לתנאי שבע"פ, וכן מפורש להדיא בדברי הר"ן. וכתב הש"ך שדינו של הסמ"ע צ"ע לדינא.

הלכות אבידה ומציאה

סימן רנט

השבת אבידה, מאיזה מקום חייב להשיבה, ובו ט' סעיפים.

סעיף א

הרואה אבידת ישראל, חייב ליטפל בה להשיבה לבעליה, שנאמר: השב תשיבם. ואם נטלה ע"מ לגזלה, ועדיין לא נתיאשו הבעלים ממנה, עובר משום השב תשיבם לאחיד, ומשום לא תגזול, ומשום לא תוכל להתעלם. ואפילו אם יחזירנה אחר כך כבר עבר על לא תוכל להתעלם. נטלה לפני יאוש על דעת להחזירה, ולאחר יאוש נתכוון לגזלה, אינו עובר אלא משום השב תשיבם, המתין עד אחר יאוש ונטלה, אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם.

1. הרואה אבידת ישראל – חייב לקחתה ולטפל בה כדי להשיבה לבעליה, שנאמר 'השב תשיבם'. ודעת הסמ"ע שחייב 'השב תשיבם' אינו אלא לאחר שהאבידה כבר הגיעה לידו, ולכן כוונת השו"ע והטור היא לסוף הפסוק 'לא תוכל להתעלם' שמחמת זה חייב לקחתה. והט"ז חלק עליו וכתב שבנמוק"י מפורש להדיא שהחייב של 'השב תשיבם' קיים עוד קודם שנטלה, אלא שאינו מבטלו בכך שלא נטלה אלא רק אם הלך משם ולא נטלה, אך אם עומד ומשמרה ואינו נטלה – עדיין לא ביטל העשה שבה, שהרי כל רגע יכול ליטלה (אא"כ נתיאשו הבעלים).

2. הנוטל אבידה ע"מ לגזלה, קודם שנתיאשו בעליה, עובר בב' לאוים ועשה: א. לא תגזול. ב. לא תוכל להתעלם. ג. השב תשיבם.

מה הדין אם החזירנה לאחר מכן? שו"ע – אינו עובר אלא משום 'לא תוכל להתעלם', אך השב תשיבם קיים, וכן לא תגזול תיקן בהשבה; כשיטת התוס'. ש"ך – עובר בכולם, ובהשבה לא תיקן כלום דכבר נקנתה לו ואין בזה משום 'השב תשיבם' ולא משום 'והשיב'; כשיטת הרמב"ם, הרמב"ן, והרי"ף.

3. הנוטל אבידה קודם יאוש כדי להחזירה, ואח"כ מתחרט ורוצה להשאירה בידו – עובר על 'השב תשיבם' בלבד, שהרי לא התעלם, וכן אין בו משום 'לא תגזול' דגזילה היינו נטילה, כמו 'ויגזול את החנית מיד המצרי' רש"י.

4. המתין עד לאחר יאוש ונטלה – אינו עובר אלא משום 'לא תוכל להתעלם'.

ב"מ כו: "ואמר רבא: ראה סלע שנפלה, נטלה לפני יאוש על מנת לגזלה - עובר בכולן; משום לא תגזול ומשום השב תשיבם ומשום לא תוכל להתעלם. ואף על גב דחזרה לאחר יאוש - מתנה הוא דיהיב ליה, ואיסורא דעבד - עבד. נטלה לפני יאוש על מנת להחזירה, ולאחר יאוש נתכוין לגזלה - עובר משום השב תשיבם. המתין לה עד שנתיאשו הבעלים ונטלה - אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם בלבד". התוס' ובעל המאור הקשו מדוע אמרין שמתנה הוא דיהיב ליה, הרי קיים 'והשיב את הגזילה' וכן את 'השב תשיבם'? ולכן העלה התוס' שרק לא תוכל להתעלם לא תיקן, אך את שאר הדינים תיקן. אולם, הרמב"ן במלחמות ביאר שישנו חילוק יסודי בין יאוש דגזילה ליאוש דאבידה: יאוש דגזילה לא קני, כיון שבאיסורא אתי לידיה, ואף מ"ד שנקנה לו אך צריך לשלם דמים. משא"כ יאוש דאבידה שקונה לגמרי. אלא, שאם נטל את האבידה ע"מ להשיבה לבעליה, הרי נעשה שומר של הבעלים עליה, וממילא לא יועיל בה יאוש שהרי אין אדם יכול להתיאש על דבר שנמצא ברשותו! ולכן כיון שהיאוש שלהם לא מועיל – יכול לקיים השב תשיבם. אך אם נתיאשו קודם שנטלה, ויצאה מרשותם מיד שהגביהה זכה בה, ואם יחזירה להם – הרי זה מתנה בעלמא. ע"פ זה ביאר מדוע עובר בכולן: דכיון שנטלה ע"מ לגזלה, הרי הוא לא נעשה שומר שלהם, והרי היא כמונחת בקרקע, וכשנתיאשו – זכה בה מיד. ושוב לא תועיל השבתו ולא יקיים בה: לא דין 'השב תשיבם', ולא דין 'והשיב' (שהרי אף הוא לא נאמר אלא בגזילה, שהאדם לא הצליח באמת לקנות את הגזילה).

5. האם מועיל יאוש ברשותו? קצות – כן, ורק בשומר לא מהני, שהרי השומר לא התיאש. נתיבות – לא, וכאשר הוא במקום שאינו משתמר, הרי זה נקרא שאינו ברשותו. הקצות הקשה שרואים בכמה מקומות שמועיל יאוש ברשותו! ולכן ביאר שיאוש ברשותו מהני, אלא שכיון שהוא שומר שלהם וידו כידם, א"כ השומר לא מתיאש ולא מועיל יאוש של הבעלים כאשר השומר אינו מתיאש עבורם. אך אם לא היה שומר שלהם, אלא היה מונח ברשותם והיו מתיאשים ממנו – מהני. אולם, הנתיבות ביאר שבאמת יאוש אינו מועיל כשהדבר ברשותו, אלא שיאוש אינו מועיל אלא באבידה, ולכן דבר שאינו מוגדר כאבידה אין מועיל בו יאוש. לכן, אם השומר הגביה כדי להשיבה, נמצא שבאמת החפץ אינו אבוד ממנו, שהרי הוא משתמר עבורו ולכן לא יועיל בו יאוש. משא"כ חצר שאינה משתמרת, כיון שאינה משתמרת עבורו הרי החפץ אבוד ממנו, וחשיב כאינו ברשותו לענין זה, ומועיל בו יאוש. וכן בעבד שבורח מהאדון, הרי שוב אינו משתמר עבורו, והרי הוא כאילו נמצא ביד הגזלן, ומהני ביה יאוש.

סעיף ב

בד"א? במקום שהוא חייב להשיב משם, ובמקום שראוי להסתפק בה באבדה, ושתהא בענין שמוכח שהיא אבדה ושלא תהיה מדעת, ושיהיה בה שוה פרוטה, ושיש סימן בגופה או במקומה, ושהיה מטפל בה אם היתה שלו, ושתהיה של מי שחייב להשיב אבדתו; אבל אם חסר אחת מכל אלו, אינו חייב להשיב אבדתו.

כדי שיתחייב להשיב בעיני ח' תנאים:

א. במקום שחייב להשיב שם, כגון ברוב ישראל ולא ברוב גויים, ויתבאר בסימן שלנו.

ב. במקום שיש להסתפק שהיא אבדה, יתבאר בסימן רס.

ג. אף במקום שראוי להסתפק בה, בעיני שתהא בענין שנראה ממנו שהיא אבדה, בסימן רסא.

ד. שלא תהיה אבדה מדעת, בס"ס רסא.

ה. שיהיה בה שווה פרוטה, בסימן רסב.

ו. שיהיה בה סימן או במקומה, בסימן רסב.

ז. שהיה מטפל בה אם היתה שלו, בסימן רסג.

ח. שתהיה של אדם שחייבים להשיב אבדתו, בסימן רסו.

סעיף ג

כיצד, המוצא מציאה במקום שישראל מצויים שם, חייב להכריז, שלא נתיאשו הבעלים. ואפי' העיר מחצה עובדי כוכבים ומחצה ישראל, או אפילו רובה עובדי כוכבים, והוא מצאה במקום שרוב העוברים שם ישראל, חייב להחזיר. אבל אם רוב העיר עובדי כוכבים, או אפי' רובה ישראל, ומצאה במקום שרוב העוברים שם עובדי כוכבים, אינו חייב, אפילו אם ידע שמישראל נפלה ויש בה סימן, שודאי נתיאשו הבעלים; וכגון שהוא מדברים שיש לתלות שידע מיד בנפילתו, וכמו שיתבאר. הגה: וע"ל סי' רס"ב ס"ג. ו"א דאם אבד ספרים לא מייאש מיניהו, אפילו במקום שרובה עובד כוכבים (הגהות מרדכי דב"מ).

ב"מ כד. "וכן היה רבי שמעון בן אלעזר אומר וכו' המוצא בסרטיא ופלטיא גדולה, ובכל מקום שהרבים מצויין שם - הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתיאשין מהן. איבעיא להו: כי קאמר רבי שמעון בן אלעזר - ברוב נכרים, אבל ברוב ישראל - לא וכו'. ובעמוד ב' תא שמע דאמר רב אסי: מצא חבית יין בעיר שרובה נכרים - מותרת משום מציאה, ואסורה בהנאה. בא ישראל ונתן בה סימן - מותרת בשתייה למוצאה. כמאן - כרבי שמעון בן אלעזר, שמע מינה: כי קאמר רבי שמעון בן אלעזר - ברוב נכרים, אבל ברוב ישראל לא. לעולם אימא לך רבי שמעון בן אלעזר אפילו ברוב ישראל נמי קאמר, ורב אסי סבר לה כוותיה בחדא, ופליג עליה בחדא". וכן פסקו הרי"ף, הרא"ש והרמב"ם והשו"ע. שהמוצא מציאה במקום שרובם גויים - מותרת למוצאה, ואפי' ידוע שמישראל נפל, כיון שודאי הבעלים מתיאשים שהרי אומרים אולי ימצאנה גוי, ואף אם ימצאנה יהודי הרי אינו חייב להכריז דיכול לתלות שמא גוי איבדה. אלא שבעינין שיהא דבר שאפשר לתלות שנודע לו מיד לאחר שנפל, דאל"כ הרי זה יאוש שלא מדעת.

סעיף ד

לפיכך המוצא חבית של יין בעיר שרובה עובדי כוכבים, יינה אסור בהנאה והקנקן מותר. ואם בא ישראל ונתן בה סימן, אז ודאי של ישראל היא ונתיאש ממנה ומותרת למוצאה בשתייה אם היא סתומה (ועיין בי"ד סי' קכ"ט מדין זה).

גמ' שם "דאמר רב אסי: מצא חבית יין בעיר שרובה נכרים - מותרת משום מציאה, ואסורה בהנאה. בא ישראל ונתן בה סימן - מותרת בשתייה למוצאה וכו'. וכי מאחר דאסירא בהנאה, מותרת משום מציאה למאי הלכתא? אמר רב אשי: לקנקנה". ואפי' כשבא ישראל ונתן בה סימן, אם היא פתוחה אסורה בשתייה, דחיישינן שמא מצאה גוי ונגע בה.

סעיף ה

אף על פי שמן הדין במקום שרוב עובדי כוכבים מצויים, אפילו נתן ישראל בה סימן אינו חייב להחזיר, טוב וישר לעשות לפנים משורת הדין להחזיר לישראל שנתן בה סימן. (ואם הוא עני ובעל אבידה עשיר, אין צריך לעשות לפנים משורת הדין).

גמ' שם "ר"ב יהודה הוה שקיל ואזיל בתריה דמר שמואל בשוקא דבי דיסא, אמר ליה: מצא כאן ארנקי מהו? - אמר ליה: הרי אלו שלו. - בא ישראל ונתן בה סימן מהו? - אמר ליה: חייב להחזיר. **תרתיה? אמר ליה: לפנים משורת הדין.** כי הא דאבוה דשמואל אשכח הנך חמרי במדברא, ואהדרניהו למרייהו לבתר תריסר ירחי שתא, לפנים משורת הדין".

סעיף ו

מקום שרוב עובדי כוכבים ורוב טבחים ישראל, בהמה או עוף הנמצא שם שחוט, מותר והוא של מוצאו. ואם עוף חטף בשר והשליכו למקום אחר, אפילו אם רוב ישראל, היא של מוצאו, שודאי נתיאשו בעליו.

סעיף ז

המציל מהארי והדוב וזוטו של ים (פי' לשון ים החוזר לאחוריו עשרה או ט"ו פרסאות ושוטף כל מה שמוצא בדרך חזרתו וכן עושה בכל יום) ושלוליתו של נהר (פי' כשהנהר גדל ויוצא על גדותיו ופושט, רש"י), הרי אלו שלו אפילו הבעל עומד וצווח. הגה: מ"מ טוב וישר להחזיר, כמו שנתבאר סעיף ה'.

ב"מ כא: "בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר, אף על גב דאית ביה סימן - רחמנא שרייה, כדבעינן למימר לקמן". **ובדף כב:** "דאמר רבי יוחנן משום רבי ישמעאל בן יהוצדק: מניין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת - דכתיב וכן תעשה לחמורו וכן תעשה לשמלתו וכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבדה הימנו ומצויה אצל כל אדם, יצאתה זו שאבדה ממנו, ואינה מצויה אצל כל אדם". **ובדף כד:** מבואר שאפי' עומדים וצווחים אינו כלום "והלא עומד וצווח! - נעשה כצווח על ביתו שנפל, ועל ספינתו שטבעה בים".

ואף על גב דמדינא אין חייבין להחזיר באבידות אלו, אם גזר המלך או ב"ד חייב להחזיר מכח דינא דמלכותא או הפקר ב"ד הפקר. ולכן פסקו ז"ל בספינה שטבעה בים, שגזר המושל גם הקהלות שכל מי שקונה מן העובדי כוכבים שהוציאו מן האבידה היא שיחזיר לבעליו, שצריכין להשיב, ואין לו מן הבעלים אלא מה שנתן (מרדכי ריש פרק אלו מציאות).

וכן מבואר בסימן שנו, ז שנהגים להחזיר גניבה אף לאחר יאוש ושינוי רשות מדינא דמלכותא; סמ"ע.

ואם יש מכשולות בנהר שעל ידי כן דבר הצף בו עומד שם, אם הוא דבר שיש בו סימן מסתמא לא הוי יאוש. הגה: ואם הוא דבר שאין בו סימן, אם הבעלים יכולים להציל והן רודפין אחר האבידה, או שאינו שם, שאילו היו שם אפשר שהיו מצילין, לא זכה בהן המוצא (טור). אבל אם הוא דבר שאינו יכול להציל מיד, והוא עומד ואינו רודף אחריו, ודאי מייאש. וסתמא (לא, כן הגיהו סמ"ע וגר"א) הוי יאוש (תוספות ומרדכי פ' הנ"ל).

אם יש מכשולות בנהר שיכולים לעכב את הדבר הנשטף:

א. אם הוא דבר שיש בו סימן - מסתמא לא מתייאשים ממנו, שהרי יוכלו לילך ולחפשו וליתן בו סימן ולהשיבו להם.

ב. אם הוא דבר שאין בו סימן:

שיטת הסמ"ע: א. אם אין הבעלים יכולים להציל - הוי יאוש בכל ענין. ב. אם הבעלים יכולים להציל: אם הם שם והם מרדפים אחריו, או שאינם שם, או שלא ידוע אם היו שם או לא - לא הוי יאוש. אם הם שם ואינם מרדפים - הוי יאוש. ופירש את הסיפא של הרמ"א "אבל אם הוא דבר שאינו יכול להציל מיד, והוא עומד ואינו רודף" שהם ב' דברים: או שאינו יכול להציל, או שיכול להציל ואינו רודף. וכן הגיה בהמשך יסתמא לא הוי יאוש, דהיינו כשלא ידענו האם היה שם.

שיטת הגר"א ובאר הגולה: א. אם אינם יכולים להציל – הוי יאוש בכל ענין. ב. אם יכולים להציל ויש בו סימן – בכל ענין חייב להחזיר. ג. אם אין בו סימן, או שיכולים להציל אפי' לאחר שטיפה ע"י הדחק ויש בו סימן: אם מרדפין – חייב להחזיר. אינם מרדפין – הרי אלו שלו. שכן מבואר בתוס'. וכתב שע"פ זה צריך להגיה בדברי הרמ"א, כדי שישתדרו ע"פ זה. בבאר הגולה הגיה וכתב שצריך לגרוס ברמ"א "ואם הוא דבר שיכול להציל מיד" וזה מסתדר עם דברי הגר"א שאם יכולים להציל מיד ואינם מרדפים, אע"פ שיוכלו להציל ע"י הדחק לאחר מכן – שהוי יאוש ואינו חייב להחזיר. ואולי לזה התכוון הגר"א שצריך להגיה. כי להגהה של הסמ"ע קשה: א. בדברי הרמ"א ברישא כתב במפורש

ב"מ כב. "תא שמע: שטף נהר קוריו עציו ואבניו ונתנו בתוך שדה חבירו - הרי אלו שלו, מפני שנתיאשו הבעלים. טעמא - דנתיאשו הבעלים, הא סתמא - לא! - הכא במאי עסקין כשיכול להציל. - אי הכי, אימא סיפא: אם היו הבעלים מרדפין אחריהם - חייב להחזיר, אי ביכולין להציל - מאי אריא מרדפין? אפילו אין מרדפין נמי! - הכא במאי עסקין - ביכולין להציל על ידי הדחק, מרדפין - לא אייאוש, אין מרדפין - אייאושי מיאש". כן הוא גי' רש"י. והתוס' גרסו 'אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו', ועי"ש בפירושים בהו"א של הגמ' ובמסקנה, שע"פ זה מיוסדים דברי הרמ"א וכמו שכתבו הגר"א ובאר הגולה.

אוזין ותרגולין שברחו מבעליהן, הוי הפקר, וכל המחזיק בהן זכה בהן. ודוקא שאי אפשר לבעליהן להחזיר (ר"ן ר"פ שלוח הקן).

סעיף ח

נהר שעושים בו סכר לצוד בו דגים, ופועלים ישראלים רגילים לעשותו ולתקנו, כשמתקלקל, המוצא בו מציאה חייב להכריז. הגה: וכן מקום ששומרים שם עובדי כוכבים בקבע, אף על פי שרוב הנכנסים ויוצאים ישראלים, אינו חייב להכריז (נ"י פ' אלו מציאות).

כן מוכח בב"מ כד: "ההוא גברא דאשכח ארבעה זוזי דציירי בסדינא ושדו בנהר בירן. אתא לקמיה דרב יהודה. אמר ליה: זיל אכריז. והא זוטו של ים הוא! שאני נהר בירן, כיון דמתקיל לא מיאש. והא רובא נכרים נינהו, שמע מינה אין הלכה כרבי שמעון בן אלעזר אפילו ברוב נכרים! **שאני נהר בירן, דישראל סכרו ליה, וישראל כרו ליה. כיון דישראל סכרו ליה - אימור מישראל נפל, וכיון דישראל כרו ליה - לא מיאש**". וכתב הנמוק"י שה"ה איפכא.

סעיף ט

אבידת קרקע גם כן חייב להשיב, שאם ראה מים באים לשטוף שדה חבירו חייב לגדור בפניהם כדי להציל.

ב"מ לא. "אמר רבא: לכל אבידת אחיך - לרבות אבידת קרקע. אמר ליה רב חנניא לרבא: תניא דמסייע לך; ראה מים ששופטין ובאין - הרי זה גודר בפניהם. - אמר ליה: אי משום הא - לא תסייעי, הכא במאי עסקין - בדאיכא עומרין. - אי דאיכא עומרין מאי למימרא? - לא צריכא, דאית בה עומרין דצריכי לארעא. מהו דתימא: כיון דצריכי לארעא - כי גופה דארעא דמין, קא משמע לך".

סימן רס

המוצא דבר שמוכח שהונח שם, ובו י"א סעיפים.

סעיף א

המוצא בגל או בכותל ישן, שאין זוכרים מי בנאו ולא היה מימות עולם בחזקת זה שדר בו עתה ובחזקת אבותיו, הרי היא של מוצאה. והוא שהעלתה חלודה, שאני אומר של עובדי כוכבים הקדמונים היא. והוא שימצאנה מטה מטה, כדרך כל המטמוניות הישנים. אבל אם מראים הדברים שהן מטמון חדש, אפילו נסתפק לו הדבר, הרי זה לא יגע בהם שמה מונחים הם שם.

וכותל חדש, דהיינו שידוע שאבותיו של זה שהוא דר שם בנאוהו, ולא יצא מרשותם, מציאה הנמצאת בו מחציו לחוץ הוא של מוצאו, אפילו יש בו סימן, והוא שהעלה חלודה, שודאי נתיאשו בעליו ממנו כיון שארך לו שם הימים. מחציו ולפנים, של בעל הבית אפילו אם העלה חלודה. ואם הוא ממלא כל הכותל, חולקים, אפילו אם כל הכותל משופע, ולא אמרינן ממקום הגבוה הוא ונתגלגל למקום השפל.

1. המוצא בגל או בכותל ישן, שאין יודעים מי בנאו, וידוע שלא היה ביד אבותיו מעולם:

א. אם העלתה חלודה, ומצאה בעומק הכותל אצל היסוד – הרי היא שלו, דאמרינן של עכו"ם הקדמונים הם, והפקר הם. כן מבואר בגמ' שבעין 'דשתיד' טפי, רש"י והראשונים פירשו דהיינו שהעלה חלודה ומוכח שהוא ישן מאד, אולם הרמב"ם ביאר שמונח בעומק הכותל. הש"ך הקשה מדוע השו"ע הצריך את שניהם? וכתב שאולי הוא מסתפק כמי הלכה. הנהיבות ביאר שדעת השו"ע להצריך שיעלה חלודה כדי שנדע שהוא אכן ישן, כשיטת התוס' ודעימיה. וכמו כן, שיהא מונח בעומק הכותל, דאי לאו הכי הרי יכול בעה"ב למוצאו, וכיון שיכול למצאו חצרו קונה לו, ואין המוצא יכול לקחתו ממנו.

ב. אם ספק אולי זה מטמון חדש, וכ"ש אם נראה שהוא חדש – לא יגע בו, דשמה הניחוס הבעלים ויבוא ליתלם.

מה הדין במקום שרובו גוים? ש"ך – מותר ליטלו, שהרי אבידת עכו"ם מותרת. נתיבות – אסור ליטלו, דדוקא אבידתו מותרת אך גזילו אסור, והכא כיון שהוא ספק הניחוס דמי לגזל הגוי.

אם הוא מקום שאינו משתמר – בכל ענין הוא שלו, דאבידה מדעת היא; ש"ך.

ב"מ כה: במשנה "מצא בגל ובכותל ישן - הרי אלו שלו. מצא בכותל חדש, מחציו ולחוץ - שלו, מחציו ולפנים - של בעל הבית". ובגמ' "תנא, מפני שיכול לומר לו: של אמוריים הן. - אטו אמורים מצנעי, ישראל לא מצנעי? - לא צריכא, דשתיד טפי".

הראשונים הקשו דכיון שאמרינן דשל אמוריים הם, א"כ מדוע לא יזכה בעל הבית במטמון, שהרי חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו!! הסמ"ע הביא תירוץ רבינו ברוך שאין חצר קונה אלא בהפקר ולא במציאה. הנהיבות תמה עליו שהרי מוכח בכל הראשונים שלא כדבריו, וא"כ מדוע הביאו!! והט"ז דחה דבריו שהרי כאן הוי הפקר, ואין בזה תירוץ לקושינתו. הרמב"ם תירץ שכיון שהוא אבוד ממנו ומכל אדם – אין חצרו קונה לו. והתוס' תירצו שאין חצר קונה אלא בדבר שיש לו יכולת להמצא, אך כאן הוא דבר שאינו עשוי להמצא ואין חצרו קונה.

2. המוצא בכותל חדש, שידוע שאבותיו בנאוהו:

א. אם מונח מחציו ולחוץ: אם נראה שהוא מונח הרבה זמן, כגון שהעלה חלודה, ונתיאשו בעליו – הרי הוא של המוצא, דאמרינן שא' מבני רה"ר הניחו שם ושכחו.

האם בעינן בכה"ג שיהיה מונח מטה מטה בעומק הכותל? סמ"ע וש"ך – לא. הסמ"ע כתב (ע"פ הג' הש"ך) שלא בעינן בכה"ג שימצאנו מטה מטה. הש"ך הקשה ממה נפשך, אם בעינן שיהא חלוד גם בעינן שיהא בעומק הכותל, שהרי זהו פירושו של הרמב"ם לשתיד טפי. ואם לא בעינן בעומד הכותל א"כ גם לא בעינן שיהא חלוד!! שהרי התוס' הקשו מדוע בכותל חדש הרי הוא שלו, ומדוע לא חיישינן שהניחוהו מקרוב והוי ספק הניחוס דלא יטול!! ותירצו שאף הכא מיירי דשתיד טפי, וא"כ ע"כ גם הרמב"ם צריך להעמיד כן, דאל"כ קשה קושיית תוס'!! ותירץ הש"ך שמשמע לסמ"ע שבכותל חדש לא שייך לומר שימצאנו מטה מטה בעומק הכותל. ועוד שהשו"ע פסק כן מכח ספק, ודוקא בכותל ישן ששם הוא זוכה אף במה שמחציו ולפנים, משא"כ הכא שזוכה רק במה שמחציו ולחוץ – סגי בכך שהעלה חלודה הרבה. והנהיבות כתב שא"צ להגיה בסמ"ע, אלא שכונתו לומר שאע"פ שמצאו בעומק הכותל הרי הוא שלו. דהיינו

הו"א לומר שבכה"ג שמוצאו בעומק הכותל אולי א' מהשוק עשאו מטמון והוי כודאי הינוח ולא יטלנו! קמ"ל שלא חיישינן להכי, דבכותל רק משתמשים ואין דרך להניח ולעשותו מטמון דאיכא למיחש שמא יטלנו אחר, ולכן ודאי שהניחו לפי שעה ושכחו.

ב. אם מונח מחציו ולפנים: הרי הוא של בעה"ב, ואפי' העלה חלודה דלא תלינן בעכו"ם הקדמונים בכה"ג, שהרי ידוע לנו שאבותיו בנאוהו.

ג. אם הוא ממלא את כל מקום הכותל – חולקים, ואפי' אם הכותל משופע לא אמרינן שמהצד הגבוה הניחוהו ונתגלגל לבפנים.

ב"מ נו. "תנא: אם היה כותל ממולא מהן – חולקין. – פשיטא! – לא צריכא דמשפיע בחד גיסא, מהו דתימא אשתפוכי אשתתפוך, קא משמע לן".

סעיף ב

במה דברים אמורים, במוכין או בנסכא, שאין הוכחה מאיזה מקום בא לשם. אבל סכין או כיס, הוא מוכיח על עצמו מאיזה מקום בא, שאם יד הסכין ורצועת הכיס לצד חוץ, ודאי מחוץ בא שם והיא של מוצאו, ואפילו מחציו ולפנים. ואם הם לצד פנים, הם של בעל הבית אפילו מחציו ולחוץ.

וכתב הש"ך שכאשר יש הוכחה מאיזה מקום בא לשם, אזלינן בתר המוכיח ואפי' אם ממלא את כל מקום הכותל. ושלא כב"ח שכתב שבממלא תמיד חולקים, כי לא נחלקו בדין זה מעולם, ובמהרש"ל תלמיד טועה הוסיף פירוש לדבריו.

סעיף ג

בד"א שמחציו ולפנים של בעל הבית, כשהוא טוען שהוא שלו, או שהיה יורש שאנו טוענין לו שמא של אביו היה. אבל אם הודה שהם מציאה, הרי היא של מוצאה. לפיכך אם היה משכיר לאחרים, הרי הם של שוכר האחרון. ואם השכירו לשלשה עובדי כוכבים כאחת, הרי עשאו פונדק וכל הנמצא בו, אפילו בתוך הבית, הרי הוא של מוצאו, מפני שאין אחד יכול לטעון שהם שלו או שהוא טמן, שהרי עשאו פונדק.

1. אף כשהיה מונח מחציו ולפנים, אם הודה שהיא אינה שלו – אין חצרו קונה לו, והרי היא של מוצאה, וכבר נתבאר לעיל הטעמים מדוע בכה"ג חצרו לא קונה לו.

2. **היה הבית מושכר לאחרים** – הרי האבידות שנמצאו בו של השוכר האחרון.

ב"מ כה: במשנה "אם היה משכירו לאחרים – אפילו בתוך הבית הרי אלו שלו". **ובגמ' נו.** "ואמאי? ליזיל בתר בתרא! מי לא תנן וכו' אלמא אמרינן: קמאי קמאי אזלו, והני אחריני נינהו. הכא נמי, קמא קמא אזל והני דבתרא הוא! וכו' אלא אמר רב מנשיא בר יעקב: כגון שעשאו פונדק לשלשה נכרים". ופירש רש"י "סתם שוכר בית כשהוא יוצא מחפש כל זמיתיו, ונוטל את שלו ויוצא, ונימא: האחרונים שכחוהו, שאילו הראשונים שכחוהו – כבר מצאו האחרונים".

מה הדין כשהיה בעל הבית דר עמהם? הש"ך כתב שאם בעה"ב היה דר עמהם, אנו תולין שבעה"ב שכחו. והנתיבות הקשה במה מדובר? שאם מיירי שבעה"ב המשיך לדור אחרי שכל השוכרים יצאו – פשיטא, שהרי הוא השוכר האחרון. ואם מדובר שיצאו כולם ביחד – א"כ מה העדיפות של בעה"ב על פני האחרים?! ולכן כתב שמיירי כשאין בעה"ב דר כאן, אלא השוכר האחרון עדיין דר כאן, ולכן הוא שלו.

אם נמצא במקום עמוק, שאולי הראשונים לא היו מוצאים אותו שם – לא תלינן בשוכר האחרון, אלא הרי הוא של מוצאו; ש"ך (יא).

באיזה חפץ מדובר כאן? ש"ך – שאין בו סימן, ולכן אנו אומרים שהוא של השוכר האחרון. אך כשיש בו סימן נוטל ומכריו, א"כ הוא העלה חלודה. והאריך לחלק בשאלה האם בעה"ב דר עמם או לא. הנתיבות הקשה הרי כיון שיש חזקה שהראשונים כיבדו הבית ונטלו את שלהם, א"כ אע"פ שיש בו סימן הרי הוא ודאי של השוכר, ואמאי מכריו?! ותיירץ שהש"ך אזיל בשיטת הראב"ד שאין זה ודאי של האחרון, אלא שאנו תולים שאף אם היה של הראשונים הרי התיאשו, דחושבים שהשוכר שימצאו לא יכריו. וא"כ זה נכון דוקא בחפץ שאין בו סימן, אך אם יש בו סימן – אינם מתייאשים אלא שתיך טפי. ולכן תמה מדוע הוסיף הש"ך לחלק בשתיך טפי בשאלה האם בעה"ב דר שם או לא. **נתיבות:** אף בחפץ שיש בו סימן, אך מיירי שלא העלה חלודה. אך אם העלה חלודה: אם בעה"ב דר עמהם והמשיך לדור אחרי שיצאו – הרי הוא שלו, ואע"פ שנתיאש קנתה לו חצרו לאחר שיצאו השוכרים. אם דרים עמו יחד שוכרים – הרי הוא של מוצאו, ואפי' הביא סימנים, דבכה"ג אין חצרו קונה לו.

3. כאשר עשאו פונדק, דהיינו שהשכירו לג' גוים יחד, כל מה שנמצא בו הוא של מוצאו, ואפי' בא ישראל ונתן בה סימן.

מדוע בעינן שישכירו לג' גוים? ש"ך וט"ז – כדי שיהיה רוב גוים, ובעינן רובא דמנכר, שאפי' אם יבוא ישראל או בעה"ב ויתן בה סימן – א"צ ליתנו לו. משא"כ אם דר בה גוי אחד והוא האחרון, אע"פ שאינו צריך להחזירו לו, שהרי א"צ להשיב אבידת הגוי, אך אם יבוא בעה"ב או אחד מהאורחים בפונדק ויתן סימן – יצטרכו להשיב לו.

בגמ' איתא כגון שעשאו פונדק לג' גוים, וכתבו רש"י והרא"ש והנמוק"י שלא דווקא ג', אלא אפי' אם השוכר האחרון היה גוי והוא דר שם לבדו – א"צ להחזירו לו. והגמ' נקטה ג' משום שלפני כן תירצה שמיירי בגי' ישראלים שהוא דווקא. התוס' פירשו שמיירי שבעה"ב דר יחד עם ב' גוים, ורק בכה"ג א"צ להשיב כיון שהוא מתיאש שלא יחזירו לו. וכתב הסמ"ע שאף הטור והשו"ע מודים לו. והש"ך חלק וכתב שליתא, דמוכח בש"ס שבעינן ג' גוים, מלבד בעה"ב. דבעינן רובא דמינכר, והנתיבות כתב שדבריו תמוהים דמוכח בש"ס שאפי' במחצה על מחצה גוים א"צ להכריז! ועי' בש"ך שהביא בשם המהרש"א שמפני שהוא פונדק, שעיקר דירתם אינו כאן, בעינן ג' גוים ולא ב'. והנתיבות תירץ שכיון שמיירי שמצא אבידה דשתיך, שא"א לתלותה בגוים אלא שודאי היא של בעה"ב, אלא שאנו רוצים לומר שהוא מתיאש וסובר שהשוכרים האחרים מצאוה ולא יחזירו לו, וא"כ מדוע שחצרו לא תיקנה לו לאחר שיעזבו הגוים, הרי מיירי כשמצא בתוך ביתו שהוא חצר המשתמרת! על כרחך בעינן למימר שיש כאן מקום שרבים מצוים שם, וברוב עכו"ם קי"ל כרשב"ג שאין צריך להחזיר, ורק אם יש ג' זה נקרא מקום שרבים מצוים בו.

סעיף ד

ראובן הדר עם שמעון בביתו ומעלה לו שכר, אם צבי שבור או גוזלות שלא פרחו נכנסו לתוך הבית, זכו בהם שניהם. (דהו' כשנים השותפין בחצר) (טור). אבל אם קנה אחד מהם בו מציאה מגנב, אין לחבירו זכות בה.

1. **האם חצר המושכרת קונה לשוכר? שו"ע כאן – כן, ולכן אם דר שם עם בעה"ב ונכנסה מציאה לחצר –** זכו בה שניהם; כ"כ הרא"ש בתשובה, וטעמו דשכירות ליומא ממכר היא. וכן הסכים הקצות. ש"ך – לא, וכמו שמשמע בסי' שיג שחצר המושכרת קונה את המציאות למשכיר ולא לשוכר, דשכירות ממכר ליומא היא לא אמרינן אלא לענין אונאה, וזהו טעמו של הרמב"ם שם. ועיין שם שהרחבנו בזה.

2. **חצר השותפין, האם קונה לשניהם כאחד? שו"ע – כן, וכ"כ הרא"ש בתשובה. קצות – לא, שכן מבואר בב"ב פד שאינה קונה אלא במודד לתוך קופתו, וכ"כ התוס' בקידושין ח'! דכיון שכל החצר שייכת לשניהם כאחד, ואמרינן שהמגביה מציאה לחברו זכה חברו משום שכל אחד זוכה גם עבור חברו, אך בחצר אינה אלא יד אחת והיא משותפת לשניהם וא"כ אף אחד אינו יכול לקנות! וכן מוכח בתשו' מהר"ם שכל הקודם במציאה זכה בה ומטעם ברירה. ולכן אם קדם אחד מהשותפין וזכה במציאה שבחצר – קנאה. נתיבות: כנגד אנשים אחרים – קונה החצר לשותפים, דחצר הוי מטעם יד, והוי כשנים שהגביהו מציאה כאחד שזכו בה. שותף א' שרוצה לזכות וחברו לא יזכה – לא מהני, דשנים שהגביהו כאחד זוכים מטעם מיגו דזכי לנפשיה זכי לחבריה, וכאן כיון שהחצר אינה קונה לשני אינה קונה גם לו, כמו חרש ופקח שהגביהו כאחד. אך אם שותף אחד עומד בצדה והאחר לא, כיון שהיא משתמרת רק לדעת אחד מהם, הרי הוא יכול לקנות בה לבדו.**

3. **גנב שנכנס לחצרו של ראובן ורצה להקנותו הגניבה, וישב שם שמעון והקנה לו כסבור שהוא ראובן – קנה ראובן, ואע"פ שאינו בבית ואע"פ שאינה משתמרת, דכיון שדעת אחרת מקנה לו לא בעינן חצר משתמרת; ש"ך בשם הראב"ן.**

סעיף ה

המוצא מעות בחנות, אם היו בין תיבה לחנוני הרי הם של בעל החנות. ואם מצאם על התיבה, ואצ"ל מתיבה ולחוץ, הרי הם של מוצאם. (ואפילו יש בהן סימן. וי"א דעל התיבה של חנוני הם) (הכל בטור ונ"י). מוצא מעות בחנות השולחני, בין כסא לשולחני, הרי אלו של שולחני. מוצאו על הכסא לפני השולחני, ואפילו היו צרורים ומונחין, הרי אלו של מוצאם, והוא שיהיו רוב עובדי כוכבים, שאם לא כן חייב להכריז מפני שהם צרורים יש בהם סימן.

1. **המוצא מעות בחנות: א. בין התיבה ולחנוני – של המוכר, כיון שרק המוכר מניח שם מעותיו, וודאי ממנו נפל. ב. מהתיבה ולחוץ – של המוצא, דשמא מהקונים נפל. מדוע שלא תזכה לו חצרו בקנין חצר? כיון שלא סמכא דעתיה שהרי רבים נכנסים ויוצאים שם, ואפי' כשהמוכר בחנות ועומד בצדה, שהרי היא אינה משתמרת, דכיון שלא ידע יכולים אחרים ליטלוהו ואינו יכול לעכב עליהם; ש"ך בשם הרא"ש.**

ג. על גבי התיבה: שו"ע, ש"ך – של המוצא, כרמב"ם. רמ"א בשם י"א, ב"ח – של המוכר, כפשט הגמ'.

2. המוצא מעות אצל השולחני: א. בין הכסא והשולחני – של השולחני. ב. על גבי השולחן, ומהשולחן כלפי חוץ – של המוצא.

ב"מ כו: במשנה "מצא בחנות – הרי אלו שלו, בין התיבה ולחונני – של חנוני. לפני שולחני – הרי אלו שלו, בין הכסא ולשולחני – הרי אלו של שולחני". ובגמ' "אמר רבי אלעזר: אפילו מונחין על גבי שולחן וכו'. ורבי אלעזר, הא מנא ליה? – אמר רבא: מתניתין קשיתיה, מאי אריא דתני בין הכסא לשולחני של שולחני? ליתני על שולחן, אי נמי: מצא בשולחנות כדקתני רישא: מצא בחנות – שלו. אלא שמע מינה: אפילו מונחין על גבי שולחן – הרי אלו שלו". ופסקו הפוסקים כר"א.

מדברי הגמ' 'אי נמי מצא בשולחנות כדקתני רישא מצא בחנות', משמע שר"א אמר את דבריו רק על שולחני. וכתב הטור הטעם מפני שדרך הבאים לשולחני להחליף מעותיהן, מניחים מעותיהם וחפציהם ע"ג השולחן, ולכן הדברים המונחים שם אינם בהכרח של השולחני. משא"כ בחנוני שאין דרך הקונים להניח חפציהם על תיבתו. אולם, הרמב"ם כתב שדינן שווה, וכתב הב"י לתרץ הגמ' שמאידך משמע שאין חילוק ביניהם, שהרי בתחילה כתבה לדייק כן מכך ששנינו 'בין הכסא ולשולחני' ומדוע לא שנינו 'על גבי שולחן'! ודיוק זה שייך אף ברישא, ואותו עשה הרמב"ם לעיקר. הש"ך כתב שבירושלמי מוכח להדיא שהבינו שר"א דיבר אף בחנוני, וס"ל שתנא סיפא לגלויי ארישא.

3. מה הדין אם יש סימן בחפץ שנמצא? שו"ע – חייב להכריז, אא"כ יש שם רוב גויים, דבכה"ג אנו תולים ברוב גויים, ואומרים שאפי' אם נפל מיהודי ודאי התיימש, כמו שהתבאר בס"י רנט, ג. מהי דעת הרמ"א? סמ"ע – חולק, ואפי' בכה"ג הרי הוא של מוצאו, דאנו אומרים שהוא מתיימש מפני שסובר שהמוכר מצא ודעתו לגולה, כשיטת הרא"ש. וממילא צ"ע מדוע הרמ"א לא כתב זאת על דינו של המחבר בסוף לגבי שולחני, כדי שיהיה ברור שהוא חולק. ש"ך – מודה לשו"ע, וכן עיקר. לפי שרוב הראשונים חולקים על הרא"ש וסוברים כרש"י והרמב"ם, ואף התוס' לא חלקו עליו לדינא אלא רק בגירסה.

רש"י כתב שלא גורסים בדברי ר"א "צרורים", וביארו התוס' כוונתו שבכה"ג הוי סימן וחייב להכריז. אך כתבו ש"י שגורסים זאת, ומיירי שאיכא רוב גויים דבכה"ג הרי הם שלו; וכן הרמב"ם. וכתב הש"ך שכן דעת הנמוק"י והראב"ד וכן עיקר. אולם, הרא"ש חלק וכתב שמייירי אפי' ברוב ישראל ודומיא ד'מצא בגל ובכותל ישן' (המשניות הקודמות) שמייירי אפי' כשיש סימן. וכתב הטעם מפני שבכה"ג המאבד ודאי התיימש שהוא תולה שהחנוני מצא את החפץ, וכיון שלא החזיר לו – כנראה הוא רוצה לגזלו ואין לו איך להוציאנו ממנו. השו"ע כתב כרמב"ם, הרמ"א הגיה על תחילת דברי השו"ע לגבי חנוני – 'ואפי' יש בהן סימן', אך לא הגיה על הסיפא של השו"ע שחילק בין רוב גויים לרוב ישראל. הסמ"ע הבין שכוונתו לפסוק כרא"ש ותמה מדוע לא כתב את הגהתו על הסיפא של דברי השו"ע. אולם, הש"ך כתב שודאי כוונת הרמ"א להסכים עם השו"ע לדינא, ושלא כרא"ש. אלא שבא ללמדנו שאין חילוק בין חנוני לשולחני לענין זה.

4. מצא בבתי שלנו – הרי הוא של המוצא; ש"ך (יח), דכיון שרבים נכנסים ויוצאים שם, הרי זה כמו מצא בחנות, שאין צורך קונה למוכר בכה"ג.

סעיף ו

המוצא קציעות בדרך, אפילו בצד שדה קציעות, הרי אלו שלו. וכן תאנה שהיא נוטה לדרך ונמצאו תאנים תחתיה, מותרים, שהבעלים מתיאשים מהם, מפני שהתאנה וכיוצא בה עם נפילתה נמאסת. אבל זתים וחרובים וכיוצא בהם, אסורים. ותמרים שמשירים הרוח, מותרים, שחזקתן שהבעלים מחלום לכל אדם, מפני שהבהמות והחיות אוכלים אותם מחמת מתיקותם. ואם היו של יתומים שאינם בני מחילה, אסורים. וכן אם הקפיד בעל השדה והקיף מקום האילנות, או תיקן מקום שיפלו בו הנובלות עד שילקטם, הרי אלו אסורים, שהרי גילה דעתו שלא מחל.

קציעות – כיון שהם חשובות, מרגיש מיד בנפילתן. תאנים וכדו' – נמאסות עם נפילתן. תמרים – מפני ששקצים ורמשים אוכלים מהם. ולכן כל אלו הרי הם של מוצאם. משא"כ זתים וחרובים וכדו' – אסורים שאין הבעלים מתיאשים מהם.

וכל אלו אם היו של יתומים שאינם בני מחילה, או שמוכח שבעה"ב לא מחל – הרי הם אסורים.

ב"מ כא: "תא שמע: קציעות בדרך, ואפילו בצד שדה קציעות. וכן תאנה הנוטה לדרך, ומצא תאנים תחתיה – מותרות משום גזל, ופטורות מן המעשר. בזיתים וחרובים – אסור. בשלמא רישא לאביי לא קשיא, אגב דחשיבי – ממשמש בהו. תאנה נמי – מידע ידיע דנתרא. אלא סיפא, לרבא קשיא. דקתני: בזיתים וחרובים אסור! – אמר רבי אבהו: שאני זית, הואיל וחזותו מוכיח עליו, ואף על גב דנתרין זיתי מידע ידיע, דוכתא דאיניש איניש הוא. – אי הכי, אפילו רישא נמי! – אמר רב פפא: תאנה עם נפילתה נמאסת".

סעיף ז

מצא פירות מפוזרות במקום הגרנות, אם היו כמו קב בתוך ד' אמות או ביותר על ד' אמות, הרי אלו שלו, מפני שאין הבעלים מטפלים באסיפתן. היו מפוזרים בפחות מד' אמות, לא יגע בהם, שמא הבעלים הניחו שם (וכן יותר מקב בד' אמות) (טור). היו כמו חצי קב בב' אמות, או קביים בח' אמות, או שהיה הקב משנים וג' מינים כגון תמרים ושומשמין, כל אלו ספק לפיכך לא יטול ואם נטל אינו חייב להכריז. הגה: וי"א אפילו בתמרים לחוד דלא נפיש טרחיהו וכל כיוצא בזה (טור), או בשומשמין לחוד דחשיבי, הוי ספק (רש"י).

ב"מ כא. "מצא פירות מפוזרין. וכמה? אמר רבי יצחק: קב בארבע אמות. היכי דמי? אי דרך נפילה - אפילו טובא נמי, ואי דרך הינוח - אפילו בציר מהכי נמי לא! - אמר רב עוקבא בר חמא: במכנשתא דבי דרי עסקינן: קב בארבע אמות דנפיש טרחיהו - לא טרח איניש ולא הדר אתי ושקיל להו, אפקורי מפקר להו. בציר מהכי - טרח והדר אתי ושקיל להו, ולא מפקר להו. בעי רבי ירמיה: חצי קב בשתי אמות מהו? קב בארבע אמות טעמא מאי - משום דנפיש טרחיהו, חצי קב בשתי אמות כיון דלא נפיש טרחיהו - לא מפקר להו. או דלמא: משום דלא חשיבי, וחצי קב בשתי אמות, כיון דלא חשיבי - מפקר להו. קביים בשמונה אמות מהו? קב בארבע אמות טעמא מאי - משום דנפיש טרחיהו, וכל שכן קביים בשמונה אמות, כיון דנפישא טרחיהו טפי - מפקר להו. או דלמא: משום דלא חשיבי, וקביים בשמונה אמות כיון דחשיבי - לא מפקר להו. קב שומשמין בארבע אמות מהו? קב בארבע אמות טעמא מאי - משום דלא חשיבי, ושומשמין כיון דחשיבי - לא מפקר להו. או דלמא: משום דנפיש טרחיהו טפי - מפקר להו. קב תמרי בארבע אמות, קב רמוני בארבע אמות מהו? קב בארבע אמות טעמא מאי - משום דלא חשיבי, קב תמרי בארבע אמות, קב רמוני בארבע אמות נמי, כיון דלא חשיבי - מפקר להו. או דלמא: משום דנפישא טרחיהו, וקב תמרי בארבע אמות, וקב רמוני בארבע אמות, כיון דלא נפיש טרחיהו - לא מפקר להו, מאי? - תיקו". והרמב"ם גרס בסיפא שהאיבעיא היא כשהקב מעורב יחד מכמה מינים.

סעיף ח

גוזל שמדדה (פ' שמתנדד) ואינו יכול לפרוח, הנמצא קרוב לשובך בתוך חמשים אמה, הרי הוא של בעל השובך. חוץ לחמשים אמה, הרי הוא של מוצאו, שאין הגוזל מדדה יותר על חמשים אמה. (ובשביל של כרמים אפילו חוץ לנ' אמה הוי של בעל השובך) (טור). נמצא בין שובכות, הרי הוא של קרוב. מחצה למחצה, יחלוקו. בד"א, כשהיו יוני שני השובכות שוין במנין, אבל אם היו יוני האחד רבים, הלך אחר הרוב אף על פי שהוא רחוק. (וכל זה בגוזלות שאין מפריחים, אבל אם הם מפריחים, בכל ענין של מוצאו) (טור).

סעיף ט

כל המוצא אבידה, בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן, אם מצאה דרך הנחה אסור ליגע בה, שמא בעליה הניחוה שם עד שיחזרו לה, ואם יבא ליטלה, והיה דבר שאין בו סימן, הרי איבד ממון חבירו, שהרי אין לו בה סימן להחזיר בו. ואם היה דבר שיש בו סימן, הרי זה הטריחן לרדוף אחריה ולתת סימניה. לפיכך אסור לו שיגע בה עד שימצאנה דרך נפילה. אפילו נסתפק לו הדבר, ולא ידע אם דבר זה אבוד או מונח, הרי זה לא יגע בו, ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם. ואם היה דבר שאין בו סימן, זכה בו ואינו חייב להחזירו. וכל דבר שיש בו סימן, בין ספק הנחה בין בדרך נפילה, בין ברה"י בין ברה"ח, חייב להכריז.

1. כל אבידה שהיא ספק הינוח, וכגון טלית או קרדום בצד גדר, דאיכא למימר שבכונה הניחום אך אולי אח"כ שכחום; סמ"ע, וכ"ש אם היא בודאי הינוח:

א. דבר שאין בו סימן – לכו"ע לכתחילה לא יטול, שהרי אין לו סימן כדי להחזירנו לבעלים, ואם הניחוהו שם מדעת – הרי הוא מפסיד אותם.

ב. דבר שיש בו סימן: שו"ע – אותו דבר, שהרי אם הניחוהו מדעת הרי הוא גורם להם טרחה מיותרת. רמ"א, ש"ך: במקום המשתמר לגמרי – לא יטול, שלא להטריחם סתם. במקום שאינו משתמר לגמרי – נוטל ומכריז.

2. **ספק הינוח שעבר ונטלו, מה הדין? שו"ע, ש"ך** – הרי הוא שלו, ומותר לו להשתמש בו. רמ"א – יהא מונח עד שיבוא אליהו.

ב"מ כה: במשנה "מצא אחר הגפה או אחר הגדר גוזלות מקושרים, או בשבילין שבשדות - הרי זה לא יגע בהן". **ובגמ'** "מאי טעמא? דאמרין: הני אינש אצנעניהו, ואי שקיל להו - לית להו למרייהו סימנא בגוייהו, הלכך לשבקינהו עד דאתי מרייהו ושקיל להו. ואמאי? ליהוי קשר סימנא?! וכו'. ולהוי מקום סימן? וכו', והוה ליה ספק הינוח, ואמר רבי אבא בר זבדא אמר רב: **כל ספק הינוח - לכתחילה לא יטול, ואם נטל - לא יחזיר**".

בקושיית הגמ' **'וליהוי קשר סימן' מוכח שלא נאמר דין זה אלא בדבר שאין בו סימן**, אך אם יש בו סימן – נוטל ומחזיר, שאם לא כן – מה הגמ' מקשה?! **וכן דעת רוב ככל הראשונים** שבדבר שיש בו סימן אע"פ שהוא ספק הינוח, אם הוא מונח במקום שאינו משתמר לגמרי – נוטל ומחזיר, וניחא להו לבעלים בהכי, דאיכא למימר שהינוח מדעת ושכחום, וכ"כ הרמ"א לקמן בסעיף הבא. **אולם, הרמב"ם כתב** שאין חילוק בין חפץ שיש בו סימן לחפץ שאין בו, ובכל ענין לא יטול והקשה עליו ה"ה מהגמ', והב"י כתב שהיתה לו ג"י אחרת או שיש לתרץ בדוחק. והש"ך כתב שהעיקר כחולקים על הרמב"ם.

נקודה נוספת שנחלקו בה, היא בשאלה מה הדין אם עבר ונטל? בדבר שיש בו סימן פשיטא שצריך להכריז עליו (אמנם, בסמוך יתבאר שאם עוד לא הולכה לביתו יש חילוקי דינים בזה), אך בדבר שאין בו סימן נחלקו: דעת רוב הראשונים שהרי זה כיאוש שלא מדעת, ודינו הוא שיהא מונח עד שיבוא אליהו, והכא נמי שהרי אינו יודע אם נתיאשו הבעלים ממנו או לא; וזהו דעת הרמ"א בסעיף הבא. אולם, דעת הרמב"ם שאם עבר ונטל הרי הוא שלו. ונתקשו בדבריו מדוע זכה בו? וכתב הב"י שאולי כך דעתו בכל יאוש שלא מדעת, שאם עבר ונטל זכה בו. הסמ"ע תירץ דשאני הכא שכיון שנטלו על דעת להשיבו לבעליו, אלא שטעה ולא ידע שלא יהא בידו להחזירו לו – כו"ע מודים שיחזיקנו לעצמו (ולא זכיתי להבין מה הסברא בחילוק זה). הש"ך כתב שצ"ל שכן הוא הדין בכל יאוש שלא מדעת שאע"פ שאינו שלו, אך אין זה אומר שאסור לו להשתמש בו, אלא מותר לו להשתמש בו ולכשיבואו בעליו – יחזירהו להם. והסיק שכן עיקר, דכן משמע בש"ס שאמרו "לא יחזיר" ולא אמרו "יהא מונח". והנתיבות הקשה עליו שהרי משמע מהלשון 'הרי אלו שלי' דזכה בחפץ לגמרי, ועוד שאם אינו שלו מדוע מותר לו להשתמש בחפץ? הנתיבות ביאר ע"פ שיטתו בריש סימן רנט בדעת הרמב"ן, שעקרונית יאוש אינו מועיל כאשר החפץ הוא ברשות הבעלים. ולכן, כאן כיון שיש לנו ספק הינוח, ואיננו יודעים האם הבעלים הניחו שם או שאיבדו ונתיאש – לכן לכתחילה אסור ליטלו. אך כאשר עבר ונטל, כיון שעבר ונטל ויצא מרשות בעל האבידה – מועיל בו יאוש, שהרי עכשיו ודאי אינו ברשות בעל האבידה. ואע"פ שביאוש שלא מדעת לא מהני יאוש, שאני הכא שהיאוש של הבעלים היה עוד קודם שבא החפץ לידו, אלא שהיאוש לא הועיל עד שהחפץ בא לידו והוציאו מרשות הבעלים, ובכה"ג מהני לקנותו כיון שהבעלים התיאשו קודם לכן. רעק"א המתק טעמו של הסמ"ע, שביאוש שלא מדעת הטעם הוא שבאיסורא אתי לידה שהרי יש עליו חובת השבה, ולכן אע"פ שנתיאשו הבעלים אך לא פקעה ממנו מצות השבה. משא"כ הכא שנטלה על דעת להשיבה, ונתיאשו הבעלים, וכיון שהוא ספק הינוח אין בו משום מצות השבה מספק, שהרי הספק לא יחייבנו ב'עשה' של השב תשיבם. ואף בודאי הינוח, כיון שאין בו סימן וא"א לברר מי הבעלים – אין כאן עשה של 'השב תשיבם', וממילא כיון שהתיאשו ויצא מרשותם – אין עוד מה שיעכבו מלהשתמש בו. ע"פ זה כתב שצריך להמתין עד שישער שנתיאשו הבעלים.

סעיף י

כיצד, מצא טלית או קרדום בצד הגדר, הרי זה לא יגע בהם. בסרטיא (פ"ד דרך רחבה שהולכים שם רבים תדיר), נוטל ומכריז. מצא גוזלות מקושרים בכנפיהם ומדדין אחר הגדר (פ"ד גדר של אבנים) או אחר הגפה (פ"ד סתימת כותל של עצים או של קנים) או בשבילין שבשדות, ה"ז לא יגע בהם, שמא בעליהם הניחו שם. ואם נטלם, הרי אלו שלו. ואם היו קשורים קשר שהוא סימן, חייב להכריז. וכן אם מצאם קבועים במקומם, חייב להכריז, שהמקום סימן.

1. צד הגדר הוא מקום המשתמר לגמרי, אך מאחורי הגדר הוא מקום שמשתמר קצת; סמ"ע, וכן מוכח ברבינו ירוחם.

2. גוזלות מקושרים בכנפיהם ומדדים? סמ"ע – מייירי שאין שובך בתוך נ' אמה, דאל"כ אזלינן בתר השובך. ש"ך, ט"ז – מייירי שיש שובך, ולכן לא חיישינן שנפלו אלא שבאו מהשובך שהרי הם מדדים, אך מאידך כיון שהם מקושרים ואחר הגדר חיישינן שמא הונחו שם בכוונה, ולכן הוי ספק הינוח. ולעיל בסעיף ח לא מייירי בגוזלות מקושרים.

הגה: כל אלו דברי הרמב"ם, אבל יש חולקין בכל זה וסבירא להו דג' חילוקים בדבר, דאם הדבר משתמר כגון טלית או קרדום בצד גדר, והוא ספק אם הניחו בעלים שם, לא יגע בהן בין יש בו סימן בין אין בו סימן. עבר ונטלו והולילו לביתו, אם יש בו סימן יכריז (טור), ואם אין בו סימן יהא

מונח עד שיבא אליהו (המגיד פט"ו דגזילה ונ"י פ' אלו מציאות). לא הוליתו לביתו, יחזור ויניחנו על מקומו. במקום שאינו משתמר כלל, אפילו ודאי הונח ואין בו סימן לא בחפץ ולא במקום, הוי של מוצאו. ואם יש בו סימן, נוטל ומכריז. ובמקום שמשתמר קצת, כגון שבילין שבשדות, אפילו ספק הינוח, יש בו סימן נוטל ומכריז, ואם אין בו סימן, לא בגופו ולא במקום, לא יטלנו, ואם נטלו רק בידו ולא הוליתו לביתו לא יחזיר, שהרי אין המקום משתמר היטב, ויהא מונח עד שיבא אליהו, וכן נראה לי עיקר (טור והמגיד).

3. הרמ"א חולק על הרמב"ם רק בב' נקודות שזכרנו למעלה: א. מה הדין כשעבר ונטל ואין בו סימן. ב. מה הדין בספק הינוח במקום שאינו משתמר כ"כ ויש בו סימן; סמ"ע.

4. מקום שהוא משתמר לגמרי ועבר ונטלו: אם לא הוליתו לביתו – יחזור ויניחנו במקומו, שהרי אין זה בגדר אבידה שיתחייב בהשבתה, כ"כ הרא"ש. אך אם הוליתו לביתו – לא יחזירנו, דדילמא באו הבעלים לבקש ולא מצאו, ושוב לא יבואו, וכן מוכח בירושלמי.

5. מקום שהוא משתמר קצת ועבר ונטלו, כשאין בו סימן: אם הוליתו לביתו – לא יחזירנו אלא ייהא מונח. **אם לא הוליתו:** רמ"א – לא יחזיר, שכבר נתחייב בהשבתה שהרי אין זה מקום המשומר היטב, ובהכי לא יצא ידי חובתו, אלא יהא מונח; כ"כ הרא"ש. ש"ך – יחזיר למקומו, דממה נפשך אם הבעלים הניחו שם אין זו אבידה, ואין מוטל עליו להשיבה. ואם שכחם – כיון שאין בו סימן הרי היא שלו, וכיון שיכול להניחה בביתו – יכול להניחה איפה שרוצה; כ"כ הנמוק"י בשם הר"ן, והרמב"ן והרשב"א וה"ה וכן עיקר.

6. מקום שאינו משתמר לגמרי, והוא ודאי הינוח ואין בו סימן: ש"ך – הדין יהא מונח, שהרי זה יאוש שלא מדעת, שהרי בתחילה הניחו שם ואח"כ שכחו; ודברי הרמ"א כאן אינם מדויקים דמשמע מהם שהרי הוא של מוצאו. נתיבות – אם יש לתלות שהניחו שם הוי יאוש מדעת.

סעיף יא

מצא באשפה כלי מכוסה, הרי זה לא יגע בו. הגה: במה דברים אמורים, באשפה שאינו עשוי לפנות כלל, אבל אם מתחלה עשוי לפנות, המטמין בה דבר אבידה מדעת היא והרי הוא של מוצאו (טור). ואם אשפה שאינה עשויה להתפנות היא, ונמלך עליה לפנותה, אף על פי שמצאו מכוסה, נוטל ומכריז. וכן אם היו כלים קטנים, כגון סכין ושפוד וכיוצא בהם, אפילו היו מכוסים באשפה הקבועה, נוטל ומכריז (שאפשר כשיבדו הבית השליך שם) (טור).

ב"מ כה: "מצא כלי באשפה, מכוסה לא יגע בו מגולה – נוטל ומכריז. ורמינהו: מצא כלי טמון באשפה – נוטל ומכריז, שכן דרך אשפה לפנות! – אמר רב זביד: לא קשיא: הא – בכובי וכסי, הא – בסכיני והמניק. בכובי וכסי – לא יגע, בסכיני והמניק – נוטל ומכריז. רב פפא אמר: הא והא בכובי וכסי, ולא קשיא; כאן – באשפה העשויה לפנות, כאן – באשפה שאינה עשויה לפנות. – אשפה העשויה לפנות אבידה מדעת היא! – אלא, באשפה שאינה עשויה לפנות, ונמלך עליה לפנותה, בשלמא לרב פפא – היינו דקתני שכן דרך אשפה לפנות, אלא לרב זביד מאי שכן דרך אשפה לפנות? – שכן דרך אשפה לפנות לה כלים קטנים".

ונחלקו הרמב"ם והטור בדין אבידה מדעת האם זה רק פוטרו מחובת השבה או שמא זה גם אומר שהחפץ הפקר, והביא כאן הרמ"א דברי הטור.

הסמ"ע כתב שהרמב"ם השמיט את החילוק בין אשפה העשויה ליפנות לשאינה עשויה ליפנות, מפני שלשיתו אין חילוק שהרי בכל ענין אינו זוכה בחפץ. והש"ך כתב שאין הכרח, ושכל מקרה העיקר לדינא כטור.

מסיכומי אריאל שטראוס

סימן רסא

דין המוצא במקום שניכר שאינה אבדה, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

מצא חמור או פרה רועים בדרך ביום, אין זה אבידה. בלילה, (או אם רואה חמור וכליו הפוכין) (טור), ה"ז אבידה. בפנות היום (סמ"ע ד- כשיפנה הלילה לקראת היום דהיינו בהשכמה) (ואו, באה"ג, סמ"ע, וגר"א ע"פ רא"ש) בנשף (סמוך לפנות ערב), אם ראה אותם שלשה ימים זה אחר זה הרי זו אבידה ונוטל ומכריז. (סמ"ע א- הטור כתב גם טלית בצד גדר והשו"ע השמיטו וסמך על סימן הקודם ר"ס י).

א- פרה וחמור רועים בדרך

ב"מ ל-לא. איתא: "מתני'. אי זו היא אבידה? מצא חמור או פרה רועין בדרך - אין זו אבידה, חמור וכליו הפוכין (סמ"ע: אוכף ומרדעת שעליו אינם מונחים כדרך הנחתן), פרה רצה בין הכרמים (שנראה שסופה להתחכך בכתלים ולהיפצע) - הרי זו אבידה... גמרא. אטו כל הני דאמרין (עד השתא אבידות של כלים וכסף) לאו אבידה הו? - אמר רב יהודה: הכי קאמר, אי זו היא כלל אבידה (סתם אבידה שמוכחת שהיא שם שלא מדעת בעלים) שהוא חייב בה - מצא חמור ופרה רועין בדרך - אין זו אבידה ולא מיחייב בה, חמור וכליו הפוכים, פרה ורצה בין הכרמים - הרי זו אבידה ומיחייב בה (וה"ה לכל חפץ שנראה שבעליו אינו יודע היכן הוא). - ולעולם! (תמיהה על הרישא וכי אף אם ימצאנה בדרך לעולם נאמר מדעת היא, וכי דרכו שלא להכניסה בחזרה) - אמר רב יהודה אמר רב: עד שלשה ימים. - היכי דמי? אי בלילות - אפילו חדא שעתא נמי, אי ביממא - אפילו טובא נמי לא! - לא צריכא, דהוה חזי לה בקדמתא (לפני עלות השחר) ובחשכתא (שחשכה ערבית); תלתא יומי אמרין: איתרמויי אתרמי לה, ונפקא. טפי - ודאי אבידה היא. תניא נמי הכי: מצא טלית וקרדום, באסרטיא (דרך כבושה למעבר רבים), ופרה רצה בין הכרמים - הרי זו אבידה. טלית בצד גדר, קרדום בצד גדר (דרך בעלי מלאכה להניח לבושיהם וחפציהם שם), ופרה רועה בין הכרמים - אין זו אבידה. שלשה ימים זה אחר זה - הרי זו אבידה".

אחר כמה ימים: הסמ"ע כתב שלגבי "ביום אין זה אבידה" בטור כתב אפילו כמה ימים זה אחר זה מפני שניכר שאין זו אבידה אלא דרך בני אדם להניח ולעשות כן בכוונה, וכן נראה מדעת השו"ע שהוא כלשון הרמב"ם. וזה שלא כדעת הרשב"א שגם באלו בגי' ימים זה אחר זה הוי אבידה.

הש"ך חלק, שהרשב"א כתב כן לגבי טלית בצד גדר שבברייתא כשמצאו ג' ימים זה אחר זה הרי זו אבידה כבחמור, ובחמור באמצע יום לא הוי אבידה אפילו אחר כמה ימים. והרמב"ם לא חילק בטלית בצד גדר וסבר שלעולם לא הוי אבידה אפילו אחר כמה ימים וזה מבואר **במ"מ**. וכ"כ הגר"א שהשו"ע מפרש שג' ימים לא קאי רק על פרה כמימרא דרב.

סעיף ב

ראה פרה רצה בדרך, אם פניה כלפי העיר אין זו אבידה, כלפי השדה ה"ז אבידה. מצאה רועה בין הכרמים, חייב להחזיר משום אבידת קרקע. לפיכך אם היו הכרמים של עובד כוכבים, אינה אבידה ואינו חייב להחזיר. ואם חשש שמא יהרגנה העו"ג כשימצאנה, מפני שהפסידה הכרם, ה"ז אבידה ונוטל ומכריז (וה"ה במקום שפורעין קנס מבהמות שרועין בשדות אחרים. ר' ירוחם נ"ב).

ב"מ לא. על המשנה הנ"ל איתא: "הא גופה קשיא! וכו'. אמר רבא: רצה ארצה לא קשיא - הא דאפה לגבי דברא, הא דאפה לגבי מתא. רועה ארועה נמי לא קשיא - כאן באבידת גופה, כאן באבידת קרקע (וחייב להוציאה משום הפסד כרמים). כי קתני רועה בדרך לא הויא אבידה הא רועה בין הכרמים הויא אבידה - באבידת קרקע, וכי קתני רצה בין הכרמים הויא אבידה הא רועה בין הכרמים לא הויא אבידה - באבידת גופה, דרצה בין הכרמים - מסקבא, ורועה בין הכרמים - לא מסקבא. ורועה בין הכרמים, נהי דלא מסקבא תיפוק ליה משום אבידת קרקע? - בדנכרי. - ותיפוק ליה משום אבידת גופה, דדלמא קטלו לה! - באתרא דמתרו והדר קטלי. - ודלמא אתרו בה? - אי אתרו בה ולא אזדהרו בה - ודאי אבידה מדעת היא". **וכ"פ השו"ע**.

החזרת הבהמה באבידת קרקע: בכרם ישראל חייב לסלקה, כתבו הרא"ש וטור שכיון שחייב לסלקה משום דאנקטה ניגרי ברייתא חייב להחזירה. וכן הוא בלשון השו"ע: "חייב להחזיר משום אבידת קרקע" ולא כתב חייב לסלקה. **הש"ך** הפנה לסימן רס"ג סעיף ב, והסביר **רעק"א** שמשמע שכוונתו שכמו ששם כיון שהתחיל להחזיר צריך להחזיר עד שיגיע לרשות הבעלים ה"ה כאן. אמנם **הריטב"א** חילק שכיון שאינו חייב בה להשיב רק משום אבידת קרקע כל שמוצאה משם ומניחה למקום מרעה סגי שאין בו משום הכישה נתחייב בה, אבל אלו ה"י משום השבת אבידה גופו היה חייב להשיבה וזה הנ"מ שביניהם ובכך יש משמעות לחילוק הגמ' שאינו חייב משום אבידת גופה אלא משום אבידת קרקע.

קנסות: באבידת גופה בגוי, כתב **רבינו ירוחם** שה"ה במקום שפורעים קנס ידוע כשימצאו הבהמה רועה בשדות אחרות וממשכנים הבהמה בשביל הקנס. ופסקו **הרמ"א**.

רצה בין הכרמים: **הסמ"ע** העיר שבגמ' הובא גם דין רצה בין הכרמים שיש חשש שמתקלקלות רגליה בדרך ריצתה בקוצים ובשורשים האילנות שמצויים בכרם שבזה גם בשל גוי חייב להחזיר משום אבידת בהמת ישראל, **והרמב"ם** כתבו בקיצור, **וטושו"ע** השמיטוהו, **ובדרישה** הסביר שנלמד מדין רצה בדרך שאם פניה לגבי השדה חייב להחזיר, ובכרם תמיד הוי כפניה לשדה שהכרם מתעה אותה וגם הולכת למרחוק ועי"ש. וא"כ לדינא אין חולק כמובן.

סעיף ג

מצא פרה בר"ה, אם עומדת בר"ה חייב להחזירה. היתה רועה בעשבים או שהיתה ברפת שאינה משתמרת ואינה מאבדת, לא יגע בה, שאין זו אבידה. הגה: וי"א שאם הרפת חוץ לתחום, חייב להחזירה (טור וכ"כ הרא"ש). מיהו נ"ל דהכל לפי הענין, ואף הסברא הראשונה מודה אם הוא בענין שאינה משומרת.

ב"מ לב. "מתני'. מצאה ברפת - אין חייב בה, ברה"ר - חייב בה... גמרא. אמר רבא: רפת שאמרו (במשנתנו) אינה מתעה (את הבהמה שבתוכה להיות בורחת ויוצאת) ואינה משמרת (שאינה נעולה ואם באת לצאת יוצאת); אינה מתעה - מדקתני אינו חייב בה, ואינה משמרת - מדאיצטרך למיתני אינו חייב בה, דאי ס"ד משמרת - השתא משכח לה אבראי מעיל לה לגואי (כדלעיל לא. לגינתו ולחורבתו מניין), משכח לה מגואי מבעיא! אלא ש"מ: אינה משמרת. - ש"מ. מצאה ברפת אינו חייב. אמר רבי יצחק: והוא שעומדת תוך לתחום. מכלל דברה"ר, ואפילו בתוך התחום - נמי חייב. איכא דמתני לה אסיפא: ברה"ר חייב בה, אמר רבי יצחק: והוא שעומדת חוץ לתחום. מכלל דברפת, אפילו עומדת חוץ לתחום - נמי אינו חייב בה".

אוקימתות: לגבי מצאה ברה"ר לכאוי קשה שהרי שנינו שאם מצאה רצה בדרך דווקא כשפניה לגבי השדה חייב להחזיר. **הרא"ש** תרץ שכאן מדובר שניכר בה שהיא הולכת תועה, ואז הוי דומה לשם. **והראב"ד** תרץ שכאן מדובר בסרטא שבוקעים בה אנשים הרבה ומאימתן בורחת או שמא יקחנה אנשים שאינם מהוגנים אבל שם מדובר בשביל של רבים שאין הרבים בוקעים בו.

הלכת: **הרא"ש והטור** פסקו כלי"ק. **הלח"מ** הסביר שאע"ג שבד"כ פוסקים כלי"ב כאן להחמיר בשל תורה וחייב להשיב. וכ"כ **הגר"א** שהחמירו בדאו. **הרמב"ם** פסק כלי"ב. **הגר"א** - כשיטתו לפסוק כלי"ב. **הרי"ף** הביא את המשנה בלא הגמ' ובעצם יוצא שאינו כאף לישנא ותמה **הב"י** מדוע.

בשו"ע הביא גרסת הרמב"ם שהיתה לפניו שלא פסק כאף לישנא: "מצא פרה בר"ה, אם עומדת בר"ה חייב להחזירה. היתה רועה בעשבים או שהיתה ברפת שאינה משתמרת ואינה מאבדת, לא יגע בה, שאין זו אבידה". **הרמ"א הביא את דעת הטור והרא"ש** שלגבי הסיפא ברפת י"א שאם הרפת חוץ לתחום, חייב להחזירה. מיהו נ"ל דהכל לפי הענין, ואף הסברא הראשונה מודה אם הוא בענין שאינה משומרת".

* לגבי הגירסא "רועה בין העשבים" העיר **הגר"א** שזו גירסת הרי"ף הרא"ש הרמב"ם ושו"פ בברייתא בלא, ובגמ' ששנו "רועה בין הכרמים" זה טעות שהרי אחרי זה הגמ' מדייקת מהמשנה האם רועה בין הכרמים הוי אבידה או לא ולא פשטה מהברייתא משמע שלא דיברו באותו דבר.

סעיף ד

המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו. כיצד, הניח פרתו ברפת שאין לה דלת, ולא קשרה, והלך לו (וי"א דרפת לא מקרי אבידה מדעת וחייב להחזירה) (טור). השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו, ה"ז איבד ממונו לדעתו, ואף על פי שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו, אינו זקוק להחזיר, שנאמר: אשר תאבד פרט למאבד לדעתו. (וי"א דאבידה מדעת הוי הפקר וכל הקודם זכה) (טור).

אבידה מדעת האם הוי הפקר? שו"ע, ט"ז, קצות - לא. טור, רמ"א, ש"ך - כן. נתיבות - דין אבידה יש לה, וכשיש יאוש הוי הפקר.

הרמב"ם כתב שאין חובת השבה אך לא הוי הפקר, **וביאר הב"י** הטעם שאע"פ שאינו חושש על נכסיו לא אמרינן שהפקירם. אולם, הטור כתב שהוי הפקר, **וכתב הש"ך שכן עיקר** שכן משמע בכל דוכתי בש"ס שאמרינן שמסתמא דעתו להפקירם, שמעשיו מוכיחים על כך. וכמו שמשמע להדיא לגבי 'מכנשתא דבי דרי' שמותר לו לקחתם. וכן לגבי מצא כלי באשפה העשויה ליפנות, דמשמע מהש"ס שמותר לו ליטלו. **אולם, הט"ז והקצות הקשו מהגמ' בב"ב פז.** ונפסק בשו"ע סי' קפח לגבי השולח בנו אצל חנוני וצלוחית בידו, דאמרינן שהוי אבידה מדעת ובכל זאת חייב החנוני אם מדד בה ונשברה, וכן חייב על האיסר אם החליפו, ומוכח שלא הוי הפקר, דאי הוי הפקר אינו חייב לו כלום! **ולכן כתבו שהעיקר כרמב"ם.** לגבי אשפה נקט הקצות כסמ"ע שלדעת הרמב"ם לא הוי הפקר. ולגבי מכנשתא דבי דרי כתב שאף הרמב"ם מודה, מפני שבכה"ג כיון שהבעלים מתיאשים מהפירות, אין חסרון של יאוש שלא מדעת, שהרי אין חובת

השבה בכה"ג וממילא לא אמרינן בזה באיסורא אתי לידיה, וכן לא הוי ש"ש עליה. **הנתיבות כתב גדר ביניים**, שאבידה מדעת שם אבידה עליו ובעיני יאוש, ולכן במכנשתא דבי דרי ובכלי באשפה שיודע המאבד שהמוצא לא יכריז – הרי הוא מתיאש והוי הפקר אף לרמב"ם. משא"כ בנידון דידן שהמאבד יודע שלא כולם יודעים שזה אבידה מדעת, וסובר שיחזירה לו – אין כאן יאוש ולא הוי הפקר. וכן בקטן אין יאוש, שהרי יש לו דעת ושמירתו שמירה, אלא שהוי אבידה מדעת שלא יתחייב החנוני יותר ממה שהיה שמור ביד הקטן.

מאריאל:

רמב"ם ורמ"ה כתבו שהמשמעות היא שאין הרואה חייב לטפל בה אבל אינו יכול לקחתה לעצמו. ואילו **הטור** פסק שדינה כהפקר. וכ"מ **בהגהות אשרי** שכתב לגבי מצא בגל ובכותל ישן שהעלה חלודה שכתבו רש"י ותוס' שאחרת לא יגע בהן שמדובר בחור במקום המשתמר שאחרת הוי אבידה מדעת אף כשלא העלה חלודה ושם נוטלם לעצמו, וכן לגבי ראה אחד שהטמין אביהם בשדה מעות ואמר של מעשר שני הם: "ודוקא שהטמין במקום המשתמר דאי במקום שאינו משתמר הוי אבידה מדעת" משמע שבמקום שאינו משתמר הוי הפקר.

השו"ע פסק כרמב"ם שתמה על הטור שוכי בגלל שאדם לא חושש לפקח על נכסיו נאמר שהפקירם!! וז"ל: "המאבד ממונו לדעת אין נוקקין לו. כיצד, הניח פרתו ברפת שאין לה דלת, ולא קשרה, והלך לו (וי"א דרפת לא מקרי אבידה מדעת וחייב להחזירה) (טור). השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו, ה"ז איבד ממונו לדעתו, ואף על פי שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו, אינו זקוק להחזיר, שנאמר: אשר תאבד (דברים כב, ג), פרט למאבד לדעתו". **הרמ"א** הביא את דעת הטור כ"י"א שהוי הפקר וכל הקודם זכה.

הב"ח הכריע כרמב"ם, וכתב מדרשת הרמב"ם שכנראה יש לה מקור ומזה שהוצרך "אשר תאבד" ללמוד שאין נוקקים למאבד לדעתו מכלל שאסור ליטלה שהרי אם מותר לו לקחת כ"ש שאין להשיבה ואין צריך פס' לכך, ולכן אין מקום להשגת הטור. ועוד בסימן רע"ס ד הביא הטור מהרמב"ם שהפקר הוא שיאמר נכסי אלו יהיו הפקר לכל וכו' מכאן שכשלא אמר אינו הפקר מן הסתם וכן מוכח בכמה מקומות.

הט"ז הביא **רא"נ** (א) לטור- לכא' **מב"מ** בא: שמכנשתא דבי דרי נקרא אבידה מדעת ובכא. אמרו שאפקורי מפקר להו שהוי של מוצאו. ויש לדחות, ששם אן סהדי שלא יטריח עצמו בשביל קב בד' אמות. (ב) לרמב"ם- **מב"ב** פז: ונפסק בסימן קפ"ב: "השולח בנו אצל החנוני וצלוחית בידו ונתן לו באיסר שמן, ושיבר את הצלוחית ואיבד את האיסר" שס"ל לחכמים שחייב לשלם הצלוחית והאיסר והשמן, והקשו "והא צלוחית אבידה מדעת היא", ופירש **רשב"ם** "ואע"ג דגם הפונדיון שנתן להתינוק הוי אבידה מדעת, מ"מ בחזרה יפה מחייבים חכמים, כיון דלא שדריה רק להודיע שישלח לו ע"י גדול". ואי ס"ד שבמקום שהוי אבידה מדעת הוי הפקר, הא זכי בו החנוני בפונדיון שקיבל מן התינוק, ומדוע ישלמו לאבי התינוק, אלא ע"כ שאין הפקר גמור, אלא האי גברא לא חש לאיבוד מעותיו ואם ישבר ישבר, ה"נ גבי מציאה. מזה נראה שעיקר כרמב"ם אלא שאין בידי להכריע.

הש"ך כתב שאין **כוונת הטור** להשיג בסברא שמסתמא כיון שאינו מפקח על נכסיו מפקירם, אלא השיג דאבדה מדעת שנאמר בש"ס בכל מקום פירושו שהוי הפקר, וכמוכח: (1) **מב"מ** כה: גבי אשפה שאינה עשויה לפנות שאמרו "אביד" מדעת היא" וע"כ הפקר הוי ושלם ונפסק בסימן רס ס"יא. (2) **בב"מ** כא: "פירות מפוזרין הרי אלו שלו הא לא ידע דנפל מיני" אמר מר עוקבא הכא במכנשתא דבי דרי עסקי' דאביד' מדעת היא" (פרש"י שלא נפלו ממנו ומדע' הניחוח הוי הפקר). לרמב"ם צ"ל שאבדה מדעת של סעיפנו אין פירושו כאבדה מדעת ששם והוא דוחק גדול. והערת הב"ח לגבי הפקר אינו כלום שוודאי בדבר שניכר מחשבתו שמפקירן הוי הפקר א. כדאמרו בס"ד רס"ד ס"ה גבי דבש ושרפה [ושפכ'] ב. בס"ס תי"א גבי סתם גללי מפקר להו. ג. וכן **תוס'** פעמיים כתבו "והא דקאמר גבי גיגית נר וקדרה אפקורי מפקר להו אע"ג שאין ג' אן סהדי דמפקר להו בלבו". ועוד מקומות בש"ס. הלכך עיקר כהטור והגהות אשרי.

הקצות העיר על הש"ך: (1) א"א לכלול כל המקומות שכתוב אבידה מדעת שהוי הפקר, שהרי **בב"ב** פז: ודאי אינו הפקר שאמרו "בשלמא באיסר ושמן פליגי דרבנן סברי לאודועיה שדריה ורבי יהודא סבר לשדורי ליה שדריה, אלא שיבר צלוחית אבידה מדעת היא", והסיקו "שנטלה למוד בה לאחרים ושואל שלא מדעת גזלן הוא". וק"ל כרבנן וכמבואר **בטושו"ע** שעל הצלוחית פטור משום דאבידה מדעת היא ולא היה צריך לשומרו יותר מבעל הבית, ועל הפונדיון חייב משום שהאיסר נשאר ביד חנוני, ואם מחזיר אותו בעצמו גם באיסר פטור כיון שהוא גם אבידה מדעת. והכל מבואר בגמרא ובפוסקים. ואם אבידה מדעת הוי הפקר למה יתחייב על הפונדיון כיון שהאיסר עצמו הפקר וכל מה שנותן בעדו הוי מתנת חנם, וכן בצלוחית כשנטלה למוד בה כיון שהיא שלו מדוע הוי גזלן. ע"כ ששם אינו לשון הפקר, וכיון שפירושו מתחלף ראיית הש"ך אינה. (2) אם נאמר שלא מתחלף יהיה הדין כרמב"ם שתמיד אינו כהפקר, שהרי בב"ב ה"ל ודאי אינו הפקר א"כ בכל מקום אינו הפקר. ומה שהביא ראה א. מאשפה שעשויה להיפנות אינו **שהסמ"ע** כתב שגם שם לדעת הרמב"ם אינו הפקר. ב. ממכנשתא דבי דרי שם הקשו לאביי שסבר ייאוש שלא מדעת לא הוי ייאוש ואע"ג שמתיאש לבסוף משום שבאיסורא בא לידו "תי"ש פירות מפוזרין הרי אלו שלו הא לא ידע דנפל", ומשני "במכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת היא", ובאבידה מדעת לא שייך באיסורא אתי לידיה שהטעם שלא קונה בייאוש כתבו **תוס'** שכבר נתחייב בהשבה ובאבידה מדעת אינו מחויב בהשבה דכתיב (דברים כב, ג) אשר תאבד פרט למאבד מדעת, א"כ קונה ביאוש אח"כ אע"ג דאתי לידיה קודם יאוש. ויותר נכון לפי **הרמב"ן** שכתב שאבידה שנטלה שלא על מנת להשיבה היא כמונחת בקרקע ונקנית בייאוש כאבידה, ודווקא בנטלה על מנת להשיבה שהוי שומר אבידה וש"ש של הבעלים והוי ידיו כיד בעלים ע"י"ש, וא"כ באבידה מדעת שאינו שומר אבידה כי אינו מחויב בהשבה הרי הוא כמונח בקרקע ונקנית ביאוש לאחר שבא לידו, ולכן במכנשתא דבי דרי קונה ביאוש אח"כ. ועל הב"ח שכתב שהנותן מטבע לתינוק לשחק ולקחו משרתו וקידש בו כיון שלא חשש לשומרו הוי הפקר והוי קידושין. ואפילו לדעת הרמב"ם כי מעשיו

מוכחים על דעתו שנתן בידיים משא"כ השאיר פרה עם דלת פתוחה וכו' ולרמב"ם צריך לחשוש לקידושין עי"ש. העיר שלכו"ע לא יהיה הפקר וכב"ב פז שנתנה לתינוק אינה הפקר ובע"כ שהטור לא אמר שאבידה מדעת הוי הפקר אלא במניח במקום שאינו משתמר אבל נתן לקטן אינו הפקר ולכו"ע ואין חוששים לקידושין.

הנתיבות כתב שאבידה מדעת שם אבידה עליה וצריכה ייאוש, ולכן: (1) אשפה העשויה לפנות הפקר גמור הוא שיש ייאוש גמור שכן המוצאו ודאי לא יכריז כי אבידה מדעת לא צריך להכריז כסמ"ע, **ותוס'** כתבו שכל שאין המוצא צריך להכריז מייאש עצמו ושפיר הוי הפקר. (2) וכן במכנשתא דבי דרי אומד חכמים שמפקירם כמו גללים. (3) משא"כ בהשליך כיסו ברה"ר שיש בו סימן סבר **הרמב"ם** שאין ייאוש אף שכו"ע לא יודעים שהדין שלא יגע וחשיב שבוודאי יקחנו אדם כמ"ש **הרא"ש** לגבי כריכות מ"מ לא מתייאש כיון שיש בו סימן כל מי שלא ראה שאבידה מדעת היא יכריז ומי שראה ויודע של מי אע"פ שלא יכריז ודאי יחזיר שמחייב תיתי שלא יחזיר כיון שאסור בשימו ועוד שלא מתייאש עצמו שחושב שימצא אחר שלא ראה ויכריז. ואולי גם לרמב"ם אחר שלקחו אין צריך להחזיר כיון שיש ייאוש כמדמשמע מלשונו "אינו זקוק להחזיר" ולא כתב אינו חייב לטפל בה כבסימן רס א. ועוד שדומה לסימן רס ט בספק הינוח ואין בו סימן שאף שאסור לגעת מ"מ כשנטלן זכה בו כיון שמתיאש בדבר שאין בו סימן שאין צריך להכריז ואבידה מדעת כדבר שאין בו סימן כיון שאין צריך להכריז וגם כאן יסבור הרמב"ם שאחר שנטלו הוא שלו רק שאסור לכתחילה ליטלו. (4) אבל בקטן שאין ייאוש, שהרי אפילו ממון של קטן יש בו גזל מפני דרכי שלום, וגם ביד הקטן חשיב כמשומר קצת שחשיב קצת שומר כדכתבו תוס' [בב"ק ט:] בד"ה ולר' יוחנן ע"ש, וגם רובא דאינשי נותנין חפצים ביד קטן פיקח, אומדנא דמוכח הוא שלא מייאש נפשיה, רק שקרי ליה אבידה מדעת לענין שהנטל ממנו אי"צ לשומרו יותר מהבעלים, שמה שחשיב אינו משומר במקצת אבידה מדעת הוא. ובסנהדרין מח. בהיו אביו ואמו זורקין כלים על מיטתו שלא הוי שלו, כי לא הוי יאוש כיון שמצוה על אחרים להצילו משום בל תשחית כמבואר בתוספתא [שמחות סוף ט], הוי כדבר שיש לו מצילין. ומה"ט אמרו בב"ק [כו:] זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו חייב ולא אמרו שאבידה מדעת הוי הפקר, מייירי במקום שיש מצילין, ולא מתייאש משום שיש ג"כ בל תשחית ומצוה על אחרים להצילו.

סימן רסב

על איזה דבר חייב להכריז ואיזה דבר הוא של מוצאו, ובו כ"א סעיפים.

סעיף א

כל אבידה שאינה שוה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה אינו חייב להכריז עליה. אפילו היתה שוה פרוטה בשעת אבידה, והוזלה, או שלא היתה שוה פרוטה בשעת אבידה, והוקרה, אינו חייב. אבל אם היתה שוה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה, אפילו הוזלה באמצע, חייב. וכן אפילו הוזלה אחר מציאה, חייב להכריז.

1. חיוב השבה הוא רק על אבידה שהייתה שווה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה.

2. הייתה שווה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה, אך הוזלה באמצע – חייב להשיבה, כת"ק.

ב"מ כז. "תנו רבנן אשר תאבד - פרט לאבידה שאין בה שוה פרוטה. רבי יהודה אומר: ומצאתה - פרט לאבידה שאין בה שוה פרוטה. מאי בינייהו? אמר אביי: משמעות דורשין איכא בינייהו וכו'. רבא אמר: פרוטה שהוזלה איכא בינייהו. מאן דאמר מאשר תאבד - איכא, ומאן דאמר מומצאתה - ליכא. ולמאן דאמר אשר תאבד - הא בעינן ומצאתה וליכא! אלא, פרוטה שהוקרה איכא בינייהו. מאן דאמר ומצאתה - איכא, ומאן דאמר אשר תאבד - ליכא. - ולמאן דאמר ומצאתה, הא בעינן אשר תאבד וליכא! - אלא, פרוטה שהוקרה והוזלה וחזרה והוקרה איכא בינייהו. מאן דאמר אשר תאבד - איכא, ומאן דאמר ומצאתה - בעינן דאית בה שיעור מציאה משעת אבידה ועד שעת מציאה". והלכה כת"ק.

2. אם הוזלה לאחר שעת המציאה – חייב להכריז, דכיון שחלה עליו חובת ההחזרה שוב לא פקעה; כ"כ הרמב"ם והביאו הטור, וכן ביארוהו ה"ה והדרכי משה, שחידושו של הרמב"ם שאע"פ שבעינן שתהא שווה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה, לא אכפת לן אי הוזלה לאחר שעת מציאה מפרוטה.

סעיף 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, דשם 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.

סעיף ג

אין המוצא מציאה חייב להכריז, אלא בדבר שיש בו סימן בגופו או שראוי ליתן סימן במקומו או בקשריו או במנינו או במדתו או במשקלו. אבל אם אין בו שום סימן, אפילו במקומו, כגון שניכר שלא הונח שם בכוונה אלא דרך נפילה בא שם, אם הוא דבר שיש לתלות שבעליו הרגישו בו מיד כשנפל ממנו, או מחמת כובדו או מחמת חשיבותו ותמיד היה ממשמש בו ומרגיש כשנפל, הרי הוא של מוצאו, שהרי נתיימש מיד כשידע שנפל, כיון שאין בו סימן ובא לידו בהיתר, כיון שנתיימשו בעליו. ואם לאו, צריך להחזיר אף על פי שנתיימש אחר כך, כיון שבא לידו קודם יאוש.

סעיף ד

ראה אבידה שנפלה משנים או משלשה, צריך להחזיר אפילו אין בו סימן, שאם ראה ממי מהם נפל יחזירו לו, ואם לא ראה ממי מהם נפל, אם יש בו סימן יכריז ביניהם, ואם אין בו סימן יהא בידו עד שיבא אליהו. (ודוקא ששוה שתי פרוטות, כמו שנתבאר ס"ב) (טור).

סעיף ה

מצא דבר שנתייאו הבעלים ממנו, כגון שאמרו: ווי לחסרון כיס, אפילו יש בו סימן הוא של מוצאו. וכן המוצא דבר שמוכיח בו שיש זמן רב שנאבד מבעליו ונתייאו הבעלים, הוא של מוצאו, אפילו יש סימן בגופו או במקומו. הגה: הא דאמרינן דכשאמר: ווי לחסרון כיס, הוי ייאוש, היינו באבידה וכיוצא בזה, אבל מי שיש לו חוב אצל עובד כוכבים, שמסתמא אינו ייאוש, אף על פי שאמר: וי לחסרון כיס, לא הוי ייאוש דהואיל שכל חוב הוי ספק אי משתלם אי לא, מספיקא אמר כך ולא גמר ומייאש (מהרי"ק שורש ג').

סעיף ו

לפיכך המוצא מעות מפוזרים ועיגולי דבילה וככרות של נחתום ומחרוזות של דגים שאין בהם סימן לא בקשרים ולא במנינם, וחתיכות של בשר שאין בהם סימן, ולשוניות של ארגמן וגויזי צמר שאינם צבועים, ואניצי פשתן, הרי אלו שלו, שבכל אלו מסתמא הרגישו הבעלים בנפילתם וכיון שאין בהם סימן מתייאש.

סעיף ז

מצא פירות מפוזרים, אם דרך הנחה, לא יגע בהם. ואם דרך נפילה, הרי הם שלו.

סעיף ח

המוצא ככרות של בעל הבית וגויזי צמר הצבועים וחתיכות בשר או דג שיש בהם סימן, וכן כל דבר שיש בו סימן, חייב להכריז.

סעיף ט

מצא כריכות קטנות של שבליים ברי"ה, הרי אלו שלו, שהרי אין בהם סימן. ואם מצאם ברשות היחיד, אם דרך נפילה, הרי אלו שלו. ואם דרך הנחה, חייב להכריז, שאף על פי שאין בהם סימן, המקום הוי סימן. אבל אם מצא אלומות, בין ברשות היחיד בין ברשות הרבים, נוטל ומכריז. הגה: שמקומן סימן, ומיהו במקום שהכל נותנין שם, כגון חביות בשפת הנהר, אינו סימן, שהכל פורקין שם. המוצא חביות של יין ושמן וכיוצא בזה, קודם שנפתחו האוצרות, חייב להכריז, שיש ברישומן סימן. לאחר שנפתחו האוצרות, אין רישומן סימן ואין חייב להכריז (טור). ודוקא אם כל החביות שוין והן מלאים, אבל אם חסרים הם, יש סימן במדה במה שבהן (שם בשם ר"י).

סעיף י

המוצא צבורי פירות או פירות בכלי, או כלי כמות שהוא, חייב להכריז.

סעיף יא

המוצא מעות מפוזרים, הרי אלו שלו. אפילו היו מקצת מטבעות זה על גב זה, הרי הם כמפוזרים. אבל אם מצא צבור מעות, חייב להכריז.

סעיף יב

מצא שלשה מטבעות זה על גב זה והם עשויים כמגדל. הגה: דהיינו הרחב למטה והאמצעי רחב מן העליון, או שהיו מונחים כסולם דהיינו רובו של אמצעי על גבי תחתון ורובו של עליון על גבי האמצעי (טור). או שהיו אחד מכאן ואחד מכאן ואחד על גביהם כדי שאם יכניס קיסם ביניהם ינטלו בבת אחת, חייב להכריז. היו עשויין כשיר (פי' כאצודה שהוא עגול, רש"י) או כשורה או כחצובה (פי' כג' רגלי הקנקן כל אחד כנגד אויר של שני, רש"י), הרי זה ספק ולא יטול.

סעיף יג

במה דברים אמורים שמחזירים מטבע, בסימנים שאמרנו. אבל אם אין בו סימנים הללו, אפילו אמר: רשומה היא בחותם מלך פלוני, או אפילו אמר: שמי כתוב עליה, אין מחזירין לו, מפני שמטבע ניתן להוצאה ושמא הוציאה ומאחר נפלו. (וי"א דנסדק במטבע הוי סימן) (נ"י וב"י בשם הרמב"ן).

סעיף יד

ראה שנפל מטבע מחברו בתוך החול או בתוך העפר, מותר לקחתו, שודאי נתייאש. ואפילו ראהו שהביא כברה לכבור החול או העפר לחפשו, אין חוששין לו.

סעיף טו

מצא עיגול ובתוכו חרס, ככר ובתוכו מעות (וי"א דסימן הבא מאליו לא הוי סימן) (טור בשם הרא"ש), חתיכת בשר משונה בחיתוכו, דג נשוך וכן כל כיוצא באלו. הואיל ויש בהם שינוי חייב להכריז, שלא עשאו בעליהן אלא לסימן. אבל חתיכת בשר שאינו משונה בחיתוכו, הרי הוא שלו, שאפילו יכוין זה ויאמר מהירך היא או מהצואר, אינו סימן.

סעיף טז

המוצא מחטים וצנורות ומסמרים וכיוצא בהם, אם מצאם אחת אחת הרי אלו שלו. שנים שנים או יותר, חייב להכריז, שמנין סימן.

סעיף יז

הלוקח פירות מחבירו, או ששגרם לו חבירו, ומצא בהם מעות, אם צרורים הם חייב להכריז, שהקשר סימן. ואם הם מפוזרים, הרי אלו שלו. בד"א, בלוקח מהתגר, או מבעל הבית שלקחה מהתגר; והוא הדין אם התגר עצמו מצאם, אם שהו בידו כדי שיוכל לערבם עם פירותיו (ואפילו יודע של מי הוא דכבר נתיאשו ממנו הבעלים) (נ"י שם). אבל אם לקחם מבע"ה שדש הפירות בעצמו או על ידי עבדיו ושפחותיו הכנענים, חייב להחזיר.

סעיף יח

מצא חמור ואוכף עליו, הנותן סימן באוכף מחזירין לו גם החמור.

סעיף יט

מצא כלי ולפניו פירות, הפירות שלו והכלי נוטל ומכריז, שאני אומר הכלי של אחד והפירות של אחר, והרי אין בהם סימן. ואם מראים הדברים שהם של אדם אחד, חייב להכריז. כיצד, היו אחורי הכלי לפני הפירות, הרי אלו שלו. היו פני הכלי לפני הפירות, חוששין שמא מן הכלי נשפכו. ואם היו [אוגנים] (פירוש שפת הכלי כפולים לתוכו, רש"י) לכלי, אף על פי שפניו כלפי הפירות הרי אלו שלו, שאילו נשפכו מכלי היה נשאר מהם בתוכו מפני האוגנים. היו מקצת הפירות בכלי ומקצתה בארץ, חייב להכריז.

סעיף כ

מצא כיס ולפניו מעות מפוזרים, הרי אלו שלו. ואם מראים הדברים שהכיס ומעות של אדם אחד ומהכיס נפלו, חייב להכריז.

סעיף כא

המוצא כלי מכלים שצורת כולם שוה, אם כלי חדש הוא הרי הוא שלו. ואם היה שטבעתו העין, חייב להכריז, שאם יבא תלמיד חכם ויאמר אף על פי שאינו יכול ליתן בכלי זה סימן יש לי בו טביעות עין, חייב להראותו לו, אם הכירו ואמר: שלי הוא, מחזירין אותו. במה דברים אמורים, בתלמיד ותיק שאינו משנה בדיבורו כלל אלא בדברי שלום או במסכתא (פירוש אם ישאלוהו על מסכתא אחת אם היא סדורה בידו יענה לאו, דרך ענוה) או בפוריא (פירוש אם שאלוהו חבירו שכבת על מטה זו. יאמר: לא, פן יראו בה קרי ויתגנה תוס' וכן כתב הרמב"ם) או באושפיזא (פי' כדאמרינן בערכין: מברך רעהו בקול גדול וגו') (משלי כז, יד) קללה תחשב לו שלא יספר בשבחו שקבלוהו בסבר פנים יפות בין בני אדם שאינם מהוגנים שלא יקפצו עליו ויכלו ממנו (תוספות), וכשהוא מקפיד על חלוקו להפכו בענין שלא יראו התפירות המגונות. הגה: ודוקא אם מצאו במקום שתלמידי חכמים מצויין, כגון בבית המדרש, אבל בלאו הכי אינו חייב להכריז (טור). וכל ת"ח הוא בחזקת שאינו משנה (כי אם) בדברים הנזכרים לעיל, עד שיביא המוצא ראיה שאינו נזהר (הגהות אשירי פ' הנזכר).

מסיכומי אריאל שטראוס הי"ד

סימן רסג

המוצא אבידה שמתבייש להשיבה, ובו ג' סעיפים.

סעיף א

מצא שק או קופה, אם היה חכם או זקן מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידו, אינו חייב ליטפל בהם. ואומד דעתו, אילו היו שלו אם היה מחזירן לעצמו, כך חייב להחזיר של חברו; ואם לא היה מוחל על כבודו אפילו היו שלו, כך בשל חברו אינו חייב להחזיר.

ב"מ כט: "מצא שק או קופה וכל דבר שאין דרכו ליטול - הרי זה לא יטול". וכתב רש"י: "שאיין דרכו ליטול - דבר שגנאי הוא לו, שאדם חשוב הוא ואין דרכו ליטול קופה שלו להכניסה מן החוץ לבית שמור - לא יטול, ופטור מהשבת אבידה, דילפינן (ב"מ ל.) מוהתעלמת (פעמים שמותר לך להתעלם)". **בדף ל:** איתא: "אמר רבא: כל שבשלו מחזיר - בשל חברו נמי מחזיר". **הב"י** התקשה מה חידוש רבא הרי אלו דברי המשנה, ותרץ ע"פ **הרמב"ם**: "מצא שק או קופה אם היה חכם (גר"א - אף שאינו זקן כאב"י שם בגמ', [שלא הגיע לגיל זקנה כידוע]) או זקן מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידו אינו חייב להטפל בהן ואומד את דעתו אילו היו שלו אם היה מחזירן לעצמו כך חייב להחזיר של חברו ואם לא היה מוחל על כבודו אפילו היו שלו כך בשל חברו אינו חייב להחזיר". וכ"פ **שו"ע**. ולשון **הטור**: "המוצא דבר שהוא מתבייש להחזירו אם הוא בעניין שאילו היה שלו מחזירו חייב לטפל בו ולהחזירו לחברו...". **סמ"ע** (ב-) ואומד דעתו וכו' כלומר אם היו מונחים במקום שיש לחוש שיגנבו או יאבדו לא היה בוש מחמת הזיקו והיה מטפל בהם להכניסם.

סעיף ב

היה דרכו להחזיר כלים כאלו בשדה ואין דרכו להחזירן בעיר, ומצאן בעיר, אינו חייב להחזיר. מצאם בשדה, חייב להחזיר עד שיגיעו לרשות הבעלים, ואף על פי שהרי נכנס בהם לעיר ואין דרכו בכך. (ו"א דלא יחזיר בעיר, אלא יכניס מן השדה לעיר ויניחנה) (טור בשם הרא"ש). וכן אם מצא בהמה והכיתה, נתחייב ליטפל בה ולהחזירה אף על פי שאינה לפי כבודו, שהרי התחיל במצוה.

א. הכה מעט בבהמה שמתבייש להחזירה

ב"מ ל: בסוגיית זקן ואינה לפי כבודו שפטור מהשבה איתא: "אמר רבה: הכיתה - חייב בה". **ובב"ב פח.** איתא: "דאמר רבה: הכיתה - נתחייב בה. אימור דאמר רבה - בבע"ח, דאנקטינהו ניגרא ברייתא, כה"ג מי אמר?".

חיוב בכלים: פירש **רשב"ם**: "הרגילה לברוח ולילך למרחוק ומש"ה נתחייב בה". **ב"י** - לפי זה הדין דווקא בבהמה אבל בכלים לא שייך טעם זה ואע"פ שהתחיל יכול להניחן. **והנמו"י** כתב **שרש"י** **והרמב"ם** פירשו שחייב בהשבה הואיל והתחיל במצוה, ולפי"ז ה"ה לכלים. **והר"ן** תמה שאין משמע כן מב"ב שאמרו שהטעם דאנקט בהו נגרי ברייתא. הנמו"י תמה עליו שבב"מ ודאי מדובר אף בכלים שדרכו להחזיר בשדה לאו בבע"ח דווקא מדובר וקי"ל שחייב.

הב"י כתב שמצד אחד הרמב"ם הביא רק לגבי בהמה את הדין של הכיתה חייב ומשמע שכשמצא כלים במקום שאין דרכו להחזיר אפילו התחיל יכול להניחם אבל מצד הטעם שכתב ה"ה בכלים. ומה שהקשה הר"ן, הרמב"ם לא חשש לגמ' בב"ב כי לא נאמר בדרך פירוש אלא בדרך דיוחוי וא"כ משמע שפשוט דברי רבה שאמר לכל הדברים אף בכלים שאין בהם הטעם של נגרי ברייתא ומשום התחלת המצוה. ועוד אפשר שבבהמה דווקא דיבר ומה שכתב התחיל במצוה הכוונה שכיון שהתחיל ואם לא יגמור ימשך נזק לבעל האבידה שאנקטינהו נגרי ברייתא, ויש לזה הוכחה מהמשך: "לעולם הוא חייב להטפל בה עד שיחזירנה לרשות בעליה וכו' אבל בע"ח לעולם חייב להטפל בה עד שיכניסנה לרשות בעלים המשתמרת. ההולך בדרך הטוב והישר וכו' ואע"פ שאינה לפי כבודו". ודין דאינה לפי כבודו אין זה מקומו ואחרו כדי להקדים לו ההיא דבע"ח לעולם חייב להטפל בה וכו' דהוי טעמא משום ניגרי ברייתא שנלמד ממנה דהכיתה הוא מטעם זה.

השו"ע הביא את הרמב"ם, ותמה **הסמ"ע** (ד) שכיון שיש לטעות בכוונתו ואפשר לא להכריע כב"י שמירי רק בבהמה לא היה לו לכתוב כן. **הט"ז** כתב שקשה להבין שה"ה לכל כלים משום שהתחיל במצוה מהגמ' בב"ב שדחתה ואמרה אולי רק בע"ח. ונראה שהרמב"ם סבר שהספק של הגמ' בב"ב הוא הספק כאן בדרכו לחזור בשדה, האם הטעם של רבה שהכיתה נתחייב בה מטעם ניגרי ברייתא ולא אומרים כיון שהתחייב התחייב ולפי"ז כאן אין צריך להחזיר בעיר וכיון שלא התחייב בעיר פטור גם בשדה שהרי צריך השבה מעולה, או שהטעם בהכיתה כיון שהתחייב התחייב ולפי"ז ממילא התחייב כאן גם בעיר. והאיבעיא כפשוטו לענין דין אם נאמר שצריך השבה מעולה ופטור לגמרי או אדרבה כיון שיש חיוב בהתחלה יש חיוב גם לבסוף, ויש לתת טעם לאיבעיא שודאי מהסברה שצריך לעשות השבה מעולה, אלא שיש להביא ראיה לצד השני שהולכים בתר תחילה שכיון שאמר רבה הכיתה נתחייב בה והיינו מטעם שהולכים אחר התחלה ממילא גם כאן הוי כך ואומרים כיון שהתחייב או שמא טעם רבה לא הוי משום הולכים אחר התחלה ממילא מצד

הסברה אומרים שצריך השבה מעולה, וכיון שלא נפשטה הבעיא הולכים לחומרא. לכן נקט הרמב"ם "וכן מצא בהמה" שהוא דינו של רבה בהכרעה, וסיים עוד "שהרי התחיל" להורות שקי"ל כמה שנסתפק התלמוד שטעם זה עיקר. ודלא כבי"י שהכריע שדווקא בהמה. לפי"ז אין חילוק בין בהמה לכלים כל שהתחיל אומרים לו גמור ואפילו לא התחיל בדרך השבה רק מתעסק בעלמא כהנהו עיזי שהוי קיימי בי אביי שם בגמ'. וזה מתיישב קושיית הראב"ד על הרמב"ם.

2. מצאה בשדה מקום שכן מטפל בה

ב"מ ל: איתא: "איבעיא להו: דרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר, מהו? מי אמרין: השבה מעליא בעינן, וכיון דלא דרכיה להחזיר בעיר - לא לחייב. או דלמא: בשדה מיהת הוא דאיחייב ליה, וכיון דאיחייב ליה בשדה - איחייב ליה בעיר? - תיקו".

הרמב"ם פסק לחומרא שאם מצאן בשדה חייב להחזיר ולכן גם בעיר חייב שעד שיגיע לרשות בעלים. ואע"פ שנכנס לעיר ושם אין דרכו בכך. וגרס כגרסתנו ולא כרי"ף, שכיון שמתחייב בשדה מתחייב בעיר ופסק לחומרא. וכ"פ **השו"ע**.

הרא"ש כתב שאדרבה כיון שפטרה תורה זקן שאין לזלזל בכבודו איסור הוא לגביו שמזלזל בכבוד התורה במקום שאין חייב ומשום ספק ממון חברו אם הוא חייב בו לא יזלזל בספק איסור. **הב"י** שנראה שדעת הרא"ש ע"פ גירסת ספרנו שאף בשדה אינו חייב להחזיר שהרי או שחייב להחזיר אף בעיר או שפטור אף בשדה וכיון שסובר שנוקטים לקולא פטור אף בשדה וא"כ מ"ש הטור שיחזיר מן השדה לא דק. **הדרכי משה** דחה שמאחר שלא פטר הרא"ש להחזיר אלא משום שיש לזלזל בכבוד תורתו א"כ בשדה שאין רואים ואין לזלזל תורה בודאי חייב להחזיר אע"פ שאינו חייב בעיר. וכן האמת.

הרי"ף כתב לכן לא יחזיר בעיר. **הרא"ש** כתב שגרסתו היתה "מי אמרין בשדה מיהא דרכו לאהדורי או דילמא השבה מעלייתא בעינן וכיון דלא מיחייב בעיר לא מיחייב אפילו בשדה" ופסק לחומרא שבשדה עכ"פ חייב ואינו מזלזל שם בכבודו. ואינו דומה להכרעה נתחייב בה שלא נקטי נגרי ברייתא שאדרבה הולכה למקום המשתמר יותר מבשדה. **הנמו"י** הסביר שכיון שכתב שלא יחזיר בעיר הכוונה שאינו חייב להתחיל בשדה כיון שלא יתחייב לגמור בעיר וכן נראה **מרש"י** "דרכו בשדה- מהו שיתחייב להשיבה להתחיל בשדה וכיון דמיחייב שהזיה ממקומה נתחייב אף בעיר". לפי"ז כיון שהוא תיקו לא חייב להתחיל אבל אם התחיל י"ל שיצטרך לגמור כבהכרעה ויתחייב בעיר. **הב"י** כתב שכיון שלא חשב על גירסא אחרת נדחק להסביר כך ברי"ף, וקשה שא"כ היה לו לסתום דבריו ולכתוב הלכך לא יחזיר ומדכתב בעיר משמע שבשדה מיהא סבר שמחזיר ולכן צ"ל כמ"ש ברא"ש שגרס אחרת. **הגר"א** (ב) כתב שכל הפירוש ברי"ף דחוק, שא"כ מאי הלכך לא יחזיר בעירו שאמר הרי"ף, והפנה לנמו"י.

הרמ"א פסק כמו שיוצא מהרי"ף הרא"ש וטור. **הסמ"ע** (ג) הסביר שזה לא מכוח ההסבר של הרא"ש שפוסקים לקולא כי אז היה צריך לסיים שמכוח ספק ישלם מכיסו והרבה ראיות אלא מכוח גירסת הרי"ף. גם **הגר"א** הסביר לפי גירסת הרי"ף אבל אמר שההסבר של הרא"ש דחוק כנ"ל. **הט"ז** הסביר שהרא"ש פסק לקולא בבעיא שלא צריך להחזיר כלל כיון שיש לזלזל בכבודו ו**הטור** הכריע להחזיר בשדה אבל לא בעיר, שבשדה אין לזלזל בכבודו ואין לומר שלכן יתחייב גם בעיר כי השבה משדה היא מצוה בפני"ע שמשתמר יותר בעיר כמ"ש הרא"ש לרי"ף ושפיר הוי לפני"ע משורת הדין שעושה קצת טובה לחברו. ולפי"ז מיושב קושית הב"י שהטור לא דק. ואין להקשות מניין לרא"ש שהיה לרי"ף גירסא אחרת אולי סבר כטור, שא"כ שהרי"ף פסק מהכרעת עצמו היה לו לומר שיש איסור להחזיר בעיר כמ"ש הרא"ש ולמה כתב רק הלכך לא יחזיר בעיר שזה קאי על האיבעיא שמדברת בחיוב או פטור ממילא מ"ש לא יחזיר קאי ג"כ על הפטור ולא שיהיה אסור.

סעיף ג

ההולך בדרך הטוב והישר ועושה לפני"ע משורת הדין, מחזיר את האבידה בכל מקום ואף על פי שאינה לפי כבודו. הגה: ויש חולקין ואוסרין להחזיר, הואיל ואינו לפי כבודו, אלא אם רוצה ליכנס לפני"ע השורה ישלם מכיסו (טור בשם הרא"ש סי' רע"ב).

הרמב"ם כתב שגם באבידה שאינה לפי כבודו העושה לפני"ע משורת הדין מחזירה. **הב"י** הביא מקור **ב"מ ל:** לגבי טעמיה: "רבי ישמעאל ברבי יוסי הוה קאזיל באורחא, פגע ביה ההוא גברא, הוה דרי פתכא דאופי (משאוי של עצים), אותבינהו וקא מיתפח (עומד לפוש). אמר ליה: דלי לי (הטעינני). אמר ליה: כמה שוין? - אמר ליה: פלגא דזוזא. יהיב ליה פלגא דזוזא (כדי להיפטר ממצות טעינה), ואפקרה... והא רבי ישמעאל ברבי יוסי זקן ואינו לפי כבודו הוה! - רבי ישמעאל ברבי יוסי לפני"ע משורת הדין הוא דעבד".

אמנם **הרא"ש** כתב לגבי הבעיא ששם שדרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר, שיש גדולים שפסקו כיון שלא נפשט הולכים לחומרא (באיסור דאורייתא) וחייב להחזיר בשדה וכיון שהתחייב מחויב גם בעיר. וחלק שכיון שפטרה התורה זקן אין לו לזלזל בכבודו ואסור הוא שמזלזל לכבוד תורה במקום שאין חייב, ומשום ספק ממון חברו אם הוא מחויב בו לא יזלזל בספק איסור. והחכם שבא לעשות לפני"ע משורת הדין יוותר מממונו כר' ישמעאל ברבי יוסי דווקא ולא שיטען בגופו. כתב ב"י שלכן **הטור** השמיטו. וכתב שהרמב"ם סבר שלא נקרא מזלזל בכבוד תורה בשביל זה אלא אדרבה הוא כבוד שמים שאין דרכו בכך בשלו והוא מטפל בשם חברו לפני"ע משורת הדין. **השו"ע** פסק כרמב"ם ו**הרמ"א** הביא את הרא"ש והטור כמ"ל. **רעק"א** כתב שאם רוצה למחול שפיר דמי שת"ח שמחל על כבודו מחול. **הגר"א** (ג) העיר שבסעי' הקודם נפסק לחומרא כיון שהוא בשדה אין לזלזל לו כיון שדרכו כך. **רא"ש**.

סימן רסד

אבידתו קודמת לכל אדם; אבידת רבו ואבידת אביו של מי קודמת, ובו ח' סעיפים.

סעיף א

מי שאבדה לו אבידה, ופגע באבידתו ובאבידת חבירו, אם יכול לחזור את שתייהן חייב להחזירם; ואם לא, יחזיר את שלו, שאבידתו קודמת אפילו לאבידת אביו ורבו, כדדרשין מ'אפס לא יהיה בך אביו'. ואף על פי כן יש לו לאדם ליכנס לפנים משורת הדין ולא לדקדק ולומר: שלי קודם, אם לא בהפסד מוכח. ואם תמיד מדקדק, פורק ממנו עול גמילות חסדים וסוף שיצטרך לבריות.

ב"מ לג. במשנה ובגמ' שם. וכתב הסמ"ע שלא דווקא אבידה, אלא כל הפסד ממון או ביטול מלאכה שיגרם לו מחמת השבת האבידה.

סעיף ב

פגע באבידת אביו ובאבידת רבו, אם היה אביו שקול כנגד רבו, של אביו קודמת; ואם לאו, של רבו קודמת, והוא שיהיה רבו מובהק, שרוב חכמתו של תורה למד ממנו. (ועיין ב"ד סימן רמ"ב סל"ד).

1. **אבידת רבו קודמת לאבידת אביו**, שאביו הביאו לחיי העוה"ז, ורבו הביאו לחיי העולם הבא; משנה שם.

2. **אם היה אביו שקול כרבו** – של אביו קודמת.

3. **דין זה הוא רק ברבו המובהק** שרוב חכמתו ממנו; מח' משולשת בגמ': ר"מ – רבו שלמדו חכמה, ולא מקרא ומשנה. ר' יהודה – רוב חכמתו הימנו, איזה חכמה שיהיה. ר' יוסי – אפי' האיר עיניו במשנה אחת. ר' יוחנן ועולא **פסקו כר' יהודה, וכן פסקו הפוסקים.**

4. **דין זה הוא דווקא ברבו שלמדו תורה בחינם**, אך אם אביו שכרו ללמדו – של אביו קודם, וה"ה אם שכרו אחר; כן הכרעת הרמ"א ביו"ד רמב. סמ"ע ושי"ך.

סעיף ג

הניח אבידתו והחזיר אבידת חבירו, אין לו אלא שכר הראוי לו. כיצד, שטף נהר חמורו וחמור חבירו, שלו שוה מנה ושל חבירו ק"ק, הניח שלו והציל של חבירו, אין לו אלא שכר הראוי לו. ואם אמר לו: אציל את שלך ואתה נותן דמי שלי, או שהתנה כן בפני בית דין, חייב ליתן לו דמי שלו, ואף על פי שעלה חמורו מאיליו זכה במה שהתנה עמו. הגה: מיהו הוא הפקר, וכל הקודם בו זכה (נ"י פרק הגוזל בתרא). ואם אין הבעלים שם אף על פי שלא התנה כאילו התנה דמי (טור). ועיין לקמן סימן רס"ה.

1. הניח אבידתו והחזיר אבידת חבירו:

א. אם עשה כן בסתם – אין לו אלא שכר הראוי לשלם על אותו המעשה, דהיינו כמה היו משלמים על מעשה הצלה כזה לאדם מהשוק.

ב. אם התנה עמו שישלם לו דמי אבידתו, או שהתנה כן בפני ב"ד – צריך לשלם לו כפי שהתנה עמו.

ג. אם חברו לא היה שם – צריך לשלם לו דמי אבידתו כאילו התנה עמו; כ"כ הרמ"א. ומקורו מדברי הטור והרא"ש.

הרא"ש כתב כן כדי לחלק בין הדין של ב"ק קטז. לדין של ב"מ לא: שמבואר שכאשר מתבטל ממלאכתו משלמים לו כפועל בטל של אותה מלאכה שהתבטל ממנה, ולא כפועל בטל רגיל, וא"כ מאי שנא? וכתב שהצורך לשלם כפועל בטל הוא מתק"ח ולא תקנו כן אלא באבידה שאין הבעלים שם, משא"כ בב"ק שהבעלים שם ולא הוצרכו לתקן, שהרי יכול להתנות עמהם שאינו מציל אלא ישלמו לו דמי אבידתו. גם מדברי הרמב"ן שהביא הנמוקי"י נראה שהצורך לשלם כפועל בטל של אותה מלאכה הוא מתק"ח, כיון שתירץ באופן דומה שלא תקנו אלא במקום שהוא שכיח, אך במקרה של ב"ק דלא שכיח לא. ואולי כוונתו שכיון שיכול להתנות עם הבעלים, א"כ זה לא שכיח שיניח את שלו ויציל את של חברו בלא שיתנה. התוס' תירצו באופן אחר ומדבריהם משמע שהצורך לשלם כפי מה שהפסיד הוא מעיקר הדין, אולם

נראה שאף הם יודו לדינו של הרא"ש, כיון שכתבו שדווקא בב"ק שהבעלים שם הם יכולים לטעון שהיו יכולים לשכור פועל אחר ולכן אין צריכים לשלם לו כפי מה שהפסיד, משא"כ בסתם אבידה שהבעלים אינם שם ולא יכלו לשכור אחרים – חייבים לשלם לו כפועל בטל מאותה מלאכה שבטל ממנה.

2. אין חילוק בשאלה האם אבידתו אבדה לבסוף או שניצלה מאליה – בכל ענין חייב לשלם לו כפי שהתנה עמו.

3. כאשר ירד להציל את של חברו והניח את שלו, ושלו ניצל מאליו – האם הוא הפקר? רמ"א – כן, כ"כ הנמוק"י. נתיבות – לא הוי הפקר, אא"כ מדובר שקדם האחר וזכה בו קודם שנודע לבעלים שניצל.

סעיף ד

ירד להציל ולא הציל אין לו אלא שכרו הראוי לו. הגה: ודוקא שהתנה עם הבעלים, אבל לא התנה עם הבעלים וירד להציל ולא הציל, אפילו שכרו אין לו, דהא לא הועיל לו. וכן אם עלה חמורו מאליו. אבל אם הציל, לא יוכל בעל החמור לומר: חמורי היה עולה בלעדי הצלתך, אלא חייב ליתן לו שכרו. וכן שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות, אם השני יצא מן המאסר בלא השתדלות חברו, 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, כן נראה לי (ועיין במרדכי פ' הגוזל בתרא תשובת מהר"ם ודלא כמהר"ם פדוואה סי' ס"ג). 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 חברו, אם לא הוצרך להרבות בהוצאות בשביל חברו, אין חברו חייב לשלם לו כלום (הגהות אלפסי פ' הגוזל). ונ"ל דווקא שירד תחלה להציל שלו, אלא שהציל גם כן של חברו עמו. אבל אם ירד על דעת שניהן, חייב ליתן לו מה שנהנה, מאחר שהציל של חברו, וכמו שנתבאר, כן נ"ל. וכן כל אדם שעושה עם חברו פעולה או טובה, לא יוכל לומר: בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתיך, אלא צריך ליתן לו שכרו (ר"ן פ' שני דייני גזירות).

1. ירד להציל את של חברו, והניח את שלו, ולא הצליח להציל:

א. אם התנה עמו שישלם לו דמי אבידתו - א"צ לשלם לו אלא שכרו הראוי לו.

ב. לא התנה עמו והציל בסתם – אין לו כלום, שהרי לא הועיל לו כלל.

2. ירד להציל כנ"ל, ועלה חמורו של חברו מאליו: רמ"א – אין לו כלום, שהרי לא הועיל לו. סמ"ע – יש לו כפי שהתנה עמו.

3. אם הציל והתנה עמו – חייב לשלם לו, ואינו יכול לומר אבידתי הייתה ניצלת בלעדיך, דהרי סו"ס היא נצלה על ידו.

סעיף ה

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. ובעל היין חייב לשפוך יינו כדי להציל דבש חברו, הואיל והבעלים אומרים לשלם לו (טור בסימן רע"ד בשם הרא"ש). (ויש חולקין) (שם בשם הרי"ף והרמ"ה). ואם נשפך הדבש לארץ, הרי זה הפקר, וכל המציל לעצמו מציל. הגה: וי"א אפילו לא נשפך הדבש עדיין רק שנשבר הכד כל כך שהיה נשפך אם לא הציל, זה הוי הפקר (טור וב"י בשם רש"י). וה"ה בכיוצא בזה, כגון שהיה שריפה בעיר וברחו היהודים מן העיר מפחד הדליקה, והציל אחד, מה שהציל הוא שלו, דהוי כזוכה מן ההפקר (מרדכי פרק הגוזל בתרא).

סעיף 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.

סעיף ז

וכן מי שברח מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו, וא"ל: העבירני ואני נותן לך דינר, והעבירו, אין לו אלא שכרו הראוי לו. ואם היה צייד, ואמר ליה: בטל מצודתך והעבירני, נותן לו כל מה שהתנה עמו, וכן כל כיוצא בזה. הגה: י"א הא 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 (תוספות והרא"ש פרק מצות חליצה). ובשדכנות אין לו אלא שכרו, אף על פי שהתנה עמו לתת לו הרבה (הרא"ש כלל ק"ה סי' א' ומרדכי פ' הגוזל בתרא בשם מוהר"ם).

סעיף ח

במה דברים אמורים, בשלא נתן לו. אבל אם נתן לו בכל אלו הדברים אינו יכול להוציאה מידו.

ב"ה

סימן רסה

אין ליטול שכר על האבידה, ובו סעיף אחד.

סעיף א

הרואה אבידה חייב להחזיר בחנם, אם הוא בטל. אבל אם היה עוסק במלאכה ובטל ממלאכתו ששוה דינר, והחזיר אבדה ששוה מאה דינר, לא יאמר לו: תן לי דינר שהפסדתי, אלא נותן לו שכרו כפועל בטל שיבטל מאותה מלאכה שהיה עוסק בה. הגה: ויש מפרשים כפועל בטל כפי מה שרוצה לבטל ולהתעסק בהשבתה, כגון שהיה עוסק במלאכה שנותנין עליה ד' דינרין, ואם היה בטל לגמרי נוטל דינר, ולהתעסק בהשבתה נוטל שני דינרין, צריך ליתן ב' דינרין, אף על פי שמגיע לו דינר בשכר ההשבה. ואם שכר ההשבה הוא יותר ממלאכתו, א"צ ליתן לו רק כדי שכר מלאכתו. והא דמותר ליקח שכר השבה, היינו שאין הבעלים שם ועשה מעצמו והשיב, אבל אם שם הבעלים ולא התנה, איהו דאפסיד אנפשיה ואין לו אלא כפועל בטל לגמרי, ולא מה שהיה נוטל לטרוח בהשבתה (טור). ואם התנה עם הבעלים או בפני ב"ד שיטול מה שיפסיד, והרשוהו, ה"ז נוטל. (וצריך להשיב, מאחר שרוצין לשלם דמי הפסדו, וגם הם מחוייבים ליתן לו כל מה שפסקו, אפילו אם פסקו לו יותר מן הראוי) (טור). ואם אין שם בעלים ולא ב"ד, שלו קודם.

מסיכומי אריאל שטראוס הי"ד

סימן רסו

דין אבדת עוברי עבירה, ובו ה' סעיפים.

סעיף א

אבדת העובד כוכבים מותרת, שנא' אבדת אחיד. והמחזירה, הרי זה עובר עבירה, מפני שהוא מחזיק ידי עוברי עבירה. ואם החזירה לקדש את השם כדי שיפארו את ישראל וידעו שהם בעלי אמונה, הרי זה משובת. ובמקום שיש חילול השם, אבדתו אסורה וחייב להחזירה. ובכל מקום מכניסים כליהם ככלי ישראל, מפני דרכי שלום.

ב"ק קיג: אמר רב ביבי בר גידל אמר ר"ש חסידא: גזל כנעני אסור, אבדתו מותרת; גזילו אסור וכו'. אבדתו מותרת דאמר רב חמא בר גוריא אמר רב: מנין לאבדת הכנעני שהיא מותרת? שנאמר: לכל אבדת אחיד, לאחיד אתה מחזיר, ואי אתה מחזיר לכנעני. ואימא: הני מילי היכא דלא אתי לידיה, דלא מחייב לאהדורי בתרה, אבל היכא דאתי לידיה אימא ליהדרה! אמר רבינא: ומצאתה, דאתאי לידיה משמע. תניא, ר' פנחס בן יאיר אומר: במקום שיש חילול השם, אפי' אבדתו אסור.

סנהדרין עו: "אמר רב יהודה אמר רב: ... והמחזיר אבדה לנכרי - עליו הכתוב אומר למען ספות הרוה את הצמאה לא יאבה ה' סלח לו". **רש"י:** "והמחזיר אבדה לנכרי - השווה וחבר נכרי לישראל, ומראה בעצמו שהשבת אבדה אינה חשובה לו מצות בוראו, שאף לנכרי הוא עושה כן שלא נצטוו עליהם. ר"ה - נכרים ששבעים ואינן צמאין ליוצרם, צמאה - זו כנסת ישראל שצמאה ותאיבה ליראת יוצרה ולקיים מצותיו". **ובב"ק איתא:** "תניא, ר' פנחס בן יאיר אומר: במקום שיש חילול השם, אפי' אבדתו אסור".

וכך פסקו **הרמב"ם וטושו"ע** שאבדת הגוי מותרת מ"אבדת אחיד" (טור: ואפילו אחר שהגיע לידו שכבר פחות צריך לטרוח) והמחזירה עובר אסור, ובמקום שיש חילול ד' אבדתו אסורה וחייב להחזירה. **הב"י** דקדק שחייב להחזירה אפילו לא הגיע לידו כיון שיש חילול ד' אם לא ישיב כגון שמצאה במקום שרוב ישראל שיחשוב הגוי שישראל גנבה והובא **בסמ"ע** (ג) **והנתיבות** (ח"א). **באה"ג** תיקן שיחשוב שישראל מצאנו (ח"ו שישראל גנבים). **הרמב"ם וטושו"ע** הוסיפו ע"פ סיפורים בירושלמי שאם החזיר כדי לקדש את ד' שיפארו ישראל וידעו שהם בעלי אמונה הרי זה משובת.

גדר גנ': **הב"י** גרס בטור אבדת עובדי ע"ז מותרת, והעיר שדבר פשוט שכל הגויים שווים בזה שהרי לאו אחיד ניהו, ולהסביר הטור: (1) לאו דווקא כתב הטור. (2) אפשר שמשום שבארץ אדום היו המינים מבאשים ריחם של ישראל בעיני המלכים מדין זה וכיוצא"ב וחכמי ישראל השיבו שלא נאמרו דברים אלו אלא בגויים שבזמן חכמי התלמיד שעבדו צלמים ולא הודו בבורא עולם ולהם קראו עובדי ע"ז אבל גויים שבוה"ז שמודים בבורא עולם אינם בכלל עובדי ע"ז לענין דין זה וכיוצא"ב. (3) יתכן שרצה לכלול ישראל שעובד ע"ז שאבדתו מותרת כשל גוי.

טעם איסור החזרה לגוי: **הרמב"ם ושו"ע** כתבו משום שמחזיק ידי עוברי עבירה. **רש"י** כתב מפני שמראה שאין מצות השבה חשובה עליו למצות בוראו שהרי משיבה גם לגוי שאינו מצווה עליה.

הסמ"ע (ב ודרישה) הסביר שיש גם נ"מ להסבר הפס' שמובא בגמ', שרש"י פירש אוה"ע שהם שבעים ואינם צמאים לעבודת יוצרם נקראים רוה, וכנסת ישראל צמאים ותאבים ליראת יוצרם ולקיים מצותיו, כלומר הבעיה שמשווה השבת אבדה לגוי להשבתה לישראל. ולרמב"ם צ"ל שיפרש כתרומה אונקלוס שמרבה בישראל עוונות שגגות על עוונות זדונות וכך זה שמחזיר אבדה לגוי נחשב לו לעבירה שגגה שאין כוונתו לעשות עבירה ועשה במה שהחזיק בהחזרתו ידי עוברי עבירה וזה נתווסף על זדונות שעשה כבר. ואין הכוונה להוסיף לגוי כי אז לא היה לו לומר שמרבה שגגות כי הגוי עושה מעשיו בזדון ופשעה.

השבת אבדה לשומר חפץ של גוי: **רעק"א** ששומר של גוי שקיבל אחריות שמירה ואבד ממנו החפץ פשוט שיש על המוצא חוב השבה אף שגוף החפץ של גוי שס"ס מציל ממון הישראל מההפסד שלא יצטרך לשלם, לא מבעיא לר"ש (פסחים כט:): שאמר דבר הגורם לממון כממון דמי שהוי החפץ ממון הישראל אלא אף לרבנן (ועיין ש"ך שפ"ק ס"ק י) היינו שאין החפץ של השומר אבל מ"מ הוא מציל את נכסי הישראל שלא יתחייב לשלם. אמנם מו"ה ישראל מפסק שמ"מ י"ל שלרבנן חפץ זה לא נקרא אבדת אחיד. וחשבתי להביא ראיה לזה מקושית **פני יהושע** בכו. "ואידך, הא דרבנאי מנ"ל" שדילמא סבר כמ"ד גזל גוי מותר וא"כ פשיטא שאין עליו חוב השבה שהרי מותר אפילו לגזול זה החפץ והפס' ומצאת שאתי לידי משמע מיותר ואפשר ללמוד ממנו לפחות משו"פ. ויש לתרץ שבנידון דידן שלא נקרא "אבדת אחיד" וצריך פס' לזה שפשוט שאסור לגזול זה החפץ שהוא באחריות ישראל, וצ"ע לדינא. **החכמת שלמה** רמז כאן למקום אחר בו כתב שחייב להחזיר.

הצלה מגנבה: **הרמב"ם וטושו"ע** הוסיפו ע"פ הירושלמי שבכל מקום מכניסין כליהם מפני הגנבים ככלי ישראל מפני דרכי שלום.

טעם- **הסמ"ע** (ד) הסביר שלא נאסר מהתורה אלא השבת אבידה שנפלה מבעליה הגוי בלא ידיעתו ואינו יודע הכין נפלה וליד מי הגיעה שמצאה, אבל הניח כליו בחצר ולא עלה על דעתו שיאבד ולישראל נודע שגנבים יבואו לעיר, כיון שאין שם אבידה על זה מותר לו להכניסו למקום המשתמר. והרמב"ם בחלק מהדפוסים והירושלמי לא כתבו מפני הגנבים אבל סתמם כפירושם שלשון מכניסים משמע כן שאם לא כן יש לומר משיבים, והטור הוסיף לבאר יותר. שאל"כ קשה למה חוששים מפני הגנבים הרי אפילו לכו"ע יש לחוש שיקחוהו ויחזיקוהו כיון שאינם יודעים של מי הוא ויורו היתר לנפשם לומר שכבר נתיאשו ממנו הבעלים ועוד למה כאן כתב הטור מפני הגנבים יותר מבכל הלכות אבידה אלא כדברנו. ולכן כתבו שיחזיר בכל מקום אפילו כשאין חילול ד' ולא משום קידוש ד'. ואע"ג שאף בשל ישראל נתבאר (רס ט, רסב ז) שבהניחו בכוונה במקום מיוחד אין צריך להחזיר הרי נתבאר שם (רס י רמ"א) שדווקא שעדיין משתמר שם, משא"כ איפה שבאו לבסוף גנבים. והכלל שסובר הטור שבכל מקום שעושה מפני דרכי שלום ויש בו משום זה מותר. **הנתיבות** (ח"י ב) בקיצור כתב שמדובר שהוא בדרך הינוח ונודע לישראל שגנבים באו לעיר שאז מותר להכניס למקום המשתמר מפני דרכי שלום.

סעיף ב

חייב להחזיר אבידת ישראל אפי' היה בעל האבידה רשע ואוכל נבילה לתיאבון. אבל אוכל נבילה להכעיס הרי הוא אפיקורוס מישראל, והאפיקורסים והכותים וישראל המחלל שבת בפרהסיא אסור להחזיר להם אבידה, כעובד כוכבים.

ע"ז כו: איתא: "המינין והמסורות והמומרים - היו מורידין ולא מעלין. א"ל, אני שונה: לכל אבידת אחיך - לרבות את המומר, ואת אמרת היו מורידין! סמי מכאן מומר. ולישני ליה: כאן במומר אוכל נבילות לתיאבון, כאן במומר אוכל נבילות להכעיס! קסבר: אוכל נבילות להכעיס מין הוא." **ב"י** - משמע שבאוכל נבלות להכעיס והמינים והמסורות אסור להחזיר להם אבדה. **חולין ה.** איתא שעובד ע"ז ומחלל שבת הם כגויים לענין שחיטה וקרבן.

ע"פ כל זה פסקו **רמב"ם טושו"ע** שחייב להשיב אבידה אף לאוכל נבלות לתיאבון, אבל אוכל נבלות להכעיס ומינים ואפיקורסים ועובדי ע"ז ומחללי שבת בפרהסיא אין מחזירים להם כגוי. **הסמ"ע** (ו) העיר שפרהסיא קאי גם על עו"ז שאם לא עבדה אלא פעם אחת צריך להיות שעבדה בפרהסיא, וכ"כ **תוס' ומרדכי**. וכן הסכים **הנתיבות** (ח"י ג). **הגר"א** כתב שאפיקורס נלמד מדברי הגמ' "קסבר אוכל נבלות להכעיס מין הוא". ועובד ע"ז לכו"ע אפיקורוס הוא.

מסור: הש"ך (שפח סב) הביא **שתוס'** הסתפקו אם משיבים אבדת מסור, וכתבו שגרע ממומר ובכל מקום שונה מוסר אצל מין ולא התרבה לאבדה, ושמה מ"ד שממון המסור אסור לאבדו ביד סובר גם שמשיבים אבדתו ומטעם "יכין רשע וצדיק ילבש". **והגר"א** כתב שאין משיבים אבדתו (ש"ך: הוי כמומר להכעיס).

סעיף ג

דין המודר הנאה מחבירו לענין החזרת אבידה, נתבאר בטור יו"ד סי' רכ"א.

נדרים ל. "מתני'. המודר הנאה מחבירו... ומחזיר לו את אבידתו (שמצוות לאו להינות ניתנו ר"ה כח.); מקום שנוטלין עליה שכן, תפול הנאה להקדש". **ב"ג: לז.** "פליגי בה ר' אמי ור' אסי, חד אמר: לא שנו אלא בשנכסי מחזיר אסורין על בעל אבידה, דכי מהדר ליה - מידעם דנפשיה קא מהדר ליה, אבל נכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר - לא קא מהדר ליה, דקא מהני ליה פרוטה דרב יוסף; וחד אמר: אפי' נכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר - מהדר ליה, ומשום פרוטה דרב יוסף לא שכיח. תנן: מקום שנוטלין עליה שכן, תפול הנאה להקדש; בשלמא למ"ד אפילו בשנכסי בעל אבידה אסורים על מחזיר נמי מהדר, היינו דקתני: מקום שנוטלין עליה שכן, תפול הנאה להקדש; אלא למ"ד שנכסי בעל אבידה אסורים על מחזיר לא מהדר, אמאי תפול הנאה להקדש? אחדא קתני. איכא דמתני לה בהאי לישנא: פליגי בה ר' אמי ור' אסי, חד אמר: לא שנו אלא בשנכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר, ומשום פרוטה דרב יוסף לא שכיח, אבל נכסי מחזיר אסורים על בעל אבדה - לא מהדר ליה, משום דקא מהני ליה; וחד אמר: אפי' נכסי מחזיר אסורים על בעל אבידה - מותר, דכי מהדר ליה - מידי דנפשיה קמהדר ליה. תנן: מקום שנוטלין עליה שכן, תפול הנאה להקדש; בשלמא למ"ד אפילו בשנכסי מחזיר אסורים על בעל אבידה מהדר, היינו דמתרץ מקום; אלא למ"ד שנכסי מחזיר אסורין ולא מהדר, היכי מתרץ מקום? קשיא". ע"פ זה פסקו **טושו"ע** שהמודר הנאה בחבירו מחזיר אבידתו בשני המצבים והוסיפו שאפילו נכסי שניהם אסורים אחד על השני.

במקום שנוטל עליה השכר, **הטור** כאן כתב שאם נכסי בעל האבידה אסורים על המחזיר יפול השכר להקדש. **הב"י** כתב שאין דבריו מכוונים אלא כמ"ש ביו"ד רכא שבמקרה זה אסור לו לקבל שכר אלא מחזיר לו בחינם, ואם נכסי מחזיר אסורים על בעל האבידה צריך לקבלו ואינו רשאי להחזיר לו בחינם, ואם נכסי שניהם אסורים זה על זה אינו יכול לקבל השכר שא"כ הוא נהנה ולא להניח שא"כ הוא מהנה אלא יפול השכר להקדש ושם מבואר הטעם. **בשו"ע** הפנה לשם. **הסמ"ע** (ז) הסביר שבגלל הערת הב"י שלח לשם, ומ"מ דברי הטור כאן מבוארים שכתב רק השיך לדיני השבת אבדה ושם בהלכות נדרים כתב כל הפרטים.

בפרישה הרחיב שמחמת דיני השבה הוצרך לנקוט דין אם נכסי בעל האבידה אסורים על המחזיר במקום שנוטלים שכר להשמיענו שאעפ"כ מחויב להשיבו ואין המוצא יכול לומר בחינם איני מחויב לטרוח ולהשיב כיון שהוא במקום שנוטלים שכר וליטול שכר איני רשאי וא"כ איני משיב קמ"ל שמחויב להחזירו ואם אינו רוצה בחינם יטול השכר ויתנה להקדש, ומזה נלמד שאם נכסי שניהם אסורים זה על זה שאז אסור לו להחזיר לו בחינם שעכ"פ צריך להשיב ויפול

השכר להקדש, ואם נכסי מחזיר אסורים על בעל האבידה פשוט שאין צריך להשיב בחינם עד שיתן לו שכרו ומחזיקו לעצמו. וביו"ד כתב שבאסורים נכסי בעל האבידה על המחזיר שמחזיר לו בחינם היינו אם רוצה וכמ"ש שם. **הב"ח** כתב שהטור קיצר כאן וכתב יפול השכר להקדש שזה פסוק שנוח בכל גווני. ע"פ הדרישה והב"ח לא יסתרו דברי הטור אהדדי. והב"י נראה שגרס או איפכא ולכן לא מועיל תירוץ הדרישה, וקשים דברי הטור אהדדי.

סעיף ד

חתול רע שמזיק לקטנים, אין צריך להשיבו לבעלים, אלא כל המוצאו הורגו וזוכה בעורו.

ב"ק פ: "אתא שונרא קטעיה לידא דינוקא. נפק רב ודרש: חתול - מותר להורגו, ואסור לקיימו, ואין בו משום גזל, ואין בו משום השב אבידה לבעלים. וכיון דאמרת מותר להורגו, מאי ניהו תו אסור לקיימו? מהו דתימא מותר להורגו - איסורא ליכא, קמ"ל. אמרי: וכיון דאמרת אין בו משום גזל, מאי ניהו תו אין בו משום השב אבידה לבעלים? אמר רבינא: לעורו". וכ"פ **טוש"ע** שחתול רע ההורג קטנים אין צריך להשיבו ואין בו גזל אלא כל המוצאו הורגו וזוכה בעורו.

אסור לקיימו: **הב"י** ציין שהטור לא כתב שאסור לקיימו כי אין זה מקומו. **סמ"ע** (ח) **ונתיבות** (חי ד) - נכלל ב"כל המוצאו הורגו". **הש"ך** (א) הקשה שבגמ' הצריכוהו לאיסור כיון שאמר שרק מותר להורגו. **בפרישה** הסביר ששינה מלשון הגמ' מותר להורגו וכתב "כל המוצאו הורגו" ובה כלל האיסור לקיימו.

אין בו השבה: **ב"ח** (הפניית הש"ך) הקשה מדוע כתבו **טוש"ע** שאין בו משום השבה לבעלים שהרי אמרו כבר שאין בו משום גזל, ובגמ' שהקשו כן תרצו משום עורו ופירשו **תוס'** שאם מצאו מת אין חייב בהשבת העור וכיון שכתבו בסוף שזכה בעורו מיותר לומר שאין בו משום השבה. ונראה שבתחילה "שאין בו השבה" ללמד שבמצאו מת אין צריך להשיבו לבעליו משום עורו, אח"כ הוסיף שכשהוא חי אין בו משום גזל וא"כ פשוט שמותר להורגו ומיותר אלא שנכתב בשביל ההמשך שגם כשהורגו זוכה בעורו שלא תאמר כיון שהורגו בידיים חייב להשיב העור. ובה מיושבת קושיית **תוס'** שהקשו שכיון שמותר משום גזל למה נאמר שמותר להורגו ולדברי הטור נחא שבה להורות שאעפ"כ זוכה בעור ואין בו השבה.

סעיף ה

אמר לו אביו: אל תחזיר את האבידה, הרי זה לא ישמע לו.

ב"מ לב: איתא: "ואם היתה בבית הקברות - לא יטמא לה. אם אמר לו אביו היטמא או שאמר לו אל תחזיר - לא ישמע לו... גמרא... ת"ר: מנין שאם אמר לו אביו היטמא או שאמר לו אל תחזיר שלא ישמע לו - שנאמר איש אמו ואביו תיראו ואת שבתותי תשמרו אני ה' - כולכם חייבין בכבודי. טעמא דכתב רחמנא את שבתותי תשמרו, הא לאו הכי - הו"א: צייתא ליה. ואמאי? האי עשה והאי לא תעשה ועשה, ולא אתי עשה ודחי את לא תעשה ועשה! - איצטריך, סד"א: הואיל והוקש כיבוד אב ואם לכבודו של מקום, שנאמר כאן כבוד את אביך ואת אמך, ונאמר להלן כבוד את ה' מהונך. הלכך לציית ליה - קמ"ל דלא לשמע ליה". וכ"פ **טוש"ע**.

צוהו לעשות לו דבר: **סמ"ע** (ט) הביא **שברמב"ם** מבואר שאף באמר לו אביו אל תשיב אלא עשה הצורך שעה שלי דבר פלוני לא ישמע לאביו וכ"פ **הט"ז והנתיבות** (חי ה).

קדם ציוני הורנו לאבידה: **הט"ז** דייק מדברי הרמב"ם: "שאם יקבל מאביו נמצא בעת שקיים מצות עשה של כבוד את אביך ביטל וכו' ועבר וכו'", משמע שדוקא באירע השבת האבידה בשעה שקיבל מאביו אמרו כן ולכן כתב "אם קיבל מאביו" דהיינו שהאב צ"ל לו עתה שלא יחזיר כי צריך לו, וכן לשון הגמ' "שאמר לו אל תחזיר" - לא ישמע", אבל בעסק כבר במצות כיבוד הורים ואירעה השבה פטור מטעם העוסק במצוה ובה אין אמירת האב משמעותית שאין מוטל עליו כלל מצות השבה. וכדמצינו לענין שומר אבידה שהיו שומר שכר מטעם שנהנה בפטורו מלתת לחם לעניים בשעה שעוסק בהשבה (נדרים לג:). אלא שמ"מ אם האב כאן מחויב למחול לבנו שיבטל ממלאכתו וישיב האבידה או ישיב בעצמו שהרי אמרו "אני ד' אלוקים כלכם חייבים בכבודי" אבל על הבן עצמו אין חיוב השבה כשעוסק כבר בכיבוד הורים. ואין לומר שכיון שהאב חייב בהשבה לא נפטור הבן מטעם עוסק במצוה שא"כ לגבי צדקה בשומר אבידה גם היינו אומרים כן שאותו בעל אבידה עצמו חייב לתת לחם לעניים אלא ודאי כמסקנתנו.

סימן רסז

כיצד מכריז וכיצד מטפל בה בעודו בידו, ובו כ"ז סעיפים.

סעיף א

חייב ליטפל באבדה עד שיחזירנה לרשות בעליה במקום המשתמר. אבל אם החזירה למקום שאינו משתמר, כגון גנה וחורבה, ואבדה משם חייב באחריותה. החזיר את האבדה בשחרית למקום שהבעלים נכנסים ויוצאים שם בשחרית, אינו חייב ליטפל בה שהרי הבעלים רואים אותה אף על פי שאינו מקום המשתמר. אבל בבעלי חיים, לעולם חייב ליטפל בה עד שיכניסנה לרשות הבעלים המשתמרת, ואינו צריך דעת בעלים. ראה בהמה שברחה מן הדיר, והחזירה למקומה, הרי זה קיים המצוה ואינו צריך דעת בעלים.

1. המחזיר אבדה צריך להחזירנה לרשות הבעלים למקום המשתמר, ואין צריך דעת בעלים.

2. אבדה שהחזירה למקום שאינו משתמר אך הבעלים ידעו בו בודאי:

א. בסתם חפצים - מהני, ולכן אם הכניסה למקום שהבעלים נמצאים בו כל בוקר, וודאי שיראו אותה ויקחוה משם הרי זה השבה.

ב. בבעלי חיים - לא מהני, דכיון שיצאה ממקומה צריכה שמירה טפי, ולא וודאי שתשאר שם עד שיגיעו הבעלים.

ב"ק נו. "החזירה למקום שיראנה - אינו חייב לטפל בה, וכו'. א"ל: הכא במאי עסקינן - כגון שהחזירה בצהרים, ותרתי קתני, והכי קתני: החזירה שחרית למקום שיראנה, ושכח דעייל ונפיק וחזי לה - אינו חייב ליטפל בה; החזירה בצהרים למקום שיראנה, דלא שכיח דעייל ונפיק דלא חזי לה, ונגנבה או אבדה - חייב באחריותה. איתביה: לעולם הוא חייב עד שיחזירנה לרשותו; מאי לעולם? לאו אפילו מביתו, ש"מ: כשומר שכר דמי! א"ל: מודינא לך בבעלי חיים, דכיון דנקטי להו ניגרא ברייתא, בעי נטירותא יתירתא.

איתביה רבה לרב יוסף: השב - אין לי אלא בביתו, לגינתו ולחורבתו מנין? ת"ל: תשיבם, מכל מקום; מאי לגינתו ולחורבתו? אילמא לגינתו המשתמרת ולחורבתו המשתמרת, היינו ביתו! אלא פשיטא, לגינתו שאינה משתמרת ולחורבתו שאינה משתמרת, ש"מ: כשומר חנם דמי! א"ל: לעולם לגינתו המשתמרת ולחורבתו המשתמרת, ודקא קשיא לך: היינו ביתו! הא קא משמע לן, דלא בעינן דעת בעלים; כדרכי אלעזר, דא"ר אלעזר: הכל צריכין דעת בעלים, חוץ מהשבת אבדה, שהרי ריבתה בו תורה השבות הרבה."

סעיף ב

החזירה וברחה, אפילו מאה פעמים, חייב להחזיר, שנאמר: השב תשיבם, השב, אפילו מאה פעמים משמע.

ב"מ ל: במשנה "החזירה וברחה, החזירה וברחה, אפילו ארבעה וחמישה פעמים - חייב להחזירה, שנאמר השב תשיבם".

סעיף ג

המוצא אבדה (ואינו מכיר את בעליה) (טור) מכריז עליה בבתי כנסיות ובתי מדרשות. ובזמן שיש אנשים שאומרים: אבדה הנמצאת של מלך היא, מודיע לשכניו ומודיעו ודיו.

ד-ז דיני סימנים

סעיף ד

כיצד מכריז, אם מצא מעות מכריז: מי שאבד לו מטבע, וכן מכריז: מי שאבד לו כסות, או בהמה או שטרות, יבא ויתן סימנים ויטול, ואינו חושש (לרמאי) מפני שהודיע מין האבדה, לפי שאינו מחזירה עד שיתן סימנים מובהקים.

1. כשמכריז על האבידה, מכריז מהו סוג החפץ שמצא, כגון מצאתי טלית או בהמה וכדו', ואין חוששין לרמאים שהרי אינו משיבה לו עד שיתן בה סימן מובהק, כמו שיתבאר בסעיף ז.

ב"מ כח: "אתמר, רב יהודה אמר: אבידתא מכריז, ורב נחמן אמר: גלימא מכריז. רב יהודה אמר: אבידתא מכריז, דאי אמרת גלימא מכריז - חיישינן לרמאי. רב נחמן אמר: גלימא מכריז, לרמאי לא חיישינן, דאם כן אין לדבר סוף. תנן: אמר את האבידה ולא אמר את סימניה - הרי זה לא יתן לו וכו'. לעולם וכו' ומאי לא אמר את סימניה - לא אמר סימנן מובהקין דידה". **ופסקו הראשונים כרב נחמן דהלכתא כוותיה.**

כתב ה"ה והביאוהו הסמ"ע והש"ך שיש ג' מיני סימנים: א. סימנים שאינם מובהקים כלל, כגון ארוך וגוף חיוור וסומקי, שאין מחזירים בהם לאף אדם. ב. סימנים מובהקים, דהיינו מידת אורך ורוחב ומשקל וכדו'. ג. סימן מובהק ביותר, דהיינו נקב יש בו בצד אות פלונית, שבו מחזירים אף מדאו'. ופסק הגמ' בכז: האם סימנים דאו' או דרבנן הוא לגבי הסימן מהסוג השני.

סעיף ה

בא בעל האבידה ונתן סימנים שאינם מובהקים, אין מחזירין. והרמאי, אף על פי שאמר סימנים מובהקים אין מחזירין לו, עד שיביא עדים שהיא שלו.

סעיף ו

בראשונה, כל מי שאבד לו אבידה ובא ונתן סימנים מחזירים אותה לו אא"כ הוחזק רמאי, משרבו הרמאים התקינו ב"ד שיהיו אומרים לו: הבא עדים שאין אתה רמאי, וטול. הגה: ו"א דבסימן מובהק מחזירין אפי' בזמן הזה ואין צריך לעדים שאינו רמאי (טור בשם הרא"ש).

1. אין מחזירים אבידה בסימנים שאינם מובהקים.

ב"מ כח: במשנה "אמר את האבידה ולא אמר סימניה - לא יתן לו. והרמאי, אף על פי שאמר סימניה - לא יתן לו, שנאמר עד דרש אחיך אתו - עד שתדרוש את אחיך, אם רמאי הוא אם אינו רמאי".

2. **האם מחזירים בסימן אמצעי** (מובהק, שאינו מובהק גמור), כגון מידה ומשקל ומניין? סמ"ע - כן, דסימן מובהק האמור כאן היינו המבואר בסעיף ז. ש"ך, ט"ז - לא, וסימן מובהק האמור כאן היינו סימן גמור, כגון נקב בצד אות פלונית שמועיל אף מדאו'.

שיטת הסמ"ע (ס"ק ט) שמדאו' מחזירים אבידה אף בסימן שאינו מובהק כלל, אלא ששרבו הרמאים התקינו שלא יחזירו אלא בסימן מובהק אמצעי, דהיינו מדה ומשקל ומניין, וכמו שמשמע פשוט לשון הטור והרמ"א. אמנם, בסימן מובהק גמור מחזירים אף לרמאי. אולם, הש"ך (ג) חלק עליו ודחה דבריו, ושיטתו שסימן מהסוג הראשון אינו סימן כלל, ומעיקר הדין אין מחזירין אלא בסימן בינוני דהיינו מדה ומשקל ומנין, ומשנתרבו הרמאים תקנו שלא להחזיר אלא בעדים או בסימן מובהק גמור כגון נקב בצד אות פלונית, ומינה שלרמאי אפי' בסימן מובהק כזה אין מחזירים כלל.

3. **האם מחזירים אבידה לרמאי בסימנים?** שו"ע - לא, אלא בעדים. רמ"א - כן, אם יש לו סימן מובהק. וכבר נתבאר ששיטת הסמ"ע דמירי אף בסימן מובהק אמצעי, ושיטת הש"ך והט"ז דמירי בסימן מובהק גמור כגון נקב בצד אות פלונית.

4. האידנא כולם בחזקת רמאים, ואין מחזירים אבידה בסימנים אלא לת"ח, כ"כ הסמ"ע והש"ך, או לאדם שהביא עדים שאינו רמאי. ולשיטת הרמ"א מירי בסימן שאינו מובהק, אך בסימן מובהק מחזירים. וכבר נתבאר שלדעת הש"ך והט"ז מירי הכא בסימן מובהק ביותר, ואילו לדעת הסמ"ע מירי אף בסימן מובהק בינוני.

5. **מה דין רמאי גמור?** סמ"ע - אין חילוק. ש"ך, ט"ז - אף בסימן מובהק ביותר אין מחזירין לו. כ"כ הט"ז ליישב את הקושיא על הרא"ש מדברי הגמ', וכן נקט הש"ך לדינא שכן היא דעת הראב"ד, ואפשר לומר כן אף ברמב"ם.

ב"מ כח: במשנה "אמר את האבידה ולא אמר סימניה - לא יתן לו. והרמאי, אף על פי שאמר סימניה - לא יתן לו, שנאמר עד דרש אחיך אתו - עד שתדרוש את אחיך, אם רמאי הוא אם אינו רמאי". ובגמ' "אתמר, רב יהודה אמר: אבידתא מכריז, ורב נחמן אמר: גלימא מכריז. תנן וכו' אלא אי אמרת גלימא מכריז, אמר איהו גלימא ואמר איהו גלימא, צריכא למימר כי לא אמר סימנן לא מהדרין ליה? אמר רב ספרא: לעולם גלימא מכריז. אמר איהו גלימא, ואמר איהו סימנן. ומאי לא אמר את סימניה - לא אמר סימנן מובהקין דידה". וכיון שקי"ל כרב נחמן נמצא שבאדם רגיל אע"פ שאמר סימנן, כל זמן שלא אמר סימנים מובהקים אין מחזירים לו, וברמאי אף כשנתן סימנים מובהקים אין מחזירים לו, שהרי זהו המשך המשנה וברמאי וכו'. **וכ"כ הרמב"ם לדינא.**

אולם, הרא"ש כתב "משרבו הרמאים התקינו שיהיו אומרים לו הבא עדים שאין רמאי אתה וטול אבל בסימן מובהק יראה שמחזירין לכל אדם". ולכאוף קשה עליו מהמשנה כפי שהעמידה אותה הגמ' שאף בסימן מובהק אין מחזירים לרמאי! **הט"ז והש"ך** כתבו שאפשר להעמיד את דברי הרא"ש בסתם בני אדם האידנא שהם בחזקת רמאים, ולכן בסימן מובהק ביותר מחזירים אף להם. והמשנה מיירי באדם שמוחק לנו כרמאי ובכה"ג אף בסימן מובהק ביותר אין מחזירים לו. וכן דעת **הראב"ד** לדינא. **אולם**, **הסמ"ע** מיאן בחילוק זה, וכתב שאין נראה כן מסתימת דברי הטור והרמ"א ברא"ש, ונראה שלשיתם אין חילוק בין מוחזק לן כרמאי, לבין סתם אדם שהוא בחזקת רמאי ולכולם מחזירים אבידה בסימן מובהק! ושיטתו שמעיקר הדין מחזירים אבידה אף בסימן שאינו מובהק כלל, כגון ארוך וקצר או חירוי וסומקי, אך הרמאי בעיניו שיתן סימן מובהק כעין מידה ומשקל ומניין. ומשנתרבו הרמאין אמרין שאין מחזירים לאף אדם בלא סימן מובהק כזה. ואת דברי המשנה ביאר שהמשנה אינה מחלקת בין רמאי לסתם אדם, אלא היא אומרת שאם לא אמר סימן מובהק אין מחזירים לו, כיון שלרמאי אין מחזירים בלא סימן מובהק וכולם בחזקת רמאים.

סעיף ז

המדה או המשקל או המנין או מקום האבידה, סימנים מובהקים הם.

כבר נתבאר בסעיפים הקודמים.

סעיף ח

באו שנים, זה נתן סימני האבידה וזה נתן סימני האבידה כמו שנתן האחר, לא יתן לא לזה ולא לזה אלא תהא מונחת עד שיודה האחד לחבירו או יעשו פשרה ביניהם. הגה: או שיביא האחד עדים (טור). הביא זה עדים, וזה עדים וסימנים, סימנים במקום עדים לאו כלום הוא, ויהא מונח (ריש הגהות מרדכי דב"מ).

1. באו שנים ונתן כל האחד סימניה – יהא מונח עד שיודה האחד לחברו, או שישכימו לעשות פשרה ביניהם, או שיביא האחד עדים שהיא שלו.

ב"מ כח. "סימנני וסימנני – יניח, סימנני ועדים – יתן לבעל העדים, סימנני וסימנני ועד אחד – עד אחד כמאן דליתיה דמי, ויניח"

2. לאחד יש עדים, ולשני עדים וסימנים: רמ"א, נתיבות – אותו דבר, דסימנים במקום עדים לאו כלום הוא; כ"כ הגה' מרדכי. וביאר הנתיבות דהוא דומיא דמיגו במקום עדים שלא כלום הוא. ש"ך – צ"ע, ואדרבא אם הוא בענין שהיה צריך לדעת סימניה ואינו יודע, מוכח מילתא שעדין שקרנים.

סעיף ט

נתן האחד סימנים והשני הביא עדים, יתן לבעל העדים. אפילו אין מעידים שנפלה ממנו, אלא מעידים שמכירים שהוא שלו.

1. אחד נתן סימנים והשני הביא עדים – יתן לבעל העדים, ואפי' אינם מעידים שממנו נפל, מוקמינן ליה בחזקת מרא קמא.

2. אפי' אם הראשון הביא סימן מובהק, ש"ך בשם הרא"ש והמהרש"ל. אמנם, המהרש"ל הבין שרש"י חולק וסובר שלמ"ד סימנים דאוי א"כ סימנים ועדים יניח, אך הש"ך דחה שאפי' אם סימנים דאוי, הרי עדים עדיפי טפי.

ב"מ כח. "סימנני ועדים – יתן לבעל העדים".

סעיף י

זה נתן סימנים, וזה נתן סימנים ועד אחד, העד אחד כמי שאינו, ויניח. הגה: וי"א שזה שכנגד העד צריך לישבע שזה שלו הוא, ואם אינו רוצה לישבע נותנין לבעל העד (טור בשם הרא"ש).

1. **אחד נתן סימנים והשני הביא סימנים ועד אחד:** שו"ע, ש"ך – יהא מונח, וא"צ להשבע כנגד העד, כיון שאף אם ישבע לא יתן לו את החפץ; כ"כ הנמוקי"י שזהו משמעות הלשון 'כמאן דליתיה', וכן דעת הב"ח, הגה"מ, וכן ביאר הסמ"ע דברי השו"ע. רמ"א – זה שהעד מעיד נגדו ישבע, ויהא מונח. אך אם אינו רוצה לשבע – נותנים לאותו אחד שהעד מסייעו; כן דעת הרא"ש.

גמ' הנ"ל "סימנני וסימנני ועד אחד – עד אחד כמאן דליתיה דמי, ויניח".

סעיף יא

מצא שמלה וכיוצא בה, זה הביא עידי אריגה שארגוה לו וזה הביא עידי נפילה, יתן למי שהביא עידי נפילה.

סעיף יב

זה נתן מדת ארכה וזה נתן מדת רחבה, יתן למי שנתן מדת ארכה, שמדת רחבה אפשר לשערו כשהיה בעליה מתכסה בה. (וכתב הש"ך בשם ת"ח שהיינו בזמנם אבל האידנא זה להיפך, וכתב הש"ך שהכל לפי הזמן והמקום ולפי ראות הדיין).

סעיף יג

זה נתן מדת ארכה ורחבה, וזה נתן משקלה, יתן למי שכיוון משקלה.

גמ' שם "עדי אריגה ועדי נפילה - תנתן לעדי נפילה, דאמרינן זבוני זבנה, ומאיניש אחרינא נפל. מדת ארכו ומדת רחבו - תנתן למדת ארכו, דמדת רחבו שעורי קא משער לה כד מכסי לה מרה וקאי, ומדת ארכו לא משתער לה. מדת ארכו ומדת רחבו ומדת גמיו - ינתן למדת ארכו ורחבו. מדת ארכו ומדת רחבו ומדת משקלותיו - ינתן למדת משקלותיו".

וכתב הש"ך שהכל תלוי בראות עיני הדיין ולפי המלבוש ולפי דרך הלבשה.

סעיף יד

זה אומר: כך ארכה וכך רחבה, וזה אומר ארכה ורחבה כך וכך אבל איני יודע כמה באורך וכמה ברוחב, ינתן למי שאמר: כך ארכה וכך רחבה. הגה: אחד אמר מדת ארכה ורחבה, ואחד אמר המשקל, ינתן לבעל המשקל, שאין דרך לשקול טלית לפיכך הוי' סימן מובהק (טור).

בדבר שדרך לשקלו הדין להיפך; סמ"ע וש"ך בשם נמוק"י.

סעיף טו

הכריז ולא באו הבעלים, תהא המציאה מונחת אצלו עד שיבא אליהו.

מכיון שיש בו סימן, ואיכא למיחש שמא יבא בעליו. לכן אף הרמב"ם והשו"ע שפסקו בסימן רס שזכה בו, מודים הכא שיהא מונח; ש"ך.

סעיף טז

כל זמן שהאבידה אצלו, אם נגנבה או אבדה חייב באחריותה כדין שומר שכר. הגה: ו"א דשומר אבידה אינו אלא שומר חנם (טור בשם ר"י והרא"ש). ועיין לעיל סימן ע"ב סעיף ב' כיצד נקטינן לענין משכון, והוא הדין כאן.

שומר אבידה מה דינו? שו"ע - שומר שכר, כרב יוסף, כמו שפסקו הרי"ף, הרמב"ם, ר"ח ובה"ג. רמ"א - י"א שהוא שומר חנם, כרבה וכמו שפסקו הרי"י ורא"ש, ולכן הוא ספיקא דדינא ואינו משלם, ואם תפס בעל האבידה לא מפקינן מיניה; סמ"ע וש"ך. ולא כמהרש"ל שפסק לגמרי כרבה.

ב"מ כט. ב"ק נו: מח' רבה ורב יוסף האם שומר אבידה הוא שומר שכר או שומר חנם, וטעמו של רב יוסף מפני שבשעה שהוא עוסק באבידה הוא פטור מלקיים מצוות אחרות, ונמצא שאם יזדמן לו עני באותה שעה יפטר מליתן לו צדקה, ובשכר זה הוי' ש"ש עליה. ורבה נחלק עליו אע"פ שהוא מודה לו בדין זה, וטעמו שזה לא שכיח ומשום הכי לא יעשה ש"ש עליה. הרי"ף, ר"ח, בה"ג והרמב"ם פסקו **כרב יוסף**, וטעמם מפני שבש"ס איתמר בסתמא 'דכו"ע אית להו דרב יוסף' ומעוד ראיות. **אולם, התוס' האריך בכמה מקומות להוכיח שהלכה כרבה**, שהרי קי"ל בכל הש"ס הלכה כרבה לגבי רב יוסף חוץ מג' דברים, ומה שאמרו שכו"ע אית להו דרב יוסף היינו לגבי ההלכה שבאותה שעה פטור מליתן צדקה לעני. הרא"ש הביא ב' הדיעות ולא הכריע בהדיא. הטור נקט שבפסקים הכריע כרבה, ואע"פ שבתשובותיו משמע שנקט כרב יוסף. הב"י כתב שאף מדבריו בפסקים אין להוכיח כמי סבר, ובכל אופן קי"ל כרי"ף והרמב"ם ודעימאם. הרמ"א הביא את דעת החולקים, והפנה למה שכתב לגבי משכון. וכתבו הסמ"ע והש"ך שכוונתו לומר שהוי' ספיקא דדינא, והוא פטור כש"ח אך אם תפס לא מפקינן מיניה.

סעיף יז

כל זמן שהיא אצלו, חייב להיטפל בה שלא תפסד; ולהשביחה, כגון לגזוז הצאן. ואפילו גיזת זנב השור, שהוא דבר מועט, חייב ליטפל בו.

1. חייב לשמור על האבידה כדי שלא תפסד, וחייב אף להשביחה.

2. לכן, חייב לגזוז את הצאן, ואפ"י דבר מועט כגון זנב השור שאין בו שו"פ, כיון שהוא בא מדבר שיש בו שו"פ; ש"ך בשם התוס'.

ב"מ כז. "שור ושה דכתב רחמנא למה לי? שור - דאפילו לגיזת זנבו, ושה - לגיזותיו". וכתבו התוס' "וא"ת אם יש בה שוה פרוטה פשיטא ואם אין בה שוה פרוטה הא ממעטינן לקמן מהשבה וי"ל דאצטריך שחייב לגזוז בה בעתה אף על פי שאין בה שוה פרוטה בשעה שגזזה". ומכאן למדו שחייב אף להשביח האבידה, דמהפסוק 'והשבותו לו' - ראה היאך תשיבו לו' למדנו שחייב לדאוג שהאבידה לא תפסד, אך לא למדנו שחייב אף להשביחה; ש"ך וע"ש דלא כסמ"ע.

סעיף יח

וצריך לבקרה ולבדקה כדי שלא תפסד. כיצד, מצא כסות של צמר מנערה אחת לשלשים יום. ולא ינערה במקל ולא בשני בני אדם; ושוטחה על גבי מטה לצרכה בלבד, אבל לא לצרכה ולצרכו. נזדמנו אורחים, לא ישטחנה בפניהם ואפילו לצורכה, שמא תגנב.

ב"מ כט: במשנה. ובגמ' "מצא כסות מנערה אחד לשלשים יום. למימרא דניעור מעלי לה? והאמר רבי יוחנן: מי שיש לו גרדי אומן בתוך ביתו ינער כסותו בכל יום! - אמרי: בכל יום - קשי לה, אחד לשלשים יום - מעלי לה. איבעית אימא: לא קשיא; הא - בחד, והא - בתרי. איבעית אימא: לא קשיא; הא - בידא, והא - בחוטרא. איבעית אימא: לא קשיא; הא בדעמרא, הא - בדכיתנא". ונחלקו רש"י והרי"ף בפירוש החלוקה בין צמר לפשתן, דלרש"י של צמר לעולם לא ינערה דהניעור קשה לה. ואילו הרי"ף חולק וסובר להיפך, וכמותו פסקו הרמב"ם והשו"ע.

סעיף יט

מצא כלי עץ, משתמש בהם לצורכן מעט, כדי שלא ירקבו. כלי נחשת, משתמש בהם בחמין, אבל לא ישים הכלי על גבי האור, מפני שמשחיקן. כלי כסף משתמש בהם בצונן, אבל לא בחמין, מפני שמשחירן. מצא מגריפות (פ') כלים שגורפין ומסירין בהם הדשן) וקדומות (פירוש כלים שמבקעים בהם עצים), משתמש בהן ברך אבל לא בקשה, מפני שמפחיתן. מצא כלי זהב וכלי זכוכית וכסות של פשתן, הרי זה לא יגע בהן עד שיבא אליהו.

כנ"ל שם. וכתב הסמ"ע שמרש"י משמע שההיתר בכלי כסף הוא רק מפני ששמירתן בקרקע וצריך להוציאם משם כדי שלא יתעפשו, וא"כ לדידן שאיננו שומרים בקרקע - אסור ליגע בהם; אך לא מצאנו בפוסקים שחילקו ביניהם.

סעיף כ

מצא ספרים, קורא בהם אחת לשלשים יום. ואם אינו יודע לקרות, גוללן כל ל' יום. ולעולם לא ילמד בהם דבר שלא למד מעולם, ולא יקרא פרשה וישנה, ולא יקרא פרשה ויתרגם, ולא יפתח בו יותר משלשה דפין, ולא יהיו שנים קורין בשני ענינים, אבל קורין בענין אחד שנים דוקא, אבל לא שלשה.

כנ"ל שם. כפירוש הרמב"ם, דרש"י פירש שבב' בני אדם לא יקראו בענין אחד, אלא בב' ענינים.

כתב ה"ה בשם הרשב"א דהני מילי בס"ת נביאים וכתובים שמי שרגיל בהם אינו צריך לילגע בהן, אך בגמרא וכדו' אין הבדל בין שונה פרקו פעם אחת לשונה ק' פעמים, ומשמע מלשונו ומדברי הסמ"ע שהביאו שבכל ענין מותר! אולם, הנהיבות כתב שלפי זה בכל ענין אסור, כיון שצריכים עיון ויתקלקלו בלימודו.

סעיף כא

מצא תפילין, שם דמיהן ומניחן עליו מיד, אם ירצה, שדבר מצוי הוא לקנות בכל שעה.

ב"מ כט: "אמר שמואל: המוצא תפילין בשוק - שם דמיהן ומניחן לאלתר. מתיב רבינא: מצא ספרים - קורא בהן אחד לשלשים יום, ואם אינו יודע לקרות - גוללן. גוללן - אין, שם דמיהן ומניחן - לא! - אמר אבבי: תפילין בי בר חבו משכח שכיחי, ספרים לא שכיחי".

לשון הרמב"ם 'שאינן עשויין אלא למצותן', הסמ"ע הבין שרק בהם נאמר היתר זה, דבכה"ג לא אמרינן שחביב לאדם קב שלו, משא"כ שאר דברים שמצויין לקנות ואפי"ה לא ימכרם. אך כתב שמלשון הטור והמחבר לא משמע חילוק זה. והש"ך כתב שאף הרמב"ם לא התכוון אלא לנמק שמשום הכי ניתא ליה שימכרם מיד, כדי שיעשו בהם אחרים מצוות.

כב-כד

ב"מ כח: במשנה "כל דבר שעושה ואוכל - יעשה ויאכל, ודבר שאין עושה ואוכל - ימכר. שנאמר והשבותו לו - ראה היאך תשיבנו לו וכו'". ובגמ' "ולעולם? אמר רב נחמן אמר שמואל: עד שנים עשר חדש. תניא נמי הכי: כל דבר שעושה ואוכל, כגון פרה וחמור - מטפל בהן עד שנים עשר חדש. מכאן ואילך - שם דמיהן ומניחן. עגלים וסייחין (שאינם עושים מלאכה) מטפל בהן שלשה חדשים, מכאן ואילך - שם דמיהן ומניחן. אווזין ותרנגולין (פי' רש"י זכרים שאינם מטילים ביצים) מטפל בהם שלשים יום, מכאן ואילך - שם דמיהן ומניחן. אמר רב נחמן בר יצחק: תרנגולת כבהמה גסה. תניא נמי הכי: תרנגולת ובהמה גסה מטפל בהן שנים עשר חודש, מכאן ואילך - שם דמיהן ומניחן. עגלים וסייחין מטפל בהן שלשים יום, מכאן ואילך - שם דמיהן ומניחן. אווזין ותרנגולין וכל דבר שטיפולו מרובה משכרו - מטפל בהן שלשה ימים, מכאן ואילך - שם דמיהן ומניחן. קשיא עגלים וסייחין אעגלים וסייחין, אווזין ותרנגולין אווזין ותרנגולין! - עגלים וסייחין אעגלים וסייחין לא קשיא; הא - דרעיא, והא - דפטומא. אווזין ותרנגולין אווזין ותרנגולין נמי לא קשיא: הא - ברברבי, הא - בזוטריי".

סעיף כב

מצא דבר שיש בו רוח חיים, שהרי הוא צריך להאכילו, אם היה דבר שעושה ואוכל כגון פרה וחמור, מיטפל בהם י"ב חדש מיום המציאה, ושוכרן ולוקח שכרן ומאכילן. ואם היה שכרו יותר על אכילתם, הרי היתר לבעלים. וכן התרנגולת, מוכר ביציהן ומאכילן כל שנים עשר חדש; מכאן ואילך שם דמיהן עליו והרי הם שלו ושל בעלים בשותפות, כדן כל השם מחבירו.

1. מצא דבר שיש בו רוח חיים והוא עושה ואוכל, דהיינו שאע"פ שצריך להוציא עליו (אוכל), הוא גם מביא רווחים (עושה), - מטפל בו י"ב חודש, ויותר מכאן שם דמיהם עליו, ומקבלן עליו בשותפות עם בעל האבידה.

בפירוש 'שם דמיהם' נחלקו הראשונים: א. שיטת רש"י - שם דמיהם בבי"ד, ומוכרם לאחרים אבל לא לעצמו מפני החשד. והרמ"ה הסכים עמו שצריך בבי"ד, אך כתב שיכול למוכרם אף לעצמו, והכא לא שייך חשד שהרי אילו היה רוצה לא היה משיב האבידה כלל. ב. שיטת התוס' והרא"ש - שם הדמים בעצמו ומוכרם אף לעצמו, וא"צ כלל לבי"ד. וכמו שמוכר לגבי תפילין. ג. שיטת הרמב"ם - שם את שווי הדמים ומקבלן עליו בשותפות עם הבעלים.

סעיף כג

מצא עגלים וסייחים של רעי, מיטפל בהם ג' חדשים. ושל פטם, ל' יום.

כיון שאינם עושים מלאכה, ושל רעי טיפולם מועט יותר, משל פטם.

סעיף כד

אווזים ותרנגולים זכרים (גדולים), מיטפל בהם שלשים יום. קטנים ביותר, וכל דבר שטיפולו מרובה משכרו, מיטפל בהם ג' ימים. מכאן ואילך מוכרן בבי"ד. (וי"א דאין צריך ב"ד, ויכול לשומן ולקחתן באותן הדמים) (טור בשם ר"י והרא"ש).

סעיף כה

מה יעשה בדמים, ינתנו למוצא ויש לו רשות להשתמש בהם; לפיכך אם נאנסו חייב לשלם, ואף על פי שלא נשתמש בהם, שכיון שיש לו רשות להשתמש בהם הרי הם אצלו כשאלה. בד"א שיש לו רשות להשתמש בהם, בדמי אבידה, מפני שטרך להטפל בה. אבל אם מצא מעות, לא ישתמש בהם, לפיכך אם אבדו באונס פטור, שאינו עליהם אלא כשומר שכר. הגה: וכבר נתבאר סעיף ט"ז דיש חולקין וסבירא להו דאינו אלא שומר חנם.

1. אבידה שטרך לטפל בה ומכרה, מותר לו להשתמש בדמיה. אך אבידה שלא טרח בה, כגון שמצא מעות - אסור לו להשתמש בהם.

2. אבידה שמותר לו להשתמש בדמיה: שו"ע – דינו כשואל, וחייב אף באונסיה. רמ"א – לדעת התוס' והרא"ש דינו כשומר שכר, שהרי בסתמא הוא שומר חנם.

ב"מ כח: במשנה "מה יהא בדמים? רבי טרפון אומר: ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו חייב באחריותן. רבי עקיבא אומר: לא ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו אין חייב באחריותן". **ובגמ' מבואר** שלדעת רבה רק מפני שהוא רשאי להשתמש דינו כש"ש, מה שאין כן בסתמא שהוא שומר חנם. אולם רב יוסף סובר שהכא מיירי לענין אונסין, וסובר רבי טרפון שכיון שיש לו רשות להשתמש בה הוי עלייהו כשואל, וחייב אף באונסיה.

שם כט: "אמר רב יהודה אמר שמואל: הלכה כרבי טרפון. ביד רחבה הוה ליה הנהו זוזי דיתמי, אתא לקמיה דרב יוסף, אמר ליה: מהו לאשתמושי בגוייהו? – אמר ליה, הכי אמר רב יהודה אמר שמואל: הלכה כרבי טרפון. אמר ליה אביי: ולא אתמר עלה, אמר רבי חלבו אמר רב הונא: לא שנו אלא בדמי אבידה, הואיל וטרח בה, אבל מעות אבידה דלא טרח בהו – לא. והני כמעות אבידה דמו. – אמר ליה: זיל, לא שבקו לי דאשרי לך".

3. הפקיד כלי אצל חברו ואח"כ נתן לו רשות להשתמש: רעק"א – לכו"ע דינו כשואל שחייב באונסין, שהרי להדיא נתן לו רשות להשתמש בו.

סעיף כו

כל אותן הימים שמיטפל באבידה קודם שימכרנה בבית דין, אם האכילן משלו נוטל מהבעלים בלא שבועה, מפני תיקון העולם.

כמו שיתבאר בסעיף הבא. והפתי"ש הביא בשם הבית אפרים שפקפק בדין זה, שצריך להיות דינו כשאר מוציא הוצאות על נכסי חברו שאינו נוטל אלא בשבועה, ודינא דמוצא מציאה לא נאמר אלא על עיקר המציאה. וכתב שכן מצא במהר"י וייל בתשובה שהמוציא הוצאות לפדות חברו ממקום סכנה, שצריך לישבע וליטול ואם באבדית גופו כך, כ"ש באבדית ממונו. (ולכא' דבריו צ"ע, שהרי הטעם של תיקון העולם שייך אף הכא, ולא דמי למוציא הוצאות לפדיון שבויים שאינו מחויב בזה, משא"כ הכא שמצא מציאה והיא ברשותו וחייב לטפל בה ולהוציא הוצאות עליה, שאם נחייבו אף להשבע כמה הוציא ימנע מלטפל בה. משא"כ בפדיון שבויים שנדבו ליבו לטרוח ולפדות חברו שהיא מצווה רבה – לא ימנע בשל כך. וה' יאיר עינינו).

סעיף כז

המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם. שאם אתה אומר ישבע, יניח המציאה וילך לו כדי שלא ישבע. אפילו מצא כס, וטען בעל המציאה ששני כיסים קשורים היו ואי אפשר שימצא האחד אא"כ נמצא האחר הקשור עמו, הרי זה לא ישבע.

גיטין מח: במשנה "והמוצא מציאה לא ישבע, מפני תיקון העולם".

1. מה הדין כשהמאבד טוען ראיתי שהגבהת ב' כיסים שלי, והמוצא טוען שלא מצא אלא אחד? סמ"ע חייב שבועה, דהוי כשאר טוען ונטען. ט"ז – פטור, דאף הכא שייך טעמא של תיקון העולם. ועוד דמאי שנא מטוען ב' כיסים מצאתי והחזרתי לך אחד, והלה טוען שלא החזיר לו כלום שפטור משבועה כמו שנתבאר בטור.

2. האומר ב' כיסים מצאתי, והלה טוען נכון אך החזרתי לך אחד מהם – פטור משבועת מוב"מ מפני תיקון העולם; כן איתא בטור, וכתב הפתי"ש שקרוב לומר שאף בשו"ע היה כתוב כן אלא שנשמט בדפוס.

3. פתי"ש בשם בית אפרים – צריך לקבל עליו חרם.

סימן רסח

דין קנייה בחצירו ובד' אמותיו, ובו ה' סעיפים.

סעיף א

כל מציאה שאמרנו שהיא של מוצאה, אינו זוכה בה עד שתגיע לידו או לרשותו. אבל אם ראה את המציאה, אפילו נפל עליה, ובא אחר והחזיק בה, זה שהחזיק בה זכה בה. הגה: ודווקא בר"ה, אבל במקום שארבע אמות קונות, קנה, ולא גרע משום דנפל עליה (טור וב"י בשם הר"ף והרא"ש וכן נ"ל דעת הרמב"ם ור"ן בשם הרא"ה). ודלא כיש חולקין (ר"ן בשם הרשב"א ונ"י פ"ק דמציעא והמ"מ בפ"ז לדעת הרמב"ם).

1. אין המוצא זוכה במציאה עד שתגיע לידו או לרשותו.
2. ראה את המציאה ונפל עליה, ובא אחר והחזיק בה – זכה בה השני, דנפילה אינה מעשה קנין. ב"מ י. במשנה.
3. מה הדין אם נפל עליה במקום שד' אמות קונות בו? שו"ע, רמ"א – זכה בה הנופל, דכיון שרצה לקנות את החפץ ד"א שלו קונות לו, ואע"פ שהתכוון לקנות במעשה קנין אחר. ודלא כרשב"א והר"ן שפסקו שלא קנה, כתירוצא קמא בגמ'.
ב"מ י. בגמ' "אמר ריש לקיש משום אבא כהן ברדלא: ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום. [מאי טעמא] תקינו רבנן - דלא אתי לאנצויי. אמר אביי: מותיב רבי חייא בר יוסף פיאיה וכו' הכא במאי עסקין וכו' כיון דנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דנקני, בארבע אמות לא ניחא ליה דנקני. רב פפא אמר: כי תקינו ליה רבנן ארבע אמות - בעלמא, בשדה דבעל הבית - לא תקינו ליה רבנן". הר"ף, הרא"ש והרמב"ם השמיטו לתירוצא קמא, וכתב הב"י שהם סוברים שליתא לתירוץ זה; וכן דעת הרא"ה בהדיא. אולם, הנמוקי"י הביא בשם הר"ן שדווקא בקנין דרבנן אמרינן הכי, שיכול לומר לא ניחא לי בקנין דרבנן שתיקנו לי, אך לא בקניינים דאורייתא. והרשב"א סובר שאף בקניינים דאורייתא אמרינן הכי ולא קנה.

סעיף ב

ארבע אמות של אדם שהוא עומד בצדן הרי אלו קונים לו, ואם הגיע המציאה לתוך ארבע אמות שלו זכה בה. וחכמים תיקנו דבר זה כדי שלא יריבו המוצאים זה עם זה. בד"א, בסימטא או בצידי רשות הרבים שאין הרבים דוחקים בהם או בשדה שאין לה בעלים. אבל העומד ברשות הרבים או בתוך שדה חבירו, אין ד' אמות קונות לו ואינו קונה שם עד שתגיע מציאה לידו. הגה: שנים שבאו כאחד לתוך ד' אמות, או שעומדים שניהם ונפלה המציאה תוך ד' אמותיהן, קנו שניהן (טור).

1. **ד' אמות של אדם שעומד בצידן קונות לו**, ודין זה הוא מתק"ח שיחשבו כחצרו כדי שלא ליתו לאינצויי.
ב"מ י. "אמר ריש לקיש משום אבא כהן ברדלא: ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום. [מאי טעמא] תקינו רבנן - דלא אתי לאנצויי".
2. **ד' אמות קונות רק במקומות הבאים: א. סימטא. ב. צידי רה"ר**, שאין הרבים דוחקים בהם. ג. שדה הפקר. דדוקא במקומות אלו אמרינן שחכמים הקנו לו את ד' אמותיו שיחשבו כרשותו, משא"כ בחצר חבירו שאין לו רשות בה, או רה"ר שאינם קונות לו.
 כן מתבאר שם בגמ' מכח הקושיות מפאה ונזיקין, וכתב הנמוקי"י שכל היכא שאינה שדה הפקר – שדה חבירו קרינן לה, וכן משמע בשו"ע.
3. **שנים שבאו כאחד לד"א – ד"א קונות לשניהם ביחד** ויחלוקו; רמ"א בשם הטור.
 הקצות הקשה שהרי בגיטין (עח) מבואר שא"א לצמצם, וא"כ על כרחך חד מינייהו קדים ורק הוא קונה!! וא"כ דין זה הוא רק מחמת הספק!! והנתיבות תירץ שמיייר שקדם אחר בד' אמות וזכה בהם, ואח"כ הם באו לתוך ד' אמותיו, וממילא כשנסתלק הראשון זכו שניהם כאחד בד' האמות, והרי זה מדין ודאי ולא מספק.
4. כתבו הרא"ש והנמוקי"י שד' אמות אינם קונות רק במציאה ומילי דהפקר, אלא בכל ענין כגון מקח וממכר ומתנה, גיטין וקידושין, והוכיחו כן מהירושלמי (גיטין ח, ג). מלבד בגמ' שאף למ"ד שד' אמות קונות ברה"ר, לא תיקנו לו רבנן שיקנה.

סעיף ג

חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, ואם נפלה בה מציאה הרי היא של בעל החצר. במה דברים אמורים בחצר המשתמרת. (ואין חצירו קונה לו) אלא בידוע במציאה או דאסיק אדעתיה, אבל בדבר שאינו רגיל לבא אין חצירו קונה לו אף על פי שבאה מציאה לשם, ובא אחר ונטלה שם זכה, הואיל ולא ידע בעל החצר במציאה אשר שם קודם שזכה בה השני (נ"י ומרדכי פ' אלו מציאות). ועיין לעיל סימן רל"ב סעיף י"ח.

ואם סוחר א' הביא סחורה בזול לחצירו של שמעון, ובא שמעון ואמר: תקנה לי חצירי, ובא ראובן אחר כך ולקחה, י"א דזכה ראובן, דמאחר שאינו מציאה גמורה, כי בעל החצר צריך לקנותה (במעות), לא זכתה לו חצירו. וי"א דזכה בעל החצר (מרדכי פ"ק דמציעא ב' הדעות). ואם אח"כ בא סחורה לחצירו של ראובן ואמר: תקנה לי חצירי, וקנאה שמעון, וראובן אינו רוצה ליתן הסחורה לשמעון כי אמר שחצירו קנה לו, ושמעון טוען: ממה נפשך תתן לי הסחורה הראשונה או השנייה, אם כבר נפסק הדין במעשה הראשון אם כן הוי המעשה השני לחוד והמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל אם לא נפסק הדין בראשונה עד שאירע מעשה שני, צריך ראובן ליתן לשמעון סחורה אחת ממה נפשך (ת"ה סימן ש"י). והשי"ך חולק וסובר שאע"פ שכבר נפסק הדין צריך ליתן לחברו סחורה אחת ממה נפשך.

אבל בשדה וגנה וכיוצא בהן, אם היה עומד בצד שדהו ואמר: זכתה לי שדי, זכה בהם; ואם אינו עומד שם, או שהיה עומד ולא אמר: זכתה לי שדי, כל הקודם זכה. (וי"א דבעומד בצד שדהו לחוד סגי) (טור בשם הרא"ש והמגיד פ"ז דגזילה בשם רשב"א) ועיין לעיל סימן ר'.

1. חצרו של אדם המשתמרת - קונה לו שלא מדעתו, ולכן אם הגיעה מציאה לחצרו - זכתה לו.

ב"מ יא. במשנה "ראה אותן רצין אחר מציאה, אחר צבי שבור, אחר גוזלות שלא פרחו, ואמר: זכתה לי שדי - זכתה לו. היה צבי רץ כדרכו, או שהיו גוזלות מפריחין, ואמר זכתה לי שדי - לא אמר כלום". **ובגמ'** "אמר רב יהודה אמר שמואל: והוא שעומד בצד שדהו. - ותקני ליה שדהו, דאמר רבי יוסי ברבי חנינא: חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו! - הני מילי בחצר המשתמרת, אבל חצר שאינה משתמרת, אי עומד בצד שדהו - אין, אי לא - לא".

בחצר המשתמרת לכו"ע לא בעינן אמירה, ש"ך וב"ח, ודלא כמשמע בטור שאף בכה"ג בעינן אמירה לדעת הרמב"ם, והוא ט"ס.

2. חצר שאינה משתמרת, קונה רק כשעומד בצדה.

האם בעינן בנוסף אמירת 'זכתה לי שדי'? שו"ע - כן, כדעת הרמב"ם. רמ"א - י"א שלא, כדעת הרא"ש.

במשנה מבואר שמייירי כשאמר "זכתה לי שדי", וכן משמע בירושלמי, וכתב ה"ה שכן דעת רוב המפרשים שבעינן אמירה. אולם, הרא"ש כתב שלא דווקא אמר, והמשנה נקטה אמר מפני שמייירי כשראה אחרים שרצים אחריה ורוצים לזכות בה, ולכן הוא אומר להם שכבר זכתה לו שדהו. וכן דעת הרשב"א שלא בעינן אמירה, והוכיח כן מק"ו מד' אמות שהם מדרבנן מדין חצר, ולא בעינן בהו אמירה! ה"ה דחה ראייתו מפני שאלוימא קניית ד' אמות כיון שהוא עומד בסמוך לחפץ ויכול לטלו בידו. והב"י כתב שבד' אמות זה תק"ח דלא ליתי לאינצויי ולכן לא הצריכו אמירה, משא"כ בחצר שאינה משתמרת. הנמוק"י כתב לחלק בין בע"ח שמהלכים ומתגלגלים שבכה"ג בעינן אמירה, כיון שבעינן לראות שהוא רוצה לקנותם ולשמרם, שהרי בלא שישים דעתו אליהם יתגלגלו ויאבדו. לחפץ דומם שנמצא במקומו שבכה"ג לא בעינן אמירה. הנמוק"י הבין שכן היא דעת הרמב"ם, והב"י כתב שהרמב"ם סובר שבכל סוגי החפצים בעינן אמירה.

3. אבידה שהגיעה לחצר קודם יאוש: מהרש"ל - חצרו קונה לאחר יאוש, דבחדר לא אמרינן 'באיסורא אתא לידיה'. ש"ך - לכו"ע חצירו אינה קונה בכה"ג, דחצרו כידו ואמרינן בה יאוש שלא מדעת ו'באיסורא אתא לידיה'. וכן מבואר ברא"ש, נמוק"י, ר"ן, ראב"ד, ואף הרמב"ם לא חולק בדבר.

4. האם ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו? מהרי"ט - כן, ולכן אע"פ שהעודר בנכסי הגר וקסבור שלו הן לא קנה, אך מה שהגיע לתוך ידו קנה. קצות - מח' רש"י ותוס', לתוס' קונה ולרש"י לא. נתיבות - אף לרש"י קונה, אלא שבעינן שיהא כל החפץ מונח בתוך חלל היד, ומה שבולט מחוץ ליד אינו נקנה בתורת חצר אלא בתורת מעשה קנין, ולכן הצריך רש"י שיקנה מדין הגבהה ולא מדין חצר.

5. אין חצרו קונה לו אלא כאשר יודע שיש בה מציאה, או בדבר שעשוי לבוא ועשוי להיוודע לו. אך דבר שאינו רגיל לבוא, ולא נודע לו עליו - אינה קונה, ואם בא אחר ונטלה הרי היא שלו; רמ"א בשם המרדכי.

הנתיבות תמה, שהרי באבידה לדעת רוב ככל הפוסקים חצרו זוכה לו, ואע"פ שמציאות אינם שכיחים לבוא לחצר? וכתב שנראה כוונת הרמ"א דומיא ד'מצא בגל ובכותל ישן' שהוא דבר שאינו עשוי להיוודע לבעלים עליו לעולם, ורק בכה"ג מיירי הרמ"א, דאי לאו הכי דעת המרדכי היא דעת יחיד ואין לסמוך עליו כלל.

6. לגבי הדין של סחורה בזול, הנתיבות כתב שמייירי שהסחורה לא נמצאת בכליו של מוכר (דאי לאו הכי הוא בעיא דלא אפשטא ולא קנה), וכן שהמוכר קצב לה דמים שבכה"ג אם היה נוטלה הלוקח בידו כדי לקנותה – שוב אין המוכר יכול לחזור בו. ולכן אפליגו ב' הדעות מה הדין בחצר? האם אמרינן שחצרו כידו ושוב אין אחר יכול לזכות בה, או שמא לא אמרינן הכי אלא במציאה שאינה מחוסרת נתינת דמים, אך במעשה קנין שצריך להביא דמים כדי לקנותה, ומי יימר שימצא לו דמים ולא קנה. אך אם הדמים בידו, ואמר שתזכה לו חצרו – ודאי שקנתה לו ואין השני יכול לטלה ממנו.

סעיף ד

ראה אחרים רצים אחר המציאה והרי הוא צבי שבור או גוזלות שלא פרחו, אם היה עומד בצד שדהו שהם בתוכה, ואילו היה רץ היה מגיע, ואמר: זכתה לי שדי, זכתה לו שדהו. ואם אינו יכול להגיע, הרי אלו כצבי שהוא רץ כדרכו וכגוזלות המפריחים ולא אמר כלום, אלא כל הקודם בהם זכה. ואם נתנו לו במתנה, הואיל ואחר הקנס לו והרי הם מתגלגלים בתוך שדהו קנה שדהו. ואם היה צבי רץ כדרכו וגוזלות מפריחים, לא קנתה לו שדהו.

כן איתא בגמ' הנ"ל. לגבי מתנה הוא בעיא דר' ירמיה, ואיפשטא שכיון שדעת אחרת מקנה שאני, לא בעינן עומד בצדה (ואע"פ שבגט בעינן הוא משום שגט חוב הוא לה).

סעיף ה

קטנה, יש לה חצר ויש לה ארבע אמות. אבל קטן אין לו חצר ואין לו ארבע אמות.

ב"מ י: "ואמר ריש לקיש משום אבא כהן ברדלא: קטנה אין לה חצר, ואין לה ארבע אמות. ורבי יוחנן משום רבי ינאי אמר: יש לה חצר ויש לה ארבע אמות". ומסקנת הסוגיא שלא פליגי אלא מר מיירי בקטן שאין לו שליחות, וחצר דגברא משום שליחות. ומר מיירי בקטנה שחצר דגדולה איתרבאי אף משום יד לגירושין (ונתן בידה), וילפינן קטנה מגדולה ואע"פ שאין לה שליחות יש לה יד.

סימן רסט

המגביה מציאה לחבירו, ואם הגביהו חרש ופקח, ובו ו' סעיפים.

סעיף א

המגביה מציאה לחבירו, אעפ"י שלא אמר לו כלום, זכה בה.

1. המגביה מציאה לחבירו – קנה חבירו, ואין בכך משום 'חב לאחריני' או מפני שחב לאחריני הוא רק כשגורם לו הפסד ולא כשמונע ממנו ריוח; רמב"ן. או מפני שאמרין 'מיגו דאי בעי זכי לנפשיה זכי לחבריה'; תוס'.

ב"מ ח: מח' בין רמי בר חמא הסובר שקנה, לרבא הסובר שלא קנה. ובדף י. רב נחמן רב חסדא סוברים שלא קנה, אך ר' יוחנן פוסק שקנה. ופסקו הפוסקים שקנה חבירו. התוס' והרמב"ן הקשו שהרי ר' יוחנן בכמה מקומות פוסק שתופס לבע"ח במקום שחב לאחריני לא קנה? ותירצו כל אחד כפי שהבאנו.

2. האם צריך אמירה מפורשת? סמ"ע, קצות – כן, דאי לאו הכי הוי דברים שבלב, שהרי ממעשיו אינו ניכר שמגביה המציאה עבור חבירו, ודברים שבלב אינם כלום. ש"ך, נתיבות – לא, אלא אף אם מודה שהגביה עבור חבירו מהני, ודברים שבלב לא אמרינן רק היכא שהדברים סותרים את הדברים שבפה, כמו שכתב הרשב"א להדיא.

סעיף ב

שנים שהגביהו מציאה, קנאוה שניהם.

ב"מ ח. "אמר רמי בר חמא, זאת אומרת (כלומר דין המשנה שבי' שהגביהו מציאה כאחד קנאוה מלמדנו ש) המגביה מציאה לחבירו – קנה חבירו. דאי סלקא דעתך לא קנה חבירו – תיעשה זו כמי שמונחת על גבי קרקע וזו כמי שמונחת על גבי קרקע, ולא יקנה לא זה ולא זה, אלא לאו שמע מינה: המגביה מציאה לחבירו – קנה חבירו. אמר רבא, לעולם אימא לך: המגביה מציאה לחבירו – לא קנה חבירו, והכא היינו טעמא – מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה".

סעיף ג

הגביהה לו חרש או שוטה או קטן, לא קנה הפקח לפי שאין להם דעת.

סעיף ד

הגביהו חרש ופקח כאחד, מתוך שלא קנה פקח לא קנה חרש, והחוטפה מידם זכה. ומיהו מה שביד כל אחד, קנה. ואם היו שניהם חרשים, תקנו חכמים שיקנו כדי שלא יבואו להתקוטט.

1. ב' חרשים שהגביהו מציאה כאחד – קנו שניהם מתק"ח.

2. חרש ופקח שהגביהו כאחד, כיון שלא קנה פקח, שהרי לגבי פקח לא תקנו שתועיל לו הגביהה החרש, ונמצא שלא הגביה הפיקח את כל המציאה, אף החרש לא קנה.

ב"מ ח. "אמר רבא: השתא דאמרין אמרינן מגו וכו' אלא אימא: מתוך שלא קנה פקח לא קנה חרש. וכי תימא: מאי שנא משני חרשין דעלמא – התם תקינו להו רבנן דלא אתי לאנצויי, הכא – מימר אמר: פקח לא קני, אנא אקני?!"

3. חרש ופקח שהנהיגו או רכבו כאחד: שיטת רש"י – לא קנה הפקח, דקנין האחד מבטל קנין חבירו, אף בסוג קנין זה ד'אזלא מחמתיה'. שיטת הריטב"א – קנה הפקח, דאין קנין האחד מבטל קנין חבירו בכה"ג; קצות ונתיבות.

סעיף ה

טלית שמונח חציה על גבי עמוד שגבוה ג' טפחים וחציה על גבי קרקע, ובא אחד והגביה ראש אחד שעל גבי קרקע וניתק ראש השני מעל גבי עמוד ונפל על גבי קרקע, קנאה, כיון שראש האחד עדיין בידו וראש השני היה מוגבה מכחו ג' טפחים מהארץ. אבל אם לא היה ראש השני עדיין בידו בעוד שהטלית באויר, לא קנאה, ואף על פי שהיה מוגבה מכחו ג' טפחים כיון שעתה כולו בארץ. וכן אפילו ראש האחד בידו ולא ניתק ראש השני מעל גבי העמוד, לא קנה, אף על פי שאילו נתקו היה מוגבה מכחו. ואם

טלית מונח על גב דף, והכה ועלה מכחו שלשה טפחים, קנאו. אבל אם לא עלה מכח הכאתו למעלה אלא נפל לארץ, אפילו שהדף גבוה ג' טפחים לא קנה.

1. טלית המונחת חציה ע"ג קרקע וחציה ע"ג עמוד שגבוה ג' טפחים מע"ג הקרקע:

א. אם הגביה את הראש שע"ג הקרקע, ולא הוגבה הראש שע"ג העמוד – לא קנה, כיון שבקנין הגבהה בעינין שיגביה את כל החפץ מע"ג הקרקע.

ב. אם מחמת הגבהתו ניתק גם הראש השני מע"ג העמוד:

1. כאשר מה שהגביה נמצא בידו – קנה, שהרי חצי מהטלית מוגבה בידו, והחצי השני הוגבה מכוחו.

2. כאשר מה שהגביה אינו בידו – לא קנה, דבשעה שהגביה את הראש האחד, היה השני מונח. ובשעה שהראש השני הוגבה מכוחו, הראש הראשון כבר לא היה בידו.

2. חפץ המונח ע"ג מדף הגבוה מהארץ, והכה בו והפילו:

א. כאשר הוגבה מכוחו ג' טפחים – קנה. וכן אם הוגבה רק מעט, אך נפל לארץ; כן דקדק הסמ"ע מלשון התוס'.

ב. כאשר הוגבה מכוחו מעט ונפל חזרה למדף, או כאשר נפל לארץ בדרך ירידה ולא הוגבה כלל – לא קנה.

ב"מ ט. "רבי אבהו אמר: לעולם כדקתני, הואיל ויכול לנתקה ולהביאה אצלו. והא דרבי אבהו ברותא היא. דאי לא תימא הכי – טלית שהיא מונחת חציה על גבי קרקע וחציה על גבי עמוד, ובא אחד והגביה חציה מעל גבי קרקע, ובא אחר והגביה חציה מעל גבי עמוד, הכי נמי דקמא קני ובתרא לא קני, הואיל ויכול לנתק ולהביא אצלו!! אלא, הא דרבי אבהו ברותא היא". ודקדקו מכאן התוס' והרא"ש שאם נתקה והגביהה קנה, כיון שעל ידו הוגבהה למעלה מג' טפחים. והקשו מכמה סוגיות בהם משמע שלא קנה, כגון עני המנקה בראש הזית שמה שתחתיו גזל רק מפני דרכי שלום, ואע"פ שהזיתים נפלו מכוחו!! וכן לגבי 'אדייה אדוי' (ב"ק צח). ותיצו דשאני הכא שחלק מהחפץ מוחזק על ידו, ועוד דהתם שהזיתים והמטבע נפלו בדרך ירידה ולא הוגבהו מכוחו, אך אצלנו הוגבהו ג"ט. הסמ"ע דקדק שלגבי המקרה בחולין (קמא: שהוא טורף את היונים שבקף) מבואר בתוס' שלא בעינין שיוגבה כי אם מעט ולא ג"ט!! ולכן כתב לחלק בין היכא שהוגבה ונפל לארץ או שנפל חזרה לדף. אולם, הב"ח חילק בצורה שונה, שהשאלה היא אם הדף היה מונח ע"ג הקרקע דבכה"ג בעינין שיוגבהו ג"ט, לבין אם הדף מונח גבוה מהקרקע ג"ט, וכמו בקן, שבכה"ג סגי שיגביהנו מעט.

סעיף ו

היה רוכב ע"ג בהמה וראה את המציאה ואמר לחבירו: זכה לי בה, כיון שהגביהה לו קנה הרוכב ואף על פי שלא הגיע לידו. (ואין המגביה נאמן לומר: לצרכי הגבהתיה, אפילו בעודה בידו) (טור). ואם א"ל: תנה לי, ונטלה ואמר: אני זכיתי בה, זכה בה הנוטל. ואם משנתנה לרוכב אמר: אני זכיתי בה תחלה, לא אמר כלום. הגה: ראובן אמר לשמעון: קנה לנו ביחד סחורה פלונית, והלך שמעון וקנאה, ואח"כ אמר דקנאה לעצמו, "א דצריך לחלוק עם ראובן, דהוה ליה כמגביה מציאה לחבירו (מרדכי פ"ק דמציעא בשם ראב"ן). וי"א דאם לא היו לראובן דמים, זכה שמעון במה שקנה. ואם נתרצה לקנות לשניהן, הו' ליה כאלו זכה לשניהן (שם בשם ראב"ן).

1. **אמר לחבירו 'זכה לי במציאה', והלך חברו והגביהה – זכה בה הראשון,** ואין השני נאמן לומר 'לעצמי הגבהתיה'.

2. **אמר לו 'תן לי את המציאה', והלך חברו והגביהה:** אם אמר לעצמי הגבהתיה, או שאמר הגבהתיה לחברי אך אני רוצה לזכות בה לעצמי – זכה בה המגביה. אך אם נתנה לחברו, ואח"כ אמר שהגביהה לעצמו מתחילה ולא לחברו – אינו נאמן, וזכה בה חברו.

ב"מ ט: במשנה "היה רוכב על גבי בהמה וראה את המציאה, ואמר לחבירו תנה לי, נטלה ואמר אני זכיתי בה – זכה בה. אם משנתנה לו אמר אני זכיתי בה תחלה – לא אמר כלום". **ולמסקנת הגמ' בדף י.** "אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן: המגביה מציאה לחבירו – קנה חברו, ואם תאמר משנתנו – דאמר תנה לי, ולא אמר זכה לי". ופירש"י והביאוהו הב"י והש"ך "דקתני אני זכיתי בה זכה בה, ומשמע לן אני זוכה בה עכשיו זכה בה, ואף על פי שהגביה לצורך חברו – היינו טעמא משום דקתני ואמר לחבירו תנה לי, ולא אמר זכה אתה לי בהגבהתך נמצא שלא עשאו שליח להקנות בהגבהתה עד שעת נתינה, והרי קודם נתינה הדר בו זה משליחותו". ומבואר להדיא בדבריו שבכה"ג אף שמודה שהגביה

עבור חברו, אך כיון שרוצה עתה לחזור בו קודם שנתנה לידו – רשאי, כיון שלא הגביה כדי לזכות לו בחפץ מיד בהגבתו, אלא כדי לתת לו אותו אחר כך, ועכשיו נמלך ואינו רוצה לתנו לו. וכ"כ הטור וכ"כ הסמ"ע (י) והש"ך, ודלא כתוי"ט.

3. ראובן שאמר לשמעון לקנות סחורה עבור שניהם, והלך וקנאה וטוען שקנאה לעצמו:

אם היו לראובן מעות באותה שעה כדי לקנות, או שנתרצה בפירוש לקנות עבור שניהם – זכו שניהם, ואינו נאמן לומר שקנאה לעצמו.

אך בשאר המצבים: י"א שזכו שניהם, והוי דומיא דמגביה מציאה לחברו כשאמר לו 'זכה'; כ"כ המרדכי בשם הראב"ן. י"א שנאמן, ולא זכה ראובן במחצית מהסחורה, וטעמו שלא דמי לאבידה שיכל אף ראובן לזכות בה, משא"כ כאן שלא היו לו מעות באותה שעה, והרי שמעון נהנה וראובן לא חסר.

סתירה מסימן קפג, ד בדברי הרמ"א שבכה"ג יכול שמעון לחזור בו ואפי' נתרצה בפירוש, ורק אם קנה ממעותיו של ראובן אינו יכול לטעון שקנאה לעצמו! **הסמ"ע יישב** (שם) ששם מיירי שטוען שחזר בו בפירוש קודם שקנה, משא"כ הכא שקנה בסתם ועכשיו טוען שכוונתו הייתה לקנות לעצמו. והב"ח (שם) תירץ שכאן מדובר שעשו מעמד גמור עם תנאים מחייבים ולכן אינו נאמן לחזור בו, משא"כ שם שדיברו באופן כללי. עוד כתב הסמ"ע שהיה אפשר ליישב דבריהם שלא ייסתרו זה את זה, שהדין שלנו נאמר דווקא בסחורה בזול שדמי למציאה, ולכן כיון שראובן הראהו סחורה בזול, הרי זה דומה לאומר לחברו 'זכה במציאה זו עבורי'. משא"כ שם שמייירי ששלחו בסתם לקנות סחורה בשותפות, דבכה"ג אמרינן שנאמן לחזור בו ולומר שקנאה לעצמו. אולם, מדברי הרמ"א מוכח שלא ס"ל חילוק זה, שהרי שם בסי' קפג כתב שמייירי בסחורה בזול, והכא לא הזכיר זה (אע"פ שבמקור הדברים במרדכי והגמ"ר זה בדיוק להיפך).

סימן ער

מציאת חרש שוטה וקטן ובנו ובתו ועבדו ושפחתו ואשתו ופועלו, ובו ג' סעיפים.

סעיף א

מציאת חרש שוטה וקטן אין בה משום גזל אלא מפני דרכי שלום; לפיכך עבר א' וגזלה מידם אינה יוצאה בדיינים. הגה: ודוקא מציאה, שאין דעת אחרת מקנה לו, אבל שכירות של קטן וכיוצא בו מוציאין בדיינים (ב"י בשם הרשב"א).

1. מציאת חש"ו אין בה משום גזל, אלא מפני דרכי שלום, ולכן אינה יוצאה בדיינים.

גיטין נט: במשנה "מציאת חרש שוטה וקטן יש בהן משום גזל, מפני דרכי שלום, ר' יוסי אומר: גזל גמור". ומבואר בגמ' שלכו"ע זה רק מדרבנן, אלא שמח' בשאלה האם זה יוצא בדיינים או לא, והלכה כת"ק שאינה יוצאה בדיינים.

ע"י לעיל בסימן רמג, טו שלדעת הרמ"א ורוב האחרונים קטן לעולם אינו זוכה במציאה, אלא מדרבנן; ולא נאמרו החילוקים בשיעורי הקטן אלא לענין מתנה שדעת אחרת מקנה אותה. אולם, הש"ך חולק וסובר שקטן שהגיע לשיעור של 'צורר וזורקו אגוז ונוטלו' יש לו יד מדאי' וזוכה במציאה כמו במתנה, והכא מיירי בפחות משיעור זה.

2. ודוקא מציאה, אבל דבר שקנה ע"י דעת אחרת מקנה, שקונה אותו מדאי', או שהיה שלו, או שהרויח במעשיו – הרי הוא שלו לגמרי ומוציאין אותו בדיינים; רמ"א בשם הרשב"א בתשובה.

3. גזל מקטן דבר שקנה אותו בקנין דרבנן: ש"ך בשם המבי"ט – אינו יוצא בדיינים, וכתב הש"ך שצ"ע.

סעיף ב

מציאת בנו ובתו הסמוכים על שלחנו, אף על פי שהם גדולים, ומציאת בתו הנערה אף על פי שאינה סמוכה על שלחנו, ומציאת עבדו ושפחתו הכנענים ומציאת אשתו הרי אלו שלו. (וה"ה אם הרויחו בסחורה או במלאכה) (ב"י סוף סי' קע"ז בשם עיטור). (אבל אם מת, אינו מוריש מלאכת בן אחד לשאר יורשיו) (הגהות שניות דמרדכי דב"מ). אבל מציאת בנו שאינו סמוך על שלחנו, אף על פי שהוא קטן, ומציאת עבדו ושפחתו העברים, ומציאת אשתו שהיא מגורשת ואינה מגורשת, אינה שלו. ואם נתנו מתנה לקטן הסמוך על שלחנו אביו הרי היא של אביו, אבל לא בבנו הגדול (נ"י פ"ק דמציעא). יתום הסמוך על שלחנו אחרים, מציאתו לעצמו (מרדכי ותוס' פ"ק דמציעא).

1. מציאות בנו ובתו הסמוכים על שולחנו, ואפי' הם גדולים; מציאת בתו נערה אע"פ שאינה סמוכה על שולחנו; מציאת אשתו, ועבדו ושפחתו הכנעניים הרי הם שלו.

אך לגבי מתנה ושאר קניינים: בניו ובנותיו הקטנים, עבדו ושפחתו ואשתו – הרי הם שלו. אך בניו ובנותיו – לעצמם. בתו נערה: ח"מ באבה"ע הסתפק, קצות הוכיח מהדין שא"א לזכות עירוב ע"י בתו נערה, שאף מתנתה לאביה.

דין זה הוא רק כלפי האב, ולא כלפי אחים הסמוכים על שולחן אחיהם.

2. מציאת בנו ובתו שאינם סמוכים על שולחנו, ואפי' הם קטנים. מציאת עבדו ושפחתו העבריים, ומציאת אשתו שגירשה בספק גירושין – הרי היא שלהם.

ב"מ יב. במשנה. ובגמ' נחלקו באיזה בנו ובתו מיירי, ודעת רבי חייא בר אבא בשם רבי יוחנן "לא גדול - גדול ממש, ולא קטן - קטן ממש. אלא: גדול וסמוך על שלחנו אביו - זהו קטן, ואינו סמוך על שלחנו אביו - זהו גדול". והטעם אינו מפני שאין להם יד לזכות בה, אלא משום איבה מפני שהאב זנס. לגבי קטנה כתבו התוס' שהטעם הוא מפני שהיא מסורה בידו לקדשה, וחיישינן שמא יקדשה למנוול ומוכה שחין, וטעם זה שייך אף בקטנה או נערה שאינה סמוכה על שולחנו. כמו כן, כתב הרא"ש שדווקא בבניו הסמוכים על שולחנו אמרינן הכי, אך באחר הסמוך על שולחנו בחינם – מציאתו לעצמו. ע"פ זה כתב הטי"ז שה"ה אם זן את בנו מכח שנתחייב לזונו אחרי חתונתו וכדו' – אין אביו זוכה במציאתו.

3. אף כאשר הדין שהמציאה או מעשי ידיהם לאב, אם מת קודם שהגיע לידו – לא זכה בהם, ואינו מורישם לאחים אלא הרי המציאה לבן שמצאה.

סעיף ג

מציאת פועל לעצמו, אף על פי שאמר לו: עשה עמי מלאכה היום. ואצ"ל אם א"ל: עדור עמי היום. אבל אם שכרו ללקט מציאות, כגון שחסר הנהר ושכרו ללקט הדגים הנמצאים באגם, הרי מציאתו לבעל הבית ואפילו מצא כיס מלא דינרים. ויש אומרים דהוא הדין שכרו סתם ומראה לו ללקט מציאות (טור בשם הרמ"ה).

1. מציאת פועל – לעצמו.

2. פועל ששכרו ללקט מציאות – מציאתו לבעה"ב.

ב"מ יב: "מציאת עבדו ושפחתו העברים הרי הוא של עצמן. אמאי? לא יהא אלא פועל, ותניא: מציאת פועל לעצמו. במה דברים אמורים - בזמן שאמר לו: נכש עמי היום, עדור עמי היום. אבל אמר לו עשה עמי מלאכה היום - מציאתו לבעל הבית וכו'. רב פפא אמר: כגון ששכרו ללקט מציאות. והיכי דמי? דאקפי אגמא בכוור". הרי"ף השמיט כל הדיון של הגמ', וכתב הרא"ש שהיינו מפני שפסק כרב פפא שמציאתו לעצמו אצ"כ שכרו ללקט מציאות.

3. פועל ששכרו בסתם לאיזה מלאכה שירצה ליתן לו, ונתן לו ללקט מציאות – מציאתו לבעה"ב; כ"כ הטור בשם הרמ"ה, והביאו הרמ"א. הב"י כתב בשם החכם המרשים שהרמ"ה חולק על כל הפוסקים ולא פסק כרב פפא, אולם דחה דבריו (והסכימו עמו האחרונים) וכתב שהרמ"ה פסק כרב פפא, אלא שביאר אין צורך דווקא שישכרו בפירוש לשם כך מעיקרא, אלא אף אם שכרו בסתמא לאיזה מלאכה שירצה, ולקחו והראה לו ללקט מציאות – אף זה בכלל. ולא אתי לאפוקי אלא אם שכרו למלאכות אחרות, ותוך כדי כך מצא מציאות שבכה"ג הם לפועל, שהרי לא נשכר לו בשביל זה; וכ"כ הסמ"ע שאין חולק בדיון זה.

4. משרת דין פועל יש לו, ומציאתו לעצמו; פת"ש בשם חוט השני.

סימן רעא

מציאת בהמה ושטר חוב ושובר וגט אשה, ובו ה' סעיפים.

סעיף א

ב' שראו גמל או חמור של מציאה, וקדמו שניהם והנהיגוהו או משכוהו, או שהיה אחד מנהיג ואחד מושך, קנו שניהם. בד"א, בחמור. אבל בגמל, אם היה אחד מנהיג ואחד מושך, המושך קנה אבל לא המנהיג.

סעיף ב

בהמת מציאה שקדם אחד ואחז במוסירה, לא קנה עד שימשוך או ינהיג, וכן בנכסי הגר, אבל קנה המוסירה לבדו.

סעיף ג

היה אחד רוכב ואחז במוסירה, הרוכב קנה הבהמה והמוסירה שעל לחיי הבהמה בלבד, וזה שאחז המוסירה קנה ממנה מה שאחז בידו, ושאר המוסירה לא קנה שום אחד מהם. הגה: היו שנים רוכבין, קנו שניהן. היה אחד רוכב ואחד מנהיג, קנו שניהם ויחלוקו (טור סימן קצ"ז).

סעיף ד

דין מציאת שטרות ושוברים נתבאר בסימן ס"ה.

סעיף ה

דין מציאת גט נתבאר בטור א"ה סימן קל"ב וסימן קנ"ג.

הלכות נחלות

סימן רעו

סדר נחלות כיצד הוא, ובו ז' סעיפים.

סעיף א

סדר נחלות כך: מי שמת, בנו יורשו. לא נמצא (לו) בן, רואים אם יש לבן זרע, בין זכר בין נקבה עד סוף כל הדורות, עומד במקומו ויורש הכל. לא נמצא זרע לבן, אם יש לו בת תירשנו. לא נמצא לו בת, אם יש לה זרע, בין זכר בין נקבה עד סוף כל הדורות, יורש הכל. לא נמצא לה זרע, תחזור הירושה לאביו של מת. ואם אין אביו קיים, תחזור לזרעו שהם אחי המת. אם יש לו אח, יורש הכל. לא נמצא לו אח; אם הניח זרע עד סוף כל הדורות עומד במקומו לירש. לא נמצא לו אח ולא זרע ממנו, תחזור הירושה לאחות המת או לזרעה עד סוף כל הדורות. לא נמצא לו אחות ולא זרע ממנה, תחזור הירושה לאבי אביו של מת. ואם אינו קיים, חוזר לזרעו שהם אחי אבי המת, אם יש לו אחים או לזרעם עד סוף כל הדורות. ואם אין אחים לאבי המת, ולא זרע מהם, חוזרת לאחות אבי המת או לזרעה עד סוף כל הדורות. ואם אין אחות לאבי המת ולא זרע ממנה, חוזרת לאבי אביו של מת. ואם אינו חי, מורישו לזרעו שהם אחי אבי אביו של מת או לזרעם עד סוף כל הדורות. לא נמצאו אחי אביו של מת ולא זרעם, חוזרת לאחות אבי אביו של מת או לזרעה עד סוף כל הדורות. ועל זה הדרך נחלה ממשמשת למעלה עד ראובן.

סדר נחלות כך הוא:

א. בן. ב. בת. ג. אבא. ד. אחי המת. ה. סבא. ו. אחי אבי המת. ז. סבא רבא. ח. אחי הסבא. וכן על זה הדרך. הכלל הוא כך: בתחילה יורשים בני המת, אח"כ אבי המת ואח"כ זרעו של האב. אין אב – עולים למעלה לסבא, ולזרעו של הסבא. אין סבא וזרע – עולים למעלה לסבא רבא וכן עד סוף כל הדורות.

כאשר הראוי לירש מת – בודקים האם יש לו זרע והוא קודם, בן בנים או בנות. ואף כאן יש את סדרי הקדימה שהבן וזרעו קודמים לבנות ולזרעם. ורק אם אין לו זרע כלל, עוברים לבא בתור בסדר הנחלה.

ב"ב קטו. במשנה "סדר נחלות כך הוא: איש כי ימות ובן אין לו והעברתם את נחלתו לבתו – בן קודם לבת, כל יוצאי יריכו של בן קודמין לבת. בת קודמת לאחין, יוצאי יריכה של בת קודמין לאחין. אחין קודמין לאחי האב, יוצאי יריכו של אחין קודמין לאחי האב. זה הכלל: כל הקודם בנחלה – יוצאי יריכו קודמין. והאב קודם לכל יוצאי יריכו". ובגמ' "תנו רבנן: בן – אין לי אלא בן; בן הבן, או בת הבן, או בן בת הבן מנין? תלמוד לומר: אין לו – עיני עליו. בת – אין לי אלא בת; בת הבת, ובן הבת, ובת בן הבת מנין? ת"ל: אין לו – עיני עליו. הא כיצד? נחלה ממשמשת והולכת עד ראובן. ולימא: עד יעקב! אמר אביי: גמירי, דלא כלה שבטא".

סעיף ב

מי שמת והניח בת ובת הבן, אפילו בת בת הבן עד סוף כמה דורות היא קודמת ותירש הכל, ואין לבת כלום. והוא הדין לבת האב עם האחיות, ולבת (בן) אחי אביו עם אחות אביו, וכן כל כיוצא בזה.

בת הבן קודמת לבת בירושה, והוא הדין בכל כיוצא בזה. **ב"ב קטז:** "אמר רב הונא אמר רב: כל האומר תירש בת עם בת הבן, אפילו נשיא שבישראל – אין שומעין לו, שאין אלא מעשה צדוקין".

סעיף ג

מי שהיו לו שני בנים, ומתו שניהם בחייו, והניח האחד שלשה בנים והשני לא הניח אלא בת אחת, ואחר כך מת הזקן, בת הבן יורשת חצי הנכסים, ושלשת בני הבן האחר יורשים החצי האחר, שאנו רואים כאילו הבנים קיימים ויורשים בשוה, וכל אחד מוריש לבניו חלקו. ועל דרך זה חולקים בני האחים ובני אחי האב עד ראש הדורות.

ב"ב קטז: במעשה דבנות צלפחד שקיבלו חלק אביהם בשלימותו, ושאר אחיו קיבלו כל אחד חלקם.

סעיף ד

משפחת האם אינה קרויה משפחה, שאין האם יורשת את בנה ולא את בתה. ואחין מאם ולא מאב אין יורשים זה את זה, אלא כל אחד, משפחת אביו יורש אותו. (ואפילו שתוקי שאין לו יורשין מן האב, אין משפחת אמו יורשין אותו אלא הרי הוא כגר ונכסיו הפקר) (תרומת הדשן סימן שנ"ב). אבל האיש יורש את אמו, וכן הבת את אמה אם אין לה בן, שדינה בנכסי האם כמו בנכסי האב, שניהם יורשים אותה אלא שהבן וזרעו קודמין לבת.

1. משפחת אם אינה קרויה משפחה, **ב"ב קטז**: "אמר רבא, אמר קרא: ממשפחתו וירש אותה - משפחת אב קרויה משפחה, משפחת אם אינה קרויה משפחה, דכתיב: למשפחותם לבית אבותם". ולכן האם אינה יורשת את יוצאי חלציה, וכן אחים מהאם ולא מהאב - אינם יורשים אחד את חברו.

2. שתוקי, שאין יודעים מי אביו, נכסיו כהפקר ואין משפחת אמו יורשים אותו; רמ"א בשם תרוה"ד.

מעשה באחד שנשא אשה וגר עמה והוליד בת, ואח"כ גרשה והלך למקום אחר ואין ידוע מי הוא, ומתה הבת - נכסיה אינם כהפקר, דאע"ג שאיננו יודעים מי אביה, אין זה נחשב 'שתוקי' שהרי היה ידוע מי אביה אלא שלאחר שעזב את העיר נשתכח ולא ידוע מי הוא, אך סו"ס יכול הדבר להתברר ויהא מונח עד שיבא אליהו; פת"ש בשם מים חיים.

3. הבן יורש את אמו, ואם אין בן - יורשת הבת.

ב"ב קח. במשנה "האשה את בניה, והאשה את בעלה, ואחי האם - מנחילין ולא נוחלין. והאחין מן האם - לא נוחלין ולא מנחילין".

סעיף ה

אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מהאב. שאם מת בחייה ואח"כ מתה, אין אומרים אילו היה עודנו חי היה יורשה, עכשיו גם כן אם אין לו זרע אחיו מאביו יעמדו במקומו לירש אותה, אלא תחזור ירושתה למשפחת בית אביה כיון שאין לבנה זרע. אבל אם מתה האם בחייו, ואחר כך מת הוא, אפילו היה קטן בן יומיו, הואיל וחי אחריה אפילו שעה אחת, יורשה ומנחיל הירושה ליורשיו ממשפחת אביו. הגה: ודוקא שנולד הקטן, אבל עובר אינו יורש אמו, אם מתה כשהיא מעוברת, להנחיל יורשיו מאביו (טור).

1. אין הבן יורש את אמו בקבר כדי להנחיל לאחיו מן האב, כלומר שאם מת בחייו אמו ואח"כ מתה אמו ואין לו זרע - אינו יורשה כדי להעביר נחלתה לאחיו מן האב. אך אם יש לו זרע - יורש את אמו כדי להנחיל לזרעו.

ב"ב קיד: "הא קא משמע לן, דאשה את בנה דומיא דאשה את בעלה, מה אשה את בעלה - אין הבעל יורש את אשתו בקבר, אף אשה את בנה - אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב".

2. מתה אמו ואח"כ מת הוא, אפי' היה חי שעה אחת בלבד - זכה בנכסיה, ומורישם ליורשיו ממשפחת אביו.

3. עובר אינו יורש את אמו להנחיל לאחיו מהאב. **נדה מד**. במשנה "עובר בן יום אחד וכו' נוחל ומנחיל". **ובגמ'** "נוחל ממאן - מאביו, ומנחיל למאן - לאחיו מאביו, אי בעי - מאביו לירתי ואי בעי - מינייה לירתי! אמר רב ששת: נוחל בנכסי האם, להנחיל לאחיו מן האב. ודוקא בן יום אחד, אבל עובר - לא. מ"ט - דהוא מייית ברישא, ואין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מן האב. איני, והא הוה עובדא ופרכס עד תלת פרכוסי! אמר מר בריה דרב אשי: מידי דהוה אזנב הלטאה דמפרכסת".

4. עובר שנהרגה אמו, או שנעקר לצאת ואח"כ מת: ע"ש, נתיבות - אינו יורש. סמ"ע - יורש. **תוס'** בב"ב קמב: כתבו לחלק בין עובר שמתה אמו דבכה"ג אמרינן שהוא מת תחילה, כיון ש'אידי דזוטרא חיותיה עיילא ליה טיפתא דמלאך המוות ומחתכא ליה לסימנין' (ערכין ז). לעובר שנהרגה אמו או שיצא ראשו ואז מתה, דבכה"ג לא אמרינן שהוא מת תחילה, והוא נוחל ומנחיל. **הסמ"ע** (ז) הביא לדבריהם הכא, ופסק שאם העובר נולד חי ואז מת - הרי הוא יורש את אמו להנחיל לאחיו מהאב, ותמה על הע"ש שכתב שבכל ענין אינו יורש. והוסיף לתמוה שהרי לדעת הרמב"ם אף עובר שלא כלו חדשיו - נוחל, וא"כ כ"ש שבכה"ג שכלו חדשיו אלא שמתה אמו ומחמת זה מת - שהוא יורש. **אולם**, ה**נתיבות כתב** שכיון שהשו"ע והרמ"א השמיטו לדברי התוס', נראה שצריך לומר שאע"פ שאף כאשר האמא נהרגה ולא מתה, אין זה ודאי שהיא מתה ראשונה, אלא שיכול להיות מצב שבו היא תמות ראשונה ונמצא שהוא

יורש אותה. אך כיון שזה ספק בכה"ג לכו"ע הנכסים בחזקת יורשי האם, ואין יורשי העובר יכולים להוציא מחזקתם כלום.

5. קטן שנולד לשמונה חדשים שאינו עתיד לחיות, האם יורש את אמו? רמב"ם, קצות – כן, ודווקא אם נגמרו אבריו, אך אם לא נגמרו אבריו לא, כן כתב ה"ה. סתימת השו"ע והפוסקים – לעולם לא, שהרי הוא כמת לכל דבר, ואינו עתיד לחיות, וא"כ אינו יורש את אמו בקבר להוריש לאחיו מהאב.

הרמב"ם (נחלות א, יג) כתב שקטן בן יום אחד אפי' לא כלו חדשיו נוחל ומנחיל. והאריך ה"ה לנסות למצוא מקור לדבריו וכתב שלא מצא מקור מוכרח לומר כן. ועוד כתב שנראה לו שדווקא אם נגמרו אבריו, אך אם לא נגמרו אבריו אף הרמב"ם יודה שאינו נוחל דכמת גמור הוא. הקצות הביא רמב"ם מדברי התוס' בב"ב קמב. לגבי גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו ואח"כ שמעו שאשתו מעוברת והפילה, שקי"ל שאם החזיק בראשונה לא זכה עד שיחזיק שוב לאחר שמת העובר! ואמאי, הרי התברר לבסוף שהעובר הזה היה נפל, וא"כ מדוע שלא תועיל חזקתם הראשונה!! אולם, הנתיבות (ב) דחה דבריו דשאני התם דבשעה שמת הגר היה העובר ראוי להיות בר קיימא, ולכן חזקה הראשונה אינה כלום. משא"כ הכא שבשעת ירושה אינו בר קיימא, ואינו יורש.

5. פת"ש בשם שב יעקב: משמע מכאן שקטן יורש את אביו בקבר להנחיל לאחיו כשיש נפק"מ, (שהרי בד"כ אין נפק"מ שהרי כיון שהם אחים מהאב בלאו הכי הם יורשים אותו), וכגון שאחד מהאחים ויתר על חלקו, ואח"כ מת אחד מהאחים, זוכה עמהם בחלקו של אחיו.

סעיף ו

כל הקרובים בעבירה יורשים ככשרים. כיצד, היה לו אח או בן ממזר, הרי זה יורש ככשר. וכן שאר כל היורשים. אבל בן משפחה או עובדת כוכבים, אינו בן לדבר מהדברים ואינו יורש כלל. הגה: אין היורשין דברים שאין בהם ממש (הגהות מרדכי סוף ב"ב), או טובת הנאה בעלמא שאינו ממון (מהרי"ק שורש קס"א ומוהר"ם פאדוואה סימן ס"ה).

1. כל הקרובים, אפי' ע"י עבירה, כגון ממזר, יורשים ככשרים.

2. בן משפחה או מגויה – אינו בנו כלל, ואינו יורש.

יבמות כב. במשנה "מי שיש לו בן מכל מקום - פוטר אשת אביו מן היבום, וחייב על מכתו ועל קללתו, ובנו לכל דבר, חוץ ממי שיש לו בן מן השפחה ומן העובדת כוכבים". **ובגמ' בעמוד ב'** "חוץ ממי שיש לו אח מן השפחה ומן העובדת כוכבים. מ"ט? אמר קרא: האשה וילדיה תהיה לאדוניה. מי שיש לו בן מ"מ - פוטר וכו'. מכל מקום לאתווי מאי? אמר רב יהודה: לאיתווי ממזר. מאי טעמא? דאמר קרא: ובן אין לו, עיני עלי".

3. אין ירושה בדבר שאין בו ממש; רמ"א בשם הגהות מרדכי.

4. אין היורשים יורשים טובת הנאה; רמ"א בשם מהר"ם פדוואה, וכתב הסמ"ע בשמו שכמו שאין יכול להורישה, כך אין יכול ליתנה לאחרים.

מה דין טובת הנאה שאביהם מוחזק בה? ש"ך, נתיבות – זכו בה היורשים, דדווקא טובת הנאה שאין אביהם מוחזק בה אינו מוריש. שלי"ה, קצות – בכל ענין אינם יורשים, ואפי' היה אביהם מוחזק בה, דדוקא לאב זיכתה התורה לטובת ההנאה, ולא ליורשיו.

השל"ה כתב שאדם צריך ליזהר לחלק את כל המעשרות שבידו בחייו לעניים, כיון שאם ישארו בידו לאחר מותו יחזיקו בניו בטובת הנאה שבהם שלא כדין, כיון שטובת הנאה אינה ממון וא"א להקנותה בשום אופן ואפי' לא בתורת חצר. (ור"ג שהקנה לזקנים בחצרו, היינו בגלל שהקנה להם גם את גוף החצר). **בש"ך מוכח שהוא חולק וסובר** שלא אמרינן 'טובת הנאה אינה ממון' אלא כשהיא ביד אחרים, שאינו יכול להוציאה מידם מכח טובת הנאה שיש לו בה, וה"ה שאינו יכול להורישה בכה"ג. אך ממון שתחת ידו ואין לו בו אלא טובת הנאה – יכול להורישו ליורשיו. **הקצות הכריע לדינא כשל"ה**, מכח התוס' בנדרים (פד) שפסקו שאף לבעלים אין טובת הנאה במעשר אלא בימות הגשמים, ולא בימות החמה, שרק אז אמרה תורה 'ונתת' משא"כ בימות החמה צריכים להניחנו בגורן ויבואו העניים ויטלוהו. נמצא שאף לבעלים אין טובת הנאה אלא בשעה שנתנה להם תורה רשות לכך, ולכן אם מתו או שזכה אחר בממון זה – אין לו בו טובת הנאה, שהרי התורה לא נתנה לו רשות לכך! והקשה על עצמו מדברי הרמ"א בסי' לו, שמשמע שלזכר יש טובת הנאה?! ויתרץ בב' אופנים: א. שבחיי הבעלים הרי הוא כשליח הבעלים. ב. כיון שידו כיד עניים, הרי העניים נותנים לו רשות לחלק למי שירצה, משא"כ שאר אדם. **הנתיבות כתב להכריע כש"ך**, ודימה זאת לדין האויר שמבואר בסי' ריד, ה שאדם יכול למכור לחברו בית ולשייר לעצמו האויר שעל גביו, ואח"כ לא יוכל למכור את האויר הזה לאחרים, ואפי"ה הוא שלו כיון שלא יצא מרשותו במכירה הראשונה. וכי יעלה על הדעת שיורשיו לא יירשו אותו כיון שהוא לא יכול למכרו?! אלא ודאי שכל מה שהוא שלו – הוא מוריש ליורשיו! וכיון שהטובת הנאה היא שלו הרי הוא

מוריש אותה ליורשיו אחריו. ואע"פ שבפירות דקל מבואר שאם לא היו יורשים את גוף הדקל לפירות – לא היו יורשים אף את הפירות, היינו דווקא שם שא"א לשייר את הפירות בלא שיור בגוף הדקל. אך כל דבר שאפשר לשיירו בלא לשייר בגוף הדבר האחר – ה"ה שאפשר להורישו!

סימן רעז

הבכור נוטל פי שנים, ואיזה הוא בכור לנחלה וספק בכור, ובו ט"ו סעיפים.

מסיכומי אריאל שטראוס הי"ו.

סעיף א

הבכור נוטל פי שנים בנכסי אביו. כיצד, הניח חמשה בנים ואחד מהם בכור, הבכור נוטל שליש הממון וכל אחד מהארבעה פשוטים נוטל שתות. הניח תשעה בנים, הרי האחד הבכור נוטל חמישית וכל אחד מהשמונה פשוטים נוטל עשירית. וכן על דרך החלוקה הזאת חולקים לעולם.

1. הבכור נוטל פי שנים בנכסים, הכוונה שהוא נוטל כשני אחים.

ב"ב קכב--קכג. "ת"ר: לתת לו פי שנים - פי שנים כאחד (כנגד אחד מן האחים נוטל פי שנים, היו ה' אחים חולקים הנכסים ב' חלקים ונוטל הבכור פי שנים מהן [הוא שליש והם שישית]); אתה אומר: פי שנים כאחד, או אינו אלא פי שנים בכל הנכסים (שנוטל פי שנים בכולן... שחלקו יהא עם ה' אחין דומה כחלקו עם אחד כשאין שם אלא בכור ופשוט נוטל פי שנים בכל הנכסים)?... ת"ל: והיה ביום הנחילו את בניו, התורה ריבתה נחלה אצל אחין (שלא יטול פי שנים בכל הנכסים במקום שיש ב' וג' אחים מלבדו)... **עפ"י פסקו רמב"ם (נחלות ב א) טושו"ע**, שהבכור שהניח אביו בנים מרובים ומועטים נוטל פי שנים בנכסי אביו כאחד מן הבנים, וכדוגמת הרשב"ם.

רק"א הביא משלטי"ג (כתובות יט. אות ו בשם קונטרס הראיות) שבני אישה שכתובתה מרובה והיה אחד מהם בכור לאביו אינו נוטל פי שנים בנכסי אמו בכתובתה אלא רואים כאילו חולקים כל בני אביו כל הנכסים שהניח אביהם בשווה ובהם נוטל זה חלק בכורה כחלק א' מהאחים.

סעיף ב

אלו שני חלקים נוטל אותם כאחד במצר אחד.

ב"ב יב: "אמר רב הונא ברי' דרב יהושע: פשיטא, חלק בכור וחלק פשוט (שהבכור נוטל) - יהבינן ליה אחד מצרא". ומו שהתבאר בסימן קעד (טור ה שו"ע ב).

סמ"ע (ג) הביא ששם הטור והרמ"א כתבו ע"פ הרא"ש **שהיינו דווקא שהיו החלקים שווים** ולא היה לפשוט שדה במיצר אלו השדות עיי"ש.

ערוה"ש (א) כתב ששני אחים אחרים שרצו ליטול במצר אחד האחרים יכולים למחות.

סעיף ג

בכור שנולד אחר מיתת אביו אינו נוטל פי שנים. ואם יצאה פדחתו בחיי אביו, אף על פי שלא יצא כל ראשו לאויר העולם אלא לאחר מיתת אביו, הרי זה נוטל פי שנים. (י"א דאם נולד כשהוא גוסס אינו נוטל פי שנים) (נ"י בשם התוספות).

1. בכור שנולד לאחר שמת אביו – אינו נוטל פי שנים.

ב"ב קמב: ונידה מד: "אמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא: בכור שנולד לאחר מיתת אביו - אינו נוטל פי שנים, מאי טעמא? **יכיר אמר רחמנא, והא ליתא דיכיר.** והלכתא ככל הני לישני דאמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא". רשב"ם: "יכיר בעינן - וכיון דנולד בחייו אפילו לא ראהו אביו ולא הכירו מימיו הואיל וראוי להיכרא אין היכרא מעכבת בו כדרי זירא דכל הראוי לבילה כו' (לעיל פא:) בפר"ח".

איך יש מציאות של בכור שנולד לאחר מיתת אביו שיש לו עוד אחים? א. מת והניח אשתו מעוברת וילדה תאומים. ב. מת והניח שתי נשיו מעוברות; סמ"ע בשם הרשב"ם והטור.

2. בכור שיצאה פדחתו בחיי אביו – נוטל פי שנים. **מה הדין כשיצאה רוב פדחתו?** טור, סמ"ע – רובו ככולו ואף שעדיין אין כאן הכרה גמורה, אך כיון שנחשב כילוד הרי הוא בכלל בר הכרה. בדק הבית, ב"ח, רק"א, שב שמעתתא – אינו נוטל פי שנים, וט"ס הוא בטור דלא מהני רוב כיון שאינו בר הכרה.

בכורות מו: "אמר רבי שמעון בן לקיש: פדחת (מצח) פוטרת בכל מקום, חוץ מן הנחלה, מאי טעמא - יכיר אמר רחמנא (ואין הכר אלא בפרצוף פנים). ור' יוחנן אמר: אפי' לנחלה". **פסקו הרמב"ם (נחלות ב ב), הרא"ש (ח א) וטושו"ע כר"י**

וכתב המ"מ שידוע שהלכה כמותו כנגד ר"ל (יבמות לו. אמר רבא וכו'). כתב ב"י שלמרות שר"י דיבר בעניין אחר יש ללמוד משם לכאן. הב"ח פירש שהם נחלקו בילד הבא אחר זה שהוציא הפדחת אם הוא בכור לנחלה, וכיון שקי"ל כר"י שמהוציא פדחת בלבד והחזירו ויצא אחיו הראשון הוי בכור לנחלה ממילא ודאי שבהוציא פדחת בחיי האב הרי הוא כילוד שקרינן ביה יכיר שראוי להכרה.

הרמב"ם ושו"ע כתבו יצאה הפדחת, משמע כולה. **הטור והלבוש** כתבו יצאה רוב הפדחת. **הבדק הבית** כתב שהטור לא דקדק דמדברי הרמב"ם משמע שצריך שתצא כולה. **הסמ"ע** (ו) נימק דעת הטור שרובו ככולו ונחשב על ידו כאילו יצא ראשו והוי כילוד כולו. ואף שביציאת הפדחת אין הכרה גמורה מ"מ כיון שהוי כילוד הוי ג"כ כאילו הכירו. **הב"ח** כתב מהגמ' שכתבה פדחתו משמע שצריך כולו כרמב"ם. ונראה למחוק מילת "רוב" בטור, וכן משמע מסופו "אע"פ שלא יצא כל ראשו לאויר העולם" שכל ראשו לא צריך אבל פדחת כולה נצרכת, **שברוב פדחת אין היכר כיון שאין רוב ראשו** שפדחת כולה הוי רוב ראשו כמ"ש בסמוך. וכן שנוי **בנידה כח**. בד"ה **בנידה** לידה: "יצא כדרכו- עד שיצא רוב ראשו. ואיזהו רוב ראשו- משיצא פדחתו". **מיהו בכט**. **בביתא** "תניא... ואיזה רוב ראשו? רבי יוסי אומר: משיצא צדעיו. אבא חנן משום רבי יהושע אומר: משיצא פדחתו. וי"א: משיראו קרני ראשו". ופירש רש"י: "קרני ראשו. גובה ראשו שאצל העורף". (לגבי טומאת נידה כתב הרמב"ם אף יצאה רוב פדחתו והסביר **הב"ח** (יו"ד קצד כה) שסבר כ"א שרוב פדחתו הוי כילוד ולא צריך רוב ראשו אלא קרני ראשו בלבד ופסק לחומרא לעניין טומאת לידה, אבל לגבי בכור לא מצאנו מח' ולכן צריך פדחתו כולה. והטור סבר שה"ה גם בבכור, אבל במחוקת שם פסק כר' יוחנן שצריך ראשו דהיינו רוב ראשו דהיינו כל פדחתו. ולא כב"י שכתב שרוב פדחתו היינו רוב ראשו. ובשו"ע שם פסק משתצא פדחתו כנראה שסבר שברמב"ם טעות סופר הוא). **רעק"א והפת"ש** (א) הביאו **שהשב שמעתתא** (ז טו) כתב שנראה כב"ח שמחק מילת "רוב" ע"י"ש שהוכיח מתוס'.

3. מה דין גוסס? רמ"א בשם י"א – אינו נוטל פי שנים. ועפ"י צריך לומר שיצאה הפדחת היינו כשלא היה אביו גוסס ומת פתאום; סמ"ע.

נמו"י (סו. בדפ"ה יכיר) כתב, שתוס' דקדקו מדנקט מטעם יכיר ולא מ"וילדו" כדלעיל שבא למעט נולד כשהוא גוסס שאינו בר היכירה, שאילו מ"וילדו" הרי קרינן ביה "וילדו לו" אף בגוסס כיון שהוא כחי לכל דבריו. אך מפני שרוב גוססים למיתה נקט לאחר מיתת אביו, וכ"כ הראב"ד בשם רש"י. וכ"פ הרמ"א.

סעיף ד

בכור שנולד טומטום ואחר כך נקרע ונמצא זכר, אינו נוטל פי שנים. וכן (בן פשוט שנקרע ונמצא זכר) אינו ממעט בחלק בכורה, שנאמר: וילדו לו בנים עד שיהיה בן משעת לידה. כיצד אינו ממעט בחלק בכורה, הרי שהיה לו בן בכור ושני פשוטים וזה הטומטום שנקרע ונמצא זכר, הבכור נוטל רביע הממון [בחלק הבכורה] וכאילו אין עמו אלא שני פשוטים בלבד, והשלשה רביעים הנשארים חולקים אותו שני הפשוטים עם הנקרע ועם הבכור בשוה.

טומטום שנקרע ונמצא זכר, ואם לא נקרע אינו נוטל כלום דהזכרים דוחים אותו אצל הנקיבות והמע"ה:

1. אם הוא בכור – אינו נוטל פי שנים.

2. אם הוא פשוט – אינו ממעט חלק בכורה, וכגון שהם ד' אחים הבכור נוטל רבע בחלק בכורתו, ואת ג' הרבעים האחרים חולקים ארבעתם בשווה. וביאר ערוה"ש שגז"ה"כ היא רק לגבי חלק בכורה, אך לא לגבי חלקו כפשוט, ולכן את חלקו כפשוט הוא כן ממעט.

ב"ב קנו:-קנז. "אמר ר' אמי: טומטום שנקרע ונמצא זכר - אינו נוטל פי שנים, דאמר קרא: והיה הבן הבכור לשניא (פס' מיותר), עד שיהא בן משעת הויה (לידה)... אממר אמר: (אם היה פשוט) אף אינו ממעט חלק בכורה, שנא': וילדה לו בנים (והיה הבן הבכור), עד שיהא בן בשעת לידה".

הטור כתב שבכור שנולד טומטום ואח"כ נקרע ונמצא זכר אינו נוטל פי שנים שצריך שיהיה זכר מלידה. **הפרישה** כתב שמלשון משמע שלמד מהפס' "וילדה לו בנים" אבל זה אינו שמשם למד אממר שאינו ממעט חלק בכורה. **הב"ח** כתב שהטור הבין כרשב"ם ששעת הויה היא שעת לידה. אך **ברמב"ם** (נחלות ב ג) **סמ"ג** (עשה צו יעוד מכאן) **ושו"ע** משמע שמ"וילדו לו בנים" נלמד בין לבכור בין לפשוט (שלא מעט חלק בכורה) עד שיהא בן משעת לידה וגם עליהם **הסמ"ע** (ח) העיר כנ"ל. **ובהגהות והערות** (יב) כתב שכיון שאממר למד חלק הפשוט שלא ממעט חלק בכורה מ"וילדו" הבין הרמב"ם שאת שני הדינים למד מכאן והלכה כמותו.

סעיף ה

קטן בן יום אחד ממעט בחלק בכורה, אבל לא העובר. ובן שנולד אחר מיתת אביו אינו ממעט בחלק בכורה.

1. קטן בן יום אחד ממעט בחלק בכורה, אבל עובר ובן שנולד לאחר מיתת אביו אינם ממעטים בחלק בכורה.

ב"ב קמב: ונידה מד: "מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא אמר: לומר, שממעט בחלק בכורה. ודוקא בן יום אחד, אבל עובר לא, מ"ט? וילדו לו אמר רחמנא, דאמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא: בן שנולד לאחר מיתת אביו - אינו ממעט בחלק בכורה, מ"ט? וילדו לו אמר רחמנא, והא ליכא וכו'. והלכתא ככל הני לישני דאמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא". וכ"פ **רמב"ם** (נחלות ב ה) **וטושו"ע**.

נולד מת: הטור דן בדין שהאח שנולד ביום מיתת אביו מת ואיך חולקים בנכסיו. **הפרישה** כתב שסירכא דגמי' נקט שזה הנושא בתחילתה אף שאינו עניין לסעיפנו. **ועוד אפשר שבא להשמיענו ששעה אחת מעלה ומורדת בדין נחלה ואם היה בעולם רק שעה בפני אביו אע"פ שמת מיד אחר מיתת אביו הוא ממעט בחלק הבכורה** וכ"כ **הסמ"ע** (יא).

ספק נפל: ערוה"ש (ג) כתב שכשברור שלא כלו לו חודשיו אינו ממעט בחלק בכורה אף בחי קצת בחיי אביו שכנפל בעלמא הוא, אך אם היה ספק אם כלו חודשיו או לא ממעט אף לדעת הראב"ד שבהמשך מפני שהם וודאיים בחלק פשיטותם והוא בחלק בכורתו בערך זה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי.

סעיף ו

הבא אחר נפלים, אף על פי שיצא ראש הנפל כשהוא חי, הבא אחריו בכור לנחלה. וכן בן ט' שיצא ראשו מת, הבא אחריו בכור לנחלה, שזה שנאמר: ראשית אונו הוא שלא נולד לו קודם לזה [ילד] שיצא חי לאויר העולם. לפיכך בן ט' שהוציא רוב ראשו חי, הבא אחריו אינו בכור.

1. **כאשר הוציא הנפל ראשו בחיים, ואח"כ נולד אחיו** – הרי הוא בכור לנחלה, ולא לכהן, דראשית אונו כתיב מי שאביו אונו על מיתתו לאפוקי נפל.

בכורות מו. "מתני'. איזהו בכור לנחלה ואינו בכור לכהן? הבא אחר נפלים, אע"פ שיצא את ראשו חי (כגון תאומים והוציא נפל ראשו חי והחזירו ובא חברו שכלו לו חודשיו וקדמו ויצא האחרון בכור לנחלה שראשון לא הפסידו ואע"ג שראשו שהוציא חשוב לידה, שגבי נחלה כתיב ראשית אונו מי שלב אביו דווה עליו כשמת [נדה כג:]: יצא נפל שהוציא ראשו אף שהיו כילוד כיון שאינו בר קיימא ואין לבו דווה עליו, ולענין כהן פטור האחרון שבפטר רחם תלוי והראשון פטר הרחם), ובן תשעה שיצא ראשו מת (והחזירו ויצא אחיו הוי בכור לנחלה שהראשון לא נחשב שאין לב אביו דווה עליו ולענין כהן פטר רחם הוא). וכ"פ **הרמב"ם** **והשו"ע**. **הטור** השמיט את המקרה השני **והב"ח** השלימו ע"פ הגמ' ורמב"ם.

מה הדין כשנולד הנפל לגמרי, קודם שנולד אחיו? סמ"ע, ב"ח, ש"ך, ט"ז, שער המשפט, ערוה"ש – הבא אחריו הרי הוא בכור לנחלה. שארית יוסף – אינו בכור לנחלה, דדוקא כשהוציא ראשו אמרינן הכי, אך לא כשנולד כולו. חת"ס – השתדל שהאבות יתפשו ע"פ בנם זה בחייהם.

הדרישה כתב שלכאוי' ביצא כל הנפל אין הבא אחריו בכור לנחלה. (ראיות: 1) במו: שמואל רצה לומר שראשו לאו דווקא אלא אף רובו של נפל יצא, ובגמ' דחו דבריו. משמע דווקא ראשו נאמר אך אם נולד כל הנפל הבא אחריו אינו בכור לנחלה. (2) משמע **מרש"י** שהעמיד המשנה בתאומים ולא פירש שנולדו זה אחר זה, משמע שאם יצא כולו סבר שלא הוי בכור. (3) מדין מפלת כמין בהמה כו' משמע דווקא ככה"ג הוי הנוול אחריהן בכור לנחלה, הא הבא אחר נפל גמור אינו בכור לנחלה. **וכ"כ שארית יוסף** (סימן כה, הובא בט"ז) מכך שהמשנה לא הביאה רבותא שאפילו נולד כל הנפל ואח"כ נולד שני שהיו בכור לנחלה והעמידה באופן דחוק כמ"ש רש"י אלא משום שדווקא בהוציא ראשו הוי השני בכור לנחלה. וכן סיפא היה למשנה להשמיענו בנפל בכור. ואין לומר שהתנא לרבותא לענין בכור כהן אף שראשון לא יצא כי אם ראשו, שהרי התנא בא ללמדנו על הרבותא של בכור לנחלה שכתב אע"פ שיצא ראשו חי מ"מ הבא אחריו הוא בכור לנחלה וא"כ היה לו לשנות בזה רבותא טפי. ואפילו נאמר שאינו דקדוק, הרי **הרמב"ם** **וטור דברו רק בבכור לנחלה ואעפ"כ כתבו בזה שיצא הראשון ראשו בלבד**. וכן משמע **מנמו"י** (ב"ב נו. תנן) שדיבר בנפל שאין ליבו דוה עליו שלא יצא חי לאויר העולם וכתבו המפרשים שם יצא כל הולד חי לאויר העולם ראשית אונו קרינן ביה.

אך דחאו הדרישה, שהטעם של אין ליבו של אביו דווה עליו נכון גם כאשר נולד כולו. והגמ' שדחתה דברי שמואל אינה ראייה כיון ששמואל רצה לומר שבכה"ג נחשב אף בכור לכהונה, ולגבי זה דחתה הגמ'. וכן רש"י שדיבר בילדה תאומים משום דין "ואין בכור לכהן" נקט ליה וקמ"ל רבותא ככה"ג שאפילו לא הוציא אלא ראשו הבא אחריו אינו בכור לכהן. וכן הא דקתני המפלת כמין בהמה כו' נמי משום בכור לכהן נקט ליה. **והאריך בתשובה בויכוח עם שארית יוסף ומהר"ל עי"ש**. **ובסמ"ע** (יג) הוסיף שכן משמע, שהרי בסע' ג הדין שיצא רוב פדחתו הוי כילוד וא"כ ה"ה כל ראשו ואפילו כולו שהיו כילוד ואעפ"כ לא פגע בבכור לנחלה. וכ"כ **הב"ח** משום הטעם שבגמ' (נדה כג:) שנקטו ראשו משום בכור לכהן ובוזה דלא כשמואל. **הט"ז והש"ך** (א) **הסכימו לסמ"ע וב"ח**, וכתבו שכ"כ רש"י בחולין סח. אע"פ שיצא. וכן הסכימו **שער המשפט** (א), פת"ש ג) **וערוה"ש** (ה). **החת"ס** (ח"ד, אבן העזר ח"ב קסא, פת"ש ג) כתב שעשה סמוכים לדעת השארית יוסף ולמעשה השתדל עם האבות שיתפשו בחייהם ע"פ בנם זה הספק בכור.

דין זה הוא רק בנפל ודאי, אך בספק נפל – לא; פת"ש (ג) בשם שער המשפט. ולכן אשה שילדה ולד חי לסוף ט' חדשים מטבילתה, אע"פ שמת באותו יום שנולד, וכ"ש אם מת בתוך ל' יום – הבא אחריו אינו בכור כלל, דאזלינן בתר רוב נשים דולד מעליא ילדו, וכן מוכח באה"ע קנו שבכה"ג פוטר את אמו מהחליצה ומהייבום דבר תורה. השער המשפט הוסיף שאף הסמ"ע והש"ך לא חלקו על השארית יוסף בדין זה, אלא שמתוך דבריו כתב שאף בודאי נפל הדין כן, ולכן חלקו. וכן כתב הט"ז שבמקרה בו דן השארית יוסף דינו אמת, כיון שסתם תינוק שמת בתוך ל' יום אינו בחזקת נפל, דבעינן לידע בודאי שלא כלו חדשיו ושלא נגמרה צורתו, אך כל שלא ראינו ריעותא אינו בחזקת נפל, ואזלינן בתר רוב שאינם נפלים, דרק לענין אבילות הקלו מספק. ועוד שלא יהא אלא ספק נפל, הבא אחריו אינו בכור. רעק"א הביא שמהריב"ל הסתפק האם בסתמא אמרינן שאינו נפל, או לא. וכתב שמדברי השארית יוסף הנ"ל נראה שבסתמא העמידו בחזקת נפל (ודלא כפת"ש והט"ז), אך לדידו נראה כדבריהם שבסתמא אזלינן בתר רובא ולא הוי נפל, ולכן אם נשאת לכהן בכה"ג אינה זקוקה לחליצה.

2. בן ט' שהוציא רוב ראשו חי ומת – הנולד אחריו אינו בכור.

רש"י דקדק שאם יצא ראש בן ט' חי ואח"כ החזירו ומת הבא אחריו אינו בכור לנחלה. **הרמב"ם וסמ"ג** (עשין צו. יכי הוא') כתבו שבן ט' שהוציא רוב ראשו חי הבא אחריו אינו בכור. **הב"ח** כתב שמקורם **בנידה כח**. "יצא כדרכו – עד שיצא רוב ראשו. ואיזהו רוב ראשו? משתצא פדחתו". אלמא שברוב ראשו מחשיבים אותו כילוד והיינו משתצא כל פדחתו. **ובטור** שלא כתב כך יש לגרוס את המילה רוב שהשתרבה לפני כן כאן ואז הוא כרמב"ם. וכן הסכים **הפרישה** כמ"ש בסעיף ג, והוסיף או שמדובר כשנמצא אח"כ מת שאם לא שהוציא כל ראשו א"א להכיר ולעמוד על הדבר שהוא חי בבירור לכן כן צריך את כל ראשו. **הגר"א** (ב) הוכיח כן מע"ב: 1) "בן תשעה שיצא ראשו מת, טעמא – דראשו מת, הא ראשו חי – הבא אחריו בכור לנחלה נמי לא הוי". 2) "הא נמי תנינא: יצא כדרכו – משיצא רוב ראשו, ואיזהו רוב ראשו – משתצא פדחתו!... אמר רבי שמעון בן לקיש: פדחת פוטרת בכל מקום, חוץ מן הנחלה, מאי טעמא – כיכר אמר רחמנא. ור' יוחנן אמר: אפי' לנחלה". וכר"י נפסק בסעי' ג.

3. המפלת כמין בהמה חיה ועוף, אע"פ שנולד לט' חדשים – הרי זה נפל גמור, והבא אחריו הרי הוא בכור. ועוד מדיני נפלים.

בבכורות מו. במשנה "איזהו בכור לנחלה ואינו בכור לכהן... המפלת כמין בהמה חיה ועוף – דברי ר"מ, וחכ"א: עד שיהא בו מצורת אדם". רש"י: "המפלת בהמה כו' – למיפטר מנחלה לא חשיבי דאין הלב דוה עליהם אבל פטר רחם מיהא הוו. עד שיהא בו מצורת האדם – לא חשיב פטר רחם והבא אחריו בכור אף לכהן". **יוצא מרש"י שלכו"ע לעניין בכור לנחלה אף שיש בו צורת אדם אינו מפסיד לבא אחריו. וכ"פ הטור.** **הב"ח הוסיף שכאן מדובר אפילו בבן 9 חודשים ויצא ראשו חי הנולד אחריו בכור לנחלה**, שאל"כ כבר אמר כן קודם ולא הוצרך לדין זה והלשון מפלת לפי שאינו מין אדם לא שייך בו לשון לידה (והעיר שבס"א בטור "אפילו שיש בחציים צורת אדם" וכן הוא ביו"ד קצד בדין טומאת לידה ובס"י שה לגבי פדיון בכור ופשוט שאם היה בכולו אין זה מפלת כמין בהמה וכו' בע"כ שאין צורת אדם אלא במקצת).

בבכורות מו. במשנה "המפלת סנדל (שאינו לו צורת פנים) או שליא (שאינו שליא בלא ולד אלא שנימוח) או שפיר (עור הולד ממש) מרוקם (ע"י נדה כה מה ריקומו של שפיר), והיוצא מחותך (איברים איברים) – הבא אחריהם בכור לנחלה ואין בכור לכהן (שהיו פטר רחם)". **ובמז: במשנה** "אי זהו בכור לנחלה ולכהן: המפלת שפיר מלא מים, מלא דם, מלא גניין (גוונים). המפלת כמין דגים וחגבים שקצים ורמשים (לאו וולד הם וכמפורש בנדה כב: שלא נאמרה בהן יצירה כבאדם), והמפלת ליום ארבעים (שנתעברה דמיה בעלמא הוא עד למחר שמי' יום הוי יצירת הוולד) – הבא אחריהם בכור לנחלה ולכהן". **הטור הביא דין שני בלשון ואין צ"ל, והפרישה הסביר שמה שהביאה משום שבמשנה נשנה לרבותא שאפ"ה הוי בכור לכהן.**

הרמב"ם השמיט דינים אלו שהביאם הטור, והסביר הב"י שכל אלו בכלל נפלים ונכללים בדבריו שהבא אחר הנפלים אפילו יצא ראש הנפל חי הבא אחריו בכור לנחלה. וכן בשו"ע הביא רק הדין הקודם.

סעיף ז

יוצא דופן והבא אחריו שניהם אינם בכורים, הראשון לפי שלא נולד, ונאמר: וילדו לו בנים; והשני שהרי קדמו אחר.

בבכורות מז: במשנה "יוצא דופן והבא אחריו – שניהן אינן בכור לא לנחלה ולא לכהן, ר"ש אומר: הראשון – לנחלה, והשני – לחמש סלעים" ובגמ' "ראשון לנחלה לא – וילדו לו בעינן (צריך שיגיע בדרך לידה שהוא מהרחם)... שני לנחלה לא – ראשית אונו בעינן (שהראשון היה בן קיימא שלב אביו דוה עליו ולכן שני אינו בכור לנחלה, סמ"ע יד)... ר"ש לטעמיה, דאמר: תלד – לרבות יוצא דופן". **וכתב ב"י שידוע שהלכה כת"ק. וכ"פ הרמב"ם והשו"ע.**

סעיף ח

בכור לנחלה הוא הנולד לאב ראשון, שנאמר: כי הוא ראשית אונו, ואין משגיחין על האם, אפילו ילדה כמה בנים, הואיל וזה ראשון לאביו יורש פי שנים.

בכורות מז. "מי שלא היו לו בנים, ונשא אשה שכבר ילדה... בכור לנחלה (שלענין נחלה תלוי הדבר באב שכתוב "ראשית אונו")... מי שהיו לו בנים ונשא אשה שלא ילדה... אינו בכור לנחלה". וכ"פ **רמב"ם** (נחלות ב ט, חצי ראשון) **וטושו"ע** שהבכורה לענין נחלה תלויה באב שהנולד לו ראשון הוא הבכור.

סעיף ט

היה לו בנים כשהיה עובד כוכבים ונתגייר, אין לו בכור לנחלה. אבל ישראל שהיה לו בן מהשפחה או מהעובדת כוכבים, הואיל ואינו קרוי בנו, הבא לו אחריו מהישראלית בכור לנחלה ונוטל פי שנים.

1. גוי שהיו לו בנים ונתגייר – אין לו בכור לנחלה.

בכורות מז. ויבמות סב. "איתמר, היו לו בנים בהיותו עכו"ם ונתגייר, רבי יוחנן אומר: אין לו בכור לנחלה, ור"ש בן לקיש אומר: יש לו בכור לנחלה. ר"י אומר: אין לו בכור לנחלה - דהא הוה ליה ראשית אונו (שגם לגויים יש יחס כמו במלכים ב כ יב: "מרודך בלאדן בן בלאדן" עיי' ביבמות), ורשב"ל אומר: יש לו בכור לנחלה - גר שנתגייר כקטן שנולד דמיו". ב"י - ידוע שהלכה כר"י וכ"פ **רמב"ם** (נחלות ב יב) **טושו"ע**. **הסמ"ע** (טו ובפרישה) **והט"ז** כתבו שרבותא שאף שהם נזרעו ונולדו בהיותו גוי אפ"ה הבא אחריהם שנזרע ונולד ביהדות אינו בכור לנחלה. **ובריש סימן ער"ה התבאר שבן הנזרע בגיותו אע"פ שנולד ביהדות אינו בר ירושה ומכ"ש שאינו נחשב בכור.**

ערוה"ש (ז) כתב שנראה שאף לרמב"ם שמצריך לענין קיום פריה ורביה (גם מחי' ר"ל ור"י) שגם בניו יתגיירו ואם נתגייר לבדו לא קיים פו"ר כמ"ש בסי' א', מ"מ לענין לסלק מבכורה מודה שאף שנתגייר לבדו אין הנולד בגירותו בכור לנחלה, וכ"מ מלשונו דבפ"ב מנחלות שלא כתב ונתגיירו כמ"ש בפט"ו מאישות.

גוי שהיו לו בנים מישראלית, ונתגייר ואח"כ נולד לו בן – הרי הוא בכור לנחלה, כיון שבנו מישראלית אינו בנו כלל, אלא הרי הוא יהודי, נתיבות וערוה"ש.

2. ישראל שהיו לו בנים משפחה או מגויה – אינם בניו, ואם נולד לו אח"כ בן מישראלית הרי הוא בכור.

יבמות כב. איתא: "ובנו לכל דבר, חוץ ממי שיש לו בן מן השפחה ומן העכו"ם". **כב:** המקור לשפחה: "מ"ט: אמר קרא: האשה וילדיה תהיה לאדוניה". **ובבב.** לעכו"ם: "א"ר יוחנן משום רשב"י, אמר קרא: כי יסיר את בנך מאחרי, בנך מישראלית קרוי בנך, ואין בנך הבא מן העכו"ם קרוי בנך אלא בנה".

בכורות מז. "מתני'... מי שלא היו לו בנים, ונשא... שפחה ונשתחררה, עודה עכו"ם ונתגיירה, משבאת לישראל ילדה - בכור לנחלה... נתגיירה מעוברת, נשתחררה מעוברת וילדה... אינו בכור לנחלה". וכך פסקו **רמב"ם** **וטושו"ע** שישראל שהיה לו בן מן השפחה או הגויה כיון שאינו קרוי בנו ואין לו יחס כלל הבא לו אחריו מהישראלית בכור לנחלה ליטול פי שנים. **המ"מ** העיר שבגמ' לא רצו לפרש כך פשט המשנה שישראל בא על השפחה או על הגויה וכר"י שהיו איסור.

סעיף י

היה הבכור ממזר, נוטל פי שנים, שנאמר: כי את הבכור בן השנואה יכיר זו ששנואה בנישואיה; ואין צריך לומר אם היה בן גרושה או בן חלוצה.

1. היה הבכור ממזר, כלומר שנולד מחייבי כריתות שאין קידושין תופסים בהם, נוטל פי שנים; וכ"ש אם היה בן גרושה או חלוצה, שהרי קידושין תופסין בהם.

יבמות כב. "מי שיש לו בן מכל מקום... ובנו לכל דבר חוץ ממי שיש לו בן מן השפחה ומן העכו"ם". ובעמוד ב "מכל מקום לאתווי מאי? אמר רב יהודה: לאיתווי ממזר. מאי טעמא? דאמר קרא: ובן אין לו, עיין עליו". ולגבי 'לכל דבר' אמרו על הרישא: "למאי הלכתא? לירשו וליטמא לו". ומסתמא ה"ה לכאן. כתב **הב"י** שכיון שאמרו סתם לירשו הוי לכל דיני ירושה ואף לבכורה.

מניין למדו דין זה? הרמב"ם כתב שלמד זאת מ"כי את הבכור בן השנואה יכיר, זו ששנואה בנישואיה" **בלבוש** כתב שעבר איסור בנישואין ולא היה לנושאה מחמת האיסור. **הסמ"ע** (יז) כתב שיותר נראה מצד שלא תופסים בה קידושין. **הפרישה והב"ח** הסבירו שהרמב"ם בא לומר שלא תאמר שהפס' עוסק רק בחייבי לאוין אבל בחייבי כריתות ומיתות לא, שהפס' אמר סתם בשנואה. **הלח"מ** הקשה שבכך. נאמר "אמר רב פפא: חייבי לאוין תפשי בהו קדושין, דכתיב: כי תהיין לאיש שתי נשים האחת אהובה והאחת שנואה, וכי יש אהובה לפני המקום, ויש שנואה לפני המקום? אלא, אהובה - אהובה בנישואיה, שנואה - שנואה בנישואיה, ואמר רחמנא: כי תהיין...". **משמע** שהפס' לא דיבר אלא בבת הויה אבל ממזר שהוא מחייבי כריתות שלא תופסים בהם קידושין אינו נלמד מהפס'. ואע"פ שהוכרח לדין זה מהגמ' שהביא הב"י אעפ"כ הפס' שהביא קשה, ואם כבר נלמד מהפס' "ערוות אחותך" אע"פ שהיא מחייבי כריתות קרי ליה אחותך. ונראה שוודאי למד מהפס' שהביא הב"י אלא שרצה לסומכו על פס' והביא ראיה ודייק ממה שכתוב "בן השנואה" פעם שניה

שהיה לו לכתוב את הבכור יכיר למה אמר בן השנואה לרבות ממזר שחייבי כריתות לא תפסי בהו קידושין ולא נלמד מראש הפס' שאמר כי תהינה. ומ"מ דחוק הוא שלא היה לרבינו לדרוש דרשה שלא נמצאת בגמ' שמשמע אפילו מחייבי כריתות (ערוה"ש ח כתב שאין לומר שמה שכתבה התורה בן השנואה פירושו שאביו אינו אוהבה שפשוט שבוה לא הוצרכה לפרש שלא יעלה על הדעת שבשביל שאינו אוהב את אמו יסתלק מבכורתו ועוד שא"כ היה לתורה להשימיענו יותר כששונא את הבכור עצמו אלא ודאי שעל איסור הנישואין דברה התורה). הגר"א (ד) תרץ שצריך להקדים את המילים ואין צריך לומר בן גרושה/חלוצה ועל זה קאי הפס', אמנם אז יוצא שהרמב"ם לא הביא פס' לדין ממזר וא"כ קצת קשה על הכ"ש שלזה מקור ולזה אין מקור, אמנם מבחינה דינית הוא כ"ש.

בדרי משה כתב שזה דלא כשלט"ג (יבמות יט: אות ב) שהסתפק בבן הבא אחר הממזר אם הוי בכור לנחלה משמע שפשוט לו שהממזר עצמו אינו בכור. **ובפנים יפות** (דברים כא טו, רעק"א) כתב שאינם חולקים שהרמב"ם מדבר שנשא ממזרת שתופסים בה קידושין והולד הולך אחר הפגום והוא גם ממזר, והשלט"ג דיבר בממזר שהוא מצד שבא על הערוה שאינו בכור לנחלה ומה שאמרו בגמ' שהוא בן לירושה היינו כפשוט ונושא הפס' "לא יוכל לבכר" דהיינו דין בכורה שבן האהובה יקבל פי שנים ולא בן השנואה ואח"כ יכיר דהיינו אפילו לתת לשניהם כפשוט אינו יכול, וזה דווקא בחייבי לאוין אך לא בחייבי כריתות שבהם יכול אף לבכר את בן האהובה וכדנפסק ברפא שאפשר להוסיף על חלק הפשוט, רק בחלק בכורה א"א לפגוע אבל כאן שאין בכורה אפשר. א"כ לדבריו יש חילוק בין ממזר הבא מן הממזרת שהוי איסור לאו לבין ממזר הבא מאיסור עריות שהוי איסור כרת! (ע"ע מהרי"ט אלגזי בכורות אות סד 'ואולם' ביאר ספק השלט"ג וכתב שמירי בממזר שלא ידוע).

סעיף יא

מי שנסתפק לנו אם הוא בכור או פשוט, כגון שנתערב עם אחר, אינו נוטל פי שנים. וכיצד עושין, אם הוכרו ולבסוף נתערבו כותבים הרשאה זה לזה ונוטלים חלק בכורה; ואם לא הוכרו, כגון שילדו במחבוא אחת, אין נוטלין חלק בכור. הגה: ספק בן ט' לראשון או בן שבעה לאחרון, אינו יורש אחד מהן, והבא אחריו אינו נוטל חלק בכורה אפילו בהרשאה מן הספק (טור).

1. ספק בכור – אינו נוטל פי שנים.

א. כאשר התערבו ב' ילדים שא' מהם ודאי בכור אלא שאיננו יודעים מי הוא:

אם היה ידוע בתחילה מי הבכור, ולאחר מכן נתערבו – כותבין הרשאה זה לזה, ונוטלין חלק בכורה וחולקין אותו ביניהם. אם לא היה ידוע מעולם מי הבכור, כגון שנתערבו בשעת לידתו – אין נוטלין חלק בכורה כלל.

ב"ב קנז. "אמר רבא, תניא... בכור ולא ספק... לאפוקי מאי (אי להוציא ספק בכור- פשוט שלא ייטול חלק בכורה אא"כ יביא ראיה לבכורתו)? לאפוקי מדדרש רבא, דדרש רבא: שתי נשים (של אדם אחד) שילדו ב' זכרים במחבא (ואין ידוע איזה קדם) - כותבין הרשאה זה לזה (ויבוא האחד לתבוע חלק בכורה מהאחים אם בכור אני תנו לי בשבילי ואם לאו תנו לי בשביל אחי שנתן לי חלקו ופסקנו לעיל יש לבכור קודם חלוקה ויכול למכור / לתת חלק בכורתו למי שירצה, ואע"ג שמן הדין יש לו, גז"ה ממעטת שלא יתנו לו חלק בכורה מן הספק וכדלקמן). א"ל רב פפא לרבא, והא שלח רבין: דבר זה שאלתי לכל רבתי ולא אמרו לי דבר, ברם כך אמרו משום ר' ינאי: הוכרו (בשעת לידה אע"ג ש) ולבסוף נתערבו - כותבין הרשאה זה לזה (שהוי ליה בכור ודאי שעה אחת והפס' לא בא למעט אלא מה שדומה יותר למעטו כגון שלא הוכרו כלל שהוי ספק בשעת לידה שכך משמע "והיה הבן הבכור" שיהא בכור משעת הויה ולא ספק ושמעין מכאן שכך הלכה, רשב"ם לבוש סמ"ע כא וערוה"ש ט. בפרשה ב"ח והט"ז למדו מהמילה "יכיר", לא הוכרו - אין כותבין הרשאה זה לזה! הדר אוקי רבא אמורא עליה ודרש: דברים שאמרתי לכם טעות הן ביד, ברם כך אמרו משום ר' ינאי: הוכרו ולבסוף נתערבו - כותבין הרשאה זה לזה, לא הוכרו - אין כותבין הרשאה זה לזה". **וכתבו הטור, הלבוש, והסמ"ע (כ)** שיחלקו ביניהם את חלק הבכורה שנוטל.

שאר זכויות: ר"י (מישרים נ"ג ח"ה יח ע"ג) כתב שכשלא הוכרו אין כותבים הרשאה זה לזה בחלק הבכורה, אבל בחלק הפשוט ובשאר זכויות כותבים הרשאה זה לזה אפילו לא הוכרו מתחילה. **הב"י** כתב שפשוט. **הב"ח** כתב שכיון שהדין נלמד מ"יכיר" (וה"ה מ"והיה הבן הבכור") זה לגבי חלק בכורה ולא לגבי חלק הפשוט. **הפרישה** כתב כגון שהיה בן ראובן פשוט ובן שמעון פשוט ונתערבו. והובא **בט"ז**.

טענת היורשים: הנהיבות (רעח ט, הובא בפת"ש ד) הקשה כיצד היורשים יכולים לדחותם ללא ההרשאה, הרי חלק זה בוודאי אינו שלהם, והספק הוא רק בין שני אלו בחלק זה, והיה לו לפסוק ביניהם יחלוקו או יהיה מונח ומה שייכות ליורשים בחלק זה. **אלא יוצא מכאן שחלק בכורה הוא כחיוב שהטילה התורה על היורשים לתת לו והוי היורשים כטוענים איני יודע אם נתחייבתי לך, ולכן יכולים לדחות.**

תאומים: ערוה"ש (ט) כתב שכ"ש אישה שילדה תאומים ולא הוכרו בשעת יציאתם מן הרחם לאם ולמילדת מי יצא ראשון שאין להם דין בכורה אף שאחד מהם ודאי בכור.

שליח בהרשאה: הקצות (א) כתב **שתוס'** (ב"ב 'מדדרש') הקשו לרב פפי שסבר שאין לבכור קודם חלוקה איך מועילה הרשאה, ותיצרו ששוויה שליח ע"ש. וכתבתי (קכג א) בשם **הרמב"ן** (מלחמות ב"ק כז:) שמצד שליחות לא מועיל, שאע"י ששליח אדם כמותו מ"מ מצי אמר לאו בעל דברים ידידי את. ושורש הרשאה ע"ש.

ב. כאשר לא שהתה האם ג' חדשים אחר הבעל הראשון, והולד ספק בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון: אינו יורש אפי' אחד מהן, כיון שכל אחד דוחה אותו אצל השני, והמע"ה. והבא אחריו אינו נוטל חלק בכורה כלל, ואפי' אם יכתוב לו הרשאה; רמ"א בשם הטור, הרמב"ם השמיט דין זה וכתב בבדק הבית שטעמו מפני שזה בכלל הרישא, ולכן אף השו"ע השמיטו.

בכורות מו. במשנה "וכן מי שלא שהתה לאחר בעלה שלשה חדשים ונשאת וילדה ואינו ידוע אם בן תשעה לראשון אם בן שבעה לאחרון - בכור לכהן ואינו בכור לנחלה (שהרי לא יודע את מי יורש)". **ובמז:** "בכור לנחלה הוא דלא הוי, הא כפשוט שקיל! ואמאי? לזיל לגבי האי - ולידחיה, ולגבי האי - ולידחיה (שאין אתה בן אבינו והמע"ה)! אמר רבי ירמיה: לא נצרכא אלא לבא אחריו, וה"ק בכור לכהן, והבא אחריו - אין בכור לנחלה (שאומרים לו אחיו אותו ספק בן אבינו הוא ואתה אינך בכור) ולכתבו הרשאה להדדי (הספק והבא אחריו יכתוב האחד הרשאה לחברו על חלקו וילך ויתבע הבכורה ממ"נ אם אני בכור תנו לי בשביל עצמי ואם אחי בכור תנו לי בשביל אחי שהרי או הספק או הבא אחריו בכור)! וכי תימא מתני' שלא בהרשאה (והכי קאמר אם לא כתבו הרשאות אין כאן בכור לנחלה), הא מוקמינן לה קמן דבהרשאה (שאמר שמואל בבא בהרשאה, אלא ודאי הרשאה לא מהניא כלל הכא)! מסייע ליה לרבי ינאי, דא"ר ינאי: הוכרו ולבסוף נתערבו - כותבין הרשאה זה לזה, לא הוכרו ובסוף נתערבו - אין כותבין הרשאה זה לזה". **כ"פ רמב"ם** (נחלות ה' ג) לגבי ילד הספק **וטור ורמ"א** גם לגבי השני שאין לו בכורה. **בבדק הבית** כתב שדין זה שהשני לא הוי בכור לנחלה נלמד מהדין הקודם שכיון שלא הוכר הבכור אף לשעה אין כאן חלק בכורה, ולכן **הרמב"ם** (נחלות ב' ו, ה. ג. וכן **בשו"ע**) השמיטו משום שהוי כספק בכור ההוא. **הגר"א** (ה) ציין לגמ' שהביאה דין זה במפורש וכתבה שדין זה מסייע לרבי ינאי.

בכה"ג שאינו יורש אפי' כפשוט, אף תפיסה אינה מועילה. כ"כ בפרישה, וטעמו מפני שאינו יכול לטעון ברי. וכ"כ **בהגהות אשרי** (ב"ב ח טו, לא דיננו). וכ"כ **הט"ז** וכמו בספק בכור דתקפו כהן שמוציאים בב"מ 1: , **ערוה"ש** (ו) הוסיף שגם לרמב"ם שסבר שתקפו כהן אין מוציאים מידו (כמ"ש ביו"ד ס"י שט"ו) מודה שכאן מוציאים מפני שהם ודאי יורשים והוא ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי כספק ויבם בנכסי זקן (אה"ע ס"י קס"ג).

2. עדות מספר ומכת"י: בתשובות הגאונים (ב"י סע' יט) כתוב שהאומר לאחיו אני בכור והלה כופר (אולי נולד ולד מקודם שנולדת ומת, ערוה"ש יח) והביא הטוען כתב שכתוב בו נולד פלוני ד' לניסן (בד"מ ובסמ"ע יח סיוון, ובהגהות והערות מג כתב שנראה שיותר מדויק ניסן לפי חשבון הזמנים. ערוה"ש גרס סיוון שבכל מקרה לפי זה לא הספיקו להיוולד שניים) שנת י"ד, והוציא כתובת אמו והיה זמנה ב' בכסלו שנת י"ג, **אין סומכים על זיכרון זמן הלידה עם זמן הכתובה כי אינה צוואה** ואפשר שטעה או שחפץ לכתוב דבר שלא באמת. **הט"ז כתב** שנראה שמדובר בכתב של אחד שאינו אביו שאפשר שהכתיבה אינה בדקדוק, **אך הכותב זמן תולדות בניו לזיכרון, ודאי נסמך ע"ז לעניין ירושה ובכורה**, הלא מצינו (צא ד ברמ"א) שאדם יכול להישבע על מה שמוצא בפנקסו. וגם לא שייך הטעם שחפץ לכתוב מה שלא באמת, שרואים שנתכוון לכתוב זמן הלידה כדי שיוכל לידע אח"כ מתי תהיה הבר מצוה וזמן גדלותו לכל דבר. ועוד, שבסע' יב כתב שאביו נאמן לומר זה בכור אע"פ שאינו בכור ע"ש. והובא **ברעק"א**.

הגה"ת מהריק"ש (באר היטב יב בשם בני חיי) כתב שבנמצא כתוב בכת"י הניכר לבני"ד פלוני בני בכורי צ"ע אם יועיל, שמא כתבו בטעות כיון שלא שאלו אדם על זה. **ערוה"ש** (יח) כתב בזה שנוטל פי שנים, כט"ז.

סעיף יב

שלשה נאמנים על הבכור: חיה, אמו ואביו. חיה מיד, שאם אמרה: זה יצא ראשון, נאמנת. אמו, כל שבעת ימי הלידה, נאמנת לומר: זהו הבכור. אביו, לעולם. אפילו אמר האב על מי שלא הוחזק בנו כלל: בני הוא ובכורי הוא, נאמן. וכן אם אמר על המוחזק לנו שהוא בכור: אינו בכור, נאמן. הגה: מיהו אם אמר פעם אחת על אחד שהוא בכור, לא יוכל לומר אחר כך על אחר שהוא בכור (טור בשם הרמב"ן ובית יוסף בשם הר"ן ונ"י פרק י"ג).

1. שלשה נאמנים על הבכור: חיה, אביו ואמו.

קידושין עד. "אמר רב נחמן: שלשה נאמנים על הבכור, אלו הן: חיה, אביו, ואמו; חיה - לאלתר, אמו - כל שבעה (שעדיין אין אביו מכיר בו שלא יצא מתחת ידי אמו להיכנס לברית, מכאן ואילך מוטל על אביו להכירו כדכתיב יכיר), אביו - לעולם; כדנתיא: יכיר - יכירו לאחרים, מכאן א"ר יהודה: נאמן אדם לומר זה בני בכורי". (ערוה"ש יא כתב שמדובר כגון שהיו שני זכרים ואחד יצא ראשון או בן ובת והבן יצא ראשון שמי יעיד לנו על כך).

ב"ב קכח: איתא: "שלח ר' אבא לרב יוסף בר חמא: האומר על תינוק בין הבנים - נאמן; ורבי יוחנן אמר: אינו נאמן. מאי קאמר?... אמר רבא, הכי קאמר: האומר על תינוק בין הבנים בכור הוא - נאמן, כר' יהודה; ור"י אמר: אינו נאמן,

כרבנן... דרש מר זוטרא משמיה דרב שימי בר אשי: הלכתא בכל הני שמעתתא כדשלח ליה רבי אבא לרב יוסף בר חמא".
וכ"פ הרמב"ם (נחלות ב' ד) וטושו"ע.

א. נאמנות החיה: החיה נאמנת רק מיד.

חיה שיצאה וחזרה: הפת"ש (ה) כתב שאם יצאה וחזרה אינה נאמנת כמ"ש בקידושין עג', ובטור שכתב שאם יצא מתחת ידה אינה נאמנת, ובקרבן נתנאל (קידושין פ"ד יא אות ו בשם הר"י והטור, ותמה שהרא"ש והשו"ע לא הזכירו וכתב שאולי נכנס בדבריהם שכתבו "לאלתר" משמע שביצאה וחזרה לא וצ"ע). ערוה"ש (יג) כתב שהפוסקים השמיטוהו ואף שאפשר לומר שנכלל במה שכתבו נאמנת מיד היו צריכים לפרש ועוד שהרמב"ם באיסורי ביאה וטושו"ע באבה"ע לא כתבו גם לשון מיד. וטור כאן כן כתב, ואפשר שבאבה"ע כל זמן שלא קראו ערעור אפילו שלא מיד נאמנת אבל צ"ע למה. (ועיין ב"ש שם ס, בית מאיר בשם הר"י"ט שלהכיר מי יצא ראשון אינה נאמנת שלא מיד ולא ביחוס משפחה ע"ש, ובאה"ע ד מד בארתלי).

ב. נאמנות האם: האם נאמנת כל שבעת ימי הלידה, עד היום השמיני שאז מוציאו האב מרשות האם להכניסו לבית; סמ"ע ע"פ רש"י.

ג. נאמנות האב: האב נאמן לעולם, ומשמע אפי' תוך שבעה.

נאמנות האב כוללת ב' דברים:

א. לגבי השאלה האם הוא בכור או פשוט, דין זה נכון לכו"ע.

ב. לגבי השאלה האם הוא בנו או אחר, כן פסקו אליבא דהרמב"ם והרא"ש, לאפוקי משיטת הרשב"ם והתוס'.

א. נאמנות לומר שהוא בנו -

ב"ב קלד: שיטת הרשב"ם והתוס' שאינו נאמן אלא על המוחזק כבנו להחזיקו כבכור, אך אם אינו יודעים אם הוא בנו – אינו נאמן לומר שהוא בנו. לעומתם שיטת הרא"ש, הרמב"ן והרמב"ם שהנאמנות כוללת גם אמירה מי בנו, וכן פסק השו"ע.

סמ"ע (כד) דוקא כשלא מוחזק שהוא בנו – נאמן, אך אם מוחזק שאינו בנו – אינו נאמן, שהרי חזקה זו ממ"נ ע"י מי באה אם ע"י אביו שהיה רגיל לומר שאינו בנו הרי הטור בהמשך בשם הרמב"ן והרמ"א כתבו שכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואם ע"י עדים שהעידו שנולד מאשה אחרת או מאשתו ומאדם אחר ודאי בכה"ג ג"כ אינו נאמן להכחיש העדות, וכ"כ הט"ז. וערוה"ש (טז) הוסיף שאם היתה החזקה ע"י נשים או פסולי עדות נאמן האב להכחישם כיון שהתורה האמינתו.

הקצות (ב) הקשה מכתובות כה: "הרי שבא ואמר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה ואינו נאמן להשיאו אשה דברי רבי", ולמ"ד שהאב נאמן לומר בני זה בן גרושה וחלוצה בתורת יכיר, מדוע אינו נאמן להאכילו בתרומה ובתורת יכיר אף בלא מיגו! ולכן נראה כדעת הרשב"ם ותוס' דאב אינו נאמן בתורת יכיר אלא במוחזק שהוא בנו, ואינו נאמן להאכילו בתרומה אלא משום בידו כו'. וזה נראה לי טעמא ד"א שכתב בנמו"י שהולד ספק ממזר והאב אינו נאמן להכשירו כיון שאינו ידוע אם הוא בנו. וגם מה שנאמן לומר בני זה ממזר אינו אלא בבנו דוקא, וכמ"ש בשלטי"ג (קידושין לב). שאף כשהאמינתו תורה לאב לא האמינתו אלא כשאומר שהוא בנו אלא שנולד בפסול שאמו היתה אסורה עליו משום איסור אחר ושמה לא הכיר בה עד עתה, אבל אם אומר שאשתו זינתה תחתיו ומאחר נתעברה ואין זה בנו אינו נאמן עליו, שעל בנו האמינתו תורה ולא על שאינו בנו. וא"כ בין לפוסלו בין להכשירו אינו נאמן אלא בידוע שהוא בנו אבל להשוותו בנו אינו נאמן בין להכשר בין לפוסלו.

אך בירושלמי כתובות פ"ב ה"ז משמע שאף בידוע שהוא בנו גם אינו נאמן להכשירו לכהונה, "חד בר נש אתי לקמיה דרבי אמר ליה בני זה וכהן הוא, אמר ליה בנך הוא אלא שאינו כהן, אמר ליה ר' חייא אם מאמינו אתה שהוא בנו מאמינו אתה שהוא כהן ואם אין אתה מאמינו שהוא כהן אל תאמינו שהוא בנו ויעשה בהרחק עדות ויהא נאמן עליו, איכא למימר בנו הוא אלא שאני אומר שהוא בן גרושה או בן חלוצה". וכיון שהוא בנו למה לא יהיה נאמן בתורת הכרה שכיון שנאמן לומר בני זה בן גרושה וחלוצה כ"ש שהוא נאמן להכשירו וכמ"ש בנמו"י, ומשמע מזה שלפוסלו הוא שנאמן אבל לא להכשירו וצ"ע. ע"כ תורף דברי הקצות.

נכסים שיפלו כשהוא גוסס: בקידושין עח: ובב"ב קכז: איתא: "כדתניא: יכיר - יכירנו לאחרים, מכאן אמר רבי יהודה: נאמן אדם לומר זה בני בכור; וכשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור, כך נאמן אדם לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה, וחכמים אומרים: אינו נאמן (לפסול, אך לגבי בכור לא נחלקו). אמר ליה רב נחמן בר יצחק לרבא: בשלמא לר"י, היינו דכתיב 'יכיר', אלא לרבנן יכיר למה לי? בצריך הכירא וכו' שנפלו לו כשהוא גוסס". הפרישה כתב שמדובר בגוסס שאינו יכול לדבר ולרמוז שאז אינו בר מתנה שאל"כ קשה הרי כתב הטור (רנ י) הסכמת הרא"ש (קידושין ד טז) שגוסס שיכול לדבר הוי בר מתנה. וכ"כ הב"ח שכתב רשב"ם ור"י (תוס' קידושין), אך לרש"י ור"ח (ברא"ש) סברו שאין גוסס המדבר יכול לתת מתנה ונאמן אם נתן כשהיה בריא. ועיין רנ י ותחילת רעט, קצות רנ ח שהאריך בביאור הדעות ונתיבות רמח י.

הטור פסק זאת גם לגבי מי שלא היה ידוע כבנו והעיד עליו שהוא בנו ובכורו. הסביר **הב"י** שכיון שלרבנן מועיל אפילו לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס כ"ש שמועיל לר"י. אמנם **הנמו"י** כתב שכיון שקי"ל כר"י אין אנו מסכימים לדרשת רבנן שהרי אין 'יכיר' מיותר לכך ולכן בכור אינו נוטל פי שנים בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, אך חלק פשיטותו ייטול בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס. ותמה **הדרישה** שהב"י הביאו ולא ציין שחולק על הטור. **הסמ"ע** (כד) כתב **שבשו"ע** השמיטו, ו**הרמ"א** כתבו בר"ס רע"ט לגבי חלק פשיטות, וה"ה לחלק בכורה.

ב. נאמנות לומר שאינו בנו -

ב"ב קצו. - איתא: "שלחו ליה בני אקרא דאגמא לשמואל, ילמדנו רבינו: היו מוחזקין בזה שהוא בכור, ואמר אביו על אחר בכור הוא, מהו? שלח להו: כותבין הרשאה זה לזה. מה נפשך? אי כרבנן סבירא ליה, לישלח להו כרבנן! אי כרבי יהודה סבירא ליה, לישלח להו כרבי יהודה! מספקא ליה אי כרבי יהודה אי כרבנן". **הרמב"ם** ו**טושו"ע** פסקו שנאמן **והסביר הב"י** שזה כיון שקי"ל כר"י.

רשב"ם כתב שמדובר שמוחזק שלא בעדים שראו שנולד קודם לאחיו, שא"כ אין האב נאמן, אלא מוחזק בקול בעלמא כעין שנאמר קודם לכן שהיה האב קורא לו בכור. **הרמב"ן** הר"ן ו**נמו"י** (נו. 'מכאן') כתבו שאדרבה משמע הפוך, שאם האב היה רגיל לומר בכור הוא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, אך אם יש עדים שנולד קודם לאחיו נאמן שהוא מעיד על עצמו שהוא בכור וממילא האחר אינו שלו ולר"י נאמן אדם לומר זה בני ממזר (ונאמן בכך, קידושין עח:) ובכך אינו סותר את העד שאע"פ שנולד קודם מ"מ הוא אינו בנו. **הרמ"א** **הלבוש** ו**ערוה"ש** (טו) פסקו כמותם שאם אמר פעם אחת על אחד שאינו בכור לא יוכל לומר עליו אח"כ שהוא בכור. עוד כתב **ערוה"ש** (טז) שאם היתה החזקה ע"י נשים או פסולי עדות נאמן האב להכחישם כיון שהתורה האמינתו. וכן כתב כראשונים הנ"ל שנאמן להעיד שהוא ממזר אבל לא להעיד שבנו הוא אבל לא מאישה הראשונה וכנגד העדים.

הט"ז כתב **שהנמו"י** (ב"ב נו., בב"י סעיף יט) כתב שאפילו תוך כדי דיבור לא נאמן וכבב"ב קצו: שאמר בני וחזר ואמר עבדי וכי' שכיון שהכירו אינו יכול לעקור ירושה ממנו לולא מתנה מפורשת. אמנם **בטור** רעט ה חלק בסוגיה שם שתוך כדי דיבור כדיבור. **ערוה"ש** (טו) הביא את הנמו"י בתור י"א, והסביר שלא נתנה לו התורה הכרה אחר הכרה אך לא ידעתי טעם נכון בזה שהלא בכל התורה תוך כדי דיבור כדבור דמי [ואינו דומה למ"ש בסימן רע"ט סעיף ז' אם לא כשעושה לאחד ממזר].

2. ה הדין בהכחשה? חיה- **ערוה"ש** (יב) כתב שהחיה נאמנת רק כשאין ערעור עליה אבל אם יש אחד אפילו אישה שמכחישה ואומרת ששני הוא הבכור אינה נאמנת, שהרי נאמנותה היא גם בכהן לוי ישראל וממזר וקי"ל (אבה"ע ד לה) כשיש ערעור אינה נאמנת. ואף שבכל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי הוא כשנים ואין עד אחד נאמן לפוסלו שאני הכא שנאמנותה אינה אלא מפני שע"פ רוב א"א בלי דעתה שרק היא נמצאת, ע"פ הר"ן (קידושין לא. בדפ"ה 'נאמנות') והאם ע"פ רוב אין ביכולתה לידע מי יצא ראשון שטרודה בציריה. ואינו דומה לכל נאמנות עד אחד בדבר שעתידי להתגלות כעדות מת בעל. ואע"י שכל דבר שאין לו חזקת היתר וחזקת איסור נאמן עד אחד, כבי"ד קצו זה באיסורים אבל בממון ויחוס לא מצאנו שיהיה עד אחד נאמן (ומתוך קושיית הב"ש ס"ק ס על הר"ן עי"ש). וכיון שנאמנותה משום שא"א בלעדיה כשבא אחד ומכחישה אינה נאמנת וכ"ש כשהאבהאם מכחישים אותה שאינה נאמנת (ט"ז שם ס"ק כ דלא כפרישה נח). ונ"ל שדווקא שמכחישים אותה מעצמם אבל אם מכחישים אותה שבעצמה אמרה על הוולד האחר שהוא בכור והיא מכחישתם נאמנת כדין פלוני חכם טהר לי את הדם והוא מכחישה. ו**ברמב"ם** (איסורי ביאה טו לב) משמע שטעם נאמנות החיה מפני שלא הוחזק, ובאמת נאמנותה מפורש בתורה גבי תמר שהמילדת החזיקה את פרץ לבכור וכן משמע בירושלמי קדושין פ"ד ה"ב. ועוד למדנו מתמר שאף בהושיט האחד ידו ועשתה המילדת סימן לידע שהוא בכור נאמנת אח"כ לומר שהשיב ידו והאחר יצא ראשון כמו אצל פרץ וזרח. ומ"מ לא קשה מה שעד אחד נאמן להכחישה כיון שהתורה האמינה שיי"ל דווקא במקום שצריך שני עדים כמו באשת איש ובסוטה ועגלה ערופה והתורה האמינה לאחד הוה שפיר כשנים ואין אחד נאמן להכחישו אבל בזה שהחיה נאמנת א"צ שנים מעיקר הדין כיון שאין כאן חזקה כלל ומדינא עד אחד נאמן ולכן נאמן גם אחד להכחישו (אף **שבתוס'** כריתות יא: 'אמרו' משמע שלא כך, מ"מ **בנמו"י** יבמות כח. בדפ"ה 'הרי הוא' כתב כסברא זו בשם **הריטב"א** יבמות פח: 'והא אמר עולא'). סיכום- חיה אינה נאמנת בהכחשה אא"כ אומרים שהיא אמרה אחרת והיא מכחישה.

אם- **הט"ז** כתב שבאבה"ע (ד סעיף לה ס"ק כ) כתב שמדובר שאין הכחשה בין האב לאם, דלא כפרישה (שם נח) שכתב שמדובר אף בהכחשה שכל אחד קבעו לו זמן לנאמנות על פני האחרים. **ערוה"ש** (יד) כתב שפשוט שגם את האם נאמן עד אחד אחר להכחיש כמו את החיה. א"כ מח' באב המכחישה, ואחר נאמן.

הדין בהכחשה- **ערוה"ש** (יד) כתב שאין אחד הוולדים המוכחשים יכול להוציא חלק בכורה, אך יכולים לכתוב הרשאה זה לזה ובכך מהני שהרי הוכרו שעה אחת.

סעיף יג

שמעו עדים שאמר: פלוני בני בכורי הוא, נוטל פי שנים. פלוני בני בכור הוא, אינו נוטל פי שנים, שמא בכור לאמו הוא דקאמר. ואם אמר דברים שמוכיחים שנתכוון לומר שהוא בכור לאב, נוטל פי שנים; כגון שאמר: פלוני בני בכור הוא ורוקו מרפא חולי העינים, דגמירי דרוק של בכור לאב מרפא ולא של בכור לאם. (וה"ה אם מת הבכור והזכיר עליו בהספד: אוי על בני בכורי) (מהרי"ק שורש קמ"ה).

בב"ב קכו: "אמר רב יוסף: אמר איש פלוני בני בכורי הוא - נוטל פי שנים, איש פלוני בכור הוא - אינו נוטל פי שנים, דלמא בוכרא דאמא קאמר (והוי בכור לכהן אבל לא לנחלה דלא הוי ראשית אונו שלו ומספק לא יקבל פי שנים ואף אם תפס מוציאים ממנו). ההוא דאתא לקמיה דרבה בר בר חנה, א"ל: מוחזקני בזה שהוא בכור. א"ל: מנא ידעת? דהוה קרי ליה אבוב בוכרא סכלא (שוטה), דלמא בוכרא דאמא הוא, דכל בוכרא דאמא נמי בוכרא סכלא קארו ליה (ולא משום שטותו אלא לפני שאינו בכור גמור כמו הדס שוטה שאינו כשר). ההוא דאתא לקמיה דרבי חנינא, אמר ליה: מוחזקני בזה שהוא בכור. אמר ליה: מנא ידעת? אמר ליה: דכי הוה אתו (החוששים בעיניהם) לגבי אבוב, אמר להו: זילו לגבי שכחת ברי, דבוכרא הוא ומסי רוקיה. ודלמא בוכרא דאמא הוא! גמירי: בוכרא דאבא - מסי רוקיה, בוכרא דאמא - לא מסי רוקיה". **וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע. ערוה"ש (יז) הוסיף** שאם ידוע שלהם ודאי אינו בכור נוטל פי שנים דודאי כוונתו על עצמו.

1. אמר בהספד בני בכורי: המהרי"ק (שורש קמה) כתב שבמת בנו והניח בנים והאב הספידו או על בני בכורי הרי הוא מוחזק לבכור ונוטלים בניו פי שנים. **נפסק ברמ"א. המהרי"ק** הסביר שאף שלא נתכוון בשביל הנחלה מהני, ולא גרע מהמקרה בגמ' שהתכוון לרפואה וכן משמע ברמב"ם וכ"ש בשעת ההספד שאין דרך להטות. **הלבוש** כתב שכאן מוכח שבכור לאב אמר. **הגר"א (ח) וערוה"ש** ציינו את החידוש שאף שלא נתכוון וכו'. **הט"ז** כתב שלא ברור למה הרמ"א הביאו שהרי אם בחייו נאמן לומר בני בכורי כפי שנאמר ברישא כ"ש בשעת מיתתו שלא משטה כפי שאמר המהרי"ק, והמהרי"ק כתבו כי נשאל על כך.

2. מסיח לפי תומו: הנמו"י (ב"ב נה: דכ"י אתו) כתב בשם **הריטב"א** שאם קוראו אביו בכור גמור במסיח לפי תומו בכור הוא ליטול פי שנים.

חזקה וצירוף עדויות: חת"ס (חוי"מ קמח, פת"ש ו) דן באחד שמת והניח אשתו וב' בנים זכרים אחד טען שהוא בכור והאם מסכימה והשני טען תביא ראיה, והביא ב' עדים שהוא פטר רחם לזאת האם וב' עדים שזו היתה אשתו ראשונה של אביו, א"כ מב' כיתי העדים הוי בכור לנחלה. **הסמ"ע** (חוי"מ ל לט) הביא רק את שיטת **התוס'** (ב"ק ע: 'למעוטי') שבכח"ג הוי דבר שלם. אך **בשו"ע** (אבה"ע קמב יב) פסק **כרמ"ה שבטור** שצריך לתת לה גט בפני אותם עדים עצמם וכו' וזה כשיטת **הרי"ף** (ב"ב ל, תוס' ב"ק ע: 'למעוטי') **הרמב"ם** (עדות פ"ד ה"ז) ו**הרמב"ן** (גיטין סג: , רשב"א) שזה נקרא חצי דבר ודלא כתוס'. גם **הדרכי משה** (שם י) סבר כרי"ף, ואף שהט"ז (שם יב) והב"ש (שם כא) תמחו על קושייתו כיון שלתוס' לא קשה, מ"מ יוצא שהשו"ע והרמ"א פסקו כרי"ף רמב"ם רמב"ן וטור. וא"כ לא רק שהפשוט יכול לטעון קים לי כרי"ף וש"פ כדעת השואל, אלא אף אם היה הבכור מוחזק לא היה יכול לטעון קים לי כתוס' נגד הכרעת השו"ע והרמ"א ועי' בתומים (תקפו כהן ככד). אך **נראה להמציא לו זכות מתוס'** (דאע"ג) שמבואר מדבריהם שמה שהוחזק הוי ליה כדבר ברור ולא עדות, ולא שייך בזה לומר חצי דבר ולפי"ז כאן אע"פ שקיבל ב' עדים שהוא פטר רחם מ"מ לזה לא היו צריכים לעדות שוודאי הוחזק הוא בכך במה שנהג להתענות בערב פסח וכו' ועוד היו עדים שהעידו שזו היתה אשתו ראשונה הוי דבר שלם. ובכלל זה כיון שהוחזק לנו האב בכשרות ולא נודע מעולם שנחשד על פנויה א"כ הרי זה מוחזק בפטר רחם לאמו והוחזק שלא נולד בן מפנויה קודם לו ורק שמא נולד בן מאשה אחרת קודם לו על זה מועילים עדים שאמו היתה אשתו הראשונה. אלא שיש לפקפק על עדים הללו מניין ידעו שלא נשא אישה מעולם במקום אחר וילדה לו, ואין להביא ראיה מיבמות קיט. "היא צרתה אבל לצרה אחריתי לא חיישינן" וכו' מבואר שאין לחוש ב' חששות שמא נשא צרה אחרת ושמא נתעברה לא חוששים ש"ל ששאני שם שתעמידנה על חזקת היתר ליבם לכן לא חוששים ב' חששות, אבל כאן שתעמיד ממון בחזקת יורשים חוששים אפילו ב' חששות כו'. והאריך והסיק כיון שעכ"פ לשיטת תוס' לא מיקרי זה חצי דבר וכן סתמו הסמ"ע וט"ז וב"ש, ואף להרי"ף י"ל כיון שהתחזק בפטר רחם הו"ל דבר שלם, אלא שפקפקתי קצת בעדות שאומרים שלא נשא אשה מקודם, א"כ טוב לבצוע.

ערוה"ש (יח) כתב: (1) אם הוחזק אצל העולם לבכור כגון שהתענה בכל ערב פסח וידוע שאמו היא אשתו ראשונה של אביו הוי חזקה גמורה שהוא בכור ולא חוששים שמא אביו של זה זינה בהיותו פנוי שמדוע נחזיקנו ברשע אם לא שהוחזק בכך. (2) האם לבדה אינה נאמנת אא"כ עדים מעידים כדבריה. (3) אפילו יש שני כיתי עדים, אחת מעידה שהוא פטר רחם לאשה זו אבל אין יודעין אם לא היה לאביו אשה אחרת קודם שנשא זו, ואחת מעידה שאשה זו היא אשתו ראשונה אבל אין יודעים אם הוא הולד הראשון, כיון שעכ"פ נתברר מהם שהוא בכור נוטל פי שנים ואין שייך בזה דבר ולא חצי דבר כשהוחזק קצת לבכור שהוא גילוי מילתא בעלמא ולבד זה כפי מ"ש בסי' ל"ו אין זה חצי דבר ע"ש.

סעיף יד

האב שנשתתק, בודקין אותו כדרך שבדקין לגיטין, אם רמז או כתב שזה בנו בכורו, נוטל פי שנים.

גיטין עא. "מיתבי: כשם שבדקין אותו לגיטין, כך בודקין אותו... ולירושות... אמר רבי אבהו: ירושת בנו הבכור". **רש"י** פירש לעניין אם רצה להשוות הבכור לשאר בנים דהיינו שבא לשנות מדין תורה. **תוס'** הקשו שא"כ היה צ"ל שריבה לזה ומיעט לזה, אלא פירש ר"י שאומר על בן בין הבנים שהוא בכור וקמ"ל שנאמן ע"י הרכנה, וכ"פ **רמב"ם** (נחלות ב ט) ו**טושו"ע**. ודרך הבדיקה עיין באבה"ע קכא. **הלבוש וערוה"ש** (יז) כתב שבדקין כנ"ל ואם רמז או כתב יטול הבכור פי שנים.

סעיף טו

מי שהיו לו שני בנים, בכור ופשוט, ומתו שניהם בחייו והניחו בנים, הבכור הניח בת והפשוט הניח בן, הרי הבן הפשוט יורש בנכסי הזקן שליש חלק אביו, ובת הבכור יורשת שני שלישים, שהוא חלק אביה.

1. בכור שמת יורשים יורשיו חלק בכורתו.

ב"ב קטז: "מתני'. בנות צלפחד נטלו ג' חלקים בנחלה: חלק אביהן שהיה עם יוצאי מצרים, וחלקו עם אחיו בנכסי חפר, ושהיה בכור נוטל שני חלקים". והסביר **רשב"ם** שבמקום שמת בכור בחיי אביו, בני הבכור יורשים חלק בכורתו עם אחי האב. והביא **תוספתא בכורות פ"ו:** "כיצד אין נוטל בראוי כבמוחזק מת אביו בחיי אביו נוטל פי שנים מנכסי אביו ואין נוטל פי שנים מנכסי אבי אביו (רשב"ם: כגון יעקב שמת בחיי יצחק, ראובן הבכור נוטל בנכסי יעקב פי שנים אבל לא בנכסי יצחק זקנו שאפילו אם היה יעקב קיים כשמת יצחק לא היה יעקב נוטל פי שנים שהרי פשוט הוא הלכך ראובן הבא לירש מכח יעקב בנכסי יצחק לא יטול אלא חלק פשיטותו של אביו. ע' דין זה ברע"א ג) ואם היה אביו בכור נוטל פי שנים אף מנכסי אבי אביו (רשב"ם: שאם היה יעקב בכור אע"פ שמת בחיי יצחק הרי בא ראובן ונוטל חלק בכורת יעקב אביו בנכסי יצחק שהבן במקום אב עומד בין לחלק בכורה בין לחלק פשיטות)", וכתב עליה **הירושלמי ב"ב פ"ח ה"ג:** "ר"ל בשם אבא בר דליה נאמר משפט לעניין כפילה (לו משפט הבכורה) ונאמר משפט לעניין פשוטה (בפרשת נחלות: והיתה לבניי לחוקת משפט) מה לעניין פשוטה את רואה את הבן כילו קיים (אביו בשעת מיתת מורישו שהוא אבי אביו) ליטול פשיטות (במקום) אביו אף לעניין כפילה את רואה את הבן כילו קיים ליטול כפילת אביו (שהיה בכור בנכסי אבי אביו)". **הב"ח** הוסיף שמכיוון שהירושלמי למד גזירה שווה מפשוט התנסח הטור בלשון שהבכור עומד במקום האב ליטול חלק בכורתו כדרך שנוטל חלק פשיטותו. וחלק פשוט נלמד **בירושלמי ה"א** בת ובן "בן מ"מ" בת ובת "בת מ"מ", ובבבלי **בקטו**. למד מ"אין לו" עיין עליו.

וכ"פ **הרמב"ם** (נחלות ב ז) **וטושו"ע** שבמתו בכור ופשוט בחיי אביהם והניחו בנים אפילו הבכור הניח בת והפשוט הניח בן, בן הפשוט יורש שליש בנכסי הזקן שהוא חלק אביו ובת הבכור יורשת שני שלישים שהוא חלק אביה.

ב. בני האחים ובני אחי האב וכל היורשים

הרמב"ם כתב שה"ה בבני האחים ובני אחי האב ובכל היורשים אם היה אבי אחד מהיורשים בכור נוטל חלק בכורה שלו זה היורש מחמתו. **הטור** תמה שלא שייך בכורה אלא בבן היורש את אביו ולא בשאר יורשים.

הסברים לרמב"ם:

1. **מ"מ-** אין הכוונה שאם מת ראובן בלא בנים ובלא אחים וירשוהו בני אחיו אם היה אחד מאחיו בכור בנו נוטל חלק בכורתו לפי שאלו ירשו את ראובן מכח אבי אביהם⁴ שאנו רואים כאילו היה חי וירש את ראובן בנו ואח"כ מוריש לבניו ובניו לבניהם וא"כ דין הוא שיחלקו בנכסי ראובן כדרך שחולקים בנכסי אבי אביהם שהרי מכוחו נפלה להם ירושה זו. ועל זה הדרך בבני אחי האב. **שאז קשה**, שנכסי ראובן לגבי אביו שכבר מת הוי ראוי וק"ל שאין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק. **אלא מדובר** שכאשר מת ראובן היה אביו חי וירשו ואח"כ מת והוריש לבניו ואם היה אחד מאחי ראובן בכור כשם שבני בכור זה נוטלים חלק בכורה בנכסי זקן כך נוטלים חלק בכורה בנכסים שירש זקן מראובן שכיון שירשם הוי כנכסיו, וכן בבני אחי האב שהיה אבי אביו של ראובן חי בעת שמת ראובן וירשו אבי אביו ואח"כ מת והוריש לבני בניו ואם היה אחד מאחי אבי ראובן בכור בן בנו נוטל חלק בכורתו. עדיין קשה- מה הוצרך הרמב"ם להשמיענו זאת, הרי הדבר פשוט. ואולי רצה הרמב"ם לבאר הדין בכל צדדיו ועוד צ"ע בלשונו.

הדרישה אומר שזה מתאים לנוסח שלנו ברמב"ם "אם היה אבי אחד מהיורשים בכור" וכו', אבל לנוסח הטור ברמב"ם "אם היה אבי אחד מן האחים בכור" א"א לפרש כך אא"כ נדחוק הרבה לפרש שהוי כאילו אמר אם היה אביו של אחד מהנמצאים, דהיינו אחד מהאחים, בכור כו' והוא דוחק. ואפשר שמשום כך הטור לא הבינו לפי הנוסחה שהיתה לו.

2. **החכם המרשים-** אין אבי היורש דודו, וכן בן האח האב יורש הבן דודו, כגון שמעון בן יעקב היורש את אליפז בן עשו אפילו מתו בחיי האב והיה בכור זה היורשו יורשו, ולשון בכור אגב שיטפא נקטיה והכוונה האמיתית לירושה. כתבו **ב"י ודרישה** שאינו מחוור.

3. **הב"ח** אחר שתמה כיצד הטור פירש כך את הרמב"ם וכיצד המ"מ ומהר"א שטיין על הסמ"ג נשאר בקושיה, יש הסבר פשוט.

4 הגהות והערות נ- כאן בב"י משמע שאח יורש את אחיו מכוח משמוש האב, וסתר עצמו שבסימן רנג לג כתב שאח יורש מעצמו בלא כוח האב וחלק שם על הדרכי משה אות ח עי"ש. וברעק"א ח"ג סימן טו 'ודע' יישב.

ב"ה

מעובד מסיכומי אריאל שטראוס הי"ו

סימן רעח

אין הבכור נוטל פי שנים לא במלוה ולא בשבח, ואם מכר חלק בכורה, ובו י' סעיפים.

סעיף א

אין הבכור נוטל פי שנים אלא בנכסי האב, אבל לא בנכסי האם; אפילו אם הוא בכור לאב ולאם, חולקים בנכסיה, הוא והפשוט, בשוה.

1. אין הבכור נוטל פי שנים אלא בנכסי אביו, ולא בנכסי אמו, וכגון בנכסי מלוג שלה, ואפי' הוא בכור גם לאמו.

בכורות נא: במשנה "הבכור נוטל פי שנים בנכסי האב, ואינו נוטל פי שנים בנכסי האם". **ובגמ'** "מ"ט? אמר קרא: ולו משפט הבכורה - משפט הבכורה לאיש ואין משפט הבכורה לאשה". וכן איתא **בב"ב קכב: במשנה** "אחד הבן ואחד הבת בנחלה, אלא שהבן נוטל פי שנים בנכסי האב ואינו נוטל פי שנים בנכסי האם". **ובגמ'** "אלא אמר מר בר רב אשי, הכי קאמר: אחד הבן ואחד הבת שוין בנכסי האב ובנכסי האב, אלא שהבן נוטל פי שנים בנכסי האב, ואינו נוטל פי שנים בנכסי האם".

סעיף ב

מי שמת והניח בנים ואלמנה, ומתה האלמנה קודם שנשבעה על כתובתה, כל הנכסים בחזקת היורשים, ונוטל בהם הבכור פי שנים.

1. קודם שנשבעה האלמנה על כתובתה, הרי כל הנכסים בחזקת היורשים, לכן אם מתה האם קודם שנשבעה על כתובתה - נוטל הבכור פי שנים; כ"כ הרא"ש בתשובה.

סעיף ג

אין הבכור נוטל פי שנים בנכסים הראויים לבא לאחר מיתת אביו, אלא בנכסים המוחזקים לאביו שבאו לרשותו, שנאמר: בכל אשר ימצא לו. כיצד, אחד ממורישי אביו שמת לאחר מיתת אביו, הבכור והפשוט יורשים כאחד. וכן אם היתה לאביו מלוה, יורשים אותה כאחד.

1. **אין הבכור נוטל פי שנים בראוי במוחזק**, דהיינו שאינו נוטל פי שנים בנכסים שלא היו בידי אביו בשעת מיתתו, אלא רק היו ראויים לבוא לידו.

בכורות נא: במשנה "הבכור... ואינו נוטל בשבח, ולא בראוי כבמוחזק". **ובגמ' נב.** "ולא בראוי כבמוחזק דכתיב: בכל אשר ימצא לו". **ובדף נב:** "ולא בראוי כבמוחזק: לאיתויי נכסי דאבי אבא". **ב"ב קכה:** "אמר רב פפא, הלכתא וכו' ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק". **רש"י** (בכורות נא: נב:): "בראוי - בנכסים שלא היה אביהן מוחזק בשעת מיתתו אבל ראויין היו ליפול לו בירושה ונפלו להן לאחר זמן אין הבכור נוטל פי שנים בהן... נכסי דאבי אבא - וכו' אע"ג דודאי עתידים ליפול להם וכו' וסד"א כמוחזק דמו וקמ"ל סיפא, דאי מרישא ה"א ראוי דקתני רישא דאין הבכור נוטל בו כגון שנפלו לו נכסי אחי אביהם וכו' דנכסים הללו לא היו ראויין להם בשעת מיתת אביהם אלא מספק".

ולכן אינו נוטל פי שנים:

א. בירושה שהגיעה לאביו לאחר מותו; וכתב הב"י שדווקא לגבי המוריש חילקו בין ראוי למוחזק, אך לגבי היורש אין חילוק ואם מת הבכור בניו יורשים חלק בכורתו אע"פ שמת בחיי אביו. וביאר הסמ"ע הטעם שברא כרעא דאבוה והרי הם עומדים במקום אביהם לרשת את הממון שמצוי אצל אביו, משא"כ להיפך כשמת המוריש והממון אינו בידו, והרי הבכור הוא בכורו של אביו ולא של אבי אביו, ולכן אין לו חלק בכורה בנכסי אבי אביו.

ב. במלוה שהיו חייבים לאביו כסף.

ב"ב קכה: "אמר רב פפא, הלכתא וכו' ואין הבכור נוטל פי שנים במלוה". **הלבוש** הסביר שהיו ראוי כיון שמחוסר גבייה (שלהוצאה ניתנה, ערוה"ש ב), דין זה יורחב בסעי' ז (ושם אע"פ שהוא בשטר. והטעם שאינו מצוי ביד אביהם שמת, סמ"ע ג). **ערוה"ש** (ב) כתב שלכן לאחר שגבו חולקים בשווה הבכור והפשוט, אבל פיקדון שביד אחרים הוי כברשותו ונוטל הבכור פי שנים.

ג. **ספינה בים: הרמב"ם** הוסיף וכן ספינה בים נחשבת ראוי, **והראב"ד** הפנה לערכין יז, **והמ"מ** דחה, **והרשב"א** תמה ואמר שלא מצא להם על מה לסמוך. **הש"ך** (ב) הביא לדברי הרמב"ם הללו.

ד. **חזקות פולין: פת"ש** (ב) בשם **הדגמ"ר** שחזקות הנהוגות במדינת פולין נחשבות ראוי, עיי' ב"ש ק יג.

סעיף ד

הניח להם פרה מושכרת או מוחכרת או שהיתה רועה באפר (פירוש בעשב השדה, רשב"ם), וילדה, הבכור נוטל בה ובולדה פי שנים. הגה: ויש חולקין (טור בשם אביו הרא"ש). הניח להן עבד או בהמה טמאה, הבכור נוטל ב' חלקים והפשוט חלק אחד, דהיינו שעובדים לבכור שני ימים ולפשוט יום אחד (מרדכי ר"פ מי שהיה נשוי ופרק קמא דבבא בתרא). וע"ל סימן קע"א ח"ס.

סעיף ה

שחט אחד ממכירי אביו בהמה, ואחר כך מת אביו, נוטל פי שנים במתנות של אותה בהמה.

1. הניח להם אביהם פרה מושכרת או מוחכרת, או שהיתה רועה באפר וילדה: שו"ע – חשיב כמוחזק, והבכור נוטל פי שנים; כשיטת הרמב"ם. **רמ"א** – הרי זה ראוי, ואין הבכור נוטל פי שנים; כשיטת הרשב"ם והרא"ש.

בכורות נא: "מתני'. הבכור... ואינו נוטל בשבח" **ובדף נב.** – "דכתיב - בכל אשר ימצא לו... וכולן אין נוטלין בשבח. לאיתויי שבחא דממילא (שלא טרחו בה אחיו), חפורה (שחת) והווי שובלי (תבואה), שלפופי (סמדר) והווי תמרי (קמ"ל שאף בשבח זה לא נוטל בכור פי שנים שמרישא ה"א רק בשבח שטרחו בו)".

ב"ב קכג: "תנו רבנן: הבכור נוטל פי שנים בזרוע ובלחיים ובקיבה, ובמוקדשין, ובשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן. כיצד? הניח להן אביהן פרה מוחכרת ומושכרת ביד אחרים, או שהיתה רועה באפר, וילדה - בכור נוטל פי שנים, אבל בנו בתים ונטעו כרמים - אין בכור נוטל פי שנים". **ובדף קכד.** מבואר שברייטא זו היא אליבא דרבי, "מני? ר' היא; דתניא: אין בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן; רבי אומר, אומר אני: בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן, אבל לא בשבח שהשביחו יתומים לאחר מיתת אביהן וכו'. מאי טעמיהו דרבנן? אמר קרא: לתת לו פי שנים, מתנה קרייה רחמנא, מה מתנה עד דמטיא לידיה, אף חלק בכורה עד דמטיא לידיה. ורבי אומר, אמר קרא: פי שנים, מקיש חלק בכורה לחלק פשוט, מה חלק פשוט אף על גב דלא מטא לידיה, אף חלק בכורה אף על גב דלא מטא לידיה. א"ר פפא: דיקלא ואלים, ארעא ואסיק שירטון - דכ"ע לא פליגי דשקיל, כי פליגי - בחפורה והווי שובלי, שלפופי והווי תמרי, דמ"ס: שבחא דממילא, ומר סבר. אישתני".

לענין פסק ההלכה: בדף קכד. – נחלקו האמוראים כמי ההלכה, האם הלכה כרבי רק מחברו או גם מחבריו, **ובדף קכה:** "אמר רב פפא, הלכתא: אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק, ואין הבכור נוטל פי שנים במלוה - בין שגבו קרקע בין שגבו מעות". **ונחלקו הראשונים כמי הלכה: א. רב האי** (הובא ברי"ף) פסק כרבי כיון שלהלכה קי"ל שיש לו לבכור קודם חלוקה, וא"כ מלוה אינו נחשב מוחזק. אולם, הרי"ף דחה דבריו שלא נפסקה הלכה שיש לו לבכור קודם חלוקה אלא במה שהגיע ליד אביו, ולא בדברים שלא הגיעו לידו עדיין. **ב. הרשב"ם, הרא"ש והרמב"ם** פסקו כרב פפא דבתראה הוא, ונמצא שהלכה כרבנן שאינו נוטל במלוה וכ"ש בשבח. ג. **ר"ח** פסק הלכה כרבא ש"מטין איתמר, ואסור לעשות כרבי אך אם עשה עשוי. ורב פפא לא נחלק עליו, ולא אמר אלא במלוה דכיון שליתה ברשותיה מחשיב ראוי, משא"כ שבח שגוף החפץ ברשותו. הרי"ן דחה דבריו וכתב שמהגמ' מוכח להיפך, ולכן מסתבר כרמב"ם שפסק כרבנן מכח דברי רב פפא.

קושיה על הרמב"ם שהיו כמזכה שטרא לבי תרי, שמצד אחד פסק כרבנן ומאידך פסק בפרה שילדה ובמכירי כהונה כרבי! **א. המגיד משנה תירץ** שבתחילה העמדנו את הברייטא כרבי, אך לאחר שא"ר פפא שבשבח דאתי ממילא ולא אשתני כלל (כגון דקלא ואלים ארעא ואסקא שרטון) אף רבנן מודו, א"כ אפשר להעמיד את הברייטא אף כרבנן, שפרה שילדה הוי שבח דאתי ממילא ולא חשיב שינוי כיון שעובר ירך אמו הוא; והביאו הב"י, הלבוש, באר הגולה והגר"א. **ב. סמ"ע וקצות (א)** – דברי הגמ' "מני? ר' היא" הם חלק מדברי המקשן שהקשה האם הברייטא אתיא רק אליבא דרבי! והשיב לו רב פפא שלא, אלא אתיא אפי' כרבנן דשבחא דממילא ולא אשתני גופא אף רבנן מודו שנוטל פי שנים.

האם עובר חשיב שינוי הגוף או לא? לפי דברי ה"ה והסמ"ע יוצא שלידה של פרה לא חשיב שינוי הגוף, אע"ג שלגבי כרמל שנעשה שבלים אמרינן בסמוך סעיף ו דחשיב שינוי! **ה"ה כתב ליישב** בדוחק שעובר עדיף דירך אמו הוא. אולם, **הקצות** (ג) כתב שהרמב"ם אזיל לשיטתו שאף בהלכות גניבה לא חשיב ליה כשינוי, שפסק בסימן שנד שאם גנב פרה מעוברת וילדה – משלם אותה ואת ולדותיה. והביא ראיה לדבריו מהגמ' **בע"ז מו:** "המשתחוה לקמת חטים, מהו למנחות? יש שינוי בנעבד, או אין שינוי בנעבד? אמר מר זוטרא בריה דרב נחמן, ת"ש: כל האסורין לגבי מזבח - ולדותיהן מותרים, ותני עלה: ר' אליעזר אוסר... וה"נ כעיברו ולבסוף נרבעו דמי... הכי השתא, התם מעיקרא בהמה והשתא בהמה, דשא הוא דאחיוא באנפה, הכא מעיקרא חיטי והשתא קמחא". ומבואר שלידה לא נחשבת שינוי משום שתמיד

היתה בהמה אלא שדלתי הרחם סגורים בפניה וע"ש. ולכן ס"ל ה"נ שלא הוא ראוי לעניין בכור כיון שלא נחשב שינוי כלל. והראב"ד שחולק כאן על הרמב"ם, לטעמו אזיל שס"ל לעניין גנב וגזלן שהולד נחשב שינוי ולכן סבר שהווי ראוי. ע"פ זה כתב הקצות שדווקא במקום שנתעברה בחיי אביו נוטל פי שנים בולד, אך אם הניח פרה ריקנית ונתעברה וילדה אינו נוטל פי שנים.

2. האם נוטל פי שנים ברווחי השכירות? לחם משנה – כן, וזהו פירוש 'בב' ובולדה'; וכמו שהוא פירוש הגמ' אליבא דרבי שמייירי לענין רווח השכירות. סמ"ע, קצות (ב), נתיבות – לא, שהרי קי"ל כרבנן שמלוה חשיב ראוי ואינו נוטל ממנו, ושכירות לא עדיף ממלוה שהגיע זמן הפרעון בחייו דחשיב ראוי; קצות. או מפני שאין לך אשתני גופא גדול מזה, דדוקא בשבח שהשביח הגוף עצמו נוטל הבכור, אך שבח של פירות – אינו נוטל; נתיבות.

מדוע לרבנן יש חילוק בין שבח הבא מאליה ולא השתנה הגוף, לשבח שהשתנה הגוף? הר"ן כתב שחלק בכורה מתנה קריה רחמנא, והנותן מתנה ומזכה לו ע"י אחר אין המקבל זוכה בה עד שישמע ויתרצה. וע"פ זה כתב שכשיזכה מתנה ע"י אחר והשביחה קודם שנתרצה המקבל – השבח לנותן. אולם, הנתיבות הוכיח ממשחרר עבדו שזוכה למפרע בשחרור, והכא נמי צריך לזכות למפרע בכל השבח! ולכן ביאר דבריו שכאשר אומר 'תן' אינו זוכה למפרע אלא כשיגיע לידו, והרי זה כאומר מהיום ולאחר שיגיע לידך, שזוכה מהיום בגוף ובכל שבח שישביח הגוף, ולאחר שיגיע לידו זוכה אף בפירות ובשבח של הפירות שיהיה רק מאותו הזמן, והכא נמי בבכור כיון שהקפידה תורה על הנתינה הוא כאומר 'תן'.

3. מה הדין בשבח שהשביח גוף הפרה? שו"ע – נוטל בו פי שנים, והוא פירוש בה אליבא דהסמ"ע, קצות ונתיבות. ואף ללחם משנה שפירש בה היינו בשכירות א"כ כ"ש שבפיטום של הפרה נוטל. **האם הרמ"א חולק?** נתיבות, רעק"א – לא, דפיטום הוא כמו 'דקלא ואלים'; וכ"כ הנמוק"י. טור – כן, ואף במה שנתפסמה אינו נוטל פי שנים, וכתב הנתיבות שלשיתו אין זה דומה לדקל או מפני שאינו מוכרז שתפסם הפרה, ולא הוא כמו דקל שכך דרכו ובודאי יגדל. או מפני שיש בזה טרחא ליתומים להוליכה למרעה ולהחזירה משם, וחשיב כשבח שהשביחו יתומים שלכו"ע אינו נוטל בו.

4. שחט אחד ממכירי אביו בהמה ואח"כ מת אביו, ואביו הוא כהן: שו"ע ורמ"א – הרי זה מוחזק, דמתנות שלא הורמו כאילו הורמו דמיין, והבכור נוטל פי שנים. אמנם בטור משמע שהחולקים בסעיף ד חולקים אף בדין זה, אך מדברי הרמ"א נראה שחילק ביניהם וסובר שבדין זה אף רבנן מודו.

הטור הביא יחד עם דעת הרמב"ם את דבריו שבשחט אחד ממכירי אביו בהמה (ודרכו היה לתת לאביו, לבוש) ומת אביו נוטל פי שנים במתנות אותה בהמה, ועל כל דברי הרמב"ם כתב **שהרא"ש** פסק כסברה ראשונה. **בהגהות והערות** (יז) כתב שמסתימת הטור משמע שדווקא לרמב"ם שסובר שהברייתא אתיא כרבנן מכירי כהונה נחשב מוחזק, אבל לרא"ש שחולק הוא מכירי כהונה ראוי. אך **ברמ"א** הביא (סעיף ד) דעת הרא"ש רק על פרה מוכרת ולא על מכירי כהונה (**שו"ע** סעי' ה) וכן דייקו **אבני נזר** (חומ"מ סימן מט מחודש ז אות ד) **ואולם המשפט** (סעי' ד, אך הג"א נראה שחולק) מדברי הרמ"א, וכ"כ **הר"י מגש** (קכג: 'האי') במפורש שמכירי כהונה אף לרבנן נקרא מוחזק שאחר שנשחט הוא גבי בעל הבהמה כפיקדון כיון שמוחזק לתת רק לו (ורק במלוה יש מח' וכו'). **והלבוש** הסביר שמתנות שלא הורמו כמי שהורמו והווי כבאו ליד אביהם בחייו. **הסמ"ע** (ט ובפרישה) הוסיף שיש כיוצ"ב בטושו"ע (יו"ד סי' סא שו"ע יד ע"פ חולין קלג). שאם מכר הכהן המתנות של מכיריו לישראל שיקבלם מיד מכיריו שמכירתו מכירה אע"ג שעדיין לא הופרשו בשעת המכירה ע"ש

5. הניח להם אביהם עבד או בהמה טמאה – עובדים את הבכור יומיים, ואת הפשוט יום אחד. וכתב הקצות (ד) שהיינו דווקא לאחר שאמר הבכור שרוצה לחלוק זוכה בחלק בכורתו, אך קודם שאמר כן, הרי כל השבח שבא מחמת העבד (כגון שהשכירוהו) אינו נוטל בו פי שנים. וה"ה במעות שהניח אביהם והלוהו בריבית.

ב"ב יג. "א"ל רבא לרב נחמן, לדידך דאמרת: לית דינא דגוד או אגוד, בכור ופשוט שהניח להן אביהן עבד ובהמה טמאה, כיצד עושין? א"ל, שאני אומר: עובד לזה יום אחד ולזה שני ימים". הובא **במרדכי** (כתובות רמז רלו) ונפסק **ברמ"א**. **הסמ"ע** (ח) הפנה לרא"ש (כלל צח ד) **ושו"ע** (קעא ח) שם יש דברים אחרים בהם עושים חלוקת זמנים.

6. שער המשפט (א, פת"ש ג) כתב שבמח' הפוסקים אם הוא ראוי או לא, יש להסתפק האם לא יטול כלום וכמו בספק בכור (סי' רעז יא), או דשאני הכא שהוא ודאי בכור אלא שיש ספק בממון ויחלוק, והסיק שצ"ע לדינא.

סעיף ו

אין הבכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביו, אלא מעלה אותו השבח בדמים ונותן היתר לפשוט. והוא שישתנו הנכסים, כגון כרמל שנעשו שבילים וכפניות (פי' תמרים בעודן סמדר, רש"י) שנעשו תמרים. אבל שבחו מחמת עצמן ולא נשתנו, כגון אילן קטן שגדל ועבה, וארץ שעלתה שרטון (פי' שנתקבץ העפר ודחה אמת המים שבשדה), הרי זה נוטל בשבח פי שנים. ואם מחמת הוצאות השביח, אינו נוטל. הגה: בד"א, שלא מיחה בהן, אבל אם מיחה הבכור ואמר: אל תשביחו הנכסים עד שנחלוק, ולא

שמעו אליו והשביחו, אם לא עשו בהן שינוי נוטל פי שנים בשבחו; ואם עשו בהן שינוי, אינו נוטל בשבח ולא בהפסד (טור).

1. אין לבכור פי שנים בשבח שהשביחו הנכסים לאחר מיתת אביו, אלא מעלהו בדמים ונותן היתר על חלקו לפשוט; והיינו רק בחלק בכורה; סמ"ע.

כיצד מעלהו בדמים? סמ"ע – שמים כמה הוא שווי השבח של חלק בכורה, וחולקים את הקרקע ביניהם. ש"ך – נוטל את ב' החלקים כולל השבח, ונותן לפשוט את השווי בדמים, אך אינו צריך ליתן לו חלקו בקרקע; וזהו פירוש 'מעלה אותו השבח בדמים', וכן מוכח בב"ק צה: ובב"מ קי: "אמר רב נחמן אמר שמואל: שלשה שמין להן השבח ומעלין אותן בדמים (ולא נוטלים בקרקע עצמה), ואלו הן: בכור לפשוט...", וכן פירש רש"י שם להדיא. ואולי כוונת הסמ"ע היא כשנתרצה לכך הבכור.

2. באיזה שבח מדובר? בשבח שהשביחו היתומים מחמת שהוציאו עליהם הוצאות, או בשבח שהשביחו הנכסים מאליהם ונשתנה שמם, כגון כרמל שנעשו שיבולים וכפניות שנעשו תמרים. אך שבח הבא מאליו ולא אשתני גופא, כגון דקל ונתעבה או קרקע שנתקבץ בה עפר והשביחה – נוטל בו פי שנים, וכבר נתבאר מקור דין זה בסעיפים הקודמים.

3. כאשר רצה הבכור לחלוק ולא שמעו לו והשביחו הנכסים: אם לא עשו בהם שינוי – נוטל פי שנים בכל השבח, אך אם עשו שינוי – אינו נוטל לא בשבח ולא בהפסד; רמ"א.

ב"ב קנו. "אמר רב הונא אמר רב אסי: בכור שמיחה - מיחה. אמר רבה: מסתבר טעמיה דרב אסי - בענבים ובצרום, זיתים ומסקים, אבל דרכום לא; ורב יוסף אמר: אפילו דרכום. דרכום, מעיקרא עינבי השתא חמרא! כדאמר רב עוקבא בר חמא: ליתן לו דמי היזק ענביו, ה"נ נותן לו דמי היזק ענביו". **נחלקו הרשב"ם ור"ח בפירוש הגמ',** הרמ"א פסק כאן כפירוש הרשב"ם. ואילו השו"ע פסק לקמן (ט) כהסברו של הר"ח והרמב"ם לסוגיא.

רשב"ם הסביר שמדובר בדין שבח לאחר מיתת שאין הבכור נוטל בו פי שנים, והטעם מפני שבדף קכו: נפסק שיש לבכור פי שנים קודם חלוקה משעה שחפץ לזכות בבכורתו, ונמצא שנכסיו הם שהשביחו. **הר"ן** הוסיף שחלק בכורה נקרא מתנה, וכשנותן ע"י אחר אין המקבל זוכה בה עד שיתרצה, ולכן כשרוצה לחלוק ומתרצה במתנתו – זוכה בנכסים והשבח שלו. אולם, ר"ח ביאר שהסוגיא מייירי בבכור שמחל על חלקו, ויתבאר בסעיף ט.

מדוע אינו נוטל כשעשו שינוי? רשב"ם מפני שקנאוהו בשינוי כדין גזלן, ואינם משלמים אלא כשעת הגזילה. **התוס'** **הקשו** שהרי יש מ"ד ששינוי אינו קונה ומדוע הגמ' הקשתה שברור שכאשר עשה שינוי אין לו שבח?! **ותירצו הקצות ורעק"א** (גליון השי"ס) שמימרות אלו נאמרו אליבא דשמואל ורב יוסף והם סוברים ששינוי קונה. **אמנם, הנמוק"י ביאר** שהבכור אינו נוטל מדינא, אלא רק מחמת שמיחה, ולכן דיו שיטול במה שהיה מוחזק בידו בשעת המחאה, אך כשדרכו ועשו יין כיון שלא היה בידו יין – אינו נוטל. וממילא נסתלקה תמיהת התוס'; קצות. **הנתיבות** (ב) כתב שהקצות לא שם לב למקורו של התוס', שהמח' אם שינוי קונה בגזלן גמור היא בב"ק צד. ובו ודאי ששמואל ורב יוסף סברו ששינוי קונה וגם לא שייך כלל להקשות ממ"ד ששינוי אינו קונה כמ"ש תוס' (ב"ק סו: 'מי איכא ע"ש'), והם הקשו מב"ק צה. שנחלקו ברחל וגזזה שלא קנה גוף הרחל בגזיזה וג"כ אינו יכול לומר שלי אשבח ומי"מ סבר רבי יהודה שאינו מחזיר הגזיזה משום שיש שינוי בשבח ויש בו משום תקנת השבים. ויש מ"ד שמחייב להחזיר הגזיזה אף שיש שינוי בשבח שסבר ששינוי במקומו עומד. והמחייב הוא מטעם קנס והפטר הוא משום תקנת השבים. ומזה הקשה תוס' שפיר שכאן שלא קנו הירשים גוף הגזלה ודאי שלמ"ד שבגזיזה חייב לשלם השבח מכ"ש כאן כיון שלא התכוונו לקנות גוף הגזלה ודאי שחייב לשלם השבח כיון שאין לו תקנת השבים.

כמה משלמים כשהפסידוהו: נתיבות – משלמים לו דמי ענבים בצורים. לבוש וסמ"ע – משלמים לו דמי ענבים על העץ. **הר"ן ונמו"י** כתבו שבדרכים והיין נפסד יתנו לו שבח ענבים בצורים, והסביר הר"ן שכיון שבצרום זכה בשבח הבצירה ועתה שלא נתן להם רשות לדורכו הפסידוהו בכך. אך **הטור** כתב שמשלמים ענבים כמו שהיו לפני הבצירה. **הפרישה** הסביר שאע"פ ששבחו בתחילה בבצירה והיה לבכור חלק מ"מ עתה שנשתנו ונתקלקלו ע"י הדריכה קנאום בשינוי, והוי ככל גזלן שמשלם כשעת גזילה (ב"ק צג:). ומשעת בצירת הענבים התחילה הגזילה. **הלבוש והסמ"ע** (יד-טו) ביארו דברי הרמ"א "שלא עשו בהם שינוי" היינו שרק חתכום ממקום חיבורם והענבים עצמם לא השתנו בצורתם. ו"עשו בהם שינוי" היינו שדרכום. אולם, **הנתיבות** (ג) כתב שהעיקר ב"ר"ן שמשלמים שיווי הענבים אחר הבצירה, דכבר קנה הבכור שבח הבצירה. ומ"ש בפרישה שבהתחלת בצירה התחיל הגזילה, תמוה שהרי זה דומה ליתברה או שתייה המבואר בב"ק סה. שמשלם כשעה שהוציאו מהעולם.

מה הדין כשנתקלקל מאליו? סמ"ע – בכל ענין אינו מפסיד, אף במקרה שלא שינו ואילו היה משביח היה נוטל השבח; וכ"כ הטור. **נתיבות** – **ההפסד עליו**, שהרי אפי' גזלן גמור א"צ לשלם הפירות שהרכיבו מקצתן, אם לא שהרכיבו כולן שאז קנאם בשינוי. ואפילו בהרכיבו לגמרי קשה כיון שהגיע זמנם לבצור והם לא נתכוונו לבצור על מנת לגזול הפירות עצמם רק שרצו לזכות בדמי השבח שהדין בהם שהבכור נוטל השבח ונותן הדמים וכיון שיש להם רשות לבצור היו רשאים לבצור כדין שותפות (ע"י קעו יד) ומניין שיהיה להם דין גזלנים לקנות בשינוי?! והטור מייירי כשהתקלקלו הענבים ע"י הבצירה, כגון שבצרום קודם שהגיע הזמן לבצור.

* **החידוש בבכור - התיבות** (ב) העיר מדוע נקט הדין בבכור הרי אפילו בפשוט לפשוט הדין כך שקנאו בשינוי! אלא רבותא קמ"ל שאף נגד בכור שלא התכוונו הירשים לגזול הגוף רק שלא השגינו על מחאתו, והתכוונו שיהיה דין בהשבח שהבכור נוטל ומשלם דמיו, וקמ"ל שאף שלא קנו גוף הדבר כיון שלא התכוונו לקנות, מ"מ קנו השבח משום תקנת השבים, וכמו בתקוף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה (ב"ק צז.), שמייירי ג"כ שלא רצה לקנות גוף הספינה כמ"ש השיטמ"ק (יאי נחית'), ואפ"ה א"צ להחזיר השכר משום תקנת השבים, כמבואר בסימן שס"ג ע"ש בסמ"ע י"ג.

סעיף ז

אין הבכור נוטל פי שנים במלוה, אף על פי שהיא בשטר ואף על פי שגבו קרקע בחוב אביהם. (היה לו שותפות ביד אחרים, מקרי מוחזק) (מהרי"ק שורש קמ"ה). היה לאב מלוה ביד הבכור, הרי זה ספק אם נוטל בה פי שנים הואיל וישנה תחת ידו, או לא יטול הואיל ומחמת אביו ירשה ועדין לא באה ליד אביו. לפיכך לא יטול ממנה אלא חצי חלק בכור. בד"א, במלוה שלא במשכון. אבל במשכון נוטל פי שנים, דכמוחזק דמי אפילו משכנו בשעת הלוואתו. (וי"א דוקא במשכון של ישראל, אבל במשכון של עובד כוכבים לא מקרי מוחזק אלא אם כן חלוט לו המשכון) (מהרי"ק הנ"ל). ואם המלוה על משכונא של קרקע, באתרא דלא מסלקי, שקיל בה פי שנים; והוא דלא מטא זימנא בחיי אביהם. הגה: ומקרי גם כן מוחזק לגבי לזה, ובכור הלזה נוטל פי שנים כשחוזר ללוה (בית יוסף בשם תשובת הרשב"א).

1. אין בכור נוטל פי שנים במלוה, אע"פ שהמלוה בשטר ואע"פ שגבו קרקע בחובו.

ב"ב קכד. אמרינן שלרבי בכור נוטל פי שנים במלוה, ובעמוד ב' אמר רב יהודה אמר שמואל: אין בכור נוטל פי שנים במלוה. למאן? וכו' לעולם לרבנן, ואצטריך, סלקא דעתך אמינא: מלוה כיון דנקיט שטרא כמאן דגביא דמיא, קא משמע לן. שלחו מתם: בכור נוטל פי שנים במלוה אבל לא ברבית וכו' לעולם רבנן היא, ומלוה כמאן דגביא דמיא. אמר ליה רב אחא בר רב לרבינא, איקלע אמימר לאתריין ודריש: בכור נוטל פי שנים במלוה אבל לא ברבית. א"ל: נהרדעי לטעמייהו, דאמר רבה: גבו קרקע - יש לו, גבו מעות - אין לו; ורב נחמן אמר: גבו מעות - יש לו, גבו קרקע - אין לו. מבואר שלדעת רבי בכור נוטל פי שנים במלוה, ולדעת רבנן נחלקו האם חוב חשיב כמוחזק או לא. ואיפסיקא הלכתא בדף קכה: "אמר רב פפא, הלכתא: אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק, ואין הבכור נוטל פי שנים במלוה - בין שגבו קרקע בין שגבו מעות, ומלוה שעמו - פלגי".

2. **היה לאביו שותפות עם אחרים** - נוטל פי שנים, דחשיב מוחזק שהרי ממונו בעין, ואע"פ שיש לו שותפות עם אדם נוסף - לא גרע.

3. **מה דין 'עסקא' שפלגא מלוה ופלגא פקדון?** דברי ריבות, נתיבות, חוט שני - מיקרי ראוי, שהרי מחוסר גוביינא ולא הני מעות שבק אבוהון. רדב"ז, פנ"י - לגבי הפלגא פקדון מיקרי מוחזק ונוטל פי שנים, ולגבי הפלגא מלוה מיקרי ראוי. שער המשפט, שבז"י - מיקרי מוחזק בהכל, ונוטל פי שנים אפי' בפלגא מלוה; פת"ש ד.

4. **שטרי חוב של מדינה:** פת"ש בשם נודע ביהודה (לד) מקרי מוחזק, שהרי אין השער שווה והוא עולה ויורד, ואע"פ שהמדינות ממושכנות לחובות הללו, הרי אין גובים אלא מעות, ואין ספק שמקרי ראוי.

5. **מה הדין כשיצא על אביהם שט"ח והבכור רוצה שיפרעו מהראוי כדי שיטול פי שנים במוחזק, והפשוטים רוצים לפרוע מהמוחזק, כדי שיחלקו בשוה את הראוי?** נודע ביהודה, חת"ס - משלמים לפי ערך הממון, כלומר שאם יש נכסים בשווי מאתיים זוז מוחזק ובשווי מאה ראוי, והחוב הוא שלשים זוז - משלמים כ' מהמוחזק וי' מהראוי. וטעמו של דבר מפני שכל הנכסים השתעבדו לבע"ח, ואף ההלוואות משועבדות גם בלא שעבודא דר' נתן כיון שעיקר פרנסתנו ומחייתנו היא על החובות ואף הבע"ח עליהם סמיך. אמנם, כל זה נכון כשכבר גבו את החובות, אך אם לא גבו אותם עדיין והבע"ח אינו רוצה לקבל שטרות, הרי זה תלוי במח' השו"ע והרמ"א עם הש"ך בסי' קא האם כופין את המלוה לקבל שטרות, דלדעת השו"ע והרמ"א כופין ולדעת הש"ך אין כופין, ולדעת הש"ך יש כאן מקום עיון. פני יהושע - משלמים הכל מהמוחזק והבכור יפסיד; והובאו דבריהם בפת"ש ה.

6. חוב שיש לאב על הבכור - הרי זה ספק, ונוטל פי שנים כנגד חצי מהחוב.

ב"ב קנו. "ומלוה שעמו - פלגי", הרשב"ם פירש דהוא ספק האם מקרי מוחזק ראוי ככל חוב, או שכיון שהוא תחת ידו והוא רוצה להקנותו לאביו לגמרי כדי שיטול בו פי שנים מקרי שהאב מוחזק בה, והוי ממון המוטל בספק וחולקים. **תוס' הקשו** שלא קי"ל כסומכוס, אלא שהמע"ה, ותרצו דהכא הוא תקנת חכמים מיוחדת שיחלקו בשוה. הרי"ף הביא ב' פירושים לפלג' או שהכוונה שהבכור נוטל פי שנים בכלול דחשיב מוחזק, או שחולקים מספק כרשב"ם. וכתב הנמוקי"ש שהעיקר כפי רשב"ם, דאי כפי קמא הוה ליה למימר 'נוטל'. וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע.

7. חוב שיש עליו משכון – מקרי מוחזק, ולא שנה אם משכנו בשעת הלוואתו או לא.

ר"ח, רשב"ם (קכד:), מ"מ (נחלות ג א) ורבינו ברוך (מרדכי) כתבו שאם תפס משכון תמורת החוב אף לרב פפא בכור נוטל פי שנים, כיון שקי"ל (גיטין לז) בע"ח קונה משכון. והוסיפו המ"מ והטור שחשיב מוחזק. רבינו ברוך נימק שבב"מ מח:- מט. ובשבויות מד: כתוב שמלווה במשכון אינו משמט משמע שכגובי דמי. הש"ך (ו) הוסיף אפילו שיש עליו גם שטר.

המהרי"ק (סימן קמה) והטור כתבו שמדובר אף במשכנו בשעת הלוואתו, וכתב המהרי"ק שכן דרך סתם מלווה במשכון. וכ"פ **השו"ע**. **הב"ח** כתב שאע"ג שבע"ח שקונה משכון זה רק במשכנו שלא בשעת הלוואתו (ב"מ פב.), א"כ כיון שבמשכנו שלא בשעת הלוואתו קונה לגמרי, אז גם בשעת הלוואתו יש שעבוד חזק, ונחשב מוחזק, וכ"פ **תוס'** (ב"מ פא: יוהא אידי) והביאו ראיות לזה. וכ"כ **הסמ"ע**. וכעין זה כתב **תוס'** (ב"מ סז: יושביעית) שגם שלא בשעת הלוואה נחשב "של אחיך בידך" (בספרי: "ואשר יהיה לך את אחיך תשמט ידך" – ולא של אחיך בידך) בגלל משכון שלא בשעת הלוואה. ומשמע מדבריהם שהוא נחשב קנוי לו קצת. **הש"ך** נקט **משכון חשיב כמוחזק בגלל ששעבודו בידו**, ואין זה קשור כלל לשאלה האם קונה קצת או הרבה, והבין כן את דברי הראב"ד שהובאו בטור שאף באתרא דמסלקי אם גובה מגוף הקרקע מקרי מוחזק, שטעמו שכיון שנמצא ששעבודו היה בידו אין זה נחשב ראוי. **בקצות (ח) כתב להדיא דבעינן קנין בגוף המשכון כדי שיחשב מוחזק**, ונראה שהבין שזה כוונת הב"ח והסמ"ע שכיון שבמשכון שלא בשעת הלוואתו קונה קנין גמור, למדנו שאף בשעת הלוואתו קנוי לו לקצת דברים (והש"ך חולק בזה וסובר שאינו קנוי לו כלל). **וכן דעת הנה"י (ה)** שבעינן דוקא קנין במשכון, ואתרא דמסלקי הוא מטעם שבמשכון לכו"ע בע"ח למפרע הוא גובה, וכשגבה קרקע נמצא למפרע שהייתה מוחזקת בידו של אביו, ולא הוי ראוי.

8. מה הדין במשכונות של גוים? רמ"א – אינו מוחזק א"כ הוא חלוט לו; כ"כ בשם המהרי"ק. והסכימו עמו הקצות והנה"י. ש"ך (ח) – צ"ע, לשיטתו שאין דין זה תלוי בקנין, אלא כיון ששעבודו בידו מקרי מוחזק ולא ראוי, א"כ גם במשכונות של גוים הרי שעבודו בידו. וכתב שכאשר קיבל עליו אחריות אף מהרי"ק מודה, שהרי בכה"ג הישראל עובר עליו בפסח! והקצות והנה"י דחו דבריו דשאני חמץ שהחמירה בו תורה שאף 'דבר הגורם לממון כממון דמי', משא"כ בכל התורה כולה שאינו כממון, ואינו קנוי לו. הנה"י כתב ליישב דברי הש"ך, שהרי חזינן שיש חילוק בין פקדון של גוי למשכון של גוי לענין חמץ, שבראשון עובר אך אינו נאסר בהנאה לאחר פסח ובמשכון נאסר בהנאה, ומוכח שטעם החילוק הוא שמשכון קנוי לו קצת ולכן חכמים קנסוהו וא"כ אף לענין בכור חשיב מוחזק! אולם, דחה דבריו וכתב שטעם החילוק הוא מפני שבמשכון אף אם נאסרהו בהנאה לא יהיה בכך קנס לישראל, שיכול לומר לגוי – הרי שלך לפניך. אולם, במשכון כיון שנאסר בהנאה בגלל הישראל אין העכו"ם חייב לשלם לו את דמי החוב, ונמצא שיש טעם לקנסו ולאסרו בהנאה.

9. חוב שיש עליו משכון קרקע, שהמלווה אוכל פירותיה בנכיתא:

א. באתרא דלא מסלקי, כלומר שאין הלוח יכול לסלקו במעות בתוך הזמן הקצוב למלווה לאכול פירותיו, **ולא תם הזמן הקצוב לאכילת פירות בחיי אביהם** – מיקרי מוחזק ונוטל פי שנים. דאם הגיע הזמן בחיי אביהם הרי היא כפדויה ואינה ברשותו.

ב. באתרא דמסלקי, כלומר שיכול הלוח לסלקו במעות כשירצה, מקרי ראוי ואינו נוטל פי שנים.

כאשר גבה את הקרקע בחובו – אף באתרא דמסלקי מקרי מוחזק ונוטל פי שנים; כ"כ הטור בשם הראב"ד והביאו הש"ך, קצות ונה"י. הש"ך למד מכאן שכל היכא ששעבודו בידו מקרי מוחזק, ונה"י דחה דבריו וכתב שהטעם הוא מפני שבמשכון לכו"ע אמרינן שבע"ח למפרע הוא גובה, ונמצא שהיה בידו של אביו בחיינו והוי מוחזק.

כאשר הבכור חייב לאביו ומשכון לו קרקע באתרא דמסלקי, האם יכול לפרוע לאחים קרקע במקום שיש לו מעות, כדי שיוכל ליטול פי שנים? קצות – כן, דבכה"ג חשיב כיש לו פסידא, דמבואר שיכול לסלק בקרקע אע"פ שיש לו מעות. נתיבות – לא, דבאפותיקי סתם אינו יכול לסלקו אלא במעות, ומשכונא הוי כאפותיקי סתם.

ב"מ סז: "רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע אמרי תרווייהו: האי משכנתא, באתרא דמסלקי – אין בעל חוב גובה הימנה, ואין הבכור נוטל בה פי שנים, ושביעית משמטתה. ובאתרא דלא מסלקי – בעל חוב גובה הימנו, ובכור נוטל בו פי שנים, ואין שביעית משמטתה". **הר"י מגש** (ב"ב קכה:) כתב שדין זה הוא דוקא כשלא הגיע הזמן בחיי אביהם, אך אם הגיע הזמן בחיי אביהם בכל ענין אינו נוטל. אולם, **הרשב"א** כתב שהדין שאינו נוטל באתרא דמסלקי הוא דווקא כשיכולים לסלקו מיד, אך בסתם מקומות שסתם משכון שנה ואינם יכולים לסלקו בתוך השנה הוי כמכר לעולם, ואפילו אם עבר הזמן מקרי מוחזק, דכשהמשכון פודהו חושבים אותו כחוזר ללוקח, וכ"ש במקום שלא מסלקים אפילו אחר שהגיע זמנו. **הב"ח והפרישה הבינו שהטור הביאו כחולק על הר"י מגש**, וכן הבין **הנה"י (ז) בדעת הטור**, אך כתב **שלדעתו נראה שלא פליגי** שהר"י מגש דיבר כשגובה מפירות הקרקע, שבמקום שלא מסלקים גובה אף מפירות, ולכן כשכבר הגיע זמן שאינה מכורה לו עוד לפירותיה, מקרי ראוי. אולם, **הרשב"א** דיבר כשגובה חובו מגוף הקרקע או ממעות, והמעות שגובה הוי כמוחזק מפני שכשפודה אותו הוי כחוזר וקונה, וא"כ מה לי אם פודה בתוך הזמן או לאחריו ולכן הוי מוחזק גמור.

10. משכנתא באתרא דלא מסלקי, מקרי מוחזק אף לגבי הלוה ובכורו נוטל בה פי שנים, כיון שגוף הקרקע שלו הוא. ונמצא שבכה"ג חשיב מוחזק גם כלפי הלוה וגם כלפי המלוה. כ"כ הרמ"א בשם הרשב"א בתשובה, והביא ראיה מגיטין מח: "תניא בכור נוטל פי שנים בשדה החוזרת לאביו ביובל".

סעיף ח

בכור שמכר חלק בכורה קודם חלוקה, ממכרו קיים מפני שיש לבכור חלק בכורה קודם חלוקה. לפיכך אם חלק עם אחיו במקצת נכסים, בין בקרקע בין במטלטלין, ונטל חלק כפשוטו, ויתר בכל הנכסים ואינו נוטל בשאר אלא כפשוטו.

1. יש לו לבכור חלק בכורה קודם חלוקה.

2. לכן, אם מכר חלק בכורתו קודם חלוקה – מהני.

3. כמו כן, אם חלק עם אחיו במקצת הנכסים וויתר על חלק בכורתו ונטל כפשוטו – אמרינן שויתר על בכורתו בכל הנכסים, דכיון שיש לו חלק בבכורה באותה שעה וויתר עליה – א"כ ויתר על כל חלק בכורתו, שהרי לא פירש שהוא מוותר רק כאן, וכמו שיתבאר בסעיף הסמוך.

ב"ב קנו. "אמר רב אסי: בכור שנטל חלק כפשוטו – ויתר. מאי ויתר? רב פפא משמיה דרבא אמר: ויתר באותה שדה, רב פפי משמיה דרבא אמר: ויתר בכל הנכסים כולן. וכו' ורב פפי משמיה דרבא אמר ויתר בכל הנכסים כולן, קא סבר: יש לו לבכור קודם חלוקה, ומדאחיל בהא אחיל בכולהו. והא דרב פפי ורב פפא – לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר; דההוא בכור דאזיל זבין נכסי ידיה ודפשוט וכו' אתו לקמיה דרבא, אמר להו: לא עשה ולא כלום; מר סבר: לא עשה כלום בפלגא, ומר סבר: בכולהו. **שלחו מתם:** בכור שמכר קודם חלוקה – לא עשה כלום. אלמא, אין לו לבכור קודם חלוקה. **והלכתא:** יש לבכור קודם חלוקה. מר זוטרא מדרשבא פלג בצנא דפלפלי בהדי אחין בשוה, אתא לקמיה דרב אשי, אמר ליה: הואיל ויתרתה במקצת – ויתרתה בכל הנכסים כולן". וכתב הרא"ש (סי' יד) "ותימה הא פסקינן לעיל דאין נוטל פי שנים במלוה וכו' דמתנה קריה רחמנא ועד דמטי לידיה אלמא אין לו לבכור קודם חלוקה!! וי"ל דטעמיהו דרבנן מבכל אשר ימצא לו כדתניא לעיל פרט לשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן, והא דמיייתי לעיל קרא לתת לו פי שנים משום דתרווייהו קראי צריכי דאי לא כתב אלא לתת לו ה"א דאתא למימר שאם אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי ואי לא כתב נמי אלא בכל אשר ימצא לו הוה מוקמינן ליה בשבח שהשיבו יורשים ומגלו השתא תרווייהו אהדדי וממעטינן דבר שאינו מצוי כגון שבח דלענין דבר שאינו מצוי קרייה רחמנא מתנה אבל דבר המצוי לא ממעטינן דשפיר הוי ברשותו קודם חלוקה כדאמר לעיל דדיקלא ואלים ארעא ומסקא שרטון לא מיקרי ראוי. **והא דויתר בדבור בעלמא בלא קנין משום דמתנה קרייה רחמנא,** ובאמירה בעלמא אם אמר אני רוצה לבטלה יכול להסתלק וזכו אחין בחלקו. **וכ"כ רב אלפס ז"ל** דלא אמרינן יש לו לבכור קודם חלוקה אלא במאי דאתאי לידיה דאביו ואיתיה השתא ברשותו אבל מלוה דליתיה ברשותיה לא שייכא בהאי מילתא. וכן כתב **רב האי גאון ז"ל** כי האי סברא". **וכתב הטור** שדווקא מחלק בכורתו יכול להסתלק בדבור בעלמא בלא קנין דמתנה קריא רחמנא, אך חלק פשיטותו אינו יכול להסתלק ממנו אלא בקנין ופשוט הוא.

סעיף ט

במה דברים אמורים, בשלא מיחה. אבל אם מיחה באחיו ואמר בפני שנים: ענבים אלו שאני חולק עם אחי בשוה לא מפני שמחלתי חלק בכורה, הרי זו מחאה ולא ויתר בשאר נכסים. ואפילו מיחה בענבים כשהם מחוברים ובצרום וחלקום בשוה, לא ויתר בשאר נכסים. אבל אם דרכום וחלק עמהם בשוה ביין, ולא מיחה בהם משנעשה יין, ויתר (פי' ענין ויתר הוא השתיקה והמחילה על דבר שיש לו עליו טענה אם ירצה) בשאר נכסים. הא למה זה דומה, למי שמיחה בענבים וחלק עמהם בזיתים, שהרי ויתר בכל, וכן כל כיוצא בזה.

1. דין זה שאם ויתר על חלק בכורתו במקצת – ויתר בכל הנכסים, נכון רק כששתק ולא מיחה. אולם אם מיחה ואמר שרק בדבר זה הוא מוותר וחולק כפשוטו, אך לא בשאר דברים מהני, ונטל חלק בכורתו בשאר דברים.

2. אם מיחה כשחלקו דבר אחד, ואח"כ כשחלקו דבר שונה לגמרי שתק – הרי זה וויתר, שהרי זה ויתור חדש ואמרינן שויתר בכולו.

3. אם מיחה בענבים מחוברים ובצרום ושתק בשעת חלוקתם – לא ויתר בשאר נכסים, שהרי זה דבר אחד שלא חשיב שינוי. אך אם דרכום ועשו מהם יין ושתק – אמרינן שויתר, שאמרינן שיש כאן ויתור חדש כמו כששתק שחלקו בדבר אחר.

ב"ב קנו. "אמר רב הונא אמר רב אסי: בכור שמיחה – מיחה. אמר רבה: מסתבר טעמיה דרב אסי – בענבים ובצרום, זיתים ומסקום, אבל דרכום לא; ורב יוסף אמר: אפילו דרכום. דרכום, מעיקרא עינבי השתא חמרא! כדאמר רב עוקבא

בר חמא: ליתן לו דמי היזק ענביו, ה"נ נותן לו דמי היזק ענביו". **בסעיף ו הבאנו את פירושו של הרשב"ם**, שהביאו הרמ"א להלכה. **אולם, ר"ח, הר"י מיגש והרמב"ם** פירשו את הגמ' באופן אחר, וכן פסק כאן השו"ע. ונראה שלא פליגי, ולכן אע"פ שהביא הרמ"א את פירושו לעיל לא השיג כאן, כיון שבי' הפירושים הללו יכולים להפסק יחד לדינא. וכן נראה מדברי הנתיבות (ח).

וזה לשון **הר"י מיגש**: "**שם הקדים קודם לכן** ואמר לאחיו אני איני מוותר מחלק בכורה כלום אף על פי שראינוהו אחר כך שנטל חלקה כפשוט במקצת נכסים אין אנו אומרים שכבר וויתר בכל הנכסים אלא באותו מקצת בלבד שנטל חלק כפשוט הוא דווקא ולא בשאר כל הנכסים הואיל וכבר מיחה קודם לכן וכו' ועלה אמר רבה מסתברא מילתיה דרב אסי בענבים ובצרום שאף על פי שמחוברין היו קודם לכן ועכשיו לא, כיון שלא נשתנה הגוף מחמתו עומדת במקומה ואין צריך למחאה אחרת. אבל דרכום צריך הוא לחדש מחאה אחרת, ואם לא חדש אותה מחאה שהקדים קודם לכן אינה מועלת לו עכשיו וכו'. ורב יוסף אמר אפילו דרכום. ומתמהינן דרכום מעיקרא ענביו והשתא חמרא, ואמאי אינו צריך לחדש מחאה אחרת? ומתמהינן ליתן לו דמי היזק ענביו, כלומר הא דרב יוסף קיימא בשלא היה יודע בדריכתו, והרי הוא מבקש מהן עכשיו דמי היזק ענביו, ולפיכך לא נסתלקה אותה מחאה בדריכה זו שהרי לא ידע בה שיחדש בה מחאה אחרת. אי נמי יש לפרש הא דאמרין ליתן לו דמי היזק ענביו כלומר שכיון שלא על דעתו דרכום והרי הוא מבקש מהן דמי היזק ענביו ונתברר בכך שאותה דריכה אינה שבח אצלו, נעשית אותה דריכה כאילו אינה וכאילו הן ענבים אצלו עכשיו כמו שהיו קודם לכן ולפיכך קודם לכן צריך לחדש מחאה אחרת". לפירושם יוצא שרב ורב יוסף נחלקו והלכה כרבה שכאשר דרכום צריך מחאה אחרת.

הקצות הקשה מדוע צריך מחאה כשדרכום, הרי כיון שויתר על חלקו בענבים שוב אינו יכול ולדרוש מהיין פי שנים וא"כ מדוע שיצטרך למחות שוב ונשאר בצ"ע. והנתיבות ביאר כמו שמוכח מדברי הר"י מיגש שהבאנו שאין פירוש 'בכור שמיחה' שהוא מודיע שהוא מוחל על חלקו כאן ולא במקום אחר, אלא שהוא מודיע שהוא אינו מוחל על חלק בכורה, אך לא אמר להדיא שהוא מוותר ומתחייב לחלוק בשווה, ולכן עד שעת חלוקה שיטול בשווה – אין פה מחילה.

סעיף י

יצא עליהם שטר חוב, בכור פורע בו פי שנים. ואם אינו רוצה ליטול פי שנים ולא לפרוע פי שנים, רשאי. ונפקא מינה שאם שאר היורשים קטנים, או אינם כאן, שאין בעל חוב יכול לגבות ממנו אלא כפי החלק הפשיטות, ויש מי שאומר שאם רוצה לחזור בו אינו יכול. הגה: היו לו קרקעות משועבדים לאחרים מקרי מוחזק. אבל אי חייבים למלך מלך מס, ודרך המלך ליקח הקרקע בעד המס, מקרי ראוי. אבל במקום שאין דרך המלך כך, מקרי מוחזק והבכור נוטל בו פי שנים (נ"י פרק חזקת). היה לו קרקע מהיום לאחר מיתה, או שנגזל לו קרקע שאינה נגזלת, ואפילו נגנבו לו ספרים שמסתמא אינו מ"אשם, מקרי מוחזק (נ"י ומרדכי ריש פרק יש נוחלין).

1. שט"ח שיצא על היתומים, מכח חוב אביהם – הבכור פורע בו פי שנים, שהרי כל נכסי אביהם משועבדים לחוב זה, וכיון שהוא נוטל פי שנים בנכסים צריך לשלם פי שנים. ואם רצה שלא ליטול פי שנים בנכסים ולא לפרוע החובות פי שנים – רשאי, דחלק בכורה מתנה קריה רחמנא, ויכול אדם לומר שאינו רוצה במתנה כל זמן שלא הגיעה לידו; סמ"ע.

ב"ב קכד. "ירשו שטר חוב - בכור נוטל פי שנים, יצא עליהן שטר חוב - בכור נותן פי שנים, ואם אמר: איני נותן ואיני נוטל – רשאי". ופי' רשב"ם "פי שנים מכל ירושת אבי שהריני מוחל חלק בכורה ואטול חלק כפשוט וכו' דסלקא דעתך כיון דבכור הוא זכי ליה רחמנא פי שנים ואינו יכול לומר איני חפץ שיהיו שלי דבעל כרחו הרי הן שלו וכו' קא משמע לן דבעל כרחו לא זכי ליה רחמנא דכתב 'לתת לו' כעין מתנה אם ירצה לקבלה ואם ימחה שלא לקבל אין מזכין לו לאדם בעל כרחו דלא קרייה רחמנא ירושה אלא מתנה. אבל מחלק פשיטותו אינו יכול לומר כן שהרי יורש הוא בעל כרחו". הנפק"מ היא כששאר היורשים קטנים או שאינם כאן ואין בע"ח יכול לגבות ממנו אלא כחלק הפשיטות. הסמ"ע הביא נפק"מ נוספת בשם ר"ת והיא שאם יש למלוה חוב רק על הבכור – רשאי לומר שאינו רוצה לזכות בחלק בכורה, וממילא לא יוכל בע"ח לגבות את כל חובו.

הקצות הקשה מדוע לא כייפינן ליה לתבוע חלק בכורתו כדי לקיים פריעת בע"ח מצוה, שהרי קי"ל בסי' ט לגבי שוחד שכופין אותו לתבוע כדי שיהיה לו ממה לשלם לבע"ח?! ותיירץ בב' אופנים: א. בחוב של אביהם קי"ל שאין מוטל עליהם לפרוע חובתו אלא מהממון שירשו ממנו, וממילא אין הוא חייב לירש כדי לפרוע חובו. ב. בחוב של עצמו – כיון שקי"ל שמיד שויתר על חלק בכורתו אינו יכול לחזור בו, א"כ אע"פ שלכתחילה אין זה ראוי, אך כיון שכבר ויתר – שוב אינו יכולים לכופו לתבוע חלקו, דאין לו מה לתבוע.

2. בכור שויתר על חלקו – אינו יכול לחזור ולתבוע חלק ירושתו, דין זה נכון אליבא דכו"ע דכיון שמתנה קריה רחמנא, ברגע שאמר שאינו רוצה לקבל מתנתו – הפסיד.

3. פשוט שויתר על חלקו האם מהני והאם יכול לחזור בו? שו"ע – לא מהני, דירושה קריא רחמנא ומשעה שמת אביו הרי הוא עומד תחתיו ליורשו בעל כרחו; כדעת הרשב"ם והר"י מיגש; כן מוכח כאן מדברי השו"ע

שהזכיר דברי הראב"ד רק לענין שאינו יכול לחזור בו מהיותו על חלק בכורתו; סמ"ע (כט). כמובן שאף לדבריהם יכול ליתנו במתנה או למכרו, אך אינו יכול להסתלק ממנו באמירה בעלמא. ראב"ד – כן, אך יכול לחזור בו בכל עת שירצה, דאמירתו בלבד אינה מתנה או הפקר.

כ"כ הר"י מיגש בסוגיתו, שרק בכור מהני ליה אמירת 'איני נותן ואיני נוטל', משא"כ פשוט, ואף הבכור אינו נפטר מלשלם לבע"ח בחלק פשיטותו. וכ"כ הרשב"ם. הר"י מיגש הוסיף שאין הפשוט יכול לומר כן ולהשתמש מחובתו לטרוח ולמכור את הנכסים ולשלם לבע"ח.

4. האם הבכור יכול למחול בחיי אביו חלק בכורתו? קצות – כן, נתיבות: כלפי האחים – לא, כלפי האבא – כן. **הקצות נסתפק בזה** וכתב שלכאוי תליא במח' הראשונים האם מהני סילוק מדבר שזוכה בו מהתורה: דשיטת **התוס'** שלא מהני אלא מדרבנן, ושיטת **הר"ן** דמהני אלא שבירושה לא מהני, מכיון שראוי לירש בכל שעה וחשיב כאילו בא לידו כבר, ולא מועיל סילוק בדבר שבא לידו. אך כתב שכיון שבחלק בכורה מועיל סילוק מהתורה לאחר מיתת האב, דמתנה קריה רחמנא, א"כ לכו"ע מהני סילוק אף בחייו. לשיטת **הר"ן** מפני שאף לאחר מיתת האב נתנה לו התורה רשות לסלק עצמו, א"כ כ"ש בחייו. ולתוס' אע"פ שבד"כ בדאוי לא מהני, אך כאן גילתה התורה במפורש שמהני. והביא ראיה מפשט הגמ' (ב"ב קכד.) ודברי הרשב"ם שם שכשאמר 'פלוני בני בכור לא ירש פי שנים' אתיא אפי' אליבא דר"י (שבדבר שבממון תנאו קיים) כיון שלא ידע הבכור דמחיל, ומשמע דאם ידע ורוצה למחול מהני. (אמנם, בחי' הרשב"א כתב להדיא שאינו יכול למחול, והגמ' נקטה לרבנות שאפי' יכל למחול – לא ידע דמחיל; ונראה שהקצות לא ראה דבריו כאן). והביא שבהג"א בשם הירושלמי איתא שאינו יכול למחול, אך העלה שהעיקר כשי"ד שיוכל למחול.

הנתיבות דחה ראייתו וכתב דשם איתא שהבכור יכול למחול לגבי אביו, ובכה"ג ודאי שיוכל למחול שהרי התורה נתנה לאב כח בחייו להנחיל נכסיו למי שירצה, ואסרה עליו להעביר חלק בכורה, וא"כ יש לאב בחיים חיוב בכורה כלפי הבכור, והבכור יכול למחול עליה. משא"כ לגבי האחים שמבואר ברשב"ם שא"א למחול על דבר שלא בא לעולם, וא"כ מדוע יכול למחול על חלק הבכורה (למ"ד שאינו זוכה בו מיד)? על כרחך מפני שאינו זוכה בחלק בכורתו, אלא שיש לאחים חוב כנגד חלק בכורתו, ועל חוב אפשר למחול. א"כ בחיי האב שהאחים עדיין לא ירשו את הנכסים, ולא נוצר עליהם שום חוב כלפי הבכור – לא שייך לומר שיוכל למחול על החוב שעדיין לא קיים. (בנתיבות כאן מונה יסוד שהוא חוזר עליו בכמה מקומות – שחלק בכורה אינו זכות בנכסים, אלא חוב ממוני של האחים כלפי הבכור). הנתיבות מוכיח יסוד זה מהדין שהובא בס"י רעז, יא שכאשר יש לנו ספק מי הבכור, אינו יכול לטול חלק בכורה א"כ יבוא בהרשאה. ואמאי? הרי ממה נפשך הנכסים הללו אינם של האחים, והם רק של הספיקות, ומדוע שלא נעשה יחלוק או יהא מונח?! מוכח שאין לבכור זכות ממונית בחלק הבכורה, אלא יש על אחיו חוב לתת לו כשיעור חלק בכורה. ממילא כשיש ספק מי הוא הבכור, הם יכולים לומר לכל אחד ואחד מהספיקות 'איני יודע אם נתחייבתי', ופטורים מלשלם, אא"כ יבואו בהרשאה.

5. אם היו קרקעות אביו משועבדים מכח חוב – חשיב כמוחזק, כמו שראינו בסעיף ז שאפי' משכונא חשיב מוחזק שהרי גוף הקרקע שלו. אך אם היו משועבדים למלך מכח המס, ודרך המלך ליקח הקרקע ממי שלא שילם מס בלי הבחנה כמה הוא חייב לו: אם לא שילם האב המס של אותה שנה ומת – הוי ראוי, ואם שילם המס – הוי מוחזק. אך במקום שאין המלך מוכר הקרקע אלא משכירה לאחרים עד שישלם המס, או שהוא לוקח רק כפי השיעור שהוא חייב לו – לא מקרי ראוי; סמ"ע ופת"ש בשם קהלות יעקב.

ב"ב נה. "אמר רבה, הני תלת מילי אישתעי לי עוקבן בר נחמיה ריש גלותא משמיה דשמואל: דינא דמלכותא דינא, ואריסותא דפרסאי עד מ' שנין, והני זהרורי דזבין ארעא לטסקא - זביניהו זביני. וה"מ לטסקא וכו'. אמר רב אשי: אמר לי הונא בר נתן, קשי בה אמימר: א"כ, בטלת ירושת בנו הבכור, דהוה ליה ראוי, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק! א"ל: אי הכי, אפילו טסקא נמי! אלא מה אית לך למימר? דיהיב טסקא ומית, הכא נמי דיהיב כרגא ומית". וכתב שם הנמוקי "ואסיקנא דארעא משתעבדא לטסקא וכל היכא דמית ולא יהיב טסקא בטלה ירושת בנו הבכור מכלהו ארעי דכלהו ארעתי משתעבדי אטסקא והוה מלכא כמאן דמוחזק בכלהו דהא מצי נחית ומזבין מנפשיה ואפי' בשביל דבר מועט של טסקא הן מוחזקין לו וראויין אצל יורש, מה שאין כן בשאר שעבודין דעלמא דודאי שעבוד כתובת אשה ובע"ח אינו מבטל ירושת בנו הבכור, דכיון שאין בע"ח יכול ליפרע אלא בב"ד ובשומא והכרזה וכדי חובו בלבד אלמא לית ליה בגופו של נכסים כלום אלא שעבודא בעלמא הוא דאית ליה, ונכסים הם מוחזקין ליתומים וכו"כ הרשב"א ז"ל וכו' וכו"כ הרמב"ן ז"ל".

6. נתן לו קרקע מהיום ולאחר מיתה, או שגזלו ממנו קרקע – הוי מוחזק, ברישא מפני שהגוף שלו מהיום, וכל היכא שהגוף שלו מיקרי מוחזק וכמו שנתבאר בקרקע משועבדת או ממושכנת. ובסיפא מפני שקרקע אינה נגזלת.

7. נגנבו מהאבא ספרים והוחזרו אליו לאחר מותו: רמ"א, נתיבות – הוי מוחזק. קצות, גר"א – דין זה צ"ע, דלכאוי הוי ראוי, שהרי אין ברשותו להקדישם ולמכרם.

הרמ"א פסק כן ע"פ דברי המרדכי. **הקצות הקשה** שהמרדכי מיירי רק לענין כתובת אשה, ודימה זאת למלוה שאינו חשוב כראוי לענין כתובה, וא"כ כיון שמלוה מקרי ראוי לגבי בכור, אף ספרים גנובים מקרי ראוי. (בכתובת אשה לא מקרי ראוי כיון שהחוב משועבד לאשה מכח שעבודא דר' נתן, משא"כ בבכור שאין בו שעבודא דר' נתן – מקרי ראוי). **עוד תמה על הרמ"א** שאם נאמר שמקרי ראוי מפני שאין הבעלים מתיאשים מהם, א"כ מדוע חילק בין ספרים לשאר מטלטלים שנגנבו וידוע שלא נתיאשו הבעלים מהם!! **וכתב שאפשר ליישב דברי הרמ"א** שספרים הם חפץ שאף אדם

לא מתייחס מהם, כיון שידוע שלבסוף יחזרו, שהרי רק יהודים יקנו אותם; משא"כ שאר חפצים שאנשים מתייחסים מהם וזה במקרה לא התייחס. וע"פ דברי הרא"ש והרי"ף שהתורה לא מיעטה מתנה אלא בדבר שאינו מצוי, אך בדברים המצויים אמרין שיש לבכור עוד קודם חלוקה, א"כ אף כאן דבר המצוי שאינו מתייחס לא מקרי ראוי. **אלא שסיים שלולי דברי הרמ"א** היה נראה לו שכל שאינו ברשותו למכרו ולהקדישו חשיב ראוי. (וכן משמע בגר"א (כ) שכתב שצ"ע שהרי קי"ל דשניהם אינם יכולים להקדישו, ולא קיימא ברשותו). **הנתיבות דחה דבריו**, וכתב שמהמרדכי משמע שמירי אף לענין בכור מכך שסתם דלא מקרי ראוי, וטעמו של הרמ"א שכיון שנכון לומר כאן 'הני זוזי שבק אבוהון' תו לא מקרי ראוי, וכתב שאין זה דווקא בספרים אלא ה"ה בכל אבידה שידוע שלא נתייחסו הבעלים ממנה! (ולא כמו שהביא הקצות בשם הרמ"א).

8. נשבע ליתן לו מתנה ומת: קצות – הוי מוחזק, נתיבות – הוי ראוי. הקצות למד שמכירי כהונה מקרי מוחזק, משום דהוי מתנה מועטת ואסור לו לחזור בו. ע"פ זה יצא לדון שכל דבר שאסור לו לחזור בו – מקרי מוחזק, ולכן אם נשבע ומת, או נתן מתנה מועטת ומת – מקרי מוחזק ובכור נוטל בו פי שניים. והביא שמהרי"ל בתשובה כתב להדיא לא כך, וחלק עליו מדברי התוס'. אולם, הנתיבות דחה דבריו, וכתב שבמתנות כהונה הדין הוא שתקפו כהן – אין מוציאין אותן מידו, והטעם שמתנות כהונה שייכות לכהנים, אלא שהתורה נתנה לבעלים זכות של טובת הנאה. נמצא שכאשר אסור לו לחזור בו – הרי הוא מאבד את הזכות של טובת ההנאה שנתנה לו התורה, שהרי היא אסרה עליו לחזור בו, וממילא המתנות שייכות לכהנים, ולכן אם תקפו כהן – אין מוציאין מידו. משא"כ בשאר דברים, שאע"פ שאסור לו לחזור בו לא יצא הממון מרשותו, ואף אם יתקפנו – נוציא מידו, שהרי אינו שלו! (והקצות כתב שאה"נ אף במתנה מועטת או כשנשבע לתת לו – אם יתקפנו מידו – אין מוציאין אותו מידו, כיון שאסור לו לחזור בו, והרי זה כנותן לו רשות לחזור בו).

סימן רעט

דין האומר: זה בני, או אחי או עבדי, וחזר ואמר איפכא, ובו ו' סעיפים.

סעיף א

האומר: זה בני וזה אחי, או: זה אחי אבי, או שאר היורשים אותו, אף על פי שהודה באנשים שאינם מוחזקים שהם קרוביו, הרי זה נאמן, ויירשנו. בין שאמר כשהוא בריא, בין שאמר כשהוא שכיב מרע. אפילו נשתתק וכתב בכתב ידו שזה יורשו, בודקים אותו כדרך שבדקין לגיטין. הגה: ונאמן על כל נכסים, בין אלו שהיו לו בשעה שאומר כך, אפילו נכסים שיפלו לו כשהוא גוסס (טור בשם הרא"ש).

1. נאמן אדם לומר על אנשים שלא הוחזקו כיורשיו שהם יורשיו, בין אם אומר כן בעודו בריא או שכ"מ, ואם נשתתק וכתב בכתב ידו בודקין אותו כדרך שבדקין לגיטין וכמו שנתבאר בס"ס רעז, יד.

ב"ב קלד.- משנה "האומר זה בני – נאמן וכו'". ובגמ' "זה בני נאמן למאי הלכתא? אמר רב יהודה אמר שמואל: ליורשו, ולפטור את אשתו מן היבום. ליורשו, פשיטא! לפטור את אשתו מן היבום אצטריכא ליה". ודעת הרשב"ם והתוס' שם שהנאמנות לגבי בנו היא מכיון שיבדו' לתת לו במתנה, ולכן נאמנותו היא דווקא לגבי הנכסים שיש לו באותה שעה ולא לנכסים שיפלו לו לאחר מכן. ודווקא לגבי חלק בכורה אמרינן שנאמן אף בנכסים שיפלו לו כשהוא גוסס, כיון שהוא דין מיוחד שנלמד מ"יכיר" שכאשר ידוע לנו שהוא בנו – נאמן לומר שהוא בכורו. אך אם איננו יודעים שהוא בנו – אינו נאמן לומר שהוא בנו; ורק מחמת שבידו ליתן לו נאמן.

אולם, כבר נתבאר לעיל בס"י רעז שהרא"ש (בשם רבו המהר"ם) והרמב"ם חולקים על זה, וסוברים שהדין של "יכיר" הוא לכל מילי, גם כדי לומר שהוא בנו וגם כדי לומר שהוא בכורו, ולכן האומר זה בני נאמן אף לגבי הנכסים שיפלו לו לאחר מכן, ואפי' בשעה שהוא גוסס! וכן פסקו השו"ע והרמ"א הכא ובס"י רעז.

אלא, שהרמב"ם הוסיף שאדם נאמן לומר גם על שאר יורשיו שהם יורשים אותו, ולדבריו מה שנאמר במשנה "זה אחי אינו נאמן" היינו רק לגבי שאר אחיו, אך לגבי נכסיו שלו נאמן, ולכן אמרה המשנה ש"יטול עמו בחלקו". אלא שדין זה ודאי אינו מדין "יכיר", ולכאוף הוא רק מכיון שיבדו' ליתן לו נכסיו במתנה, ולכן נאמן לומר שהוא יורשו. אלא שא"כ קשה מדוע פסקו הרמב"ם, הרמ"א והשו"ע שיוירש עמו אף בנכסים שיפלו לו לאחר מכן, והרי בכה"ג אין בידו להקנותו?! כן הקשו הלחם משנה והגר"א (א).

הקצות (ב) תירץ (ע"פ ת"י הכס"מ בפ"א ממכירה) שכיון שהוא יכול להתחייב לו אף אלפי דינרי זהב, ולשעבד לו את נכסיו לכך וממילא יטול מהם לאחר מותו – הרי זה נחשב 'בידו' אף לגבי אותם נכסים שיפלו לו בשעה שהוא גוסס. ומה שבגמ' לא תירצו כן, הוא מפני ששעבוד 'דאקני' הוא רק מדברנן (לשיטת הקצות), והגמ' דנה בשאלה מדוע התורה הייתה צריכה לחדש דין "יכיר". **ע"פ זה כתב הנהניבות** שבנכסים שיפלו לאחר מיתה – אינו נאמן לגביהם, כיון שבהם יוכלו בניו לומר 'מכח אבוא קאטינא' ואינך יכול לגבות חובתך מהם. ונראה שהסכים עם הקצות. **ובהערות על הטור בשם הקובץ שיעורים** כתבו שדין זה הוא מחמת 'הודאת בעל דין' שאדם נאמן על עצמו, וממילא נאמן לומר שאדם זה יורשו. ואין זה מחמת 'בידו' וכדו', אלא זוהי נאמנות גמורה של האדם על עצמו! ואין להקשות והרי הוא 'חב לאחריו'! דלא מיקרי חב לאחריו כיון שכל היורשים באים לירש מכוחו, ובשלו הוא נאמן! (והא דבעינן "יכיר" הוא רק לענין חלק בכורה, שהוא חוב על היורשים ובכה"ג לולי דין "יכיר" אינו נאמן שהרי הוא חב לאחריו).

רעק"א הביא בשם המהרשד"ם שאין להוציא מידי היורשים הודאים, בנכסים שיפלו לו לאחר מיתה (אמנם, נראה מדבריו שאמר כן אף בבנו, וחשש לשיטת הרשב"ם והתוס', שהשו"ע והרמ"א לא חשו לה כלל, ואף לא הביאוה בשם י"א לא כאן ולא ברעז).

2. **מה הדין כשאומר על אדם שמוחזק שאינו יורשו, שהוא יורשו? סמ"ע** – הסתפק בכך, האם דין זה נלמד לחכמים מסברא, וא"כ הוא דווקא כשאיינו יודעים דבר, אך כשראינו שהוא מרחקו והוחזק כאינו קרובו – אינו נאמן. או שמא נלמד דין זה מ"יכיר" שנאמן לומר שהוא בנו בכל ענין, וא"כ ה"ה בשאר קרובים. **קצות**: פשט השו"ע, רשב"ם – אינו נאמן, דאף מיגו של 'בידו' אינו מועיל לסתור חזקה, וכן משמע פשט לשון השו"ע כאן, וכן כתב להדיא באה"ע קנז, ז' שאם הוחזק כאחיו אינו נאמן לומר שאינו אחיו. שיטת הר"ן (קידושין), ובעל המאור (הובאה בטור אה"ע) – **נאמן**, דמיגו של 'בידו' מהני אף לסתור החזקה לגמרי, והנאמנות שלו היא מכח שיבדו' להקנות לו הממוין, ולכן אף כשמוחזקים שאינם קרוביו נאמן! **נתיבות**: אינו נאמן, מפני שאמנם דעת הרז"ה היא כמו שכתב הקצות, אך הוא דעת יחיד, כיון שבר"ן נראה שעיקר סברתו היא מפני שאינו סותר החזקה לגמרי, דאפשר שמתו אחיו וכדו'.

3. נאמנות זו היא גם על נכסים שיפלו לו לאחר מכן, שהם דבר שלא בא לעולם שאינו בידו להקנותו, וכ"ש על נכסים שיפלו לו בשעה שהוא גוסס, שאינו בר הקנאה כלל באותה שעה; רמ"א. וביארנו דין זה בתחילת הסעיף.

סעיף ב

היינו מוחזקין בזה שהוא אחיו או בן דודו, ואמר: אינו אחי ואינו בן דודי, אינו נאמן. אבל נאמן הוא על מי שהחזק שהוא בנו לומר: אינו בני, ולא יירשנו. ואפי' היו לבן בנים, אף על פי שאינו נאמן עליו לומר: אינו בני, לענין יחוס, ואין מחזיקין אותו ממזר על פיו, נאמן הוא לענין ירושה, ולא יירשנו. הגה: ואם מת הבן ואמר על בני בניו: אין אלו בני בני כי לא היה אביהן בני, אינו נאמן אף על הירושה, מאחר שאין בנו קיים (המגיד פרק ד' דנחלות).

1. כאשר אנו מוחזקים באחד שהוא אחד מהקרובים היורשים – אינו נאמן לומר שאינו יורשו; חוץ מלגבי בנו, שאע"פ שהיינו מוחזקים בו שהוא בנו – נאמן לומר שאינו בנו, כיון שלגבי בנו יש לנו דין מיוחד של התורה "כיר", והלכה כר"י שדין זה כולל נאמנות אף לפוסלו ולומר שהוא בן גרושה או חלוצה.

ב"ב קנז. "דתניא: יכיר - יכירנו לאחרים, מכאן א"ר יהודה: נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור, כך נאמן אדם לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה; וחכמים אומרים: אינו נאמן". והלכה כר' יהודה. אך דווקא לגבי בנו ולא לגבי אחרים.

2. מה הדין כשיש לבנו בנים? כשהבן בחיים – אע"פ שאינו נאמן לפוסלו לענין יחוס, דמכיון שאינו נאמן לגבי בני הבן אינו נאמן אף לגבי הבן, אך נאמן לגבי ירושה ולא יירשנו. כשהבן מת – אינו נאמן אף לגבי הירושה; רמ"א בשם ה"ה.

כ"כ הרמב"ם, לחלק בין דיני ירושה לדיני יחוס. וכתב ה"ה שיש לכך ב' טעמים: א. דווקא לגבי יחוס לא שייך לומר שבני הבן כשרים והבן ממזר, ולכן כיון שאינו נאמן לגבי בני הבן בעל כרחך אינו נאמן לגבי הבן. משא"כ בירושה שאין לבני הבן שום שייכות בה כל זמן שאביהם חי, ולכן הוא נאמן להפסיד בנו מירושתו. ב. אף אם נאמר שיש להם שייכות בירושה, אך הרי הוא יכול להפקיע את אביהם וליתן ממונו לאחרים; משא"כ בייחוס שאינו יכול לפסול. וע"פ זה כתב ה"ה שנראה לו שדין זה לא נאמר אלא בעוד אביהם בחיים, אך אם כבר מת – אינו נאמן אף לענין להפסידם ירושתם, כיון שאינו עוסק בבנו ממש, ובכח"ג לא נתנה לו תורה שום נאמנות.

3. אדם אינו נאמן לומר על בנו שהוא גוי שנתחלף; פת"ש (ב בסופו) בשם חו"י.

סעיף ג

האומר: זה בני, וחזר ואמר: עבדי הוא, אינו נאמן. אמר: עבדי, וחזר ואמר: בני, אף על פי שהוא משמשו כעבד, נאמן, שזה שאמר: עבדי, לומר שהוא לו כעבד. ואם היו קורים לו עבד בן אמה וכיוצא בדברים אלו שאין אומרים אותם בייחוד אלא לעבדים, אינו נאמן.

ב"ב קנז: "א"ר יוחנן: אמר בני הוא, וחזר ואמר עבדי הוא - אינו נאמן; עבדי הוא, וחזר ואמר בני הוא - נאמן, דמשמש לי כעבדא קאמר. וחילופיה אבית המכס: היה עובר על בית המכס ואמר בני הוא, וחזר ואמר עבדי הוא - נאמן; אמר עבדי הוא, וחזר ואמר בני הוא - אינו נאמן. מיתבי: היה משמשו כבן, ובא ואמר בני הוא, וחזר ואמר עבדי הוא - אינו נאמן; היה משמשו כעבד, ובא ואמר עבדי הוא, וחזר ואמר בני הוא - אינו נאמן! אר"י בר יצחק: התם דקארו ליה עבדא מצר מאה. מאי מצר מאה? מצר עבדא ק' זוזי".

הרשב"ם כתב הטעם שאין דרך לומר על עבדו שהוא בנו, ולכן אינו נאמן אף בתוך כדי דיבור. אולם, הטור חלק וכתב שתוך כדי דיבור נאמן לחזור בו, דקי"ל שבכל התורה כולה תכ"ד כדיבור דמי.

עוד כתב הסמ"ע שהנאמנות לומר שהוא עבדו, היינו דווקא כשאומר שהוא בנו שנולד לו משפחה, דאי לאו הכי אינו נאמן לפוסלו ולומר שהוא עבד. והט"ז כתב שמעירי בכל ענין, כיון שלא עסקין הכא אלא בשאלה האם נאמן לומר עליו שהוא עבד כדי שלא יירש אותו.

סעיף ד

היה עובר על בית המכס ואמר: בני הוא זה, וחזר אחר כך ואמר: עבדי הוא, נאמן, שלא אמר: בני, אלא להברית מהמכס. אבל אם אמר בבית המכס: עבדי הוא, וחזר ואמר: בני הוא, אינו נאמן. והני מילי דלא אתחזק אמה בבת ישראל, אבל אתחזק אמה בבת ישראל לאו כל כמיניה לומר: עבדי הוא.

כשאתחזק אמייה בבת ישראל – אינו נאמן לומר שהוא עבד, אע"פ שאמר כן בבית המכס בתחילה. וכתב הטור הטעם ידלאו כל כמיניה לאחזוקי לאמו כשפחה. מדוע נאמן לומר על מוחזק לנו כבנו שאינו בנו, הרי הוא אומר שאשתו זינתה ומחזיקה כעוברת עבירה? הסמ"ע כתב שרק בזנות האמינתו תורה, משא"כ בדברים אחרים, ולכן אינו נאמן לומר שהיא שפחה או ממזרת, (וכמו כן אינו נאמן על עצמו לומר שהוא ממזר, ולאפוקי עצמו מחזקת כשרות שלו), ולכן אם ידענו שאמו בת ישראל אינו נאמן לומר שהוא עבד. הקצות נתן טעם ע"פ דברי הנמוק"י שאע"פ שקי"ל אין אדם משיב עצמו רשע, נאמן אדם לפסול בנו, כיון שיכול לומר 'שוגג הייתי'. וכמו כן לגבי אשתו, יכול לומר שעשתה זאת בשוגג, ואף אם יאמר שעשתה כן במזיד – פלגין דיבורא, ולא האמינתו תורה אלא שזינתה אך לא שעשתה כן במזיד. ולכן אינו נאמן לומר שהיא ממזרת או שפחה.

הקצות הקשה א"כ מדוע נאמן לומר שהוא בן גרושה או חלוצה, והרי הוא פוסלה לכהונה? הנהיבות תירץ שכיון שבידו לגרשה ולפסלה לכהונה, נאמן לומר שהיא גרושה או חלוצה. אך הקצות תירץ שלומר על אשה שהיא גרושה או חלוצה אין בכך משום דבר שבערוה, כיון שאין הפסול בגופה שלא נולדה כך, והרי זה כמו שאר איסורים שע"י נאמן בהם, ולכן נאמן לומר שאשתו היא גרושה או חלוצה. אולם, לומר על הבן שהוא בן גרושה הרי זה דבר שבערוה, שהרי הוא פוסל אותו בגופו, ולכן בעיני לנאמנות של "יכיר".

סעיף ה

העבדים והשפחות אין קורין להם אבא פלוני ואימא פלונית, שלא יבא מהדבר תקלה ונמצא זה הבן נפגם. לפיכך אם היו העבדים והשפחות חשובים ביותר ויש להם קול, וכל הקהל מכירים אותם ואת בניו ועבדי אדוניהם, כגון עבדי הנשיא, הרי אלו מותר לקרות להם אבא ואימא.

כ"כ הרמב"ם.

סעיף ו

מי שהיה לו שפחה והוליד ממנה בן והיה נוהג בו מנהג בנים, או שאמר: בני הוא ומשחררה היא אמו, אם תלמיד חכם הוא או אדם כשר שהוא בדוק בדקדוקי מצוה, הרי זה יירשנו. ואף על פי כן איננו נושא בת ישראל עד שיביא ראיה שנשחררה אמו ואחר כך ילדה, שהרי הוחזקה שפחה בפניו. ואם משאר הדיוטות הוא, ואין צ"ל אם היה מהמפקירין עצמם לכך, הרי זה בחזקת עבד לכל דבר, ואחיו מאביו מוכרים אותו. ואם אין לאביו בן חוץ ממנו, אשת אביו מתייבמת. הגה: ויש אומרים דחולצת ולא מתייבמת (טור). ועיין בא"ע סימן קצ"ו. ויש אומרים דלענין ממון, המוציא מחבירו עליו הראיה (טור), וכן נראה ל"י.

1. אדם שהוליד בן משפחה ואמר ששחררה:

שו"ע: אם הוא ת"ח או אדם כשר – נאמן רק לענין ירושה. אם הוא משאר אנשים – אינו נאמן כלל, והרי הוא עבד בודאי, ואם אין לאביו בנים נוספים הרי אשתו של האב מתייבמת, ואחיו מאביו מוכרים אותו כעבד, ואינו יורש. **רמ"א (ע"פ הש"ך):** לענין איסורא אזלינן לחומרא וחולצת ואינה מתייבמת, אולם לענין ממון אזלינן בתר מוחזק, וכשאר מוחזק כגון שאין לאביו עוד בנים ונמצא שאף שאר היורשים הם ספק יורשים, שהרי אם הוא בנו של אביו אינם יורשים כלל, הוא יורש.

יבמות כב. במשנה "מי שיש לו בן מכל מקום וכו' ובנו לכל דבר, חוץ ממי שיש לו בן מן השפחה ומן העובדת כוכבים". וכתב הרי"ף בשם רב נטרונאי גאון שהני מילי בשפחה דאחרים, אבל בשפחה דידיה אמרינן דלא שביק איניש היתירא ואכיל איסורא, וחזקה א"א עושה בעילתו בעילת זנות, ולכן ודאי ששחררה קודם לכן, והרי הוא בנו גמור לכל דבר. **אולם, הביא שגאון אחר מסתפק בזה, ולכן הכריע הרי"ף** שלגבי איסורא נלך לחומרא, ונצריך את אשתו חליצה אך לא תתייבם, ומאידך לגבי ממון אזלינן לקולא ואינו יורש, ואין אחיו יכולים למכור אותו כעבד. **הרא"ש כתב שנראין לו דברי רב נטרונאי** מכח הסוגיא בגיטין לט: בעבד שרבו השיאו אשה לכו"ע א"צ גט שחרור דלא עביד איסורא, וא"כ כ"ש הוא עצמו. **אולם, הרמב"ם** (גירושין פ"י, יט) כתב "וכל הדברים האלו רחוקים הם בעיני עד מאד מדרכי ההוראה ואין ראוי לסמוך עליהן, שלא אמרו חכמים חזקה זו אלא באשתו שגירשה בלבד או במקדש על תנאי ובעל סתם שהרי היא אשתו ובאשתו הוא שחזקתו שאינו עושה בעילתו בעילת זנות עד שיפרש שהיא בעילת זנות או שיפרש שעל תנאי הוא בועל, אבל בשאר הנשים הרי כל זונה בחזקת שבעל לשם זנות עד שיפרש שהוא לשם קדושין, ואין צריך לומר בשפחה או בגויה שאינה בת קדושין שאין חוששין להן כלל והרי הבן מהן בחזקת גוי ועבד עד שידוע בודאי שנשחררה אמו או נתגירה". **והראב"ד שם השיג עליו** והסכים עם הרי"ף והגאונים לגבי שפחה.

ע"פ זה כתב הרמב"ם בהלכות נחלות שאדם שהוליד בן משפחה אע"פ שאמר ששחררה - הרי הבן בחזקת עבד עד שיביא ראיה שנשחררה אמו; אמנם לענין ירושה כתב שאם האב ת"ח או אדם כשר ומדקדק במצוות ואמר ששחררה - נאמן רק לענין ירושה. ובטעמו של דבר כתב ה"ה שכיון שבידו ליתן לו ממון במתנה, והוא אדם כשר נאמן לומר ששחררה

לענין זה. אולם, הראב"ד השיג וכתב שהגאונים נחלקו בדבר זה, ואף הם לא נחלקו אלא בסתמא כשלא אמר כלום, אך כשאמר להדיא ששחרר את שפחתו – לכו"ע נאמן ויירשנו.

השו"ע פסק כרמב"ם. השאלה כמי פסק הרמ"א, כיון שהרמ"א הביא בפשטות את דעת הרי"ף שפסק שזה ספק ואזלין באיסורא לחומרא ובממונא לקולא, וכן הוא פשטות לשון הרמ"א. **אלא שקשה מדוע כתב זה הרמ"א בשם ב' י"א? הרי ב' הי"א הללו הוא יש אומרים אחד?! הסמ"ע כתב** שהי"א קמא סובר שבממון אזלין לקולא והיינו שירשו, משא"כ י"א בתרא סובר שאף בממון אזלין לחומרא ואינו יורשו. (וצ"ע דברי"ף וברא"ש שם להדיא נקטו שבממון אזלין לקולא ואינו יורשו, וא"כ הדין שאינו יורשו מחשב כקולא!). **הש"ך כתב** לבאר דבריו בב' אופנים: האופן הראשון לאז זכיתי להבינו, והאופן השני הוא שלדעת הרי"ף לעולם אינו יורש מספק, ואפי' כשגם השני אינו יורש בודאי, כגון שהשני הוא אחי המת או שאר יורשים שאינם בני המת. אולם, הרמ"א הביא שי"א שבממון המע"ה, ולכן אזלין בתר המוחזק ורק כאשר יש לבן השפחה עוד אחים מאשה אחרת של האב – אמרינן שאינו יורש שהרי הם יורשים בודאי, ואין ספק מוציא מידי ודאי. אולם, **כאשר אין לאב זה עוד בנים, והיורשים הם אחיו וכדו' א"כ אין להם חזקה בממון ואין כאן 'מוציא' ובכה"ג סמכין על דברי האב והבן יורש.**

2. מי שזינה עם פנויה וגירשה מביתו ואח"כ החזירה ואמר שבנה ממנו – נאמן, ולא חיישינן אמר בדדמי, ושזינתה עם אחרים, סמ"ע (טו) בשם הרשב"א. והביא בשם הרא"ש שהיינו דווקא בכה"ג שהייתה משרתת שלו ורגילה עמו, לכן שדין בתר ידיה.

סימן רפ

אמר אחד: זה אחינו, או שבא אחד ואמר: אני אחיך, ובו י"ב סעיפים.

סעיף א

כל היורשים יורשין בחזקתן. כיצד, עדים שהעידו שזה מוחזק לנו שהוא בנו של פלוני או אחיו, אף על פי שאינם עידי ייחוס ולא ידעו אמיתת הייחוסים, הרי אלו יורשים בעדות זו.

1. עדי ייחוס מעידים על חזקה, אע"פ שאינם יודעים אמיתת הייחוס.

קידושין פ. "ואזדא רבי יוחנן לטעמיה, דא"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן: מלקין על החזקות, סוקלין ושורפין על החזקות, ואין שורפין תרומה על החזקות". **כ"כ הרמב"ם**, וכ"כ הרמ"א לקמן סימן רפד, א.

2. מה הדין כשהעדים מכירים מחמת קולו אך לא מכירים את פרצופו? פת"ש בשם עבודת הגרשוני – אין בעדותם כלום, ואע"פ שסמכין אטביעות עיני דקלא, דאם לא כן היאך סומא מותר באשתו, אך זה רק היכא שאין ריעותא, משא"כ הכא שאין להם טביעות עין של מראהו וצורתו פשיטא שלא סמכין על קלא; ואף רעק"א הפנה לדבריו.

סעיף ב

יעקב שמת והניח ראובן ושמעון, ולא הוחזק לו בן אלא שניהם, תפס ראובן לוי מהשוק ואמר: גם זה אחינו הוא, ושמעון אומר: איני יודע, הרי שמעון נוטל חצי הממון וראובן שלישי, שהרי הודה שהם שלשה אחים, ולוי נוטל שתות. מת לוי, יחזיר השתות לראובן. נפל ללוי נכסים אחרים, יחלקו אותם ראובן ושמעון, שהרי ראובן מודה לשמעון שלוי זה אחיהם. הגה: וכל זמן שהנכסים שלוי לקח מראובן הן בעין, או שאר נכסים הבאין מחמתו, נוטל ראובן בראש. אבל אי ליתנהו להני נכסים ולא הבא מחמתו, אין ראובן נוטל כלום בראש, אלא חולק עם שמעון בשוה (טור בשם הרמ"ה).

1. ראובן ושמעון שבא לוי ואמר שהוא אחיהם וראובן מודה לו ושמעון אומר איני יודע: ראובן נוטל שלישי, שהרי לדבריו אין לו אלא שלישי מהנכסים, ושמעון נוטל מחצה, שהרי אין ראובן נאמן בעדותו לגביו, ולוי נוטל שישית, מחצה מהראוי לו כיון אינו יכול להוציא משמעון בלא ראיה.

2. מת לוי:

א. נכסים שנטל בירושתו – מחזיר לראובן, שהרי שמעון כבר נטל את חלקו בירושת אחיו מתחילה, שהרי לא הודה לו שהוא אחיו.

ב. נכסים שנפלו לו ממקום אחר – חולקים ראובן ושמעון בשוה, שהרי ראובן מודה לשמעון שהוא אחיו.

ג. מה הדין כשהנכסים שנטל לוי מראובן אינם בעין?

סמ"ע – אם יש נכסים אחרים שיש להסתפק שבאו לו מחמת הנכסים שקיבל מראובן – נוטל מהם ראובן כמה שנתן, ואח"כ יחלקו בשווה. ואם ידוע שאינם מחמת נכסי ראובן – חולקים בשווה.

ש"ך, ב"ח – אם יש נכסים שידוע שהם באו מחמת נכסי ראובן – נוטל מהם ראובן כמה שנתן והשאר חולקים בשווה. אך אם אין ידוע – חולקים בשווה. **כ"כ הרמ"ה והביאו הטור, הב"י הקשה** שדבריו סותרים זה לזה שברישא כתב שבכל ענין נוטל ראובן בראש מנכסי לוי, ובסיפא כתב שרק כשידוע. **בדרכי משה ביאר** שאף ברישא כוונתו שנוטל ראובן רק מנכסים שבאו לו מחמת הנכסים שנתן לו, וכן **פסק הרמ"א**.

ב"ב קלד. במשנה "זה אחי – אינו נאמן, ויטול עמו בחלקו. מת – יחזרו נכסים למקומן. נפלו לו נכסים ממקום אחר – יירשו אחיו עמו". **ובדף קלה.** "זה אחי – אינו נאמן. ואידך מאי קאמרי? אי קאמרי אחונא הוא, אמאי יטול עמו בחלקו ותו לא? אלא דקא אמרי לאו אחינו הוא; אימא סיפא: נפלו לו נכסים ממקום אחר – יירשו אחיו עמו, הא אמרי ליה לאו אחונא הוא! לא צריכא דקא אמרי: אין אנו יודעין. אמר רבא, זאת אומרת: מנה לי בידך, והלה אומר איני יודע – פטור! (והרי זה מחי' אמוראים, ונמצא שהמשנה רק אליבא דר"י ולא אליבא דרב הונא, וכן קי"ל להלכה כר"י). אביי אמר: לעולם אימא לך: חייב, ושאיני הכא, דכמנה לאחר בידך דמי (שהאח עצמו אינו יודע, והוי טענת ספק. ואחיו שמודה לו הרי זו טענת מנה לאחר בידך שיכול הלה לומר לו לאו בע"ד ידידי את, רשב"ם)".

סעיף ג

השביח השתות מאליו, ואחר כך מת לוי. אם שבח המגיע לכתפים הוא כגון ענבים שהגיעו להבצר, הרי השבח זה בנכסים שנפלו מאחרים, ויחלוקו בהם. ואם עדיין לא הגיעו להבצר, הרי הם של ראובן לבדו.

1. שבח הבא מחמת המת – חולקים אותו בין כולם בשווה, דכיון שהמת טרח אין סיבה שלא יזכו בחלקו אף שאר אחיו. כן מוכח בגמ' ובראשונים, ודלא כסמ"ע (ה) שפירש שאף בשבח הבא מאליו יש חילוק; נתיבות (ב).

2. שבח הבא מאליו: אם אינו צריך עוד לקרקע, כגון ענבים שהגיעו ליבצר – חולקים בשווה. ואם הוא צריך לקרקע – נוטלו ראובן לבדו, דכיון שהוא ספק בגמ', אין ספק מוציא מידי ודאי.

ב"ב קלה: "בעי רבא: שבח ששבחו נכסים מאליהם, מהו? בשבח המגיע לכתפים לא תיבעי לך, דכי נפלו לו נכסים ממקום אחר דמי, כי תיבעי לך - בשבח שאינו מגיע לכתפים, כגון דיקלא ואלים, ארעא ואסקא שרטון, מאי? תיקו". ואע"ג שעלתה בתיקו פסקו הרמב"ם והשו"ע ששבח שאינו מגיע לכתפים הרי הוא של האח שהודה לבדו, וכתב ה"ה הטעם מפני שהוא ודאי והשני ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי.

מה הכוונה שבח המגיע לכתפים? רשב"ם פירש שהיינו שבח שלא טרח בו, דבשבח שטרח בו האח פשיטא שחולקים בשווה, שהרי זה כאילו הגיעו לו נכסים ממקום אחר. אך רבא הסתפק בשבח שבא מאליו האם יכול ראובן לומר שהשבח הגיע רק מחמת הקרקע שנתן, וא"כ הרי הוא לו לבדו או לא. **אולם, הנמוק"י כתב שהפירוש המקובל בידינו מהרי"ף והגאונים הוא כפי' של הר"י מיגש** שלא גרסו בגמ' "כגון דיקלא ואלים וכו'", ושבח המגיע לכתפים היינו שבח שאינו צריך עוד לשדה, כגון ענבים שעומדות להיבצר ותבואה העומדת להקצר, והרי הוא יכול לנוטלו ולשאתו על כתפיו. וממילא פירשו שבשבח הבא מחמת האח פשיטא שהוא לכולם בשווה, ואף בשבח שבא מאליו והגיע כבר לכתפים חולקים כולם בשווה, ולא נסתפקו אלא בשבח שלא הגיע לכתפים האם הוא חלק מהקרקע או לא, ועלתה בתיקו. **וכן נקטו הפוסקים לדינא כפי' של הר"י מיגש.**

הסמ"ע נקט שבשבח שאינו מגיע לכתפים אין חילוק בשאלה האם הוא בא מאליו או ע"י טורח האח, שהרי לא קי"ל כפירוש הרשב"ם. **אולם, הנתיבות הוכיח** מדברי התוס' בדף מב, (וכן איתא בנמוק"י כאן להדיא) שלא כדבריו, אלא שבבח שהגיע ע"י טרחת האח לכו"ע חולקים בשווה, ולא נסתפקו אלא בשבח שבא מאליו ולא הגיע לכתפים.

סעיף ד

אמר שמעון: אין לוי זה אחי, ונטל לוי בחלק ראובן כמו שנתבאר, ואחר כך מת לוי, לא יירש שמעון ממנו כלום, אלא ראובן לבדו יירש השתות עם שאר נכסים אחרים שהניח לוי.

כאשר טען שמעון בודאי שאינו אחיו – אינו יורשו בשום אופן שיהיה, שהרי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי.

גמ' ה"ל סעיף ב.

מדוע שלא יטול בנכסי אחיו, שהרי אע"פ שיש לנו הודאת בע"ד של שמעון, הרי גם יש הודאת בע"ד הפוכה של ראובן שהוא אחיהם?! כן הקשה המשנה למלך: א. קצות – הרי זה כמו תרי ותרי, ואין ספק מוציא מידי ודאי, וכיון שראובן ודאי ושמעון ספק, אין לו כלום. ב. נתיבות – הכא לא חשיב הודאת ראובן הודאת בע"ד כלפי שמעון, שהרי יש לנו ספק האם שמעון הוא יורש של לוי או לא (דאם אינו אחיו הרי יש יורשים אחרים ללוי), וכלפי היורשים האחרים לא שייך לומר שהודאת ראובן תיחשב כהודאת בע"ד, אלא הרי הוא כעד אחד. אמנם, כאשר ראובן אומר לשמעון אתה אחי ומגיע לך חלק בירושת אבי, ושמעון אומר איני אחיך ואין לי כלום בנכסי אביך, ככה"ג הוי ב' הודאות סותרות וצריך לתירוצו של הקצות.

סעיף ה

והוא הדין בכל היורשים שידו מקצתם ביורשים אחרים שלא יודו מקצתן.

סעיף ו

הרי שיושב בנחלתו, ובא אחד ואמר לו: אחיך אני חלוק עמי, וזה אומר לו: איני מכירך, נאמן, אפילו שיצא קול שיש לו אח במדינת הים.

ב"מ לט: "מרי בר איסק אתא ליה אחא מבי חוואי. אמר ליה: פלוג לי! - אמר ליה: לא ידענא לך. אתא לקמיה דרב חסדא. אמר ליה: שפיר קאמר לך, שנאמר ויכר יוסף את אחיו והם לא הכרוהו מלמד שיצא בלא חתימת זקן ובא

בחתימת זקן". וכתב הרא"ש שלא הוצרך לטעם זה, שהרי פשיטא שאינו יכול אחד מהשוק לבוא ולומר אני אחיך בלא ראייה, ולא הוצרך לראיה זו אלא מפני שיצא קול שהיה לו אח במדינת הים, ובא זה וטען אתה מכירני וסתם מכחש בי, ולכן הביא ראייה שנאמן לומר שאינו מכירו, כמו באחי יוסף.

ז-ט טומטום ואנדרוגינוס

ב"ב קמ: במשנה "הניח בנים ובנות וטומטום, בזמן שהנכסים מרובין - הזכרים דוחין אותו אצל נקבות, נכסים מועטין - הנקבות דוחות אותו אצל זכרים". ובגמ' "דוחין אותו ושקיל כבת? הא קתני סיפא: ילדה טומטום - אינו נוטל! אמר אביי: דוחין אותו ואין לו (מפני שסבר כרשב"ג), ורבא אמר: דוחין אותו ויש לו, וסיפא אתאן לרבן שמעון בן גמליאל, [דתנן]: ילדה טומטום ואנדרוגינוס - רבן שמעון בן גמליאל אומר: אין קדושה חלה עליהן (כיון שהן בריה בפני עצמה)". **וכתבו הרי"ף והרא"ש שאין הלכה כרשב"ג. טעמו של רבא** הוא שהטומטום יורש 'ממה נפשך' שהרי הוא או בן או בת, ואינו בריה בפני עצמה, ולכן תמיד אפשר לדחות אותו לקבל את החלק הכי קטן, אך א"א לדחותו לגמרי; וזהו הדין של סעיף ט.

א. מה הדין כשיש רק מין אחד וטומטום? הרא"ש כתב שכאשר יש רק בת וטומטום, והנכסים מרובים הדין הוא שנוטל הטומטום ג' חלקים והבת רביע, כיון שחצי מגיע לו ממה נפשך (שהרי אם הוא זכר הכל שלו, ואם הוא נקבה חולקים בשווה), ובחצי השני יש ספק אם מגיע לו הכל (על הצד שהוא זכר), או לא כלום (על הצד שהוא נקבה), והוי ממון המוטל בספק כשאין מוחזק שאף רבנן דסומכוס מודים שיחלוקו; **וכ"כ הטור וכן פסק הרמ"א לקמן. ע"פ זה כתב הטור שה"ה איפכא** כאשר יש רק בן וטומטום בנכסים מועטים, שהוא נוטל ג' חלקים, (דעל הצד שהוא נקבה מגיע לו הכל, ואם הוא זכר מגיע לו חצי), והבן נוטל רבע. **אולם, הרמב"ם חולק על העקרון הזה וסובר שכל מקום שיש ספק - חולקים בשווה**, ולא אומרים את הממה נפשך הזה. ולכן, בטומטום ובת בנכסים מרובים, או בטומטום ובן בנכסים מועטים - חולקים בין שניהם בשווה. והטעם שלא אמרין 'ממה נפשך' אליבא דהרמב"ם ביארו האחרונים שהוא תלוי במח' בסוגיא ביבמות לח. לגבי ספק ויבם בנכסי סבא, דטעמו של הרמב"ם דעל הצד שהוא בת כבר נטל חלקו, ולגבי החצי השני הרי הוא ספק בן שאינו יכול להוציא מידי ודאי בת את חלקה.

ב. מה הדין באנדרוגינוס? הטור כתב שלא נחלקו אלא בטומטום, אך באנדרוגינוס כו"ע מודים שהוא בריה בפני עצמה (כדאיתא ביבמות פג.), ולכן לגבי בן לעולם אין לו כלום, ולגבי בת - בנכסים מרובים יורש עמה בשווה, ובנכסים מועטים אין לו כלום. **הב"י הקשה** דכיון שאמר שלגבי בן אין לו כלום, א"כ גם לגבי בת לא היה צריך לקבל כלום! ועוד שהרי שמסוגייתנו משמע שאין חילוק בין אנדרוגינוס לטומטום לענין ירושה **וכמו שפסק הרמב"ם! ולכן פסק השו"ע** שאין חילוק בין טומטום לאנדרוגינוס לענין ירושה. **אולם, הדרכי משה ביאר** שטעמו של הטור שאנדרוגינוס הרי הוא בכלל זרע האב ולא גרע לענין ירושה מבת, ולכן במקום בן אין לו כלום. במקום בת בנכסים מרובים שאז אתינן לדין ירושה - יורש עמה בשווה. בנכסים מועטים שאין לנו דין ירושה, אינו ניזון עמה כלל, כיון שתקנת מזונות לא תיקנו אלא בדבר שכיח, ואנדרוגינוס שאינו שכיח לא תיקנו לו חכמים מזונות; **וכן פסק הרמ"א.**

ע"פ הקדמה זו - יתבאר ג' הסעיפים שלפנינו.

סעיף ז

מי שמת והניח בן וטומטום או אנדרוגינוס, הרי הבן יורש את הכל, שהטומטום ואנדרוגינוס ספק. הגה: וכן כל ודאי וספק, אין ספק מוציא מידי ודאי (רמב"ם רפ"ה וטור). ולכן ראובן שיצא בנו למדינת הים ואין יודעים אם הוא חי או לא, אין אחי ראובן יורדין לנחלה בנכסי ראובן, שמוקמין בנו על חזקתו שהוא חי. אבל אם ראובן ואשתו יצאו למדינת הים וספק אם ניתן להם בן, לא חיישינן שמא ילדו, ואחי ראובן יורשין את ראובן (ת"ה סימן שמ"ט).

1. מי שמת והניח בן וטומטום או אנדרוגינוס:

א. כאשר הנכסים מרובים, כלומר שיש בעזבון אביהם מספיק כדי לזון אותם עד שינשאו או יבגרו:

שו"ע ורמ"א - הבן יורש את הכל, שהוא ודאי והם ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי; לגבי מזונות: טומטום - לכו"ע ניזון כבנות. אנדרוגינוס: שו"ע ניזון, דאין חילוק בין טומטום לאנדרוגינוס. רמ"א - אינו ניזון, דבריה בפני עצמה הוא ולא תיקנו לו חכמים מזונות.

ב. כאשר הנכסים מועטים:

ב"י - חולקים בשווה, דממה נפשך אם הוא נקבה הרי מגיע לו הכל, ואם הוא זכר חולקים בשווה.

רמ"א (לקמן סעיף ט): טומטום - נוטל ג' חלקים והבן נוטל רבע, שהרי אם הוא נקבה הכל שלו, ואם הוא זכר חצי שלו, ונמצא שחצי שלו ממה נפשך, והחצי השני הרי הוא ממון המוטל בספק כשאין מוחזק ולכו"ע חולקים ככה"ג; כ"כ הרא"ש והטור. **אנדרוגינוס** - אינו נוטל כלום, כיון שהוא בריה בפני עצמה ובמקום בן אינו יורש כלום, ואף אינו בת ולא עשו לו תקנת מזונות; כ"כ בדרכי משה לתרץ קושיית הב"י על הטור, מדוע לא יהיה ניזון כמו בת.

2. הוא הדין בכל מצב שאחד היורשים ודאי והשני ספק – אין ספק מוציא מידי ודאי, ולכן :
3. ראובן שיצא בנו למדה"י, ומת ראובן ואין יודעים אם בנו חי, ורוצים אחי המת לרשת אותו – אינם יורשים, שמעמידים לבן על חזקתו שהוא חי, והוא ודאי יורש והם ספק.
4. ראובן ואשתו שיצאו למדה"י בלא בנים, ושמענו שמתו – מעמידין אותם על חזקתם שאין להם בנים, ואחי ראובן יורשים אותו ; כ"כ הרמ"א בשם תרוה"ד. בתורה"ד כתב הטעם שאע"פ שבכל התורה אזלינן בתר רובא, ורוב נשים מתעברות ויולדות, א"כ אמאי הכא לא ניזיל בתר רובא, שהרי אין לנו בכה"ג משהו מוחזק!! ותירץ דכיון שאין ספק מוציא מידי ודאי, הרי זה כאילו הוא מוחזק בנחלה, ובמקום חזקת ממון לא מהני רוב. אולם הקצות (ב) חלק עליו וסבר שבכה"ג מהני רוב, שהרוב אומר שודאי ילדה וא"כ ודאי שהוא אינו יורש. ועוד שדווקא בחזקת ממון שהוא מוחזק בחפץ לא מהני רוב כנגדה, משא"כ בשאר חזקות מהני רוב, וכן בחזקת מרא קמא מהני רוב נגדה, וא"כ הכא ודאי שיועיל רוב נגד חזקת יורש! אלא היינו טעמא דכיון שיש מיעוט שמפילות והמיעוט הזה הוא מחלק הרוב, שהרי מתוך הרוב שמתעברות מיעוט מהם מפילות, ונמצא שהרוב עצמו מתמעט, ובכה"ג אינו רוב אף מדאורי' (וכ"כ הרשב"א ביבמות), ולכן איננו חוששים לרוב זה ומעמידים את הנכסים בחזקתם.

סעיף ח

הניח בנות וטומטום ואנדרוגינוס, יורשות בשוה והרי הוא כאחת מהבנות.

כבר נתבאר שלדעת השו"ע דין זה נכון בכל ענין, ואילו הרמ"א חולק ומחלק בין טומטום לאנדרוגינוס :

בטומטום ונכסים מרובים – נוטל ג' חלקים, והבת רביע. בנכסים מועטים – אין לו כלום (כיון שהבנות אומרות לו שהוא בן וצריך לחזר על הפתחים). באנדרוגינוס בנכסים מרובים – חולקים בשוה, שהרי מכל מקום יש לו דין ירושה. בנכסים מועטים – אין לו כלום, דהוא בריה בפני עצמה ולא תיקנו לו כלום.

סעיף ט

מי שמת והניח בנים ובנות וטומטום או אנדרוגינוס, בזמן שהנכסים מרובים הבנים יורשים ודוחים הטומטום אצל הבנות וניזון כמותן. ובזמן שהנכסים מועטים, הבנות דוחות את הטומטום אצל הבנים ואומרות לו : זכר אתה ואין לך עמנו מזונות. הגה: ו"א דבת וטומטום, אם הנכסים מרובים הטומטום נוטל שלשה חלקים והבת רביעית. ואם הנכסים מועטים, אין לטומטום כלום. ואם יש בת ואנדרוגינוס והנכסים מרובים, חולקין בשוה. ובנכסים מועטים אין לאנדרוגינוס כלום. היו נכסים מועטים והניח בן וטומטום, הטומטום נוטל שלשה חלקים והבן רביעית. היו נכסים מרובים הבן יורש הכל, והטומטום ניזון כבת. אבל אנדרוגינוס אין לו כלום במקום בן, בין בנכסים מרובים או מועטים (טור).

1. הניח בנים ובנות וטומטום או אנדרוגינוס :

א. נכסים מרובים – בנים יורשים, ודוחים אותם אצל הבנות, והם ניזונים עמם.

ב. נכסים מועטים – בנות ניזונות, ודוחים אותם אצל הבנים לחזר על הפתחים.

כמבואר במשנה בב"ב קמ : , ואלויבא דרבא. וכמו שנתברר בהקדמה לסעיף ז.

סעיף י

נפל הבית עליו ועל אמו, יורשי הבן אומרים : האם מתה תחלה, ויורשי האם אומרים : הבן מת תחלה, מעמידים נכסי האם בחזקת יורשיה, שהם יורשים ודאים. והוא הדין לנפל הבית עליו ועל בתו נשואה, ואין ידוע איזה מהם מת תחלה, שנכסי האב בחזקת יורשי האב, ואין הבעל יורש בהם כלום.

1. **נפל הבית עליו ועל אמו**, ואין ידוע מי מת ראשון – נכסים בחזקת יורשי האם, שהרי היו בחזקתה, ורק אם היא מתה ראשונה זוכה בהן הבן, שהרי קי"ל שאין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב.

2. **נפל הבית עליו ועל בתו הנשואה**, ואין ידוע מי מת ראשון – נכסים בחזקת יורשי האב, כ"ל רק להיפך, שהרי אין לבעל חלק בהם אא"כ אשתו מתה באחרונה, שהרי קי"ל שאין הבעל יורש את אשתו בקבר ; וממילא אנו מעמידים את הנכסים בחזקת הראשונה, שהם בחזקת האב ויורשיו.

ב"ב קנח: במשנה "נפל הבית עליו ועל אמו - אלו ואלו מודין שיחלוקו. אמר ר"ע: מודה אני בזו (דהיינו אני חולק עליך, וסבורני שאף כאן ב"ה חולקים וסוברים ש) שהנכסים בחזקתך". ובגמ' "**בחזקת מי? ר' אילא אמר: בחזקת יורשי האם**; ר' זירא אמר: בחזקת יורשי הבן. כי סליק רבי זירא, קם בשיטתיה דרבי אילא. אמר רבי זירא, שמע מינה: אוירא דארץ ישראל מחכים. **וטעמא מאי? אמר אביי: הואיל והחזקה נחלה באותו שבט**". **ופסקו כולם הלכה כר' עקיבא**.

ובקנט: "בעו מיניה מרב ששת: בן מהו שיירש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב? וכו'. אמר ליה רב אחא בר מניומי לאביי, אף אן נמי תנינא: נפל הבית עליו ועל אמו - אלו ואלו מודים שיחלוקו; **ואם איתא**, נהי נמי דבן מת ברישא, לירתיה לאמיה בקבריה ולירתו אינהו לאחי מאבוח: **אלא לאו שמע מינה: אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב, שמע מינה**. וטעמא מאי? אמר אביי: נאמרה סיבה בבן ונאמרה סיבה בבעל, מה סיבה האמורה בבעל - אין הבעל יורש את אשתו בקבר, אף סיבה האמורה בבן - אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב". ומינה למדנו שהוא הדין כשנפל הבית עליו ועל בתו הנשואה, שהרי חד טעמא איתא לבן מאמו, ולבת מאביה כלפי בעלה; וכ"כ ה"ה והביאו הבית יוסף.

סעיף יא

נפל הבית עליו ועל בן בתו, ואין ידוע איזה מהם מת תחלה, יחלקו יורשי האב עם יורשי בן הבת. וכן הדין אם נשבה האב ומת בשביה, ומת בן בתו כאן, או שנשבה בן בתו ומת בשביה ומת אבי אמו כאן, ואין ידוע איזה מת קודם. (ויש אומרים דהנכסים בחזקת יורשי האב) (טור בשם הר"ר ישעיה ותשובת רשב"א סימן תשכ"ו).

1. נפל הבית עליו ועל בן בתו, שאינו יורשו אלא מכח אמו, ואין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מהאב, ולכן אם הבן מת ראשון לא ירש כלום, ואין ידוע איזה מת ראשון: שו"ע - יחלוקו. רמ"א - י"א שהנכסים בחזקתן, בחזקת האב, וכמו בסעיף שקודם לכן.

2. אותו דין הוא כאשר נשבה האב ומת בשביה ומת בן בתו כאן, או להיפך שנשבה בן בתו ומת בשביה ומת אבי אמו כאן, ואין ידוע איזה מת תחילה.

ב"ב קנט: "בעו מיניה מרב ששת: בן מהו שיירש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב? אמר להו רב ששת, תניתוה: האב שנשבה ומת בנו במדינה, ובן שנשבה ומת אביו במדינה - יורשי האב ויורשי הבן יחלוקו; היכי דמי? אילמא כדקתני, הו' נינהו יורשי האב והי' נינהו יורשי הבן? **אלא לאו הכי קאמר: אב שנשבה ומת בן בתו במדינה, ובן בתו שנשבה ומת אביו במדינה, ולא ידעין הי מינייהו מית ברישא - יורשי האב ויורשי הבן יחלוקו**; ואם איתא, נהי נמי דבן מת ברישא, לירתיה לאבוח דאמיה בקבריה ולירתיה לאחיה מן אבוח: אלא לאו שמע מינה: אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מאב". בביריתא מבואר שהדין הוא יחלוקו, אלא שקשה הרי זה בדיוק אותו דין כמו של נפל הבית שהובא בסעיף הקודם, וכמו שהגמ' בעצמה משווה אותם מיד אח"כ, וא"כ מדוע כאן הדין יחלוקו ושם הדין שהנכסים בחזקתם?! על כרחך היינו משום שהברייתא אלא בשיטת ת"ק, שאף שם פסק שיחלוקו, ולכן לדידן שקי"ל כר"ע אף כאן נכסים בחזקת יורשי האב! כן הוא הפשט, **וכ"פ הר"ן, רבינו ישעיה, והסכים עמו הטור. אלא שהרמב"ם פסק כאן יחלוקו, והתקשו כולם בדבריו והרשב"א האריך להקשות על דבריו, ועם כל זה לא רצה לחלוק על דבריו הרמב"ם הלכה למעשה**. הרא"ש בתשובה כתב ליישב דברי הרמב"ם, וטעמו שבמקרה זה הדין שונה, כיון שאף יורשי האב אינם יורשים אותו ישירות אלא מכח בתו, שהנחלה ממשמשת ויורדת אליה, וכיון שלא מוצאת עוד לרדת למטה, הרי היא עולה למעלה וחוזרת לסבא ולאחי האב. נמצא א"כ שאין זה קרוי שהנכסים בחזקתם, כיון שממה נפשך הם ממשמשים דרך האם, ונמצא שהנחלה אינה מוחזקת בחזקת האב, וכיון שיש לנו ספק האם למשמש כלפי מטה, שהבן מת לבסוף, או כלפי מעלה שהבן מת בתחילה - הדין הוא יחלוקו. **השו"ע פסק כרמב"ם, והרמ"א הביא את דברי ר' ישעיה בשם י"א**.

סעיף יב

נפל הבית עליו ועל אביו או על אחד ממורישיו, ואין ידוע איזה מהם מת תחלה, והיתה עליו כתובת אשה ובעלי חובות, הנכסים בחזקת היורשים ואין לאשה ולבעל חוב כלום. הגה: ראובן ואשתו עם ארבע בנותיהן שהיו בבית, ונפל עליהם הבית ומתו, יורשי ראובן אומרים שמא ראובן או אחד מבנותיו מתו באחרונה, והם יורשין הכל, אפילו הכי חולקין עם יורשי האשה, דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי. אבל אם הבנות נשואות ובא בעל של כל אחד ומבקש חלקו, חולקין הממון על ששה חלקים, ארבע חלקים לבעלי הבנות, וחלק אחד ליורשי ראובן, וחלק אחד ליורשי האשה (מרדכי פרק מי שמת).

1. נפל הבית עליו ועל אביו או אחד ממורישיו, והיו על הבן חובות של כתובה ובעל חוב, ולא היו לבן נכסים משלו, ואין ידוע האם הבן מת ראשון או שמא האב מת ראשון - הנכסים בחזקת היורשים, ואין לבעלי חובות בהם כלום.

2. מדוע אין יורשים יכולים לגבות ממנו, הרי הבן יורש את אביו בקבר וא"כ מדוע שלא יוכלו לגבות את שעבודם מנכסים שירש לאחר מיתה? סמ"ע – כיון שאין בע"ח וכתובת אשה יורשים בראוי אלא במוחזק. ש"ך – אע"פ שכן דעת הטור והסמ"ע לעיל סי' קד, אך העיקר כפוסקים שבע"ח גובה אף בראוי, והכא הטעם הוא מפני שהם אומרים 'אנא מכח אבוב דאבא קאטינא' והוא לא היה חייב לך כלום! או שמירי בירשים שהם אחי המת, שאינם באים מכוחו כלל. אמנם בכתובת אשה מודה הש"ך שאינה נגבית מן הראוי.

3. ראובן ואשתו וארבעת בנותיהן שנפל עליהם הבית ומתו:

א. אם היו נשואות חולקין הממון לוי' חלקים, ד' חלקים לבעלי הבנות, חלק א' ליורשי האב, וחלק ב' ליורשי האשה.

ב. אם אינם נשואות – חולקים בין יורשי ראובן ליורשי אשתו. ואע"פ שיש רוב צדדים לומר שהנכסים בחזקת יורשי האב, שהרי אם האב מת באחרונה או אחת מבנותיו נמצא שירשו נכסי אמן והורישו ליורשיהם מהאב, כיון שכל קבוע כמחצה על מחצה דמי; ומירי נמי שאשתו היא אם בנותיו, דאי לאו הכי רק אם הוא מת באחרונה, הפסידו יורשיה (כיון שהבעל ירש את אשתו). ואף אם בשעת יציאתן לחוץ מתו – חולקים בשוב, שהרי כיון שאמרינן כל דפריש מרובא פריש נמצא שכל אלו שיצאו ומתו תחילה אמרינן שמצד ראובן יצאו, ונמצא שלבסוף נשארו א' מצד ראובן והאשה, והדר דינא דיחלוקו.

דין זה מקורו במרדכי והובא בב"י ובדרכי משה, והביאו הרמ"א לדינא. **הנתיבות (ח) תמה** על הרמ"א שהרי מבואר בסעיף י' שבנפל עליו ועל בתו הנשואה אין הבעל יורש, והנכסים בחזקתם, וא"כ הכא אמאי בעלי הבנות יירשו? וכתב שדוחק לחלק שכיון שהכא אין החזקה ברורה האם נכסים בחזקת האב או האם, משום הכי גם הבעלים יורשים, ולכן כתב שנראה שהמרדכי פליג על הדין של סעיף י'. וא"כ מדוע הביאו הרמ"א? **ערוך השולחן (טז) כתב ליישב** שהכא מירי שאף לבנות היה ממון משלהם ובו אין חזקה ליורשי האב, ונמצא שאף לבעלים יש שייכות ירושה כאן, ולכן חולקים הממון בשווה.

סימן רפא

המעביר נכסיו מבניו ליתנם לאחד, ובו י' סעיפים.

סעיף א

אין אדם יכול להוריש מי שאינו ראוי ליורשו, ולא לעקור הירושה מהיורש, בין שצוה והוא בריא בין שהיה שכיב מרע, בין על פה בין בכתב. לפיכך האומר: איש פלוני בכורי לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו, לא אמר כלום. איש פלוני יירשני, במקום שיש לו בת, בתי תירשני, במקום שיש לו בן, לא אמר כלום, וכן כל כיוצא בזה. אבל אם היו לו יורשים רבים, כגון בנים רבים או אחים או בנות, ואמר כשהוא שכיב מרע: פלוני אחי יירשני מכלל אחיי, או: בתי פלונית יירשני מכלל בנותי, (או שריבה לאחד ומיעט לאחד) (טור) דבריו קיימים, בין שאמר על פה בין שאמר בכתב. אבל אם אמר: פלוני בני יירשני לבדו, אם אמר על פה דבריו קיימים. אבל אם כתב כל נכסיו לבנו, לא עשאו אלא אפוטרופוס, כמו שנתבאר בסימן רמ"ו.

1. א"א להוריש למי שאינו ראוי לירש, כגון לומר 'אחי ירשני' כאשר יש לו בן או בת, **וכן א"א לעקור הירושה מהראוי לירש,** כגון שיאמר 'בני פלוני לא יירשני', או 'פלוני בכורי לא יטול פי שנים', בין אם הוא בריא או שכ"מ, בין בעל פה ובין בכתב, והטעם מפני שהוא מתנה על מה שכתוב בתורה. אמנם כל זה דווקא כשהוא אומר בלשון ירושה, אך בלשון מתנה דבריו קיימים, שהרי יכול ליתן ממונו בחייו למי שירצה, ויתבאר בסמוך בסעיף ז.

2. כאשר יש לו כמה יורשים, יכול להוריש את נחלתו ביניהם כפי שירצה, כלומר שאם יש לו כמה בנים יכול להרבות לאחד ולמעט לאחר, וכמו שיתבאר. ודווקא כשהם באותה רמת ירושה, אך אינו יכול להוריש לאחיו במקום שיש בת וכדו':

א. אם היורשים הם בניו: שו"ע: אם אמר בעל פה – הדין כמו בבנות ואחים. אם כתב: אם ריבה לאחד ומיעט לאחרים – מהני. אך אם כתב כל נכסיו לאחד לבדו – לא עשאו אלא אפוטרופוס, וכמו שנתבאר בסימן רמ"ו. רמ"א – אין חילוק בין בכתב לבעל פה, ובכל ענין מהני וכמו בבנות ובאחים. ולא השיג כאן מפני שסמך על כך שהשיג בסימן רמ"ו; סמ"ע.

ב. בשאר יורשים, כגון בנותיו, אחיו וכדו' – יכול לומר פלונית בתי תירשני לבדה, או לרבות לבת אחת ולמעט לאחרות.

ב"ב קנו: "האומר: איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו – לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה. המחלק נכסיו על פיו, ריבה לאחד ומיעט לאחר, והשוה להן את הבכור – דבריו קיימים, ואם אמר משום ירושה – לא אמר כלום".

בדף קל. במשנה "האומר איש פלוני יירשני במקום שיש בת בתי תירשני במקום שיש בן – לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה; ר' יוחנן בן ברוקה אומר: אם אמר על מי שראוי ליורשו – דבריו קיימים, ועל מי שאין ראוי לו ליורשו – אין דבריו קיימים". ובגמ' "תניא, רבי ישמעאל בנו של רבי יוחנן בן ברוקה אומר: לא נחלקו אבא וחכמים על אחר במקום בת ובת במקום בן שלא אמר כלום, על מה נחלקו? על בן בין הבנים ובת בין הבנות, שאבא אומר: יירש, וחכמים אומרים: לא יירש! וכו'. איבעית אימא: כוליה דרבי יוחנן בן ברוקה היא, וחסורי מחסרה והכי קתני וכו'. אמר רב יהודה אמר שמואל: הלכה כרבי יוחנן בן ברוקה. וכן אמר רבא: הלכה כר' יוחנן בן ברוקה. אמר רבא: מאי טעמיה דרבי יוחנן בן ברוקה? אמר קרא: והיה ביום הנחילו את בניו, התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה. וכו'. שיכול והלא דין הוא: ומה פשוט שיפה כחו, שנוטל בראוי כבמוחזק – התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה, בכור שהורע כחו, שאינו נוטל בראוי כבמוחזק – לא כל שכן! תלמוד לומר: לא יוכל לבכר". והלכה כרביב, ודוקא בפשוטים כשאינו מבטל חלק הבכורה, אך אינו יכול לבטל חלק הבכורה כמו שיתבאר בסעיף ד.

לכאוי' הסיפא של המשנה בקכו: אינה להלכה, שהרי לרביב"ב שהלכה כמותו אף בלשון ירושה מהני. ויתבאר בסעיף ו.

הראשונים התקשו מדף קלא: שאמרינן שהכותב כל נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפוטרופוס, והכי קי"ל להלכה בסימן רמ"ו, ד? ! הרשב"ם והרא"ש תירצו שהחילוק הוא בשאלה האם נתן בלשון מתנה או בלשון ירושה, דבלשון מתנה לא עשאו אלא אפוטרופוס אך בלשון ירושה הקנה לו לגמרי, שהרי בירושה לא שייך אפוטרופוס, וכן פסק שם הרמ"א. אולם, ר"ח והרי"ף תירצו לחלק בין אמירה לכתובה, שדין זה הוא דווקא בכתובה, וע"פ זה כתב השו"ע הכא שדווקא אם אמר שהוא מוריש כל נכסיו לבן בן הבנים קנה, אך לא כשכתב.

ג. דין זה הוא דווקא בשכ"מ, כמו שיתבאר לקמן בסעיף ה.

כמה דינים נוספים בירושה:

3. קצות בשם הרמב"ן בהשגות לספר המצות: "לא יוכל לבכר" הוא איסור, וגם מניעה שאפי' אם ביכר לא מהני. ועוד שיש כאן מצות עשה "כי את הבכור וכו' יכיר", שהיא להכיר ולהודיע מי הוא הבכור, וכן לתת לו פי שנים.

4. האם האיסור לבכר בן אחר על פני הבכור הוא דווקא בחייו או לא? רמב"ן, מהר"ם פאדוואה, קצות, ס' מיני תרגימא – רק בחייו, אך לאחר מותו מהני. ולכן אם הבכור מת אע"פ שיש לו זרע, יכול האב לומר שזרע הבכור ושאר האחים יחלקו בשווה. הרמב"ן למד כן מלשון התורה "על פני בן השנואה", שבכל התורה לשון "על פני" הכוונה בחייו. מהר"ט, כנה"ג (בס' בעי חיי), פני משה – לא, דלעולם אסור לבכר אחר על פני הבכור, וכן בספר כתונת פסים הקשה על הרמב"ן ממדרש רבה. הקצות כתב שהמהר"ט לא ראה דברי הרמב"ן ולא הביאו, וודאי שאילו היה רואהו לא היה חולק. אולם, רעק"א הביא בשם כנה"ג שלא קי"ל כרמב"ן, והפתי"ש (א) כתב בשם הכתונת פסים שהקשה ממדרש רבה פ' אחרי שמבואר לא כדבריו.

5. האם ירושת האח ממשמשת דרך האבא או לא? קצות, נתיבות – כן. והקשו האידך יכול לומר 'פלוני אחי ירשני על פני אחי', הרי הירושה ממשמשת דרך האב והאב מוריש לכל בניו בשווה? ותיצו שכיון שהירושה מגיעה מכוחו נתנה לו התורה כח להנחיל למי שירצה. רעק"א – מכאן משמע כב"י (סי' רנג) שלא, אלא כיון שהתורה כתבה 'ואם אין לו בת ונתתם את נחלתו לאחיו' הרי האח הוא בעצמותו יורש ישירות את אחיו כשהאב מת, ודלא כדרכי משה שם, הסובר שהאח יורש על ידי משמוש מהאב.

אמנם, נראה מוסכם לכו"ע שיכול להוריש לבן בנו בן שאר בניו, ואע"פ שהם לא יורשים ישירות ממנו אלא דרך בנו. הקצות והנתיבות כתבו שזה בדיוק כמו שיכול להנחיל לאחד מאחיו, דאע"פ שהירושה באה ע"י משמוש יש לו כח להנחיל למי שירצה. אולם, רעק"א שכתב להוכיח מכאן דלא כדרכי משה, אלא שירושת האחים אינה ע"י משמוש, א"כ לכאוי' היה צריך לחלוק במקרה שמוריש לבן בנו כאשר יש עוד בניו נוספים! אולם, מדברי הפתי"ש (ב) שהביא מדברי רעק"א בתשובה, נראה שאף הוא מודה לדין זה, וכתב שכן מוכח מהרמב"ם, ולמד מזה שאע"פ שכולם יורשים מכח אביהם – יכול להפריד ביניהם ולומר זה ירש וזה לא; וצ"ע.

6. דין זה הוא דווקא כשמחלק כל נכסיו, שרק אז נתנה לו התורה כח להוריש למי שירצה; נמוק"י בשם הריטב"א והביאו הב"י, והביאוהו רעק"א והנתיבות כאן. הנתיבות הקשה מנין חידש הנמוק"י דין זה שלא הוזכר בשום מקום! וכתב שטעמו מפני שדין זה הוא רק בשכ"מ שמחשבתו על מיתתו, וכיון שמחלק כל נכסיו חזינו שדעתו על המיתה, משא"כ מחלק מקצת נכסיו. ולכן כתב, שכאשר מצווה בפירוש מחמת מיתה יועיל, אע"פ שלא יחלק כל נכסיו.

7. האם נתנה לו התורה כח להוריש גם דבר שלא בא לעולם? נתיבות, רעק"א, רשב"א, חת"ס – לא. ומדברי הקצות שיובאו במספר 8 נראה שחולק וסובר שיקנה אף דברים שיבואו לעולם אח"כ.

מדוע? נתיבות, רעק"א – מפני שכל דבר שאינו בכלל מתנה, אינו מועיל בלשון ירושה. ולכן מלוה ע"פ אינו יכול להורישו לבן בן הבנים וכדו'. ולכן אמיה דרב עמרם חסידא בב"ב קנא לא יכלה להקנותו לו בתורת ירושה אלא בתורת מתנת שכ"מ. חת"ס – נחלה אינו ענין לקנין, ולכן אפשר להנחיל אף דבר שאינו בתורת מתנה, ולכן אף מלוה ע"פ וחובות של עכו"ם יכול להנחיל. אלא שדבר שלא בא לעולם א"א להנחיל, כיון שאינו בתורת ירושה דממילא, דמה שהבן יורש פירות דקל הוא רק מחמת שיוורש את גוף הדקל לפירותיו, אך דבר שהוא בכלל ירושה דממילא כמו חובות והלוואות – הרי יכול להורישו לבן בן הבנים. הנפק"מ ביניהם היא רק בחובות של עכו"ם וכדו', כיון שחובות של ישראל אף לנתיבות ורעק"א אפשר להקנותם במתנת שכ"מ, ולנתיבות גם חובות של עכו"ם אפשר, ולשיטתו הנפק"מ היא לענין אחר.

8. האם יכול לחזור בו אחר שריבה לזה ומיעט לזה? נתיבות (ג בסופו) – כן, וכן מפורש בנמוק"י. קצות (ג) – לא, אלא יכול לרבות לשני וממילא הראשון יתמעט, אך אינו יכול לומר בלשון 'פלוני לא יירש' וכדו', וטעמו שהתורה נתנה לו כח לעשותו יורש, ומיד כשאמר פלוני בני יירש מחצה וכדו' עשאו יורש על אותו חלק, ושוב אין לו כח להתנות עמ"ש בתורה. אמנם, מדברי הנתיבות שהובאו במספר 7 נראה שהוא חולק וסובר שהתורה נתנה לו כח להקנות לו את הממון בתורת ירושה, אך לא לעשותו יורש. ולפי"ז אולי לשיטת הקצות אף אפשר להוריש גם דבר שלא בא לעולם, דכיון שעשאו יורש ממילא אח"כ כל הממון שיבא ליד אביו – יזכה בו בתורת ירושה, ודלא כנתיבות ורעק"א ודעימיה.

סעיף ב

אמר: פלוני בני יירש חצי נכסי ושאר בני החצי, דבריו קיימים.

סעיף ג

אמר: פלוני בני לא יירש אלא כך וכך, או שאמר: ראובן בני יירש חלקו וחלק שמעון, או שאמר: לא יירש שמעון אלא ראובן, לא אמר כלום. אבל אם אמר: ראובן בני יירשני או יירש כל נכסי ולא יירש שמעון, דבריו קיימים. הגה: וכן אם אמר: לא יירש שמעון וראובן יירש הכל, דבריו קיימים (המגיד פרק י' דנחלות).

כ"כ הטור בשם הרמ"ה, ונימוקו עמו שהרי אינו יכול לומר שפלוני לא יירש שהרי הוא כמתנה על מה שכתוב בתורה, אלא שהוא יכול להוריש לאחד האחין וממילא השאר לא יירשו כלום. ובסיפא אע"פ שאומר 'לא יירש שמעון' מהני, כיון שברישא אמר בלשון שמועילה, ואע"פ שהוסיף אח"כ על שמעון לשון שלא מהני – פליגין דבריו.

סעיף ד

במה דברים אמורים, בפשוטים. אבל בבכור, אם אמר: יירש כפשוט, או שאמר: לא יטול פי שנים, או: לא יירש פי שנים, לא אמר כלום, שנאמר: לא יוכל לבכר את בן האהובה. הגה: ואפילו במקום שנהגו שאין הבכור נוטל פי שנים, אין לילך אחר המנהג הואיל והוא נגד דין תורה (מהרי"ק שורש ח').

ג"ז נתבאר בסעיף א.

סעיף ה

אם היה בריא, אינו יכול להוסיף ולא לגרוע לא לבכור ולא לאחד משאר יורשים.

ב"ב קלא. "בעי רבא: בבריא היאך? כי קא"ר יוחנן בן ברוקה - בשכ"מ דבר אורוטי הוא, אבל בבריא לא, או דלמא אפילו בבריא נמי?". **דעת רב האי גאון, הרא"ש, הר"ף והרמב"ם** שבעיני לא איפשיטא, כיון שנאמר בלשון 'ודילמא', ולכן אזלינן לחומרא ובבריא לא מהני. אולם, **דעת ר"ח, רב סעדיה ובעל המאור** שבעיני איפשיטא ומהני אף בבריא, וכתב הר"ן שכן משמע פשוט הסוגיא.

סעיף ו

שכיב מרע שיש לו בכור ופשוטים, וריבה לאחד מהפשוטים בלשון ירושה, כגון שאמר: פלוני בני יירש כך וכך, לא אמר כלום. וי"א שחלוקת הפשוטים קיימת, ומקבצים מכולם לפי חשבון ומשלימים לבכור.

האם יכול לרבות לאחר מהפשוטים במקום שיש בכור, שהרי בכך הוא ממעט את חלק הבכורה? שו"ע בסתם – לא. שו"ע בשם י"א – כן, וחלק הבכור לא יתמעט, אלא מחסרים מכל אחד מהפשוטים כפי חשבון, ומשלימים לבכור כפי הראוי לו.

ב"ב קנו: במשנה "האומר: איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו - לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה. המחלק נכסיו על פיו, ריבה לאחד ומיעט לאחד, והשוה להן את הבכור - דבריו קיימין, ואם אמר משום ירושה - לא אמר כלום". **דעת הרשב"ם והנמוק"י** שהסיפא של המשנה אינה אליבא דהלכתא, אלא כרבנן דר' יוחנן בן ברוקה, שהרי לדעת ריב"ב אף כשאמר משום ירושה דבריו קיימים. ואע"פ שלגבי בכור אף ריב"ב מודה שאינו יכול למעט את חלקו, אך לגבי הפשוטים דבריו קיימים ויקבצו מכל אחד כפי הערך כדי ליתן לבכור את חלקו הראוי לו. **אולם, הר"י מיגש כתב** שמשנה זו היא אף לריב"ב, שהרי מיירי כשיש בכור, וכיון שדבריו בטלים לגבי הבכור – בטלים אף לגבי הפשוטים, ועוד טעם הביא בנמוק"י לשיטתו כדי שיבוא חלק הבכור במצר אחד. בדעת **הרמב"ם** כתבו ה"ה והר"ן שנראה דעתו כדעת הר"י מיגש. **אולם, הנמוק"י, הר"ן ורבינו יונה** כתבו שהעיקר כפי רשב"ם, וכן כתב הטור בדעת הרא"ש.

סעיף ז

אין כל הדברים הללו אמורים אלא כשאמר לשון ירושה; אבל אם אמר לשון מתנה, דבריו קיימים. לפיכך המחלק נכסיו על פיו כשהוא שכיב מרע, וריבה לאחד ומיעט לאחד, והשוה להם הבכור או שנתן למי שאינו ראוי ליורשו, דבריו קיימים. ואם אמר משום ירושה, לא אמר כלום.

ב"ב קנו: במשנה "המחלק נכסיו על פיו (דבמתנת שכ"מ סגי באמירה בעלמא), ריבה לאחד ומיעט לאחד, והשוה להן את הבכור - דבריו קיימין, ואם אמר משום ירושה - לא אמר כלום". וכתב הרשב"ם "שיש כח באדם ליתן ממונו במתנה לכל מי שירצה ואין כאן מתנה על מה שכתוב בתורה שהרי לא נשאר לו אחר מיתתו כלום להוריש לבניו בתורת ירושה".

מה הדין כשאמר 'פלוני בני לא יטול חלקו'? ש"ך בשם הסמ"ע – בן פשוט מהני, אך בבכור לא מהני א"כ יאמר 'יטול'. הבין כן בדברי הסמ"ע שכתב שבפשוט מהני אפי' לשון ירושה בן בין הבנים, וא"כ החידוש כאן הוא שאפי' לא יירש' שלא מהני מלשון ירושה מהני בלשון מתנה דהיינו 'לא יטול'. וכתב הש"ך שמהמשה מוכח שיפלוני בני בכורי לא יטול פי שנים, לא מהני; וצ"ל שבכור שאני. קצות, נתיבות – לא מהני כלל, א"כ ימשך ויאמר ששאר אחיו יטלו הכל'. וביארו שלשון מתנה מהני, כיון שכבר זכו בנכסים וממילא לא נותר ממון להוריש. א"כ כשאמר 'לא יטול' אמנם לא קיבל מתנה, אך כיון שנשאר ממון וכולם יורשים אותו א"כ אף הוא בכלל היורשים, שהרי אינו יכול להפקיע דין ירושתו! אך אם יאמר 'פלוני בני לא יטול', ושאר אחיו יטלו הכל' – מהני, מפני שנתן לשאר אחיו את כל הנכסים בלשון חיובית, וממילא לא נשאר לו מה לירש, וזו כונת הסמ"ע.

כתב בין בתחלה בין באמצע בין בסוף משום מתנה, אף על פי שהזכיר לשון ירושה בתחלה ובסוף, דבריו קיימים. כיצד, תנתן שדה פלונית לפלוני בני וירשנה, או שאמר: יירשנה ותנתן לו וירשנה, או: יירשנה ותנתן לו, הואיל ויש שם לשון מתנה, אף על פי שהזכיר לשון ירושה בתחלה ובסוף, דבריו קיימים. וכן אם היו שלש שדות לשלשה יורשים, ואמר: יירש פלוני שדה פלונית ותנתן לפלוני שדה פלונית וירש פלוני שדה פלונית, קנו אף על פי שזה שאמר ליה בלשון ירושה אינו זה שאמר ליה בלשון מתנה, והוא שלא ישהה בין אמירה לאמירה כדי דבור; אבל אם שהה, צריך שישהיה לשון המתנה מעורב בשלשתן. הגה: במה דברים אמורים, בשלש שדות לשלשה בני אדם. אבל אם נתן לאדם אחד, או שדה אחת לשלשה בני אדם, אפילו לאחר כדי דיבור מהני (טור). ו"א דדוקא שאמר: ותנתן, בוי"ו. אבל אם אמר: תנתן, בלא וי, לא מהני לשון ירושה שלפניו (נ"י בשם רשב"א).

כתב בין בתחילה או באמצע או בסוף לשון מתנה, אע"פ שהזכיר לשון ירושה – מהני.

דין זה נכון אפי' באדם אחד ובשתי שדות, או בשדה אחת ובב' בני אדם. אבל בב' בני אדם ובב' שדות זה נכון דוקא אם אמר כן בתכ"ד, דאז אמרינן שהמתנה שהזכיר לאחד מהם עולה לשאר. אך אם לא נתן לשניהם בתכ"ד בעינן שיזכיר לשון מתנה מפורש לשניהם.

משנה שם: "כתב בין בתחלה בין באמצע בין בסוף משום מתנה - דבריו קיימין". ובקצט. "היכי דמי מתנה בתחלה? היכי דמי באמצע? היכי דמי בסוף? כי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן: תנתן שדה פלונית לפלוני וירשה - זו היא מתנה בתחלה, יירשה ותנתן לו - זו היא מתנה בסוף, יירשה ותנתן לו וירשה - זו היא מתנה באמצע; ודוקא באדם אחד ושדה אחת וכו' ר' אלעזר אומר: אפי' אדם אחד ושתי שדות, שדה אחת ושני בני אדם, אבל בשתי שדות ושני בני אדם – לא וכו'. וירש לקיש אמר: לא קנה עד שיאמר פלוני ופלוני יירשו שדה פלונית ופלונית שנתתם להם במתנה וירשו". ובעמוד ב "אמר רב אשי, תא שמע: נכסי לך (דהיינו לשון מתנה), ואחר כך יירש פלוני, ואחרי אחר כך יירש פלוני - מת ראשון קנה שני וכו' והא הכא דכשתי שדות ושני בני אדם דמי, וקתני דקנה! וכו'. תיובתא דכולהו! תיובתא. לימא נמי תיהוי תיובתיה דריש לקיש! ותסברא? והא אמר רבא: הלכתא כותיה דריש לקיש בהני תלת! לא קשיא: כאן בתוך כדי דבור, כאן לאחר כדי דבור". ומבואר דהלכה כריש לקיש, אלא שר"ל לא אמרה אלא כשאמרה לאחר כדי דיבור, אך כשאמר בתכ"ד אפי' אמר לראשון במתנה ולא לו שאחריו בלשון ירושה מהני. הרשב"ם נקט שר"ל בעינן שיאמר בתחילה ובסוף בלשון ירושה, ובאמצע לשון מתנה ורק בכה"ג מהני, דרך בכה"ג אמרינן שמוכח שלשון מתנה עולה לשניהם. אולם, הר"י מיגש, הרמב"ם והרשב"א חלקו עליו ונקטו שאין זה משנה אם הזכיר לשון המתנה ברישא, באמצע או בסיפא, אלא כל שכללם לשניהם בלשון המתנה, וכגון שאמר 'פלוני ופלוני ירשו שדה פלונית שנתת להם' מהני, שהרי הזכיר לשון מתנה לשניהם, וכן פסקו השו"ע והרמ"א.

עוד כתב הנמוק"י בשם הרשב"א והביאו הרמ"א: " היינו כשאומר יירש פלוני שדה פלוני ותנתן לפלוני שדה פלוני בוא"ו, אבל אם אמר תנתן אפילו באדם אחד ובשדה אחת [לא] מהני לכ"ע, אם אמר יירש פלוני שדה פלוני ותנתן לו כיון שלא אמר ותנתן שהוא"ו מוספת על ענין ראשון לא מהני לשון המתנה ללשון הירושה אלא אמרינן בהא תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון כמו שכתבנו לעיל כן פסק הרשב"א ז"ל גבי שדה אחד ואדם אחד".

אם יש ריעותא לגבי אותו אחד שנכתב לו לשון מתנה, ואינו זוכה במתנתו – אף השאר לא זכו; רעק"א בשם פני משה.

עוד הביא רעק"א בשם פני משה שנסתפק שמא לשון מתנה אינו מועיל רק לשלפניו ואחריו, אך לא ללפני פניו ולאחריו; ולא זכיתי להבין דבריו, שהרי מבואר להדיא בגמ' שמהני אף לאחריו ואחריו, שהרי הגמ' הקשתה מ"נכסי לך ואחר כך יירש פלוני, ואחרי אחר כך יירש פלוני" ואמרה להדיא 'מת שני קנה שלישי', ומבואר דלשון מתנה דראשון מהני אף לשלישי! והי' יאיר עיינינו.

הכותב לבתו שתקח לאחר מותו כחצי חלק זכר, דינו כירושה בעלמא ובעל חוב וכתובה קודמין למתנה זו וכן עשור נכסי הבת; וכל ימי חיי הנותן יכול למכור הנכסים, אף על פי שכתב לה: מהיום ולאחר מיתה, ואין הבת נוטלת אלא בנכסים שהיו לו בשעת נתינה, אבל לא אח"כ, דאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם (מרדכי פ' יש נוחלין). מיהו נ"ל דמה שנוהגין עכשיו לכתוב שטר חוב

לבית ולתננות שאם יתן לביתו חלק חצי זכר יפטור מן החוב, צריך ליתן לה בכל אשר לו, דעיקר הוא החוב. ולכן צריך לקיים תנאו או ישלמו החוב, וכן המנהג.

הכותב לביתו שתקבל לאחר מותו כחצי חלק של זכר, אע"פ שזה מועיל מדין מתנה ולא מדין ירושה, אך דינה כירושה, שהרי לא הקנה לה חלק מסוים אלא כחצי אחד מבניו. ולכן בעל חוב וכתובה קודמים לה, וכן אינה נוטלת אלא מהנכסים שיהיו לו בשעת מיתתו ורק ממה שהיה לו בשעת הנתינה. דמציא אחד זה מתנה ואינו יכול להקנות דבר שעדיין לא בידו, אך מאידך הרי לא הקנה לה את כל מה שיש לו עכשיו, אלא רק את מה שיש לו עכשיו וישאר גם בשעת מיתתו, ולכן רשאי למכור נכסיו ואינה נוטלת מהם; כ"כ הרמ"א בשם המרדכי.

מה שנוהגים לכתוב לבנות שט"ח, ולהתנות שאם יתן לה חצי חלק זכר יפטור מהחוב – צריך ליתן לה מכל אשר לו, ולא רק מהנכסים שהיו לו בשעה ראשונה, שהרי זה תנאי שיכול להתנות אף על דברים שלא באו לעולם, ואם אינו רוצה לקיים התנאי – חייב לפרוע חובו.

כתב לביתו שטר חצי זכר, וכתב לה: ויוצאי חלציה, בנותיה ובניה נוטלין בשוה, הואיל ולא כתב: יורשים יוצאי חלציה (פסקי מהרא"י).

ודווקא כשמתה הבת בחיי האב, אך אם מת בחייה כבר זכתה היא בנכסים ומורשה ליורשה הבנים ולא הבנות.

הקצות הקשה שהרי יוצאי חלציה אינם בעולם, שהרי אין תנאי מועיל לזכות למי שאינו בעולם, וכתובת בנין דכרין מהני מכיון שהוא תנאי ביד, וזה שאינו תנאי ביד כיצד מהני? ולכן חלק וכתב שבכה"ג אין לבנות כלום! והנתיבות כתב ליישב שבכה"ג שמחייב עצמו באלף זהובים ומתנה שאם ירצו היורשים ליתן ליוצאי חלציה יפטרו מהחוב, אין בכך שום חסרון של דשלב"ל, שהרי הוא לא הקנה להם את החוב, אלא זהו תנאי ואם ירצו היורשים לפרוע ליי"ח שהם בנות ואף הם בכלל יי"ח הרי זה חשוב כקיום התנאי ויפטרו מהחוב. אמנם, אם לא ירצו לקיים התנאי אלא לפרוע החוב, בכה"ג הקצות צודק ורק הבנים יזכו בחוב ולא הבנות.

בנחלת שבעה כתב שיש לכתוב לכתחילה בשטר חצי"ז "לבתי או ליוצאי חלציה", והקצות חלק שאף הרמ"א לא אמר שצריך לכתוב כך אלא שאם כתב שמהני, אך לכתחילה עדיף שלא להיות בי עבורי אחסנתא מברא לברתא.

התנה שלא יהא חלק לביתו בספרים, והלוה על הספרים אין בעל חוב קונה משכון, ולכן יש לבת חלק בהן. אבל אם הוחלטו הספרים בידו, אין לבת חלק בהן (מהר"ו סי' ק"ט).

כ"כ המהר"י וייל. בע"ש תמה שהרי קי"ל שבעל חוב קונה משכון, וא"כ אין לבת חלק בהן! הסמ"ע דחה דבריו שקי"ל שאינו קונה משכון אלא במשכנו שלא בשעת הלואתו, אך בשעת הלואתו אינו קונה. ועוד שאף בשעת הלואתו אינו קונה אלא לקדש בו אשה אך לא לשאר דברים! ודווקא לגבי בכור אמרינן שמשכון חשיב מצוי ולא ראוי, כיון שהוא בידו, משא"כ הכא שבעינן שיהא קנוי לאביה קנין גמור. והסכים עמו הש"ך בדעת המהר"י. אלא שדעת הש"ך לפסוק בסי' עב כרש"י וסייעתו שבעי"ח קונה משכון לגמרי, א"כ הש"ך כתב שלשיתו אין לבת חלק בהם, ואף אם אין זה אלא ספיקא דדינא – אינה יכולה להוציא מיד היורשים. הקצות (ו) העלה שאע"פ שבעי"ח קונה משכון – אך גוף החוב לא פקע, ויכול המלוה לדרוש מהלוה שישלם במעות ולא במשכון! וכיון שכן יש לבת זכיה בגוף החוב, שאף הוא חלק מנכסיו, וממילא יש לה חלק במעות. שהרי אף אם אין לו מעות לפרוע ומסלק במשכון, הרי בעי"ח מכאן ולהבא הוא גובה, ונמצא שהוא פורע חובו עכשיו במה שראוי לבת, ולכן העלה שבכל ענין יש לבת חלק בהם! הנתיבות (י) כתב להכריע שאם הלוה מסלק חובו במעות ונוטל המשכון – צדקו דברי הקצות ויש לבת חלק בהם, שהרי יש לה חלק בחוב. אך אם הם גובים את המשכון עצמו בדמי החוב, אין לבת חלק בהם, כיון שבמשכון קי"ל שבעי"ח למפרע הוא גובה, וכיון שנעשה של האב למפרע – הרי בשל האב אין לה חלק בספרים, ואינה זוכה בהם כלל.

דינים מהפ"ש:

א. האם שייך חלק בכורה כשאין אלא בן אחד והוא בכור? שבו"י, קרית חנה, ועוד כמה גדולים – כן, דלעולם מגיע לבכור חלק בכורתו, ולכן כאשר יש רק בן אחד ולבת יש שטר חצי זכר פשוט, אין לה אלא חמישית מהנכסים. שב יעקב, הרב השואל בשו"ת שבות יעקב – לא, דבכה"ג הוא נוטל את כל הנכסים, ולא שייך בכורה כלל. וא"כ הבת נוטלת שליש, והוא שני שלישים. וסיים הפת"ש (ז) 'ומי שדעתו רחבה יכריע ביניהם'.

ב. כתב לביתו שטר חצי זכר, ואחרי כמה שנים כתב לה שטר נוסף על סכום גדול יותר – גובה את ב' השטרות, פת"ש (ז) בסופו בשם החת"ס, דשטר חצי"ז הוא שטר הלואה, ובהלואה קי"ל שאפי' נעשו שניהם ביום אחד ובשעה אחת גובה שניהם.

ג. אם חילק חלק מהנכסים בלשון מתנה, ועל שאר הנכסים ששייר אמר שלא יטול פלוני בהם, או לא יטול פי שנים וכדו' – אינו כלום, דלשון מתנה אינו מועיל אלא חלק את כל הנכסים במתנה וממילא אין ליורש מה לרשת. אך כשנתרה ירושה, לא מועילה אמירה שאין משמעותה הקנאה עכשיו; פת"ש ד.

ד. לשון 'אני מניח' האם הוא לשון מתנה או ירושה? דברי ריבוב - לשון ירושה, הובא בש"ך (ח). רא"ש, טור, שו"ע (סי' רנג, ב), סמ"ע וש"ך (שם) - לשון מתנה, ולזה רימו הש"ך שהפנה אצלנו לסימן רנג. או שהוא ט"ס בש"ך והתכוון לומר 'לשון מתנת שכ"מ'; פת"ש ו בשם חת"ס.

ה. שטר חצי זכר אימתי נוטלת הבת בנכסים שנפלו לאביה בירושה ממקום אחר (פת"ש ט)?

א. כאשר נפלו נכסי הסבא לפני היורשים לאחר מות אביהם: מהרש"ל, רמ"א, מהר"ם פאדוואה - יש לבת חלק בהם, והטעם כיון ששטח"ז הוא חוב של האבא כלפי הבת, והתנאי להיפטר ממנו הוא בתנאי שיתנו לה כחצי חלק זכר שנוטל מהעזבון, וכיון שנפלו לפניו לעזבון עוד נכסים קודם שחלקו - צריכים ליתן אף לה מהם, או שיפרעו לה החוב. וסייגו דבריהם, שהיינו רק אם הנכסים נפלו קודם שחלקו העזבון, וכן דווקא כשמנכסי אביה יש יותר מכדי החוב, דאי לאו הכי אינם חייבים לשלם חובת אביהם מנכסים אחרים, ולכן יכולים לומר לה שתיטול את כל מה שהניח אביה, ויותר מזה אינם חייבים לשלם לה כלל. שארית יוסף - אין לה חלק בהם, דהוא ראוי גרוע שלא הגיע ליד אביהם מעולם. ועוד שיכולים היורשים לומר מכא אבוא דאבא קאטינא. והסכימו האחרונים שהובאו בפת"ש שהלכה כדעה ראשונה, וכן המנהג.

ב. כאשר האמא כתבה לבתה שטר חצי"ז על נכסיה, ונפלו אח"כ נכסים מכא אבי אמם שנוטלים אותם רק מכא שטח"ז: שו"ת עבודת הגרשוני, שו"ת צמח צדק - בכה"ג לכו"ע יש לבת חלק בהם, דכאן אינם יכולים לומר מכא אבוא דאבא קאטינא, שהרי אין הנכדים יורשים את אבי אמם. עוד כתב הצ"צ שהכא בכל ענין יש לבת חלק בנכסי הסבא, והסייגים שהובאו בסעיף הקודם אינם שייכים כאן, כיון שאין האחים גובים מחמת ירושה, אלא מחמת החוב שהיה לאביהם על נכסי אביה, וכיון שהוא מחמת החוב והחוב הזה היה קיים בשעה שחלקו (גם אם לא גבו אותו עדיין) אי"כ מגיע לבת חלק בו, וכמו כן, מכיון שזהו חוב שהם יורשים מאמם אי"כ הרי הוא חלק מהנכסים שהניחה אמם.

ג. כאשר נפלו נכסי אחד מהאחים שמת קודם חלוקה: שב יעקב - יש לבת חלק בהם, וטעמו כיון שהאחים יורשים את אחיהם רק בדרך משמוש מאביהם, וכיון שמכא אביהם באים ליורשו אי"כ הרי זה ראוי ויש לה חלק בהם, ע"פ הסייגים שלעיל. פת"ש - אין לבת חלק בהם, שהרי דין זה האם האחים יורשים את אחיהם ע"י משמוש או ישירות, הוא מח' בין הב"י לרמ"א. ודעת רעק"א שאין זה מדין משמוש אלא מכיון שכתבי בקרא הרי הם יורשים ישירות, וא"כ אין לבת שייכות בממון האח כלל. ואף אם הוא ספיקא דדינא, הרי היורשים מוחזקים בממון ואינה יכולה להוציאו מתחת ידם. (מח' זו הובאה בפת"ש ב, וכתבנוה לעיל סעיף א).

ו. נתפשט המנהג ששטר חצי זכר אינו כולל חלק בספרים ובקרקעות, פת"ש יב. החת"ס כתב שנראה שכל דין ספרים היה רק בימיהם קודם המצאת הדפוס, שהיו מאד ביוקר, והיה נקרא שמו עליו יותר משאר מטלטלין. משא"כ בימינו, אך מכיון שמנהג אבותינו בידינו, חלילה לנו לדון בדבר חדש שלא שיערו הראשונים. אמנם בשו"ת שב יעקב כתב שהטעם שאינם נוטלות בספרים הוא מפני שקונים את הספרים כדי ללמוד בהם, ולבנות אין בזה זכות ואדרבא כל המלמד את בתו תורה כאילו מלמדה תפלות. ע"פ זה כתב שבס"ת שלא לומדים בו אלא קוראים בו בצבור, ויש לה זכות שמזכה את הרבים היה ראוי להיות להם חלק בו, אך אע"פ שבס"ת עצמו אין לה חלק כי אף הוא בכלל ספרים, אך בכל כלי הקודש שלו - יש לה חלק.

לגבי קרקעות: בה"ט ושבו"י משמע שבקרקעות שהוא נושא ונותן בהם יש לאשה זכות. אך בתשו' כנ"י כתב שאף אם הם קרקעות שהוא משכירם לאחרים ועושה בהם ממון יש לה חלק, ורק קרקע שהוא דר בה - אין לה זכות בו. וכ"כ בשו"ת שב יעקב בשם תשו' חינוך בית יהודה. והסכימו השב יעקב ורעק"א לעשות פשרה בכה"ג, כיון שהוא דבר מסופק.

סעיף ח

לשון יחזיק בנכסים הוי לשון מתנה. וכן לשון יחלקו הוי לשון מתנה.

כ"כ הרא"ש בתשובה. וכתב הסמ"ע שה"ה אם אמר בהדי זה לשון ירושה - קנה, כיון שהזכיר לשון מתנה ופשוט הוא. עוד הביא הפת"ש בשם ושב הכהן, שה"ה כל הלשונות המוזכרים בסימן רנג, ב שהם לשון מתנה שמועילים בשכ"מ - הרי הם מועילים אף כאן.

לגבי לשון 'מניח' - ע"י מה שכתבנו לעיל סעיף ז, בפת"ש אות ד'.

סעיף ט

חלק כל נכסיו לאחרים בלשון מתנה, אף על פי שלא שייר כלום ליורש, דבריו קיימים.

דמתנת שכיב מרע בכולה א"צ קנין, וממילא לא נותר ליורש מה לרשת.

סמ"ע בשם הרשב"א: נתן מתנה לאשתו שתיתן למי שתראה, והיא כתבה בשטר שנתנה לראוי ליורשו, והיה לה בת ממנו, ולו היה בן מאשה אחרת – זכה הבן בנכסים, כיון שהוא הראוי ליורשו.

סעיף י

מי שהיו לו בני אחיות ובן אח, ונתן מתנה לבן אח וכתב שבאותה מתנה סילק כל חלק וזכות מכל ירושתו, ומת, בן האח יורש הכל.

כ"כ הרשב"א בתשובה, וטעמו שאינו יכול לסלקו מירושתו א"כ יתן נכסיו לאחרים, וכיון ששייר את נכסיו ברשותו – ממילא ירשם היורש, והאחיות ובניהם הרי הם כנכרים גמורים במקום בן האח.

הגה: ארבע אחיות שהיה להן אח שאינו נוהג כשורה, ורצו להבריח הירושה ממנו וכתבו שטר שכל אחת מהן נותנת כל נכסיה לג' אחיותיה, אין כאן מתנה כלל כי חזר כל הממון להיות של ארבעתן כבתחלה. ואם היו המתנות שעה אחת קודם מיתתן, אין האח יורש כי אם אחר מיתת האחרונה, ולא אזלינן בטר אומדנא כהאי גוונא. ואם כתוב בשטר שהראשונה נתנה לג' אחיותיה ואחר כך נתנה השנית ואחר כך השלישית ואחר כך הרביעית, כל הקודמת חזרה וזכתה בנכסים שחזרו ונתנו להן (הרא"ש כלל פ"ד סימן ד').

1. אחיות שרצו להבריח ממונם מאחיהם, וכתבו כל אחת ממונה לג' אחיותיה:

א. אם נתנו בסתם – אין כאן מתנה כלל, כי הכל חזר להיות שלהם כבתחילה.

ב. אם נתנה כל אחת שעה אחת קודם מיתתה לשאר אחיותיה שבחיים, האח יירש רק לאחר מיתת האחרונה. הקצות כתב שמיירי בדרך תנאי, שהקנין הוא מהיום אם לא תחזור בה שעה א' קודם מותה. דאם מיירי בגוף מהיום ופירות שעה א' קודם מותה, נמצא שלא עשו כלום, כי כל אחת נתנה הגוף מהיום לכל חברותיה וחוזר חלילה. אולם, הנתיבות כתב שמיירי בגוף מהיום ופירות שעה אחת קודם מותה, אלא שלא נתנה רק לאותה שתהיה בחיים באותו זמן, ובכח"ג אמרינן אומדנא דכיון שעשו כן שלא יזכה האח, א"כ ודאי התכוונו להקנות באופן הזה.

ג. אם כתוב שהראשונה נתנה לג' אחיותיה את כל נכסיה, ואח"כ השניה נתנה לכל האחיות וכן הלאה – כל הקודמת חזרה וזכתה בשאר הנכסים שנתנו לה אחיותיה. לכן אם האחרונה שנתנה חיה אחרונה – זכה האח בנכסים שהרי לה לא נשאר כלום, שכל מה שהיא קיבלה היא נתנה לבסוף. ועיין בטור שהאריך בזה.

כ"כ הטור בשם הרא"ש בתשובה. וטעמו שאע"פ שיש לנו אומדנא שרצו שלא יזכה האח בנכסיהם, אך לא אמרינן אומדנא ככה"ג. דלא אמרינן אומדנא אלא כדי לבטל מעשה שעשה, כגון שנתן ממונו ואילו היה יודע שבנו חי – לא היה נותנו. אבל בנדון זה אע"פ שרצו להבריח אך לא עשו מעשה המועיל להבריח, ובדברים שבלב לא מיעקרה נחלה דאוי.

ב"ה

סימן רפב

שלא להעביר נחלה ממי שראוי לירש, ובו סעיף אחד.

סעיף א

כל הנותן נכסיו לאחרים והניח היורשים, אף על פי שאין היורשים נוהגים בו כשורה אין רוח חכמים נוחה הימנו, וזכו האחרים בכל מה שנתן להם. ומדת חסידות שלא להעיד בצוואה שמעבירין בה הירושה מהיורש, אפילו מבן שאינו נוהג כשורה לאחיו חכם ונוהג כשורה. הגה: מי שצוה לעשות בנכסיו הטוב שאפשר לעשות, יתנהו ליורשיו כי אין טוב מזה (מרדכי פרק מי שמת).

1. כל הנותן נכסיו לאחרים והניח היורשים, ואפי' היורשים אינם נוהגים בו כשורה – אין רוח חכמים נוחה הימנו, ואע"פ כן זכו האחרים במה שנתן להם.

2. מידת חסידות שלא להעיד בצוואה שמעבירים בה הירושה מהיורש, ואפי' מבן שאינו נוהג כשורה לבן שנוהג כשורה.

ב"ב קלג: במשנה "הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו – מה שעשה עשוי, אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו; רשב"ג אומר: אם לא היו בניו נוהגים כשורה – זכור לטוב". ובגמ' "איבעיא להו: מי פליגי רבנן עליה דרשב"ג, או לא? וכו' מאי הוי עלה? ת"ש, דאמר ליה שמואל לרב יהודה: שינא, לא תיהוי בי עבורי אחסנתא ואפילו מברא בישא לברא טבא, וכ"ש מברא לברתא". ובכתובות נג. איתא הטעם "אפילו מברא בישא לברא טבא, דלא ידיעא מאי זרעא נפיק מיניה".

3. דין זה נכון בכל העברת נחלה מיורש לאחרים, ולא דווקא בהעברה מבנים; פת"ש (א) בשם חת"ס.

4. דין זה נכון אף כשמעביר רק חלק מהנכסים, כדמוכח בכתובות נג. דמייירי שם בכתובת בנין דכרין ואפ"ה לא הוה ניחא ליה משום דשמואל; פת"ש הנ"ל.

5. האם דין זה נכון אף אם מקדיש כל נכסיו? פת"ש בשם חת"ס – כן, כדמוכח בב"ב קלג: שהקדיש כל נכסיו ואפ"ה אמרינן שלרבנן אין רוח חכמים נוחה הימנו; פת"ש הנ"ל. תשב"ץ בשם הגאונים – לא, שכתב בשם גאון שבטופסי שטרות של הראשונים היו משיירים ד' זוז כדי שתהא רוח חכמים נוחה הימנו, והביאוהו הקצות. והחת"ס תמה עליו שמוכח מהגמ' הנ"ל לא כך! ואף מדברי העיטור נראה שבא ליישב שבירושלמי משמע שיש בכך עוון גדול יותר של 'ותהי עונותם על עצמותם', ואילו במשנתנו משמע ש'רק' אין רוח חכמים נוחה הימנו? ועל כך כתב שכאשר מניח קצת לבניו, וכן באחרים אפי' לא הניח להם כלום – אין בו משום 'ותהי עונותם על עצמותם', אך תמיד יש משום 'אין רוח חכמים נוחה הימנו'.

6. מה הדין כשמקדיש חלק מנכסיו? פת"ש בדעת עצמו – לא מוכח שיש בעיה. פת"ש בשם חת"ס – אין רוח חכמים נוחה הימנו, ולכן צ"ע המנהג שאדם שאין לו בנים מצוה לעשות מנכסיו קרן קיימת ודברים טובים, ואינו מניח ממונו ליורשים. ואולי מחמת דברי הגמ' שמי שמת בלא בנים הקב"ה מלא עליו עברה, ואין עברה אלא גיהנם, ולכן רוצה להציל עצמו מגיהנם ע"י צדקה זו, והוא קודם ליורשיו. ועוד שנראה שהאיסור הוא דווקא במתנת שכיב מרע שחלה לאחר מיתה, ובאותו זמן צריכה להיות ירושה ומחמת צוואתו הוא מעביר הנחלה לאחרים, אך כשנותן המתנה גוף מחיים ופירי לאחר מיתה – אין בכך כלום.

7. המצוה לעשות בנכסיו הטוב שאפשר – יתנוהו ליורש; רמ"א בשם המרדכי.

סימן רפג

דין ירושת עובד כוכבים וגר וישראל מומר לעבודת כוכבים, ובו ג' סעיפים.

סעיף א

העובד כוכבים יורש את אביו דבר תורה; והגר אינו יורש את אביו עובד כוכבים אלא מדבריהם, תקנו לו שיירש כשהיה, שמא יחזור למרדו. ותנאי מועיל בירושה זו, הואיל ואין העובד כוכבים מחוייב לעמוד בתקנת חכמים. ולא העובד כוכבים יורש את אביו הגר, ולא גר את גר, לא מדברי תורה ולא מדברי סופרים; אפילו היה לו בן שלידתו בקדושה, מאחר שהורתו שלא בקדושה אינו יורש את אביו, ולא אביו יורשו. הגה: וישראל שהיה חייב לעובד כוכבים ומת, אם אין עובד כוכבים יודעין מזה אינו חייב לפרוע ליורשיו (מרדכי פרק קמא דקידושין).

1. גוי יורש את אביו מן התורה.

קידושין יז: "אמר רבא: דבר תורה עובד כוכבים יורש את אביו, שנאמר: וחשב עם קונו - ולא עם יורשי קונו, מכלל דאית ליה יורשים". **ובית.** "רב חייא בר אבין א"ר יוחנן: עובד כוכבים יורש את אביו דבר תורה, דכתיב: כי ירושה לעשו נתתי את הר שער. ודלמא ישראל מומר שאני! אלא מהכא: כי לבני לוט נתתי את ער ירושה".

2. גר יורש את אביו הגוי מדרבנן, גזירה שמא יחזור לסורו.

קידושין יז: "גר את העובד כוכבים - אינו מדברי תורה אלא מדברי סופרים, דתנן: גר ועובד כוכבים שירשו את אביהם עובד כוכבים, גר יכול לומר לעובד כוכבים טול אתה עבודת כוכבים ואני מעות, טול אתה יין נסך ואני פירות, משבאו לרשות גר - אסור; ואי סלקא דעתך דאורייתא, כי לא באו לרשותו נמי כי שקיל - חילופי עבודת כוכבים הוא דקא שקיל! אלא מדרבנן, גזירה הוא דעבוד רבנן שמא יחזור לסורו".

בירושות הללו יכולים להוריש למי שאינו ראוי לירש, ולעקור נחלה מאחד לשני.

3. גוי אינו יורש את אביו הגר, וכן גר אינו יורש את אביו שנתגייר, וה"ה איפכא, לא מן התורה ולא מדרבנן; ואין חילוק לענין זה בשאלה האם היתה לידתו בקדושה, דמאחר שהורתו שלא בקדושה איננו נחשב בנו.

גמ' הנ"ל "עובד כוכבים את הגר וגר את הגר - אינו לא מדברי תורה ולא מדברי סופרים, דתנן: לוח מעות מן הגר שנתגיירו בניו עמו - לא יחזיר לבניו, ואם החזיר - אין רוח חכמים נוחה הימנו. והתניא: רוח חכמים נוחה הימנו! לא קשיא: כאן שהורתו ולידתו שלא בקדושה, וכאן שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה".

4. ישראל שהיה חייב לגוי ומת הגוי: חייב לשלם ליורשיו, אך אם אינם יודעים מזה - אינו חייב לפרוע להם; כ"כ המרדכי בפ"ק דקידושין. הסמ"ע כתב הטעם דגזל הגוי אסור רק כשהוא יודע מזה, אך בלאו הכי נאמר 'ראה ויתר גויים'.

סעיף ב

ישראל שהמיר, יורש את קרוביו הישראלים כשהיה. ואם ראו בית דין לאבד את ממונו ולקנסו שלא יירש, שלא לחזק ידי הרשעים, הרשות בידם. ואם יש להן בנים בישראל, תנתן ירושת אביהם המומר להם. הגה: ואפילו נתן המומר הנכסים לאחרים אין במתנתו כלום, דמיד נפלו נכסים קמי יורשיו ואין לו כח בהן. וי"א שמניחין הירושה בבית דין, ואם יחזור בתשובה נותנין לו (הכל בטור בשם הרא"ש). וישראל יורש קרובו המומר לעבודת כוכבים, (טור ס"ד בשם הרא"ש) אפילו הפקיד הממון ביד ישראלים אחרים, ואפי' היו לו בנים, כשהיה עובד כוכבים. אבל אם הנפקדים שלחו יד בממון הפקדון בח"י המומר, או שבקש הממון ולא רצו ליתנו לו, ויש להן עדים על זה, זכו במה שבידן ואין יורשיו יכולין להוציא מיד הנפקד, הן בח"י המומר הן לאחר מותו, דכל המוחזק בנכסיו יכול לזכות בהן כל זמן שהוא חי (מרדכי פ"ק דקידושין בשם רש"י). ישראל מומר שמתה לו אמו ויש לו קרובים מן האב, אם המומר גדול שראוי לקנסו בירושתו, גם יורשיו אינן יורשין, ונשארה הירושה לשאר יורשי האב. אם המומר קטן שאינו ראוי לקנסו, יורשין, יורשין אמו. ובעל יורש במקום אשתו המומרת, אף על פי שמת אביה לאחר שהמירה לעובדת כוכבים, ומתה אחר כך, הבעל יורש, מאחר דידידו כידה, אין שייך קנס (מרדכי הנ"ל ות"ה סימן שמ"ט).

דיני ישראל מומר לענין ירושה:

1. האם הוא יורש את קרוביו הישראלים? שו"ע – כן, אך אם רוצים ב"ד לקנסו הרשות בידם. רמ"א – משמע שכל מומר ב"ד הפקיעו את ממונו ואינו יורש, וי"א שמניחים הירושה בב"ד, כדי שאם יחזור בתשובה יטלנה.

קידושין יח. רצו ללמוד שעכו"ם יורש מדאורי מהפסוק 'כי ירושה לעשו נתתי את הר שעיר' ודחתה הגמ' דילמא ישראל מומר שאני. **ולמדו מכאן הרא"ש והראב"ה** (הובא במרדכי) שכמו שמומר (עשו) מוריש לבניו, ה"ה שהוא יורש את מורישו, שהרי ישראל אע"פ שחטא ישראל הוא! אלא שיש כח ביד חכמים להפקיע ממונו משום קנס, כדי שלא לחזק ידי הרשעים. וזה **שלא כדעת מר רב צדק גאון** (שהובאה במרדכי הנ"ל) ור"ח שמומר אינו יורש את אביו כלל, ומהסוגיא אין ללמוד כיון שהיא אמרה שמומר יכול להוריש אך לא לרשת.

הרא"ש בפסקים כתב שאע"פ שהוא יורש אך אם אפשר טוב לתתו ביד ב"ד כדי לקנסו, ואם ישוב בתשובה יתנו לו ירושתו. **תרוה"ד (שמט) הקשה** שהרי בתשובתו שהובאה בטור (שהם דברי הרמ"א שכתב כאן בתחילה) משמע שבכל מומר חכמים הפקיעו את כח ירושתו מיד, ואינו יורש כלל! **וכתב ליישב** שבי"ד צריכים לדרוש ולראות מיהו המומר, דאם הוא מומר שאדוק בע"ז מפקיעים ממונו מיד, אך אם הוא מומר שיש לחוש שיחזור בתשובה – מניחים ירושתו בב"ד שמא ישוב. והסמ"ע (י) כתב ליישב שתמיד מניחים בב"ד, אלא שהרא"ש בתשובה מיייר כשהמומר רצה ליתן ממונו לאמו ועשה לה קנין על כך, בכה"ג אמר הרא"ש שהפקענו ממונו מיד ותזכה בו בתו ולא אמו.

2. אם יש לו בנים בישראל – הרי הם יורשים את אביהם המומר, וה"ה שאר קרובי המומר יורשים אותו.

3. אם יש לו אבא יהודי – הרי אביו יורש אותו; סמ"ע בשם ראב"ה.

4. מומר שהפקיד ממונו ביד ישראל אחר: אם לא כפר בו בחייו, ולא שלח בו יד – יתנו ליורשיו, שהרי אמרנו שהיורשים יורשים את ממון המומר. אם שלח בו יד בחייו או שכפר בו בחייו (דבכה"ג הוי שליחות יד) – זכה הנפקד בממונו וא"א להוציאו ממנו; **כ"כ המרדכי בשם רש"י בתשובה** והביאו הב"י, וטעמו שבב"ק קיט. נחלקו בממון מסור האם מותר לאבדו בידיים או לא, ולא אפשר, ומומר לע"ז הרי הוא כמסור וגופו וממונו הפקר, וכיון שלא אפשר, הרי זכה הנפקד במה שבידו מספק, ואין לנו כח להוציא מידו; וכן פסק כאן הרמ"א. **הש"ך הקשה** הרי קי"ל לקמן בס"ס שפח שאסור לאבד ממונו בידיים, וא"כ מדוע הביא הרמ"א דין זה!! **ותירץ הנהיבות** שאע"פ שלכתחילה אסור לאבד ממונו, אך כיון שיש אומרים שמותר לאבד, הכא שכבר שלח בו יד – א"א להוציא הממון מידו.

5. מומר שמתה אמו: אם הוא גדול – אינו יורשה ואין יורשיו יורשים אותה, דמומר הריהו כמת, ואין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מהאב; סמ"ע יב, גר"א יא. אם הוא קטן שאין ראוי לקנסו – יורשיו יורשים את אמו.

6. בעל יורש את אשתו המומרת, אע"פ שהגיעה לה הירושה לאחר שהמירה דתה, כיון שידו כידה ולא שי"ך לקנוס אותו. ואע"פ שאמרינן שהרי היא כמתה, ואין הבעל יורש את אשתו בקבר!! תירץ הסמ"ע שבעל שאני משאר יורשים, דכיון שידו כידה וי"א שידו עדיפה מידה, הרי זה כאילו נפלה הירושה ישר לידו של הבעל.

סעיף ג

לאה נשבית ואמה קבצה מעות לפדיונה, ואחר כך שמעה שהמירה ונטמעה בין העובדי כוכבים, אם א"א להחזיר לכל אחד מה שנתן, יהיה הקרן קיים לפדיון שבויים. ואם יתכן לפדות באחרית הימים אותה שבויה, תפדה בהם (ועיין ביו"ד סימן רנ"ג סעיף ו').

כ"כ הרא"ש בתשובה, וטעמו שכיון שהמירה דתה לא זכתה במעות שהרי אדעתא דהכי לא נתנדבו אותם, והיה מהראוי להחזירם לתורמים אלא שזה לא אפשר, ולכן יהיה הקרן קיים כדי לעשות בו פדיון שבויים.

סימן רפד

אין צריך עדות ליורש שהוא קרוב וצריך עדות שמת, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

הגה: כל היורשין יורשין בחזקה, שהעידו העדים שהוחזק להן שהוא פלוני. אף על פי שאין יודעים אמיתות יחוסו. והוא הדין בשאר יורשין (טור). מי שהוא מוחזק באחד שהוא קרוב המת, ואין אנו יודעין קרוב יותר ממנו, הרי זה יורשו ולא חיישין שמא יש קרוב יותר ממנו, כל זמן שלא יודעין (הרא"ש כלל פ"ו סימן ט ואגודה). ועיין לעיל סימן ר"פ סעיף ז'. ולא מורידין קרוב לירושה על פי עד אחד (ריב"ש סימן מ"ו).

1. עדי יחוס מעידים על חזקה, ואע"פ שאינם יודעים אמיתות. השו"ע כתבו לעיל סימן רפ, א כיון שאזיל על סדר הרמב"ם, והרמ"א נמשך אחר סדר הטור שהביאו בסימן זה; סמ"ע.

2. כאשר מוחזק לנו באחד שהוא קרובו של המת, האם חוששים לקרובים נוספים שאיננו יודעים עליהם?

א. כאשר המוחזק לנו הוא בנו – לכו"ע אין חוששים, שהרי הוא ודאי יורש, ואין הספק שמא יש עוד יורשים מוציא מידי ודאי. בכה"ג אף הריב"ש מודה, שכן מוכח בב"מ לט: בעובדא דמרי בר איסק שלא הצריכוהו להביא עדים שאין לו אחים נוספים, והיינו טעמא דכיון שהוא יורש ודאי אלא שיש ספק האם יש יורשים נוספים – אמרינן 'אין ספק מוציא מידי ודאי'; וכ"כ שם להדיא בס"ס מז. אמנם, כתב שאפשר לומר עוד דשאני התם שמרי בר איסק היה מוחזק בנכסים ולכן אין להוציא מידו.

ב. כאשר יש ספק שמא יש קרובים שקודמים לו בירושה: ב"י, רמ"א – אין חוששים לכך, ונותנים לו הירושה; כדעת הרא"ש בתשובה, התשב"ץ ומהר"א ששון. **ריב"ש** (מו, מז) – חוששים שמא יש יורשים אחרים, ד"ש לב"ד לחוש לכל מה שאפשר שלא יצא מתחת ידם דבר שאינו מתוקן. **קצות** – כאשר יש עדים שהוא קרוב אין חוששין, אך כאשר אין ידוע אלא מחמת חזקה – חוששין, כ"כ בדעת הריב"ש וצ"ע דלכאוי בריב"ש משמע לא כך.

הרא"ש בתשובה (פו, ט) כתב דלא חיישין ליורש אחר כדאמרינן בב"ב קלה. "השתא מיהא ליתנהו קמן". **וכן שיטת תוס' ור"ח בב"ב לג.** במעשה דקריביה דרב אידי בר אבין דשכיב ושיבך דיקלא, שמייירי שהביא רב אידי עדים שהוא קרוב, וכיון שהשני לא הביא עדים שהוא קרוב – העמידו את הדקל בידו של רב אידי, אע"פ שהעדים לא העידו שהוא קרוב טפי מהשני, אלא כיון שהוא ודאי קרוב והשני ספק – אין ספק מוציא מידי ודאי. **וכן הוכיח האגודה** (ב"ב פרק ג סט) **מג"י ר"ח. וכן היא דעת הרשב"ץ, ומהר"א ששון; וכן דעת הב"י והרמ"א.**

אולם, הריב"ש (מז) כתב "ואף אם נאמר שגם בענין זה יהיה ראוי לירש וכו' צריך להביא עדים שהוא הקודם בירוש' ואין אחר קודם לו. ולא דמי להביא דמרי בר איסק (ב"מ לט:). וכו' דהתם מארי הוא ודאי יורש אביו וכו' אבל בנדון זה שהקורבה היא רחוקה אין זה ודאי יורש עד שיביא ראיה שהוא הקרוב מכל אדם וכו' משא"כ בנדון זה שזה בא להוציא מיד אחר ע"י ב"ד ויש לב"ד לחוש לכל מה שאפשר שלא יצא מתחת ידם דבר שאינו מתוקן", והכין כן במעשה דסבתא שחשו למיתה אע"פ שבסתמא אין חוששין ומעמידים לאדם בחזקת שהוא חי, אך ב"ד צריכים לחוש שלא יצא מתחת ידם דבר שאינו מתוקן. הב"י כתב שאפשר שאף הריב"ש לא כתב כן אלא במעשה בו דן שם (בסי' מו-ז) שכלל לא היה ברור שהוא יורש, אך ביורש ודאי – אף הוא יודה לרא"ש. הקצות כתב שאף הריב"ש לא כתב כן אלא שם שמייירי שלא הוחזק לנו ע"י עדים שהוא קרוב בודאי, אלא מכח חזקה ע"י אמירתו של המת, ולכן לא שייך בזה לומר 'אין ספק מוציא מידי ודאי'. ולא זכיתי לירד לסוף דעתו, ולעני"ד בריב"ש משמע שהחילוק הוא אחר כמו שציטטנו דבריו, וכן כתב המהר"א ששון להדיא בדברי הריב"ש ודלא כקצות.

3. מוריש שאמר בדרך שיחה שהוא ופלוני קרובים, האם מהני? ריב"ש, קצות – אין בעדותם כלום. רשב"ץ, נתיבות – הרי זו עדות גמורה, ומורידים לנחלה על פיה.

הריב"ש דן (בסי' מו, מז) במעשה שבאו עדים שאמר המת שהוא ופלוני קרובים, ושאלוהו מהי הקורבה ואמר שאבותיהם הם בני אחים, אך לא נתפרסמה קורבה זו בעיר בב' תשובות, ומסקנתו שאין בדברי העדים הללו כלום, כיון שהדין של סיי' רעט שנאמן אדם לומר על אחרים שהם קרוביו, לא נאמר אלא כשאומר כן בשעה שהוא ראוי ליורשו, אך אם בשעה שאמר כן לא היה ראוי ליורשו (כגון שהיו אחרים יותר קרובים) – אין בדבריו כלום, 'דכל מילתא דלא רמיא עליה דאינש אמר לה ולא אדעתיה'. **התשב"ץ** (א, נח) האריך לחלוק עליו שודאי בכל ענין ששמענו מפיו שאמר שהם קרובים – נאמן, שהרי אין צורך לנאמנותו אלא מספיק שיתברר ויוחזק לנו שהם קרובים, וכן מוכח לגבי בכור ששמענו שאביו קראו בכור שסגי בהכי, דהירושה ממילא קאתי וממון הקנו לו מהשמים, וא"צ לדבריו אלא גילוי מילתא בעלמא

להחזיקו שהוא קרובו. ומוכח בגמ' לגבי זיל לגבי שכחת ברי' שלא אמרין שמילי דלא רמיא עליה דאינש אמר לה ולא אדעתיה. **הקצות האריד להשיב על כל השגות התשב"ץ ולקיים דברי הריב"ש**, וכתב שודאי אם היו מוחזקים בו בעיר שהוא יורשו – סגי בהכי. אלא שהכא מיירי כשלא היו מוחזקים בו אלא שיש עדות שהמוריש אמר שהוא קרובו, ובכה"ג אינו נאמן אלא ב'מיגו' שבידו לתת נכסיו למי שירצה (וכן היא שיטת הקצות והנתיבות בריש סי' רעט שהנאמנות שם היא רק מכח בידו, ודלא כדברי הקוב"ש שהבאנו שם), וכיון שבעינן 'מיגו' לא אמרין מיגו אלא כשמתכוון להעיד, אך כשהוא סתם מספר סיפורים לא שייך לומר שנאמן 'מיגו' שכל לתת לו נכסיו במתנה, שהרי הוא כלל לא העלה בדעתו שמכח הסיפור שלו יורידוהו לנחלה. וממילא אין ראיה מכל מה שנאמר בגמ' לגבי בכור, כיון ששם לא בעינן כלל לדין מיגו, אלא שהתורה נתנה לאב נאמנות על בנו לומר שהוא בכור – מדין 'יכיר', ובכה"ג נאמן בכל ענין! **הנתיבות** הבין שטעמו של הריב"ש מפני שכשאמר כן דרך שיחה אנו תולים שאמר כן דרך שחוק וכדו', והקשה שא"כ אף בבכור לא מהני, דאע"פ שהתורה נתנה לאב נאמנות אך זה רק כשאומר כן באופן רציני! וכיון שבבכור לא חיישין שאמר כן בדרך שחוק וכדו' א"כ ה"ה לענין שאר קרובים. **בקצות** נראה שהבין שעיקר טעמו של הריב"ש, שכשאמר בדרך שיחה אינו נאמן לא בגלל שאנו תולים שזה לא אמירה רצינית, אלא בגלל שאף אם זו אמירה רצינית ושקולה – אך כדי שנאמין לו בעינן לכח של 'מיגו', וכח של 'מיגו' אין לו אלא כשהוא מתכוון להעיד ולהנחיל, ולא כשאומר כן בסתמא דרך שיחה. משא"כ בבכור שלא בעינן למיגו, אלא התורה נתנה לו נאמנות על בנו, ולכן בכל ענין נאמן.

4. אין מורידים קרוב לירושה על פי עד אחד; כ"כ שם הריב"ש בסימן מו, והביאו הרמ"א. רעק"א הביא בשם התשב"ץ שבע"א מורידים לנחלה, דמלתא דעבידא לאגלויי לא חיישין שמשקר. ומה שמבואר בגמ' שלא מהני – היינו כשמעיד עד מפי עד. וכתב רעק"א שמסתימת הפוסקים שלא חילקו בהכי משמע שבכל ענין אין מורידים לנחלה ע"פ עד אחד.

סעיף ב

אין היורשים נוחלים עד שיביאו ראיה שמת מורישן. אבל אם שמעו בו שמת, או שבאו עובדי כוכבים מסיחים לפי תומם, אף על פי שמשיאין את אשתו על פיהם [ונוטלת את כתובתה], וכן האשה שבאה ואמרה: מת בעלי, אף על פי שהיא נאמנת ותנשא ותטול כתובתה, אין היורשים נכנסים לנחלה על פיה.

1. אין היורשים יורשים עד שיביאו ראיה בעדים שמת מורישם.

2. עדות המועילה להשיא את האשה – אינה מועילה להוריד היורשים לנחלה, ואפי' אם האשה נשאת ע"פ אותה עדות. והטעם שבעדות אשה הקלו חכמים משום עיגונא, ועוד 'מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה הקלת עליה בתחילתה', משא"כ להוציא ממון.

יבמות קיז. במשנה "מצינו שאין האחין נכנסין לנחלה על פיה", וכתב רש"י "דרחמנא אמר ע"פ שנים עדים (דברים יט) ולגבי נשואין דידה הוא דאקילו רבנן משום עיגונא".

סעיף ג

אמרה: מת בעלי, ונתיבמה, הרי יבמה נכנס לנחלה על פיה, שנאמר: יקום על שם אחיו המת והרי קם.

יבמות קיז. "אמר רב חסדא: נתיבמה - יבמה נכנס לנחלה על פיה, הם דרשו מדרש כתובה, אנו לא נדרוש מדרש תורה: יקום על שם אחיו אמר רחמנא, והרי קם".

סעיף ד

מי שטבע במים שאין להם סוף, ובאו עדים שטבע בפניהם ואמרו: אבד זכרו, אף על פי שאין משיאין את אשתו לכתחלה, הרי היורשים נוחלים על פיהם. וכן אם באו עדים שנפל לגוב אריות ונמרים, או שראוהו צלוב והעוף אוכל בו, או שנדקר במלחמה ומת או נהרג ולא הכירו פניו, אבל היו לו סימנים מובהקים בגופו והכירו אותו, בכל אלו הדברים וכיוצא בהם אם אבד זכרו אח"כ יורדים לנחלה בעדות זו, אעפ"י שאין משיאין את אשתו, שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת, אבל לענין ממון אם העידו העדים בדברים שחזקתן למיתה, והעידו שראו אותם הדברים ואבד זכרו, ואח"כ נשמע שמת, הרי אלו נוחלים על פיהם.

1. טבע במים שאין להם סוף, או שבאו עדים שנפל לגוב האריות, או שהעידו על דברים אחרים שרובם למיתה – מורידים היורשים לנחלה על פיהם, אע"פ שאין מתירים האשה להנשא בעדות זאת. כ"כ הרמב"ם, וכתב ה"ה שאע"פ שאין לזה מקור בגמ' אך הדעת נוטה לזה. וביאר הסמ"ע שבדברים הללו

שרובם למיתה החמירו בא"א מחשש שמא לא תדקדק ותבדוק יפה, ותתלה שודאי מת, ולכן מחמת חומרת איסור אשת איש החמירו בה. משא"כ לענין ממון הקל לא החמירו שהרי חזקתן למיתה.

2. סימנים מובהקים: סמ"ע – מיירי בסימנים בינונים, דבמובהקים ממש אף מתירים לינשא.

3. בכה"ג אין האשה נוטלת כתובתה, דאע"פ שלענין ממון הקלו ומורידים היורשים לנחלה, אך הכא שאני דבכתובה כתוב 'לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי', וכיון שאסורה להנשא – אין לה כתובה; כ"כ הראב"ד, וכתב ה"ה שאף הרמב"ם מודה בזה; באר הגולה ח.

ב"ה

סימן רפח

היאך שמין מה שעל בניהם ובנותיהם כשחולקים, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

האחים שחלקו, שמין מה שעליהם (ו"א דגדול האחין אין שמין מה שעליו) (טור); אבל מה שעל בניהם ובנותיהם שקנו להם מתפיסת הבית, אין שמין. וכן מה שעל נשותיהם, שכבר זכו בהם לעצמם. בד"א, בבגדי חול. אבל בבגדי שבת ומועד, שמין מה שעליהם.

1. האחים שבאים לחלוק:

א. שמין הבגדים שעליהם, וכתב הרא"ש שדוקא אם הם בעין, אך מה שבלה – אין שמין.

ב. מה שעל בניהם ובנותיהם ונשותיהם: בגדי חול – אין שמין, בגדי שבת ויו"ט – שמין; כן איתא בירושלמי להדיא והביאו הר"ף.

2. מה דין הבגדים שלובש גדול האחים, שמתעסק בצרכי האחים? רמ"א – אין שמין, כמימרא דרב פפא. שו"ע: סמ"ע – שמין, דכן היא דעתו בב"י שהרמב"ם השמיטו מפני שלא קי"ל כרב פפא, דלא מסתבר טעמיה דאע"פ שנותנים לו רשות לקנות את הבגדים היקרים כי היכי דלישתמעון מיליה, אך אינם מוחלים לו עליהם בשעת חלוקה. נתיבות, גר"א – השו"ע והרמב"ם אינם חולקים, הגר"א כתב שסמכו על מה שכתבו שמותר לו לקנות לצורך כדי להתעסק לצורך האחים, ואילו הנתיבות הפנה לסימן קעו, ט שפסק שם השו"ע להדיא "וגדול האחין, אף במה שקנה לעצמו אין שמין לו".

ב"ק יא: "ואמר עולא אמר ר' אלעזר: האחין שחלקו – מה שעליהן שמין, ומה שעל בניהן ובנותיהן אין שמין. אמר רב פפא: פעמים אף מה שעליהן אין שמין, משכחת לה בגדול אחי, דניחא להו דלשתמעון מיליה".

וכתבו הרא"ש והנמוק"י שמיירי דווקא כשלא בלו, הרא"ש נימק מכיון שמסתמא מעיקרא כך הסכימו שלא להקפיד אלא בדבר הנראה לעינים, והנמוק"י כתב הטעם שמעיקרא אין שתיקתם מחילה אלא מפני שסבר שכיון שהוא לבוש בבגדים למחר אתפסנו וארד עמו לדין, וזה לא שייך אלא בבגד שהוא בעין ולא בבגד שבלה, וממילא כשבלה הבגד ולא תבעו – מחל לו. (מהרא"ש משמע שמעיקרא מוחלים לכשיבלה).

מדוע בבגדי בניהם ובנותיהם ונשותיהם אין שמין? רש"י והרא"ש פירשו מפני שאין זה מכובד להביאם לבי"ד כדי לשום את הבגדים שעליהם, ולכן מוחלים להם מעיקרא. ובגדי שבת ויו"ט כיון שאפשר להביא את הבגדים בלא להביא את הנשים והילדים – אינם מוחלים. אולם, הנמוק"י כתב בשם הרמ"ה הטעם שבכה"ג שתיקתם מורה על מחילה, שהרי אינו יכול לומר ששק בגלל שחשב בלבו שלמחר אתפסנו בשעת חלוקה, שהרי אף לאחיו אין חלק בבגדים הללו משעה שנתנם במתנה לבניו ולאשתו, כדמוכח בערכין כד. שהמקדש כל נכסיו – בגדי בניו ואשתו אינם קדושים! וכיון שראה את אחיו מוציא אותם מרשותו ושק – מוכח שמחל (לפי"ז צריך לומר שבגדי שבת ויו"ט הטעם הוא מפני שהם יקרים ואינו מקנה להם אותם במתנה). הרמב"ם והשו"ע נקטו כרמ"ה שהטעם הוא מפני שכבר זכו בהם לעצמם, והסמ"ע חלק וכתב שהטעם הוא כמו שכתב הרא"ש משום מחילה, אך הגר"א הפנה לדברי הנמוק"י הללו שכמותם פסקו הרמב"ם והשו"ע. וזה מתאים למח' הרמב"ם והרא"ש בסימן צז, כו בשאלה האם בע"ח גובה מבגדי אשתו ובניו שהשו"ע והרמב"ם פסקו שאינו גובה מבגדי חול אך גובה מבגדי שבת ומועד, דכיון שהם יקרים אינו מקנה לה אותם, וזה מסתדר עם דברי הרמ"ה כאן. אולם, הרא"ש חלק וכתב שבעל מקנה לאשתו את כל סוגי הבגדים, ורק באחים שחלקו יש חלוקה כיון שהאחים אינם מקנים לבניו ונשותיו של השני, אלא שהם מוחלים על בגדים שעליהם כדי שלא לביישם.

סעיף ב

מי שצוה בשעת מיתתו שיתנו לפלוני דקל או שדה מנכסיו, וחלקו האחים ולא נתנו לו כלום, החלוקה בטלה, ויתנו לזה מה שצוה מורישן, ואחר כך חוזרים וחולקים בתחלה. הגה: ואם ירצה אחד לקיים החלוקה וליתן לו משלו וחבירו יתן לו מעות, הרשות בידו (טור בשם הרא"ש).

1. מי שצוה בשעת מיתתו שיתנו לפלוני דקל או שדה מנכסיו, וחלקו היתומים ולא נתנו לו – החלוקה בטלה, ונותנים לו מה שצוה מורישם, ואח"כ חוזרים וחולקים הנכסים.

אמנם, אם רוצה האחד ליתן משלו וחבירו יחזיר לו מעות כנגד חלקו – רשאי; כ"כ הרא"ש.

כתובות קט: "מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו, אדמון אומר: ילך לו בקצרה, וחכמים אומרים: יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר". ובגמ' "מ"ט דרבנן: שפיר קאמר אדמון! וכו', כי פליגי - בחד דאתי מכח ארבעה, אדמון סבר: מכל מקום דרכא אית לי גבך וכו'. ההוא דאמר להו דיקלא לברת, אזול יתמי פלוג לנכסי, לא יהבו לה דיקלא: סבר רב יוסף למימר: היינו מתניתין, (שכל אחד יכול לדחותו אצל חברו). א"ל אביי: מי דמי? התם כל חד וחד מצי מדחי ליה, הכא דיקלא גבייהו הוא. מאי תקנתיה? ליתבו לה דיקלא, וליהדרו וליפלגו מריש".

סמ"ע: מיירי אף כשאין חברו מתרצה בכך, אלא רוצה לבטל החלוקה. **לשיטת השו"ע והרמ"א** שמיירי כשצויה בסתם, פשיטא שאינו יכול לכופו חברו לבטל החלוקה, כשחברו מתרצה ליתן הדקל משלו, שהרי אביהם לא צוה על דקל מסוים. **אולם, לשיטת הטור** שכתב שמיירי אף כשצויה על דקל מסוים, א"כ כאשר חברו רוצה ליתן דקל אחר כדי לא לבטל החלוקה (והמקבל מתרצה בכך), מדוע אין היורש השני יכול לכופו אם אינו מרוצה בכך?! שהרי מבואר בס"י קעה שבי אחים שחלקו ובא אח"כ אח שלא הכירוהו, אע"פ שהוא מתרצה לקבל חלקו מכל אחד, יכול האחד לכופו לבטל החלוקה ולחלוק הכל בשווה?! תירוץ א. שם מעיקרא החלוקה הייתה בטעות, שהרי לא ידעו שיש להם אח. משא"כ הכא שידעו שצריכים לתת הדקל למקבל, ומדחלקו בכל זאת – אמרינן שחלקו על דעת להתפשר אח"כ במאי דאפשר, ולכן אינו יכול לבטל החלוקה עכשיו; וכ"כ הב"ח. ב. שם היה לאח זכות בכל הנכסים, ולכן מקרי חלוקה בטעות ויכול לכופו לבטלה. משא"כ הכא שאין לו חלק אלא בדקל הזה.

הנתיבות כתב שהקושיא אינה קשה כלל, דלגבי אחים שחלקו ובא אח אחר, החלוקה בטלה כיון שאחים שחלקו לקוחות הם, והתברר שכל החלוקה הייתה בטעות שהרי אינו יכול למכור לחברו חלק שאינו שלו! וכן בבעל חוב שגבה מיירי שעשאו אפותיקי שאמירן שלמפרע הוא גובה, ומתברר שמעולם לא היו הנכסים הללו שלהם בשעת החלוקה, ולכן הכל בטל. משא"כ הכא שהרי הוא כבעל חוב ואין זה אפותיקי. ועוד שאף בבע"ח שעשאו אפותיקי לא מיירי אלא אם כן גובה את כל החלק שעלה ביד האח, ולכן יכול לבטל החלוקה. אך אם נטל מקצת חלקו – המקח קיים וישלים לו חברו חלקו במעות.

הב"ח כתב שאע"פ שבגמ' מיירי בדקל סתם, הטור נקט דין זה אפי' בדקל זה לרבותא, שאע"פ שהאח שמתרצה ליתן הדקל אינו נותן את הדקל המקורי (והיינו כשהמקבל מתרצה), אין אחיו יכול לומר לו אני רוצה לבטל החלוקה וליתן הדקל המקורי, כיון שמעקרא על דעת זה חלקו שיתפשו עמו לבסוף כפי שיעלה בידם (וכתי' א של הסמ"ע).

מה הדין אם אמר דקל פלוני, ואינם זוכרים איזה דקל אמר? יש להסתפק האם אמרינן שיכולים לדחותו כל אחד אצל חברו, ולומר לו הבא הוכחה שהדקל שלך בידי ואז תטול, שהרי כן משמע בגמ' שרצו לומר שזה דומה למי שאבדה לו דרך שדהו, ואמנם הגמ' דחתה שהכא שאני, אך נראה ברש"י שזה דווקא בגלל שאמר 'דקל סתם' ובכה"ג כל נכסיו משועבדים לתת מתוכם דקל, ולכן אינם יכולים לדחותו. או שמא, שאף בכה"ג נאמר שאינם יכולים לדחותו דסו"ס היה מוטל עליהם ליתן הדקל ואח"כ לחלוק בנכסים, ועשוי שחלקו קודם שנתנו נמצא שכביכול אף מי שלא הגיע הדקל לידו, אך הוא קיבל כנגדו חלק אחר, וא"כ ממה נפשך השווי של הדקל שלי נמצא אצל כ"א ואחד מכם, ויש לו תביעה על כל אחד בשווי של חצי דקל; וצ"ע שאף לדרך זו יכול לומר לו 'לאו בע"ד ידי אתי' דשמא הדקל שלך אינו אצלי, ואע"פ שקיבלתי תמורתו מאחי ממון שאינו ראוי לי – שיתבענו הוא.

ב"ה

הלכות אפטרופוס

סימן רצ

דין אפטרופוס מי ימנו וכיצד יתנהג וכל משפטיו, ובו כ"ח סעיפים.

סעיף א

מי שמת והניח יורשים קטנים, או שאשתו מעוברת, או שהניח קטנים וגדולים, צריך מורישם למנות להם אפטרופוס שיתעסק בשביל הקטנים עד שיגדילו; ואם לא מינהו, ב"ד חייבים להעמיד להם אפטרופוס עד שיגדילו, שבית דין הוא אביהם של יתומים.

ומיירי שאין הגדולים רוצים או יכולים להתעסק בנכסים ולהשביחם, כיון שטוב לקטנים שיתעסקו הגדולים ויהיה השבח לאמצע; סמ"ע בשם ה"ה (שאף הרמב"ם מודה בזה לראב"ד). עוד כתב ה"ה שדין זה מבואר בהרבה מקומות בש"ס והעיקרי שבהן הוא גיטין נב.

הגה: ואם הבית דין בעצמן רוצים להתעסק בצרכי היתומים, הרשות בידו (רשב"א סימן תתקע"ד). מיהו אם צריכים לחלוק או לטעון עם אחרים מחמת היתומים, י"א דצריכין להעמיד אפטרופוס שלא יהיו נראין כעורכי הדיינים. ועיין לקמן סעיף ח' (ר"ן פרק ב' דקידושין).

והא דבית דין אביהן של יתומים, היינו יתומים קטנים (ר"ן ר"פ שור שנגח ד' וה').

וב"ד היינו הממונה בעירו או גדולי הדור, אבל אין כח ביד שלשה בעלמא שיעשו עצמן ב"ד על היתומים (הרא"ש כלל פ"ה ס' ה' ו').

ואם צוה המוריש שינתן חלק הקטן ויעשה בו מה שירצה, הרשות בידו. וכן אם מינה המוריש אפטרופוס על הקטנים, קטן או אשה או עבד, הרשות בידו.

הגה: אחד שאמר לש"מ: רצונך שאהיה שליט בנכסיך, ואמר: הן, ה"ז לשון אפטרופוס (ריב"ש ס' ע' וב"י בשם רשב"א).

מי שהיה לו אפטרופוס על נכסיו ומת, אין מניחין אותו אפטרופוס על היתומים, אלא ב"ד מעמידין הראוי, דלא מקרי מינהו אבי יתומים אלא כשמינהו סמוך למיתתו (הרא"ש ריש כלל ס"ב). וטעמו מפני שלא בהכרח הוא נאמן עליו כ"כ, אלא שבחיי ידע שהוא לא יעז נגדו לעשות לו עוונות; סמ"ע.

ואין מניחין לאדם שאינו ראוי להיות אפטרופוס, אף על פי שמוחזק בנכסים, עד שיביא ראיה שמינהו אבי יתומים (מרדכי ר"פ הנזקין).

סעיף ב

אבל אין ב"ד ממנים אפטרופוס לא אשה, לא עבד ולא קטן ולא עם הארץ שהוא בחזקת חשוד על העברות, אלא בודקין אדם נאמן ואיש חיל ויודע להפך בזכות היתומים וטוען טענתם ויש לו כח בעסקי העולם כדי לשמור הנכסים ולהרויח בהם, ומעמידים אותו על הקטנים בין שיהיה רחוק בין שיהיה קרוב לקטן, אלא שאם היה קרוב לא ירד לקרקעות, כמו שנתבאר בסימן רפ"ה. (ויכולין ב"ד למנות קרוב שלהן לאפטרופוס, אם ראוי לכך) (ב"י בשם הרשב"א).

1. אין ב"ד ממנים כאפטרופוס: א. אשה. ב. עבד. ג. קטן. ד. עם הארץ. אך אם מינן אבי היתומים הרשות בידו, כ"כ השו"ע בסוף הסעיף הקודם.

גיטין נב. "אין עושין אפטרופין נשים ועבדים וקטנים, ואם מינן אבי יתומין - הרשות בידו". **פסחים מט:** "תנו רבנן: ששה דברים נאמרו בעמי הארץ וכו' ואין ממנים אותן אפטרופוס על היתומים". **בטור** כתב שהטעם הוא מפני "שהן בחזקת חשודין על העבירות", ומשמע שטעם זה שווה לכולם. אולם, רש"י בגיטין פירש "נשים - אין דרכן לצאת ולבא ולטרוח. עבדים - אין נאמנים. קטנים - אינם בני דעת". ורק בפסחים לגבי ע"ה פירש שזה מפני שחשוד על הגזל. בדברי הרמב"ם והשו"ע נראה שהטעם של יחשוד על העברות נאמר רק לגבי ע"ה כרש"י. אמנם, ה"ה הבין ברמב"ם שאין

כוונתו לומר שכל ע"ה חשוד על העברות, אלא שרק ע"ה שחשוד על העברות, כלומר שאינו לא במקרא ולא במשנה ולא בדרך ארץ - פסול להיות אפוסטרופוס. וכתב שטעמו של רש"י מפני שאע"פ שהוא במקרא וכו' אך אין בור ירא חטא ולא עם הארץ חסיד'.

היו שגרסו בגמ' "ואם מינן אבי יתומים - הרשות בידם", כלומר ביד ב"ד. והכוונה שאם ראינו שהיו נאמנים בעיניו של האב בחייו - הרשות ביד ב"ד למנותם, וכתב הב"י שהדין אמת אף אם לא גורסים כן בגמ'; סמ"ע.

2. **בי"ד ממנין כאפוסטרופוס:** אדם נאמן, איש חיל, ויודע להפך בזכות היתומים ולטעון עבורם, ויש לו כח בעסקי העולם - כדי לשמור על נכסיהם ולהרויח בהם.

3. **מותר למנות אדם שקרוב ליתומים כאפוסטרופוס,** אך אינו יורד לקרקעותיהם, כמבואר בס"י רפה שלא יבואו לטעון שזה חלקו בירושתו ואינו של הקטנים.

4. אין בעיה שהאפוסטרופוס יהיה קרוב של ב"ד; רשב"א.

סעיף ג

כשימנו אותו, צריכין ב"ד לחשוב עמו ולכתוב חשבון המטלטלין והקרקעות והחובות וכל דבר שמוסרים בידו, דהא על טענת ברי משביעין ליה; לכך צריך שידעו מה שמקבל ומה שמחזיר, וכותבים שני שטרות אות באות, אחד לאפוסטרופא ואחד ביד ב"ד בשביל היתומים.

גיטין נב. "וצריך לחשב עמהן באחרונה, ר"ש בן גמליאל אומר: אינו צריך" ופסקו הפוסקים שהלכה כרשב"ג. וכתב הר"ן (כה: ד"ה רשב"ג) בשם **בעל העיטור** "דדוקא באחרונה אין מחשבין אבל בתחלה צריכים בית דין לחשב עמהם וכו' דאף על גב דאין נשבעין הני מילי בטענת שמא אבל בטענת ברי כגון שאמר ליה יודע אני שלקחת משלי כך וכך משביעין והילכך צריך שידעו מה שקבלו ומה שהחזירו". **והראב"ד** הוסיף שכותבין שני שטרות אחד לאפוסטרופוס ואחד לקרובים של יתומים. **וכ"כ ה"ה בשם הרשב"א, וכ"כ הריב"ש.** והוסיף הב"י בשם **הריב"ש** "אם יחסר מהנכסים כל כך שאי אפשר שהוציא אותן בצרכי היתומים ויראה לבית דין בבירור שהוא גזלם אין ספק שהבית דין מונעין אותו ומוציאין ממנו", **וכ"כ הרשב"א** במיוחדות סימן קי"ח.

הסמ"ע הקשה הרי מיירי הכא כשמינוהו ב"ד, ובכה"ג אפי' בטענת שמא משביעין אותו, כמבואר לקמן טז? ותיירץ דבשמא אין משביעים אלא בטענת שווא כסף ופרוטה, משא"כ בטענת ברי משביעים בכל ענין. הנתיבות כתב שהוא דחוק, ועוד שבעינין שיהא ברי על פי הכתב כדי שיחשב טענת ברי? ולכן כתב ע"פ דברי הט"ז בסימן צג שאף בשמא אין משביעין אלא א"כ יש לב"ד או ליתומים חשד מסוים עליו, אך אם אין להם שום אומדנא לחושדו אין משביעין אותו כלל. ולכן עושין כתב בחשבון כמה קיבל, כדי שלבסוף יראו כמה החזיר וכמה הוציא, וממילא תהיה היכולת להשביעו אם יהיה חסר.

סעיף ד

רשאי האפוסטרופוס ללבוש בגדים נאים מנכסי היתומים, לתועלתם, כדי שיהיו דבריו נשמעים; והוא שיהיה ליתומים הנאה מנכסיהם בהיות דבריו נשמעים.

גיטין שם. וכתב הסמ"ע שאם רוצים למחות בו הרשות בידם, וכמו בגדול האחים.

סעיף ה

ב"ד שהעמידו אפוסטרופוס ושמעו עליו שהוא אוכל ושותה ומוציא הוצאות יותר מדבר שהיה אמוד בו, יש להם לחוש לו שמא מנכסי יתומים הוא אוכל, ומסלקין אותו ומעמידים אחר. אבל אם מינהו אבי יתומים, אין מסלקין אותו, שמא מציאה מצא. אבל אם באו עדים שהוא מפסיד נכסי היתומים, מסלקין אותו ומשביעים אותו, הואיל והוא מפסיד. הגה: ויש חולקין דאף כשמינוהו בית דין אין מסלקין אותו אלא אם כן באו עדים שהוא מפסיד (טור בשם הרא"ש). אפוסטרופוס שמלוה מעות יתומים לאחרים שלא היה לו להלוות, בית דין מוציאין מיד הלוה ומחזירין ליתומים, דמאחר דיכולין לסלק האפוסטרופוס, כל שכן הלוה שבא מחמתו (תשובת מ"מוני סוף ספר משפטים).

1. **אפוסטרופוס שבאו עדים שהוא מפסיד את נכסי היתומים** - מסלקים אותו, ומשביעים אותו.

2. **אם לא באו עדים, אך יצא עליו קול** שהוא מפסיד נכסיהם:

שו"ע: אם מינהו אבי היתומים – לא מסלקין ליה בלא עדות ברורה. אך אם מינהו ב"ד – מסלקין ליה. **רמ"א** – בכל ענין לא מסלקין ליה בלא עדות ברורה.

גיטין נב: "עמרם צבעא אפוטרופא דיתמי הוה, אתו קרובים לקמיה דרב נחמן, אמרי ליה: קא לביש ומכסי מיתמי! אמר להו: כי היכי דלישתמען מיליה. קאכיל ושתי מדידהו, ולא אמוד! אימור מציאה אשכח. והא קא מפסיד! אמר להו: אייתו לי סהדי דמפסיד ואיסלקינה, דאמר רב הונא חברין משמיה דרב: אפוטרופוס דמפסיד מסלקין ליה. דאיתמר: אפוטרופא דמפסיד, רב הונא אמר רב: מסלקין ליה, דבי רבי שילא אמרי: לא מסלקין ליה. והלכתא: מסלקין ליה". וכתבו בשם **הגאונים** שאע"פ שאין משביעים אפוטרופוס, אך כאשר מסלקים אותו – משביעים אותו.

פשט הגמ' שאין חילוק ובכל אפוטרופוס אמרו שאין מסלקים אותו אלא בראיה ברורה. **וכ"כ הרא"ש וכן נראית דעת הרי"ף** שלא חילק בכך. אולם, **הרמב"ם** כתב שדין זה נאמר רק כשמינהו אבי יתומים, אך מינהו ב"ד מסלקין אותו אפי' בקול בעלמא, **וכתב הרשב"א** שלא ירד לסוף דעתו של הרמב"ם בזה. אולם, **ה"ה ביאר** שטעמו הוא מפני ש"אין לבית דין לברור אלא אדם נאמן ויודע לשמור הנכסים, ואם טעו בזה ומינהו למה לא יסלקוהו ונמצאת תקלה באה ליתומים על ידי בית דין? וכו' אין תולין במציאה שאינה מצויה" וכן דעת **הרמב"ן והריב"ש**. **השו"ע פסק כרמב"ם, והרמ"א הביא את דעת הרי"ף והרא"ש**.

2. אפוטרופוס שהלוח מעות היתומים לאחרים – ב"ד מוציאים הממון מיד הלוח, דכיון שיכולים לסלק האפוטרופוס כ"ש שיכולים להוציא מהלוח.

מה הדין כשא"א להוציא המעות מהלוח? סמ"ע – אע"פ שהלוח לאיש נכבד והגון, הרי זו פשיעה וחייב לשלם; כ"כ בשם המהרי"ק. **נתיבות:** אם היה ידוע בשעת ההלואה שחייב לאחרים יתר על נכסיו, ונמצא שלא יהיה ממה לגבות ממנו, חייב דהוי פשיעה. אך אם לא היה ידוע בשעת ההלואה – פטור; דכ"כ המהרי"ק. **פת"ש בשם נו"ב:** דווקא באיש נכבד והגון שציית דינא אמרינן חילוקו של הנתיבות, אך באחר אע"פ שלא היה ידוע שאין לו נכסים – חייב לשלם, דעצם ההלואה היא פשיעה.

3. אפוטרופוס שמינהו ב"ד ואמרו לו 'שיעשה כטוב בעיניו', והלוח בלא משכון: פטור, דכיון שאמרו לו כן, הרי נתנו לו רשות לעשות כטוב בעיניו, ואע"פ שמעיקר הדין אין להלוות אלא על משכון של דהבא פריכא, אך בזמננו אם נחמיר בזה יכלו זוזי דיתמי, ולכן הרשוהו; פת"ש בשם נו"ב.

4. אפוטרופוס שהלוח מעות היתומים שלא על המשכון, בלא רשות ב"ד – אינו חייב אלא הקרן, ולכן אם העלו רווחים ורק אח"כ נפסדו – מקזזים את הרווח מהקרן ומה שנשאר ישלם מביתו; פת"ש בשם נו"ב. אמנם, אם מינהו אבי יתומים, כיון ששיטת הרמב"ן שבכה"ג פטור אף מפשיעה, ושיטת הש"ך שצ"ע לדינא, אין מוציאים ממנו. ואין לומר שמקרי 'מזיק בידים' כיון שמסרו ליד מי שאינו ראוי, שדבר זה תלוי בפלוגתא בריש סי' שא לגבי שומר שמסר לשומר.

סעיף ו

והוא הדין לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, והיתה שמועתו טובה והיה ישר ורודף מצות, וחזר להיות זולל וסובא והולך בדרכי חשך או שפרץ בנדירים ובאבק גזל, בית דין חייבים לסלק אותו ולהשביעו ולמצוא להם אפוטרופוס כשר. וכל הדברים אלו כפי מה שיראה לדיין, שכל בית דין ובית דין הוא אביהם של יתומים.

סעיף ז

כשמעמידים בית דין אפוטרופוס ליתומים מוסרים לו כל נכסי הקטן, הקרקע והמטלטלים שלא נמכרו, והוא מוציא ומכניס ובונה וסותר ושוכר ונוטע וזורע ועושה כפי מה שיראה שזה טוב ליתומים, ומאכילן ומשקן ונותן להם כל ההוצאה כפי הממון וכפי הראוי להם. ולא ירויח להם יותר מדאי ולא יצמצם עליהם יותר מדאי.

פי' הסמ"ע דבשעה שמורידים האפוטרופוס מוכרים הנכסים כדי להאכיל היתומים ולא להניח, ועוד ששאר מטלטלים חוץ מבהמה, עבדים, קרקעות מוכרים אותם לכתחילה כדי להרויח במעות למחצית שכר, מלבד המטלטלים שלא מוכרים משום שבת בית אביהם; וכן מוכח ברמב"ם.

סעיף ח

מעות של יתומים שהניח להם אביהם אינם צריכים אפוטרופוס; הגה: ויש אומרים דגם במעות מעמידים אפוטרופוס, שיותר ישתדל הוא בהן מבית דין (טור שם). אלא כיצד עושים בהם, בודקין מי שיש לו נכסים שיש להם אחריות; ויהיו עידית; ויהיה איש נאמן

ושומר דברי תורה ומעולם לא קבל עליו נידוי; נותנים אותם לו בבית דין, קרוב לשכר ורחוק מהפסד. (ועיין בזה ב"ד ס' ק"ס). ואם אין לו קרקע, ונתן להם משכון זהב משובר שאין בו סימן, נותנין לו המעות קרוב לשכר ורחוק להפסד, ויפקדו בשכר כפי מה שיראו הדיינים, או שליש השכר או חציו, אפילו רביע השכר ליתומים, אם ראו שזו תקנה להם, עושים. לא מצאו אדם שיתנו לו המעות קרוב לשכר ורחוק להפסד, הרי אלו מוציאים למזונות מעט [מעט], עד שיקנו להם במעות קרקע וימסרו אותו ביד אפוטרופוס שיעמידו להם. הגה: י"א כמו שהאפוטרופוס יכול ליתנם לאחרים, כך יכול לקבל המעות לעצמו, ובלבד שיעשה בבית דין, משום לזוט שפתיים (טור בשם ראב"ד וכו"כ נ"י בשמו בפ' מי שמת ובשם הריטב"א).

1. מעות של יתומים: שו"ע – אין צריכים אפוטרופוס, כדעת הרמב"ם. רמ"א – צריכים למנות עליהם אפוטרופוס, כדעת הטור.

2. מה עושים עם המעות? נותנים אותם ביד אדם נאמן ושיש אפשרות להפרע ממנו אח"כ, כגון שיש לו קרקעות או דהבא חתיכות זהב שבור ('דהבא פריכא') שאין בהם סימן, ונותנים בידו המעות להתעסק בהם לטובת היתומים באופן של 'קרוב לשכר ורחוק להפסד', כלומר שההפסד כולו על המתעסק, אך הריוח מתחלק בינו לבין היתומים, והחלק של היתומים בריוח הוא כפי שיראו הדיינים שהוא לטובתם או שני שליש או חצי או רבע. ואם לא ימצאו אדם נאמן יוציאו למזונותיהם מעט מעט, עד שיוכלו לקנות קרקע ולמסרה ביד אפוטרופוס.

ב"מ ע. "אמר ליה רבה לרב יוסף: הני זוזי דיתמי היכי עבדינן להו? – אמר ליה: מותבינן להו בי דינא, ויהבינן להו זוזא. – אמר ליה: והא קא כליא קרנא! – אמר ליה: מר היכי עביד? – אמר ליה: בדקינן גברא דאית ליה דהבא פריכא, ונקטינן דהבא מיניה, ויהבינן להו ניהליה קרוב לשכר ורחוק להפסד. – אבל דבר מסוים – לא, דלמא פקדון ניהו, ואתי מריה יהיב סימנן ושקיל ליה. (וכיון שאביהם מת לא טענינן להו לקוח, דמילתא דלא שכיחא – שיקנה את הפקדון שהופקד בידו – לא טענינן ליתמי; סמ"ע) אמר רב אשי: תינח אי משתכח גברא דאית ליה דהבא פריכא, אי לא משתכח גברא דאית ליה דהבא פריכא ניכלו זוזי דיתמי? אלא אמר רב אשי: חזינן גברא דמשפו נכסיה, ומהימן, ושמע דינא דאורייתא ולא מקבל שמתא דרבנן, ויהבינן להו ניהליה בבי דינא. **ופי' רש"י** שהצורך ליתנם בבי"ד הוא מפני שצריך את כח ביי"ד כדי להפקיע את ממון המקבל לטובת היתומים, שהרי נותנים לו את מעותיהם באופן של קרוב לשכר ורחוק להפסד, **וכ"כ המרדכי. אולם, הרא"ש** כתב שהטעם הוא כדי שתהיה על המתעסק אימת ביי"ד. **ותלמידי הרשב"א** כתבו בשמו שהטעם הוא כדי ליטול רשות מבי"ד, דבלאו הכי אין רשות לאפוטרופוס להלוות מנכסי היתומים.

הרמב"ם הבין שהכוונה שא"צ באפוטרופוס, אלא ביי"ד עצמם יתנו ביד האדם הנאמן. **אולם, הטור** כתב שבי"ד ממנים אפוטרופוס והוא ידאג למנות אדם נאמן על המעות. וכתב הבי"י שאין בדבריו הכרע. **השו"ע פסק כרמב"ם והרמ"א כטור.**

3. האם במעות של יתומים התרנו כל איסורי ריבית דרבנן? טור ורא"ש בשם הגאונים – כן, רשב"א בתשובה – לא, רק קרוב לשכר ורחוק להפסד, אך לא משכנתא בנכיתא. **השו"ע והרמ"א (יו"ד קס, יח) פסקו שמותר.**

ב"מ שם "אמר רב ענן אמר שמואל: מעות של יתומים מותר להלוותן ברבית. אמר ליה רב נחמן: משום דיתמי ניהו ספינא להו איסורא? יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שבקיהו. אמר ליה: אימא לי איזו, גופא דעובדא היכי הוה? וכו' אמר ליה: כי הא – אפילו בדקנני נמי שרי למיעבד וכו'. אמר רבה בר שילא אמר רב חסדא וכו' מעות של יתומים מותר להלוותן קרוב לשכר ורחוק להפסד. וכתב הרא"ש בשם הגאונים שה"ה כל ריבית דרבנן מותר בנכסי היתומים. אולם, הרשב"א בתשובה (ד, רלב) כתב שדווקא בקרוב לשכר הקלו, כיון שבכה"ג מעות הקרן של היתומים נמצאים אצל המקבל, והרי הם כפקדון גבי, ונמצא שאינם נוטלים אלא ריוח מעותיהם ואין זה בכלל 'אגר נטר'. אבל בשאר ריבית דרבנן לא הקלו ביתומים.

4. האפוטרופוס יכול לקבל בעצמו המעות, כדי לעסוק בהם לטובת היתומים, ובלבד שיעשה כן בבי"ד כדי להסיר ממנו לזוט שפתיים, רמ"א בשם הראב"ד. הטור עצמו כתב שנראה לו שגנאי הוא כן, אך הבי"י כתב שאין בו בית מיחוש.

סעיף ט

כל המטלטלין של יתומים שמים אותם ומוכרים אותם בב"ד. הגה: ודוקא שלא נתמנה עליהן אפוטרופוס. אבל אפוטרופוס עושה בלא בית דין כל מה שנראה בעיניו טובת היתומים (טור). ומי שהיו בידו מעות היתומים והלוה אותן על משכונות של עובד כוכבים, ואחר כך בא אפוטרופוס של יתומים ואמר להוליכן למקום שדרין היתומים, כי 'יכול למכרן שם ביוקר, והמלוה אומר שמתירא מעלילות מן העובדי כוכבים ורוצה ליתן בהם מה ששוין במקומו, הדין עם היתומים (מרדכי פרק

אלמנה ניזונית). ואם היה השוק קרוב למדינה, מוליכים אותם לשוק ומוכרים אותם, ויצטרפו דמיהם עם המעות של יתומים.

כתובות ק: "אמר רב יהודה אמר שמואל: מטלטלין של יתומים - שמין אותן ומוכרין אותן לאלתר, רב חסדא אמר אבימי: מוכרין אותן לשווקים. ולא פליגי, הא דמיקרב שוקא, הא דמרחק שוקא".

מי שהיה בידו יין או שכר של יתומים, אם יניחנו כאן עד שימכור שמא יחמיץ, ואם יוליכנו לשוק שמא יארעו אונס בדרך, ה"ז עושה בו כדרך שהוא עושה בשלו. וכן כל כיוצא בזה.

גמ' שם "רב כהנא הוה בידיה שכרא דרב משרשיא בר חילקאי יתמא, שהייה עד ריגלא, אמר: אף על גב דנפל ביה איצצתא, מיייתי זוזא חריפא. רבינא הוה בידיה חמרא דרבינא זוטי יתמא בר אחתיה, הוה לדידיה נמי חמרא, הוה קמסיק ליה לסיכרא, אתא לקמיה דרב אשי, א"ל: מהו לאמטויי בהדן? א"ל: זיל, לא עדיף מדידך". וכתב הרא"ש שכן ראוי לעשות לכל מי שבידו ממון יתומים שלא יעשה אלא במאמר ביי"ד, ולא יאמר מדעת עצמו אעשה בהם כמו שאני עושה בשלי, כי בכך לא יפטר מהאונס. וכתב הטור שאם נתמנה כאפוטרופוס אינו צריך ליטול רשות מביי"ד. וכתב הב"י שמדברי הרמב"ם נראה שחולק וסובר שרבינא לא ידע את הדין ולכן נמלך ברב אשי, ורב אשי לימדנו שהכלל הוא שצריך לעשות בהם כדרך שהוא עושה בשלו, וא"צ להמלך בביי"ד על כך. **וכן פסק השו"ע. הסמ"ע** (כו) כתב שווקא כאן שיש חשש הפסד מביי"ד הצדדים לא הצריכו ליטול רשות מביי"ד אך בלאו הכי בעינן ליטול רשות מביי"ד. **והש"ך חלק עליו** וכתב שהשו"ע פסק כרמב"ם הסובר שלעולם לא בעינן רשות מביי"ד, והטור כתב דברי הרא"ש דפליג; וכמו שבאירנו.

סעיף י

אין שולחים מטלטלים או סחורה של יתומים בדרך ים, ולא בדרך שיש בה ספק אונס, אלא שכר שיש בו חשש שמא יחמיץ כמו שנתבאר. וכן כל כיוצא בזה.

על הדין של הסעיף הקודם כתב הב"י בשם ה"ה, **הר"ן והרשב"א** שדווקא הכא שיש חשש הפסד מביי"ד, שאם יניחנו כאן יכול להחמיץ קודם שימכר, ואם יוליכנו למכרו במקום השוק יכול להפסד בדרך - התרנו לעשות בו כדרך שהוא עושה בשלו. אולם, במקום שאין חשש הפסד אם יניחנו כאן, לא התירו לו להסתכן אע"פ שיכול להרויח בכך, דלא התרנו להוליך ממון יתומים לשוק אלא כ"כ הוא קרוב למדינה. ומכאן שאין שולחים מטלטלין של יתומים בדרך ים או בדרך מסוכנת.

סעיף יא

יש לאפוטרופוס למכור בהמה ועבדים, שדות וכרמים, להאכיל ליתומים. (ומוכרים בהמה קודם לעבדים, ועבדים קודם לבתים; והכל לפי ראות האפוטרופוס שהוא תועלת היתומים) (טור). אבל אין מוכרין ומניחים המעות. ואין מוכרים שדות ליקח עבדים, ולא עבדים ליקח שדות, שמא לא יצליח. (ויש מתירין למכור עבדים ולקנות שדות) (טור בשם הרא"ש והרמ"ה). אבל מוכרים שדה ליקח שוורים לעבודת שדות אחרות, שהשוורים הם עיקר כל נכסי שדות. ואינו רשאי למכור אפילו שדה רעה והרחוקה כדי לקנות בדמיה שדה טובה וקרובה, שמא לא יצליח זה שקנה. (אין אפוטרופוס יכול להקנות מעות יתומים במעמד שלשה. אבל אם אחר מקנה ליתומים במעמד אפוטרופוס, קנו) (ת"ה סימן שמ"ז).

גיטין נב. "ומוכרי' להן בהמה, עבדים ושפחות, בתים, שדות וכרמים, להאכיל אבל לא להניח". ובהמשך "ואין אפוטרופין רשאים למכור ברחוק ולגאול בקרוב, ברעה - ולגאול ביפה; מ"ט: דדלמא משתדפין. ואין אפוטרופין רשאים למכור שדות וליקח עבדים, אבל מוכרין עבדים ולוקחין בהן שדות, רבן שמעון בן גמליאל אומר: אף לא למכור עבדים וליקח שדות; מ"ט: דלמא לא משפיינ". **הרמ"ה והרא"ש פסקו כת"ק, וכן פסק הרמ"א. אולם, הרמב"ם והשו"ע פסקו כרשב"ג.**

ובהמשך הגמ' "ההוא אפוטרופוס דהוה בשבבותיה דר' יהושע בן לוי, דהוה קא מזבין ארעא וזבין תורי, ולא אמר ליה ולא מידי; סבר לה כר' יוסי, דתניא, א"ר יוסי: מימי לא קריתי לאשתי ואשתי ולשורי שורי, אלא לאשתי - ביתי ולשורי - שדי".

אין אפוטרופוס יכול להקנות מעות היתומים במעמ"ש, אך יכולים להקנות להם במעמ"ש. כ"כ הרמ"א בשם תרוה"ד, וטעמו מפני שמעמ"ש הלכתא בלא טעמא הוא, והבו דלא לוסיף עלה, ולכן אין אפוטרופוס יכול להפקיע ממון היתומים במעמ"ש, דסתם הפקעה רעה היא ולא חילקו בה; סמ"ע (לב).

האיסור למכור שדות הוא רק כשיש ספק תועלת ליתומים, אך כשיש תועלת ברורה ליתומים בכך - מוכרים וא"צ ליטול רשות מביי"ד. וכ"ש כשיש הפסד בקרקע אם לא ימכרוהו; רעק"א בשם מהר"י בירב.

סעיף יב

היה לאדם תביעה אצל היתומים, אין לאפוטרופוס לטעון בשבילם לדון עמו, שמה יתחייב בדין. אבל אם ירד עמו לדין וטען בשבילם וזכה, הדין קיים. הגה: והאפוטרופוס נאמן, אם ידוע שהמעות של יתומים, שהרי אינו נוגע בדבר ולכן יוכל להעיד (מרדכי פרק איזהו נשך), כדלעיל סימן ל"ז סעיף ח'. אף על גב דאין בית דין טוענין ליתומים מילתא דלא שכיחא, אף על גב דאבוהון הוי מצי למטען, מכל מקום אם טען אפוטרופוס, טענתיה טענה (הרא"ש ריש כלל פ"ו וב"י בשם הרשב"ץ). והא דאמרינן טוענים ליוורש, הני מילי בשמא, אבל אם הוא טוען ברי, אין דנין אלא על פי טענותיו, ולכן אין טוענין ליה עד ששומעין טענותיו תחלה (בית יוסף בשם הרשב"א ורבינו ירוחם נ"א ח"ב).

1. אין לאפוטרופוס לירד לדין על נכסי היתומים, אפי' כדי לנסות לזכותם, שמה יתחייב בדין. גיטין נב.
 "ואין אפוטרופין רשאין לדון לחוב ולזכות בנכסי יתומים. לזכות אמאי לא? אלא, לחוב על מנת לזכות בנכסי יתומים".

2. עבר וירד לדין: אם זכה – הדין קיים, אך אם הפסיד – הדין בטל. וכתב הסמ"ע (לג) ע"פ דברי ה"ה בביאור דברי הרמב"ם, שכיון שא"א להתיר להם לכתחילה לירד לדין, ולומר שאם ינצחו הדין קיים ואם יפסידו הדין בטל, שא"כ לקתה מידת הדין! ולכן אמרו חז"ל שא"א לתבוע היתומים עד שיגדילו. וממילא אם עבר וירד ודן: אם זכו היתומים בדין – דינם קיים, אך אם הפסידו הדין בטל, שהרי שלא כדן תבעו אותם.

3. אפוטרופוס שהלואה מעות יתומים לאחר ותבעם ממנו, והלואה מודה שידע שהם של היתומים:
 אם האפוטרופוס תפוס במשכון או ד"א של הלואה – נאמן לומר שלא פרע בלא שבועה, אך אם אין לו משכון – צריך הלואה שבועה דאורייתא להכחישו, שהרי הוא כעד אחד; כ"כ הש"ך, המרדכי כתב שהאפוטרופוס נאמן ולא חילק, אולם הש"ך כתב שבפשיטא שבהכי מיירי, דסתם ככה אינו נאמן להוציא מחברו ממון.

הש"ך הוסיף שהחילוק אינו בשאלה האם ידוע שהם מעות יתומים או לא, אלא האם האפוטרופוס אמר לו בשעת ההלואה שהם מעות יתומים, דדוקא בכה"ג נאמן האפוטרופוס להוציא מידו כשיש לו משכון, שהרי הוא כשליש שנאמן כשאינו נוגע כבי' עדים (כמבואר בסי' נו). אולם, כאשר הלואה כופר בו, ואומר שלא אמר לו שהם מעות יתומים, אינו נאמן אע"פ שיש בידו מממון הלואה, דרק המלואה נאמן לומר ללואה שלא פרעו כשיש לו מיגו דלקוח או החזרתי, ולאפוטרופוס אין מיגו זה. ע"פ זה כתב שדברי הרמ"א אינם מדויקים, שאע"פ שלנו ידוע שהמעות של יתומים, אך אם הלואה טוען שלא ידע בכך בשעת ההלואה – אין האפוטרופוס נאמן.

האם האפוטרופוס חשוב כנוגע? הרמ"א כתב שכאשר ידוע שהממון של היתומים אינו נוגע בדבר, והרי הוא נאמן כעד אחד לחייב את הלואה שבועה שלא פרע. **הנתיבות** ביאר שהיינו דווקא כשהיתומים אינם יכולים לתבוע אותה, כגון שאינם יודעים כלל מה הוציא עליהם ומה הרויח, וכיון שיכל האפוטרופוס לטעון שאמנם הלואה פרע ההלואה אך הוא השתמש בממון לטובתם, נאמן לטעון שלא פרע ודומיא ד'שליח נעשה עדי' (קידושין מג) שמיגו שיכולים לומר החזרנו ללואה נאמנים לומר פרענו למלואה. וכן מיירי שאין להם הוכחה כדי לחשוך אותו בב' כסף ופרוטה, דאי לאו הכי הרי הוא נוגע שאינו רוצה שיחשדוהו וישביעו שבועת האפוטרופוסים.

דין 'טענין':

4. בי"ד אינם טוענים ליתומים 'מילתא דלא שכיחא'; רמ"א. כ"כ הרא"ש, הרשב"ץ, המהר"ם והר"ה, והוכיחו כן **מכתובות קט'**: "ההוא דעשאה סימן לאחר, ערער ושכיב ואוקים אפוטרופא, אתא אפוטרופוס לקמיה דאביי, א"ל: עשאה סימן לאחר - איבד את זכותו. אמר: אי הוה אבוהון דיתמי קיים, הוה טעין ואמר תלם אחד עשיתי לך! א"ל: שפיר קאמרת וכו'. הוה עלה ריכבא דדיקלי, אמר ליה וכו' אמר אביי: האי מאן דמוקים אפוטרופא, נוקים כי האי דידע לאפוכי בזכותא דיתמי". ואמאי אביי עצמו לא טען כך?! אלא מוכח שבמילתא דלא שכיחא בי"ד לא טוענים, אך האפוטרופוס יכול לטעון עבור היתומים. **אולם, שיטת הרמב"ן, הרשב"א והר"ן** שאף במילתא דלא שכיחא טענין ליתמי, אלא שאין טוענים להם אלא כשהם טוענים בשמא, אך אם הם טוענים ברי - לא. ולכן אביי המתין מלטעון עבורם דשמא יטענו בברי.

5. כאשר היורש טוען בברי – איננו טוענים עבורו, ואע"פ שהיורשים טוענים אין זה נחשב אלא טענת שמא, אא"כ אמרו במפורש 'ברי לנו שכך היה'; סמ"ע (לז).

6. אפוטרופוס טוען אף מילתא דלא שכיחא, אך מילתא דלא שכיחא כלל אינו יכול לטעון, כ"כ הנתיבות בשם הרא"ש. ואף הוא לא יטען דברים שהוא יודע בודאות שאינם נכונים.

סעיף יג

אין האפוטרופוסין רשאים להוציא עבדים לחירות, אפילו ליקח מהעבד דמים שיצא לחירות, אבל מוכרים אותם לאחרים ולוקחים מהם הדמים על מנת שיוציאוהו

לחירות, ואותם האחרים הם שמשחררים אותם. (וכל זה לא מיירי אלא בלא רשות בית דין; אבל אם נטל רשות מבית דין, מותר לעשות כל מה שירצה) (טור בשם הרמ"ה ור"ן פ' הניזקין).

גיטין נב. "ואין אפוטרופין רשאים להוציא עבדים לחירות (אפי' שאין פסידא ליתומים, כגון שהעבד נותן דמיו), אבל מוכרין אותן לאחרים ואחרים מוציאים אותן לחירות; רבי אומר, אומר אני: אף הוא נותן דמי עצמו ויוצא, מפני שהוא כמוכרו לו". ופסק הרמב"ם כת"ק, והראב"ד כתב שיש מי שפסק כרבי, שהרי קי"ל בגיטין לו: שכסף גומר בו, וכיון שיכול למכרו ממילא יכול לשחררו אף לעצמו כשמשלם דמיו. וכתב עליו ה"ה שאע"פ שהרמב"ם פסק בהלכות עבדים (ה) שכסף גומר, פסק הכא דלא כרבי שמח' אינה תלויה בזה כלל. וכ"כ הרשב"א שטעמו של ת"ק שלא יבואו לזלזל בנכסי היתומים, שכיון שנוטל מהעבד את דמיו ה"ז נראה כשחרור ולא ידקדקו בדמיו. וכן כתב הר"ן שהטעם מפני שנראה כמוציאו לחירות.

מדוע אין האפוטרופוס יכול לשחרר העבד? רש"י כתב מפני שאין גוף העבד קנוי לו, וביאר הנתיבות שאע"פ שיכול למכרו זה בגלל שהגוף קנוי לו לדמיו, אך כדי לשחררו צריך שיהיה לו בו קנין גוף גמור, וזה אין לאפוטרופוס.

סעיף יד

האפוטרופוסין, תורמין ומעשרין נכסי יתומים, כדי להאכילם, שאין מאכילים את היתומים דבר האסור. אבל לא יעשרו ולא יתורמו כדי להניח פירות מתוקנים, אלא ימכרו אותם טבל.

ברייתא שם.

סעיף טו

האפוטרופוסין, עושים לקטנים לולב וסוכה וציצית ושופר וספר תורה ותפילין ומזוזות ומגילה. כללו של דבר, כל מצות עשה שיש לה קצבה, בין שהיא מדברי תורה בין שהיא מדברי סופרים, עושים להם אף על פי שאינם חייבים במצוה מכל אלו המצות, אלא כדי לחנכן. אבל אין פוסקים עליהם צדקה, אפילו לפדיון שבויים, מפני שמצות אלו אין להם קצבה. מיהו אם פסק עליהם צדקה לאחשובינהו כדי שיצא עליהם שם טוב, והם אמודים לכך, שפיר דמי. ומי שנשתטה או נתחרש, בית דין פוסקין עליו צדקה אם היה ראוי. (ועיין לעיל סימן קס"ג סעיף ד').

1. אפוטרופוסים עושים ליתומים כל מצות עשה שיש בה קצבה, ואפי' שאינה אלא מדבריהם. אך מצות עשה שאין בהם קצבה – אין עושים להם.

2. אין פוסקים עליהם צדקה, כיון שאין לה קצבה, אא"כ עושים כן כדי להחשיבם שיצא עליהם שם טוב, והם אמודים לכך.

3. האם יש שעבוד נכסים בצדקה? קצות – כן. נתיבות: צדקה שמחויב בה בעל כרחו – כן, בצדקה שנודר מעצמו – לא, דאין זה אלא נדר ולא חוב.

הקצות האריך בדבר טובא, ותורף דבריו **שדעת הכס"מ** שבצדקה יש שעבוד נכסים, ואילו **דעת הר"ן** שאין שעבוד נכסים, אך כשהוא בפנינו אפשר לרדת לנכסיו מדין כפיה על המצות, ועד שתכפיהו בגופו – כפיהו בממונו. **ודעת הרשב"א** שאין כופין ואין יורדין לנכסים אפי' בפניו. וכתב שגם הכס"מ מודה שכאשר יצא לדעת – אין יורדים לנכסיו דשמא הוא נותן צדקה במקום שהוא נמצא בו. **הקצות כתב שנראה לו ככס"מ**, מאחר שקי"ל ששעבודא דא"ו ומלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, וא"כ לא גרע מצות צדקה ממצות פדיון הבן שיש בה שעבוד נכסים! וכן מוכח מהדין שנותנים צדקה מנכסי אדם שנשתטה, שהרי עכשיו הוא פטור ממצות ואין זה מדין כפיה, אלא מוכח שזה מוכח שעבוד הנכסים שחל עליו בשעה שהיה חייב בצדקה. **ומכאן זה כתב לצדד בדעת הב"י במח' עם הרמ"א לגבי 'נודר ומת האם היורשים צריכים לקיים נדרו'**, דכיון שנדר ונעשה עליו חיוב לקיים נדרו מכאן לא יחל דבריו, ממילא חל שעבוד על נכסיו כולם לקיים הנדר, וכופין את היורשים לקיים דבריו. **ומסקנתו שאע"פ שנראה שהפוסקים הסכימו עם הרמ"א בנודר לעניים ומת, שאין בו משום שעבוד נכסים**, היינו דווקא בנודר שאינו עושה קנין ואין בו אלא משום נדר. **אולם, בצדקה יש שעבוד נכסים** דומיא דשאר המצוות הממוניות שבתורה. הנתיבות (ח) הסכים עמו לגבי מצות צדקה היכא שהדין הוא שבי"ד כופין עליה, כגון לפדות קרובו או ליתן לקופת ותמחוי של העיר וכדו'. אולם, צדקה שבאה עליו מכת דיבור פיו, הרי היא כנדר שאין בו שעבוד נכסים.

4. מי שנשתטה או נתחרש – פוסקים עליו צדקה אם היה ראוי לכך. כתובות מח.

סעיף טז

כשיגדילו היתומים, נותן להם ממון מורישן, ואינו צריך לעשות להם חשבונות מה שהכניס והוציא, אלא אומר להם: זה הנשאר, ונשבע בנקיטת חפץ שלא גזלם כלום. במה דברים אמורים, כשמינהו בית דין. אבל אפטרופוס שמינהו אבי היתומים, וכן שאר המורישן, אין נשבע על טענת ספק. הגה: וי"א דהואיל ואינו נשבע, צריך ליתן חשבון, במינהו אבי יתומים (מרדכי פרק הנזקין בשם העיטור), והכי יש לנהוג (מהר"ם פאדוואה סימן ל"ח). ומחרימין חרם סתם על מי שלקח משל יתומים (ב"י בשם הרשב"א). ראובן שאומר שיש לו בידו מעות של שמעון, ואומר שצוהו לתת לבניו, אם רוצה לתת לכל בניו בשוה אין יכולין להשביעו, דהוה ליה כאפטרופוס שמינהו אבי יתומים. אבל אם רוצה ליתן לקצתן ולא לכולן, אם כן לפי דבריו אינו אפטרופוס עליהן, ויכולין להשביעו שלא עכב כלום לעצמו. ואם הם קטנים, ב"ד מעמידין להם אפטרופוס ומשביעין אותו (מרדכי פרק הנזקין). אבל נשבע על טענת ודאי. וכן אם אבד שום דבר מנכסי היתומים, נשבע שבועת השומרים. ואם יש לאפטרופוס חלק בריוח, אפילו מינהו אבי היתומים, נשבע אפילו על טענת ספק.

1. כשיגדלו היתומים האם האפטרופוס צריך לעשות עמהם חשבון? שו"ע – לא. רמ"א: אם מינהו בי"ד – לא, כיון שנשבע שלא גזלם כלום. אך אם מינהו אבי יתומים – כן, כיון שאינו נשבע.

גיטין נב. "וצריך לחשב עמהן באחרונה, ר"ש בן גמליאל אומר: אינו צריך". והלכה כרשב"ג, והמרדכי בשם העיטור כתב שדין זה לא נאמר אלא היכא שהוא חייב בשבועה, אך כשאינו נשבע – צריך לעשות עמהן חשבון, וכתב הרמ"א והכי נהוג.

2. אימתי ואיזה שבועות אפשר להשביעו?

א. שבועת האפטרופסין, שמשביעין אותו בנקיטת חפץ בטענת שמא, שלא נטל משלהם כלום:

אם מינהו בי"ד – צריך לישבע. מינהו אבי יתומים: אם אין לו חלק בריוח – א"צ לישבע, שמא יבוא להמנע מלהיות אפטרופוס. יש לו חלק בריוח – צריך לישבע, שהרי לא יבוא להמנע מכך.

ב. שבועת עד אחד: כאשר טוענים אותו בברי – צריך לישבע בכל ענין, כדין כל שבועת ע"א האמורה בתורה.

ג. שבועת השומרים: כאשר טוען האפטרופוס שחלק מהממון נגנב או אבד – צריך לישבע שבועת השומרים שבאה על הספק.

משנה שם "אפטרופוס שמינהו אבי יתומים – ישבע, מינהו בי"ד – לא ישבע; אבא שאול אומר: חילוף הדברים". **ובדף נב:** "מ"ט? מינהו בי"ד ישבע, בההיא הנאה דקא נפיק עליה קלא דאיניש מהימנא הוא, דהא סמך עליה בי דינא, משום שבועה לא אתי לאמנועי; מינהו אבי יתומים לא ישבע, מילתא בעלמא הוא דעבדי להדדי, ואי רמית עליה שבועה אתי לאמנועי. אמר רב חנן בר אמי אמר שמואל: הלכתא כאבא שאול". ואע"ג שבהמשך הגמ' מובאת ברייתא שפסקה לא כאבא שאול – פסקו הפוסקים כמותו. וכתב הרשב"א דשבועה זו נשבע לאו דווקא כלפי היתומים, אלא אף כלפי שאר המורשים.

וכתבו הראשונים שדין זה נאמר רק לגבי שבועת האפטרופסין שהיא שבועת המשנה, שרק ממנה פטרוהו, אך ודאי ששבועת ע"א ושבועת השומרים – חייב להשבע.

3. ראובן שהודה שיש בידו מעות שמעון, ואומר שצוהו לתת לבניו: אם רוצה ליתן לכל בניו בשווה – אינם יכולים להשביעו, שהרי זה כמינהו אבי יתומים. אך אם רוצה ליתן לקצתן – אינו כאפטרופוס עליהם, ויכולים להשביעו, ואם הם קטנים – בי"ד מעמידים להם אפטרופוס ומשביעים אותו; רמ"א בשם המרדכי.

הנתיבות הקשה במאי מיירי? אם הוא מודה מעצמו פשיטא שנאמן בלא שבועה דהרי הוא כמשיב אבידה! ואם טוענים שהם יודעים שיש בידו ממון אביהם אך אינם יודעים כמה, אינם יכולים להשביעו שהרי הם טוענים בשמא, ומה שייך לזה עניין אפטרופוס! ותיירץ שמיירי שהוא משיב אבידה שהודה מעצמו, אלא שאם בשעה שהודה אמר שלא צוהו אביהם אלא ליתן לחלק מבניו – נאמן וא"א להשביעו. אולם, אם בשעה שהודה לא פירט, ורק לאחר מכן אומר שלא צוהו אלא על חלק מהבנים – בכה"ג יכולים להשביעו.

סעיף יז

אף על פי שאין האפוטרופוס צריך לעשות חשבון כמו שנתבאר, צריך לחשוב בינו לבין עצמו לדקדק ולהזהר הרבה מאביהם של אלו היתומים שהוא רוכב ערבות, שנאמר: סולו לרוכב בערבות וכו' אבי יתומים (תהילים סח, ו) (אפוטרופוס שנתמנה ע"פ ערכאות של עובדי כוכבים, צריך ליתן חשבון, כי הכי הוא בדיניהם) (ריב"ש סימן שכ"ד).

כ"כ הרמב"ם.

סעיף יח

אין בית דין יכולים למנות אפוטרופוס להאמינו בלא שבועה, אלא אם כן אינם מוציאים אדם הגון שירצה להיות אפוטרופוס אם לא יאמינוהו בלא שבועה.

נחלקו בדבר הראב"ד והרא"ש. הראב"ד כתב שאינם יכולים לוותר על השבועה, שהרי אין עושים חובה ליתומים לכתחילה. אולם, הרא"ש כתב שאם יראה לבי"ד שהוא תועלת ליתומים, כגון שלא ימצאו בענין אחר – רשאים.

סעיף יט

כשמשיעין אפוטרופוס שבועת המשנה, צריך שיטענוהו בית דין או היתומים, אפילו בטענת שמא, שתי כסף ופרוטה, וכיכפור בשתי כסף ויודה בפרוטה. אבל אם לא היתה טענה או כפירה והודאה כשיעור זה, אם טוענין אותו טענת ודאי; נשבע היסת ומגלגל עליו שלא עיכב בידו משלו כלום.

1. כדי להשביע שבועת האפוטרופוסים, צריך שיהא בטענה כשיעור ב' כסף.

2. האם צריך שהאפוטרופוס יודה במקצת? שו"ע (כאן) – כן. שו"ע בסי' צג – לא.

שבועות מה. במשנה "ואלו נשבעין שלא בטענה: והאריסין, והאפוטרופין וכו'". **ובדף מח:** "אטו בשופטני עסקיני? הכי קאמר, ואלו נשבעין שלא בטענת ברי אלא בטענת שמא. וכו'. ומאי שנא הני? משום דמורו בה התיירא. אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן: והוא שיש טענה ביניהם שתי כסף. כמאן? כשמואל (שלא הצריך כפירה של ב' כסף), והתני רבי חייה לסיועיה לרב! אימא: כפירת טענה (דהיינו שבעין שהכפירה תהיה על ב' כסף, וממילא אף הטענה לא תפחת מכך) כרב". בפשטות מבואר שבעין שתהיה כפירה של ב' כסף, אך לא הוזכר בשום מקום בש"ס שבעין בשבועת השותפין והאריסין וכו' הודאה במקצת בשיעור פרוטה, וכן היא דעת הר"י מיגש ותוס' רי"ד. אולם, רש"י כתב שאף בשבועה זו בעין הודאה במקצת, וטעמו "דקרובה היא לשבועה דאורייתא אלא שטענת שמא היא". ועי' זה כתב שלא מיירי באפוטרופוס של יתומים, אלא באדם שמינה אפוטרופוס על נכסיו, דבאפוטרופוס של יתומים קי"ל שיש חילוק בשאלה האם מינוהו בי"ד או לא. ובפשטות נראה שרש"י מודה שהדין זהה אף באפוטרופוס של יתומים שנתמנה ע"י בי"ד, אלא שסובר שהמשנה לא מיירי ביתומים כיון שלא נחית לחילוקא. וכ"כ הטור אצלנו שיש מח' בראשונים האם בעין הודאה במקצת בשבועת האפוטרופוסין או לא.

בדעת הרמ"ה נחלקו האחרונים: הרמ"ה כתב שבמינוהו בי"ד לא בעין מודה במקצת, וטעמו שאם האפוטרופוס מודה שנטל מקצת לעצמו אי"כ מדוע שלא ישבע אע"פ שמינהו אבי יתומים, שהרי לא שייך בכה"ג החשש שאם נצריכהו להשבע יפרוש ולא ירצה להתמנות, שהרי אם הוא לא יטול כלום משלהם – הוא לא יצטרך להשבע! אלא ע"כ שהדין של אפוטרופוס נאמר אע"פ שהוא כופר בכל, ואפי' הכי אנו מזקינים אותו להשבע! הש"ד (סי' צג, ג) הבין שהרמ"ה סובר כר"י מיגש ודעימיה, שלעולם לא בעין נשבעין על הספק הודאה במקצת. אולם, חלק מהאחרונים הבינו שהרמ"ה מודה לרש"י דבשאר נשבעין על הספק בעין הודאה במקצת, וזהו דין המשנה בשבועות. (דאם לא כן, מנליה להשביע לאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים כשמודה שנטל מקצת, הרי אע"פ שהוא מודה במקצת ולא שייך בו החשש שימנע מחמת כן משבועה, אך סו"ס הוא טוענו ספק ואין כאן שבועה דאורייתא! ואף שבועה דרבנן אין כאן שהרי לא תיקנו בו שבועה?!) אלא, שבאפוטרופוס שמינוהו בי"ד נתקנה עוד שבועה, וזהו הדין של גיטין נב, שאותה משביעין אף בלא הודאה במקצת, ואותה שבועה לא נאמרה אלא כשמינוהו בי"ד.

סתירה בדעת השו"ע? השו"ע פסק כאן כרש"י ודעימיה, שבעין הודאה במקצת, ובלאו הכי אינו נשבע. אולם, בסימן צג פסק שלא בעין הודאה במקצת! **וכתבו הש"ך ורעק"א** (שם) **שדבריו סותרין וצ"ע.** וכן **הגר"א** הפנה כאן לדבריו שם. **הפת"ש** (שם) כתב בשם **הנודע ביהודה** שדעת השו"ע לחלק בין אפוטרופוסים לשאר נשבעין בשמא, שדווקא באפוטרופוס בעין הודאה במקצת וכמו שכתב כאן, ושם סתם כיון שדיבר גם על שאר הנשבעין בשמא.

3. **כאשר טענוהו בפחות משיעור זה,** אם טענו אותו בברי – משביעים אותו היסת ומגלגלים עליו שלא עיכב משלו כלום.

סעיף כ

אפוטרופוס, בין מינוהו בית דין בין מינהו אבי יתומים, פטור מגניבה ואבידה וחייב בפשיעה. (אפוטרופוס שטען בבית דין מה שלא היה לו לטעון ועל ידי זה בא לזה שלכנגד היתומים השבועה, ואילו טען כהוגן היה מגיע ליתומים השבועה לא מקרי פשיעה, דמי יימר דמשתבע. ולא מקרי פשיעה אלא אם נוטל זה בלא שבועה ואילו טען כהוגן היו נוטלים היתומים בלא שבועה) (מרדכי פרק המפקיד ותשובת רשב"א סימן אלף ק"ו).

1. אפוטרופוס חייב בפשיעה, ואפי' הכי אין להשביעו 'שלא פשע בה' בשמא, אפי' אנו יודעים בודאות שאבד דבר מהיתומים וחושדים בו; סמ"ע. והש"ך כתב שבמינהו אבי יתומים צ"ע, דדילמא הדין כרמב"ן.

ב"ק לט. מבואר ששור של חש"ו שנגח ביד מעמידין להם אפוטרופוס, כדי לקבל עדות בפניו כדי שיהיה מועד, ומסקנת הגמ' שאם הזיק לאחר מכן כשהוא מועד שמשלם מנכסי היתומים ולא מנכסי האפוטרופוס, ומבואר שאפי' שהאפוטרופוס פשע בשמירתו – הוא פטור מלשלם! וכן דעת רבינו חיים והובא בטור. **אולם, התוס' (ב"ק, גיטין) והרא"ש (גיטין) דחו דבריו וכתבו שאפוטרופוס חייב בפשיעה, וכדמוכח מהסוגיא בב"מ מב:** (שמואל בסעיף הבא) שאם היה נחשב כפושע היה חייב לשלם! ובב"ק זה דין מיוחד כיון שהאפוטרופוס לא הועמד לטובת היתומים אלא בשביל תקנת העולם כדי שלא יזיק, ואם נחייבו בפשיעה ימנע ולא ירצה לקבל עליו, לכן פוטרים אותו אף מפשיעה. והוכיחו כן מהירושלמי "אדם מבריה עצמו מן השבועה ואין מבריה עצמו מן התשלומין פי' רוצה לשלם כשיפשע ואינו רוצה שישביעוהו בחנם". אמנם, הם הוסיפו שאפי' שהוא חייב בפשיעה, ובשומר אפשר להשביעו אף בטענת שמא – 'שבועה שלא פשע בה', אך באפוטרופוס אין להשביעו בשמא, אפי' אנו חושדים בו בודאות, והביא דבריהם הסמ"ע. **בב"י כתב שאף רב האי סובר כתוס' והרא"ש, וכן פסק בשו"ע.**

אמנם, **דעת הרמב"ן** לחלק בין מינהו אבי יתומים למינהו ביד: שאם מינהו אבי יתומים – פטור אף בפשיעה, דאי לאו הכי ימנע ולא ירצה להיות אפוטרופוס. משא"כ מינוהו ביד שחייב בפשיעה ובגניבה ואבידה, ודינו כשומר שכן. הרמב"ן דחה את הראיה מב"מ כיון שלמסקנה לא קאי ההיא דינא. הרשב"א דחה דבריו דאפי' שלמסקנה לא קאי, אך לא מחמת שהדין אינו אמת אלא מטעמים אחרים. **הש"ך כתב** שהוא כלל אינו רואה ראיה מהסוגיא בב"מ כיון שהרמב"ן יכול להעמיד שמירי שם במינוהו ביד שחייב אף בפשיעה! (וכתב שמשמע שאף הרמב"ן לא נחא ליה בתירוץ זה, אך מכ"מ אין משם ראיה לדחות דבריו ודברי ר"ח). **החת"ס תירץ** דאי מיירי במינוהו ביד אפי' מדוע אמרה הגמ' 'לשלם בקרא דש"ש הוא' הייתה צריכה לומר כן גם לגבי אפוטרופוס שהרי אף הוא ש"ש?! אלא מוכח שלא מיירי בהכי.

2. **מה דינו בגניבה ואבידה? שו"ע – פטור, ש"ך – ספיקא דדינא.** גיטין נב: "תני רב תחליפא בר מערבא קמיה דר' אבהו: אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים - ישבע, מפני שהוא נושא שכר. אמר ליה: את אייתת קבא וכיילת ליה? אלא אימא: מפני שהוא כנושא שכר". ומשמע שכיון שלא קי"ל הכי במינוהו אבי יתומים, אפי' גם במינוהו ביד לא אמרינן שמחמת ההנאה שבי"ד סומכים עליו הרי הוא נחשב כשומר שכר וחייב אף בגניבה ואבידה. **וכן פסק השו"ע. אולם, הש"ך תמה** שאפי' שהרא"ש והטור כתבו כן, אך זה מפני שאזדו לטעמייהו (סי' רסז) שמשום 'פרוטה דרב יוסף' אינו נחשב כש"ש, אך לדידן דהוי ש"ש אפי' מדוע אצלנו לא יחשב כש"ש, שהרי כיון שהוא עוסק במצוה הרי הוא פטור מהמצוה!! וכתב שכן איתא להדיא בחי' הרשב"א לגיטין, וכ"כ שם הר"ן. **ולכן סיים שהוא ספיקא דדינא ואי תפסי יתמי – לא מפקינן מינייהו.**

3. אפוטרופוס שטען בבי"ד טענות שלא היה צריך לטעון:

א. אם מחמת זה זכו שכנגדם בדין נשבע ונוטל או נפטר – פטור, דלא מקרי פשיעה, דמי יימר דמשתבע.

ב. אם מחמת זה זכו שכנגדם בלא שבועה – חייב לשלם; כ"כ הרמ"א בשם המרדכי. הנהיבות ביאר שאף בכה"ג לא מקרי מזיק אלא מטעם דינא דגרמי, שהרי אפי' שנים שהעידו שקר אינם חייבים אלא מדינא דגרמי, וחייבו הוא רק מדרבנן. ובגרמי בעינן שיהא ברי היזקא, ולכן כשימי יימר דמשתבעי לא הוי גרמי ופטור.

סעיף כא

אפוטרופוס של יתומים שקנה להם שור ולא היו לו שינים, ונתנו הרועה עם השוורים, ולא ידע שלא היה אוכל, ומת, אינה פשיעה לאפוטרופוס, ופטור. וממי משתלמים היתומים נתבאר בסימן רל"ב סעיף י"ח.

סעיף כב

דין אפוטרופוס שלוח לצורך היתומים נתבאר בסימן ק"י.

סעיף כג

אפוטרופוס, בין מינוהו אבי היתומים בין מינוהו בית דין, עד שלא החזיק בנכסי היתומים (ולא נתעסק עדיין בצרכיהם) (ריב"ש סימן תפ"ט) יכול לחזור בו; משהחזיק בנכסי היתומים (או התחיל להתעסק בצרכיהם) אינו יכול לחזור בו. (ודווקא אם נשאר בעיר, אבל אם הולך מן העיר מביא הנכסים לב"ד והם ממנין אחר) (בית יוסף בשם הרשב"ץ).

כ"כ הטור בשם התוספתא, וכ"כ ה"ה בשם הרמב"ן והרשב"א שכל זמן שלא החזיק בנכסים יכול לחזור בו, אך לאחר שהחזיק – אינו יכול לחזור. וכ"כ בדרכי משה בשם הריב"ש שה"ה אם התחיל להתעסק בנכסים ולא החזיק בהם.

וכתב הב"י בשם הרשב"ץ שאם הוא צריך ללכת מהעיר – יכול להביא הנכסים לב"ד והם ימנו אחר במקומו.

הקצות הקשה מאי שנא מפועל שיכול לחזור בו אפי' בחצי היום? ותיירץ דבפועל איכא טעמא של 'עבדי הם' ולא עבדים לעבדים, אך כאן הוא עושה מצוה והרי הוא עבד ה', ולא שייך טעם זה.

סעיף כד

יתומים קטנים שסמכו אצל בעל הבית הם מעצמם, ונשתדל בשלהם, יש לו דין אפוטרופוס לכל דבר. ואפילו סמכו אצל אשה. ויש אומרים שאין משביעין אותו וי"א שמשביעים אותו. הגה: וקטן שסמך אצל אמו וראו בית דין להחמיר עליה שתתן חשבון או שאר חיזוקים, מותר, דליכא למיחש דמימנע ולא עבדא, דודאי אמו דעתה קרובה אצל בנה ולא תמנע משום זה (ריב"ש סימן תצ"ה).

גיטין נב. במשנה "יתומין שסמכו אצל בעל הבית וכו'". **ובגמ'** "הנהו יתמי דהוו סמיכי גבי ההיא סבתא, הוה להו תורתא, שקלה וזבינתה ניהלייהו. אתו קרובים לקמיה דרב נחמן, אמרו ליה: מאי עבידתה דזבנא? אמר להו: יתומים שסמכו אצל בעל הבית תנן", ומוכח שאפי' סמכו אצל אשה מהני. **וכתב הרא"ש שדעת הראב"ד** שאין משביעין אותו, דומיא דמיתנו אבי יתומים. **אולם, הרא"ש חלק וכתב** שמשביעין אותו, דאיכא למיחש לאדם שאינו הגון שימשיך אליו את היתומים ויכלה ממונם שהרי אין משביעין אותו. ואדרבא אם אדם הגון הוא ועושה לש"ש בשביל שרואה שאין להם עוזר וסומך – לא יפרוש בגלל השבועה. **השו"ע הביא את ב' הדיעות בשם י"א.**

הרמ"ה חילק וכתב שדין זה הוא דווקא ביתומים מגיל ט' ומעלה, ואפי' מגיל זה אין לו רשות אלא במטלטלין שלהם ולא במקרקעים. **אולם, הרא"ש כתב** שלא מסתבר לחלק בכך, אלא בכל גיל ולכל ענין הרי הוא כאפוטרופוס שלהם, וכן דעת **השו"ע** שלא חילק בהכי. **וכתב הפת"ש בשם ההכ"צ** במעשה דראובן ושני בניו שהיו שותפין, ואח"כ מת אחד הבנים והמשיכו ראובן ובנו להתעסק בכל הממון גם עבור היתומים, וכתב שבכה"ג אף הרמ"ה מודה דלא אמר אלא כשסמכו אצל מי שאין ראוי למנותו (כגון נשים), אבל הכא הרי זה הראוי טפי שהקרובים יתעסקו בצרכיהם, ועוד שהרי אבי היתומים סמך עליהם בעסק זה, ונשתתף עמם ולכן לכו"ע הרי הם אפוטרופוסים עליהם.

סעיף כה

יתומים שסמכו אצל בעל הבית וזן אותם משלו, לא הניח מעותיו על קרן הצבי (ועיין ביורה דעה סימן רנ"ג סעיף ה'). והוא הדין אחד שאמר שהלוה ליתומים (תרומת הדשן סימן שמ"ח). אבל אם פרנס בתורת גמילות חסדים, פטורים) (ספר התרומות שער ס"ה ור"י נ"ט ח"א).

1. מה הדין ביתומים שסמכו אצל בעה"ב ואח"כ הוא תובע הוצאותיו? שו"ע כאן – חייבים לשלם לו, ולא אמרינן שהניח מעותיו על קרן הצבי, והביא כן בשם הרשב"א ותרומה"ד (שמח) ולא הביא שום חולק.

סתירה בפסקי השו"ע: הפת"ש בסימן רמו, ג האריך בזה, וכתב בשם הנודע ביהודה שדין זה הוא "מהלכות עמומות והדברים סותרים זה לזה בכמה מקומות", כיון שהשו"ע ביו"ד סי' רנג, ה פסק – "מי שפירנס יתום, והיה מכין למצוה, וכשהגדיל תבע ממנו מה שפרנסו, פטור". וכתב הרמ"א "אפילו היה לו ליתום באותה שעה, אם לא שפירש שדרך הלואה פרנסו". ועוד שבב"י בחו"מ סי' קכח מחודש ב הביא **מבעל התרומות בשם הרי"ף** על אדם שפרנס יתום בתוך ביתו וכשהגדיל תבע ממנו את הוצאותיו, ופסק שאין לו עליו כלום כיון שלא פירש לו שזן אותו בתורת הלואה, אמרינן שעשה כן בתורת גמ'". **וכתב הב"י** שנראין דבריו כשאין לו ממון של היתום בידו, אך אם יש לו משל היתום בידו – נאמן. ועוד שאם היתום קטן שבכל ענין נאמן, שהרי לא יכל להתנות עמו באותה שעה. וסיים דהני מילי כשהיו לו נכסים, אך אם לא היו לו נכסים באותה שעה שפרנסו – אין לו עליו כלום, שאם לא היה מפרנסו הוא – היו אחרים זנים אותו בתורת צדקה, דחייבים ישראל לפרנס עניינהו. והביא דבריו בדרכי משה אצלנו.

הנודע ביהודה הנ"ל הסיק שאם האפוטרופוס מוחזק בממון ואין לנו ראייה ברורה שעשה כן בתורת צדקה – א"א להוציא ממנו; והכל לפי ראות עיני הדיין. **אמנם הפת"ש שם הביא בשם רעק"א לחלק שהעיקר כדעת הרי"ף בתשובה שבסתמא אמרינן שהתכוון לקיים מצוה ונתן לו בתורת מתנה,** אא"כ פירש שזן אותו בתורת הלואה. **ומה שכתב השו"ע אצלנו היינו דווקא ביתומים שסמכו** דהיינו שהוא משתדל בכל צרכם ודומיא דאפוטרופוס, ולכן חייבים לשלם לו. אך

אם הוא רק זן אותם ומפרנסם – אמרינן שעשה כן בתורת צדקה. אמנם, אם הם קטנים פחות מגיל ו' – כתב הב"י שחייבים לשלם, שהרי לא יכל להתנות עמם, אך כתב רעק"א דהיינו דווקא אם כשהגיעו לגיל ו' הפסיק לזונם, אך אם המשיך לזונם בשתיקה – אמרינן שהוכיח סופו על תחלתו שאף תחלתו היה בתורת מתנה.

לגבי תפיסה: רעק"א הכריע שתפיסה בעדים לא מהני, אך תפיסה שלא בעדים מהני, שהרי יש לו מיגו. וכתב הפת"י שאם היה בידו ממון היתום בשעה שזן אותו – אף תפיסה בעדים מהני, וכמו שמבואר בב"י.

2. הזן את אמו האלמנה בביתו ולאחר מכן תבע דמי מזונותיה: החות יאיר הסיק לדינא:

א. אם לא היה לה ממון באותה שעה – אמרינן שעשה כן לשם מצוה, ולפנים משורת הדין משום כבוד אב ואם (אע"פ שאינו חייב בהכי, דכבוד משל אב). ולכן אפי' נפלה לה ירושה לאחר מכן – אין לו בה כלום.

ב. אם היה לה ממון באותה שעה:

א. אם באה אליו על דעת להיות אצלו קצת זמן ואח"כ לילך לביתה – דמי ליתום, ואמרינן שעשה כן לשם צדקה וחסד, כדי שאח"כ יישאר לה משלה, כדי שיהיה לה ממה לזון ולהתפרנס.

ב. אם באה אליו על דעת להשאר בביתו עד מאה ועשרים: צריכה לשלם לו, דלא עדיפא מאחר. דדוקא ביתום אמרינן שעשה לשם צדקה, כדי שיהיה לו ממון לכשיגדל, משא"כ הכא. ועוד שאין בזה צדקה וחסד שיוותר משלו עבור שאר היורשים. וחייבים לשלם לו, וכ"ש אם הוא מוחזק שאינם יכולים להוציא מידו. ואינם נאמנים לומר שהשתעבד בה כשפחה, דלא נחשדו ישראל על כך. ואע"פ שהיא עוזרת בביתו אין זה עבור מזונות, אלא כך דרך נשים זקנות לעשות בבית שהמה שם. ואפי' אם הייתה לו משרתת, וכשבאה אמו הפסיק להעסיק משרתת – מצי למימר שבדיוק נתגדלה בתו, או שאשתו נזדרזה במלאכות הבית, או שאמו סייעה עמו קצת.

(כל זה מהפת"ש ברמו, ג).

סעיף כו

קטן שהגדיל, אפילו היה אוכל ושותה יותר מדאי ומפסיד והולך בדרך רעה, אין בית דין מונעים ממנו ממנו ואין מעמידים לו אפוטרופוס, אלא אם כן צוה מורישו שלא יתנו אלא אם יהיה כשר ומצליח, או שלא יתנו לו עד זמן מרובה, ואף על פי כן מוכיחים אותו ומלמדין אותו ללכת בדרך ישרה ואורחות צדיקים. הגה: מי שמינה אפוטרופוס לבניו הגדולים, יכולים לומר: אין אנו צריכין אפוטרופוס, אלא אם כן יש בו משום מצוה לקיים דברי המת (רבינו ירוחם נכ"ו ח"א) (ועי' לעיל סימן רנ"ב).

1. אין מעמידים אפוטרופוס לגדולים, ולכן קטן שהגדיל אפי' מבזבז ממנו אין בי"ד מעמידין לו אפוטרופוס; ואע"פ כן מלמדים אותו לילך בדרך ישרה ובאורחות צדיקים, ומוכיחים אותו על כך.

2. אם ציוה המוריש שלא יתנו לו אא"כ יהיה כשר ומצליח, או שלא יתנו לו עד זמן מרובה – אין נותנים לו, אלא מעמידים אפוטרופוס.

מה הדין אם בתוך זמן זה שעבד נכסיו? סמ"ע – אינו כלום, ואפי' לאחר שעבר הזמן. נתיבות – צ"ע, שהרי אינו יכול להפקיע ירושתו באמירה בעלמא, וכיון שהתורה אמרה שהבנים ירשו את אביהם תיכף לאחר מיתתו, זכה בממון ויכול לשעבדו. וא"ת משום מצוה לקיים דברי המת, הלא בעינן שיושלש מתחילה לשם כך, ואפי' הושלש – אם עברו ומכרו – מכירתם מכירה כמבואר ברנב, וא"כ מדוע שלא יחול השעבוד?! ועוד שהרי יורשים גדולים יכולים למחות באפוטרופוס, ולכן סיים שצ"י.

3. מי שמינה אפוטרופוס לבניו הגדולים, יכולים לומר איננו צריכים לו, אא"כ יש בו משום מצוה לקיים דברי המת, דהיינו שהוציא הממון מתחת ידו בחייו ונתנו ליד השליש לשם כך; סמ"ע נט.

סעיף כז

השוטה והחרש, דינם כקטנים ומעמידים להם אפוטרופוס.

סעיף כח

אפוטרופוס שמת, והוציא בנו פנקס אביו שכתוב בו שהוציא בפרנסת היתומים מנה, אין מוציאין מהיתומים בכך, דשמה נתפרע ולא נמחק. (אבל בעודו חי, נאמן על מה שאומר שהלוח להן, ונוטל בשבועה) (רמב"ן סי' ג').

האם אפשר להוציא מהיתומים על פי פנקסו של האפוטרופוס?

כאשר הממון ביד היתומים: ש"ך – אין מוציאין מהם, ואפי' האפוטרופוס חי, דלא מקרי טענת ברי בכך. **נתיבות, וכן משמע ברמ"א:** כאשר האב חי – נאמן בשבועה להוציא מידם, כמוציא הוצאות ברשות, וכמו שמבואר בסי' צא, ה. כאשר האב מת – אינם יכולים להוציא מהיתומים, כיון שהאב אינו נאמן אלא בשבועה, וכיון שלא נשבע אינם יכולים להוציא מידם.

כאשר הממון ביד האפוטרופוס או יורשיו: ש"ך – האפוטרופוס עצמו היה נאמן להחזיק בידו, אך בניו אינם נאמנים דלא מהני תפיסה בטענת שמא. **נתיבות, וכן משמע בשו"ע:** אם אין עדים וראה – נאמנים להחזיק בידיהם, דטענינן ליתמי כיון שהיה אביהם נאמן בכה"ג במיגו. אך אם יש עדים וראה – אין נאמנים להחזיק, דהרי זה כאילו הם באים להוציא מיד היתומים, ובכה"ג אף אביהם לא היה נאמן אלא בשבועה. וכיון שמת קודם שנשבע – אין מוציאין מידם.

ב"ה יום ג' ט' אייר ה'תשע"ה

הלכות פקדון

סימן רצא

דין שומר חנם מאימתי מתחייב בשמירה, וכיצד היא השמירה, ובו כ"ח סעיפים.

סעיף א

שומר חנם פטור בשבועה מגניבה ואבידה, ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה.

1. שומר חנם חייב רק בפשיעה, אך פטור בגניבה ואבידה ואונס. וכשפשע בה חייב אפי' באונסים; סמ"ע (ב) וש"ך (ג).

ב"מ צג. "ארבע שומרים הן: שומר חנם והשואל, נושא שכר והשוכר. **שומר חנם נשבע על הכל,** והשואל משלם את הכל, ונושא שכר והשוכר נשבעים על השבירה ועל השבירה ועל המתה, ומשלמין את האבידה ואת הגניבה". **ובדף צד:** "מנא הני מילי? דתנו רבנן: פרשה ראשונה נאמרה בשומר חנם, שניה בשומר שכר, שלישית בשואל. בשלמא שלישית בשואל - מפורש: וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם, אלא ראשונה בשומר חנם שניה בשומר שכר, איפוך אנא! - מסתברא, שניה בשומר שכר שכן חייב בגניבה ואבידה. אדרבה, ראשונה בשומר שכר שכן משלם תשלומי כפל בטוען טענת גנב! - אפילו הכי, קרנא בלא שבועה עדיפא מכפילא בשבועה".

2. שומרים משלמים מהעידית. ובעיסקא מחצה משלם מהעידית ומחצה מבינונית; ש"ך (ב).

3. שומרים משלמים כשעת הפשיעה, אף אם התייקרה או הוזלה, ולא כשעת המסירה; קצות (א). **כ"כ הרב המגיד והש"ך (רצה, סק"ז).** **הקצות הקשה** מאי שנא מגנב וגזלן שמשלמין כשעת הגזילה? **ותי' בשם הרמב"ן** שגנב וגזלן קונים משעה ראשונה, אולם שומר קונה בשעת הפשיעה. והוסיף הקצות שאף למי"ד ששומר משעת משיכה השתעבד (הרמב"ם ודעימיה) מודה שהחייב חל רק בשעת הפשיעה אך השעבוד חל למפרע משעת משיכה, כדברי הריטב"א (בב"מ צז). **הנתיבות אמר** שזה מתרץ רק מדוע יש הבדל ביניהם לגבי זולא אך לא לגבי יוקרא, דהיינו מדוע שומר גרע מגזלן? ולא הבנתי דבריו, כיון שאלו ב' סוגי חיובים שונים! והוא מתרץ ע"פ דברי התוס' ב"ק נו. שגזלן אינו שומר כלל, ולכן א"א לחייבו אם לא נאמר שקנה בשעה ראשונה, משא"כ שומר שעל כך הוא מתחייב.

סעיף ב

שומר חנם הוא שהפקיד אצלו כסף או כלים או בהמה או כל דבר לשמור והוא קבל עליו לשומרו. ואפילו לא קבל בפירוש, אלא שאמר לו: הנח לפני, הוא שומר חנם.

אבל אם אמר לו: הנח לפניך, או: הנח, סתם, (או שאמר לו: הרי הבית לפניך) (רמב"ם פ"ב מה' שכירות וטור), אפי' שומר חנם לא הוי ואינו חייב שבועה כלל, אבל מחרים על מי שלקח פקדון שלו ולא יחזירנו לבעליו.

ומכל מקום מי שהיה מהלך בדרך וא"ל חברו: הולך עמך אלו המנעלים, ואמר לו: הניחם כאן על החמור, והניחם שם ולא קבלם הנפקד בידו אלא כמו שהניחם המפקיד על החמור כך הולכים ולא קשרם והלך לו מן הצד להסד רגליו והניח החמור על אם הדרך ונאבדו המנעלים, הוי שומר חנם והוה ליה פושע וחייב לשלם. הגה: דלא אמרין דאם אמר: הנח, סתם, לא הוי שומר חנם, אלא במקום המשתמר, אבל בדרך וכיוצא בו ודאי קבל עליו שמירה (טור בשם תשובת הרא"ש). ויש חולקין וסבירא להו דאפילו במקום שאינו משתמר לא הוי שומר חנם, עד שיאמר: הנח לפני. (מרדכי פרק האומנין ודעת עצמו מגמרא דפרק האומנין אליבא דחכמים).

1. שומר חנם שייך בין בכסף או בכלים או בהמה או בכל דבר, דאורחא דמילתא נקט קרא בפרשה ראשונה כסף וכלים שקל לשומרו ודרך לשומרו בחינם, ובפרשה שניה בהמה שיש טורח בשמירתה ודרך לשומרה בשכר; סמ"ע (ג) בשם הטור.

2. אפי' לא קיבל עליו שמירה בפירוש אלא אמר לו 'הנח לפני' הרי הוא שומר. משנה ב"מ פ: "שומר לי ואמר לו הנח לפני - שומר חנם". (לדיעה בסעי' ה' שבעינן מעשה קנין, איירי כשעומד בסמטא ומניח בד' אמותיו; ש"ך (ד)).

3. האם צריך שהבעלים יזכירו בפירוש שהם מבקשים ממנו לשמור? נתיבות – לא. תוס' (ב"ק צג.) ורש"י (ביצה מ), ורמב"ן במלחמות (ב"ק החובל) משמע שצריך אמירה מפורשת של הבעלים לשמור כדי שיחשב כשומר. אולם, הנתיבות הוכיח מב"ק מז. לגבי הכניס שורו ברשות, שמשמע שא"צ באמירה מפורשת של הבעלים כדי להיחשב כשומר!! ולכן ביאר שבאמת א"צ באמירה, אלא שבמקום שצריך שהוא ישמור על החפץ – א"כ ברור שהוא התכוון שיהיה שומר שלו. אולם, במקום שא"צ בשמירת חברו, כגון שביקש ממנו לשים בכספת שלו וכדו', א"כ לא ברור שהוא התכוון לעשותו שומר – בכה"ג צריך אמירה מפורשת. וכן פסק הלכה למעשה ברעש מלחמה.

4. אם אמר 'הנח לפניך', או 'הנח' בסתם (או הרי הבית לפניך, רמ"א) – אינו שומר כלל, וכן אם שתק, דלא אמרינן שתיקה כהודאה כיון שאין צד זכות לשותק, אך אם עשה מעשה כגון שמשך בשתיקה – הוי שומר; נתיבות (ה). ואינו יכול להשביעו שבועת השומרין, אך יכול להחרים חרם סתם.

ב"מ פא: "שמור לי ואמר לו הנח לפני שומר חנם. אמר רב הונא: אמר לו הנח לפניך – אינו לא שומר חנם ולא שומר שכר. איבעיא להו: הנח סתמא מאי? ולא אפשריטא וכתבו הראשונים שאוליין לקולא לנתבע, ואינו שומר כלל. הגמ' אומרת: "לימא כתנאי: אם הכניס ברשות בעל חצר – חייב, רבי אומר: בכולם אינו חייב עד שיקבל עליו בעל הבית לשמור. – ממאי? דלמא עד כאן לא קאמרי רבנן התם אלא בחצר, דבת נטורי היא. וכי קאמר ליה עייל – עייל דאינטר לך קאמר ליה. אבל הכא, שוקא לאו בר נטורי הוא, אנח ותיב נטר לך קאמר ליה. אי נמי, עד כאן לא קאמר רבי התם אלא בחצירו, דלעילוי רשותא קא בעי למשקל מיניה. וכי יהיב ליה רשותא לעילוי – תיב ונטר לך קאמר ליה. אבל הכא – הנח ואנא מנטרנא קאמר ליה, דאי סלקא דעתך דהנח ותיב ונטר קאמר ליה, אי לאותבה – רשותא בעי למשקל מיניה?!"

מח' רבי ורבנן היא בב"ק מז. ותבאר לקמן בסעי' ג.

הסמ"ע כתב שלדעת הפוסקים כרבנן, א"כ אף כשאומר לו הנח בסתם כוונתו לקבל עליו שמירה, אלא שאינו מחויב רק בנזק דאתי מחמתיה ולא בנזק דאתי מעלמא. **הש"ך הוסיף שכל זה נכון דווקא בחצר, כפי שמתבאר בב"ק, אולם בשוק אף לרבנן פטור לגמרי, ומאידך לרבי בשוק חייב בשמירה אף בנזק דאתי מעלמא (כמו הספק בב"מ).** פשוט שכוונתו לחשוש לצדדי הספק הללו, וממילא הנפק"מ שאם תפס אין מוציאין מידו במקרים הללו. אולם, ודאי שלא נפסוק כך לכתחילה, שהרי זה רק לפי אחד מהצדדים של ספק הגמ'.

מקור דברי הרמ"א הוא מבב"מ מט: "אתא לקמיה דרבא, אמר ליה: כל הא ביתא קמך, לא מיבעיא שומר שכר דלא הוי – אלא אפילו שומר חנם נמי לא הוי". וכתב הב"י בשם הריטב"א שאע"פ שנתן לו שכר כדי שישמור – אינו מחויב להיות שומר כלל, דכיון שאמר לו 'הא ביתא קמך' הרי הוא כאומר לו שאינו מוכן לקבל שמירתו, וכיון שנתרצה ונתן לו המעות מוכח שהסכים שהתשלום יהיה רק עבור השימוש בבית ולא עבור השמירה; נתיבות (ו) בביאור דברי הש"ך (ו).

5. כשאמר 'הנח לפניך' וכדו' בענין שאינו שומר – אם שלח בה יד חייב לשלם, והיינו שליחות יד של גנב וגזול אך לא של שומרין. כלומר, אדם שנטל חפץ ע"מ לגזולו מבעליו ולא לשלם לו – מתחייב באונסין משעת נטילתו, אע"פ שהתחרט אח"כ. אולם, אם נטל אותו ע"מ להשתמש בו ולהחזירו או לשלם דמיו, ובסוף התחרט קודם שהשתמש בו – לא התחייב באונסין, אא"כ הוא שומר עליו. כ"כ הקצות בשם השטמ"ק.

6. אם אמר הנח סתם, ומיירי בעניין שלא יכלו הבעלים לשמור, כגון שהנפקד הולך לדרכו וכה"ג, מה דינו? שו"ע – שומר חנם; כ"כ הרא"ש (כלל צד, ב). רמ"א – אינו שומר כלל. וכל האחרונים הסכימו עם השו"ע וכתבו שהרמ"א לא הבין דברי הרא"ש.

המחנ"א ורעק"א כתבו שדין זה נכון רק אליבא דהרא"ש (סעי' ה) שא"צ במשיכה כדי להתחייב בשמירה, אולם לדעת השו"ע והרמב"ם לא הוי שומר כיון שלא משך, וא"כ התימה על המחבר שהביא דבריו!! **הנתיבות (ז) תירץ** שאינו חייב מדין שומר אלא מדין מזיק, דכיון שהוא הוליד את חפצי חברו למקום שאינו משתמר ואבדו שם – הרי הזיקם בידיים. והנפק"מ שאם טוען ששמר כראוי ואפי' הכי אבדו – פטור משבועת השומרים.

הרא"ש נימק טעמו: "הא דאמרינן: הא ביתא קמך, שאינו אפילו שומר חנם, וכן: הנח לפניך, ומיבעיא ליה בהנח סתם, זהו בבית הנפקד, שהוא מקום המשתמר. אבל ראובן שנתרצה להוליך החפץ עמו, ואמר ללוי: הניחם על החמור, פשיטא שקבל עליו שמירה כדין שומר חנם, דאם לא ישמרנו בדרך, בודאי היה אבוד בדרך". **הרמ"א התקשה** הרי מבואר בגמ' שהאיבעיא היא אפי' בשוק שהוא מקום שאינו משתמר!! ולכן דחה דברי הרא"ש. **אולם, הב"ח והסמ"ע** ביארו דבריו שאף בשוק מיירי שהבעלים יכול לשמר, שהרי הם יכולים לשבת שם ולשמור. אולם, הכא שהוא הולך בדרך וחברו נשאר בביתו, א"כ אם יניח על החמור הוא לא יכול לשמור!! ולכן ברור שהאמירה הנח בכה"ג כוללת גם קבלת שמירה. **הנתיבות ביאר** שחילוק זה הוא נכון רק לקושיא מהסוגיא של 'הנח' סתם (ב"מ פא:), אולם בדף מט: לגבי 'הא ביתא קמך' מיירי שהמפקיד הלך משם ואפי' הכי אמרינן שלא קיבל עליו שמירה כלל!! לכן ביאר שהרא"ש תירץ שכיון שבית הוא מקום שמשתמר מעצמו, א"כ כשאומר לו הא ביתא קמך אפשר לבאר כוונתו שיניח בביתו וישמר שם מעצמו, משא"כ כשמבקש להניח ע"ג החמור שאינו מקום המשתמר מאילו אלא ע"י השומר, א"כ בכך שהסכים שיניח ויודע שחברו הולך משם – ודאי כוונתו לקבל עליו שמירה.

7. אם אמר 'השליכהו ארצה' כדי שלא יתחייב באחריותה, האם מהני? מהרי"ט – לא, דלא גרע משומר אבידה שחייב בשמירתה, ועוד דכיון שלוקחה למקום שאינו משתמר – חייב באחריותה דומיא דהרא"ש, אך

נפטר מחיוב שבועה. קצות (ג), נתיבות (ה) – כן, שהרי לא התכוון לקבל עליו שמירה, ואדם יכול להתנות שאינו שומר. ואין זה בגדר שומר אבידה – דאבידה מדעת היא.

7. כל מיני פרטי מצבים המתבארים באחרונים בסעיף זה:

א. קנה סחורה באופן שאינו יכול לחזור בו, והסחורה ביד המוכר: אם כבר שילם, או שהמוכר אינו מקפיד על התשלום – אינו שומר כלל, כ"כ הב"י בסי' קצח. אם מעכב הסחורה עד שישלם לו – הרי הוא שומר שכר, דיש לו הנאה דתפיס ליה אאגריה. והוא הדין אם לא מקפיד על התשלום, אך מדובר במקח שאין לו קופצים הרי הוא ש"ש, כיון שיש לו הנאה בכך שחברו קנה ממנו; נתיבות (ג).

ב. אם זיכה לחברו חפץ ע"י אחר: אם המקבל הוא קטן ואינו פה – לדעת הרשב"א לא הוי שומר כלל, ולדעת הרמב"ם והשו"ע (סי' צו) – הרי הוא שומר חנם, אם הקטן פה והחפץ ביד הזוכה – הרי הוא שומר חנם. אם המקבל הוא גדול ואינו פה – הוי שומר חנם, אם הגדול פה – אינו שומר כלל. נתיבות (ג).

טעם הדבר: בגדול שאינו פה – הרי הזוכה נהיה ש"ח עבורו, שהרי הוא מצווה להציל ממונו משום השבת אבידה, אלא שאינו ש"ש דלא שייך פרוטה דרב יוסף אלא היכא שהתורה ציוותה אותו, אך כאן אין מצוה לזכות עבורו. בגדול שהוא פה – אינו שומר אבידה וכיון שלא מסרו לו בפירוש כדי לשמור – אינו שומר כלל. בקטן – אם הוא לפנינו ומסר לגדול ולא לקטן – אומדנא דמוכח שהתכוון למסור לו כדי שישמור עבור הקטן. אם אינו פה – אין הוכחה שמסרו לו לשם שמירה, דדילמא לא מסרו לו אלא כדי שיזכה עבורו. לדעת הרמב"ם הוא שומר אבידה עבורו כמו בגדול שאינו כאן, כיון שאף בקטן יש דיני שמירה. אולם, לדעת הרשב"א אין דיני שמירה בקטן, וכיון שאין דיני שמירה לא שייך כאן גם השבת אבידה, דדוקא אבידה דאיתא מכח בן דעת חייב לשומרה, משא"כ אבידה של קטן שאינו בר שמירה כלל.

סעיף ג

בקש מחבירו שיתן רשות להכניס בהמתו או פירותיו לחצירו, ונתן לו רשות ולא פירש כלום בשמירתו, אינו חייב בשמירתו כלל.

1. אם נתן רשות לחברו להכניס חפציו לחצרו – אינו מחויב בשמירתו כלל, אא"כ קיבל עליו שמירה בפירוש. והמרש"ל פסק שחייב בשמירה לגבי נזק דאתי מיניה, ולגבי נזק דאתי מעלמא – אי תפס לא מפקין. ותימה מדוע הרמ"א לא הביא דעת החולקים, הרי בסי' שצח הביא את דעתם; ש"ך.

ב"ק מז. "הקדר שהכניס קדרותיו לחצר בעל הבית שלא ברשות, ושברה בהמתו של בעל הבית – פטור, ואם הוזקה בהן – בעל הקדרות חייב, ואם הכניס ברשות – בעל החצר חייב וכו' (המשנה ממשיכה ומביאה את אותו דין לגבי הכניס פירותיו ושורו), רבי אומר: בכולן אינו חייב עד שיקבל עליו לשמור". מבואר שנחלקו רבי וחכמים בשאלה האם כשאדם הסכים שחברו יכניס חפץ לרשותו, האם בסתמא הוא מקבל על עצמו שמירה או לא? כמו"כ הסתפקה הגמ' לדעת רבנן בדף **במז:** "איבעיא להו: היכא דקביל עליה נטירותא, מהו? דנפשיה הוא דקביל עליה, או דלמא אפילו נטירותא דעלמא קביל עליה?", כלומר האם הוא קיבל על עצמו רק נזקים הבאים מחמתו, או שקיבל על עצמו שמירה גמורה, ולא איפשיטא. **ובמח:** "איתמר, רב אמר: הלכתא כר"ק, ושמואל אמר: הלכתא כרבי".

הרי"ף והרמב"ם פסקו כרבי, כיון ששמואל פסק כמותו והלכה כוותיה בדיני. **אולם, התוס' כתבו** שלכאוף נראה שהלכה כשמואל, אך צ"ע שהרי רבא שהוא בתראה סבר כחכמים, וכן פשט הסוגיא, והביא הרא"ש דבריהם. **וכתב הטור שדעת הרא"ש לפסוק כרב, ותמה הב"י על כך,** שהרי הרא"ש הביא ב' השיטות ולא הכריע בפירוש! ועוד שאף התוס' לא אמרו דבריהם בלשון הכרע, אלא רק הסתפקו בדבר ולא שבקינן מאי דפשיטא ליה לרי"ף מפני ספיקו של התוס'!! **ולכן פסק השו"ע כרי"ף וכרמב"ם דקי"ל כרבי.** המהרש"ל פסק כהבנת הטור שהרא"ש חולק, וכן הרמ"א בסי' שצח הביא את דעת החולקים.

2. אולם, אם נתן לו רשות להכניס חפציו לביתו – חייב בשמירה גמורה. כ"כ הג' אשרי פרק הפרה, וכן עיקר; ש"ך. **וביאר הנתיבות** (ח) טעם החילוק בין בית לחצר הוא שעל הילוך החצר לא קפדי אינשי ולכן כשביקש ממנו להכניס חפציו אמרינן שהתכוון שיכנס הוא וישמור עליהם. אולם, על הילוך הבית קפדי אינשי, ולכן אם ביקש ממנו להכניס חפציו הביתה והסכים, ודאי הסכים שהוא עצמו ישמור עליהם, שהרי אין כוונתו שבעל החפץ יכנס לביתו וישמור עליהם שם. ובהא אפי' רבי מודה. **ולענ"ד מסתימת דברי השו"ע והפוסקים אין חילוק בין בית לחצר; וה' יאיר עינינו.**

סעיף ד

אפילו כשקבל עליו, אינו חייב אלא כפי שווי החפץ שקבל עליו לשמור. שאם נתן לו לשמור דינר זהב, ואמר לו: הזהר בו של כסף הוא, ופשע בו ונאבד, אינו חייב אלא בשל כסף, שיאמר לו: לא קבלתי עלי אלא שמירת דינר של כסף. וכן כל כיוצא בזה. אבל

אם הפסידו בידים, משלם של זהב. הגה: שמעון קבל ספרים מראובן להוליכן למקום אחר ונלקחו במכס, ואומר שראובן פשע שאמר שאין נותנין מכס מספרים, ובלא כן לא היה מקבל עליו השמירה כי אין רצונו לטרוח בדבר המכס, הדין עם שמעון (מהרי"ק שורש קנ"ה).

1. כשקיבל עליו חפץ של חברו לשומרו, אינו חייב אלא כפי השווי שקיבל עליו, אע"פ שהחפץ שווה יותר. וכל זה לגבי חיובי שומרים, אך אם הזיקו חייב לשלם כפי שווי החפץ שהזיק. ב"ק סב. "אמר רבא: הנותן דינר זהב לאשה, ואמר לה הזהרי בו של כסף הוא, הזיקתו - משלמת דינר זהב, משום דאמר לה: מאי הוה ליך גביה דאזקתיה; פשעה בו - משלמת של כסף, דאמרה ליה: נטירותא דכספא קבילי עלי, נטירותא דדהבא לא קבילי עלי. א"ל רב מרדכי לרב אשי: אתון בדברא מתניתו לה, אגן ממתניתא פשיטא לן: חטין וחופן בשעורין, שעורין וחופן בחטין - אינו משלם אלא דמי שעורין בלבד; אלמא אמר ליה: נטירותא דשערי קבילי עלי, הכא נמי אמרה ליה: נטירותא דדהבא לא קבילי עלי".

2. כשהזיקו - האם צריך המפקיד לברר כמה היה שווה? סמ"ע - כן, דכן מוכח מסי' צ. ש"ך - לכאור' לא, אלא נשבע ונוטל, דכן מוכח בסי' צ, דעשו תקנת נגזל בפקדון. אך אולי שאני הכא שכיון שבתחילה אמר להיפך שהוא של כסף, אינו נאמן אח"כ לשבע שהוא זהב. אולם, כשנתנו בסתמא נשבע המפקיד ונוטל.

3. מה הדין כשחשב שהוא שווה פחות והתברר ששווה יותר? כגון שנתן לו סייף לשמור ואח"כ טען שהיה זה סייף יקר, או שנתן לו אבן יקרה וחשב שהיא שווה כך והתברר ששווה יותר?

הגה' מרדכי מסתפק האם יכול לומר נטירותא דדבר יקר לא קבלתי עלי. **מהרש"ל, קצות (ד) - חייב כפי השווי האמיתי של החפץ בשעת הפשיעה, אא"כ הטעות נבעה מחמת פשיעת המפקיד.** ולכן דווקא כשהטעה המפקיד ואמר על דינר זהב שהוא כסף - פטורה, אך אם חשבה כן מעצמה חייבת. **טעם הפטור:** שהרי הגדירו במפורש שחיוב השמירה הוא רק על שווי דינר כסף. אך בלאו הכי הייתה חייבת אע"פ שלא ידעה, כיון שבשעה שפשעה בו היה בשווי דינר זהב, וכמו ששומר חייב ביוקרא וזולא **כיון שהחיוב הוא כפי השווי בשעת הפשיעה. ש"ך - אם חשב כן בצדק, כמו בסייף שבד"כ הוא זול, פטור. אך אם חשב כן שלא בצדק, כגון באבן טובה שבד"כ היא יקרה, חייב.** וטעמו נראה שאע"פ שהחיוב הוא בשעת הפשיעה, אך ההתחייבות של השומר היא כפי מה שחשב בשעה שקיבל. וכיון שבאותה שעה חשב שהוא זול - לא קיבל עליו אלא שמירה של דבר זול. משא"כ כשחשב כן שלא בצדק, אינו נאמן לומר שלא קיבל עליו אלא שמירה זולה, שהרי כל אדם יודע שהדבר שווה יותר.

הקצות מאריך להוכיח דלא כש"ך, הוא מביא ג' מקרים: דינר כסף ואמר לה הזהרי בו של זהב, חיטים וחופן בשעורים שבב' מקרים אלו השומר פטור מדמי הזהב ודמי החיטים. הדליק את גדישו של חברו והיה בו ארנקי - רבנן פוטרים על טמון באש ור' יהודה מחייב, אע"פ שלא הזיקו בידים אלא שפשע בכך שלא שמר על אישור כראוי. וא"כ מדוע ר' יהודה פוטר בחיטים וחופן בשעורים שפשע בשמירתו? ותיירץ דיש לחלק בין שומר למזיק, דשומר אינו חייב אלא כפי שקיבל עליו לשמור, וכיון שלא ידע שיש כאן חיטים לא קיבל אלא שמירת שעורים, וכן בדינר לא קיבל אלא שמירת דינר כסף ולכן פטור אע"פ שפשע. אולם, מזיק חייב כיון שהזיק, וכיון שהזיק את הארנק אע"פ שלא ידע שהוא שם - חייב לשלם, אא"כ הוא אנוס כעין גניבה (כגון בטש בכספתא דחבריה (ב"ק סב). דאין דרך אנשים להניח שם מרגליות כלל). ע"פ זה שואל הקצות מדוע שומר מתחייב לשלם יוקרא וזולא? **על כרחך שהוא מתחייב לשמור ולשלם כפי השווי בשעת הפשיעה, וא"כ מדוע שלא יתחייב לשלם על דינר זהב שהתנה עמו שהוא של כסף, אם בשעה שפשע בו ידע שהוא זהב?!** על כרחך שהטעם הוא מפני פשיעת המפקיד, שמכך שלא גילה לו שהוא זהב - מוכח שהוא הבין שאם יאמר לו שהוא זהב חברו לא יתרצה, וא"כ הוא לא יכול להכריח אותו לקבל עליו שמירת זהב! ונמצא שהתנו בהדיא בשעת קבלת השמירה שלא יתחייב אלא בשל כסף. אולם, כשהפקיד אצלו חפץ בסתמא - ודאי הוא מקבל עליו כפי השווי שיהיה בשעת הפשיעה בין רב ובין מעט; ואע"פ שהשומר אינו יודע מה השווי וחושב שהשווי נמוך יותר.

אולם, הש"ך נוקט שאע"פ שחיוב השומר הוא כפי שווי החפץ בשעת הפשיעה, כדמוכח לגבי יוקרא וזולא, אולם, לגבי עצם החפץ שהוא מתחייב עליו הכל הולך לפי מה שחשב שהוא מקבל בשעה הראשונה. ולכן אם חשב שהוא של כסף, או שהוא סייף זול הרי לא קיבל עליו אלא שמירת סייף זול. ולגבי סייף זול קיבל עליו יוקרא וזולא של שעת הפשיעה, אך את עצם החפץ הוא לא מקבל כפי מה שיהיה בשעת הפשיעה.

4. מה הדין בשאל כסף ואח"כ נמצא של זהב ונודע לו קודם שפשע בו? קצות - חייב, דכיון שנודע לו והמשיך להשתמש בו א"כ נתרצה לשמור עליו כשווי האמיתי. נתיבות - פטור, דכיון שהמשאיל הסכים להשאיל לו אע"פ שידע שהוא מקבל עליו שמירה פחותה, מדוע שזה ישתנה כשיוודע לשואל?!

5. מה הדין בכה"ג בשומר אבידה וגנב וגזלן? קצות: פטורים, נתיבות: אבידה - פטור, גנב וגזלן - חייבים.

הקצות הסתפק מכיון שהתורה הטילה עליהם את חיוב השמירה, א"כ צריך להתחייב אע"פ שלא ידעו שהחפץ שווה יותר! אך מאידך, כיון שהחיוב חל עליהם רק מכך שמשכו את החפץ - א"כ משיכה והגבהה אינם קונות כאשר האדם חושב שהוא פועל בדבר אחר (כמבואר בסי' רלב, יח ברמ"א). ונמצא שאף גנב וגזלן לא קנו לענין אונסין בכה"ג, וכן שומר אבידה לא התחייב בשמירתה, כיון שלכו"ע צריך משיכה כדי להתחייב בה, ואינו כשאר שומרים ש"א

שמתחייבים כבר משעה שקיבלו עליהם לשמור, דכתיב 'ואספתו אל תוך ביתך'; וכך נקט הקצות לדינא. הנהיבות הסכים עמו באבידה, רק לשיטת ההלכה שמזיק פטור כשלא הוזה ליה לאסוקי אדעתיה (בטש בכספתא דחבריה). אולם, חלק עליו בגנב וגזלן כיון שודאי קנו את גוף החפץ במשיכתו לענין השווי הזול שלו, וממילא קם להו כל החפץ ברשותם בשינוי, שהרי בשינוי קונה אפי' בעל כרחו. ועוד בסי' רלב אינו זוכה בו כיון שהוא לא אצלו, אך כל זמן שהוא תחת ידו הרי היא שלו.

5. אם ראובן השאיל לשמעון חפץ של גוי שהיה ממושכן בידו, והגוי מעליל עליו ביותר מדמיו, אין ראובן חייב לשלם אלא כפי השווי האמיתי של החפץ; קצות. כיון שאף לשיטתו לא נתחייב בשמירה אלא בשווי האמיתי של החפץ. מדוע אינו חייב לשלם מדינא דגרמי כמו בגנב שור הנסקל ומכרו (ב"ק עא:)? לתי' א בתוס' – אף שם פטור, כיון שדינא דגרמי זה רק כשהדבר שווה לכל העולם כמו שטר, משא"כ כאן שאינו שווה כן אלא לשומר. אפי' לתי' ב בתוס' – לא, דאע"פ שעקרונית יש בהכ"ג גרמי, אך דווקא במזיק אולם שומר אינו מתחייב לשמור מחויבים שהם רק גרמי, ולכן אע"פ שפשע בו פטור. ובנידוננו אפי' הזיק בידיים לא מקרי גרמי כיון שהגוי מעליל עליו ואין השומר חייב לו מדינא כלל.

סעיף ה

יש מי שאומר שהשומר הזה מיד כשקבל עליו לשמור, או שאמר: הנח לפני, ונסתלקו הבעלים משמירה, חייב עליו אם פשע, אף על פי שלא משך. ויש מי שאומר שאינו חייב עד שימשוך, ובמקום שמשכיכה קונה.

1. האם שומר צריך מעשה קנין? יש אומרים – לא, כן דעת הרא"ש והתוס'; יש אומרים – כן, כן דעת הרמב"ם, הרשב"א, הראב"ד והנמוק"י.

בגמ' ב"מ פא: מבואר שהאומר 'הנח לפני' אפי' בשוק מתחייב בדיני שמירה, והקשו הראשונים במה נתחייב, הרי הוא לא עשה מעשה קנין!! התוס' והרא"ש הוכיחו מכאן שאין צורך במעשה קנין כדי להתחייב בדיני שומרים, ומיד שסילקו הבעלים אחריותם מהחפץ מתחייב השומר; ומה שאמרו בדף צט. 'כך תקנו משיכה בשומרי' היינו לענין שלא יוכלו הבעלים לחזור בהן לאחר שמשך השומר. אולם, הרשב"א והראב"ד ביארו שבדף פא: מדובר בסימטא או בצדי רה"ר והניחו בדי' אמותיו, וממילא השומר קנה בקנין ד' אמות. וכן כתב הנמוק"י בשם. הרמב"ם כתב (הל' שכירות פ"ב, ח) "כדרך שתקנו חכמים משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרי", וביאר ה"ה שהיינו אף לענין שאינו מתחייב בדיני שמירה אלא משעת המשיכה. וכן כתב במפורש בפ"י המשניות בפרק מרובה. השו"ע הביא דעה זו בשם י"א בתרא ונראה שכך דעתו לפסוק, וכתב הש"ך שכן נראה עיקר בסוגיא בב"ק עט., וכן פירש רש"י שם. ולקמן בסי' שג, א הביא רק דעה זו, ולא הזכיר החולקים; אמנם בסי' שז הביא ב' הדיעות: דעה זו בסתם, ואת הדעה הראשונה כאן בשם י"א. ונראה שדעתו להכריע שצריך קנין.

סעיף ו

אם פשע בו ולא שמרו כראוי לענין אחד, אף על פי שלבסוף נאבד באונס בענין אחר, חשיב פושע וחייב לשלם. מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חברו והניחם במחיצה של קנים, והיו טמונות בעובי המחיצה ונגנבו משם, ואמרו חכמים אף על פי שזו שמירה מעולה לענין גניבה, אינה שמירה כראוי לענין האש, ומאחר שלא טמנו בקרקע או בכותל בנין, פושע הוא, וכל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב; וכן כל כיוצא בזה.

1. תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב. ב"מ מב. "ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה, אותבינהו בצריפא דאורבני, איגנוב. אמר רב יוסף: אף על גב דלענין גנבי נטירותא היא, לענין נורא - פשיעותא היא, הוה תחילתו בפשיעה וסופו באונס - חייב. ואיכא דאמרי: אף על גב דלענין נורא פשיעותא היא, לענין גנבי נטירותא היא, ותחלתו בפשיעה וסופו באונס - פטור. והילכתא: תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב".

2. דווקא כשאפשר לתלות שהאונס בא מחמת הפשיעה, ואפי' בצד רחוק. משא"כ במיתה שאינה שייכת כלל לאונס דמלאך המוות מה לי הכא וכו' – פטור (לקמן סעי' ט); סמ"ע.

ב"מ עח. "השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה, אם החליקה - פטור, ואם הוחמה - חייב". והקשו התוס' הרי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב!! "וי"ל דלא מחייב אלא באונס שיש לתלות שאם לא היה משנה אפשר שלא היה בה האונס, כי ההיא דצריפא דאורבני דאונס בא מחמת הפשיעה שאם היה מצניעם תחת הקרקע כדשמואל לא היו נגנבים". וכן פסקו הרי"ף והרא"ש.

הראשונים הקשו מהסוגיא בדף צג: לגבי הניח עדרו ובא לעיר ובא ארי וטרף שאנו מחייבים אותו אפי' באונס גמור!! ד' תירוצים מצאנו בראשונים: א. רי"ף – הסוגיא שם אליבא דאביי, המחייב אף באונס גמור (כדמוכח בלו: לגבי פשע בה ויצאה לאגס); אך להלכה לא קי"ל הכי אלא כרבא שם. ב. תוס' (עח.) – אף שם האונס בא מחמת הפשיעה, דשמא אם לא היה נכנס לעיר היה מוליך הבהמות למקום אחר ולא היו נאנסות. ג. רא"ש ותוס' – האונס מחמת הפשיעה,

דדילמא אי הוה התם הארי לא היה תוקף (ומוראכם וחיתכם יהיה), או שהוא היה נלחם בו (גם את הארי גם את הדוב הכה עבדך). **ד. ראב"ד, נמוק"י** – הפשיעה היא שלא הכניס הבהמות עמו לעיר, ואילו היה מכניסם לא היו ניוזקות.

3. מה הדין באונס דלא שכיח כלל? ש"ך – חייב. ר"ש כהן – מסתפק בזה, ובמאירי (הובא בשטמ"ק ב"ק נב:) הביא דעת גדולי פרובינציא הסוברים שבכה"ג פטור, אך חלק עליהם.

סעיף ז

המפקיד אצל חבירו בין כלים בין מעות, ואמר: תן לי פקדוני, ואמר לו השומר: איני יודע אנה הנחתי פקדון זה, או באיזה מקום קברתי הכספים המתן לי עד שאבקש ואמצא ואחזיר לך, הרי זה פושע וחייב לשלם מיד (מהר"ם פ' המפקיד).

1. שומר שאינו יודע היכן הניח הפקדון – הרי הוא פושע וחייב לשלם. **ב"מ מב.** "ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חברה, אמר ליה: הב לי זוזאי! – אמר ליה: לא ידענא היכא אותבינהו. אתא לקמיה דרבא, אמר ליה: כל לא ידענא פשיעותא היא, זיל שלים".

2. **חייבו הוא מדין מזיק ואין זה בגדר חיובי פשיעה של שומר; נתיבות.** לכן אפי' אם היו בעליו עמו חייב לשלם, משא"כ פשיעה בבעלים שפטור. הוא מדמה זאת למי שהפקידו אצלו בב' כריכות מנה ומאתיים שחייב לשלם מדין מזיק, וראיתו שאם החיוב אינו מדין מזיק א"כ מדוע כשטוען איני יודע אם החזרתי (כשהפקיד אצלו בבעלים) חייב? הרי שמא החזיר, וגם אם לא החזיר ופשע שאינו יודע היכן הוא – פשיעה בבעלים פטור! מוכח שהחיוב מדין מזיק. (כמובן שהראיה הזו בנויה על כך שיאני יודע אם החזרתי כשהופקד אצלו בבעלים חייב, זה אינו מפורש בסי' ש, אלא שמסתמת הפוסקים משמע לנתיבות שאף בכה"ג חייב).

סעיף ח

באו עליו גנבים וגנבו הפקדון, ואלו צוח היו באים בני אדם להציל, חייב, דכיון שלא צוח פשע. ואפילו אם באו אנשים, צריך לצעוק ולבקש אנשים שיעזרוהו לעמוד כנגדם. ואם היה אפשר לו לעשות כן ולא עשה, חייב. ודווקא בחנם, אבל אם לא היה מוצא מי שיבא לעזרו אלא בשכר, פטור.

1. שומר חנם שנגנב ממנו החפץ – אם יכל להזעיק עזרה ולא הזעיק – חייב לשלם. **ב"מ צג:** "שומר חנם שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות ולא קידם – חייב. שומר חנם – בחנם, שומר שכר – בשכר".

2. אפי' אם באו עליו אנשים – צריך לחפש אנשים שיעזרוהו להציל מפניהם, ודוקא בחינם אך לא בשכר. גנבים באים בסתר, ואם היה צועק אולי היו בורחים. אנשים באים ומנסים לחטוף בכת, אך אם היו עוד אנשים עמו היה יכול להניס אותם; סמ"ע.

סעיף ט

פשע השומר ולא שמר הבהמה כראוי, ויצאה לאגם ומתה שם כדרכה, פטור, אעפ"י שתחלתו בפשיעה לענין זאבים וגנבים ואם טרפה זאב או נגנבה משם היה חייב, עכשיו שמתה כדרכה פטור, שלא גרמה לה יציאתה. אבל אם גנבה גנב מהאגם ומתה כדרכה בבית הגנב, הרי השומר חייב אף על פי שהוא שומר חנם, שאפילו לא מתה הרי היא אבודה ביד הגנב, ויציאתה גרמה לה להיגנב; וכן כל כיוצא בזה.

1. פשע בה ויצאה לאגם, דהוי פשיעה לענין זאבים וגנבים, ומתה כדרכה – פטור, דמלאך המות מה לי הכא מה לי התם. **ב"מ לו:** מח' אביי ורבא ופסק כרבא, דהלכתא כוותיה. **ודלא כר"ח** שפסק כאביי שחייב מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, דאף רבא מודה שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, אלא שצריך שהאונס יבוא מחמת הפשיעה, ובמיתה כדרכה איננו תולים שהאונס בא מחמת הפשיעה. **וכן פסקו כל הפוסקים.**

בביאור מח' אביי ורבא: הרי"ף נקט שנחלקו בשאלה האם כשתחילתו בפשיעה וסופו באונס – צריך שהאונס יבוא מחמת הפשיעה או לא? לדעת אביי לא ולכן הוא מחייב בכה"ג, אך לדעת רבא כן ולכן הוא פטור, והלכה כרבא. **אולם, התוס' נקטו** (לו. ד"ה אין רצוני) שאף לאביי צריך שהאונס יבוא מחמת הפשיעה, אלא שכאן אף החולקים בצריפא דאורבני ופוטרים מודים כאן שחייב, כיון שאיגלאי מילתא למפרע שההבל של האגם קטלא. אולם, רבא חולק וסובר שלא תולים בהבלא דאגמא, או שהוא חולק עליו במציאות, או שהוא סובר שכאשר הבהמה מתה כדרכה, כיון שסוף כל דבר למיתה – אנו לא תולים שהמיתה אירעה באשמת השומר, משא"כ שאר דברים שלא בהכרח אמורים לקרות, אנו תולים שהם אירעו באשמת פשיעת השומר.

2. אם נגנבה מהאגם בפשיעתו חייב, ואפי' מתה אח"כ כדרכה בבית הגנב, דהתחייב בדמיה משעת הגניבה ולא יפטר בכך שמתה כדרכה לאחר מכן, שהרי אפי' אם לא הייתה מתה – הייתה נשארת אצל הגנב.

סעיף י

העלה הבהמה לראש ההר ונפלה ומתה, הרי זו פשיעה. מתה שם כדרכה, פטור.

סעיף יא

עלתה מאליה, אפילו לא עלתה בעל כרחו, אין זו פשיעה, אלא דומה לגניבה, ופטור שומר חנם.

1. העלה הבהמה למקום גבוהה ונפלה ומתה – חייב, כיון שהוא פושע שלא היה לו להעלותה לשם בלא צורך. אך אם מתה כדרכה פטור, שהרי זה אונס גמור שאינו מחמת הפשיעה.

2. עלתה מאליה – פטור בכל ענין, ואפי' לא עלתה בעל כרחו, דכיון שלא פשע בעלייתה, הרי זה כעין גניבה ואבידה ופטור.

ב"מ לו: "מתב רמי בר חמא: העלה לראשי צוקין ונפלה - אין זה אונס, וחייב. הא מתה כדרכה - הרי זה אונס, ופטור. ואמאי? לימא ליה אוריא דהר קטלה, אי נמי אובצנא דהר קטלה! - הכא במאי עסקינן שהעלה למרעה שמן וטוב. - אי הכי, נפלה נמי! - שהיה לו לתוקפה, ולא תקפה. - אי הכי, אימא רישא: עלתה לראשי צוקין ונפלה - הרי זה אונס, איבעי ליה למיתקפה! - לא צריכא, שתקפתו ועלתה, תקפתו וירדה". וכל זה אליבא דאבבי שמחייב אע"פ שמתה כדרכה, אולם אליבא דרבא אין צורך להעמיד שתקפתו ועלתה אלא בכל ענין אם מתה כדרכה פטור, ואם עלתה מאליה ונפלה ג"כ פטור.

הרי"ף פסק שהפטור הוא דווקא כשתקפתו ועלתה, **והקשה עליו הראב"ד** (הובא ברא"ש) הרי אליבא דרבא א"צ להעמיד בכה"ג אלא בכל ענין פטור! **ותירץ הרמב"ן** שהרי"ף כתב כן לגבי שומר שכר שצריך שמירה יתירה, ולכן לא נפטר אלא בתקפתו ועלתה אך אם עלתה מאליה היה לו לתקפה וחייב. ולכן הרי"ף פסק לגבי שומר שכר שפטור רק כשתקפתו. וממילא בשומר חנם לכו"ע פטור אף בכה"ג. **וכן פסקו הטור והשו"ע**.

סעיף יב

שומר חנם שהניח הבהמה ונכנס לעיר, ובא ארי ודרסה, זאב וטרפה, אם נכנס בשעה שדרך בני אדם ליכנס, פטור, אפילו אם היה יכול להציל אם היה שם; ואם נכנס בשעה שאין דרך בני אדם ליכנס, רואים אילו היה יכול להציל אם היה שם, חייב; ואם לאו, פטור.

שומר חנם שהניח הבהמה ובא לעיר ונאנסה: אם שמר כדרך השומרים – פטור בכל ענין. ואם לא שמר כדרך השומרים: אם היה יכול להציל אם היה שם – חייב, ואם לאו – פטור, דהוי אונס גמור שלא בא מחמת הפשיעה. **כדעת הרי"ף והרמב"ם, ודלא כראב"ד, תוס', רא"ש, רשב"א וטור** שאם לא שמר כדרך השומרים חייב בכל ענין, דהוי אונס הבא מחמת הפשיעה, דאילו היה שם אולי הארי לא היה תוקפו או שהיתה נכנסת בו רוח גבורה להלחם בו, או שהפשיעה היא שהוא לא הכניס עמו הבהמות לעיר; **וכמו שביארנו בסעיף ו**.

הש"ך פסק שחייב בכל ענין כדעת החולקים, ושכן הסכימו המעדני מלך והב"ח. **ותמה מדוע הרמ"א סתם כאן**, הרי לקמן בס"י שג', לגבי ש"ש הביא את דעת הראב"ד והחולקים!?

ב"מ צג: "רועה שהיה רועה והניח עדרו ובא לעיר, בא זאב וטרף, ובא ארי ודרס - אין אומרים אילו היה שם היה מציל, אלא אומדין אותו: אם יכול להציל - חייב, אם לאו – פטור". **הברייתא מדברת בשומר שכר**, ולהלכה קי"ל שכיון שהוא צריך לשמור שמירה יתירה אפי' על בעידנא דעיילי אינשי חייב אם היה יכול להציל, אך אם לא פטור כיון שהוא אונס גמור. **אולם בשומר חנם** שאינו מחויב בשמירה יתירה, **אם על בעידנא דעיילי אינשי** – פטור בכל ענין דמאי הוה ליה למיעבד. **אולם, כשעל בעידנא דלא עיילי אינשי**, כיון שפשע אם היה יכול להציל חייב לכו"ע, שהרי פשיעתו גרמה לו. **אולם, אם לא היה יכול להציל – נחלקו הראשונים: דעת הרי"ף והרמב"ם** שאע"פ שפשע פטור, כיון שהאונס לא בא מחמת הפשיעה, שהרי אף אם היה שם לא היה יכול להציל מהארי והזאב (ואע"פ שבגמ' אביי ורבה אמרו שחייב, זה לשיטתם שא"צ שהאונס יבוא מחמת הפשיעה). **אולם, דעת שאר הראשונים שבכה"ג חייב בכל ענין**, כיון שהאונס בא מחמת הפשיעה וכמו שביארנו. **השו"ע פסק כרי"ף ורמב"ם, וטעמו שאף הרא"ש הביא ב' הדיעות ולא הכריע**.

סעיף יג

כיצד דרך השומרים, הכל לפי הפקדון. יש פקדון שדרך שמירתו להניחו בבית שער, כגון הקורות והאבנים. ויש פקדון שדרך שמירתו להניחו בחצר, כגון חבילות פשתן

הגדולות וכיוצא בהן. ויש פקדון שדרך שמירתו להניחו בבית, כגון שמלה וטלית. ויש פקדון שדרך שמירתו להניחו בתיבה או בארגז ונועל עליו, כגון בגדי משי וכלי כסף וכלי זהב וכיוצא בהם. הגה: "א דסתם תיבות חתורות אצל עכברים, וצריך להשים בגדים וכדומה על נס, ולא להניח בתיבות (מרדכי פ' כיצד הרגל) והכל הוא לפי הענין (הגהות אלפסי החדשים פרק המפקיד).

1. כל דבר צריך לשומרו כפי הראוי לו, וכפי דרך שמירתו. ב"מ מב. במשנה "המפקיד מעות אצל חברו, צריך והפשילן לאחוריו או שמסרם לבנו ולבתו הקטנים ונעל בפניהם שלא כראוי - חייב, שלא שימר כדרך השומרים. ואם שימר כדרך השומרים - פטור".

יש דברים שדרך להניחם בבית שער, כגון קורות ואבנים, שאע"פ שהוא מקום פרוץ שהכל נכנסים ויוצאים דרכו, אך כיון שהם כבדים אינם נגנבים בקלות; סמ"ע (כא). ויש דברים שדרך להניחם בחצר, כגון חבילות פשתן וכדו', שהם גדולות ואין דרך לשמרם בבית. ויש דברים שהדרך להניחם בבית, ויש כאלה שאפי' בבית צריך להניחם בתיבה או בארגז.

2. הרמ"א כתב בשם המרדכי שבגדים צריך לתלות על קולב, כיון שאפי' בארגז יש לחשוש לעכברים, והש"ך (יט) הוסיף שהיינו דווקא בתיבות שיש בהם אוכל, ואפי' הכי אם יש מים בסמוך מותר, דאין דרך העכברים לאכול הבגדים כשיכולים לשתות מים; והכל לפי הענין.

סעיף יד

השומר שהניח הפקדון במקום שאינו ראוי לו, ונגנב משם או אבד, אפילו נאנס שם, כגון שנפלה דליקה ושרף כל הבית, הרי זה פושע, וחייב לשלם. ואף על פי שהניח הפקדון עם שלו, אם ראוי לשמירה, פטור; ואם אין המקום ראוי לשמירה, חייב, בשלו הוא רשאי, ואינו רשאי בשל אחרים.

תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, אפי' כשהניח הפקדון במקום בו הוא מניח את שלו, אם המקום ההוא אינו ראוי לשמירה - חייב. ירושלמי הביא והוה הרי"ף והרא"ש (ב"מ מב.) "נתנן במקום שנהג ליתן את שלו אם ראוי לשמירה פטור ואם לאו חייב".

סעיף טו

הכספים והדינרים ולשונות של זהב ושל כסף ואבנים טובות, אין להם שמירה אלא בקרקע, ויתן עליהם טפח עפר, או יטמינם בכותל בטפח התחתון הסמוך לקרקע או בטפח הסמוך לקורה. אפילו לא יתנם באמצע עובי הכותל, רק שיכנס טפח בתוכו, אבל לא באמצע הכותל, שמא יחפרו הגנבים ויגנבו. אפילו נעל עליהם כראוי בתיבה, או החביא אותם במקום שאין אדם מכירו ולא מרגיש בו, הרי זה פושע וחייב לשלם.

1. כספים מטבעות, ודינרי זהב וחתיכות כסף ואבנים טובות - אין להם שמירה אלא בקרקע. ויכסה אותם בעפר טפח, או יטמינם בכותל בטפח העליון או התחתון, בעומק טפח, וה"ה אם יטמינם ביותר מעובי טפח, אלא שלא הטריחוהו בכך; סמ"ע. ולא כע"ש שפירש שאסור יותר מטפח דביותר מכך החלל ניכר, אך בטפח אינו ניכר.

ב"מ מב. "אמר שמואל: כספים אין להם שמירה אלא בקרקע". ובהמשך: "והאידנא דשכיחי גשושאי - אין להן שמירה אלא בשמי קורה. - והאידנא דשכיחי פרומאי (שמשברין התקרה, רש"י) - אין להם שמירה אלא ביני אורבי. - אמר רבא: ומודה שמואל בכותל. והאידנא דשכיחי טפוחאי (שמשפחים על הקירות למצוא חלל) אין להן שמירה אלא בטפח הסמוך לקרקע, או בטפח הסמוך לשמי קורה. אמר ליה רב אחא בריה דרב יוסף לרב אשי: התם תנן: חמץ שנפלה עליו מפולת וכו' אמר ליה: התם משום ריחא - בעינן שלשה טפחים, הכא משום איכסויי מעינא - לא בעינן שלשה טפחים. - וכמה? - אמר רפרס מסיכרא: טפח".

2. אם לא הטמינם בקרקע, אפי' נעל עליהם כראוי בתיבה ובארגז - חייב לשלם, דהוי פושע. [ועין בסעיף יח.](#)

סעיף טז

המפקיד אצל חברו כספים ערב שבת סמוך לבין השמשות המרדכי כתב שאפי' מחצות היום ואילך; ש"ך, אינו חייב לטרוח ולקבור אותם עד מוצאי שבת, ואם נתאחר למוצאי שבת

כדי לקברם, ולא קברם, ונגנבו או נאנסו, חייב; ואם תלמיד חכם הוא המפקיד, אינו חייב עד שישהא אחר שיבדיל כדי לקברו. (ו"א דה"ה אם הנפקד ת"ח) (טור בשם הראב"ד).

גמ' שם: "אמר רבא: ומודי שמואל בערב שבת בין השמשות, דלא אטרחוהו רבנן. ואי שהא למוצאי שבת שיעור למקבריהו ולא קבריהו - מחייב. ואי צורבא מרבנן הוא - סבר: דלמא מיבעי ליה זוזי לאבדלתא". בפירוש משפט זה נאמרו ג' פירושים: א. רש"י והרא"ש פי' **שהמפקיד הוא ת"ח**, ולכן הנפקד סבר שהוא יבוא ליקח את מעותיו כדי לקנות יין להבדלה, הרא"ש הוסיף שלכן אין הנפקד חייב להטמינם עד אור הבוקר. ב. **הראב"ד פי' שהנפקד ת"ח** וכיון שהוא מבין את ערכה של ההבדלה הוא סובר שגם המפקיד מקפיד עליה, ולכן שיהא. (שאר בני"א לא הקפידו להבדיל על הכוס, דסמכו על ההבדלה ששמעו בביה"כ). ג. הרמב"ם והטור פי' שהנפקד ת"ח, וכיון שאין דרך ת"ח לעשות מלאכה עד שיבדיל, לכן הוא פטור אם נגנבו קודם שהבדיל, אך מיד לאחר שהבדיל חייב לקברם. (וצ"ל שהם לא גרסו בגמ' "סבר: דלמא מיבעי ליה זוזי לאבדלתא").

סעיף יז

התנה הנפקד: על מנת שלא אטמנם בקרקע, וכן כל דבר ודבר שיניחנו עם שלו, הכל לפי תנאו.

דכל תנאי שבממון תנאו קיים.

סעיף יח

במה דברים אמורים שכספים אין להם שמירה אלא בקרקע, בשעה שגנבים מצויים ואנשים רמאים, שמחפשים אחריהם. אבל במקום דליכא כל הני, א"צ לכסותם בקרקע, אלא מניחם במקום שמניח מעותיו. (ובמקום המשתמר כפי דרך המקום וכפי הזמן שהוא מפקיד) (מרדכי פרק המפקיד וב"י).

1. דין זה כספים אין להם שמירה אלא בקרקע, לא נאמר אלא בימיהם, שגנבים מצויים ומחפשים את הכספים בקירה ובתקרה וכדו', אבל בימינו מניחם במקום שמניח מעותיו. והכל כפי הזמן והמקום.

דין זה כתבו הרא"ש בשם הר"י ברצלוני: "וכתב הר"י הברצלוני ז"ל קבלנו מרבתינו זכרונם לברכה דודאי הלכה כשמואל אבל אמרו **שלא אמרה שמואל אלא במקום שהגנבים מצויין שם או אנשים רמאים ועושין כל אלו העניינים** שאמר שמואל כגון טפוחי וכו'. אבל במקום דליכא כל הני אין עליו לכסותו בקרקע. אלא מניח במקום שהוא מניח את מעותיו דלא עדיף מדידיה, ועל ענין זה נהגו קדמונינו זכרונם לברכה. וראוי לסמוך על קבלתו מדקאמר גמרא האידנא דשכיחי גשושאי והאידנא דשכיחי פרומאי והאידנא דשכיחי טפוחאי משמע דעיקר דבריו נאמרו באתרא דשכיחי כל הני. והכל לפי הזמן. וניחא נמי ההיא דירושלמי אם נתנו במקום שנהג ליתן את שלו אם היה ראוי לשמירה פטור". **וכן כתבו הרמב"ן, תלמידי הרשב"א והטור. התוס' כתבו טעם נוסף, שדווקא בימיהם היה דין זה, כיון שבתיהם היו רעועים, אבל לדין שבתיהם חזקים ובנויים מאבן – א"צ לשמור דווקא בקרקע.**

בדעת הרמב"ם כתב הב"י שנראה שהוא חולק על זה, כיון שהוא פסק את הגמ' בסתם, **אולם מטעם אחר יודה לזה**, מכיון שבימינו ידוע לכל שאין שומרים כסף בקרקע, וא"כ כל המפקיד על דעת המנהג הוא מפקיד.

2. **שטרות כסף צריך לשמור בארנק בתוך הכיס**, אך אם הניחם סתם בתוך הכיס הרי הוא פושע, דאדם ממשמש בכיסו והם עשויים ליפול מחמת דקותו; פת"ש בשם שו"ת שיבת ציון.

3. אע"פ שהפקיד במקום שדרך להפקיד בו, אם נודע לו שבאים שודדים וגזלנים צריך להוציא משם הכסף ולהחביאו במקום יותר שמור, ואם לא עשה כן הרי הוא פושע וחייב לשלם; פת"ש בשם שו"ת זכרון יוסף.

סעיף יט

אפילו בשעה שגנבים מצויים, לא אמרו כספים אין להם שמירה אלא בקרקע, אלא במפקיד סתם אצל חבירו לשמור. אבל מפקיד מעות אצל חבירו כדי להתעסק בהם וירוחו, פשיטא דהוי כמו אמר לו בפירוש שאינו מצריכו לקברו בקרקע.

כ"כ המהרי"ק בשורש ו, וטעמו מפני שהרי זה כאילו התנו בפירוש כן, דאטו בכל פעם שירצה להתעסק ולעשות בהם סחורה יצטרך מרא וחצינא כדי להוציאם מן הקרקע!; וכל דינא דלא דאין כי האי גוונא – לאו דינא הוא.

סעיף כ

המפקיד כספים אצל חברו בדרך להוליתם לביתו, או ששלח עמו מעות ממקום למקום, צריכים שיהיו צרורים ומונחים בידו או קשורים כראוי על בטנו מכנגד פניו, עד שיגיע לביתו ויקברם כראוי. ואם לא קשרם בדרך הזאת, אפילו נאנס, חייב לשלם שהרי תחלתו בפשיעה.

1. אם הפקיד אצלו כספים להוליתם בדרך – צריך שיהיו צרורים ומונחים בידו, או קשורים כראוי מלפניו על בטנו. **משנה מב.** "המפקיד מעות אצל חברו, צררן והפשילן לאחריו או שמסרם לבנו ולבתו הקטנים ונעל בפניהם שלא כראוי – חייב, שלא שימר כדרך השומרים. ואם שימר כדרך השומרים – פטור". ובגמ' "בשלמא כולהו – שלא שימר כדרך השומרים, אלא צררן והפשילן לאחריו, מאי הוה ליה למיעבד? – אמר רבא אמר רבי יצחק: אמר קרא 'וצרת הכסף בידך' אף על פי שצורוין – יהיו בידך". וכתב הסמ"ע דהוא הדין אם הפשילן לפניו סגי, דזיל בתר טעמא.

כשישן בלילה צריך להניחם תחת מראשותיו, או לקשרן תחת זרועותיו, הגי' סמ"ע בשם מהרי"ק. וכתב הפת"ש שהיינו דווקא בשומר חינו, או בשומר שכר ודווקא כשלא פשע לגבי האנשים שלנו עמו, שהם אנשים הגונים ומכובדים, אולם אם ישן עם אנשים שאינו יודע מה טיבם – לא סגי בכך שיניחם תחת מראשותיו אלא צריך שתחטפנו שינה ורק אז יפטור משום אונס, וכ"ש כשישן בשדה ושכחי גנבים. וכ"כ בשו"ת גליא מסכתא לדינא, אלא שכתב שבכה"ג ראוי ליכנס לפניו משורת הדין.

2. **האם גם בימינו דין זה נוהג?** ש"ך – מדברי הטוש"ע משמע שכן, אע"פ שא"צ להטמינם בקרקע, אך כשהם בידו צריכים להיות בכה"ג. אך המהרשד"ם כתב שסגי להניח היכן שמניח מעותיו, וכן משמע מדברי הסמ"ע; ש"ך (כו). וכ"כ ה^נתיבות (חידושים כו).

סעיף כא

כל המפקיד אצל בעל הבית, בין כלים בין מעות, על דעת אשתו ובניו ובני ביתו [הגדולים] הוא מפקיד. (וכן אם הנפקד החזיר הפקדון לאשת המפקיד, פטור) (מרדכי פרק המפקיד). (וע"ל סימן ש"מ סעיף ח') אבל אם מסר לבניו ובני ביתו הקטנים, או לעבדיו, בין גדולים בין קטנים, או לאחד מקרוביו שאינם שרויים עמו בבית ואין סומכין על שלחנו, ואין צריך לומר אם מסרם לאחר, הרי זה פושע וחייב לשלם, אלא אם כן הביא השומר השני ראיה שלא פשע. (וכן אם הניח אחרים ליכנס במקום שהפקדון מונח, אף על פי שאין בחזקת גנבים, אם נגנב חייב לשלם, דהוי' פשיעה) (ת"ה סימן של"ג).

1. **הנפקד רשאי למסור הפקדון לשמירת אשתו או בניו ובני ביתו הגדולים שדרים עמו בבית וסמוכים על שולחנו. ב"מ לו.:** "מתלב רמי בר חמא: (למ"ד שומר שומר לשומר חייב) המפקיד מעות אצל חברו, צררן והפשילן לאחריו, מסרן לבנו ובתו הקטנים, ונעל בפניהם שלא כראוי – חייב, שלא שמר כדרך השומרים. טעמא – דקטנים, הא גדולים – פטור. אמאי? נימא ליה: אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר! אמר רבא: כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד".

כמו כן, הנפקד רשאי להשיב הפקדון לידי אשתו ובניו ובני ביתו הגדולים של המפקיד, כ"כ המרדכי.

2. **האם גם שומר שכר רשאי למסור לאשתו ובניו, שהרי הם ש"ח ונמצא ממעט בשמירתו?!** **מהרש"ך, קצות (ו):** לדעת הרמב"ם והשו"ע – לא, ואם מסר אינם נאמנים בשבועתם וחייב לשלם, אא"כ יש עדים שנאנס. **ש"ך (כו):** רשאי, משמע לי שטעמו משום שלא קי"ל כרמב"ם, ואפי' ממעט בשמירתו פטור.

בדק הבית הביא ריטב"א שדין זה נאמר דווקא בשומר חינו, אך לא בשומר שכר שהרי מגרע לשמירתו; אך הסתפק בזה שאולי כיון שאימתו מוטלת עליהם הרי הם כלפיו כשומרי שכר. הקצות מכריע לדינא (לקמן יב) כרמב"ם וכשו"ע שאם מגרע לשמירתו חייב, ולכן כאן לדינא הסכים עם הריטב"א.

3. הנפקד אינו רשאי למסור הפקדון לידיהם אם הם קטנים, **וכן אינו רשאי למסור לעבדיו ואפי' הם גדולים.**

באיזה עבדים מדובר? סמ"ע (לג), נתיבות (חי' כח) – כנענים, אך ע"ע הרי הוא כבני הבית. **מאירי, מהרשד"ם –** אפי' עבד עברי. **הרמב"ם** כתב שעבדים אפי' גדולים אינם בכלל, **הב"י הביא בשם המרדכי (סי' רעד)** שדין זה שייך אף בעבדים. **הסמ"ע** הבין שאין מח' והרמב"ם דיבר על עבד כנעני שסתם עבד כנעני הרי הוא גזלן, ואילו

המרדכי דיבר על עבד עברי; וכן פסק לדינא. **אולם, המאירי** הבין שהרמב"ם דיבר אף בעבד עברי, **וכן כתב המהרש"ם** (סי' רכב). **המהרש"ך** כתב שאף ע"ע אם אינו מוחזק בנאמנות לבעה"ב – אסור לו למסור בידו. הש"ך הפנה אליהם.

4. אם מסר למי שאינו רשאי למסור לו – פשע, וחייב לשלם אם אירע נזק, וכפי שיתבאר לקמן סעיף כו.

5. אם הניח לאנשים להיכנס למקום בו מונח הפקדון – הרי זו פשיעה, וחייב לשלם אם נגנב משם; רמ"א בשם תרומת הדשן (שלג). וכתב הנתיבות (בי"ח) דאפי' טוען שמא נגנב קודם לכן – חייב.

סעיף כב

מי שהוא ידוע בודאי שאינו רגיל לשמור הפקדון אלא למסרו ביד אחר שאינו שרוי בביתו ואינו סומך על שלחנו, דינו כמסור לבני ביתו.

1. אדם שידוע שאינו שומר בעצמו אלא מוסר לאחר – דין אותו אחר כדין אשתו ובניו, ואע"פ שאינו שרוי בביתו.

2. אפי' פשע השני ואין לו לשלם – הראשון פטור, דהשני נכנס תחת הראשון לגמרי.

ב"ק נה: במשנה "מסרה לרועה - נכנס הרועה תחתיו". ובדף נו: "אמרי: תחתיו דמאן? אילימא תחתיו דבעל בהמה, תנינא חדא זמנא וכו'. **אלא תחתיו דשומר, ושומר קמא אפטר ליה לגמרי;** לימא תיהוי תיובתא דרבא, דאמר רבא: שומר שמסר לשומר - חייב! אמר לך רבא: מאי מסרו לרועה? לברזיליה, דאורחיה דרועה למימסר לברזיליה".

סעיף כג

מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חברו, ונתנם השומר לאמו והחביאה אותם, ולא טמנה אותם, ונגנבו, ואמרו חכמים אין השומר חייב לשלם מפני שנתנם לאמו, שכל המפקיד על דעת בניו ובני ביתו הוא מפקיד, ואף על פי שלא אמר להם: פקדון הם, יש לו לטעון: כל שכן שהיתה נזהרת בהם אם היתה סבורה שהם שלו, וכן אין אמו חייבת לשלם, שהרי לא אמר לה שהם פקדון, ואמרו חכמים ישבע השומר שאותם המעות עצמם הם שנתן לאמו, ותשבע אמו שהחביאה אותם ונגנבו, ויפטרו שניהם; וכן כל כיוצא בזה. (ודווקא במעות וכיוצא בזה בדבר שאינו מסוים, צריכין שניהם ליטען; אבל אם הוא חפץ מסוים, נשבע השני ולא הראשון) (המגיד פ"ד דשאלה ונ"י בשם הר"ן).

1. אם מסר למי שיש לו רשות למסור בידו, ולא הודיעו שהחפץ פקדון – אין זה פשיעה ופטור הנפקד, דסבר אדרבא הרי הוא ישמור יותר טוב, שהרי הוא חושב שזה שלי. ואף אם המקבל לא שמר כדרך השומרים – אין זה פשיעה ופטור המקבל, שהרי לא ידע שהחפץ הוא פקדון בידו, ולא קבלו בתורת שמירה, ולכן התנהג עמו כמו שרגיל להתנהג בחפץ של חברו. ודוקא ככה"ג אך בלאו הכי – חייב דפשע בשמירתו כלפי חברו; נתיבות (בי"ט).

ב"מ מב: "ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה, אשלמינהו לאימיה, ואותבינהו בקרטליתא, ואיגנוב. - אמר רבא: היכי נדיינו דייני להאי דינא? נימא ליה לדידיה: זיל שלם, אמר: כל המפקיד - על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד. נימא לה לאימיה: זילי שלימי, אמרה: לא אמר לי דלאו דידיה נינהו, דאקברינהו. נימא ליה: אמאי לא אמרת לה? - אמר: כל שכן, דכי אמינא לה דדידי נינהו, טפי מזדהרא בהו. - **אלא אמר רבא: משתבע איהו דהנהו זוזי אשלמינהו לאימיה, ומשתבעא אימיה דהנהו זוזי אותבינהו בקרטליתא ואיגנוב, ופטור.**"

2. האם יכול המפקיד להשביע למקבל שלא ידע שהחפץ פקדון? אם הנפקד מודה למקבל – לא, שהרי המפקיד טוען שמא, ואין משביעים בטענת שמא. אם הנפקד טוען שהודיע למקבל – כן, ואפי' הוא בנו או קרובו, דאינו חשוב כנוגע שהרי בלאו הכי פטור; ש"ך (לד). והנתיבות (בי"ב) שלשיט' התוס' והרא"ש בסעי' הבא אינו יכול להשביעו, כיון שהוא נוגע דחייב לשלם (דכיון שלדבריו המקבל פשע והמקבל כופר – הרי זה כאין לו לשלם, שחייב הנפקד לשלם).

אמנם, כשמשביע את המקבל שנגנב ממנו החפץ, יכול לגלגל עליו שלא ידע שהוא פקדון; ש"ך הנ"ל. ואע"פ שאין מגלגלין בשמא, אך בשבועת שומרים שעיקרה היא בשמא – מגלגלין אף בטענת שמא; נתיבות (בי"ב).

3. אם מדובר במעות או בחפץ שאינו מסוים: צריך הנפקד להשבע שמסרם לחברו שהרי אין המקבל יכול לדעת שהחפץ שנמסר לו הוא של המפקיד, והמקבל ישבע שלא פשע בהם שהרי אם פשע כלפי הנפקד – חייב לשלם לו, ש"ך (לה) ונגנבו ממנו – והרי שניהם פטורים.

לשיטת תוס' והרא"ש (שתתבאר בסעי' הבא): שבועת הנפקד היא שבועת השומרים, ושבועת המקבל אינה שבועת שומרים (שהרי אין הוא שומר של הראשון), אלא כיון שע"ד כן מסר לו שיוכל ליתן לאמו ולבני ביתו – הרי האמין על עצמו שבועתם שיאמרו שנגנבו. ממילא כשהם נשבעים שנגנב – מועילה שבועתם לפטור את הנפקד, ומה שצריך לישבע הוא מחמת שאינו מסוים. **לשיטת הרמב"ם והשו"ע** (שתתבאר בסעי' הבא): שבועת המקבל היא שבועת השומרים (ומיירי כשאמר לו 'שמור לי'), ושבועת הנפקד היא רק מחמת שאין המקבל יודע שבאמת הוא מסר לו. (נתיבות ב"י כא, כב).

אך אם מדובר בחפץ מסוים: א"צ הראשון לישבע שמסר לחברו, אלא חברו ישבע שלא פשע ונגנבו או אבדו מידו – והרי הם פטורים. **כ"כ הרב המגיד, וכן פסק הרמ"א. אולם, הקצות הביא שהריטב"א חולק** וסובר שלעולם צריכים שניהם לישבע. וטעמו דאע"פ שהאשה יכולה לישבע שלא פשעה, אך אין המפקיד חייב להאמין לה שהרי אינה בע"ד שלו; לכן, צריך שהנפקד ישבע שלא פשע והניחו במקום המשתמר, וממילא נכנס השני תחתיו ונאמן בשבועתו.

הקצות כתב שמח' תלויה במח' הרמב"ם והתוס': לשיטת הרמב"ם: כיון שטענת מסרתי לאחר שנאמן עליך הרי היא כטענת החוזרתי לך, כיון שבכך נפטרת מחיוב השמירה שלי כלפיך. ממילא, אני נפטר בטענת החוזרתי בלא שבועה, וחברי צריך לישבע שבועת השומרים. **אולם, לדעת התוס' והרא"ש** כיון שאינו נפטר בכך, א"כ לעולם צריך שישבע שמסר לאחר או שיביא עדים על כך, ורק אז יכול האחר להשבע וליפטר. אולם, סתם כך יכול המפקיד לטעון שאין המקבל בעל דברים שלו ולכן אינו רוצה לקבל את שבועתו.

4. דין זה נכון רק בשומר חינוס, אולם שומר שכר חייב דאיבעי ליה לאודועי שהוא פקדון; **כ"כ הנמוק"י בשם הר"ן, והביאו הש"ך. הנתיבות הקשה** הרי בלאו הכי חייב, כיון שחייב על גניבה ואבידה והכא איירי שנגנב! ותיקף דאע"פ ששניהם שומרי שכר – חייב הראשון מטעם זה.

סעיף כד

מכאן אתה למד שהשומר שמסר הפקדון לאשתו ובני ביתו והודיעם שהוא פקדון, ולא שמרו כדרך השומרים, שהם חייבים לשלם לבעל הפקדון, ובעל הבית פטור, שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד. ואם אין להם לשלם, י"א דבעל הבית חייב לשלם (טור בשם הרא"ש ובסימן ע"ב בשם בה"ת). ויש אומרים דפטור (טור בסימן זה בשם הרמב"ם והמגיד פרק ד' דשאלה).

1. אם הפקיד אצל אשתו ובניו והודיעם שהוא פקדון, ואח"כ פשעו בו או שנגנב מהם: שו"ע ורמ"א (בשם י"א בתרא) – חייבים לשלם, ובעה"ב פטור. **כ"כ הרמב"ם, הרמב"ן והרשב"א. י"א קמא ברמ"א** – בעה"ב חייב אם אין להם לשלם; כן כתבו התוס' והרא"ש.

הרמב"ם למד כן מהמעשה שהובא בהלכה הקודמת, שדווקא בגלל שלא הודיע לאמו הייתה פטורה, אך אם הודיעה חייבת לשלם והוא פטור. **וכן דעת הרמב"ן והרשב"א. אולם, התוס'** שם כתבו "אומר ר"ת דהיינו לענין שאינו יכול לומר את מהמנת לי בשבועה ולא האיד, אבל אם פשעו אפי' אין להם מה לשלם ישלם הנפקד דאם לא כן כל מה שהופקד אצל בעה"ב תבא אשתו ותאכל ותפטור!". ומה שמוכח שאם הייתה יודעת הייתה חייבת לשלם – היינו לבן שלה שהזיקה אותו, אך לא למפקיד שהרי אינה שומרת שלו. **וכ"כ הרא"ש, וכן דעת בעה"ת.**

בביאור דעת התוס': מפשט דבריו משמע שזוהי **תקנה**, שמעיקר הדין היה ראוי לחייב את האמא ולא את בנה, אולם כיון שאין לה ממה לשלם וא"כ נמצא שכל פקדון יאכלוהו אשתו ובניו ויפטרו! לכן תקנו שהם חייבים לשלם. **אולם, ברשב"א מבואר להדיא** שדעת ר"ת ודעימיה הוא **שמעיקר הדין** אינה חייבת לשלם, מפני שאינה שומרת כלל, ומה שכתבו הטעם שאם לא כן יאכלו וישתו וכו' זו רק ראייה שא"א להבין כהבנת הרמב"ם, אך אין זה טעם הדין. **הרשב"א הבין שהתוס' לא חלקו** אלא דווקא לגבי אשתו ובניו שלא ירדו על דעת לשמור, אך בשומר שמסר לשומר שרגיל להפקיד אצלו מודים שהראשון פטור לגמרי, שהרי הוא ירד על דעת לשמור והיינו הגמ' בב"ק נו. **אולם, הרא"ש** להדיא חלק וכתב שאפי' בברזיליה הראשון חייב כאשר אין לשני לשלם, ולעולם השומר הראשון ממשיך לשמור דרך השני.

הרשב"א הביא ראייה לשיטתו מהדין שהובא לעיל בסעיף כב, שמקורו בב"ק נו: לגבי רועה שמסר לברזיליה, שם מפורש בגמ' שהשני חייב והשומר הראשון פטור לגמרי! וכתב: "אבל משמו של ר"ת ז"ל אמרו דוקא לברזיליה א"נ למי שדרך בעלים להפקיד אצלו כמעשה דגינאי משום דהני אדעתא דשומרין נחתו בה, אבל בניו ובני ביתו הרי הן כשומר עצמו דעל דעתו הם שומרים וכשומרים ממונו של שומר". ובתור ראייה לזה הוא כותב "ותדע לך דאי לא לא שבקת חיי לכל מפקיד שהשומר ימסור לבניו ואשתו שאין להם מה לשלם ויאכלו הם ויחלי והלה הולך בפחי נפש". מוכח שאין זו תקנה אלא עיקר הדין!

נמצא, שאין מח' עקרונית בין הרמב"ם לתוס' בדין שומר שמסר לשומר (כשהוא רשאי למסור), שלכו"ע בכה"ג כיון שהשני קיבל את החפץ בתורת שמירה, הרי הוא נכנס לגמרי תחת השומר הראשון כלפי הבעלים, וכל הדין ודברים עובר אליו. **אלא שנחלקו איך להסתכל על הדין של 'כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד'**, האם לומר שהכוונה שאשתו ובניו מקבלים עליהם שמירה, וזה נעשה בהסכמה של המפקיד, או שודאי שאין הם שומרים כלל, אלא

שהמפקיד מסכים שלפעמים החפץ יהיה תחת שמירה שלהם, והרי זה נחשב כשמירה טובה של הנפקד ואין זה פשיעה. (כמו שאם הוא נועל את החפץ והולך לשוק, הרי החפץ משתמר על ידו, וכך גם כשהוא הולך לשוק ומניח את אשתו בבית עם החפץ – הרי החפץ משתמר על ידו שלו, ולא על ידי אשתו).

אולם, הרא"ש (ב"מ פ"ג סי' כג) כתב להדיא לא כרשב"א, וז"ל: "והא דקאמר' בריש הכונס מסרה לרועה אחר נכנס הרועה תחתיו ומפרש בגמרא דמסרה לברזיליה דאורחא דרועה למימסר לברזיליה. לאו למיפטר רועה קמא אלא דלא מיקרי פושע כשומר שמסר לשומר". א"כ גם בדבריו מבואר שאין זו תקנה, אך מאידך מוכח שהוא סובר שזהו דין מוחלט והוא נכון בכל שומר שמסר לשומר – שהשומר הראשון לא יצא מהתמונה, ולכן האחריות נשארת עליו ואם אין לשני לשלם – המפקיד יכול לחזור על הראשון.

2. האם דין זה נכון בכל השומרים? התיבות (כד) כתב שדין נכון רק בש"ח ובש"ש, אך בשואל לכוי"ע הראשון חייב אם אין לשני לשלם. טעמו שש"ח חייב להניח במקום המשתמר, ש"ש חייב לשמור בפועל (לשבת ולשמור), וכיון שהביאו לבן דעת אחר שישמור הרי שהש"ח הניח במקום המשתמר, והש"ש כביכול יושב ומשמר על ידי חברו, ולכן הם נפטרו משמירתם. אולם, בשואל כיון שהוא חייב באונסין מוכח שחייבו אינו רק לשמור, אלא חל חוב על גופו לשלם, וא"כ לכך לא מועיל מה שמסר לבן דעת שישמור – דהיאך יפטר מחיוב הגוף שלו כלפי המפקיד הראשון!!

סעיף כה

מעשה באחד שהפקיד כשות אצל אחר, והיה לשומר כשות אחרים, ואמר לשמשו: מזה הכשות תשליך לתוך השכר, והלך השמש והשליך מכשות של פקדון, אמרו חכמים השמש פטור שהרי לא אמר: מזה תשליך ומזה אל תשליך, ודימה שהוא מראה מקום ואינו מקפיד על זה; וכן בעל הבית פטור, שהרי אמר לו: מזה השלך, ואינו משלם אלא דמי מה שנהנה בלבד. לפיכך אם נעשה השכר חומץ, פטור מלשלם. בין כך ובין כך חייב השומר בשבועה שכך אירע, וכן כל כיוצא בזה. ואם היה כשות הפקדון רחוק ממקום הטלת השכר, ושלו קרוב, ושהה השליח לבא, והיה שם בעל הבית ולא אמר ליה דבר, חייב, לפי שכשראה אותו שוהה הוה ליה להעלות על דעתו קודם שישליכו לתוך השכר שממקום רחוק הביאו. ואם היה שומר שכר, יש מי שאומר שבין כך ובין כך חייב, שהוה ליה לפרש ולומר: לא תשליך מזה.

ב"מ מב: "ההוא גברא דאפקיד כשותא גבי חבריה, הוה ליה לדידיה נמי כריא דכשותא. אמר ליה לסרסיה: מהאי רמי. אזל רמא מאידך. - אמר רב עמרם: היכי נדיינו דיניי להאי דינא? נימא ליה לדידיה: זיל שלים - אמר: אנא אמרי ליה מהאי רמי. נימא ליה לסרסיה: זיל שלים, אמר: לא אמר לי מהאי רמי ומהאי לא תרמי. - ואי דשהא שיעור לאיתויי ליה ולא אייתי ליה - גלי אדעתיה דניחא ליה!! - בדלא שהא. - סוף סוף, מאי פסידא איכא, והא קא משתרשי ליה! - אמר רב סמא בריה דרבא: דהוה שיכרא חלא. רב אשי אמר: בכיסי (כלומר כשות מלאכה קוצים), ומשלם ליה דמי כסי".

1. אם אמר לשמשו להשתמש בחפץ שלו, והלך השמש והשתמש בשל פקדון: אם אמר לו 'קח מזה' – בעה"ב פטור, ואף השמש פטור שהיה סבור שמראה מקום הוא לו. וצריך השמש להשבע שכך אירע.

2. אם אמר לו: 'מזה תקח ולא מזה' – השמש חייב, שהרי פשע.

3. אם היה הפקדון רחוק ושלו קרוב, וראה בעה"ב שהוא מתעכב – בעה"ב חייב, שהיה לו להעלות על דעתו שלקח מהפקדון, ולהעיר לו על כך.

4. אם היה שלו רחוק והפקדון קרוב: סמ"ע (מב), ב"ח – בעה"ב חייב, כמו המקרה הקודם, דהיה לו להרגיש שלקח מהפקדון שהרי חזר מהר. ש"ך (מ) – בעה"ב פטור והשליח חייב, דכיון שאמר לו ללכת רחוק אע"פ שיש קרוב, היה צריך להבין שאסור לו לקחת מכאן, דאל"כ מדוע הטריחו! (הש"ך מסתפק בזה).

5. מה הדין כשהפקדון בבית אחר, והלך השמש ולקח משם? תוס' – חייב השליח. ש"ך – פטור. תוס' שם (ד"ה מ) אמרו שבב' מינים ודאי בעה"ב מקפיד ואינו מראה מקום, ולכן השליח פשע; אולם במין א' אמרין שהוא מראה מקום לו. ועל כך הקשו ממעילה כא. "הבא לי מן החלון והביא מן הדלוסקמא" שהשליח מעל! ותירצו שמדובר שם בב' בתים ולכן חייב, אולם הכא איירי בבית אחד; והביאם הבית יוסף. הש"ך חולק וסובר שאין חילוק, ואת הקושיא תירץ שמעילה שאני, דאפי' בשוגג מעל. או שכיון שאמר לו בפירוש להביא מהחלון – פשע בכך ששינה (כפי שתי' התוס' בגיטין סה: "ונראה דהכא ודאי שהזכיר תמרים וגורגורות והזכיר חלון ודלוסקמא לא היה מזכיר אם לא שהיה מקפיד אבל בהמפקיד דאחוי לסרסיה היכן כשות שלו מונח והוה התם תרי כריא דכשותא וגם אין רגילין להקפיד כיון שהכל מין אחד הא לא הוי ליה לאסוקי אדעתיה שיהא לאחרים כשות בביתו של זה").

6. אם נהנה משלם בעה"ב כפי שנהנה, והכא איירי שלא נהנה כגון שהשכר החמיץ וכדו'.

7. אם היה שומר שכר חייב בכל עניין, דהיה לו לפרש ולומר 'מזה תיקח ולא מזה'; כ"כ הנמוק"י בשם הר"ן.

סעיף כו

שומר שמסר לשומר, חייב, אפילו אם הוא שומר חנם ומסר לשומר שכר, דאמר ליה: את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה. אפילו אם ידוע לכל שהשני טוב וכשר יותר מראשון. הגה: מיהו שומר שמסר לשומר לפני המפקיד, ולא מיחה, פטור (מרדכי פרק המפקיד). לפיכך אם דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני, הרי השומר הראשון פטור מלשלם, והוא שלא ימעט שמירתו; אבל אם מעט שמירתו, כגון שהראשון היה שומר שכר והשני ש"ח, או שהראשון שואל והשני ש"ש, פושע הוא הראשון ומשלם, אף על פי ששאל או שכר בבעלים. ואם יש עדים ששומר השני כראוי, נפטר שומר ראשון. ואפילו לא היו שם עדים, אם השומר הראשון ראה ויכול הוא לישבע, הרי זה נשבע ונפטר (ועיין סימן ע"ב סעיף ל').

1. שומר שמסר לשומר – חייב, דיכול המפקיד לומר 'אתה נאמן עלי בשבועתך, והשני אינו נאמן עלי, ולכן אין הוא בעל דברים דידי, ואיני חייב לקבל שבועתו אפי' הוא ידוע לכולם כאדם הגון וכשר.

ב"מ לו: מח' רב ור' יוחנן ופסקו הראשונים כר' יוחנן, או מכיון שאף רב לא אמרה אלא מכללא אתמר ודחאתו הגמ', או מכיון שקי"ל כר' יוחנן לגבי דרב. נחלקו אביי ורבא בטעמו של ר' יוחנן שמחייב, ופסקו התוס', רא"ש, רי"ף והרמב"ם כרבא שהטעם הוא משום 'את מהימנת לי בשבועה ולא היאך', וכ"פ השו"ע. אולם ר"ח פסק כאביי, שהטעם הוא 'איני רצוני שיהא פקדוני ביד אחר'. הנפק"מ בין הטעמים היא מה הדין כשיש עדים או שהשומר הראשון ראה ויכול להשבע: לטעמו של אביי – חייב, שהרי פשע ותחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב; אולם לטעמו של רבא פטור, שהרי אפי' בשבועת השני.

כתב הר"ף: שאע"ג דאמרין בגיטין (כט.) "כאן שנה רבי אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר (וא"כ משמע לכאן שהלכה כאביי) – הני מילי לכתחילה, אבל דיעבד אע"ג דאינו רשאי אי איכא סהדי דלא פשע בה לא מחייבין ליה וכו' ושמעין מינה דלא סבירא לן כר' מאיר דאמר כל המעביר על דעת של בעה"ב נקרא גזלן".

2. אמנם, אם דרך הבעלים להפקיד אצל השומר השני – הראשון פטור; דין זה נכון אף לטעמו של אביי. ונלמד מהמעשה שם לגבי ההוא סבתא.

ודווקא כשדרכם להפקיד אצלו חפצים בעלי ערך בשווי דומה, וכן שהם לא הפקידו אצלו רק בגלל שהם נתקעו אבל בדי"כ הם מפקידים אצל אחרים; סמ"ע (מו-מז). וכן מיירי שלא העני או נעשה חשוד אחר שהיו רגילים להפקיד אצלו, דא"כ לא מוכח שבכה"ג היו מוסרים לו; קצות (י) בשם הריטב"א.

3. אם המפקיד רוצה – הוא יכול לתבוע את השני לדין, ואינו יכול לומר לו 'לאו בע"ד ידידי את'; ש"ך (מא).

4. האם טענת שומר שאינו יודע מוגדרת כ'איני יודע' או 'תחייבתי' או 'איני יודע' או 'פרעתיך'? ש"ך – איני יודע' או 'פרעתיך', ולכן חייב אע"פ שאינו יודע. קצות – איני יודע' או 'תחייבתי', ולכן פטור כשאינו יודע ולא פשע, אך אם פשע (אפי' פשיעה קלה, כגון שמסר לאחר) – הוי איני יודע' או 'פרעתיך' וחייב. נתיבות – איני יודע' או 'פרעתיך' וחייב, אך כשלא פשע בזה שהוא לא יודע – פטור, לשיטתו שכל איני יודע' או 'פרעתיך' פטור בכה"ג.

הב"י הביא בשם תלמידי הרשב"א שדעת הרמב"ן ששומר שמסר לשומר והשני אינו רוצה להשבע או שאינו כאן, וכ"ש אם הוא טוען שפשע בה (ואין לו לשלם) – הראשון חייב אע"פ שאינו יודע' או 'תחייבתי' או 'פרעתיך', לפי שעל הראשון מוטל לברר. אולם כתבו שריב"ז⁵ חולק עליו וסובר שפטור, כאינו יודע' או 'תחייבתי'. הנמוק"י (ב"ק לט. בדפי הר"ף) כתב במפורש ששומר שלא פשע הוא 'איני יודע' או 'תחייבתי', ורק אם פשע בה ואינו יודע' או 'תחייבתי' (כגון שנתנה לשלוחו ומתה בדרך) הרי הוא 'איני יודע' או 'פרעתיך', דמשעת פשיעה התחייב להשיבה. תרוה"ד (סי' שלג) כתב שאפי' השומר עצמו שאבד אצלו החפץ ואינו יודע' או 'תחייבתי' פשעתו או לא – חייב לשלם.

הש"ך (מד) האריך להוכיח כדעת הרמב"ן, ודחה דברי הרא"ה. עיקר ראייתו היא מהדין שלנו ששומר שמסר לשומר חייב, דא"ל את מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן, ואע"פ שהשני טוען שנאנסה והראשון פטור – אינו מקבלים

⁵ נראה שכוונתם לרא"ה, שהרי הרשב"א מסכים לרמב"ן.

דבריו ומחייבים את הראשון לשלם, א"כ מוכח שכאשר השומר אינו יודע הוא חייב, כיון שאינו יודע אם נתייבב! וטעמו מפני שחל חיוב על השומר להחזיר את החפץ משעה ראשונה, וא"כ הוא לא יודע אם הוא החזיר או לא? ואף למ"ד ששומר משעת פשיעה משתעבד, היינו רק לענין שיעבוד נכסים, דכל זמן שהחפץ בעין עדיין לא חל עליו חיוב תשלומים (אלא רק חיוב החזרה), ולכן גם נכסיו אינם משועבדים. אולם חיוב הגוף להשיב החפץ חל משעה ראשונה, והוא אינו יודע אם עמד בחיובו או לא, וחייב לשלם. וכן כתב המהרש"ל ביש"ש (פי' הגזול ומאכיל סי' ג).

אולם, הקצות (סי' שמ, ד) האריך לחלוק על הש"ך וטעמו שכל זמן שהחפץ בעין אין על השומר שום חיוב, ואפי' חיוב השבה לא מוטל עליו, אלא אם הבעלים רוצים ילכו לבית השומר ויטלוהו משם. וזה מוסכם לכו"ע, דאף למ"ד שמשעת משיכה משתעבד היינו למפרע, שאם יפגע יחול השעבוד למפרע משעה ראשונה (כמבואר בריטב"א ב"מ צו.). ולכן לעולם שומר הוא בגדר 'איני יודע' אם התחייבתי. אולם, שומר שמסר לשומר אם פגע בכך, נמצא שחל חיובו משעת מסירתו אלא שאם יאנס לבסוף יפטר, והרי זה כאילו השיב. וממילא אם הוא מסופק אם נאנס או לא – הרי זה ספק אם השיב וחייב, ובהכי מתורצת קושיית הש"ך מסוגייתנו, שכיון שפגע ואינו יודע חייב לשלם.

הנתיבות (בי' כח) מבאר את דברי הרא"ה באופן אחר. הנתיבות לשיטתו שבאיני יודע אם פרעתיך חייב רק כאשר פגע בכך שאינו יודע, אך אם לא פגע דלא הוה ליה למידע – פטור. ולכן, כאשר היה מותר לו למסור לשלוחו הרי הוא פטור, שהרי לא הוה ליה למידע. אולם כאשר פגע בכך שהשאלה לאחר, וא"כ פגע במה שאינו יודע – חייב לשלם מדין איני יודע אם פרעתיך. אלא, שדין איני יודע אם פרעתיך הוא רק כאשר המשאל טוען ברי, אך לא כשטוען שמא? אך כיון שהוא שומר ומחויב לישבע – הרי הוא חייב מדין מתוך! ואפי' כשלא הוה ליה למידע – פטור אף מדין מתוך, כיון שטענתו היא טענה טובה בכך שאינו יודע, והוא נאמן בה.

5. האם שומר שאינו יודע חייב מדין 'מתוך' קצות – לא. ש"ך, נתיבות – כן, שהרי מחויב בשבועת השומרים ואינו יכול לשבע ומשלים. אך **הקצות בסי' שמ (ד)** ביאר שלדעת רש"י טענת 'איני יודע' אינה חשובה כטענת כפירה, וממילא כיון שאינו מודה ואינו כופר – לא מתחייב שבועה, ואין דין 'מתוך'. ואף לדעת התוס' שטענת 'איני יודע' חשובה ככפירה, צריך לדון מהו עיקר השבועה בשומרים: **לשיטת הרא"ה – שבועה שאינה ברשותו**, ושבועה זו היא יכול להשבע, ושאר השבועות (שלא פשעתי (בש"ח), או שנאנס בש"ש, או שמתה כדרכה בשואל), שלא שלחתי בה (ד) – הם ע"י גלגול שבועה, ובגלגול לא אמרינן מתוך (כשעיקר השבועה היא מחמת טענת שמא)⁶. וכן דעת הבי"י בסי' שמ. אמנם, הוא מודה שבתורה"ד (שלג) מוכח שסובר ששומר חייב מדין מתוך, וצ"ל שלשיטתו עיקר השבועה היא שנגנבה וכיון שאינו יכול לשבע אותה חייב מדין מתוך (לפי' תוס'). **אולם, הנתיבות אצלנו** כתב להדיא שאף כשהמפקיד טוען בשמא, ובכה"ג אפי' באינו יודע אם פרעתיך – פטור, אך בשומר חייב כיון שהוא משאיל"מ; **וכן מוכח מדברי הש"ך** כאן (מד). וכ"כ הש"ך לקמן (מח) שלשיטת הרמב"ם והשו"ע עיקר שבועה היא שנגנבה, ולכן שייך כאן מתוך.

6. אם מיעט בשמירתו, כגון ש"ש שהפקיד אצל ש"ח, ושואל שהפקיד אצל שוכר, והוא אדם שהבעלים רגילים להפקיד אצלו: שו"ע – פושע הוא וחייב לשלם. פסק כדעת הרמב"ם, וכן הסכימו הקצות והנתיבות לדינא. ש"ך – פטור מלשלם, ואינו פושע שהרי מסרה לבן דעת שנכנס תחתיו.

⁶ הש"ך, המהרש"ל והנתיבות חולקים על הנקודה הזאת וסוברים שאף כאשר החפץ בעין חל על השומר חיוב להשיב את החפץ לבעליו, וממילא הוא מסופק האם קיים את חיובו או לא. עי' בנתיבות בסי' פו שחלק להדיא יש להעיר שלכא"פ הקצות אצלנו בס"ק יב סותר את דבריו, כיון שאצלנו הוא כותב: "ועוד דאפילו לדברי הרב המגיד (שם) ושו"ע סימן רצ"ד דעיקר שבועה הוא שאינו ברשותו, מ"מ צריך לישבע בבירור שנאנסה דאל"כ הו"ל איני יודע אם פרעתיך וכמבואר אצלנו בסימן ש"מ ס"ק ד'. ועוד דאפילו בגלגול שבועה נמי כתבו דאמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ואפילו טוען בעיקר שבועה טענת שמא וכמבואר בש"ך סימן ע"ה (סקנ"א)". א"כ הוא סותר דבריו בתרתי: א. במה שכתב שאע"פ שעיקר השבועה היא שאינה ברשותו, אך הוא צריך לבאר בה כיצד היא יצאה מרשותו דהיינו שנאנסה. ב. במה שכתב שאף בגלגול יש מתוך ואע"פ שעיקר השבועה היא בטענת שמא. והרי בסי' שמ, ד כתב במפורש להיפך! זה לשונו שם: "ונראה דס"ל להרא"ה דעיקר שבועת השומרים הוא שבועה שאינה ברשותו וכמ"ש הרב המגיד פ"ד משאלה (ה"א) ובשו"ע סימן רצ"ד (סעיף ב'), וכיון דהשואל מכיר בהבמה שמתה אלא שאינו יודע אם דרך פשיעה או מחמת מלאכה וזה אינו אלא [מדין] גלגול וס"ל דלא אמרינן מתוך גבי גלגול שבועה. והיכא דעיקר שבועה ע"י שמא ודאי לא אמרינן בגלגול מתוך וכמ"ש הבי"י בסימן שמ"ה בשם הרב המגיד (פ"ג משאלה ה"ד)".

לגבי קושיא ב – אין לי תירוץ, וה' יאיר עינינו. לגבי הקושיא הראשונה אפשר לומר בדוחק שכל מה שאמר בסי' שמ שכיון שעיקר השבועה היא שאינה ברשותו, והוא יכול לשבע שאינה ברשותו (או שא"צ בשבועה זו כי הבעלים מודים לו שאינה ברשותו, או שאינם מודים אך הוא יכול לשבע כי הוא יודע שהיא נגנבה ואינו יודע איך וכדו'), ואע"פ שאינו יודע אם נפטר בכך שאינה ברשותו – אפי' אינו מחויב על כך בשבועה אלא מדין גלגול. כל זה נכון בסתם שומר שלא פגע, כגון המקרה דמיירי שם בשואל שאינו יודע אם מתה כדרכה או מחמת מלאכה, או ששאל חמור לרכב עליה שלוחו וכדו'. אולם, במקרה שפגע כגון ששאל לעצמו ומסרה אח"כ לשלוחו, כיון שחל עליו החיוב להשיב ואינו יודע אם נפטר ממנו, ממילא חיוב השבועה שמוטל עליו הוא להשבע שאינה ברשותו באופן בו נפטר מחיובו, והיינו להשבע שנאנסה בכך, ולכן אצלנו שמיירי בכה"ג אומר הקצות שלכו"ע צריך להשבע שנאנסה וזה חלק מעיקר השבועה. אולם, בסי' שמ שמיירי שלא פגע כלל, וא"כ עדיין לא חל עליו שום חיוב כלפי הבעלים, א"כ חיוב השבועה שמוטל עליו הוא רק שהחפץ לא אצלו, שהרי הוא לא צריך לכלול בשבועתו שנפטר מחיובו שהרי מעולם לא התחייב! וה' יאיר עינינו.

כתב הב"י בשם רבינו ירוחם שרוב הפוסקים חלקו על הרמב"ם, דכיון שהבעלים רגילים להפקיד אצלו אע"פ שמיעט בשמירתו אינו פושע, שהרי מסרה לבן דעת. אך לדינא פסק כרמב"ם. הש"ך (מו) כתב שהיה נראה לו לדחוק ולומר שאף הרמב"ם לא חולק, וכוונתו שאם הש"ך ישבע שנגנבה צריך הש"ך לשלם, ולא יפטר בכך שמיעט בשמירתו. אולם, הסכים שזה דוחק ואין זו כוונת הרמב"ם. אלא שהעיקר לדינא כרא"ש וכטור שאין זה פשיעה כיון שמסרה לבן דעת.

7. אע"פ שמיעט בשמירתו, אם הביא עדים או שראה בעצמו ויכול להשבע – פטור מלשלם. כ"כ הרמב"ם, והקשו האחרונים הרי כיון שפשע בכך שמיעט בשמירתו, א"כ תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב! מפני קושיא זו המהרש"ל חלק על הרמב"ם ופסק שחייב אפי' כשיש עדים או שראה. הש"ך הביא בשם מהרא"ש (על הסמ"ג) שדברי הרמב"ם והסמ"ג אמורים דווקא כשמתה כדרכה, שזהו אונס מוחלט שאינו מחמת הפשיעה ולכן פטור (כמו שנתבאר בסעיף ו' וסעיף ט'), אך בשאר אונסים חייב אפי' כשיש עדים.

הקצות והנתיבות ביארו דברי הרמב"ם באופן אחר, ודלבריהם לא קשה קושיא זו כלל. לשיטתם, אפי' כשמיעט בפשיעתו אין בכך פשיעה כלל, אך טעם החיוב הוא מפני שכיון שהשני לא קיבל עליו רמת שמירה כמו הראשון א"כ הוא לא נכנס תחתיו, ולכן אע"פ שהוא אדם שמהימן לבעלים אך כיון שהוא לא נכנס תחת הראשון אין הוא בע"ד שלו, וממילא א"א לקבל את שבועתו. נמצא, שאם הראשון יכול להשבע או שיש לנו עדים בדבר, א"כ אין שום בעיה שישבע או שנקבל את העדים והשומר הראשון יפטר.

8. מה הוא צריך להשבע?

סעיף כז

במה דברים אמורים שאין ש"ח חייב אלא בפשיעה, בסתם שומר. אבל אם התנה שיתחייב אף באונסים, חייב אף בדברים בלא קנין.

סעיף כח

המפקיד אצל חברו, בין בחנם בין בשכר, או השאילו או השכירו, אם שאל השומר את הבעלים עם הדבר שלהם או שכרם, הרי השומר פטור מכלום, אפילו פשע בדבר ששמר, ואבד מחמת הפשיעה, הרי זה פטור, שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם (שמות כב, יד). במה דברים אמורים, בששאל הבעלים או שכרן בעת שנטל החפץ, או שהיו שאולים או שכורים אצלו מקודם לכן, כיון שהם עמו במלאכתו בשעה שנטל, אף על פי שלא היו עמו במלאכתו בשעה שנאבד, פטור. אבל אם נטל החפץ ונעשה עליו שומר תחלה, ואחר כך שכר הבעלים או שאלם, אף על פי שהיו הבעלים עמו במלאכתו בעת שנאבד, חייב.

ב"ה יום ה' י' סיון ה'תשע"ה

סימן רצב

שלא לשלוח יד בפקדון, ואם שלח בו יד, ובו כ"ב סעיפים.

סעיף א

אין הנפקד רשאי לשלוח יד בפקדון. ואם שלח בו יד, אפילו אינו מכוין לגזלו, אלא להשתמש בו, קם ליה ברשותיה וחייב באונסים אף על פי שעדיין לא נשתמש בו, דשליחות יד אינה צריכה חסרון, רק שיגביהנה כדי להשתמש בה בתשמיש שמחסרו, אז חייב כאילו חסרו. אבל אם הגביהו לעשות בו תשמיש שאינו מחסרו, אינו חייב משעת הגביהה אלא משעת תשמיש, ולא משום שליחות יד, שהרי אינו שולח בו יד כיון שאינו מחסרו, אלא מפני שהוא שואל שלא מדעת דהוי כגזלן. הגה: ואם החזירה למקום שנטלה משם, חזר להיות דינו כשומר, הואיל ולא הוי עליו מתחלה רק שואל בעלמא (מרדכי פרק הגזל בתרא). ובמעוות בכי האי גוונא חייב באונסין (טור סי"א) ועיין לקמן סעיף ו'.

1. אסור לשלוח יד בפקדון, ואם שלח ידו נכנס החפץ ברשותו ומתחייב באונסיו. שנאמר בשומר חנם (שמות כב, ז) "אם לא ימצא הגנב ונקרב בעל הבית אל האלוקים (לשבועה) אם לא שלח ידו במלאכת רעהו", אבל אם שלח – חייב לשלם ואינו נפטר בשבועה; וכן נאמר בשומר שכו.

2. שליחות יד היא אפי' כשמתכוין להשתמש ולהחזיר. לשיטת הריטב"א שליחות יד היא רק כאשר מכוון להשתמש ולהחזיר, דאילו מכוון לקחת לעצמו לגמרי – חייב מדין גזלן. וכשיטתו נראה שנקטו הקצות (רצא ב, רצב א) והנתיבות (ד).

3. שליחות יד אינה צריכה חסרון, ולכן אפי' הגביה החפץ כדי להשתמש בו בתשמיש שמחסרו סגי. ב"מ מא. מח' רב ולוי האם שליחות יד צריכה חסרון, וקי"ל כלוי שאינה צריכה חסרון. מתבאר בגמ' שמסברא היינו אומרים שש"י צריכה חסרון, אך מיתור הפסוקים למדנו שאינה צריכה חסרון. אמנם, כתב הטור שהכוונה שכדי להתחייב מספיק שיגביה על דעת להשתמש בשימוש שמחסר, אך אם השימוש עצמו אינו עתיד לחסר – אין זה בכלל שליחות יד אלא בכלל שואל שלא מדעת.

4. אם מתכוון להשתמש בתשמיש שאינו מחסר החפץ – הרי זה שואל שלא מדעת והוי גזלן, אמנם אינו מתחייב אלא משעת השימוש בפועל.

מה ההבדל בין שולח יד בפקדון לשואל שלא מדעת דקי"ל גזלן הוי?!

5. שומר ששאל שלא מדעת ואח"כ החזירה למקום ממנו נטלה: רמ"א – חזר להיות דינו כשואל. סמ"ע, נתיבות – דווקא בדבר שאין הבעלים מקפידים שישתמש בו. ש"ך – אפי' בדבר שאין מקפידים הוי גזלן, ולא מהני השבתו להפטר עד שישב למפקיד.

מקור דברי הרמ"א הוא מהמרדכי, אלא שקשה עליו מגמ' מפורשת שרב ששת מעמיד שטלטה להביא עליה גוזלות ואפי' החזירה למקומה לא מהני לר"ע כיון שבעינן דעת בעלים! לכן, **הסמ"ע והנתיבות** הבינו שדברי המרדכי מיידי דווקא בדבר שאין המפקיד מקפיד אם ישתמש בו, ולכן אין הוא מוגדר כגזלן. וממילא התקשו בדברי הרמ"א שכתב זאת אפי' על אופן שהבעלים מקפידים וממילא הוא מוגדר כגזלן!! **הש"ך** כתב שהמרדכי איירי כשקיבל רשות מפורשת מהבעלים להשתמש בחפץ, והחידוש הוא שברגע שהחזיר למקומה כלתה שאלתו וחזר להיות שומר עליה; ולא הסכים להעמדת הסמ"ע והנתיבות כיון שסובר שאפי' כשהבעלים אינם מקפידים – אם השתמש הוי שואל שלא מדעת דהוי גזלן.

ב-ג כשנטל מקצת אימתי חייב על הכל

סעיף ב

הטה את החבית ונטל ממנה רביעית, ונשברה, אינו חייב אלא ברביעית, כיון שלא הגביהה. אבל אם הגביהה כדי ליטול ממנה רביעית, חייב, אפילו לא נטל. אבל אם הגביהה את הכיס ליטול ממנה דינר, וכיוצא בכיס מדברים שאינם גוף אחד, הרי זה ספק אם נתחייב בכל הכיס או לא נתחייב אלא בדינר בלבד.

סעיף ג

וכן אם הטה ונטל ממנה רביעית והחמיצה, חייב בכולה, שמחמת שחסרה החמיצה. בד"א, בחבית של יין שדרכו להחמיץ כשהוא חסר. אבל שאר פירות ששלח יד במקצתם ולא הגביהן, אינו מתחייב אלא כפי מה שנטל.

1. אם הטה את החבית ונטל ממנה רביעית: אם לאחר זמן נשברה או נאנסה – אינו חייב מדין שליחות יד אלא בדמי הרביעית, דכיון שלא הגביה את החבית לא פעל אלא ברביעית.

אולם, אם החמיצה: אם הייתה חבית יין – חייב בדמי כולה, דמעשיו גרמו ליין להחמיץ, דחבית יין שאינה מלאה לגמרי מחמיצה במהרה. אם הייתה של שאר משקין – פטור, דשאר משקין אינם מחמיצים בחבית חסירה.

2. אם הגביה את החפץ כדי ליטול ממנו מקצת, ואח"כ נאנס החפץ קודם שנטל ממנו: א. בחבית של יין – חייב בדמי כולה, כיון שאם היה נוטל בפועל רביעית, הייתה מחמיצה לו במהרה, נמצא שהוא משתמש אף בשאר היין שבחבית כדי שישמר לו את הרביעית, ונמצא ששלח יד בכל החבית ומתחייב בדמי כולה. ב. בארנק וכן בחבית של שאר משקין וכדו' – חייב לשלם מה שנטל, ועל השאר הוא ספק, והמע"ה; מצד אחד כל מטבע עומד בפני עצמו ואין לו יחס לחברו, אך מאידך יותר נח לאדם שכל המטבעות בכיס אחד דרך יותר קל לשמור עליהם. וכן בחבית של שאר משקין שאין יחס בין טיפות המשקה אחד לחברו, אך מאידך יותר נח שהכל מאוחסן יחד בכלי אחד. ג. **בבעלי חיים וכדו' – אינו חייב אלא על מה שנטל.** כגון רועה ששלח ידו ונטל כבש אי מהעד, אינו חייב על שאר הכבשים דאין שום יחס ביניהם.

3. אם הגביה את החפץ ונטל ממנו מקצת, ואח"כ נאנס החפץ כולו – חייב לשלם בכל ענין. ביאר הנהיגות (ד) הטעם דדמי למבואר בסעיף ז ---- שכאשר יש לו רשות להשתמש בפקדון והשתמש בחלקו בפועל, קם לו ברשותו לגמרי להתחייב באונסין על הכל, דאע"פ שהשתמש במקצת הרי זה גילוי דעת שרוצה להשתמש בכולו, וא"כ ה"נ חייב מטעם זה, דכיון שהוציא בפועל מקצת הרי זה גילוי דעת שרוצה להשתמש בכולו, וחייב לשלם על כולו.

ב"מ מג: במשנה: "הטה את החבית ונטל הימנה רביעית ונשברה – אינו משלם אלא רביעית. הגביה ונטל הימנה רביעית ונשברה – משלם דמי כולה". **ובמד. בגמ':** "אמר רבה: לא שנו אלא נשברה, אבל החמיצה – משלם את כולה. מאי טעמא – גירי דידה הוא דאהנו לה. הגביה ונטל הימנה כו'. אמר שמואל: לא נטל – נטל ממש, אלא כיון שהגביה ליטול אף על פי שלא נטל. – לימא קא סבר שמואל שליחות יד אינה צריכה חסרון? – אמרי: לא, שאני הכא דניחא ליה דתיהוי הא חבית כולה בסיס להא רביעית. – בעי רב אשי: הגביה ארנקי ליטול הימנה דינר, מהו? חמרא הוא דלא מינטר אלא אגב חמרא, אבל זוזא – מינטר, או דלמא: שאני נטירותא דארנקי מנטירותא דדינר? – תיקו".

פשט הגמ' משמע שלמ"ד שליחות יד אינה צריכה חסרון, מובן מדוע אם הגביה את החבית ליטול רביעית אע"פ שלא נטל בפועל מתחייב בדמי כולה, דכך הוא הדין בשליחות יד דכיון ששלח ידו במקצת מתחייב על הכל. אולם, הרי למ"ד שבעינן חסרון א"כ כיון שלא נטל בפועל לא יתחייב אף בדמי הרביעית, נמצא ששמואל סובר כמ"ד הראשון!! ועל כך תירצנו שאף מ"ד שבעינן חסרון מודה בחבית יין, דכיון שהוא לא רוצה שהיא תחמיץ הרי זה כאילו שלח יד בכולה (דכאילו נטל הכל והחזיר לחבית) לריטב"א, או שלח יד ברביעית ושואל את שאר החבית לרשיי. וממילא הסתפקה הגמ' האם מה הדין לשיטתו בארנק? האם זה דומה לחבית או לא. אולם, למ"ד שלא בעינן חסרון א"צ בטעמים הללו כלל, ופשוט שאף בארנק אם נטל מטבע אחד חייב על כל השאר. **וכך הבינו הראשונים, ולכן השמיטו הרי"ף והרא"ש האיבעיא בארנק, כיון שפסקו להלכה כמ"ד שא"צ בחסרון.**

אולם, הרמב"ם (גזילה פ"ג, הי"ב) הביא זאת להלכה, וא"כ קשה כיצד יבאר את דברי הגמ' וכן תמה עליו הראב"ד!! ביאר המ"מ "ויש לומר דכי דחו ה"ק לא לעולם דין צריכה חסרון או אינה צריכה אינו תלוי בכך וכו'". וכוונתו כפי שביאר הגר"א (ח) שהמקשן הבין שהשולח יד במקצת מתחייב על הכל, ולכן הבין שדברי שמואל נכונים רק אליבא דמ"ד א"צ חסרון. אולם, התרצן אומר לו שאין זה נכון אלא לכו"ע אין השולח יד במקצת מתחייב בכולו, ונמצא שאף מ"ד א"צ חסרון צריך טעם אחר מדוע יתחייב בכולה!! ונמצא שתירוצו הגמ' "שאני הכא דניחא ליה דתיהוי הא חבית כולה בסיס להא רביעית" נכון לכו"ע, וממילא הספק בארנק נכון לכו"ע.

הנהיגות (ד) מבאר (ע"פ דברי המ"מ) שלכו"ע אינו מתחייב על מה שלא השתמש, ולכן אם שלח יד במקצת אינו חייב אלא במקצת, ואם שלח יד בהכל חייב על הכל; ובהכי נחלקו האם צריך שישתמש בפועל תשמיש המחסר (לאפוקי תשמיש שאינו מחסר כגון להניח ע"ג הבהמה) או שלא בעינן תשמיש המחסר ולא בעינן שישתמש בפועל, אלא מספיק שיגביה על דעת להשתמש בו. אמנם, לכו"ע אינו מתחייב על מה שלא התכוון להשתמש, ולכן אם שלח יד רק בדבר אחד אינו מתחייב על שאר הדברים. אלא שבחבית יין התחדש לנו שהוא בעצם משתמש בכולה, שהרי הוא צריך גם את שאר היין כדי שלא יחמיץ; בארנק ובחבית שמן אנו מסתפקים כיצד להסתכל על זה, שהרי מחד אלו דברים נפרדים, אך מאידך כשהם יחד הם משתמרים יותר טוב. וכשמניח מקלו ותורמילו ע"ג הבהמה הוא משתמש בכולה, אלא שאין זה תשמיש המחסר, ותליא בפלוגתא הנ"ל.

אמנם, כשהוא מחסר בפועל מקצת מהחפץ לכו"ע הוא מתחייב על הכל, וכמו דמוכח בגמ' שכל הדיון הוא רק כשהגביה על דעת להשתמש ברביעית, אך כשנטל ממש רביעית אם הגביה את כולה חייב. ולכאוי קשה – מדוע? הרי הוא לא השתמש בכל החבית, ומה בכך שהוא נטל בפועל? מבאר זאת התיבות ע"פ המבואר בסעי' ז שאדם המקבל פקדון מעות באופנים מסוימים מותר לו להשתמש בהם, ואפי' הכי אינו עליהם אלא כשומר שכן. אמנם, כאשר הוא משתמש בהם בפועל – הרי הוא מתחייב מאותו רגע באונסים על הכל, ואפי' על מה שעדיין לא הוציא, דהרי זה גילוי דעת שהוא רוצה להשתמש בכולו. נמצא שאין זה מדיני שליחות יד, אלא מדין אחר. אולם בשליחות יד לעולם אדם אינו מתחייב לשלם על דבר שהוא לא לקח בפועל. (ודלא כשיטת הרי"ף והרא"ש והריט"א ופשט הגמ' שבשליחות יד במקצת אדם מתחייב על הכל).

ד-ו אימתי הוי 'שולח יד'

סעיף ד

אמר שרוצה לשלוח יד בפקדון, אינו חייב, אף על פי שאומר כן בפני עדים.

סעיף ה

השולח יד בפקדון על ידו או על ידי שלוחו, ה"ז גזלן ונתחייב באונסים, ונעשית הגזילה ברשותו, ומשלם אותה כדין הגזלנים שיתבאר בהלכות גזילה.

1. השולח יד בפקדון הוי גזלן, ונעשית הגזילה ברשותו ומתחייב באונסיה, כפי שמתבאר בהלכות גזילה.

2. אינו חייב על אמירה בלבד, אלא דווקא אם עשה קנין. **ב"מ מג:** במשנה נחלקו בכך ב"ש וב"ה. ב"ש מחייבים על מחשבה (דהיינו דיבור, כפי שביארו הראשונים), שהרי נאמר "על כל דבר פשע" – אפי' דיבור הוי פשע. אולם, ב"ה מחייבים רק על מעשה שהרי נאמר "אם לא שלח ידו" ומשמע ששלח בפועל. את הפסוק שהביאו ב"ש דורשים ב"ה שבשליחות יד מתחייבים גם על ידי שליח (אע"פ שבכל התורה אין שלד"ע).

3. שולח יד בפקדון ע"י שליח: פשט השו"ע – יש שלד"ע בשליחות יד, ולכן חייב המשלח אם שלוחו שלח בה יד. **וכן נקט הגר"א. סמ"ע** – אין שלד"ע אף בכה"ג, והשו"ע דיבר רק כאשר השליח אינו בר חיובא, או שהוא שוגג (לא יודע שהחפץ של אחר), או שאין לו לשלם.

האחרונים נדחקו לבאר כוונת הסמ"ע שהרי גמ' מפורשת היא בקידושין (מב:) שבמעילה ושליחות יד יש שלד"ע והוי ב' כתובין הבאים כאחד ואין מלמדים! **א. הש"ך הביא בשם אביו** לתרץ שהסמ"ע מודה שיש שלד"ע בשליחות יד, אלא שהתקשה מדוע היה צורך ללמדנו דין זה? הרי אע"פ שיש שליחות אין סיבה לפטור את השליח, וא"כ מדוע לחייב את המשלח? ועל כך תירץ שהתורה דיברה רק בג' האופנים הנ"ל שבהם השליח לא מתחייב (לחלק מהדעות).

ב. הקצות הקשה על כך, הרי במעילה מבואר שכיון שיש שלד"ע השליח נפטר ורק המשלח מתחייב, וא"כ מבואר שכאשר יש שליחות האחריות עוברת למשלח ולא לשליח! **ולכן ביאר ע"פ דברי המהרי"ט** בחידושי לסוגיא בקידושין, **שרק במעילה התחדש לנו שיש שלד"ע, אולם בשליחות יד ובטביחה ומכירה – אין שלד"ע. אלא שהמשלח מתחייב מטעם אחר, בשליחות יד הוא חייב מדיני שומרים, שהרי הוא פשע בשמירתו בכך שציוה לשליח לגנוב הפקדון, ובטביחה ומכירה הוא מתחייב מכיון שסו"ס הוא נהנה מהגניבה. ע"פ זה תירץ את דברי הרמב"ם (הל' מעילה פ"ז) שרק במעילה יש שלד"ע.**

ג. התיבות ביאר קושיית הסמ"ע, שכיון שאין חיוב בשליחות יד בלא קנין, א"כ ממה נפשך אם קנין השליח חל לעצמו המשלח פטור, ואם הקנין חל עבור המשלח – המשלח חייב והשליח פטור! ולכן תמה על דבריו. אמנם, כתב שאפשר להעמיד דבריו שמיירי שהמשלח ציוה לשליח לאכול החפץ ולכן אע"פ שהחפץ נקנה למשלח בהגבהת השליח, אך גם השליח התחייב בתשלומים כיון שאכל את החפץ ונהנה ממנו, וא"כ המפקיד – 'רצה מזה גובה רצה מזה גובה'. (דומיא דגזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דיכול לתבוע את שניהם).

הגר"א כתב: "דבריו הסמ"ע כאן תמוהים מאד, ואף שהש"ך יישבו דבריו דחוקים".

הקצות הקשה על דברי הסמ"ע, שהרי כיון ששליחות יד זה דין ששייך רק בשומרים (ע"פ דברי הריטב"א שמיירי כשנטל ע"מ לשלם), א"כ בלא"ה השליח פטור מדין שליחות יד שהרי הוא אינו שומר, וא"כ מובן מה הצורך לחדש לנו שהמשלח חייב! תירץ שאולי זו כוונת הסמ"ע שהשליח אינו בר חיובא, דהיינו שהשליח אינו שומר. ומה שאמר שמיירי שאין לשליח לשלם היינו במקרה ששלח ידו כדי ליטול לגמרי (לא ע"מ לשלם) ובכה"ג חייב מדין גנב, ולכן רק כשאין לשליח לשלם החיוב מוטל על המשלח שהרי אף הוא פשע בשמירתו שציוהו לגנוב.

סעיף ו

המפקיד חבית אצל חבירו, בין שייחדו לה הבעלים מקום בין שלא ייחדו לה מקום, וטלטלה לצורכו ונשברה, בין קודם שהחזירה למקומה בין אחר שהחזירה למקום שיחדו לה, חייב לשלם. ואם טלטלה לצורכה, בין שנשברה מתוך ידו בין שנשברה משהניחה במקום אחר, פטור. הגה: טלטלה לצורך מקומה, חייב בפשיעה ופטור באונסין, ואם אירע האונס מחמת שינוי המקום, אם ייחדו לה הבעלים מקום, חייב אפילו משהניחה. ואם לא ייחדו לה הבעלים מקום, פטור משהניחה (טור בשם הרמ"ה).

טלטל השומר את הפקדון וניזוק:

א. אם טלטלו לצורך עצמו – חייב לשלם בכל ענין, דהרי הוא שולח יד או שואל שלא מדעת דהוי גזלן, ואפי' אם ייחדו לו הבעלים מקום והשיבו לשם – אינו נפטר בכך, דקיי"ל כר' עקיבא דצריך דעת בעלים בהשבה.

ב"מ מ: משנה "המפקיד חבית אצל חבירו ולא ייחדו לה בעלים מקום, וטלטלה ונשברה, אם מתוך ידו נשברה, לצורכו - חייב, לצורכה - פטור. אם משהניחה נשברה, בין לצורכו בין לצורכה - פטור. ייחדו לה הבעלים מקום, וטלטלה ונשברה, בין מתוך ידו ובין משהניחה, לצורכו - חייב, לצורכה - פטור". הגמ' רצתה לתלות דין זה במח' ר"ע ור' ישמעאל בשאלה האם הגזל שרוצה להחזיר צריך להודיע לבעלים שהחזיר או שמספיק להשיב את החפץ למקום שגזל, אלא שהתקשטה א"כ מדוע שיהיה הבדל בין ייחדו לה הבעלים מקום או לא? היו שרצו לתרץ שהמשנה אליבא דר' ישמעאל שלא בעינן דעת בעלים, ומיירי שהחזירה למקום אחר שלא הייתה בו בתחילה, ולכן זה תלוי בשאלה האם ייחדו לה הבעלים מקום. אולם, ר' יוחנן לא העמיד כך כיון שיהניחה במקומה משמע, ונמצא שהרישא כרבי ישמעאל והסיפא כרבי עקיבא, ולכן אמר: "מאן דמתרגם לי חבית אליבא דחד תנא מובלג מאניה בתריה לבי מסותא".

הרי"ף כתב (ע"פ המבואר בב"ק קיח:) שמח' היא דווקא בשומר שגנב מרשותו, דר' ישמעאל סבר שלא בעינן דעת בעלים כיון שדעתו היא כדעת הבעלים, וכיון שהוא מחזיר למקום, א"כ כלתה גניבתו והוא חוזר להיות שומר. אולם, ר"ע סובר שכיון שהוא גנב הוא הפסיק להיות שומר, וממילא הוא צריך להחזיר לבעלים ואין הוא יכול להחזיר לעצמו. אולם, בגנב רגיל שהחזיר למקום שגנב לכו"ע סגי בהכי, ולא נחלקו בהכי אלא הדין הוא כפי שמתבאר בב"ק, עיי"ש.

כתבו הראשונים (רי"ף, רא"ש) שהלכה כר' עקיבא, שהרי הלכה כר"ע מחברו, וכו' יוחנן שסתמא דמתני' אינה כר' ישמעאל וממילא איננו מוכרחים לפסוק הלכה כמותו.

ב. אם טלטלו לצורך שמירת הפקדון, כגון שהיה מונח במקום התורפה וטלטלו למקום המשתמר וכדו' – פטור בכל ענין, שהרי זה חלק משמירת הפקדון.

ג. אם טלטלו כדי להשתמש במקום בו מונח הפקדון – הרי זה פשיעה שטלטלה שלא לצורכה שהרי הטלטול יכול לגרום לה נזק, ולכן:

1. אם נשברה בעודה בידו חייב בכל ענין, ואפי' זה אונס, שהרי הוא בא מחמת הפשיעה.

2. אם הניחה ואח"כ נשברה:

א. אם לא ייחדו לה הבעלים מקום: פטור, דכיון שהניחה כלתה פשיעתו, ושוב אין האונס בא מחמת הפשיעה ופטור (נתיבות ח).

ב. אם ייחדו לה הבעלים מקום: סמ"ע (יג) – חייב בכל ענין, ואפי' המקום השני משומר יותר מהראשון. **נתיבות (ז) – אם המקום השני גרוע מהראשון – חייב**, דפשע בכך ששינה מקומה (לענין אחד כגון שריפה), ואע"פ שניזוקה באונס שלא מחמת פשיעתו (כגון שנגנבה) חייב דהוי אונס הבא מחמת הפשיעה (והפשיעה לא כלתה כל זמן שלא יחזירנה למקומה הראשון). אולם אם הוא משומר יותר מהראשון – פטור, דהאונס לא בא מחמת פשיעתו, ואע"פ שייחדו לה הבעלים מקום והוא שינה – אין זה פשיעה, דלא גרע משומר שמסר לשומר דאע"פ שאסור לו למסור לא הוי פושע בהכי אם לא מיעט שמירתו.

ז-פקדון מעות

סעיף ז

היה הנפקד שולחני או חנוני והופקד אצלו מעות, אם אינם חתומים ולא קשורים קשר משונה, אעפ"י שהם צרורים, מותר לו להשתמש בהם; לפיכך נעשה עליהם שומר שכר

וחייב בגניבה ואבידה אפילו קודם שנשתמש בהם; ואם כבר נשתמש בהם, חייב גם באונסים אפילו אחר שהחזירים למקומם, עד שיחזירים לבעליהם.

ואם היו המעות צרורים וחתומים, או קשורים קשר משונה, לא ישתמש בהם, לפיכך אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותן.

ואם הופקדו אצל בעל הבית, אפילו הם מותרים, לא ישתמש בהם; לפיכך אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותן, והוא שיטמנם בקרקע כמו שנתבאר (בס"י רצ"א טו"). ובעל הבית שרוב עסקיו בריבית דינו כשולחני, לפי שצריך תמיד למעות.

הגה: ודוקא במעות ממש, אבל בנסכא של כסף, לא. ומיהו הכל לפי הענין.

ואם הרויח במעות, בין היה לו רשות להשתמש בהן או לא, אין צריך לתת מן הרויח לבעל הפקדון. מיהו אם בא בעל הפקדון ואמר: תן לי פקדוני ואני ארויח בהן בעצמי, והלה מעכב בידו, חייב ליתן הרויח מכאן ולהבא. אבל אם אומר הנפקד: הוצאתים בעסק אם תרצה קבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד, הדין עם הנפקד. (מרדכי פ' הגוזל קמא וס"פ המפקיד). ואם נתעסק בהן לצורך בעל הפקדון, הרויח שלו. ואם גילה דעתו שעסק לצרכו, או במקום שאסור להשתמש שמסתמא עסק בהן לצורך בעל הפקדון, אינו נאמן לומר: לעצמי עסקתי, עד שיאמר כן לפני עדים (תשובת רשב"א סימן תתקל"ח).

1. אם הפקיד מעות אצל שולחני או חנוני: אם הם צרורים וחתומים, או קשורים בקשר משונה – אסור לו להשתמש בהם, ולכן דינו כשומר חנם. אולם, אם אינם חתומים או קשורים אע"פ שהם צרורים – מותר לו להשתמש בהם, דידוע שהם צריכים למעות ומכך שלא קשרם המפקיד מוכח שאינו מקפיד שישתמש בהם הנפקד; סמ"ע (טו), ונמצא דינו כשומר שכר שהרי שכרו שהוא יכול להשתמש בפקדון.

ב"מ מג. "המפקיד מעות אצל שולחני, אם צרורין - לא ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו אינו חייב באחריותן. מותרין - ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו חייב באחריותן. אצל בעל הבית, בין צרורין ובין מותרין - לא ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו אינו חייב באחריותן. חנוני כבעל הבית דברי רבי מאיר, רבי יהודה אומר: חנוני כשולחני". **והלכה כר' יהודה.** ובגמ' יש תרי לישנות לגבי קשר משונה, וכתבו הראשונים דהוי ספק איסורא לחומרא, ולא ישתמש בהם.

לגבי חיוב השמירה נחלקו בגמ' רב הונא ורב נחמן: **"אמר רב הונא: ואפילו נאנסו.** - והא אבדו קתני! - כדרבה, דאמר רבה: נגנבו - בלסטין מזויין, אבדו - שטבעה ספינתו בים. **ורב נחמן אמר: נאנסו לא.** - אמר ליה רבא לרב נחמן: לדידך דאמרת נאנסו לא, אלמא לא הוי שואל עלייהו. אי שואל לא הוי - שומר שכר נמי לא הוי! - **אמר ליה: בהא מודינא לך, דהואיל ונהנה מהנה, בההוא הנאה דאי מיתרמי ליה זבינא דאית בה רווחא זבן בהו, הוי עלייהו שומר שכר.**" ופסקו הראשונים כרב נחמן דהלכה כוותיה בדיני.

סתירה בדברי הרי"ף: התקשו הראשונים בדברי הרי"ף שפסק אצלנו כרב נחמן, שאע"פ שיש לו היתר תשמיש במעות אין זה הופך אותו להיות שואל עליהם, **"א"כ כיצד פסק (טו: מדפי הרי"ף) בדמי אבידה שהוא שואל עליהם** כיון שיש לו הנאת שימוש! **הנמוק"י תירץ** שכיון שבכל אבידה הוא ש"ש משום פרוטה דרב יוסף, א"כ בדמי אבידה שיש לו הנאה נוספת הוי שואל. **והתקשה הרא"ש** מה בכך? וכי ש"ש שיתנו לו פרוטה נוספת יהפך לשואל! **הרי סה"כ יש לו שכר מרובה אך זה לא הופך אותו להיות שואל! ולכן תירץ ע"פ הראב"ד** שבפקדון הנאת השימוש היא פחותה, שהרי הוא מפחד להוציאם דכל שעה יכול בעה"ב לחזור ולבקש פקדונו, ונמצא שאין כל הנאה שלו. אולם, באבידה הוא לא חושש לכך, ונמצא שהוא משתמש בהם בחופשיות וכל הנאה שלו; **וכ"כ הסמ"ע (טז).**

2. אם הפקיד מעות אצל בעה"ב - אסור לו להשתמש בהם בכל ענין, ודינו עליהם כשומר חנם; **אולם, בעה"ב שרוב עסקיו במעות דינו כשולחני.** כ"כ הרא"ש (ב"מ, פרק הזהב סי' יג) **בשם ר"ת:** "דאנן חשובין כשולחני לפי שרוב עסקינו בריבית וצריכין אנו תמיד למעות כשולחני". וכ"כ המרדכי (סי' רצה) והטור.

3. כשמותר לו להשתמש בהם - אם השתמש בהם בפועל נעשה שואל ומתחייב אף באונסין, ואינו נפטר מאחריותו עד ששייבם לבעלים, ולא סגי בהשבתם למקומם. ואפי' השתמש רק בפרוטה נעשה שואל על כל הפקדון, דכיון שהתחיל להשתמש בו גילה דעתו שכונתו להשתמש בו כשלו; נתיבות (ז).

כ"כ הרי"ף וכתב שכן הסכים רב האי גאון, והקשה הרא"ש הרי זו סברא פשוטה ומדוע היה זקוק הרי"ף להסכמה מהגאון! **ותירץ** שבא ללמדנו שאף לאחר שנשתמש בהם והחזירם למקומן הראשון - חייב באחריותם ולא נפטר בהשבה זו (אע"פ שכששלח יד ברשות מודה ר"ע שסגי בהחזרה למקום!); **מפני שנהנה מהם ועדיין מצפה ליהנות מהם, וא"כ נמצא שאין זו השבה גמורה; וכך ביאר הסמ"ע (יז).** **אולם, הנתיבות (ג) חלק וכתב טעם אחר,** שדין מעות שונה משאר פקדון, דבמעות כאשר הוא משתמש בהם יש לו קנין גמור, שהרי אינו צריך להחזיר את אותם המעות אלא נותן אחרים תחתיהם! ולכן, לאחר שהשתמש בהם אינו נפטר עד ששייבם ליד הבעלים.

הש"ך כתב תירוץ נוסף לקושיית הרא"ש, שהרי"ף בא ללמדנו שכאן לאחר שהוא משתמש במעות דינו כלוח ולא כשואל, ונפק"מ היא שאם המעות בעין אך אינם יוצאות בהוצאה – אינו נפטר בהשבה זו, כיון שהתחייב את ערכם, לאפוקי שואל שאם הם בעין אומר לו 'הרי שלך לפניך'.

4. כשבא המפקיד לתבוע מעותיו – יכול להחזיר לו מעות אחרים, ואפי' המעות בעין; ש"ך (ח) בשם תוס' ב"מ כט, הנהיבות (ט) הביא שהחכ"צ תמה על זה שהרי תוס' כתבו זאת רק לרב הונא אך לרב נחמן שאינו אלא ש"ש א"כ צריך להחזיר לו המעות עצמם!! ותירץ הנהיבות דגם לר"נ הרי זה כאילו המפקיד נותן רשות לנפקד להשתמש בהם ולקנותם, וא"כ הברירה ביד הנפקד להחליט אם הוא רוצה לקנותם ולתת אחרים תחתיהם או לא.

5. דין זה הוא דווקא במעות, אך לא בנסכא של כסף, שהרי אין דרך להוציאו, והכל לפי הענין; רמ"א בשם המרדכי (סי' רצה).

6. למי שייך הרווח שהרוויח במעות?

הסכמת הסמ"ע (כ) והנהיבות (יב) שאם השתמש בסתמא הרווח שייך לנפקד לבדו. אם גילה דעתו שהוא מתעסק עבור המפקיד – הרווח למפקיד. אם גילה המפקיד דעתו שהוא מסכים שישתמש במעות כדי שהרווח יהיה עבורו (במקום שהיה אסור לו להשתמש) – הרווח למפקיד אע"פ שהנפקד לא גילה דעתו, דמסתמא אינו רוצה להיות גזול. (כך ביאר הנהיבות בדברי הרמ"א).

בדברי הרמ"א יש סתירה ברישא משמע שבסתמא הרווח לנפקד, אך בסיפא משמע שאם השתמש כשלא היה לו רשות – כל הרווח למפקיד. **ותמה הסמ"ע** שאדרבא ברשב"א מבואר להדיא להיפך!! ולכן הגיה הנהיבות בדברי הרמ"א בסיפא: "אז במקום שאסור" במקום "או", וביאר שכדי שהרווח יהיה לבעל הפקדון סגי או בגילוי דעת של הנפקד שהוא מתעסק לצורך המפקיד, או בגילוי דעת של המפקיד שהוא מרשה לו להשתמש כדי שהרווחים יהיו לו, ובכה"ג אע"פ שהנפקד לא גילה דעתו אמרינן שמסתמא אדעתא דהכי הוציא, ולא אמרינן שהתכוון לגזול.

אם בא המפקיד קודם שהשתמש הנפקד ותבע פקדונו, והנפקד לא החזיר לו: חייב לשלם לו את כל הרווח שעלה מכאן ולהבא. אך אם כבר הוציא הנפקד את מעות הפקדון, יכול הנפקד לומר 'קבל עליך את כל העסקא בין לשכר ובין להפסד', ואם המפקיד יסרב יהיה כל הרווח לנפקד, דכיון שהוציא ברשות יכול לומר לו שאם ירצה שכר, צריך לקבל עליו גם הפסדים.

7. אם רוצה יכול ליתן הרווח למפקיד, גם כשהוא שייך לנפקד, ואין בכך משום ריבית שהרי לא קיבל את המעות בדרך הלוואה; סמ"ע כא.

ח-ט מציל עצמו בממון הפקדון

סעיף ח

המפקיד אצל חברו ממון או כלים חשובים, ובאו עליו גנבים וקדם ונתן להם הפקדון להציל עצמו, אם היה אמוד שהוא בעל ממון, חייב, שחזקתו שבגללו באו הגנבים ונמצא זה מציל עצמו בממון חברו. ואם אינו אמוד, חזקתו שלא באו אלא לשמע הפקדון.

אם באו עליו גנבים ונתן להם פקדון חברו כדי להציל עצמו:

א. אם הוא אמוד – חייב, דחזקה שהגנבים באו בגלל ממון עצמו.

ב. אם אינו אמוד, והופקד אצלו ממון יקר או מעות – פטור, דחזקתו שבאו הגנבים בגלל הפקדון, ואדעתא דהכי קיבל שמירתו עליו.

ב"ק קיז: "ההוא גברא דהוה מפקיד ליה כסא דכספא, סליקו גנבי עילויה, שקלה יהבה להו, אתא לקמיה דרבה, פטריה. א"ל אביי: האי מציל עצמו בממון חברו הוא!! אלא אמר רב אשי: חזיק, אי איניש אמיד הוא – אדעתא דידיה אתו, ואי לא – אדעתא דכספא אתו". **הקשו הראשונים** הרי בברייתא בעמוד א אמרנו: "תניא: ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חברו – פטור, ואם נטל ונתן ביד – חייב". וא"כ אף הכא כשנשא ונתן ביד צריך להתחייב!! ג' **תירוצים מצאנו בראשונים:** א. **תוס' והרא"ש – פקדון שאני,** דסתם אדם שאנסוהו ליתן ממון חברו – משמיה אנסוהו לכך, אולם הכא ממון חברו שהופקד בידו הוא הגורם לאונס, ועוד שעל דעת כן הופקד בידו ועל דעת כן קיבל שאם יאנסוהו יציל נפשו בממון זה. וכ"כ הרמב"ן במלחמות, המרדכי, המהרש"ל, הרמב"ם והשו"ע. ב. **רש"י, רבינו חננאל ורבינו אפרים –** אם אנסוהו להביא ממון סתם ונתן ממון חברו – חייב כשנשא ונתן ביד, **אולם כשאנסוהו להביא ממון חברו –** אפי' נ"נ ביד פטור. ולכן בע"א מיירי שאנסוהו בסתם, אולם בע"ב לגבי כסא דכספא מיירי כשאנסוהו דווקא על ממון חברו. ג. **רשב"א –** אם אנסוהו להביא ממון שאין ידם שולטת בו – אם הראהו פטור ואם נשא ונתן ביד – חייב.

אולם, אם אנסוהו להביא ממון **שידם שולטת בו** (דהיינו שאם היו מתאמצים יכלו להגיע אליו, אלא שאין להם כח לחפשו), אע"פ שנשא ונתן ביד – פטור. לכן, בע"א מיירי שאין ידם שלטת בו, אולם בכסא דכספא מיירי שידם שולטת בו ולכן אפי' נז"נ ביד – פטור. אולם, אף בכח"ג אם היה אמוד היה מתחייב, כיון שהאונס בא מחמתו ונמצא שהציל עצמו בממון חברו, שהרי לא בהכרח היו לוקחים את ממון חברו אלא אולי היו לוקחים את ממונו. **השו"ע פסק כתירוץ א, אולם הש"ך כתב שלקמן בסי' שפח הסכים עם תירוץ ב.**

סעיף ט

הופקד אצלו ממון של פדיון שבויים ובאו עליו אנשים ונתנו להם להציל עצמו, אם לא היה מצוי אצלו שם ממון אחר לפדות עצמו בו, פטור, שאין לך פדיון שבויים גדול מזה. ודוקא שהיה ממון של פדיון שבויים סתם, אבל אם היה של פדיון שבויים ידועים, חייב.

1. היה בידו ממון של פדיון שבויים בפקדון, ואנסוהו והציל עצמו בממון הפקדון – פטור, דאין לך פדיון שבויים גדול מזה. **ב"ק קיז:** "ההוא גברא דהוה מפקיד גביה ארנקא דפדיון שבויים, סליקו גנבי עילויה, שקלה יהבה ניהליהו, אתא לקמיה דרבא, פטריה. א"ל אביי: והא מציל עצמו בממון חברו הוא! א"ל: אין לך פדיון שבויים גדול מזה".

2. דוקא כשלא היה בידו באותה שעה ממון משלו לפדות עצמו, אע"פ שהיה לו ממון במקום אחר אך כיון שלא יכל להשתמש בו – הרי זה בגדר פדיון שבויים; **כ"כ התוס'** שם וכן הביא הטור בשם **הרמ"ה**. אולם, אם היה בידו ממון משלו – חייב לשלם.

3. כשהיה לו ממון במקום אחר – אינו חייב לשלם אח"כ כשיגיע לידו, כיון שבאותה שעה היה זקוק והיה מותר לו לקבל, א"כ מה שקיבל כדין קיבל, ודומיא דהולך בדרך שאין לו ממון שמוותר להתפרנס מהצדקה וא"צ להחזיר לאחר מכן; **סמ"ע (כו).**

4. דווקא בממון של פדיון שבויים כללי, אך אם היה מיועד לפדיון שבוי מסוים – חייב לשלם; **כ"כ הבי"ב בשם הרשב"א** מדתנן (שקלים פ"ב, ה) "מותר שבוי לאותו שבוי".

ייד השבת פקדון פירות

סעיף י

המפקיד פירות אצל חברו, הרי זה לא יערבם עם פירותיו. עבר וערבם, יחשוב כמה היה הפקדון ויראה כמה חסר הכל, ויחשוב חסרון הפקדון ויתן לו אחר שישבע. הגה: וכן אם נתן לו מעות להוליכו על אחריותו, ונתן עם מעותיו, ונאבדו מקצת המעות, ההפסד לפי ערך המעות. ודוקא מעות וכיוצא בו שאינו דבר מסויים, אבל אם נתן לו להוליך טבעיות של זהב וכיוצא בו, וערב עם שלו ונאבד אחד מהן, יכול המוחזק לומר לשאינו מוחזק: דלמא שלך נאבד. ואם שנים הפקידו אצל אחד, ונאבד או נגנב אחד מהן, אזלין בתר רובא וכל דפריש מרובא קא פריש (ת"ה סימן ש"ד ותשובת מ"מוני סימן כ"ח), ואם הוא קבוע, כמחצה על מחצה דמי (שם) ותשובת רשב"א סימן תתקס"ב).

1. המפקיד פירות אצל חברו – אסור לו לערבם עם פירותיו. וכשיבא המפקיד לתבוע פקדונו אומר לו 'הרי שלך לפניך'.

ב"מ מ. משנה: "המפקיד פירות אצל חברו - הרי זה יוציא לו חסרונות וכו'". **ובגמ'** "תנא: במה דברים אמורים - שעירבן עם פירותיו, אבל יחד לו קרן זוית - אומר לו: הרי שלך לפניך. - וכי עירבן עם פירותיו מאי הוי? ליחזי לדידיה כמה הוויין! - במסתפק מהם. - וליחזי כמה אסתפק! - דלא ידעי כמה אסתפק". וכתב הרמב"ם שלכתחילה אסור לערב עם פירותיו, וכתב ה"ה שהוא פשוט מסברא.

הסמ"ע כתב שהטעם הוא משום הילך, **ותמה הש"ך** מה זה שייך לכאן! **וביאר הנהיבות** שכוונתו שאפי' כהנפקד מודה במקצת על החסרון, כגון שהוא תובעו שחסר יותר וצריך להוסיף לו, והלה טוען שלא חסר אלא כפי מה שלפנינו – פטור משבועת מוב"מ מדין הילך.

2. עבר ועירבם עם פירותיו, כשיבוא המפקיד לתבוע פקדונו: יחשב כמה חלק הפקדון מתוך הפירות, וכמה חסרו הפירות, ויחסר מהפקדון כפי חלקו היחסי בחסרון. גמ' הנ"ל.

3. האם צריך לישבע כמה חסר? אם חסרו כפי שדרך להתחסר – לא, אם חסרו יותר מכך – כן. פשט השו"ע משמע שתמיד צריך להשבע, **אולם כתבו הב"ח והסמ"ע והש"ך** שכוונתו שאם חסרו כדי חסרון א"צ להישבע, ורק כשחסרו יותר מכדי חסרון צריך לישבע שכך וכך חסר, וממילא אנו אומרים שמסתמא החסרון הוא כפי הערך של הפקדון מכל הפירות.

4. אם הפקדון היה מעורב עם ממון אחר, וחסר חלק ואין ידוע מהיכן חסר?

א. פקדון מעות והוא הדין שאר דבר שאינו מסוים – לעולם החסרון נמדד לפי ערך הפקדון, כלומר שאם הפקדון היה שליש מסך הממון, הוא מפסיד שליש. הטעם מפני שהמפקיד אינו מקפיד לקבל דווקא את מעותיו, וא"כ לא היה כאן ממון מסוים שהיה שייך למפקיד, אלא בכל מטבע ומטבע יש לו שליש.

אף במעות אם היו מעות הפקדון בכיס נפרד משאר המעות, הדין כמו בהמשך.

ב. שאר פקדונות שאדם מקפיד דווקא על החפץ שלו :

1. **כאשר יש מוחזק** כגון שממון הפקדון היה מעורב בממון הנפקד – המוציא מחברו עליו הראיה.

2. **כאשר אין מוחזק** כגון שנים שהפקידו אצל א', ואין לנפקד שייכות בממון :

א. אם אין קבוע כגון שאבד הממון (דפריש מעצמו); סמ"ע (לב). או שנגנב דבר נייד (כגון בהמה); ש"ך (כח) – **אזלינן בתר רובא**, ובעל החלק הגדול מפסיד הכך, **ד'כל דפריש מרובא פריש'.**

דין זה הוא מתרוה"ד (שיד) **וכתב הנהיבות (טז) שהנמוק"י (ב"מ פ"י) והרבה ראשונים חולקים על דין זה**, דדוקא כשאנו דנים על המטבע שנמצא ושואלים מהיכן הוא הגיע אמרינן 'כל דפריש', **אולם כאן השאלה שלנו אינה על הממון שאבד אלא על הממון שנשאר**, שאנו מסופקים למי צריך להשיבו ובכה"ג הדין הוא שהיו קבוע ולכן חולקים לפי הדמים (ולא שייך לחלוק בשווה, שהרי ודאי על חלק מהממון אין ספק שהוא לא שייך לשני, וא"כ רק בממון המסופק חולקים).

עוד כתב שאף תרוה"ד דיבר דווקא כשאבד כשיעור היתר על בעל החלק המועט, כגון שהיה לאחד י' ולשני ה': אם אבדו עד ה' דינרים אמרינן שכל ההפסד לבעל המרובה – דכל דפריש וכו'. אולם, אם אבדו יותר מזה, אז כשיעור הזה אמרינן שהכל למרובה, והיתר על זה חולקים לפי מעות.

ב. אם הוא קבוע כגון שנגנב (דכיון שאדם בא ולקח ממקום שהיה מונח בו, הוי קבוע); סמ"ע (לב) – **חולקים לפי הדמים**, דכל קבוע כמחצה על מחצה ולא אזלינן בכה"ג בתר רובא.

5. **מה הדין בגניבה? ש"ך (כח, כט), נתיבות (יז) – אם הגנב יהודי חשבינן ליה כקבוע** שהרי הוא מחוייב להשיב את הגזילה, וא"כ הספק התעורר בשעת הנטילה למי הוא צריך להשיב, ובאותה שעה הרי הממון היה קבוע. **אם הגנב גוי ולא גנב בפנינו** – לא הוי קבוע, וביאר הנהיבות דאע"פ שיש לגוי איסור גזל, אך אין לו חובת השבה ונמצא שהספק מתעורר רק לנו לאחר שנודעה הגניבה למי גנב, ובאותה שעה לא הוי קבוע. **קצות (ב) – אף גנב גוי הוי קבוע**, דדוקא בגוי שלקח חתיכה מחנויות בשר ולא ידעינן מאיזה, אמרינן ביו"ד (קי) שלא הוי קבוע שהרי לגוי אין נפק"מ בין טריפה לשחוטה, והספק מתעורר רק אצלנו. אולם, כשהגוי גנב כיון שאסור לו לגנוב, א"כ כבר בשעת הגניבה מתעורר לנו הספק ממי גנב, ובאותה שעה הוי קבוע.

בדברי הש"ך ישנה לכא' סתירה: כיון שבסעי' כח כתב שגנב הוי קבוע, אולם בסעי' כט כתב שכיון שלא גנב בפנינו לא הוי קבוע! **וכן תמהו הבאר היטב (לב) והדגמ"ר על דבריו**. אולם, **מדברי הנהיבות והקצות מתבאר** שהש"ך מחלק בין **גנב גוי לגנב יהודי**.

יא-יג שיעור הוצאת החסרונות

סעיף יא

נסתפק מהם ולא ידע כמה נסתפק, יוציא לו חסרונות לחטים ולאורז קלוף, ד' קבים ומחצה לכל כור; לשעורים ולדוחן, ט' קבין לכל כור; לכוסמין ולזרע פשתן בגבעוליו ולאורז שאינו קלוף, ג' סאים לכל כור. וכמדה הזו לכל שנה ושנה.

ב"מ מ. "המפקיד פירות אצל חבירו - הרי זה יוציא לו חסרונות, לחטים ולאורז - תשעה חצאי קבין לכור, לשעורים ולדוחן - תשעה קבין לכור, לכוסמין ולזרע פשתן - שלש סאין לכור, הכל לפי המדה והכל לפי הזמן. אמר רבי יוחנן בן נורי: וכי מה אכפת להן לעכברין? והלא אוכלות בין מהרבה ובין מקמעה! אלא, אינו יוציא לו חסרונות אלא לכור אחד בלבד. רבי יהודה אומר: אם היתה מדה מרובה אינו מוציא לו חסרונות, מפני שמותירות". ובגמ' אמרו שמדובר באורז קלוף, אך אורז שאינו קלוף דינו ככוסמין וזרע פשתן, וזרע פשתן בגבעולין שנו.

סעיף יב

בד"א, שמדד לו בימות הגורן והחזיר לו בימות הגורן. אבל מדד לו בימות הגורן והחזיר לו בימות הגשמים, אינו מוציא חסרונות, מפני שהם מותירות.

שם בגמ': "במה דברים אמורים - שמדד לו בימות הגורן והחזיר לו בימות הגורן, אבל מדד לו בימות הגורן והחזיר לו בימות הגשמים - אינו יוציא לו חסרון, מפני שמותירות (חזרו ונתפחו מלחלוחית הגשם והקור). - אמר ליה רב פפא לאביי: אם כן לפקע כדא! הוה עובדא ופקע כדא. איבעית אימא: משום איצצא (משום הדוחק אינם תופחות)".

כמי נפסקה ההלכה? במשנה שהובאה בסעי' הקודם ראינו שנחלקו ת"ק, ר' יוחנן בן נורי ור"י ולכאוי' פסקנו שם כת"ק שלעולם צריך להוציא חסרונות אף במידה מרובה. אולם, בסעיף שלנו אנו פסוקים לכאוי' כר"י, שהרי הגמ' אמרה דין זה על דברי ר' יהודה (דהיינו שזהו הטעם מדוע במידה מרובה א"צ להוציא חסרונות, כי מדובר במקרה כזה ורק בשיעור כזה התפוחה שלהם מכסה על החסרון) וכן איתא בתוספתא!:

הנמוק"י הקשה זאת על הרי"ף וביאר שאע"פ שבתוספתא מבואר שחכמים חולקים על ר' יהודה, אך מהגמ' דידן אין הכרח שיחלקו על ר"י, ומה שאמרו וכן לכל כור וכור היינו לאפוקי מריב"נ אך במידה מרובה מודים לר"י שאם מדד בימות הגורן ומחזיר לו בחורף אינו צריך להוציא לו חסרונות. **ע"פ זה יוצא שדין זה נכון דווקא במידה מרובה (י' כורים). וכן משמע מרש"י במשנה שביאר טעמו של ר"י משום שתופחות בימות הגשמים. וכ"כ הריטב"א בשם התוס'.**

אולם, הראב"ד פירש שר"י חלק תמיד, וטעמו שבמידה מרובה לעולם א"צ להוציא חסרונות, כיון שבמידה מרובה אדם לא כ"כ מדקדק במדידתו. והגמ' הוסיפה דין נוסף שכונ"ע מודים לו, והוא הדין של סעיפנו. **וכן נראית פשוט דעת השו"ע** שלא הזכיר כאן מידה מרובה כלל, ומשמע שדין זה נכון אף במידה מועטת. וכתב **הרשב"א**: "זה היה נכון אלו היה התוספתא מודה לו, אבל מה נעשה לדברי התוספתא ולגמ' שהביאו אותה בפיסקא דר"י!! ועוד צל"ע".

סעיף יג

וכן מוציא לו שתות ליין; ושלשה לוגי שמן למאה לוגין, לוג ומחצה שמרים ולוג ומחצה בלע. ואם היה שמן מזוקק אינו מוציא לו שמרים. ואם היו הקנקנים ישנים, אינו מוציא לו בלע.

משנה מ. "יוציא לו שתות ליין. רבי יהודה אומר: חומש. יוציא לו שלשה לוגין שמן למאה, לוג ומחצה שמרים, לוג ומחצה בלע. אם היה שמן מזוקק - אינו יוציא לו שמרים, אם היו קנקנים ישנים - אינו יוציא לו בלע". **ובגמ':** "ולא פליגי, מר כי אתריה ומר כי אתריה". **וכתב הסמ"ע בשם רש"י והנמוק"י** שאף הכא מיירי כשעירבן עם שלו, דאי לאו הכי אומר לו: הרי שלך לפניך.

סעיף יד

הפקיד אצלו פירות שאינם מדודים, ועירבן עם פירותיו ולא מדדן, ה"ז פושע. ואם בעל הפקדון אומר: כך וכך היו, ושומר אומר: איני יודע, ישלם בלא שבועה, שהרי חייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה הוא חייב, ונמצא חייב שבועה שאינו יכול לישבע.

1. הופקדו אצלו פירות שאינו יודע כמותם, ועירבבם עם פירותיו בלא לדעת כמה שלו וכמה של חברו - הרי זה פושע. לכן, אם בא חברו ותבע פקדונו ואמר 'כך וכך הפקדתי אצלך' והלה טוען 'איני יודע כמה היו' - חייב לשלם. דהרי הוא מודה במקצת, ונתחייב שבועה ואינו יכול לשבע שהרי טוען 'איני יודע', ומתוך שאינו יכול לשבע משלם.

א. מדוע אין כאן חסרון של 'לא הוה ליה למידע' (שהרי הרא"ש והתוס' סוברים שכאשר לא הוה ליה למידע אין דין מתוך, ודלא כהרמב"ם)? כיון שאע"פ שלא הוה ליה למידע כשהופקד אצלו, אך הוא פשע במה שעירב הפקדון בידיים

עם שלו בלא למדוד, דכיון שאינו יודע כמה הוא – הוה ליה למדוד! ונמצא שפשע במה שאינו יודע ובכח"ג כו"ע מודים שאמרינן דין מתוך.

דין זה נכון לכו"ע, אף אליבא דהתוס' והרא"ש הסוברים שלא אמרינן מתוך כשלא הוה ליה למידע, דשאני הכא שלא היה לו לערבם עם פירותיו בלא למודדם! וכיון שעירבם הרי פשע בכך שאינו יודע.

ב. מדוע אין כאן חסרון של 'הודאה בדבר שבמידה ובמשקל ובמנין'? לשיטת הרמב"ן – מכיון שאמר איני יודע, והודאתו כוללת לכל הפחות שווה פרוטה, ואיננו יכולים לחייבו יותר – א"כ תוכן הודאתו הוא פרוטה. לשיטת הרא"ש – החסרון הוא דווקא לגבי אמירת 'מה שהנחת אתה נוטל' שאין זה הודאה כלל ואפי' במקצת, אלא כפירה גמורה בכל התביעה משא"כ הכא שהוא מודה שקיבל פקדון אלא שאינו יודע כמה. (ועיין בסי' פז, כג בסיכומנו שם. ובש"ך האריך בזה בסי' עב, יב).

טו-כב צורת ההתנהלות בפקדון שמתבלה

סעיף טו

לא ערבם עם פירותיו, אף על פי שחסרים ומתמעטים והולכים, לא יגע בהם. בד"א, כשחסרו חסרון הראוי להם בכל שנה, אבל אם חסרו יותר מכדי חסרון, אם בעל הפקדון בעיר, יודיענו. ואם אינו בעיר, מוכרן בב"ד.

אם הפקדון בעין והוא מתמעט ונחסר, האם חייב השומר למוכרו כדי להציל את ערכו?

1. אם הוא חסר בכדי חסרונו – לא יגע בו. פסק כחכמים, וכרי"ף ורמב"ם שפסקו כן; ודלא כרא"ש שפסק כרשב"ג שאף בכה"ג ימכור.

מה פירוש בכדי חסרונו? פשט הראשונים (רש"י, רא"ש) שחסרו כדרך שהפירות מתחסרין; אולם, הרמב"ן כתב שאפי' חסרו כשיעור הראוי להתחסר בשנה אחת – בפחות מכאן, לא יגע בו דשמה לא יחסיר יותר מזה.

2. אם הוא חסר יותר מכדי חסרונו:

אם המפקיד עמו בעיר לאו דווקא בעיר, אלא שהוא עמו במדינה ויכול להודיעו – יודיענו. כ"כ הרמב"ם, וטעמו שכיון שהוא מפני השבת אבידה, א"כ אם הוא יכול בעצמו לבוא ולטפל באבידתו – אינו זקוק לו.

אם אינו בעיר – מוכר הפקדון בב"ד, וישמור על הדמים כמתבאר בסעיף יט.

ב"מ לח. במשנה "המפקיד פירות אצל חבירו, אפילו הן אבודין – לא יגע בהן. רבן שמעון בן גמליאל אומר: מוכרן בפני בית דין, מפני שהוא כמשיב אבידה לבעלים". ובגמ' "מאי טעמא? אמר רב כהנא: אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבים של חבירו. ורב נחמן בר יצחק אמר: חיישינן שמא עשאו המפקיד תרומה ומעשר על מקום אחר וכו'. **אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: מחלוקת בכדי חסרונן, אבל יותר מכדי חסרונן – דברי הכל מוכרן בבית דין.** אדרב נחמן בר יצחק – ודאי פליגא. אדרב כהנא מי לימא פליגא? – כי קאמר רב כהנא – בכדי חסרון קאמר. – והא רוצה בקב שלו מתשעה קבין של חבירו קאמר! – גוזמא בעלמא".

כמי הלכה? הגמ' בע"ב אומרת: "אתמר, רבי אבא ברבי יעקב אמר רבי יוחנן: הלכה כרבן שמעון בן גמליאל, ורבה אמר רב נחמן: הלכה כדברי חכמים". **הרי"ף פסק הלכה כחכמים**, שהרי רב נחמן שהוא בתראה פסק כמותם, **וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע. אולם, הרא"ש חלק וכתב שהלכה כרשב"ג** שהרי אין הלכה כתלמיד במקום הרב אלא מאביי ורבה! וכן אין לומר שבגלל שרבה בתראי והוא פסק כרב נחמן הלכה כמותו, שהרי רבה לא אמר שהוא פוסק כן אלא הביא את דעת רב נחמן (ותמהו עליו שסותר דבריו ממקומות אחרים). וכן אין לומר שהלכה כרב נחמן בדיני, שהרי כלל זה נאמר רק כנגד בני דורו ולא כנגד רבותיו. ואדרבא הלכה כשמואל בדיני והוא פסק כרשב"ג.

את קושיית הרא"ש תירצו בב' אופנים: א. ב"י – אע"פ שרבה לא משמיה דנפשיה אמרה, אך משמע דהכי ס"ל דלא מצאנו דאמר אחרת במקום אחר. **ב. רשב"א, רא"ה ור"ן** – הכלל שאמר הרא"ש נכון רק כשהרב שמע דברי התלמיד ובכל זאת חלק עליהם, ובכה"ג אין הלכה כבתראי אלא מאביי ורבה. אולם, כשהתלמיד לא חלק על רבו בפניו, הלכה כבתראי אף קודם אביי ורבה, ולכן כאן הלכה כרב נחמן. וכן הביא הגר"א בשמם. (וכן מובא ביד מלאכי כללי התלמוד בשם המהרי"ט לבאר מדוע קי"ל שהלכה כר' יוחנן כשהוא חולק על רב, מפני שהלכה כבתראי).

מהו הטעם שנפסק להלכה? הרא"ש כתב שהלכה כרשב"י דחיישינן שמא עשאו תו"מ על מקום אחר, אלא שזהו טעם שמוסיף על טעמו של רב כהנא, שאפי' ביתר מכדי חסרון לא יגע בהן. אולם, הוסיף בשם ר"ת דהאידנא דאין לנו תו"מ אין נפק"מ דאף הוא מודה שימכור. **אולם, ברי"ף משמע** שאין חילוק ולעולם הלכה כרב כהנא, ולכן פסק שאם הם חסרים יתר מכדי חסרון צריך למכור. השו"ע פסק כרי"ף שביתר מכדי חסרון צריך למכור (אמנם, לדעת הרא"ש לדינא צריך למכור אף בפחות מכדי חסרונם, שהרי פסק כרשב"ג ולא כרבנן).

סעיף טז

המפקיד פירות אצל חבירו, והרקיבו; דבש, ונפסד; יין, והחמיץ; עושה תקנה לבעל הפקדון אם אינו בעיר, ומוכרם בב"ד. אעפ"י שעמדו בהפסדן ואין ההפסד פושה בהם, הרי הסלים והקנקנים מוסיפים הפסד.

1. הפקיד אצלו יין והחמיץ, דבש והדביש או שאר פירות והרקיבו וא"כ אין תועלת לבעל הפקדון במכירתו שהרי הוא לא ינוק יותר, - מוכרן בב"ד, כדי שלא יפסדו הסלים והקנקנים שהם נמצאים בהם, דאפי' להפסד מועט חששו.

ברייתא לח. "המפקיד פירות אצל חבירו והרקיבו, יין והחמיץ, שמן והבאיש, דבש והדביש - הרי זה לא יגע בהן, דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: עושה להם תקנה, ומוכרן בבית דין. וכשהוא מוכרן - מוכרן לאחרים, ואינו מוכרן לעצמו וכו'". ובעי"ב "למאי חזו? - שמן חזי לגלדאי, דבש לכתישא דגמלי. וחכמים אומרים עושה להם תקנה ומוכרן בבית דין. מאי תקנתא עביד להו? - אמר רב אשי: לקנקנים. - במאי קא מיפלגי? - דמר סבר: להפסד מרובה - חששו, להפסד מועט - לא חששו. ומר סבר: אפילו להפסד מועט - נמי חששו". **כמי הלכה? הרי"ף כתב** שיש מרביתו שאמרו שאין הלכה כחכמים, שהרי הם בשיטת רשב"ג דמתני', ולהלכה קי"ל כרבנן דמתני'! אולם, חלק עליהם וכתב שהלכה כרבנן דברייתא, ושאיין זה תלוי במח' במשנה. במשנה מדובר על דיון מה קורה כשחסרו בכדי חסרונן ואילו הכא מיירי מה קורה בהפסד הקנקנים שהוא הפסד מועט (כי הפירות ודאי הופסדו). מהו החילוק ביניהם?

הנמוק"י ביאר שהחילוק בין המשנה לברייתא הוא שבמשנה שייך הטעם של רוצה אדם בקב שלו, שהרי הפירות ראויים לאכילה ולכן אמרין שלא יגע בהפסד מועט; משא"כ בקנקנים שהפירות הופסדו ואינו רוצה בהם כלל, וא"כ לא שייך האי טעמא ונמצא שיש מח' נוספת האם חיישינן להפסד מועט. **אולם, הרא"ש** כתב שהטעם הוא מפני שבמשנה אין זה חשוב כלל כהפסד, שהרי דרך הפירות לחסר תמיד כשיעור זה, משא"כ בקנקנים שזהו הפסד גמור אלא שהוא מועט. וכן נראה לי יותר פשוט דברי הרי"ף. ע"פ זה מתבאר ההבדל בין הדין של סעיפנו לסעיף הקודם.

אמנם, הרא"ש אף כאן חלק על הרי"ף וכתב שנראה לו שרבנן דברייתא הם כרשב"ג ופליגי אפי' במקרה של המשנה, ולשיטתו דפסק גם במשנה כרשב"ג.

סעיף יז

המפקיד חמץ אצל חבירו והגיע פסח, הרי זה לא יגע בו עד שעה חמישית ביום י"ד. מכאן ואילך יוצא ומוכר בשוק לשעתו, מפני השבת אבידה לבעלים.

מעשה בפסחים יג. "דאמר רבין בר רב אדא מעשה באדם אחד שהפקיד דיסקיא מלאה חמץ אצל יוחנן חקוקאה ונקבה עכבר"י והיה חמץ מבצבץ ויוצא ובא לפני רבי שעה ראשונה אמר לו המתן (פירש"י: שמא יבא ויאכל בעליו), שניה אמר לו המתן, שלישית אמר לו המתן, רביעית אמר לו המתן, חמישית אי"ל צא ומוכרה בשוק". והביאו הרי"ף בשמעתין.

האם חיוב המכירה הוא משום השבת אבידה או משום חיובי השמירה?

דעת הרמב"ם והשו"ע - דין זה הוא משום השבת אבידה, כפשוט המשנה, וכ"כ השו"ע כאן: "מפני השבת אבידה לבעלים" וכן הוא לשון הרמב"ם. וכן מוכח עוד מהדין שחידש הרמב"ם (ונפסק בשו"ע בסעיף טו ובסעיף כב) שדין זה הוא רק במקום שהבעלים הלכו למדינת הים, אולם אם הם במקום קרוב שיכול להודיעם - יודיעם ואינו מחויב לטפל בפקדון; מוכח שדין זה הוא משום השבת אבידה ולא שזה כלול בחובת השמירה על הפקדון. **וכ"כ המשנ"ב** (תמג, ס"ק יב) **שכן הוא הסכמת רוב האחרונים**, וביאר המשנ"ב טעמם שהרי השומר קיבל עליו להחזיר החפץ לבעליו, אולם כאשר הוא מוכרו הרי הוא מוציאו מרשות בעליו וא"כ ע"כ שאין זה בכלל חיוב השמירה אלא מדין השבת אבידה. **המחנ"א למד שהתוס' והתורא"ש (ב"מ כט.) למדו שדין זה הוא מחמת חיוב השמירה**, שיש על השומר לעיין על החפץ ולדאוג שלא יתקלקל ולכן הוא מחויב לנער אותו ולאורר אותו וכדו' שלא ינוק. (אמנם, היה מקום לחלוק ולומר שאף הם לא אמרו שהחיוב שלו הוא למכור את החפץ שלא ינוק). **וכן הבין המחנ"א (תמג, ס"ק ה) מסברתו** שלא גרע מחיוב השומר להציל ברועים ובמקלות, א"כ אף כאן הוא צריך לעשות כל טעדי דאפשר כדי להציל החפץ.

הנפק"מ בשאלה זו: האם השומר חייב לשלם אם לא מכר את החפץ? דעת המחנ"א - כן, כיון שפשוט בכך שלא מכרו קודם הפסח (דווקא כשאינו בעין, דאי לאו הכי אומר לו 'הרי שלך לפניך'). וע"פ הבנת המחנ"א כן הוא לדעת התוס' והרא"ש. **דעת המשנ"ב - לא**, וכתב שכן הסכמת רוב האחרונים.

סעיף יח

והוא הדין לשאר פקדונות שלא יגע בהם אף על פי שהוא יודע בודאי שיוזלו בזמן פלוני או יאנוס אותם המלך, שמא יבאו בעליהם קודם ויטלו ממנו.

דין זה נלמד מהדין שבסעיף הקודם.

אמנם בהגיע זמן האונס או הזול – מוכר כדי להציל; סמ"ע (מ).

סעיף יט

כל המוכר פקדון על פי ב"ד, הרי זה מוכר לאחרים ואינו מוכר לעצמו, מפני החדש, והדמים יהיו מונחים אצלו. ויש לו רשות להשתמש בהם, לפיכך הרי הוא עליהם שומר שכר אעפ"י שעדיין לא נשתמש בהם.

1. כל המוכר פקדון ע"פ ב"ד – מוכר לאחרים ולא לעצמו, שלא יחשדוהו שמכר לעצמו בזול. **ברייתא לח.** "וכשהוא מוכרן מוכרן לאחרים ואינו מוכרן לעצמו, כיוצא בו גבאי צדקה בזמן שאין להם עניים לחלק פורטין לאחרים ואין פורטין לעצמן, גבאי תמחוי בזמן שאין להם עניים לחלק מוכרין לאחרים ואין מוכרין לעצמן".

2. הדמים שנשארו בידו, הרי הוא עליהם שומר שכר, שהרי יש לו רשות להשתמש בהם, וכפי שנתבאר בסעיף 2.

סעיף כ

המפקיד ס"ת אצל חבירו, גוללו פעם אחת ל"ב חדש. ואם כשהוא גוללו פתחו וקרא בו, מותר; אבל לא יפתח בגלל עצמו ויקרא. והוא הדין שאר ספרים. ואם פתח (וקרא) וגלל בגלל עצמו, הרי שלח יד בפקדון ונתחייב באונסים. הגה: וכמו שאסור לקרות ממנו, כך אסור להעתיק ממנו אות אחת. והני מילי בעם הארץ; אבל ת"ח שאין לו ספר כיוצא בזה, מותר לקרות ולהעתיק ממנו, כי ודאי אדעתא דהכי הפקידו אצלו (מרדכי ס"פ המפקיד). ובמקום בטול תורה, שאין ספרים נמצאים, יכולין בית דין לכוף לאחד להשאיל ספריו ללמוד מהן, ובלבד שישלמו לו מה שיתקלקלו הספרים (הרא"ש כלל צ"ג סימן ג').

1. **המפקיד ס"ת אצל חבירו – גוללו אחת ל"ב חודש**, לאוורר אותו כדי שלא יתעפש. דעת הש"ך – גולל אחת ל"ב יום.

ב"מ כט: במשנה: "מצא ספרים קורא בהן אחד לשלשים יום ואם אינו יודע לקרות גוללן". ובגמ': "וכן המפקיד ס"ת אצל חבירו גוללו כל שנים עשר חדש פותחו וקורא בו אם בשבילו פתחו אסור. סומכוס אומר בחדש שלשים יום בישן שנים עשר חדש. ר"א בן יעקב אומר אחד זה ואחד זה שנים עשר חדש וכו'. ר"א בן יעקב היינו תנא קמא? אלא אימא ר' אליעזר בן יעקב אומר אחד זה ואחד זה שלשים יום". לגבי אבידה פסקו כולם שגולל אחת ל"ב יום כמו שמפורש במשנה, השאלה האם בפקדון הדין שונה? **הרמב"ם והשו"ע פסקו** שבפקדון צריך לגלול כל י"ב חודש כדעת ת"ק, **אולם הטור כתב** שאף פקדון גולל כל ל' יום כדעת ראב"י שמשנתו קב ונקי. **הב"י תמה עליו** שהרי הרי"ף והרא"ש הביאו רק את דעת ת"ק, ולא הזכירו כלל את דעת ראב"י? ולכן פסק שהלכה כת"ק. לשיטתם צריך לומר שיש חילוק בין פקדון למציאה, דפקדון כיון שהפקידו מדעת ולא ציוהו לגוללו – אינו מחויב לגלול אלא אחת ל"ב חודש; אולם, אבידה שהיא לא מדעת, המוצא צריך לגלול כל ל' יום כדי שלא תנוק. **הש"ך הסכים עם הטור**, והביא שאין קושיא מכך שהרי"ף והרא"ש לא הזכירו את דעת ראב"י, כיון שהם סברו שאין הבדל בין פקדון למציאה, ונמצא שהמשנה שאמרה 'מצא' ספרים כוללת גם 'הפקיד' ספרים, שהרי אף הנפקד מחויב בהשבת אבידת המפקיד. ומה שהזכירו את תחילת הברייתא זה ללמדנו דין אחר המובא שם; וכתב שכן משמע גם מרש"י.

הקצות כתב שבפקדו לדעת השו"ע אף שאינו מחויב לגלול אלא אחת ל"ב חודש, אך ודאי שאם יגלול אחת ל"ב יום זה מועיל לספר, שהרי באבידה כך צריך לעשות (אלא שבפקדון לא חייבנו אותו, שהרי הפקיד אצלו מדעת). **ונמצא שאם יגלול אחת ל"ב יום**, הוא יכול תוך כדי גם ללמוד בו לצרכו ואין זה בגדר שליחות יד. וזו כוונת הסמ"ע שאם גולל תוך ל' יום – בכל ענין הוי שליחות יד, דבכה"ג אין זה בכלל לצרכה כלל. (ודלא כש"ך שכתב שהוא ט"ס וצ"ל יב חודש).

2. האם מותר לו ללמוד בו?

אם הנפקד ת"ח: מותר, דודאי על דעת הכי הפקידו בידו, ולא גרע מחנוני ושולחני שהפקידו בידם מעות צרורים, רמ"א בשם המרדכי. **אא"כ הופקד אצלו צרור וחתום**, דגילה דעתו שאין רצונו שישתמש בו; סמ"ע (מה).

אם אינו ת"ח: אסור לו לקרוא בו, ואם פתחו כדי לקרות בו – הרי זה שליחות יד. אך אם פתחו כדי לאוורר אותו – מותר לו לקרות בו תוך כדי, ע"פ הסייגים שבסי' רסז; סמ"ע (מד).

3. **במקום שמותר לו ללמוד בו, מותר לו אף להעתיק אותו**; רמ"א בשם המרדכי.

האם מותר להעתיק אף שידיענן במפורש שהמפקיד מקפיד שלא יעתיק? סמ"ע – לא, ש"ך כן.
המרדכי כתב ב' טעמים לדין זה: א. לא גרע מחנוני ושולחני דאדעתא דהכי הפקידו אצלם. ב. אמרינן במדרש משלי:
לא יבזזו לגנב כי יגנוב – זה הגונב ד"ת ומעתיקן. וא"כ אפשר שאפי' ידעינן ביה דקפיד – מותר. **הסמ"ע (מה) כתב** שלא
 קי"ל כטעם זה שהרי הרמ"א לא הזכירו אע"פ שהביאו בדרכי משה, ועוד שאף המרדכי כתבו בשם 'אפשר'. **אולם,**
הש"ך (לה) האריך להוכיח שהכי קי"ל להלכה, וביאר שהטעם הראשון מסביר רק מדוע מותר לת"ח ללמוד בספר, אך
 אין זה מבאר מדוע מותר לו להעתיקו הרי לא שייך לומר שאדעתא דהכי הפקיד שיעתיקו!! ולכן הוסיף שמותר להעתיק
 אף כאשר המחבר מקפיד, ע"פ המדרש הנ"ל ושכן איתא בתוספתא (פ"ז דב"ק). **וכן דעת העיר שושן.**

4. במקום שאין ספרים מצויים יכולים ב"ד לכוף אדם להשאיל ספריו, ובלבד שישלמו לו מה שיתקלקלו הספרים; שו"ת הרא"ש צג, ג.

סעיף כא

הפקיד אצלו כסות, מנערה בענין שנתבאר בסימן רס"ז.

סעיף כב

בד"א, בפקדון שהלכו בעליו למדינת הים. אבל אם היו עמו באותה הארץ, הרי זה לא יגע בו אף על פי שיאבד.

כ"כ הרמב"ם, ע"פ הגמ' בב"מ ל. "ת"ר המוצא כלי עץ משתמש בהן וכו' כדרך שאמרו באבידה כך אמרו בפקדון. **פקדון מאי עבידתיה גביה? אמר רב אדא בר חמא אמר רב ששת בפקדון שהלכו בעליהן למדינת הים."**

ב"ה יום ד' ז' תמוז ה'תשע"ה

סימן רצג

מתי ניתן הפקדון ליתבע, ואם יכול להחזירו בכל מקום, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

אין המפקיד יכול לתבוע הפקדון אלא במקום שהפקידו לשם, שאם הפקידו אצלו בטבריא אינו יכול לתבועו בצפורי. אבל בכל מקום שירצה הנפקד להחזיר למפקיד פקדונו, צריך לקבלו. אפילו נתנו לו בעל כרחו חשיבה נתינה, ופטור. (ודווקא שנתנו לו אבל אם אמר להביא לו והמפקיד הלך לו, חייב הנפקד) (מרדכי פרק מ' שאחזו). ואם הפקידו אצלו לזמן ידוע, אינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן.

1. אין המפקיד יכול לתבוע פקדונו אלא במקום שהפקידו. הש"ך (א) ביאר שמיידי בפקדון מעות, וכגון שיש בידו מעות אחרים והמפקיד תובעם; אולם, **אם יש בידו את מעות הפקדון עצמם – חייב להשיב למפקיד אע"פ שאין זה המקום בו הופקדו בידו.**

ב"ק קיח. במשנה "הגזל את חברו, או שהלוה הימנו, או שהפקיד לו בשוב – לא יחזיר לו במדבר, על מנת לצאת במדבר – יחזיר לו במדבר". ובגמ' "ורמינהו: מלוה משתלמת בכל מקום, אבידה ופקדון אין משתלמין אלא במקומן!! אמר אביי, ה"ק: **מלוה ניתנה ליתבע בכל מקום, אבידה ופקדון לא ניתנו ליתבע אלא במקומן**". מבואר בדברי אביי שפקדון לא ניתן ליתבע אלא במקומו, ומאידך במשנה מבואר שלא יחזיר הפקדון במדבר – הא בשאר מקומות ישוב שפיר דמי, ואע"פ שזה לא המקום שהפקיד בו.

2. אולם הנפקד יכול להזיר הפקדון בכל מקום יישוב, מלבד במדבר כפי שיתבאר בסעיף ב, אע"פ שהוא לא המקום בו הופקד בידו.

ודווקא אם החזיר בפועל, אך אם לו שהוא הולך להביא לו הפקדון, ועד שחזר הלך לו המפקיד – הרי הפקדון עדיין באחריותו.

מה הדין אם המפקיד ציווהו להביא, והלך להביא וכשחזר לא מצא את המפקיד? עיר שושן, קצות (א) – אין הבדל, והאחריות על הנפקד, שהרי עדיין לא השיב לו הפקדון ולא נגמרה שמירתו. סמ"ע – האחריות על המפקיד, דדמי למפקיד ששלח שליח להביא לו פקדונו ונאנס ביד השליח, דהאחריות על המשלח. **הקצות דחה דבריו,** דשאני התם דהחפץ הגיע ליד המשלח בשעה שזכה בו השליח; אולם, הכא לא יצא מיד הנפקד ולא זכה בו המפקיד כלל.

3. הנפקד יכול להחזיר לו בעל כרחו, ודווקא כשהפקידו בסתם, אך אם הפקידו לזמן אינו יכול להחזירו בעל כרחו בתוך הזמן. כן למד הראב"ד מהגמ' בקידושין (ג). "התם בתורת פקדון יחבינהו ניהלה, סברה, אי שדינא להו ומיתברי מחייבנא בהו". והקשה הראב"ד שתזרוק הפקדון ותאמר לו: הרי שלך לפניך!! ותיירץ דמיידי שהפקיד בידה לזמן קצוב, ולכן אינה יכולה לחזור בה משמירתו בעל כרחו! אולם, **הרשב"א** שם פקפק בזה, דמאי שנא מפועל דיכול לחזור בו בחצי היום!! ולכן דחה דבריו. **השו"ע כאן פסק כראב"ד הנ"ל,** וכתב עליו הש"ך ופשוט הוא. **הקצות (ב) והחת"ס ביארו** שבשומר יש שעבוד נכסים לשלם אם יגנב או יאבד, ולכן אע"פ שהוא יכול לחזור בו משמירתו ולהניחו אצל המפקיד, אך את שעבוד הנכסים אינו יכול לבטל, ולכן אם יגנב או יאבד מבית המפקיד – יתחייב השומר לשלם.

סעיף ב

בד"א, ביישוב. אבל אם הפקיד אצלו ביישוב והביא פקדונו במדבר, אינו מקבלו ממנו, אלא יאמר לו: הרי הוא באחריותך עד שתחזירנו לי ביישוב כדרך שהפקדתנו אצלך ביישוב. ואם כשהפקידו אצלו אמר לו: אני רוצה לצאת למדבר, והשיב הנפקד: גם אני רוצה לילך למדבר, הוי כאילו פירש לו על מנת שאחזירנו לך במדבר, ויכול להחזיר לו במדבר.

1. אע"פ שיכול להחזיר לו פקדונו בכל מקום, אך דווקא ביישוב ולא במדבר. אם הנפקד מקבל עליו אחריותו עד שיגיע ליישוב, יכול להכריח למפקיד שיקבלנו אפי' במדבר; סמ"ע ה.

2. אבידה חוזרת אפי' במדבר, ש"ך ו בשם התוספתא.

3. אם בשעה שהפקיד בידו, אמר לו הנפקד שהוא מתכנן ללכת למדבר – הרי זה כאילו פירש לו שהוא מקבל עליו הפקדון ע"מ שהוא יחזירנו אפי' במדבר.

4. **הדין בהלוואה: המלוה יכול לתבוע** הלוואתו בכל מקום, ואפי' במדבר. **הלואה יכול להשיב לו** בכל מקום, חוץ במדבר. אא"כ בשעת ההלוואה אמר הלוה שרוצה לילך למדבר, והמלוה אמר שגם הוא מתכנן ללכת למדבר, דבכה"ג יכול להביא לו אפי' במדבר, דאי לאו הכי מה הרבנותא שאמר לו המלוה כן; סמ"ע ו.

סעיף ג

המפקיד אצל חבירו והלך בעל הפקדון למדינת הים, והנפקד רוצה לפרש בים או לצאת בשיירה, אם בא והביא הפקדון לבי"ד, נפטר מאחריות שמירתו, שאין אוסרים זה במדינה זו מפני פקדון של זה שהלך, ואין אומרים לו להוליכו עמו, שמא יארע לו אונס ויהיה חייב באחריותו, ובית דין מפקידים ביד אדם נאמן אצלם, מפני השבת אבידה לבעלים. הגה: ואם לא היה יכול להניחו ביישוב, והוצרך להוליכו עמו למדבר מכח סכנה או מכח שומר שמסר לשומר, ונאנס מידו, י"א דפטור הנפקד (מרדכי פ' הגזל).

1. אם המפקיד הלך למדינת הים, והנפקד רוצה לילך למקום רחוק ואינו יכול לקחת הפקדון עמו שמא יארע לו אונס וכדו' – יביא הפקדון לבי"ד ויפטר מאחריותו. ובי"ד יפקידוהו ביד אדם אחר שנאמן להם.

דין זה כתבו הרמב"ם (הל' שאלה פ"ז, הי"ב), וכתב ה"ה שאע"פ שלא נזכר דין זה בש"ס, דברי טעם הן.

2. אם לא יכל להניחו ביישוב, והיה מוכרח לקחתו עמו למדבר ונאנס מידו – פטור. הש"ך (ט) הוסיף בשם המהרש"ל דאם הוליכו דרך יער שאין בו סכנה גדולה ונגזל – פטור. אולם, אם היה ישן וחבלוהו וגזלוהו – חייב. ואם יוכל להוציאו מיד העכו"ם בדיניהם – חייב להוציא מידו.

סעיף ד

שלח לו פקדונו ע"י אחר, בין שא"ל: הולך לו, או: תן לו פקדונו, חייב באחריותו עד שיגיע ליד הבעלים, כיון שבעל הפקדון לא עשאו שליח להביא לו. לפיכך אם בא לחזור וליטול מיד השליח, רשאי. בד"א, שלא הוחזק הנפקד כפרן. אבל הוחזק כפרן, זכה השליח מיד בשביל המפקיד, ואין הנפקד יכול לחזור וליטלו מידו; ומ"מ חייב באחריותו עד שיגיע ליד המפקיד (וע"ל ס' רצ"א סכ"א אם החזיר לאשת המפקיד). ויש מי שאומר דה"ה נמי אפילו לא הוחזק כפרן אלא שהיה רגיל בעל הפקדון להפקיד לזה שהופקד אצלו עתה באחרונה. וכן נמי אי שדר ליה: פלניא גברא מהימנא הוא, אף על גב דלא פטריה אינו יכול לחזור בו וחייב באחריותו.

1. **שלח הנפקד הפקדון ע"י אחר, בין אם אמר לו: הולך, דבהלוואה ובפקדון הולך כזכי, ואע"פ שבמתנה לא אמרין הולך כזכי** שאני הני שהממון שייך למלוה או למפקד, בלשון כל דהו שאומר הנפקד או הלוה יצא מרשותו לגמרי; סמ"ע (ח). או שאמר לו: תן, **חייב באחריותו עד שיגיע ליד הבעלים**, שהרי הבעלים לא עשאוהו שליח. לכן, הנפקד יכול לחזור בו וליטול החפץ מיד השליח.

גיטין יד. "איתמר: הולך מנה לפלוני שאני חייב לו, אמר רב: חייב באחריותו, ואם בא לחזור – אינו חוזר; ושמאל אמר: מתוך שחייב באחריותו, אם בא לחזור – חוזר. לימא בהא קמיפלגי, דמר סבר: הולך כזכי דמי, ומר סבר: הולך לאו כזכי דמי! לא, דכ"ע הולך כזכי דמי, והכא בהא קמיפלגי, מ"ס: לא אמרינן מיגו, ומ"ס: אמרינן מיגו. תניא כוותיה דרב: הולך מנה לפלוני שאני חייב לו תן מנה לפלוני שאני חייב לו, הולך מנה לפלוני פקדון שיש לו בידו, תן מנה לפלוני פקדון שיש לו בידו – חייב באחריותו, ואם בא לחזור – אינו חוזר. פקדון, לימא ליה: אין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר! א"ר זירא: כשהוחזק כפרן". והלכה כרב שאע"פ שחייב באחריותו אינו יכול לחזור בו, מיהו היינו דווקא באופנים שרצונו שיהיה פקדונו ביד אחר, כפי שמתבאר בסמוך.

2. מצבים בהם אין הנפקד יכול ליטול מיד השליח:

א. **אם הנפקד הוחזק כפרן**, דזכות הוא למפקד שיצא החפץ מתחת ידו, ולכן זכה בו השליח מיד עבורו.

ב. **אם המפקיד רגיל להפקיד אצל השליח**, דאינו יכול לומר 'אין רצוני שיהא פקדוני בידו', וכן אינו יכול לומר שאינו סומך עליו. דעת הסמ"ע דווקא כשאינו רגיל להפקיד אצל הנפקד, דאי לאו הכי מאי

אולמיה דהאי מהאי? והש"ך דחה דבריו וכתב דמייירי הכא בכל עניין, דאע"פ שלא אולמיה אך סו"ס אין המפקיד יכול לומר 'אין רצוני'.

ג. כשאמר המפקיד על השליח שהוא אדם מהימן, א"כ הוא סומך עליו ויכול לשלוח בידו.

3. בג' המצבים הללו אע"פ שזכה השליח עבור המשלח בחפץ, אך האחריות עדיין מוטלת על הנפקד, כיון שהמשלח לא ציווה לשלח בידו.

באיזו אחריות מדובר? הקצות (ג) הבין שמדובר באחריות השמירה, ולכן תמה מדוע אין האחריות על השליח! שהרי קי"ל ששומר שמסר לשומר שהבעלים רגילים להפקיד בידו האחריות על השני והראשון נפטר לגמרי, וא"כ מאי שנא הכא?! ונשאר בצ"ע. **המחנ"א** (זכיה ומתנה סי' כז) **ביאר שמדובר באחריות הדרך**, אולם באחריות שמירת הפקדון נפטר לגמרי והיא על השליח, וכן מפורש בתוס' רי"ד בגיטין. הקצות כתב שליכא למימר הכי דלשון אחריות משמע שתמא כל אחריות, ועוד דאם זהו מקום סכנה א"כ אין לו זכות כלל. והמחנ"א תירץ, דכל הדרכים בכלל סכנה וסו"ס זכות הוא לו שהרי אף הוא היה צריך להוליכו בדרך.

ב"ה יום א' י"א תמוז ה'תשע"ה

סימן רצד

הכופר בפקדון או שטוען נגנב, ובו ו' סעיפים.

סעיף א

תבעו הפקדון וכפר בו, מיד נעשה עליו גזלן, וחייב באונסים ופסול לעדות ולשבועה. בד"א, שיש עדים שבשעה שכפר בו היה ברשותו. אבל אם אין עדים, לא, שמא נאבד ממנו ואמר: אכפור בו ואדחנו עד שאמצאנו ואחזירנו לו.

1. תבעו פקדון וכפר בו:

א. אם יש עדים שבאותה שעה שכפר היה ברשותו – הרי הוא גזלן וחייב באונסים, ופסול לעדות ולשבועה. אפי' לא הפקידו מתחילה בעדים, כיון שיש עדים שבשעה שכפר היה ברשותו; סמ"ע (א). אולם, הכופר במלוה אע"פ שיש עדים שבאותה שעה היו המעות בידו – לא נעשה גזלן ואינו חשוד על השבועה, דכיון שלהוצאה ניתנה אמרינן שהוא משתמט ורוצה להשתמש במעות; סמ"ע (ב) ושי"ך (א).

ב. אם אין עדים – אע"פ שאח"כ נודע ששיקר בכפירתו – לא נפסל לעדות ולשבועה, דשמא אבד ממנו והוא משתמט עד שימצאנו ויחזירנו לבעליו.

ב"מ ה': "אמר רב אידי בר אבין אמר רב חסדא: הכופר במלוה - כשר לעדות, בפקדון - פסול לעדות וכו'. אי הכי, הכופר בפקדון אמאי פסול לעדות? נימא: אשתמוטי קא משתמיט, סבר: עד דבחשנא ומשכחנא ליה. - כי אמרינן הכופר בפקדון פסול לעדות - כגון דאתו סהדי ואסהידו ביה דההיא שעתא איתיה לפקדון בביתיה והוה ידע. אי נמי: דהוה נקיט ליה בידיה".

2. המעכב פקדונו של חברו בידו שלא ברשותו, האם הוי גזלן? רשב"ץ ור"ש דוראן – כן, קצות (א) – לא. בשו"ת ר"ש דוראן ובשו"ת התשב"ץ נקטו בפשטות שאם חברו תבע ממנו פקדונו והוא סירב להשיבו לו – נעשה עליו גזלן מאותה שעה. אולם, הקצות כתב שמסתימת הפוסקים שלא הזכירו דין זה, משמע שלא נעשה גזלן אא"כ כפר בו, אך לא כשמעכו בידו שלא ברצונו.

סעיף ב

לא כפר בו, אלא טען: נגנב, או: נאבד, אם אמר שאירע הדבר במקום שיש עדים מצויים, יביא ראיה בעדים לדבריו ויפטר אפילו משבועה. ואם לא יביא עדים לדבריו, ישלם. ואם הוא במקום שאין עדים מצויים, ישבע שהוא כדבריו, ומגלגלין עליו בשבועתו שלא פשע בשמירתו אלא ששמרו כדרך השומרים ושלא שלח בו יד קודם לכן, שאם שלח בו יד קודם לכן ליהנות ממנו נתחייב אפילו נאנס. הגה: ו"א דאפילו איכא עדים שנגנב או נאבד צריך לישבע שלא פשע, ומגלגלין עליו שלא שלח בה יד. אבל אי איכא עדים שלא פשע, אין צריך לישבע שלא שלח בה יד (טור בשם הירושלמי והרא"ש ורמב"ם בפרק ו' דשאלה).

טען שנגנב או נאבד:

1. אם אירע הדבר במקום שעדים מצויים בו: אינו נפטר בשבועה, אלא צריך להביא עדים ויפטר. ב"מ פג. "תניא, איסי בן יהודה אומר: 'אין ראה שבעת ה' תהיה בין שניהם', הא יש רואה - יביא ראיה ויפטר".

מדוע אינו נאמן במיגו דהלד"מ או החזרתי? דכיון שאם לא הביא עדים חייב לשלם, א"כ אנו עוסקים בממון, ואפי' מיגו דהעזה אמרינן לאפטורי מממון! קצות (ב) – כיון שהדבר קל להביא עדים, כדברי המאור בסוגיית 'דר בה חד יומא', אך קשה דהרי הרמב"ן שם דחה דבריו והאריך בראיות שאפי' הכי אמרינן מיגו, וצ"ע. נתיבות (א) – כיון דהוי מיגו נגד עדים, דאנן סהדי דכיון שיש עדים מצויים שם – אתה יכול להביא עדים, ואם לא הבאת אתה משקר. קהילות יעקב – מיגו דהעזה אינו פוטר מחיוב שבועה, דהתורה אמרה שחיוב השבועה כאן משודרג לחיוב הבאת עדים, אך זה לא הופך להיות חיוב ממון. דהממון הוא רק בתור 'שוט' לאיים עליך שתביע עדים, אך יסוד החיוב כאן נובע משבועה ולכן לא יועיל מיגו; ודבריו מסתברים מאוד לענ"ד.

הקצות (ג) ממשיך לשיטתו שכאשר חייב להביא עדים פקע חיוב השבועה, והרי אנו עוסקים בחיוב ממון רגיל; והוא אומר שאע"פ שחיוב השבועה לדעת השו"ע הוא רק להשבע שאינו ברשותו, ולא משנה מדוע אינה ברשותו (נגנב/נאבד וכדו'), אך חיוב הבאת העדים אינו מספיק שיעידו שאינו ברשותו אלא צריך שיעידו מדוע החפץ אינו ברשותו (נגנב/נאבד).

2. אם אירע הדבר במקום שאין עדים מצויים: שו"ע – נשבע שכדבריו כן אירע, הקצות (ג) הבין שהכוונה שנשבע שהחפץ אינו ברשותו, אך מהו האירוע שגרם לכך (גניבה וכדו') זה רק בגלגול. אולם, מפשט דברי השו"ע, וכן משמע בש"ך (ב) חלק מהשבועה זה כיצד קרה שאינו ברשותו, כגון שנגנב או נאבד. ומגלגלין עליו שלא פשע ושלא שלח בו יד קודם לכן. **רמ"א** – נשבע שכדבריו כן אירע ושלא פשע בו, ומגלגלין עליו שלא שלח בו יד.

מהי שבועת השומרים שחייבה התורה? פשטות דעת הרמב"ם, שו"ע – שבועה שאינה ברשותו (לא שבועת שאינה ברשותו של רב הונא, שנתקנה כאשר רוצה לשלם ולא לשבע. אלא שבועת התורה שאינה ברשותו כיון שנגנב או אבד, ולכן הוא רוצה להיפטר בכך). **ירושלמי** – שבועה שאינה ברשותו, ושלא פשע בכך שאינה ברשותו. **רש"י** (על התורה) – שבועה שלא שלחתי בה יד. (בדברי ר"י בתוס' יש מקום להבין כירושלמי, אך הטור והב"י בשם הרא"ש הבינו שהוא סובר כרמב"ם).

ב"מ ו. "דאמר רב ששת: שלש שבועות משביעין אותו (פירש"י: לשומר חנם שטוען נגנבה), שבועה שלא פשעתי בה, שבועה שלא שלחתי בה יד, שבועה שאינה ברשותי". והקשו התוס': "אבל קשה משלחי האומנין (לקמן דף פג.) דקאמר ונשבר או נשבה אין רואה הא יש רואה יביא ראיה ויפטר והא שמא שלח בה יד? וי"ל שיפטר משבועה שנאנסה אך ישבע שלא שלח בה יד. **אי נמי שלא שלחתי בה יד אינו נשבע אלא ע"י גלגול שבועה שלא פשעתי בה**, וכשיש רואה שנאנסה פטור לגמרי". מבואר בתירוצם השני ששליחות יד אינה מעיקר השבועה אלא מגלגלין אותה על שבועת שלא פשעתי, ונמצא שכאשר יש עדים שנגנבה והוא לא פשע בגניבתו – פטור לגמרי. והטעם דלא חשדינן לאדם ששלח יד, דאחזקיני אינשי ברשיעי לא מחזקינן. אולם, על כך שנגנב או אבד צריך לשבע מכיון שזהו עצם הדיון שאני הפקדתי בידך חפץ ואתה מודה, א"כ תשבע שהוא אינו ברשותך בצדק!

בדברי הרמב"ם יש קושי, כיון שבהלכות שאלה (פ"ד, ה"א) כתב שנשבע שהחפץ נגנב או אבד ומגלגלין עליו שלא פשע ושלא שלח בו יד. אולם בהלכות שכירות (פ"ג) כתב שכדי להיפטר צריך עדים שלא פשע!! **הנתיבות (ב) כתב** לחלק בין ב' מצבי פשיעה, הא' פשיעה בשעת השמירה וזה מעיקר השבועה ועל זה דיבר הירושלמי, ועל זה דיבר הרמב"ם בהלכות שכירות. אולם, מאידך אולי פשעת קודם לכן, ואע"פ שעכשיו זה היה אונס אך תחילתו בפשיעה וסופו באונס שאפשר לתלות שבא מחמת הפשיעה – חייב! ועל כך אנו משביעים מחמת גלגול, ודומיא דשליחות יד, ועל זה אמר הרמב"ם בהלכות שאלה שזה מדין גלגול.

סעיף ג

זה שאמרנו שבמקום שיש עדים מצויים אם לא הביא עדים שיעידו כדבריו ישלם, ה"מ במידי דשלטא ביה עינא, כגון מעביר חבית בשוק וכיוצא בו. אבל מילתא דעביד דמתרמי דלא שלטא ביה עינא, כגון מאן דנקט חפצא בידיה, דאפשר שאעפ"י שרבים מצויים שם ליתרע אונסא ולא ירגישו בו בני אדם, דינו כמקום שאין עדים מצויים.

אם אירע הדבר במקום שעדים מצויים, אך מדובר במקרה בו אפשרי שלא יראוהו עדים, כגון שהלך בשוק וחפץ קטן בידו, שאף אם יארע לו אונס אין הכרח שירגישו בו בני אדם – דינו כמקום שאין עדים מצויים; כ"כ הטור בשם הרמ"ה.

סעיף ד

מי שהפקידו אצלו גלימא וטוען שנאנסה, והביא עדים שנאנס לו גלימא, אף על פי שלא ידעו אם היתה גלימת המפקיד, פטור, כיון שאילו היתה גלימא בידו ומפקיד אומר: לא זו היא, ונפקד אומר: זו היא, נאמן בשבועת היסט; ואם המפקיד אומר: שמא, והנפקד אומר: ברי, אפילו היסת ליכא, והכא כיון דמפקיד לא ידע האי גלימא דאיתניס אי ידידה הוא או לא, נפקד מהימן.

1. אם הביא עדים שנגנב/נאנס מידו החפץ שהופקד בידו, אע"פ שאין העדים יודעים שהחפץ שנאנס היה פקדון בידו – פטור משבועה. שהרי העדים מעידים כדבריו, ואע"פ שאינם יודעים שהחפץ שנאנס הוא פקדון. כ"כ הרמ"ה, וטעמו שהרי בדין הבא הנפקד נאמן, א"כ ה"ה הכא. הב"ח הבין שטעמו של הרמ"ה הוא מדין 'מיגו', והתקשה א"כ עקרת לשבועת השומרים מהתורה!! הקצות (ו) ביאר שאין טעמו משום מיגו, אלא שלא נתקנה שבועת השומרים על כך. דהיינו, שכיון שיש עדים כדבריו שהחפץ שהיה בידו נאנס, אלא שהנפקד והמפקיד מתווכחים האם זה היה החפץ שלו או לא – ועל דבר זה לא נתקנה שבועת השומרים! (אלא רק כשהלה טוען שנאנס והלה אינו יודע או כופר).

לדעת הש"ך מדובר שהעדים יודעים שחפץ כמו ששואל המפקיד נאנס ביד הנפקד, אלא שלא ידעו שהוא שייך למפקיד. **ולדעת הקצות** מיירי בכל ענין. **הב"ח הקשה** מהסוגיא בב"מ לה. "אמר רבא: שיש עדים שנשרפה. - אי הכי מהיכא מייתי לה?!", ומדוע לא העמדנו שמיירי שהעדים ראו חפץ דומה לזה שנשרף? **הש"ך תירץ** (ו) דאף לדברי הרמ"ה בעינן שיראו העדים חפץ בדיוק כמו שטוען המפקיד בידו, ולכן לא היה אפשר להעמיד שם כך. **הקצות (ה) לא הסכים עמו**, וכתב ליישב בענין אחר ששבועת השומרים ליתא אלא בענין שהאונס לא ידוע (כמו שביארנו קודם), ומאידך גיסא שבועת המשנה ליכא אלא כשרוצה לשלם ולא לשבע, ודווקא בכה"ג תיקנו דחיישינן שמא עיניו נתן בה. ונמצא שבדף לה. אף אם יהיו עדים על האונס לא יפטר משבועת המשנה, דחיישינן שמא עיניו נתן בה. אולם, אצלנו כשיש עדים נפטר משבועת דאורי ובשבועת המשנה לא יתחייב דלא שייך כאן החשש של שמא עיניו נתן בה.

הנתיבות (ג) ביאר בדומה לקצות, דדוקא כשהשומר רוצה לשלם תקנו שבועה, דחיישינן שמא עיניו נתן בה, ולא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, וגם אינו מעיז שהרי הוא רוצה לשלם. אולם, כאשר הוא טוען נאנס וכדו' ורוצה לפטור עצמו מהתשלומים בטענות הללו, א"כ לא חשדינן ליה בגזלן, ועוד שיש לו חזקה דאין אדם מעיז, ולכן ליכא עליה אלא שבועה דאורי. וכיון שיש עדים על האונס – אין עליו שבועה כלל.

2. אם הנפקד השיב החפץ למפקד, והמפקד טוען אין זה החפץ שלי – נאמן הנפקד. אם המפקד טוען ברי הנפקד חייב היסת, ואם המפקד טוען שמא והנפקד ברי – פטור מכלום.

סעיף ה

אם התנה הנפקד שיהא פטור משבועה, תנאו קיים.

ב"מ צד. במשנה: "מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם". ובגמ': "אמאי? מתנה על מה שכתוב בתורה הוא, וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטלי - הא מני - רבי יהודה היא, דאמר: בדבר שבממון - תנאו קיים וכו'. אלא, כולה רבי מאיר היא, **ושאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשיה**".

סעיף ו

נגנב הפקדון באונס ואחר כך הוכר הגנב, אחד שומר שכר ואחד שומר חנם עושה דין עם הגנב ואינו נשבע. קדם ונשבע ואחר כך הוכר הגנב, אם ש"ח הוא רצה עומד בשבועתו רצה עושה דין עם הגנב; ואם ש"ש הוא, עושה עמו דין. הגה: ראובן המציא חוב בטוח לשמעון וקבל שכר על הסרסרות, ואח"כ נתקלקל החוב וצריכין להשתדל עם השר בעד החוב, ושמעון רוצה שראובן יטריח אותה טירחא הואיל וקבל שכר מן החוב, י"א דהדין עם שמעון דומיא דהוכר הגנב (ת"ה סימן שכ"ד).

נגנב הפקדון ואח"כ נמצא הגנב:

1. **אם נמצא הגנב קודם שנשבע השומר:** חייב השומר לירד עם הגנב לדין. דכיון שהחפץ נגנב ברשותו – הרי הוא מחויב לדאוג להשיבו למפקד.

ב"ק קז:

מה כלול בחיובו של השומר: סמ"ע – רק לירד עמו לדין, אך אינו מחויב לשלם למפקד קודם שיוציא מהגנב. ש"ך – אם ידוע שיצליח להוציא מהגנב – מחויב לשלם לו.

רש"י והטור נקטו שהשומר חייב לשלם למפקד, ואח"כ ירד לדין עם הגנב. **ה"ה כתב שהרמב"ם חולק** וסובר שהשומר אינו מחויב לשלם לבעלים קודם שירד עם הגנב לדין, אלא הוא מחויב לירד עמו לדין ולהוציא מידו ולשלם לבעלים. **הב"י כתב שאף את דברי הרמב"ם אפשר לפרש כרש"י וכטור.** **הסמ"ע נקט** שיש מח' ביניהם וכתב המגיד. אולם, **הש"ך כתב** שנראה לו שאין מח', שאף הטור ורש"י לא אמרו כן אלא מפני שברור שהוא יוציא את הממון מהגנב, ולכן חייבו אותו לשלם למפקד עוד קודם לכן. אולם, כאשר לא ברור שהוא יצליח להוציא מידו, אין מחייבים את השומר לשלם לבעלים קודם שירד עמו לדין.

2. **אם נמצא הגנב לאחר שנשבע השומר:** שומר חנם – אם רוצה יורד לדין עם הגנב, ואם לא עומד בשבועתו. שומר שכר – חייב לירד לדין עם הגנב.

3. **למי משלם הגנב תשלומי כפל וד' וה'?** סמ"ע – למי שיורד עם הגנב לדין. ש"ך – למפקד.

4. **מה דין ליסטים מזוין?** סמ"ע – דינו כגזלן, ופטור מתשלומי כפל וד' וה'. ש"ך – דינו כגנב, דדוקא גזלן שבא בחזקה ובלא נשק כלל פטור. וזו היא הגרסא הנכונה ברמב"ם.

הסמ"ע התקשה מדוע הטור נקט גם בשומר חנם שמדובר בליסטים מזוין, הרי שומר חנם פטור גם בסתם גניבה!! **הש"ך תירץ** דמשום ש"ש נקט הכי גם בש"ח. אולם, הסמ"ע הבין שדווקא נקט הכי מפני שבליסטים מזויין אינו חייב כפל וכדו', ולכן דווקא בכה"ג חייב הנפקד לירד עמו לדין, משא"כ בסתם גנב דכיון שהוא משלם כפל א"כ הבעלים ירדו עמו לדין שהרי הם רוצים שהכפל יהיה להם. אולם, הש"ך כתב שמוכח מהש"ס (ב"ק נו) שליסטים מזוין גנב הוא, וכן שתשלומי הכפל הולכים לשומר דווקא כשהוא מראש הסכים לשלם ולא לישבע, משא"כ היכא שנשבע ואח"כ הוכר הגנב. **הש"ך ביאר שחיובו של השומר לירד לדין עם הגזלן** הוא מפני שברשותו ובשמירתו נגנב מידו, ולכן הוא צריך לדאוג להשיב לבעלים את החפץ שלהם. **הקצות (ז) נקט** שחיובו של השומר לירד לדין הוא מפני ששמירתו לא נגמרה, ואע"פ שנגנב ממנו והוא פטור מתשלומים הרי זה בגלל שלא חל עליו חיוב בכה"ג, אך שמירתו לא כלתה; ולכן הוא מחויב לירד עם הגנב לדין.

5. ראובן שידך לשמעון חוב בטוח, וקיבל שכר על סרסרותו, ואח"כ נפסד החוב ושמעון דורש מראובן לרדת לדין ולטרוח להוציא החוב: רמ"א – הדין עם שמעון, דדמי לנמצא הגנב שמוטל על השומר לטרוח; כ"כ תרוה"ד בסי' שכה. ש"ך – הדין עם ראובן, ולא דמי לשומר שהרי השומר חייב מפני שנגנב ברשותו, אולם הכא מעולם לא קיבל עליו שמירת החוב. והביא שאף הב"י (ס"ס שלה) פקפק בדין זה. ואף תרוה"ד אמר שמסברא היה נראה להיפך, אלא שמהש"ס מוכח כן, וכיון שדחה ראייתו א"כ מסתברא שפטור.

6. מה הדין אם נגנב ואח"כ החזירו הגנב לשומר ופשע בו? רמב"ם – ספק אם כלתה שמירתו בשעת הגניבה, ולכן השומר פטור מלשלם אך אם תפס המפקיד אין מוציאין מידו. שו"ע – השמיט דין זה, וכן הרי"ף והטור. **הקצות הקשה** מדוע השמיטוהו? **הרי זו בעיא מפורשת בב"ק קח: דלא אפשרטא!** תירץ ב' תירוצים: א. ספק הגמ' הוא האם שומר משעת משיכה משתעבד, וממילא הפטור בגניבה הוא מכיון שהרי זה כאילו החזירו לו וכלתה שמירתו; או שמא משעת פשיעה משתעבד וממילא הפטור בגניבה הוא מפני שלא פשע, ונמצא שלא התחייב כלל באופן זה, ומאידך שמירתו לא כלתה. והרמב"ם פוסק ששומר משתעבד משעה ראשונה, אולם הטור והשו"ע סוברים ששומר משתעבד משעת פשיעה, ולכן פשוט שהוא חייב בכה"ג. ב. ספיקו של רבה בר זוטא אינו נכון לדנא, מכיון שקי"ל שאם הוכר הגנב השומר חייב לירד עמו לדין ולהוציא מידו, א"כ מוכח שלא כלתה שמירתו! ורבה בר זוטא חולק על דינו של רבא וסובר שאין השומר צריך לירד עם הגנב לדין. וכ"כ רעק"א (לקמן שה) לתרץ דבריהם.

סימן רצה

שילם הנפקד כיצד משביעין אותו, ובו ג' סעיפים.

סעיף א

שומר חנם שאמר: הריני משלם ואיני נשבע, אם היה הפקדון דבר שכל מינו שוה ומצוי בשוק לקנות כמותו, כגון פירות או יריעות של צמר ושל פשתן השוות בכל ענינם, או קורות שאינם מצויירות וכל כיוצא בהם, ה"ז משלם ואינו נשבע.

אבל אם היה הפקדון [בהמה או] בגד מצוייר או כלי מתוקן או דבר שאינו מוצא לקנות כמותו בשוק, חוששין שמא עיניו נתן בו, ומשביעים אותו בנקיטת חפץ שאינו ברשותו, ואח"כ משלם. וה"ה לשאר השומרים, כגון השואל שאמר: מתה, או: נגנבה, ושומר שכר והשוכר שאמרו: נגנבה, או: אבדה, אף על פי שהם חייבים לשלם משביעים אותם שבועה שאינה ברשותם ואח"כ משלמים דמי הבהמה או החפץ, שאנו חוששים לו שמא עיניו נתן בה. ואם אמרו הבעלים: יתר על זה היה שוה, כולל בשבועתו שאינו שוה אלא כך וכך.

1. שומר שרוצה לשלם דמי הפקדון:

א. אם היה הפקדון דבר המצוי לקנות בשוק – משלם ונפטר. היינו שמינו שווה בכל (כל החפצים הללו אותו דבר, ולא חפץ שמיוצר בהתאמה אישית), וכן מין זה מצוי בשוק; סמ"ע.

ב. אולם, אם מדובר בחפץ שאינו מצוי לקנותו – נשבע בנקיטת חפץ שאינו ברשותו ומשלם דמיו.

כשנשבע, אם מתווכחים כמה היה שווה – כולל בשבועתו שאינו שווה אלא כדבריו.

ב"מ לד: "אמר רב הונא: משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו. מאי טעמא - חיישין שמא עיניו נתן בה". **והידש הרמב"ם** שהיינו דווקא בחפץ שאין מינו שווה בכל, או חפץ שאינו מצוי לקנות בשוק; אולם בדבר שכל מינו שווה ומצוי לקנותו בשוק לא חיישין להכי. וכתב המ"מ שאע"פ שאין זה מבואר בגמ', אך טעמו נראה נכון.

הקשה הסמ"ע (ב) הרי השומר הזה רוצה לשלם כדי להינצל מהשבועה, ואם בכל אופן אנו משביעים אותו, אי"כ הוא ישבע שבועת התורה ויפטר! ותיירץ שאם ישבע שבועת התורה יצטרך להשבע שלא פשע בשמירתו ושלא שלח בו יד, והוא ירא לנפשו שמא פעם אחת נהנה ממנו שלא כדין או לא שמרו כראוי

2. דין זה נכון בין אם השומר טוען טענה שפוטרת אותו כגון שומר חנם שאומר נגנבה אך רוצה לשלם ולא להשבע, ובין אם הוא טוען טענה שמחייבת אותו כגון שומר חנם שטוען פשעתי ואבדה ורוצה לשלם, דבכל עניין חיישין שמא עיניו נתן בה, ובעצם היא נמצאת אצלו ורוצה להשאירה ברשותו. וכתב הסמ"ע שכאשר היה נפטר בשבועתו פשיטא שחיישין שמא עיניו נתן בה, שהרי מדוע רוצה לשלם?! אולם, הרבנותא היא שאפי' כאשר מודה שהוא חייב מן הדין אנו משביעים אותו, וחוששין שמא עיניו נתן בה. וכתב הגר"א שהראיה לדין זה היא שהגמ' מקשה על רב הונא מהמלוה על המשכון שהוא שומר שכר.

3. אע"פ ששילם כבר, יכול המפקיד להשביעו לאחר מכן; ש"ך בשם הרא"ש. הרא"ש (ב"מ פ"ג סי' א) "א"ר הונא משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו. מ"ט חיישין שמא עיניו נתן בה. כך היא גירסת הספרים ורב אלפס ז"ל כתב א"ר הונא אמר הריני משלם משביעין אותו וכו'. **ולא אתא למעוטי בהאי לישראל שאם שילם דתו לא משביעין ליה דהא מלתא בלא טעמא הוא.** דאין לומר כיון שלא השביעו קודם שקיבל תשלומין מחל לו השבועה. דמסתבר טפי למימר שקבל התשלומין כדי שלא יחזור בו".

סעיף ב

נמצא כל שומר שנשבע שבועת השומרים כולל בשבועתו ג' דברים: ששמר כדרך השומרים ושאיננו כד וכך; ושאינו ברשותו; ושלא שלח בו יד קודם שאירעו המאורע הפוטר אותו. ואם רצה לשלם, נשבע שאינו ברשותו וכולל בשבועתו שכך וכך היה שוה. (שילם ולא רצה לישבע ואח"כ הוכר הגנב, קנה כל שבח דאתי מעלמא, אבל לא שבח דמגופא) (טור).

1. נמצאו שבועות השומרים כך הם:

א. אם אינו משלם: סמ"ע – א. נשבע שאירע לו כך וכך בשעה ששמרו כראוי, לדוגמ' בש"ח נשבע שנגנבה ממנו הבהמה בשעה ששמר כדרך השומרים. ב. נשבע שאינה ברשותו, והתקשה הרי כיון שנשבע שנגנבה א"כ אינה ברשותו! ואין לומר שנשבע שלא חזרה אליו אח"כ, שהרי אם נשבע שמתה ודאי שלא יכלה לחזור אח"כ! אלא הכוונה שנשבע שלא נהנה ממנה וקמה ברשותו וממילא נגנבה מרשותו; וא"כ צ"ע מה ההבדל בין זה לשבועה הבאה! ג. נשבע שלא שלח בו יד קודם לכן, דאם שלח בה יד קמה לה ברשותה ונתחייב בדמיה, ונמצא שהיא נגנבה ממנו ולא נפטר בגניבה.

ט"ז – א. נשבע ששמר כדרך השומרים, היינו שומר חנם כדינו וש"ס כדינו. ב. נשבע שאירע לו כך וכך וממילא אינה ברשותו; ועיקר השבועה היא מה אירע, ולא בהכרח צריך להזכיר שאינה ברשותו. ג. נשבע שלא שלח בה יד קודם לכן.

בקצות (רצד, ס"ק ג-ד) מבואר שעיקר השבועה היא שאינה ברשותו, ואילו מה אירע אינו חלק מהשבועה, אלא ממילא הוא נשבע שאינה ברשותו כיון שנגנבה או שאבדה או שמתה. אך כשיש עדים שאינה ברשותו לא בהכרח צריך שידעו מדוע. וא"כ צריך לפרש דברי השו"ע כט"ז, אך שנשבע שאינו ברשותו מכיון שנגנבה וכדו'.

ב. אם הוא משלם: נשבע שאינו ברשותו, וכולל בשבועתו שכך וכך היה שווה.

2. שילם ולא רצה להשבע:

השו"ע השמיט דינים אלו ולא הזכירם כלל, הרמ"א כתב דין זה בתמציתיות והאחרונים האריכו בו הרבה. מדוע השו"ע השמיט? א. כיון שהיום אין לנו דין כפל שהרי אין לנו סמוכים (אמנם הש"ך כתב שגם היום יש נפק"מ כיון שמועילה תפיסה). ב. הנתניבות (א) הקשה מדוע השמיטו השו"ע והרמ"א דינים אלו, ואף הרמ"א לא הזכיר אלא מה הדין כששילם אך לא כתב מה הדין כשאמר הריני משלם! וביאר שכיון שלכו"ע לאחר ששילם בפועל קנה את כל השבח שמכאן ולהבא, לכן הרמ"א השמיטנו רבותא טפי שאפי' שילם בפועל לא קנה את השבח דאיתי מגופא אלא שבחא דאיתי מעלמא, אולם לאחר התשלום ודאי שקנה הכל.

א. שילם ולא רצה להשבע ואח"כ נמצא הגנב: שבח דאיתי מעלמא כגון כפל ותשלומי ד' וה' לשומר, שבח דאיתי מגופא כגון גיזות וולדות למפקיד.

ב"מ לד: "שילם ולא רצה לישבע וכו'. אמר רבי חייה בר אבא אמר רבי יוחנן: לא שילם שילם ממש, אלא כיון שאמר הריני משלם, אף על פי שלא שילם". ובדף לג: "מתקיף לה רמי בר חמא: והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכו'! אמר רבא: נעשה כאומר לו: לכשתגנב ותרצה ותשלמני - הרי פרתי קנויה לך מעכשיו. - מתקיף לה רבי זירא: אי הכי, אפילו גיזותיה וולדותיה נמי. אלמה תניא: חוץ מגיזותיה וולדותיה! - אלא אמר רבי זירא: נעשה כאומר לו חוץ מגיזותיה וולדותיה. - **ומאי פסקא? - סתמא דמלתא, שבחא דאתא מעלמא - עביד איניש דמקני, שבחא דמגופא - לא עביד איניש דמקני.** איכא דאמרי, אמר רבא: נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני, סמוך לגניבתה קנויה לך. מאי בינייהו? - איכא ביניהו קושיא דרבי זירא. אי נמי, דקיימא באגם". **ופסקו הרא"ש והטור ורבינו ירוחם שהלכה כלישנא קמא דרבא, וכן משמע מסתימת דברי הרמב"ם, וכן כתב הש"ך (יא).**

ב. מאימתי קונה את הכפל והשבח דאיתי מעלמא? סמ"ע – משעה שנשבע שאינה ברשותו, והרמ"א כתב שילם כיון שלא רצה להכניס עצמו למח'. **ש"ך** – משעה שאמר 'הריני משלם', כפשט הגמ' ודלא כרא"ש. **האם בעינן דווקא שיאמר בלשון זה 'הריני משלם'?** ב"ח – כן. קצות (א) בטענה שמחייבת אותו ממון קנה מיד כשהודה בחיובו, כגון אם הודה שפשע מיד קנה הכפל, אולם בטענה הפוטרת אותו בשבועה לא קנה עד שיאמר שרוצה לשלם.

הרא"ש למד מגירסת הרי"ף "ורב אלפס ז"ל כתב א"ר הונא אמר הריני משלם משביעין אותו וכו'. ולא אתא למעוטי בהאי לישנא שאם שילם דתו לא משביעין ליה וכו' אלא אדר' יוחנן קאי דאמר דאם אמר הריני משלם דמקני ליה כפילא ואתא לאשמועין דלא מקני כפילא עד שישבע שאין ברשותו. דכל זמן שלא נשבע או שילם לא סמכא דעתיה שיהא בדבריו אלא אומר עיניו נתן בה וקודם שישבע או ישלם יחזור בו הלכך אכתי לא מקני ליה כפילא". **וכתב הב"י** "ומכל מקום אין דברי הרא"ש מחוורים בעיני לחדש דבר כזה מדעתנו בשביל דקדוק לשון דאי הוה דינא הכי ודאי לא הוה שתיק תלמודא מלאשמועין חידוש גדול כזה". **הסמ"ע** הסכים עם הרא"ש והטור, אולם **הש"ך** כתב שהעיקר כב"י ושכן דעת כל הפוסקים.

ג. מאיזה שעה נקנה לו השבח דאיתי מעלמא? סמ"ע – כל שבח שבא משעת הפקדון נקנה לשומר, כדעת הרמב"ם וה"ה ולא כראב"ד. **ש"ך** – כל שבח שבא משעת התביעה, כדעת הראב"ד, שהרי אולי פשע בה עכשיו ונתחייב לשלם כשעה זו! **קצות** – לכו"ע קונה שבח דאיתי מעלמא משעת הפקדון, ונחלקו האם יוקר הוא בכלל שבח דאיתי מעלמא או מגופא. אמנם, דווקא כשנפטר מדינא, אך אם חייב מדינא כגון שמודה שפשע לא קונה אלא שבח הבא משעת הפשיעה.

הרמב"ם (הל' שאלה ופקדון פ"ח ה"ג) פסק: "כל הקונה הכפל קונה השבח הבא מאליו, כיצד הפקיד ארבע סאין אצל חבירו והרי הן שוין סלע ונגנבו וכו', ואח"כ נמצאו והרי הן שוין ארבע סלעים הרי הן של שומר ואינו משלם אלא סלע" **והשיגו הראב"ד** "דוקא שבא השבח אחר ששלם או שאמר הריני משלם". **ה"ה הקשה** שהרי ללישנא קמא קונה למפרע משעת פקדון ואף ללישנא בתרא קונה משעת גניבה, אך ודאי שקונה קודם התשלום? **וכן פסק הסמ"ע. הש"ך תירץ** שאע"פ שקונה למפרע משעה ראשונה, אך התנאי הוא שאם תשלם לי כמה שהיו ביי"ד מחייבים אותך באותה שעה אקנה לך הכפל, וכיון שביי"ד היו מחייבים אותו כשעת תביעה, שהרי אולי זה אצלו או שהוא פשע בה באותה שעה ומתחייב כאותה שעה; **לכן הש"ך הסכים עם הראב"ד. הקצות** הקשה על הש"ך, שהרי שבועת השומרים אינה כוללת את השבועה על שווי החפץ אלא מכח גלגול, וא"כ במצב שאין שבועה (כגון הכא שרוצה לשלם ומדובר בחפץ שמצוי בשוק) א"כ ביי"ד לא יחייבו אותו אלא על השווי של החפץ בשעת הפקדון, וא"כ נפלו דברי הש"ך. **הנתיבות** ביאר דבריו, שאמנם אם בעה"ב היה תובע לשומר לא היה יכול להוציא ממנו, אולם כאשר השומר תובע מבעה"ב השבח (שהרי הוא המוחזק בגוף הבהמה ובשבח) א"כ יכול בעה"ב לומר לו אולי פשעת ולא שילמת לי כראוי ולא הקנית לי השבח בכה"ג. **אמנם, הנתיבות והקצות הסכימו שהראב"ד סובר כדעת הריטב"א שיוקר הוי כשבחא דגופא** שהשומר לא קונה, ולכן כתב שרק לאחר ששילם קנה את היוקר שמכאן ולהבא. מכאן הוכיח הנתיבות שלכו"ע לאחר ששילם השומר קנה בין שבחא דאתי מעלמא ובין שבחא דמגופא מכאן ולהבא, ומה שאמרו בגמ' שלא קנה היינו השבח שהשביח החפץ משעת הפקדון עד שעת התשלום.

ד. מה הדין בשבח דאתי מגופא שהשביח לאחר ששילם? הנתיבות והקצות למדו מדברי הראב"ד לעיל שמשעה ששילם קנה החפץ לגמרי, וכל מה שישביח מכאן והלאה הרי הוא שלו. **הקצות** הבין שהש"ך (ט) לא סובר כך, אלא אף לאחר ששילם לא קנה אלא שבחא דאתי מעלמא. **אולם, הנתיבות (א) ביאר** שאף הש"ך לא אמר אלא שלא קנה את השבח שלאחר הגניבה קודם התשלומים, אבל מה שבא לאחר ששילם ודאי שקנה. אמנם, מפשט דברי הרמב"ם שגוף הפרה חוזרת לבעלים משמע שחולק על הראב"ד, ואף לאחר ששילם לא קנה את גוף החפץ אלא רק קנה חלק בגוף לענין הכפל. ואפשר לדחוק שהרמב"ם דיבר רק במקרה שאמר הריני משלם, כמו שמבואר בדבריו, ובכה"ג קנה רק חלק בפרה לענין הכפל, דאין סברא שיקנה לו גוף הפרה לגמרי קודם תשלום אם יכול להסתפק בלהקנות לו חלק בגוף, אולם לאחר ששילם ממש ודאי שקנה הכל, ובכה"ג אין הפרה חוזרת אלא לשומר. אלא שזה דוחק שהרי היה לרמב"ם להשמיענו חילוק זה.

ה. מה דין החפץ עצמו? ש"ך (יא) – דעת הרמב"ם שגוף החפץ נשאר לבעלים, אולם מדברי התוס' משמע שגוף החפץ מכור לשומר; ודחק לומר שגם הרמב"ם מודה לזה. **הנתיבות (ד) ביאר** שדעת הרמב"ם שגוף החפץ אינו קנוי לשומר, דמה שהעמידה הגמ' שמייירי במקנה גוף הפרה למפרע, היינו רק על הצד שא"א למכור עבדו לקנס, וכיון שדין מכירת עבד לקנס הוא בעיא דלא אפשר, א"כ על הצד שמהני מכירה לקנס לא זכה השומר בגוף הפרה, וכיון שהמפקיד הוא מוחזק א"כ אין השומר יכול להוציא מידו גוף החפץ. **אמנם, לדעת הראב"ד פשיטא** שלאחר ששילם קנה גוף החפץ לגמרי לאחר ששילם.

3. כמה פרטי דינים בדין זה:

א. תבעו לדין, ושילם מעצמו בלא כפיית ביי"ד – קונה השבח, אע"פ שלא רצה לשלם בתחילה קודם שאמרו לו ביי"ד שהוא חייב לשלם, והטריחו לבוא עמו לדין כדמוכח מבי"ק קח. ודווקא כשכפו אותו ביי"ד ושילם – לא קונה הכפל.

ב. אם נשבע ונפטור, ואח"כ הודה שנשבע לשקר ושילם – קונה השבח. ב"ק קח. "תבעוהו בעלים לשומר ונשבע ושילם, והוכר הגנב, כפל למי? אביי אמר: לבעל הפקדון, רבא אמר: למי שהפקדון אצלו". ופסקו כרבא.

ג. רצה לשבע, ובאו לגלגל עליו טענות נוספות ואמר הריני משלם ואיני נשבע – קונה השבח. ש"ך (ד) בשם הרא"ש.

ד. שילם ואח"כ נמצא שהיה הפקדון ברשותו, אם לא ידע מזה – קונה השבח. ש"ך (ו) כדמוכח מעובדא דכיפי (ב"מ לה.).

ה. אם יש לשומר עדים שהוא פטור, כגון לש"יח יש עדים שנגנבה ולש"יש שנאנסה – אם שילם לא קנה הכפל, כ"כ הרשב"א וטעמו דהמפקיד לא אסיק אדעתיה שישלם לו ולא התכוון להקנות לו.

ו. שילמו הבנים, אם לא הניח להם אביהם אחריות נכסים, דלא היו חייבים לשלם כלל – לא קנו הכפל (ע"פ יסוד דברי הרשב"א דלעיל). **אם הניח להם אחריות נכסים – זהו בעיא דלא אפשר** (ש"ך ח).

ז. אם יש למפקיד עדים שהשומר חייב, אם שילם השומר בלא כפיית ביי"ד: רשב"א – קנה הכפל. רמב"ן ורמב"ם – לא קנה הכפל. וכתב הש"ך (ח) שכן עיקר.

ב"מ לד. "אמר רב פפא: שומר חנם, כיון שאמר פשעתי - מקנה ליה כפילא, דאי בעי פטר נפשיה בגניבה. שומר שכר, כיון שאמר נגנבה - מקנה ליה כפילא, דאי בעי פטר נפשיה בשבורה ומתה. שואל שאומר הריני משלם - לא מקני ליה כפילא. במאי הוה ליה למפטור נפשיה - במתה מחמת מלאכה, מתה מחמת מלאכה לא שכיח. איכא דאמרי, אמר רב פפא: שואל נמי, כיון שאמר הריני משלם - מקני ליה כפילא, דאי בעי פטר נפשיה במתה מחמת מלאכה. אמר רב זביד, הכי אמר אביי: שואל עד שישלם. מאי טעמא - הואיל וכל הנאה שלו, בדיבורא לא מקני ליה כפילא". מבואר בגמ' שרק כאשר יכל לפטור עצמו בטענה אחרת מקנה לו כפל, אך אם בלאו הכי היה חייב לשלם - לא קנה. וזהו טעמם של החולקים על הרשב"א. אולם, הרשב"א האריך לבאר שאין צורך אמיתי ב'מיגו דאי בעי פטר נפשיה בטענה אחרת', אלא זהו הטעם מדוע בשעה שהוא משאיל הוא מתכוון להקנות לו אם ישלם - כיון שהוא יכול לדחות אותו ולהשתמש ממנו בטענות פטור, ולכן כל מי שישלם הוא מקנה לו. אולם, בשומר שבאופן עקרוני אין לו צדדי פטור - הוא לא מקנה לו, ולכן בשואל דין זה לא נכול לחלק מהשיטות. אמנם, בשומר שבאופן עקרוני יכל להיפטר, גם במקרים פרטיים בהם לא יוכל להיפטר כגון שיש עדים - הוא יקנה כפל, כיון שלעולם הוא מקנה לו. ומצא סייע לדבריו מהירושלמי. והש"ך כתב שאין כן בירושלמי שלפנינו, ואפי' היה כן כיון שפשט הש"ס דידן לא כך - אין הלכה כירושלמי הזה.

סעיף ג

יש מי שאומר שאפילו היה הדבר המופקד או המושכר או השאול שוה פרוטה, הרי השומר נשבע עליו ואין אחד מהשומרים צריך להודאה במקצת ולא לכפירה במקצת. ורבו החולקים עליו במה שכתב שאפי' היה הדבר המופקד שוה פרוטה נשבע עליו, ואומרים שצריכים כפירה שתי כסף.

1. האם בשבועת השומרים יש צורך בב' כסף? ר"י מיגש ורמב"ם - לא בעינן ב' כסף. רוב הראשונים - בעינן ב' כסף. נחלקו בדבר הראשונים: **דעת הרמב"ן, הרא"ש והר"ן** שבעינן ב' כסף, כיון שהפסוק 'כסף או כלים' ממנו למדו שבמוב"מ בעינן ב' כסף נאמר בשומרים, ואע"פ שעירוב פרשיות כתיב אך 'עירוב' ולא 'עיקור', וא"כ זה קאי גם על שומרים. ועוד, שאם בשומרים לא בעינן, היה לרב נחמן בר יצחק (שבועות מא) להשמיענו רבותא טפי בשומרין מבעד אחד, שהרי פסוק זה נאמר בשומרין. ועוד ראינו משבועת השותפין שבעינן בה ב' כסף (כמבואר בשבועות מח.), דדמו לשומרים ותקנו להם רבנן כעין דאורי, אך אם בשומרים לא בעינן - א"כ לא היו מתקנים להם רבנן שבועה בב' כסף. **אולם, הרמב"ם והר"י מיגש, וכן הסכים הרשב"א בחידושו** שאף בשומרים לא בעינן ב' כסף, וכתב הרשב"א שהטעם הוא מפני שאע"פ שהפסוק נאמר בשבועת השומרים, אך הצורך בב' כסף הוא מדיני הכפירה ואין לנו ללמוד ממנו לדיני שומרים. דהיינו שטעמו מפני שדווקא במוב"מ השבועה נובעת מחמת הכפירה, ולכן בעינן כפירה חשובה, משא"כ בשומרים.

2. **סתירה בפסקי השו"ע**: כאן משמע שהשו"ע לא פוסק כרמב"ם שהרי כתב "ורבו החולקים עליו", אולם בסי' פח סעי' ה כתב רק את דעת הרמב"ם ולא הזכיר שיש החולקים (אמנם הרמב"א שם הביא את דעת החולקים ופסק כמותם) וא"כ משמע שדעתו לפסוק כרמב"ם! הסמ"ע תירץ דסתם שם כיון שסמך על מה שכתב הכא שהוא עיקר מקום הדין. ולענ"ד ת"י זה קשה מאד, שהרי שם הסימן עוסק בדיני שבועות, וא"כ היה לו להזכיר! וה' יאיר עינינו בתורתו.

סימן רצו

המפקיד בעדים וטוען הנפקד: נגנב או: להד"מ, ובו ח' סעיפים.

סעיף א

אחד המפקיד או המשאיל או המשכיר את חבירו בעדים או שלא בעדים, דין אי יש להם, כיון שהודה זה מפי עצמו שהפקיד בידו או שהשאילו או שהשכירו הרי זה נשבע שבועת השומרים, שאין אומרים מגו לפוטרו משבועה, אלא לפוטרו מלשלם. (ו"א דאמרינן מגו לפטור משבועה, אלא שאין זה מגו טוב לכן לא אמרינן ליה) (טור בשם הרא"ש ור"ן ר"פ הנשבעין והמגיד פ"ב דשכירות).

1. אין הבדל בין אם הפקיד אצלו בעדים או שלא בעדים, שאפי' הודה מפי עצמו שהופקד אצלו – נשבע שבועת השומרים.

שבועות מה: הגמ' אומרת שבעה"ב נאמן כלפי השכיר במיגו דלהד"מ, ועל כך "אמר רמי בר חמא: כמה מעליא הא שמעתא. אמר ליה רבא: מאי מעליותא? א"כ, שבועת שומרינן דחייב רחמנא היכי משכחת לה: מתוך שיכול לומר לו לא היו דברים מעולם, יכול לומר לו נאנסו! דאפקיד ליה בעדים. מתוך שיכול לומר לו החזרתיו לך, יכול לומר לו נאנסו! דאפקיד ליה בשטרא". מבואר שלדעת רבא שבועת השומרים ליכא אלא כשהפקיד אצלו בשטר, דאל"כ נאמן בנאנסו מיגו דהחזרתיו! וכתבו הראשונים שלא קי"ל כסוגיא הזאת, שהרי בב"ב ע. מבואר שאפי' כשהפקיד אצלו בשטר נאמן לומר החזרתיו!

עוד הקשו על רבא וכי אין לו דין מיגו! ביאר הר"י מיגש שאין לו מיגו לאפטורי משבועה ולכן הקשה כאן, ולכן לדידן אע"פ שנאמן לומר החזרתיו אף כשהפקיד אצלו בשטר, אפי' הכי שבועת השומרים איכא תמיד כיון שלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. אולם, הרא"ש כתב "ודבריו אינם מובנים לי, כיון דמיגו דאוי' הוא מה לי ממון מה לי שבועה?! אטו שבועה לאו ממון הוא דזימנין דלא בעי אשתבועי וקיהיב ממונא". אלא ביארו שקושייתו היא שהרי זה מיגו דהעזה, והרי מיגו דהעזה אינו פוטר משבועה, שהרי אם היינו אומרים שאף מיגו דהעזה פוטר משבועה אי"כ שבועת השומרים היכי משכחנא לה, שהרי אף שם יש לו מיגו דהעזה. אמנם, בשבועת שכיר מהני מיגו דהעזה, כיון שהשבועה שם היא רק מתק"ח הקלו אף במיגו דהעזה.

2. מדוע אינו נפטר מהשבועה במיגו דלהד"מ, או במיגו דהחזרתיו? שו"ע – אין אומרים מיגו לפוטרו משבועה, כדעת הרמב"ם והר"י מיגש. רמ"א – אמרינן מיגו לפטור משבועה, אך הכא הוי מיגו דהעזה, שהרי כשטוען להד"מ או החזרתיו חברו מכיר בשקרו, משא"כ כשטוען נאנסו וכדו' שאין חברו יודע מה קרה; כדעת רוב הראשונים. **ומיגו דהעזה לאפטורי משבועה לא אמרינן, אך לאפטורי ממון אמרינן.** או שאף בממון לא אמרינן ודווקא כשהוא העזה גמורה שהיה לו עסק עמו מתחילה ועכשיו כופר בו; ועי' בש"ך בכללי מיגו (ס"ס פב).

הר"י מיגש והרמב"ם כתבו שהטעם הוא מפני שמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, וכן פסק השו"ע. אולם, רוב הראשונים ביארו הטעם שלא מהני בשבועת השומרים מיגו מפני שלא הוי מיגו טוב, דהוי מיגו דהעזה; וכן פסק הרמ"א. וכן נראה שהלכו בדרך זו רוב האחרונים, דמפשט דברי הסמ"ע והש"ך בהלכות טוען ונטען משמע תמיד שהחילוק הוא דמיגו דהעזה בשבועה לא אמרינן אך בממון אמרינן; ולא שלא אמרינן מיגו כלל לאפטורי משבועה.

3. **מדוע לדעת השו"ע לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה? סמ"ע** – בממון הקלו חכמים להחזיקו אצל בעליו ע"י מיגו, משא"כ בשבועה. ש"ך, ע"ש – מיגו הוי מדאוי' ולא מדרבנן, אלא הטעם שבממון המיגו מהוי ראייה מסוימת שהרי הוא מפחד להפסיד את הממון, ולכן אם היה משקר היה טוען את הטענה הפשוטה ולא את הטענה המיגוית. אולם, בשבועה היא לא כ"כ מפחידה אותו, ומקסימום הוא יטען ולכן אין ראייה בכך שטען את הטענה המיגוית שהוא דובר אמת.

סעיף ב

אבל אם טען: לא הפקדת בידי מאומה ולא השאלתני ולא השכרתני, או שאמר: אמת הפקדת בידי או השכרתני או השאלתני אבל החזרתני לך, נשבע היסת ונפטר. אפילו הפקיד בידו או השאילו או השכירו בשטר, נאמן בשבועה בנקיטת חפץ לומר: החזרתני לך, במגו שהיה יכול לומר: נגנב, אם הוא שומר חנם, או: נאנס, אם הוא שומר שכר, ומתה מחמת מלאכה אם הוא שואל. וכשם שאם היה טוען כן היה צריך לישבע מן התורה בנקיטת חפץ, כך כשטוען: החזרתני, צריך לישבע כעין של תורה.

1. **אם טען 'לא היו דברים מעולם' או שטען החזרתני – נשבע היסת ונפטר,** ואינו נשבע שבועת השומרים.

2. אפי' אם הפקיד אצלו בשטר נאמן לומר החזרתי, וצריך לשבע כעין של תורה בנק"ח, דכיון שיכל לטעון נאנסו ולהפטר, יש לו מיגו לומר החזרתי אלא שצריך שבועה שהרי אף בטענת נאנסו היה צריך לשבע.

ב"ב ע. "בעא מיניה רב עמרם מרב חסדא: המפקיד אצל חבירו בשטר, ואמר לו החזרתי לך, מהו? מי אמרין: מיגו דאי בעי אמר נאנסו - מהימן, השתא נמי מהימן, או דלמא אמר ליה: שטרך בידי מאי בעי? א"ל: **מהימן. ולימא ליה: שטרך בידי מאי בעי? א"ל: וליטעמך, וכי א"ל נאנסו, מי מצי א"ל: שטרך בידי מאי בעי? אמר ליה סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי? ה"נ מאי נאמן? נאמן בשבועה."**

האם שבועה זו היא שבועת התורה ממש או שבועה מדרבנן כעין של תורה? ש"ך - שבועה מדרבנן, דשבועת התורה לא הוי אלא נאנסו וכדו', אך שבועת החזרתי היא שבועה מדרבנן, אלא שצריך לשבע בנק"ח כדי שיהיה לו מיגו, שהרי אם היה טוען נאנסו היה צריך לשבע בנק"ח. וכן מוכח בתוס' ב"ב לד. (ד"ה הוי מחויב שבועה), ובבעל המאור וברבינו שמשון מקינון. וממילא הנפק"מ היא לענין מיחת לנכסיה, חשוד, והיפוך שבועה. רעק"א הקשה איך יכול להפך, הרי השבועה היא בונה לו את המיגו ואם יהפך השבועה נמצא שאין לו מיגו! (שהרי אם היה טוען נאנסו לא היה יכול להפך, וא"כ מובן מדוע לא טען כן). **ב"ח, סמ"ע וקצות - שבועת התורה.**

סעיף ג

בד"א, כשהיה השומר יכול לטעון לומר: נאנסו, ולא נצריך אותו להביא ראיה על טענתו. אבל אם היה חייב להביא ראיה על טענתו, כגון שהיה במקום שעדים מצויים, אינו נאמן לומר: החזרתי, אלא ישבע בעל השטר בנקיטת חפץ שלא החזיר לו, וישלם. והוא דאמר לו: ישתבע לי שלא החזרתיו לך; אבל אן לכתחלה אמרין ליה: זיל שלים ליה.

1. במקום שיש עדים מצויים, אינו נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו, שהרי אף בטענת נאנסו לא היה נאמן בלא ראיה, כמו שנפסק בסי' רצד סעיף ב. אלא חייב לשלם.

2. אמנם, יכול לטעון לו: אשתבע לי דלא החזרתי לך, אך לכתחילה לא נטעון כן עבורו אם לא טען. כן כתב הראב"ד, ולמד כן מהדין של אשתבע לי דלא פרעתך, וכתב ה"ה שנכון הוא.

סעיף ד

בא להחזיר לו פקדונו, וא"ל המפקיד: אין זה פקדוני אלא אחר הוא, או: שלם היה ושברתו, או: חדש היה ונשתמשת בו; מאה סאין הפקדתי אצלך ואין אלו אלא חמשים ובעל הבית אומר: זהו שהפקדת בעצמך וזה שנתת אתה נוטל, הרי השומר נשבע היסת כשאר כל הנשבעין, שאין כל שומר נשבע שבועת השומרים האמורה בתורה אלא בזמן שמודה בעצמו על פקדון כמו שאמר המפקיד, אלא שטוען שנגנב או אבד או נשבר. אבל אם אמר: זהו שהשאלתני או שהשכרת לי או: שנטלתי שכר על שמירתו, והבעלים אומרים: אינו זה אלא אחר, או: נשתנה מכמות שהיה, הרי השומר נשבע היסת או שבועת התורה אם הודה במקצת. כיצד, מאה סאה הפקדתי אצלך, והשומר אומר: לא הפקדת אצלי אלא חמשים, נשבע שבועת התורה, מפני שהודה במקצת, לא משום שבועת השומרים. מאה כור של חטים הפקדתי אצלך, והוא אומר: לא הפקדת אצלי אלא מאה של שעורים, נשבע היסת כשאר כל הנשבעין בטענה כזו.

1. אם הנפקד משיב הפקדון והמפקיד אומר אין זה פקדוני וכדו' - נשבע היסת, כסתם תביעה דלא נתקנה שבועת השומרים בכה"ג, אלא כשטוען השומר טענה שפוטרת עצמו מהתשלומים כגון נגנב או אבד וכדו', אולם כשטוען טענה אחרת אין בה שבועת השומרים.

2. אם המפקיד טוען מאה היו ואין כאן אלא חמשים, והנפקד משיב מה שהנחת אתה נוטל - נשבע היסת ונפטר. מדוע אין כאן שבועת התורה של מודה במקצת? **סמ"ע -** מדין הילך, כיון שהם מזומנים בידו ליתנם לו (כן הוא ש"י הרמב"ם אליבא דהסמ"ע), ולשאר הראשונים אפי' כשהם בביתו דכל פקדון הילך הוא. **ש"ך -** מכיון שאין כאן מודה במקצת, שהרי לא הודה בכלל אלא אמר 'מה שהנחת אתה נוטל'. (ומיירי שהריקבו בפשיעתו דלא שייך לדבר על הילך).

3. אם הודה במקצת, כגון שהמפקיד תובע מאה והנפקד מודה בחמישים - נשבע שבועת התורה ונפטר, אולם אם הודה בחמישים ממין אחר, נשבע היסת ונפטר ולדעת הרמ"א אפי' יודע שחייב לו פטור - דמחל לו.

סעיף ה

מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם. וכן מתנה בעל הפקדון על שומר חנם או שומר שכר ושוכר להיות חייבים בכל כשואל, שכל תנאי בממון או בשבועת ממון קיים, ואין צריך לא קנין ולא עדים. דלא איברו סהדי אלא לשיקרא; סמ"ע.

סעיף ו

טען זה שהיה שם תנאי, והשומר אומר: לא היה שם תנאי, נשבע השומר שבועת השומרים ומגלגל בה שלא היה שם תנאי.

אם טוען המפקיד שהיה תנאי שהשומר יתחייב אף יותר משמירתו, והנפקד מכחיש – נשבע שבועת השומרים ונפטר, ומגלגל בשבועתו שלא היה ביניהם תנאי.

סעיף ז

טען שהפקיד אצלו, וזה אמר: לא אמרתי אלא הנח לפניך ולא נעשיתי לך שומר, נשבע היסט שלא קבלו אלא בדרך זו, וכולל בשבועתו שלא שלח בו יד ולא איבדו בידיים ולא בגרם שגרם לו שיהיה חייב לשלם.

טען הנפקד שלא קיבלו בתורת שמירה – נשבע היסט ונפטר, וכולל בשבועתו שלא שלח בו יד באופן המחייב גם מי שאינו שומר, ולא הזיקו בידיים או בגרם גדול שנראה כאילו אבדו בידיים; סמ"ע.

סעיף ח

הודה השומר שפשע, וטען: תנאי היה בינינו שלא אצטרך לשומרו כדרך השומרים, והמפקיד אומר: לא היה שם תנאי, אף על פי שהפקיד אצלו בעדים שמעידים שדבר זה פקדון הוא אצל זה אבל לא ידענו אם היה בתנאי אם לאו, השומר נאמן מתוך שהיה יכול לומר: שמרתי כדרך השומרים ונאנסתי, נאמן לומר שהיה ביניהם תנאי, ולפיכך ישבע שלא שלח בו יד ושאינו ברשותו ושהיה בהם תנאי. ואם הביא המפקיד עדים שפשע, חייב השומר, ואינו נאמן במה שטוען: תנאי היה בינינו, שהרי אין כאן מגו. הגה: ודוקא שיודעין עדים שהיה שומר עליו. אבל בלא זה, אף על פי שפשע נאמן, במגו שהיה יכול לומר: לא הייתי שומר עליו דלא אמרתי אלא הא ביתא קמך (המגיד פ"ו דשאלה).

1. אם השומר מודה שפשע, אלא שטוען שהיה ביניהם תנאי שלא יצטרך לשמור כדרך השומרים, והמפקיד מכחישו – נאמן השומר, שהרי יש לו מיגו שיכל לומר שלא פשע אלא נאנס וכדו'. ואפי' יש עדים שדבר זה הוא פקדון אצלו אך אינם יודעים אם היה תנאי, כגון שראו שקיבלו סתם אך הוא טוען שלפני כן סיכמו כן ועל דעת כן קיבלו. אך אינו נאמן לומר שהתנו ביניהם אחרי שקיבל את הפקדון.

2. אם יש עדים שפשע בשמירתו – חייב לשלם, ואינו נאמן בטענתו שהרי אין לו מיגו. ודוקא שהעדים יודעים שקיבלו בתורת שמירה, דאי לאו הכי יש לו מיגו שיכל לומר שלא קיבלו בתורת שמירה; רמ"א.

הדין של סעיף זה מקורו מדברי הרמב"ם (הל' שאלה ופקדון פ"ו ה"ב), והראב"ד השיגו שהרי זה מיגו במקום עדים דכיון שהעדים יודעים שהפקידו בידו ולא שמעו שהיה תנאי, א"כ אינו נאמן לומר שהיה תנאי ביניהם. וה"ה תירץ ובכס"מ האריך בדבר וביאר שכוונת ה"ה לומר שאע"פ שהעדים ראו שהפקידו בסתם אך אולי היה תנאי ביניהם קודם לכן, ואדעתא דהכי הפקידו בידו. וכ"כ הש"ך (ח).

סימן רצז

הכופר בפקדון אפילו נותן המפקיד סימן, ובו סעיף אחד.

סעיף א

המפקיד אצל חבירו שלא בעדים, נאמן לומר להד"מ, אף על פי שאין הנפקד אמוד שיהא לו חפץ כזה והמפקיד נותן בו סימן. ואפילו הפקיד אצלו בעדים, אם לא ראו עתה בידו, נאמן לומר: החזרתיו לך, או: נתת לי במתנה. ואפילו אם טוען: הפקדתי בידך חטים, וזה אומר: החזרתי לך, והלה אומר: והרי כך וכך היו ונתתם בחבית פלונית, ונמצא כדבריו, אפילו הכי נאמן הנפקד לומר: החזרתי לך את שלך ואלו אחרים הם, אפילו הפקידם בעדים.

אבל אם עדים מעידים שהפקיד בידו זה החפץ ורואים אותו עתה בידו, אינו נאמן לומר: חזרתי (ולקחתי ממך), או: נתת לי במתנה. ולא מבעיא אם הוא חי, שמוציאין אותו מידו, אלא אפילו אם מת מוציאים אותו מהירשים, אפילו בלא שבועה. הגה: אמר המפקיד: חפץ פלוני הפקדתי בעדים בידו שסימנו כך וכך, ואנו רואים ביד היתומים חפץ כזה, צריכין להראותו לעדים, ואם עדים מעידים אותו שהוא זה, מחזירין אותו. ואם אמרו היתומים: אבינו אמר שלו הוא, נאמנים בשבועה (טור ס"ד).

ולא עוד אלא מי שבא ואמר: כך וכך הפקדתי אצל אביכם, ונתן סימנים מובהקים, ונמצא הפקדון כמו שאמר, והיה יודע הדיין שלא היה המת אמוד שזה הפקדון שלו, יש לו לדיין הזה לתת הפקדון לזה שנתן סימניו, והוא שלא יהיה המפקיד רגיל להכנס אצל זה שמת; אבל אם היה רגיל להכנס אצלו, שמא של אחר הוא והכיר הסימנים שלו. באו עדים והעידו לדיין שאין זה אמוד, אין מוציאין מיד היתומים בעדותן, שאין זה ראיה ברורה, ואומדן דעתם אינו אומד דעתו, ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו.

ומשרבו בתי דינים שאינם הגונים, ואפילו יהיו הגונים במעשיהם אינם חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שאין מוציאים מהיתומים באומד דעתו של דיין. (החזיר פקדון ע"פ ב"ד ואח"כ נודע שטעו, הנפקד פטור) (רבינו ירוחם נ"א ח"א).

סימן רצח

נפקד אומר: איני יודע כמה אני חייב, והמפקיד טוען ברי, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

כל שומר שנתחייב לשלם ואמר: איני יודע כמה דמים אני חייב לשלם, והבעלים אומרים: אנו יודעים כך וכך היה שוה, כגון שהפקיד אצלו כוס מלא זהובים ופשע בו, הבעלים אומרים: ק"ק דינרים היו, והשומר אומר: ודאי שהיו בו דינרים אבל איני יודע כמה היו, נמצא זה כטוען ק"ק ומודה לו במקצת ואמר: השאר איני יודע, שהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, ומשלם. ולפיכך הבעלים יטלו בלא שבועה, והוא שיטענו דבר שהם אמודים בו. ויש לשומר להחרים על מי שלקח ממנו יותר מהראוי לו (וע"ל סימן צ' סעיף י').

סעיף ב

מת אביו והניח לו שק צרור, והפקידו אצל חבירו ופשע בו, המפקיד אומר: איני יודע מה היה בו שמא מרגליות היו בו, וכן השומר אומר: איני יודע כמה אני חייב לשלם שמא זכוכית היה מלא, ישבע השומר כתקנת חכמים שאינו ברשותו, ויכלול בשבועתו שאינו יודע בודאי שהיה בו יותר על שוה כך וכך, וישלם מה שהודה לו. (מפקיד שאמר: נגנב לי מן הפקדון, והשומר אומר: איני יודע, נשבע שאינו יודע, ופטור). (תשובת רשב"א סימן אלף קל"ד).

ב"ה יום ג' ה' מנחם אב ה'תשע"ה

סימן רצט

שנים שהפקידו ביד אחד ואחד מהם בא לתבוע, ובו סעיף אחד.

סעיף א

שנים שהפקידו אצל אחד, ובא אחד מהם ליטול את שלו, אין שומעין לו עד שיבא חברו. בד"א, כשאין השני בעיר. אבל אם הוא בעיר וידע שתבעו חברו ולא בא, ניחא ליה במאי דעביד חבריה ושליחותיה קא עביד. ונתבארו פרטי דין זה בסימן קע"ו סעיף כ"ה ובסימן קכ"ב. ואם הפקיד אצל שנים, הוה כהלואה לשנים (נימוקי יוסף ר"פ המפקיד) (ועיין לעיל סימן ע"ז).

1. שנים שהפקידו אצל אחד, ובא אחד מהם ליטול את שלו :

א. אם חברו בעיר ושמע ולא בא – נותנין לו.

ב. אין חברו בעיר – אין שומעין לו.

עיין בהרחבה בסי' עז סעיף ט, ובסי' קכב וקע"ו מדינים אלו.

2. האם יכול לירד עמו בדין על חלקו? סמ"ע – כן, ש"ך (בסי' עז) – לא.

3. מה הדין כשהפקיד אצל שנים? רמ"א כאן ובסי' עז, א, ש"ך (שם) וקצות (א) – אותו דבר כמו א' שהלואה לשנים שכל א' ערב בעד חברו, כך גם כאן כל א' ערב בעד שמירתו של חברו. רמ"א בתשובה (סי' כז) – אין הם ערבים אחד עבור חברו. **הרמ"א בתשובה** הוכיח כן מב"ק י. "מסר שורו לה' בני"א" שאם א' מהם הסתלק אינו חייב לשלם! מוכח שאינו ערב בעד חבריו. אולם כאן ובסי' עז כתב להיפך. **הש"ך** בסימן עז דחה ואמר שבאמת הוא ערב, אך שם הדין הוא שאינו חשוב כמזיק ולכן אם יש לאחרים לשלם – הם חייבים, אך כשאין להם – הוא חייב לשלם מדין ערב. אולם, **הקצות הקשה** מדוע לא הזכיר השו"ע דין זה? ותירץ שהרי הם ערבים א' כלפי חברו, אך אין הם ערבים כלפי אנשים שבאו מעלמא. ולכן אין ראיה מהגמ' כיון שהיא דיברה כלפי נזק לאנשים אחרים ולא למפקיד, וכן אין קושיא מכך שהשו"ע השמיט דין זה.

ב"ה יום ב' כ"ג אלול ה'תשע"ה

סימן ש

שנים שהפקידו, אחד ק' ואחר ר', וכל אחד תובע מאתים, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

שנים שהפקידו אצל אחד, זה מנה וזה מאתים, וכל אחד משניהם אומר: אני הוא שהפקדתי המאתים, והשומר אומר: איני יודע, ישבע כל אחד מהם שהפקיד ק"ק, ויתן ק"ק לזה וק"ק לזה, ונמצא מפסיד מנה מביתו מפני שפשע, שה"ל לכתוב שם כל אחד על כיס שלו. ואי אינהו לא תבעי ליה כל חד בברי, אם בא לצאת ידי שמים חייב; אבל בדיני אדם, פטור.

לפיכך אם הביאו לו השנים כאחד שלש מאות בכרך אחד, ובאו ותבעו וכל אחד אומר: הק"ק שלי, נותן מאה לזה ומאה לזה והשאר יהא מונח אצלו, (ו"א דיהא מונח ביד ב"ד) (מרדכי פ' המפקיד ועיין בב"י) עד לעולם, או עד שיודה האחד לחבירו, שהרי הוא אומר להם כיון שראיתי שאינכם מקפידים זה על זה והבאתם בכרך אחד לא הטרחתני עצמי לידע ולזכור תמיד מי בעל המאה ומי בעל המאתים. ואפילו בבא לצאת ידי שמים פטור. (ו"א דאם תבעו ליה חייב, בבא לצאת ידי שמים, אפילו ב"ה גוונא) (טור).

1. אם הנפקד אינו יודע למי להשיב הפקדון, וחסרון ידיעתו נובע מחמת פשיעתו:

אם תבעו אותו – חייב לשלם לכל א' וא' מהתובעים, ואע"פ שא' מהם ודאי רמאי לא אמרינן בכה"ג שיהא מונח עד שיבוא אליהו, דכיון שפשע קנסוהו חכמים.

אם לא תבעוהו – פטור מדיני אדם, דהיינו פטור מהמנה המסופק, ולכן אם א' הפקיד מנה והשני מאתים וכל אחד תובע מאתים – נותן לכל אחד מנה, והמנה השלישי יהא מונח עד שיבוא אליהו, שהרי יש ודאי רמאי. ואם אינם תובעים כלל – חולקים ביניהם את המנה השלישי שהרי אין ודאי רמאי; ש"ך. וחייב בדיני שמים שהרי חסרון ידיעתו נובע מחמת פשיעתו.

2. אם חסרון ידיעתו אינו נובע מחמת פשיעתו, כגון שהפקידו בידו בכרך אחד, או שהוא נובע מחמת פשיעתו אך גם הם פושעים בכך שאינם יודעים, כגון שאינו זוכר מי משניהם הפקיד בידו ואף הם אינם זוכרים:

אם לא תבעוהו – פטור אף לצ"ש.

אם תבעוהו: שו"ע – פטור אף לצ"ש וכן דעת רוב הפוסקים; ש"ך (י). רמ"א – י"א שבכה"ג חייב לצ"ש, כן דעת הרא"ש והטור.

סתירה מסי' רכב (ב): השו"ע פסק שם לגבי מקח שאע"פ שלא פשע חייב לצ"ש!! ש"ך (יב) – צ"ע דסותר דבריו, וכן תמה הנהיגות שם (ז). **קצות** אצלנו (א) – בפקדון אין חיוב השבה כאשר החפץ בעין, ועל הבעלים לבוא וליטול את שלהם, ולכן סגי שיאמר לו הרי שלך לפניך. משא"כ במקח שיש עליו חיוב לשלם לבעלים, ואינו נפטר ממנו לצ"ש עד שישלם לכל אחד. **ובקצות שם** (ה) ביאר שחיוב לצ"ש הוא על כל אדם מישראל, וחיוב זה ליכא בכה"ג. אלא שמיירי שם בחיוב ממידת חסידות וכלשון השו"ע שם "ואם חסיד הוא", ומקורו הוא מב"ק קג: , וא"כ לכאוי ה"ה הכא ממידת חסידות חייב אף בכה"ג. (וכן משמע מדברי הגר"א שם שהוא דין מיוחד ממידת חסידות).

סעיף ב

וכן אם הפקידו אצלו שני כלים, אחד גדול ואחד קטן, וכל אחד אומר: אני בעל הגדול, ישבעו שניהם, ויתן הגדול לאחד מהם ודמי הגדול לשני, וישאר לו הקטן. ואם הביאום בכרך אחד, נותן הקטן לאחד ודמי הקטן לשני, והשאר יהיה מונח עד שיודה האחד לחבירו או עד לעולם.

היינו כמו שנתבאר בסעי' א.

סעיף ג

וכן מי שתבעוהו שנים, זה אומר: אני הוא בעל הפקדון, וזה אומר: אני הוא, והשומר אומר: אחד מכם הוא ואיני יודע מי הוא, ישלם לשניהם. הגה: ואי אינהו לא תבעי ליה, פטור אפילו בבא לצאת ידי שמים. אבל אם אמר: אביכם של אחד מכם הפקיד אצלי ואיני יודע איזה מכם, חייב בבא לצאת ידי שמים (טור).

1. מי שתבעוהו שנים, כל אחד טוען שהוא בעל הפקדון, והנפקד משיב רק אחד מכם הפקיד בידי ואיני יודע מיהו: חייב לשלם לשניהם, דפשע בכך שאינו יודע מי הפקיד בידו, וכמו שנתבאר בסעי' א.
2. אם אינם תובעים אותו: פטור אף לצי"ש, דאע"פ שפשע בכך שלא דקדק לזכור מי הפקיד בידו, אך גם הם פשעו בכך שאינם זוכרים שהפקידו בידו, וכמו שנתבאר בסעי' א.
3. אם אביהם הפקיד בידו, ואינו זוכר אם אביו של זה או של זה: חייב לשלם לצי"ש, אע"פ שהם אינם תובעים אותו, כיון שהוא פשע בכך שאינו זוכר, והם לא פשעו שהרי אביהם הפקיד ולא הם.

סעיף ד

וכן שנים שהפקידו שתי בהמות אצל רועה, ומתה אחת מהן ואינו יודע של מי היתה, ישלם לשניהם. ואם הפקידו בעדרו שלא מדעתו, מניח הבהמה ביניהם ומסתלק, ותהיה מונחת עד שיודה האחד לחבירו או עד שירצו לחלק אותה.

1. רועה שהפקידו בידו בהמות ואינו יודע מה של מי, ומתה אחת מהם לאו דווקא אלא כל שיש הבדל בין ב' הבהמות; סמ"ע (יג), צריך ליתן לשניהם.
2. אם הפקידו בעדרו שלא בהסכמתו, ואפי' בהסכמתו אך לא בפניו, מניח הבהמה בפניהם ומסתלק, ותהא מונחת עד שיבוא אליהו, או עד שיודה אחד מהם או יסכימו לחולקה ביניהם.

ב"מ לו: "אמר ליה רבינא לרב אשי: ומי אמר רבא כל בשתי כריכות הוה ליה למידק? והאמר רבא, ואי תימא רב פפא: הכל מודים בשנים שהפקידו אצל רועה, שמניח רועה ביניהן ומסתלק! - אמר ליה: התם - כשהפקידו בעדרו של רועה שלא מדעתו". לשיטת הר"ף והרמב"ם הקושיא פשוטה, שהרי הצריכו כריכה אחת ממש ובבע"ח א"א שיפקיד בכריכה אחת. אולם, לשיטת רש"י והתוס' קשה אולי מיירי שהפקידו אי בפני חברו וא"כ מה הקושיא? רש"י ביאר שדווקא במעות חשיב ככרך אחד כיון שלא כ"כ ניכר ההבדל, אולם בבהמות שניכר ההבדל ביניהם אין משמעות לכך שהפקידו זה בפני זה. אולם, התוס' ביאר שדווקא במעות כיון שיכלו להפקיד אי שלא בפני השני מוכח שהאמינו אחד לשני, ואינו צריך לדקדק; אולם בבהמות אף אם כל אחד היה מפקיד לבד, סו"ס הוא יכול לבוא אח"כ ולראות שבעדר הופקדו עוד בהמות, וא"כ אין הוכחה מכך שהפקידו יחד שהאמינו אחד לשני, דלא הייתה להם אפשרות אחרת.

סימן שא

דין השומרים בעבדים וקרקעות ובהקדשות ובשל עניים, ובו י' סעיפים.

סעיף א

ג' דינים האמורים בתורה בארבעה שומרים, אינם לא בקרקעות ולא בעבדים ולא בשטרות ולא בכספי עובדי כוכבים ולא בהקדשות של מזבח או של בדק הבית. שומר חנם אינו נשבע, נושא שכר או שוכר או שואל אינם משלמים, ומכל מקום שומר שכר מפסיד שכרו עד שישבע ששמר כראוי. וכן פטורים אף מפשיעה (והכי קי"ל). ויש מחייבים בפשיעה. וכל אלו, חוץ מן ההקדשות, פטורים אפילו משבועה שאינם ברשותו. הגה: ועיין לעיל סימן ס"ו סעיף ל"ט. שומר שמסר לשומר בדברים אלו, חייב, דגרע מפשיעה (הרא"ש כלל ל"ט סימן ב'). ויש חולקין (מהרי"ק שורש ו' ועיין בר' ירוחם נ"ל ח"ב). השואל בית ונשרף, פטור לשלם, דה"ל קרקעות (מרדכי פ' הדיינים ושם בתוספות).

1. אין דין שמירה בקרקעות, בעבדים, שטרות, נכסי גויים, ובהקדש בין הקדש מזבח או בדק הבית.

ב"מ נו. במשנה "אלו דברים שאין להם אונאה: העבדים, והשטרות, והקרקעות, וההקדשות, אין להן תשלומי כפל ולא תשלומי ארבעה וחמשה. שומר חנם אינו נשבע, ונושא שכר אינו משלם". ובדף נז: "מנהני מילי? - דתנו רבנן: - כי יתן איש אל רעהו - כלל, כסף או כלים - פרט, [לשמוך] - חזר וכלל, כלל ופרט וכלל אי אתה דן אלא כעין הפרט: מה הפרט מפורש - דבר המטלטל וגופו ממון, אף כל דבר המטלטל וגופו ממון. יצאו קרקעות שאינן מטלטלין, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות, יצאו שטרות שאף על פי שמטלטלין אין גופן ממון. הקדשות, אמר קרא רעהו - רעהו ולא של הקדש".

2. אע"פ שפטורים מדיני שומרים, מ"מ הפסידו שכרם, שהרי לא עשו שמירתם.

ב"מ נח. "אמר שמואל: הכא בנושא שכר עסקינן, ונשבעין ליטול שכרן וכו' והא נגנבו או שאבדו קתני, ושומר שכר בגניבה ואבידה חיובי מיחייב! והכא נמי, נהי דשלומי לא משלמי - אגרייהו מיהא לפסיד! - אמר רבה: נגנבו - בלסטים מזויין, אבדו - שטבעה ספינתו בים".

פת"ש בשם בית דוד: מסר לו י' שטרות והתחייב לשלם לו תמורתן י' זהובים ואיבד אחד מהם בפשיעה - איבד כל שכרו, וראיה מע"ז סה. "השוכר את הפועל, ואמר לו העבר לי מאה חביות במאה פרוטות, ונמצאת חבית של יין נסך ביניהן - שכרו אסור, חבית חבית בפרוטה, ונמצאת חבית של יין נסך ביניהן - שכרו מותר". מה הדין אם שכרו לכמה ימים והבליע שכר כולם כאחד, ופשע ביום האחרון? בית דוד - לא איבד אלא שכר היום האחרון, כדמוכח מב"מ נח. לגבי שכר שבת. תומים, רש"ש - איבד שכר כולם, ודווקא כששכרו לימים נפרדים לא איבד אלא היום האחרון, ודומיא דחבית חבית בפרוטה.

קצות (סי' שה) - דווקא בשומרים אמרינן שאיבדו שכרן, כיון שלא שכרו אלא לשמור ולא שמר. אולם באומנים אע"פ שהם גם שומרים, אך לא הפסידו שכר מלאכתם, שהרי שכרן אינו על השמירה אלא על המלאכה, ואם סיים מלאכתו ואח"כ פשע בשמירתו - נוטל שכר מלאכתו.

3. מה הדין בשבועה? כולם פטורים משבועה, אפי' שבועה שאינה ברשותו, חוץ ממהקדשות שצריכים לישבע מדרבנן, כדי שלא יבואו לזלזל בשמירת ההקדשות, והיינו דווקא הקדש גמור ולא הקדש עניים; סמ"ע. ב"מ נח. "אלא אמר רבי אלעזר: שבועה זו תקנת חכמים היא, שלא יהו בני אדם מזלזלים בהקדשות".

4. מה הדין בפשיעה? שו"ע ורמ"א - פטורים, כשיטת הרא"ש. ש"ך - חייבים, כשיטת הרמב"ם. הרמב"ם למד כן מכך שלא נאמר במשנה ששומר חנם אינו משלם, אלא רק שאינו נשבע. מוכח שבתשלומין - דהיינו בפשיעה - חייב, והטעם הוא מפני שפושע הרי הוא כמזיק, ומזיק לא נתמעט בהני. אולם, דעת הרא"ש שאף פושע פטור, דאינו חשוב כמזיק שהרי פשיעה בבעלים פטור - אע"פ שמזיק בבעלים חייב. אמנם, בהקדש אף הרמב"ם מודה שפושע פטור, כיון שאף מזיק פטור בו.

5. מה דין שומר שמסר לשומר? רמ"א בסתם - חייב, דגרע מפשיעה, וכ"כ בשם הרא"ש. רמ"א בשם המהרי"ק - פטור. אולם, הש"ך והגר"א הסכימו לדינא עם המהרי"ק, וכתבו שאף הרא"ש מודה לו ולא מיירי אלא כשמסר לשני במתנה ולא בתורת שמירה, אך אם מסר לשני לשמור - אין בכך שום פשיעה.

6. השואל בית ונשרף - פטור, דאין דין שמירה בקרקע.

מה הדין אם נשרף באשמתו? סמ"ע, ולבוש (כאן) - אפי"ה פטור. לבוש בסימן שמ - חייב.

סעיף ב

הא דאין נשבעין על אלו, הני מילי בפני עצמן; אבל על ידי גלגול נשבעים.

סעיף ג

אף על פי שאמרו שאין נשבעין על אלו, הני מילי מדאורייתא, אבל נשבעים עליהם היסת אם היתה שם טענת ודאי.

דלא נתקנה היסת אלא בטענת ברי, משא"כ שבועת השומרים שהיא באה אף בטענת שמא; סמ"ע.

סעיף ד

כל אלו, אם קנו מידם להתחייב באחריותם, חייבים.

ב"מ נח. "אמר ליה, הכי אמר רב ששת: בשקנו מידו. וכן אמר רבי יוחנן: בשקנו מידו". התוס' הקשו שהרי קי"ל בדף צד. שמתנה ש"ח להיות כשואל אף בדברים בעלמא, ואמאי בעי הכא קנין? ותיצו שכוין שהכא פטור אף משבועה לא משעבד נפשו בלא קנין. והש"ך והסמ"ע בסמוך (מס' 2) כתבו טעמים נוספים.

1. מה הדין באומר 'אתם עדי' או חייב עצמו בשטר, אליבא דהרמב"ם? ר"ן – אף כאן מהני. ש"ך – לא מהני, דאף הרמב"ם לא מהני ליה אלא כשמחייב עצמו בלא תנאי, אך כאן כיון שאינו מתחייב מיד אלא רק אם יאבד – דמי למחייב עצמו בתנאי שלא מהני.

2. מדוע בעינן קנין, והרי מתנה שומר חנם להיות כשואל באמירה בעלמא? סמ"ע – שאני התם שהוא שומר, ולכן הוא יכול להתחייב בדיבור בעלמא יותר ממה שהוא חייב מהדין, משא"כ כאן שאינם בדין השומרים כלל, וכ"כ הנמוק"י והב"י, והתוס'. ש"ך – שאני התם שבאמירתו הוא מקבל עליו דיני שואל, משא"כ הכא שאף שואל פטור.

סעיף ה

המוסר לחברו לשמור דבר המחובר לקרקע, דינו כקרקע, אפילו ענבים העומדים ליבצר.

ואע"פ שבסי' צה ובסי' קצג פסק שהמחובר לקרקע ואינו צריך לקרקע - אינו כקרקע, שאני הכא שמסר לו אותם כדי לשומרם בעודם מחוברים ולא לתלשם, ולכן חשיבי כקרקע; מ"מ.

ועיין בסימן קצג שהרחבנו בביאור שיטות הראשונים והפוסקים בדין זה.

סעיף ו

מי שהפקידו אצלו מעות עניים או פדיון שבויים ופשע בהם וגנבו, פטור, שנאמר: לשמור ולא לחלק לעניים, והרי הוא ממון שאין לו תובעין.

ב"ק צג. "לשמור - ולא לאבד, לשמור - ולא לקרוע, לשמור - ולא לחלק לעניים".

1. דין זה נכון אף אם הזיק בידיים; פת"ש (ו) בשם החוות יאיר, התומים והנתיבות.

2. הפטור הוא רק בדיני אדם, אך בדיני שמים חייב אם פשע; פת"ש הנ"ל.

במה דברים אמורים, בשאין זה הממון מופקד לעניי מקום זה או לשבויים ידועים. אבל אם היה לעניים אלו או לשבויים אלו, והרי הוא קצוץ להם, הרי זה ממון שיש לו תובעים, וישלם אם פשע, או ישבע שלא פשע, כדרך כל השומרים. (וכן אם הגבאי אמר לשומר: שמור לי, חייב כשאר שומר) (מרדכי פרק החובל).

גמ' הנ"ל "ההוא ארנקא דצדקה דאתי לפומבדיתא, אפקדה רב יוסף גבי ההוא גברא, פשע בה, אתו גנבי גנבוה, חייביה רב יוסף. א"ל אביי, והתניא: לשמור - ולא לחלק לעניים! אמר ליה: עניי דפומבדיתא מיקץ קיץ לחו, ולשמור הוא".

3. כאשר הגבאי מפקיד אצלו, על דעת שיחזירו לו? סמ"ע (ט), נתיבות – חייב בדיני שמירה, דלא נאמר הפטור אלא כשמפקיד אצלו ממון עניים ע"מ שהנפקד יחלקנו, משא"כ כשמפקיד ע"מ שיחזירו למפקיד – הרי זה כשמירה רגילה, והוי ממון שיש לו תובעים דהוא הגבאי; וכן הוא פשט הרמ"א. פת"ש (ה) בשם חות יאיר, שיבת

ציון – אפי' הכי פטור, דמיקרי ממון עניים אפי' הוא מידי דקיץ להו; והרמ"א מיירי דווקא כשאמר בהדיא 'שמור לי' דהיינו שמינהו שומר עבורו; וכן משמע מהש"ך (נ) שמיירי דווקא כשאמר לו בפירוש 'שמור לי', שכתב שאם לא אמר שניהם פטורים.

4. מה הדין כשפרנסי העניים לוו כסף או נכנסו בערבויות עבור העניים, ועכשיו הם גובים צדקה כדי שיהיה להם ממה לשלם את החובות הללו? פת"ש בשם שיבת ציון – אין לזה דין ממון עניים, אלא ממון הפרנסים ובכה"ג פשיטא שחייב הגבאי אם איבד המעות או השטרות שקיבל לשמור.

סעיף ז

מי שהפקידו אצלו ממון פדיון שבויים ובאו עליו גנבים וקדם והציל עצמו בממון שבויים, אם הוא פטור, נתבאר בסימן רצ"ב סעיף ט'.

סעיף ח

מי שיש בידו מעות של יתומים, דינו כדין מעות שאר כל אדם ואסור להשתמש בהם.

בא ללמדנו שדינו כדין מעות כל אדם לענייני שמירה, שהרי אסור להשתמש בהם. דאי הוה שרי להשתמש היה דינו כשואל שחייב אף באונסים. והטעם שדווקא באבידה התירו להשתמש בה כדי שיתחייב באונסיה משום שעושה טובה לבעלים שמשיב להם אבידתם; סמ"ע.

סעיף ט

עובד כוכבים שהפקיד ואחר כך נתגייר, אין לו כל דיני השומרים, עד שיהיה תחלתו וסופו ישראל. (וכן חולין ואחר כך הקדישן ביד השומר) (טור בשם רמב"ם פרק ב' דשכירות).

כתב ה"ה שדין זה איתא במכילתא "וכי יתן איש אל רעהו וכתוב ישלם שנים לרעהו וכו' בעינן לרעהו בשעת נתינה ובשעת תשלומין".

סעיף י

אין השומר חייב אלא אם כן נתנו לו בתורת שמירה. אבל אם נתנו לו לאבד, פטור, דדרשינן: לשמור ולא לקרוע ולא לאבד, והני מילי דאתא לידיה מעיקרא בתורת קריעה ואיבוד, אבל אי אתא לידיה מעיקרא בתורת שמירה, והדר אמר ליה: קרע, חייב אי לא אמר ליה על מנת לפטור.

ב"ק צג. "שבר את כדי, קרע את כסותי - חייב. ורמינהי: לשמור - ולא לאבד, לשמור - ולא לקרוע, לשמור - ולא לחלק לעניים! אמר רב הונא, לא קשיא: הא דאתי לידיה, הא דלא אתי לידיה. אמר ליה רבה: לשמור, דאתי לידיה משמע! אלא אמר רבה: הא והא דאתא לידיה, ולא קשיא: הא דאתא לידיה בתורת שמירה, הא דאתא לידיה בתורת קריעה".

סימן שב

דיני שומרים א' האיש וא' האשה, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

אחד האיש ואחד האשה בדיני השומרים, בין שהיה הדבר שמור של האשה בין שהיה ביד האשה.

ב"ק טו. "דבי רבי אלעזר תנא: ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, השוה הכתוב אשה לאיש לכל דינין שבתורה". ואע"ג דכתיב 'כי יתן איש' – דיבר הכתוב בהווה. וכן מוכח בב"מ לד': "שאל מן האשה ושילם לבעלה מאי? אשה ששאלה ושילם בעלה מאי? – תיקון". ובעוד מקומות.

סעיף ב

קטן שהפקיד או השאיל לגדול, נשבע שבועת השומרים לקטן. (ויש חולקין ועיין לעיל סוף סימן צ"ו).

קטן שהפקיד או השאיל, האם נשבע השומר לקטן? שו"ע – כן, כדעת הרמב"ם, דאע"ג שאין נשבעין לקטן היינו רק במקום שצריך טענת ברי, ואין טענת קטן כלום; משא"כ בשבועת השומרים שנשבעין אף בשמא. רמ"א – לא, כמבואר בסי' צו אליבא דהטור והרא"ש שאין טענת קטן כלום כלל וכלל.

הלכות שומר שכר

סימן שג

שומר שכר באיזה דבר חייב או פטור ומאימתי מתחייב, ובו ט"ו סעיפים.

סעיף א

שומר שכר גם הוא אינו מתחייב בשמירתו עד שימשוך במקום שראוי למשוך, כמו שנתבאר בסימן רצ"א בשומר חנם. הגה: "א אדם ששולח לחבירו שום דבר להוליכו למקום אחד, ותוך כך שלח לו דורון, הוי שומר שכר (הגהות מרדכי פרק איזהו נשך ועין בב"י). ראובן שאמר לשמעון: יש לך חפץ פלוני למכור אשתך ואמכרנו, ושמעון אומר: תנהו בכך וכך והמותר יהא שלך, נעשה ראובן שומר שכר עליו, אף על פי ששתק כשקבלו (מהרי"ק שורש קנ"ה).

1. שומר שכר אינו מתחייב אלא עשה מעשה קנין, ועיין בסימן רצא שדין זה הוא מח' בין הרא"ש והרמב"ם, וכאן סתם כרמב"ם; סמ"ע ושי"ך.

2. האם משרת של בעה"ב הוי שומר שכר? מחנה אפרים בשם מהרש"ך – לא, דאע"פ דנקיט שכר אין זה שכר שמירה אלא שכר שירות. קצות (רצא, סק"ו) – כן, מדבריו שם מבואר שפשיטא ליה שחשיב ש"ש.

סעיף ב

שומר שכר חייב בגניבה ואבידה. וי"א שאפילו שמר כראוי ונתן הכספים תחת הקרקע בעומק מאה אמה, שאי אפשר לגנבם משם אם לא ע"י מחילות, או נס בעידנא דניימי אינשי ונגנבו, או קפץ עליו חולי ולא יכול לשומרה וכל כיוצא בזה, חייב. ואפילו הקיפו חומה של ברזל. ואפילו אם אילו היה שם לא היה יכול להציל, חייב בגניבה ואבידה, אלא אם כן היה שם ולא היה יכול להציל.

1. ש"ש חייב בגניבה ואבידה. ב"מ צג. במשנה, וברייתא בדף צד:

2. מה הדין כשהיתה הגניבה באונס גדול? שו"ע – י"א שחייב אפי' בכה"ג, דכל גניבה היא באונס ומה לי אונס גדול או קטן; כן שיטת הרא"ש ודעימיה, וכן פסק הרמ"א בתשובה (קו). ש"ך, מהרש"ל, גר"א – פטור.

ב"מ צג: נחלק רבה עם רב חסדא ורבה בר רב הונא האם ש"ש פטור כששמר כדנטרי אינשי, שרבה פטר והאחרים חייבו; ופסקו הפוסקים כרב חסדא ודעימיה, וכן עבד רב פפא עובדא, והטעם הוא מפני שילהי יחבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא". וכן נפסק להלכה בסעיף י. דין זה נכון לגבי אבידה, שאפי' אם שמר כדרך בני אדם ואבדה ממנו חייב, כיון שנדרשת ממנו שמירה יותר מעולה. **השאלה היא מה הדין אם נגנב ממנו באונס,** וכגון ששמר בקרקע בעומק מאה אמה, או שהקיפו בחומה של ברזל וכדו', **ומצאנו בדבר ג' שיטות בראשונים:**

א. שיטת תוס' בב"מ מב. וכן דעת הג' מרדכי – אם נגנב ממנו באונס הרי הוא פטור, וכמו שאמרנו שלשטים מזוין גזלן הוא, דאין שום סברא לחייבו על כך שנגנב ממנו באונס גמור – דמאי הוה ליה למיעבד!! **וכן פסקו הש"ך, המהרש"ל, והגר"א.**

ב. שיטת התוס' בב"ק נז. והרא"ש שם, שאלתות (ויצא כ), ירושלמי (שבועות פ"ח, א), רשב"א, מהרי"ק, מרדכי – חייב, והטעם שכיון שהתורה חייבה בגניבה אע"פ שהיא אונס, שוב אין לחלק בין אונס קצת לאונס הרבה. וליסטים מזוין פטור כיון שהוא בכלל 'ונשבר או נשבה' שהרי זה שבויה. **וכן פסקו השו"ע והרמ"א לדינא.**

ג. שיטת הרמב"ן – כאשר הגניבה הייתה באונס – חייב, אולם אם בא עליו אונס בגופו, כגון שתקפתו שינה או חולי גדול, ומתוך כך נגנבה – אין זה קרוי גניבה אלא אונס ופטור, וכ"כ הנמוקי"י בב"מ (נג: מדפי הרי"ף). אולם, הרשב"א ושאר הראשונים לא חילקו בדבר וכתבו שבכל ענין שנגנבה ממנו – חשיב כגניבה ואבידה, וחייב.

וכתב הקצות שאף לשיטת תוס' אינו חייב אלא בגניבה באונס גדול, משום שכל גניבה קרובה לאונס. אולם, באבידה באונס גדול – פטור, שהרי סתם אבידה קרובה לפשיעה, ורק על אבידה כזאת חייביה רחמנא, אך על אבידה שקרובה לאונס – לא.

סעיף ג

שומר שכר פטור מאונסים. איזהו אונס, בא עליו לסטים מזוין, אפילו אם גם הרועה מזוין, לפי שהליסטים מוסר נפשו יותר.

ב"מ צג: במשנה "הלסטים - הרי זה אונס". ובגמ' "אמאי? לוקי גברא להדי גברא! אמר רב: בלסטים מזויין. איבעיא להו: לסטים מזויין ורועה מזויין מהו? מי אמרינן: אוקי גברא להדי גברא, או דלמא: האי מסר נפשיה, והאי לא מסר נפשיה? מסתברא דהאי מסר נפשיה והאי לא מסר נפשיה".

שומר שכר שנאנס – לא הפסיד שכרו, אלא נשבע שנאנס ונוטל שכרו; ש"ך בשם ה"ה.

ש"ש שהתנה להפטר מגניבה ואבידה – אם נגנב או אבד מפסיד שכרו; רעק"א בשם מהר"א ששון.

הגה: אם נפלה דליקה בעיר ונשרפו החפצים שהיה ש"ש עליהם, הוי אונס, אם לא היה יכול להציל בעצמו ולא על ידי אחרים (מרדכי פרק המפקיד ופ' השואל). וכתב הסמ"ע דהיינו שלא יכל להציל אפי' בתשלום, שהרי ש"ש חייב להציל אפי' בשכר.

אם יכל להציל או את החפץ שלו או את הפקדון האם מקרי אונס? ש"ך בשם תשובת הרמ"א – לא, ואם הציל את שלו ושל חברו נשרף - חייב לשלם.

מה הדין בכה"ג בשומר חנינם? ש"ך – מדברי הרמ"א משמע שחייב לשלם, דמיקרי פשיעה. נתיבות, קצות, נוב"י, שב יעקב – פטור, ורק בש"ש חייב (והנוב"י כתב שאף בש"ש יש להשיב על דברי הרמ"א, אלא שאינו כדאי לחלוק עליו), ובשב יעקב כתב שאף ברמ"א לא משמע כש"ך לגבי ש"ח.

ודוקא שידוע בודאי שנשרפו, אבל אם אינו יודע בבירור, רק שהיו בבית שנשרף, אינו יכול לישבע שנשרפו דדילמא עובדי כוכבים נכנסו וגנבו אותו, ולכן חייב לשלם אלא אם כן עובדי כוכבים הנכנסים הם ליסטים מזוינים, דאז ישבע שנשרפו או נגנבו בלסטים מזוינים, ופטור (שם).

פת"ש בשם חוט השני היינו דווקא היכא דשכיחי גנבים, משא"כ בסתמא לא מחייבים לשומר על ספק גניבה. וכתב הפת"ש שדבריו צ"ע מדברי תה"ד שהובאו בסמ"ע רצא, יב. שכל שומר שאינו יודע מה קרה עם הפקדון חייב, ובסימן רחצ מיירי שאינו יודע כלל אם נגנב או שמא הוא עדיין קיים בביתו.

הנתיבות הקשה על דברי הרמ"א שממה נפשך הוא פטור: שהרי אם לא היה יכול להציל, הרי זה הפקר גמור ואין עליהם שם גנבים כלל. ועוד, אף אם תאמר שהם גנבים, הרי ממה נפשך היה נשרף ומדוע יתחייב לשלם!! ולכן כתב שמ"י דווקא באופן שעקרונית היה יכול להציל מהשריפה, אלא שהגנבים לא הניחוהו להציל כדי לגזול, והוי אונס של גניבה, ולכן אם היה נשרף היה פטור, אך כיון שלסוף נגנב – חייב דשם גניבה על החפץ. ומיירי כשלא היה שם בשעה שנגנב, דאם היה שם היה פטור. ומסיק שלדעת הש"ך בסעיף ב – בכל ענין פטור, שהרי זה גניבה באונס.

סעיף ד

רועה שבאו זאבים וטרפו ממנו, אם היה זאב אחד, אינו אונס אפילו בשעת משלחת זאבים. ואם היו שני זאבים, הרי זה אונס. שני כלבים, אינם אונס אפילו באו משתי רוחות. היו יותר על שנים, ה"ז אונס.

משנה שם "זאב אחד - אינו אונס, שני זאבים - אונס. רבי יהודה אומר: בשעת משלחת זאבים, אף זאב אחד אונס. שני כלבים - אינו אונס. ידוע הבבלי אומר משום רבי מאיר: מרוח אחת - אינו אונס, משתי רוחות - אונס".

סעיף ה

יש מי שאומר דכל מה דאמרינן דלא הוי אונס דוקא בשלא השתדל להציל, אבל אם השתדל להציל ולא יוכל, אין לך אונס גדול מזה, ונשבע על זה, ונפטר.

כ"כ הטור בשם הרמ"ה, וכתב הב"י שדברי טעם הם.

סעיף ו

הארי והדוב והנמר והברדלס (פ"י רש"י פוטוי"ש בלע"ז ובערוך פ"י מין בעל חי שבז' שנים הוא זכר ונקרא צבוע ואח"כ יתהפך לנקבה נקרא נפרזא ואז היא יותר רעה מקודם מבואר בפ"ק דב"ק דף ט"ז ע"א) והנחש, הרי אלו אונסים בזמן שבאו מאליהם; אבל אם הוליכין למקום גדודי חיה ולסטים, אין אלו אונסים, וחייב לשלם.

ג"ז במשנה שם "הארי הדוב והנמר והברדלס והנחש - הרי אלו אונס. אימתי - בזמן שבאו מאליהן, אבל הוליכין למקום גדודי חיה ולסטים - אינו אונס".

סעיף ז

רועה שמצא גנב והתחיל להתגרות בו ולהראותו שאינו חושש ממנו, ואמר ליה: הרי אנו במקום פלוני כך וכך רועים אנחנו כך וכך כלי מלחמה יש לנו, ובא אותו הלסטים ונצחו ולקח מהם, הרי הרועה חייב.

גמ' שם " אמר ליה אביי לרבא: אשכחיה רועה, ואמר ליה: גנבא סריא, בדוכתא פלניא יתיבין, כך וכך גברי איכא בהדן, כך וכך כלבי איכא בהדן, כך וכך זוקתא פסיקא לן, ואזל ושקל מיניה, מאי? - אמר ליה: הרי הולכין למקום גדודי חיה ולסטים".

1. אפי' הייתה כוונת הרועה לטובה – חייב, סמ"ע בשם המהרי"ק.

2. מה הדין בש"ח שהייתה כוונתו לטובה? קצות ונתיבות – פטור, כן משמע במהרי"ק.

3. האם צריך שיהא מוכח שמחמת דיבורו באו הליסטים? קצות – כן, ואע"ג שלגבי שריפה משמע מהרמ"א שחייב אף בספק נגנבו כיון שאינו יכול לשבע! אפשר לחלק ביניהם. נתיבות – לא, דמסתמת דברי המחבר לא משמע הכי, וזהו דבר שא"א לדעת האם הגנבים באו בגלל דיבורו או לא, וטעם החיוב כיון שאינו יכול לשבע 'שבועה שלא פשעתי בה' – חייב מדין 'מתוך'. והמהרי"ק לא כתב כן אלא בעובדא דידה שהגניבה הייתה באונס גמור, אלא שמחייבין ליה מטעם תחילתו בפשיעה, וכיון שיש ספק אם פשע – פטור. אך אצלנו מיירי שיש ספק אם פשע בשעת הגניבה. וטעם החילוק דעיקר שבועה הוא שבועה שלא פשע בה בשעה שנאבדה, ואילו שבועה שלא פשע בה קודם לכן הוא מטעם גלגול שבועה. ונמצא שכאשר אינו יכול לשבע שלא פשע בה עכשיו – חייב לשלם מדין מתוך, שעל עיקר השבועה אמרינן מתוך. משא"כ כשאינו יכול לשבע שלא פשע בה קודם לכן, שזה רק בתורת גלגול שבועה, ובגלגול שבועה לא אמרינן מתוך.

סעיף ח

רועה שהיה לו להציל הטריפה או השבוייה ברועים אחרים ובמקלות, ולא קרא רועים אחרים ולא הביא מקלות להציל, הרי זה חייב. אחד ש"ח ואחד ש"ש, אלא שש"ח קורא רועים ומביא מקלות בחנם, ואם לא מצא, פטור; אבל שומר שכר חייב לשכור הרועים והמקלות עד כדי דמי הבהמה, כדי להציל, וחוזר ולוקח שכרן מבעל הבית, ואם לא עשה כן, והיה לו לשכור ולא שכר, הרי זה פושע, וחייב.

ב"מ צג: "רועה שהיה רועה והניח עדרו ובא לעיר, בא זאב וטרף, ובא ארי ודרס – אין אומרים אילו היה שם היה מציל, אלא אומדין אותו: אם יכול להציל – חייב, אם לאו – פטור. מאי לאו דעל בעידנא דעיילי אינשי? לא, דעל בעידנא דלא עיילי אינשי. אי הכי, אמאי פטור? תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב! דשמע קל אריה ועל. אי הכי, אומדין אותו? מאי הוה ליה למעבד? היה לו לקדם ברועים ובמקלות. אי הכי, מאי איריא שומר שכר? אפילו שומר חנם נמי, דהא מר הוא דאמר: שומר חנם שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות ולא קידם – חייב! שומר חנם – בחנם, שומר שכר – בשכר. ועד כמה? עד כדי דמיהן. והיכן מצינו בשומר שכר שחייב באונסין? דהדר שקיל דמיהן מבעל הבית. אמר ליה רב פפא לאביי: אי הכי, מאי אהני ליה מינה? נפקא מינה לכושרא דחיותא, אי נמי לטרחא יתירתא".

1. אף שומר חנם שהציל בשכר, וכן אינש דעלמא, יכול לחזור ולטול מה שהוציא מבעה"ב; ש"ך.

סעיף ט

רועה שטען: הצלתי על ידי רועים בשכר, נשבע ונוטל מה שטען, שאינו יכול לטעון אלא עד כדי דמיהן. ויכול היה לומר: נטרפה וישבע בנקיטת חפץ.

וכתב הסמ"ע שכיון שאינו נוטל אלא כדי דמי הבהמה, אם לא נטרצו להציל אלא בשווי דמי הבהמה בתוספת דמי טרחת קניית הבהמה החדשה – א"צ לשלם להם, שהרי את זה אינו נוטל מבעה"ב.

בדין זה יש ב' טעמים לנאמנותו: א. מיגו שיכול לומר נטרפה, נאמן לטעון עד כדי דמיה; כמו שכתב השו"ע. ב. כיון שהיה חייב להציל בשכר, יש לו דין של מוציא הוצאות ברשות, שישבע כמה הוציא ויטול. והצורך בב' הטעמים הוא: שכאשר אין לו מיגו, כגון שהבהמה בפנינו, או שהוזל שוויה והוא טוען שהוציא עליה כפי שהייתה שווה בשעת היוקר – אינו נוטל. אמנם, כל זה רק היכא שלא ידענו שהוציא הוצאות כלל, ולכן צריך מיגו. אך אם ידוע שהוציא הוצאות, אך אין ידוע כמה – ישבע כמה הוציא ויטול אפי' כשאין לו מיגו, כדן המוציא ברשות; רעק"א ונתיבות.

סעיף י

רועה שהניח עדרו ובא לעיר, בין בשעה שדרך הרועים להכנס בין בעת שאין דרך הרועים להכנס, ובא זאב וטרף, ארי ודרס, אין אומרים אילו היה שם היה מציל, אלא

אומדין אותו אם יכול להציל על ידי רועים ומקלות, חייב; ואם לאו, פטור. ואם אין הדבר ידוע, חייב לשלם. הגה: ויש אומרים דאם נכנס בעת שאין דרך ליכנס חייב בכל ענין, דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס (טור והראב"ד). ועיין לעיל סימן רצ"א סעיף י"ב.

גמ' שם, הובאה בסעיף ח.

1. כאשר אין ידוע אם היה יכול להציל – חייב, מדוע? ב"י, סמ"ע, לבוש – דמסתמא היה יכול להציל בשכר. ש"ך – דכיון שהוא מחויב שבועה שלא פשע, ואינו יכול לשבע – משלם.

2. מה הדין כשאינו ידוע בשומר חנם? לב"י ודעימיה – פטור, שהרי כיון שאינו חייב להציל בשכר לא אמרינן שמסתמא היה מוצא מי שיציל עמו. לש"ך – חייב, דאף כאן אמרינן מתוך.

3. רועה שנכנס בשעה שלא היה לו להכנס? שו"ע – אין חילוק בדבר זה, אלא בכל ענין אומדין אותו. רמ"א – בכה"ג חייב בכל ענין, דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב. ואף הם מודים שאם נכנס בשעה שהיה לו להכנס, אע"פ שאם היה נגנב או נאבד היה חייב, אך כיון שנאנס פטור. דתחלתו בגניבה ואבידה וסופו באונס – לא אמרינן; סמ"ע ורעק"א בשם התוס'.

ב"מ צג: "רועה שהיה רועה והניח עדורו ובא לעיר, בא זאב וטרף, ובא ארי ודרס - אין אומרים אילו היה שם היה מציל, אלא אומדין אותו: אם יכול להציל - חייב, אם לאו - פטור". בסוגיא שם מבואר שכאשר על בעידנא דלא עיילי אינשי בכל ענין חייב, אא"כ שמע קול אריה ועל דהוי אונס. הרי"ף לא הזכיר חילוק זה כלל, ואדברא כתב בפרק ג' שהסוגיא שם אזלא אליבא דאב"י ורבה הסוברים שלא בעינן שיבוא האונס מחמת הפשיעה, אולם לדין שבעינן דווקא שיבוא האונס מחמת הפשיעה - אע"פ שפשע בכך שעל בעידנא דלא עיילי אינשי - אומדין אותו אילו היה יכול להציל חייב, ואם לא - פטור, שהרי בכה"ג האונס אינו מחמת הפשיעה כלל. **וכן דעת הרמב"ם, וכן פסק השו"ע כאן,** וכן בסימן רצא, יב. אולם, **הראב"ד, תוס', רא"ש, רשב"א וטור** פסקו שאם לא שמר כדרך השומרים חייב בכל ענין, דהוי אונס הבא מחמת הפשיעה, דאילו היה שם אולי הארי לא היה תוקפו או שהיתה נכנסת בו רוח גבורה להלחם בו, או שהפשיעה היא שהוא לא הכניס עמו הבהמות לעיר; **וכמו שנתבאר בסימן רצא, ו. הרמ"א הביא את דעת החולקים.**

סעיף יא

רועה שומר שכר שהעביר הבהמה על הגשר, ודחפה אחת מהן לחבירתה ונפלה לשבולת נהר (פירוש מקום שמים נגרים בכח), הרי זה חייב, שהיה לו להעבירם אחת אחת, שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה, והואיל ופשע בשמירתו בתחלה והעביר כאחד, אף על פי שנאנס בסוף בעת הנפילה, הרי הוא חייב.

ב"מ צג. "ההוא רעיא דהוה קא רעי חיותא אגודא דנהר פפא, שריג חדא מינייהו ונפלת למיא. אתא לקמיה דרבה ופטריה. אמר: מאי הוה ליה למיעבד? הא נטר כדנטרי אינשי וכו'. רב חסדא ורבה בר רב הונא לא סבירא להו הא דרבה, דאמרי: להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא. בר אדא סבולאה הוי קא מעבר חיותא אגמלא דנרש, דחפה חדא לחברתה ושדיתה במיא. אתא לקמיה דרב פפא, חייביה. אמר ליה: מאי הוה לי למעבד? אמר ליה: אבעי לך לעבורי חדא חדא. - אמר ליה: ידעת ביה בבר אחתיך דמצי למעבר חדא חדא? - אמר ליה: כבר צווחו קמאי דקמך, ולא איכא דאשגח בהו".

סעיף יב

מתה כדרכה, פטור. סיגפה ומתה, כגון שהעמידה בחמה או בצנה, אפילו לא מתה מיד, חייב.

משנה שם. וכתב הטור הטעם שבסיגפה ומתה אמרינן שמשעה שסיגפה כבר התחילה מיתתה, דמאותה שעה התחילה להתקלקל והוי פשיעה, ולא שייך בזה תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

סעיף יג

תקפתו ועלתה לראשי צוקין ותקפתו ונפלה, הרי זה אונס.

משנה שם "עלתה לראשי צוקין ונפלה - הרי זה אונס. העלה לראשי צוקין ונפלה ומתה - אינו אונס". **ובדף לו:** נחלקו אב"י ורבא בדין פשע בה ויצאה לאגם ומתה כדרכה האם אמרינן 'הבלא דאגמא קטלה' (אב"י) או לא וממילא 'מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם' (רבא). הגמ' הקשתה מהמשנה שלנו לאב"י, דמוכח שאם העלה לראשי צוקין ומתה כדרכה פטור, שהרי רק אם נפלה חייב? ויתרצה שברישא מייירי רק כשתקפתו ועלתה ולכן פטור, ובסיפא מייירי שהעלה למרעה שמן וטוב, ולכן רק בנפלה פטור כיון שהיה צריך למנעה. להלכה נפסק כרבא, אולם הרי"ף פסק את המשנה ע"פ האוקימתא של אב"י, והקשה עליו הראב"ד שהרי לרבא דין המשנה נכון כפשוטו! ותיירץ הרמב"ן שהסוגיא בלו: היא

אליבא דרבה הסובר ששומר שכר ששמר כדנטרי אינשי פטור, אך אגן קי"ל כרב חסדא שאיבעי ליה לשמור שמירה יתירה, ולכן אף לדידן צריך לאוקימתא דאביי שרק בתקפתו ועלתה – פטור, אך אם עלתה מאליה חייב כיון שהיה צריך לשמור שלא תעלה; וכ"כ שם הרא"ש.

סעיף יד

העלה לראשי הצוקין, או שעלתה מאליה והוא יכול למונעה ולא מנעה, אף על פי שתקפתו ונפלה ומתה או נשברה, חייב, שכל שתחלתה בפשיעה וסופו באונס, חייב.

כנ"ל.

הנתיבות הקשה הרי עלתה לראשי צוקין לא הוי פשיעה, אלא הוי כעין גניבה ואבידה, שהרי ש"ח פטור בכה"ג, ורק ש"ש חייב כיון שהוא צריך שמירה מעולה! וא"כ מדוע חייב כשנפלה אח"כ, הרי תחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס – פטור?! וכמו ברועה שנכנס בזמן שדרך בני"א להכנס, שאע"פ שפשע בכך פטור לכו"ע אם לא היה יכול להציל?! ותירץ דדווקא כשהאונס לא בא מחמת הגניבה אלא באופן רחוק כהתם – פטור, אך אם האונס בא ישירות מחמת הגניבה – חייב, דהוי תחלתו וסופו בגניבה.

סעיף טו

העלה לראש ההר ומתה שם כדרכה, או שפשע בה ולא שמרה כראוי ויצאה לאגם ומתה שם כדרכה, פטור. אבל אם נגנבה מהאגם ומתה בבית הגנב, חייב. (שומר שכר שכלה זמנו, עיין לקמן סימן ד"ש וסימן שמ"ג).

כבר נתבאר לעיל בסימן רצא, ט.

הסמ"ע הקשה מדוע כתב את הדין של נגנבה מהאגם גבי ש"ש, הרי בלאו הכי חייב על גניבה?! ותירץ דמייירי שנגנבה בליסטים מזוין, ואפי' הכי חייב כיון שתחילתו בפשיעה ואמרין שלולי שיצאה מביתו לא היה גונבה הליסטים.

סימן שד

המעביר חבית ממקום למקום ונשבר, מתי חייב, ובו ו' סעיפים.

סעיף א

המעביר חבית ממקום למקום בשכר, ונשברה, דין תורה הוא שישלם, שאין זה אונס גדול, והרי השבירה כגניבה ואבידה שהוא חייב בהן, אבל תקנו חכמים שיהיה חייב שבועה שלא פשע בה, שאם אתה אומר ישלם, אין לך אדם שיעביר חבית לחבירו. ולפיכך עשו בו שבירת החבית כמיתת הבהמה ושבירתה.

ב"מ פב: במשנה "המעביר חבית ממקום למקום ונשברה, בין שומר חנם בין שומר שכר - ישבע. רבי אליעזר אומר: זה וזה ישבע, ותמיה אני אם יכולין זה וזה לישבע". **ובגמ'** "תנו רבנן: המעביר חבית לחבירו ממקום למקום ונשברה, בין שומר חנם בין שומר שכר - ישבע, דברי רבי מאיר. רבי יהודה אומר: שומר חנם - ישבע, נושא שכר - ישלם. רבי אליעזר אומר זה וזה ישבע, ותמיה אני אם יכולין זה וזה לישבע. למימרא דסבר רבי מאיר נתקל לאו פושע הוא? וכו'. אמר ר' אלעזר: תברה, מי ששנה זו לא שנה זו. וכו' ורבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן: שבועה זו תקנת חכמים היא, שאם אי אתה אומר כן - אין לך אדם המעביר חבית לחבירו ממקום למקום. היכי משתבע? אמר רבא: שבועה שלא בכוונה שברתי". **וכתבו הרי"ף והרא"ש** שדברי רבא הם אליבא דר"מ הסובר שנתקל פושע, אך לדידן דק"ל נתקל לאו פושע הוא - ישבע שלא פשע. הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש פסקו שלעולם פטור כשלא פשע, ולא חילקו בשאלה האם זה היה במקום מדרון או לא, וכן פסקו השו"ע והרמ"א. אולם, הטור כתב לחלק ביניהם, שדווקא אם נתקל במקום מדרון אינו פושע ותקנו בו, משא"כ אם נתקל שלא במקום מדרון שחייב לשלם. הסמ"ע כתב שמשמעות הש"ס כמותו, והש"ך דחה שפשט הש"ס שחלוקה זו לא אמרה אלא ר' אלעזר מסברא דנפשיה ולכן תמה כיצד יכולים להשבע, אך הבין שרבותיו ור"מ דיברו בכל ענין.

1. האם מפסיד שכרו? סמ"ע - לא, דכיון שחכמים תיקנו שיחשב כאונס, א"כ כמו שבאונס לא מפסידים שכרם, כך גם כאן. ט"ז - כן, דאם לא כן תיקנת את הפועלים ולא את בעה"ב, שהפועל לא יזהר מלשבור כלל, דבלאו הכי נוטל שכרו. ועוד שבסוגיא לא מיירי מזה כלל, ואדרבא במעשה בסוף הפרק נראה שחייבו לשלם לפנים משורת הדין ולא מדינא.

2. נתיבות: נשא חפץ קל ונתקל - חייב לשלם, דבכה"ג שיכול לזהר בקלות לא תקנו, נתיבות וכ"כ הריטב"א. ובוזה אתי שפיר הדין של סעיף ב. ולענ"ד נראה שלטעם שכתבו שם הסמ"ע והמ"מ נראה שאף בכה"ג פטור מלשלם.

סעיף ב

ועוד תקנו בדבר זה שאם נשאו אותה שנים במוט ונשברה משלמים החצי, הואיל ומשוי זה גדול לגבי אחד וקל לגבי שנים הוי כאונס ואינו אונס, ומשלמים מחצה אם יש עדים שלא פשעו בה.

סעיף ג

נשברה במקום שאין עדים מצויים, נשבעים שלא שברוה בפשיעה ומשלמים חצי דמיה, שהרי לא היה לכל אחד להעביר אלא משוי שהיה יכול להעביר בפני עצמו.

ב"מ פג. "אתקין רב חייא בר יוסף בסיכרא: הני דדרו באגרא ואיתבר - נשלם פלגא. מאי טעמא - נפיש לחד וזוטר לתרי, קרוב לאונס וקרוב לפשיעה. בדיגלא - משלם כולה". **רש"י פירש** דמיירי שאחד נושא במוט לבדו, וזה משאוי שהוא כבד לאחד וקל לשנים, ולכן הדרך היא להתחזק ולשאת לבדו, ומכ"מ הוי קצת פשיעה וקצת אונס ומשלם פלגא. **אולם, הרמב"ם פירש** שמייירי שנשאה שנים כאחד, וא"כ צ"ע מדוע שישלמו? **ביאר ה"ה** "לפי שלא היה להם להתחבר שניהם ולא לשאת אלא משאוי שכל אחד יכול להעבירו לבדו וכיון שמשאוי זה כבד אצל כל אחד מהם היה בדין שישלמו הכל וכיון שהוא קל לשניהם היה בדין שיהיו פטורין ולפיכך משלמין מחצה זהו דעתו ז"ל", וכן פירש הסמ"ע.

שם בסוגיא (קודם לכן) "תניא, איסי בן יהודה אומר: אין ראה שבעת ה' תהיה בין שניהם הא יש רואה - יביא ראיה ויפטור".

סעיף ד

מכאן אתה למד שהאחד שהעביר חבית גדולה שאין דרך כל הסבלים להעבירה ביחיד, שהוא פושע, ואם נשברה בידו משלם הכל. הגה: כל זה לשון הרמב"ם ודעתו, אבל יש חולקים וסבירא להו דכל שהוא קל לשנים אף על פי שהוא כבד לאחד לא מקרי פושע גמור, ואינו משלם רק מחצה (טור והמגיד ופ"ד דשכירות).

השו"ע הלך בדרכו של הרמב"ם וע"פ פירושו. אולם, הרמ"א כתב את פירושו של רש"י וכן דעת הרשב"א ועוד ראשונים, ולפי"ז אם נושא יותר ממשקל אחד פחות ממשקל שנושאים ב' בני אדם – פטור. וכתב הסמ"ע שלא בכל ענין אמרינן שאינו משלם אלא מחצה, אלא דווקא כשנושאו באופן המתואר בגמ' במוט הכפוף לו מב' צדדים, דבכה"ג דרך בני"א להתחזק לנשאו לבדו.

סעיף ה

הסבל ששבר חבית של יין לחנוני ונתחייב לשלם, והרי הוא שוה ביום השוק ד' ובשאר ימים ג', אם החזירו ביום השוק חייבים להחזיר חבית של יין או ישלמו לו ארבע, והוא שלא היה לו יין למכור ביום השוק, אבל אם היה לו יין, מחזירין לו שלשה. ואם החזירו לו בשאר ימים, מחזירין לו שלשה ומנכין לו בכל זמן טורח שהיה טורח במכירתה ופגם הנקב שהיה נוקב החבית, וכן כל כיוצא בזה. הגה: גם זה ל' הרמב"ם ודעתו, אבל רוב המפרשים חולקים וסבירא להו בהפך שאם שבר בשאר הימים משלם ג', ואם שברו ביום השוק, אם בא לפורעו בשאר הימים צריך ליתן לו ארבע ואינו נפטר אם רוצה ליתן לו חבית אחר של יין, אבל אם בא לפורעו ביום השוק יכול להחזיר לו חבית אחר של יין, והוא שאין לו יין אחר למכור בשוק, אבל אם יש לו יין אחר הרי הוא אצלו כשאר ימים וצריך ליתן לו דמי היין (טור בשם הרא"ש).

ב"מ צט: "אמר רבא: הני שקולאי דתברו חביתא דחמרא לחנוואה, ביומא דשוקא מיזדבנא בחמש, בשאר יומי מיזדבנא בארבע. אהדרו ליה ביומא דשוקא - מהדרו ליה חביתא דחמרא, בשאר יומי - מהדרו ליה חמש. ולא אמרן אלא דלא הוה ליה חמרא לזבוני, אבל הוה ליה חמרא לזבוני - הא איבעי ליה לזבוני. ומנכי ליה אגר טירחיה, ודמי ברזנייתא".

ג' שיטות בראשונים בפירוש הגמ':

א. שיטת רש"י, תוס' והרמב"ן: אדם ששבר חבית של יין, אע"פ שהמחיר שלה היום הוא ד' וביום השוק ה', לעולם משלם כפי המחיר של יום השוק, כיוקרא דלקמיה. אלא שקודם שהגיע יום השוק הראשון יכול להחזיר לו חבית יין, כדי שימכרנה ביום השוק, ונמצא שלא הפסידו כלום. אולם, אם עבר יום השוק – אינו יכול להחזיר לו עוד אלא דמי חבית, כפי ששווה ביום השוק, שהרי כבר הפסידו. וכתב הקצות שטעמם נראה שהוא משום 'דינא דגרמי', שהרי קי"ל שדבר הגורם לממון לאו כממון דמי, וא"כ מה בכך שביום השוק ימכר ביותר? אלא שכיון שכבר היום ידוע המחיר של יום השוק, והוא דבר ודאי שיבוא – חייב מדינא דגרמי.

ב. שיטת הרא"ש והראב"ד וכן פסק הרמ"א: חיוב התשלום הוא כפי מה שהיה שווה בשעת השבירה. לכן אם שבר בשאר ימות השנה אינו חייב אלא כפי השווי באותו זמן. אולם, אם שבר ביום השוק חייב לשלם כפי השווי ביום השוק, ואע"פ שמחזיר בשאר ימים. אלא, שאם בא לשלם ביום השוק עצמו (אפי' אחר כמה שנים) יכול להחזיר חבית יין, ולא חייב לשלם דמים, כיון שאומר לו שהחבית עצמה שווה במחיר זה והוא יכול למכרה עכשיו ולקבל את דמיה. ודווקא כשאין לו חביות אחרות למכור, כיון שאם יש לו אולי לא יצליח למכור את כולם ונמצא שהפסיד.

ג. שיטת הרמב"ם והשו"ע: לעולם אינו חייב לשלם אלא כפי ששווה בשעת שמחזירה, ואין זה משנה אם שברה ביום השוק או בזמן אחר. אלא שאם בא להחזיר ביום השוק, ואין לו חביות אחרות של יין חייבים לשלם לו כפי השווי ביום השוק, שהרי הוא יכול למכרה עכשיו ולקבל כפי דמיה ביוקר. אולם, אם יש לו עוד חביות יין, שלא יוכל למכור את כולם היום, א"כ אף ביום השוק אינה שווה אלא כלאחר יום השוק, ויכולים לתת את דמיה כפי שהיא שווה בשאר ימים. **הסמ"ע ביאר טעמו ע"פ המ"מ** שהוא מפני שאע"פ שקי"ל 'כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה', אך הוא אינו נקרא גזלן ואין עליו לשלם אלא כפי שקילקל וממילא מוטל עליו להחזיר חבית של יין, ולפיכך אם הוא רוצה לשלם דמים הוא יכול לשלם כפי השווי בשעת ההחזרה. הקצות מיאן בזה, וכתב שלא ירדנו לטעמו של הרמב"ם. **והנתיבות דחק לומר** שאף הרמב"ם לא מיירי אלא בסבל, וזהו דין מיוחד בפועלים שהם חייבים לשלם את מניעת הריוח שהם גרמו לבעה"ב, ולכן מדובר דווקא כששברו לו קודם יום השוק, ובאים לשלם לו קודם שהגיע יום השוק. אולם, אם כבר עבר יום השוק – אף הרמב"ם מודה שחייבים לשלם כפי שהיה יכול להרוויח ממנה ביום השוק. **וצ"ע דלא משמע כן ברמב"ם ובשו"ע.**

סעיף ו

ש"ש, כיון שכלה זמנו כלתה שמירתו, ואפילו היא עדיין בביתו אינו עליה אלא ש"ח.

וכ"כ בסימן שמג, ב.

סימן שה

שומר שכופר או שטוען נאנס או נגנב, ובו ז' סעיפים.

סעיף א

שומר שכר דינו כש"ח לענין אם כפר או טענות אחרות שביניהם, כגון אם אמר לו: נשתמשת בחפץ וקלקלתו, וכיוצא בזה, נשבע היסט ונפטר. ואם השומר טוען שנאנסה, אם במקום שעדים מצויים, יביא עדים ויפטר, או ישלם; ואם אין מצויים, ישבע שהיא כדבריו, ויכלול בשבועתו שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו, ואם טען: נגנבה, או אפילו שאומר: פשעתי בה והריני משלם, משביעין אותו שאינה ברשותו.

וכבר נתבאר פרטי דיניו בסימן רצו.

סעיף ב

נגנבה בלסטים מזויין והוכר הגנב, צריך לפרוע לבעל הבית, והוא יעמיד הגנב בדין. ואפילו אם נשבע כבר ונפטר קודם והוכר הגנב, כיון שנמצא הגנב צריך להעמידו בדין והוא יפרע לבעל הבית.

כבר נתבאר בהרחבה בסימן רצד, ו.

רעק"א: מה הדין כשהחזיר הגנב לבית השומר ונגנב משם בפשיעה? ב"ק קח: בעיא דלא אפשיטא האם אמרינן שכלתב שמירתו או לא, וכתב הרמב"ם שאם תפס אין מוציאין מידו. וביש"ש כתב שמוציאין. אולם, הטור והשו"ע השמיטוהו, ונראה מדבריהם שלדין דק"ל שהשומר עושה עמו דין – מוכח שאף לאחר שנגנבה מביתו לא כלתה שמירתו!! וא"כ בכל ענין חייב. וכן תמה הקצות ברצד, ו ובתירוצו השני כתב כן.

סעיף ג

היו הבעלים עמו במלאכתו בשעה שמשך החפץ לשמור, פטור אף מפשיעה, כמו שנתבאר בדיני ש"ח.

בסימן רצא, כח.

סעיף ד

קבל עליו ש"ש להתחייב אף באונסים, או שהתנה ליפטר מגנבה ואבידה ומשבועה, הכל לפי תנאו. (אמר סתם: על מנת שלא אתחייב באחריותו, פטור אפילו מפשיעה) (מרדכי ס"פ האומנים).

1. **אע"פ שהתנה לפטור עצמו מגניבה ואבידה ושבועה** – מפסיד שכרו; ש"ך (ב) בשם מהראנ"ח.

2. **ש"ש או שואל שאמרו קודם קבלת השמירה שאינם מקבלים עליהם אחריות** – פטורים אפי' מפשיעה; כ"כ תשו' מיימוני והביאוהו הסמ"ע והש"ך.

הסמ"ע כתב שהיינו דווקא שאמר כן מעיקרא, אך אם קיבל עליו מעיקרא צ"ל אח"כ דווקא בלשון 'על מנת'. **הש"ך** תמה עליו דבמאי איירי? אם הכוונה שבשעה שמשך את הפקדון הרי בהדיא איתא התם שאף באמירה סתם שאינו מקבל עליו אחריות מהני. ואם לאחר שכבר קיבל השמירה ונסתלקו זה מזה – הרי אף אמירת 'על מנת' לא תועיל, שהרי כבר חלה עליו חובת השמירה!!

סעיף ה

שומר שכר שמסר לשומר אחר, נתבאר משפטו בסימן רצ"א.

סעיף ו

האומר לחבירו: שמור לי ואשמור לך, (י"א דהוא הדין השאילני ואשאילך) (טור ס"ז בשם הרמ"ה ומהר"ק שורש ע"ז), הרי זה שמירה בבעלים. אמר ליה: שמור לי היום ואשמור לך למחר, השאילני היום ואני אשאילך למחר, שמור לי היום ואשאילך למחר,

השאיילני היום ואשמור לך למחר, כולם נעשו שומרי שכר זה לזה. הגה: ו"א [דהשאיילני ואשאיילך] ושמור לי ואשאיילך או השאיילני ואשמור לך, אפילו בחד יומא, הוי שומר שכר ולא מקרי שמירה בבעלים (טור ס"ז בשם רש"י ונ"י פרק האומנין ומרדכי פ' המפקיד).

ב"מ פא. "שמור לי ואשמור לך - שומר שכר. ואמאי? שמירה בבעלים היא! - אמר רב פפא: דאמר ליה שמור לי היום ואשמור לך למחר. תנו רבנן: שמור לי ואשמור לך, השאיילני ואשאיילך, שמור לי ואשאיילך, השאיילני ואשמור לך - כולן נעשו שומרי שכר זה לזה. ואמאי? שמירה בבעלים היא! - אמר רב פפא: דאמר ליה שמור לי היום ואשמור לך למחר." **רש"י פירש** ששאלת הגמ' 'ואמאי שמירה בבעלים היא' היא רק על הדין של 'שמור לי ואשמור לך', אך לא על שאר הדינים, כיון שביהשאיילני והשאיילך אין הבעלים במלאכתו של חברו, אלא כל אחד במלאכת עצמו, ואע"פ שהכלי שלו נמצא אצל חברו אין זה בגדר 'בעליו עמו' וכ"ש בשאר המקרים. ונמצא שבשאר המקרים אין צורך להעמיד דווקא באופן שאמר 'השאיילני היום ואני אשאיילך למחר', שהרי אפי' אם שניהם בו ביום - דינו כשומר שכר.

אולם, **הרמ"ה והרמב"ם** העמידו את כל המקרים שנאמרו בבריתא ע"פ האוקימתא של רב פפא. וכתב **הטור** שלגבי הדין של 'השאיילני והשאיילך' אפשר להבין שהם חולקים על רש"י, וסוברים שכיון שהכלי שלי שואל אצלך וכן להיפך, ובתור שואל אני מחויב לשמור על הכלי שלך, הרי זה דומה לישמור לי ואשמור לך' והוי 'בעליו עמו'. אולם, כתב שמוכח בדבריהם שחלקו על רש"י אף ב'שמור לי והשאיילך' וכן ב'השאיילני ואשמור לך' ששם אי"א להגיד את הסברא הזאת, שהרי בכה"ג גם החפץ השמור וגם החפץ השואל נמצאים אצל אותו השומר שהוא גם השואל, והשני אינו כלל במלאכת חברו! **ונשאר בצ"ע.** אמנם, הביא מתשובת הרא"ש (הדין של הסעיף הבא) שמוכח שהוא סובר כדבריהם לגבי 'השאיילני והשאיילך', ולא כרש"י.

הב"י כתב שניתן לתרץ דבריהם בדוחק ולומר שאף ב'שמור לי והשאיילך' מקרי 'בעליו עמו', דמכיון שהכלי של המפקיד שואל לשומר - הרי זה כאילו בעליו עמו. אולם, הוסיף שאין זה מתרץ את 'השאיילני ואשמור לך', ולא ידעתי למה!! דמאי שנא? הרי גם בכה"ג הכלי של המפקיד שואל לשומר!! ומה זה משנה אם הוא קודם ירד בתורת שמירה 'שמור לי ואשאיילך', או קודם בתורת שאלה 'השאיילני ואשמור לך', וכן מי יזם? וה' יאיר עינינו.

הסמ"ע כתב לחדש שלא חייבה התורה את האדם בדיני השומרים אלא כשירד בתורת שמירה, אולם כאשר תלה השמירה או ההשאלה בעסק אחר - לא. אלא, שכמובן זה צריך להיות באותו יום, כי אחרת זה לא 'עמו', דצריך ששני העסקים יהיו ביחד. ע"פ זה כתב לחדש בס"ק יג שאף בדיני של הרמ"א, דהיינו שאחד החפצים נמצא ביד אדם שלישי, יש מצב של פטור 'בעליו עמו' כגון שהתנה וכרך את ההשאלה שלו עם של חברו, (הש"ך שם חלק עליו).

הש"ך כתב ששמהסוגיא מוכח כדברי הרמב"ם והרמ"ה, שהרי הגמ' חזרה על אוקימתא דרב פפא פעמיים, גם על דברי המשנה, וגם על דברי הברייתא שהובאה מיד לאחר מכן, ואמאי!! על כרחך להשיענו שזה נכון לא רק בדין של 'שמור לי ואשמור לך', אלא אף על שאר המקרים השנויים בברייתא! **הש"ך ביאר טעמים** שבכל המקרים הללו מיקרי 'בעליו עמו', וביאר שמדובר שקודם כל הוא מקבל את חפץ השמירה ובאותה שעה חברו מתחייב להשאל לו - בהמשך היום - את החפץ השואל, אך לא מיירי שהוא משאל לו את החפץ מיד. ממילא, כיון שבשעה שהוא מקבל את השמירה, חברו מתחייב להשאל לו, נמצא שגם המפקיד משועבד לשומר להעמיד לו את החפץ להשאלה, ומקרי 'בעליו עמו'. משא"כ אם היה משאל לו אותו מיד - אין על המשאל שום שעבוד כלפי השומר. אלא שא"כ קשה מדוע ב'שמור לי היום ואשאיילך למחר' לא מקרי בעליו עמו!! שהרי הוא משועבד היום להעמיד לו את החפץ השואל למחר!! וכך הקשה הנהניבות (והש"ך דחק לחלק בין משועבד להעמיד היום למשועבד להעמיד מחר, וצ"ע).

הנתיבות כתב שהטעם הוא לא בגלל שהוא משועבד להעמיד לו את החפץ, אלא בגלל שמיד עם מסירת השמירה הוא טרח ללכת להביא לו את החפץ, והוי כמו השקיני מים. (ולא זכיתי להבין המשך דבריו).

השו"ע פסק כרמב"ם וכרמ"ה, הרמ"א הביא את דעת רש"י אף לגבי 'השאיילני ואשאיילך'.

1. כאשר פטור מלשלם מדין שמירה בבעלים, האם מפסיד שכרו? תשב"ץ - לא. קצות ונתיבות - כן, שהרי לא גרע מהקדשות ושטרות שמוכח בב"מ נח. שאע"פ שפטורים מלשלם אך מפסידים שכרם, דכל שומר שלא שמר כראוי - מפסיד שכרו.

2. מה דין אומן שלא שמר? קצות - אם השלים מלאכתו ואח"כ נגנב או אבד לא מפסיד שכרו, שהרי השכר אינו שכר השמירה אלא שכר פעולתו, וכיון שהשלים מלאכתו מגיע לו שכרו. נתיבות - בכל ענין מפסיד שכרו, כדמוכח בב"מ נח. שמפסידים שכרם אע"פ שהוא שכר שליחות ולא שכר שמירה, והטעם דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף כשנותנו לו, וכיון שלא הגיע חזרה ליד הבעלים - לא השלים שליחותו והפסיד שכרו.

סעיף ז

אמר לו: השאיילני גלימא שלך שהיא קלה וטול שלי שהיא כבדה, ובאו לסטים ונטלו האחת, הנשארית היא של בעל ראשון. הגה: דהוי ליה השאיילני ואשאיילך דהוי שאילה בבעלים.

כ"כ הרא"ש בתשובה, ומוכח דס"ל שבהשאלני ואשאלך מקרי שאלה בבעלים, ולא כרש"י (וכ"כ הש"ך ד, ותמה מדוע הרמ"א הוסיף זאת לעיל בסעיף הקודם, הרי מוכח כאן שאף השו"ע מודה לזה).

מיהו אם אין הדברים השאולים ביד השואלים, אלא ביד אחרים, כגון שראובן הניח המשכון ביד לוי בעד שמעון ושמעון השאיל דבר לראובן, לא מקרי שאלה בבעלים, דהא אין שמעון שומר לראובן, והוו שומרי שכר זה לזה (מהרי"ק שורש קכ"ה).

הסמ"ע כתב שמיידי דווקא שלא התנו ההשאלות זה בזה, דאם כן אף בכה"ג שהחפץ ששאל שמעון נמצא ביד לוי – הוי שאלה בבעלים. והש"ך חלק וכתב שבכה"ג בכל ענין אינו שאלה בבעלים, שהרי החפץ אינו בידו אלא ביד נפקד שלישי.

הלכות אומנים

סימן שו

האומנים שומרי שכר, ואם קלקלו, וטבח שנבל, ובו ח' סעיפים.

סעיף א

כל האומנים שומרי שכר הם. וכולם שאמרו: טול את שלך והבא מעות, או שאמר ליה האומן: גמרתיו, ולא לקחו הבעלים הכלי, הרי האומן שומר חנם. אבל אם אמר האומן: הבא מעות וטול את שלך, עדיין הוא שומר שכר, כמו שהיה. (ואם אמר: טול את שלך ואיני שומרו עוד, פטור) (ב"י בשם תלמידי הרשב"א).

1. כל האומנים שומרי שכר הם, אא"כ אמרו 'טול את שלך והבא מעות', או 'גמרתיו' – הרי הם שומרי חנם.

2. אם אמר 'טול את שלך ואיני שומרו עוד' – אינו שומר כלל.

3. מיהו אומן? סמ"ע – דווקא קבלן. ש"ך – אין חילוק בין שכיר יום לקבלן, או בין עושה מלאכה בביתו לעושה מלאכה בבית בעה"ב. ב"ח – אין חילוק בין שכיר יום לקבלן, אך דין זה הוא דווקא כשעושה המלאכה בביתו. פת"ש בשם מחנ"א – דין זה הוא דווקא בקבלן העושה בביתו, אך אם עושה בבית בעה"ב אינו שומר כלל, שהרי בעה"ב לא נסתלק משמירתו.

ב"מ פ: במשנה "כל האומנים שומרי שכר הן, וכולן שאמרו טול את שלך והבא מעות – שומר חנם". ובגמ' "לימא מתניתין דלא כרבי מאיר, דתניא: שוכר כיצד משלם? רבי מאיר אומר: כשומר חנם, רבי יהודה אומר: כשומר שכר! אפילו תימא רבי מאיר, בההיא הנאה דקא שביק כולי עלמא ואגרי ליה לדידיה – הוי עילויה שומר שכר. אי הכי, שוכר נמי וכו' אפילו תימא רבי מאיר: בההיא הנאה דתפיש ליה אאגריה, דלא בעי למיעל ולמיפק אזוזי – הוי עליה שומר שכר". ומבואר בגמ' שאומן דומה לשוכר, שכיון שבאה לו הנאה מהחפץ שבידו הרי הוא עליו שומר שכר, ואף האומן הנאתו בכך שהוא מרוויח ומתפרנס על ידו. אלא שלר"מ הסובר ששוכר דינו כש"ח בעינן טעמא מדוע אומן יהא ש"ש, ולכן אמרינן משום דתפיש ליה אאגריה! אך לדידן דק"ל כר"י לא בעינן להאי טעמא; וכ"כ הטור שהטעם שאומן הוא ש"ש הוא מפני "שמשכתין במה שנותנין להם לתקן וליטול שכר". (ועיין במה שנכתוב בדין הבא בשם המחנ"א).

ע"פ זה הקשה הסמ"ע א"כ מדוע דווקא בקבלן, כפי שכתב הטור; וכתב ב' תירוצים: א. דווקא בקבלן יש הנאה שהוא בחר בו ולא באחר, משא"כ בשכיר יום שלמחר יקח שכיר אחר. ב. דווקא כשעושה המלאכה בביתו הוי ש"ש, משא"כ כשעושה אצל הבעלים שהשמירה מוטלת עליהם. הש"ך והב"ח כתבו שיקבלן שנקט הטור הוא לאו דוקא, אמנם בב"ח נראה שדווקא כשעושה בביתו. אולם, הש"ך כתב שאין לחלק בכך אלא כיון שמשכתר במה שנותן לו מלאכה הוי ש"ש, וזהו עיקר הטעם. המחנה אפרים כתב שהיה נראה לו כש"ך, אולם רש"י על המשנה כתב להדיא שאומן הוא קבלן העושה בביתו, ומשמע ששכיר יום או כשעושה המלאכה אצל הבעלים אין לו דין אומן! והטעם שבעינן שיהיה החפץ ברשותו כדי שיתחייב לשמרו, אך כשהוא אצל בעה"ב לא נסתלק בעה"ב מאחריותו על החפץ.

4. מה הדין כשהקדימו לו שכרו? פת"ש בשם מחנ"א – אינו שומר כלל, דאומן לא הוי ש"ש אלא מחמת דתפיש ליה אאגריה, ולא דמי לשוכר שיש לו הנאה מחמת השימוש בגוף החפץ, משא"כ הכא שאינו משתמש כלל בגוף החפץ; וכן איתא להדיא בראב"ן, מרדכי, שאלתות דר"א גאון. באר יצחק, גליא מסכת – הוי ש"ש, דשכרו הוא שמרויח ומשתכר במלאכתו. פת"ש בשם עצמו – בעגלון וכדו' אף המחנ"א מודה דהוי ש"ש, כיון שלהנאתו עומדת הסחורה ברשותו כדי להוליכה ממקום למקום, והוי דומיא דשוכר.

למסקנת הסוגיא נראה שהטעם הוא מפני ש'תפיש ליה אאגריה', וא"כ כאשר הקדים לו שכרו שוב אינו שומר שכר עליו! וכ"כ הראב"ן, המרדכי ובשאלתות דרב אחאי. אולם, כתב המחנ"א שלא נאמר טעם זה אלא לר"מ, ואנן הא קי"ל כר"י ששוכר כש"ש וא"כ בלאו האי טעמא אומן מיחשיב כשומר שכר! וכ"כ הגליא מסכת כדבר פשוט. אך כתב המחנ"א שמדברי הראשונים הנ"ל נראה שהבינו שאף למסקנה בעינן להאי טעמא, כיון שאומן אינו כשוכר דשוכר יש לו הנאה מגוף החפץ ולכן פשוט שמיחשיב כשומר עליו, והגמ' הקשתה לר"מ שאם שוכר אינו ש"ש א"כ מדוע אומן?! אך אין כוונתה לומר שאומן הוא כשוכר. ולכן, אומן מיחשיב כש"ש רק בגלל שתפיש ליה אאגריה! ואם הקדימו שכרו – כלתה שמירתו. אמנם, כתב הפת"ש שבעגלון אף המחנ"א יודה כיון שזה מהות עבודתו לקחת את הסחורה של חברו איתו ממקום למקום, ונמצא שיש לו הנאה בכך שהחפץ עצמו בא אליו – דומיא דשוכר. (ועי' במה שכתבנו קודם, שנראה מדברי הסמ"ע, הש"ך והב"ח שאף למסקנה לא בעינן לטעמא ד'תפיש ליה אאגריה', ודלא כמחנ"א וצ"ע).

סעיף ב

נתן לאומנים לתקן, וקלקלו, חייבים לשלם. כיצד, נתן לחרש שידה, תיבה ומגדל, לקבוע בהם מסמר, ושברו, או נתן לו עצים לעשות מהם שידה, תיבה ומגדל, ונשברו אחר שנעשו, משלם לו דמי שידה, תיבה ומגדל, שאין האומן קונה בשבח כלי ע' בא"ע ס' כ"ח סט"ו. הגה: הבנאי שקבל עליו לסתור הכותל ושבר האבנים או הזיק, חייב לשלם. היה סותר מצד זה ונפל מצד אחר, פטור; ואם מחמת המכה, חייב (טור).

1. נתן לאומן לתקן וקלקל – חייב לשלם:

א. אם נתן לו שידה תיבה ומגדל לקבוע בהם מסמר וקלקל – חייב לשלם לכו"ע.

ב. אם נתן לו עצים ועשה בהם שידה תיבה ומגדל ונשברו אח"כ מחמתו: שו"ע – חייב לשלם דמי הכלים שעשה, כיון שאומן קונה בשבח כלי; וכן פסקו הסמ"ע, מהרש"ל. ש"ך – הוי ספיקא דדינא, וא"א להוציא ממנו אלא דמי העצים.

2. האם אומן קונה בשבח כלי? שו"ע – לא, כן פסקו הרי"ף והרמב"ם, וכן הסכימו הסמ"ע והמהרש"ל. ש"ך – הוי ספיקא דדינא, דדעת בה"ג, ר"י ור"ת, ונראה שאף הסמ"ג מסכים עמהם שאומן קונה בשבח כלי.

ב"ק צח: במשנה "נתן לאומנין לתקן וקלקלו - חייבין לשלם. נתן לחרש שידה תיבה ומגדל לתקן וקלקל - חייב לשלם". ובגמ' "אמר רב אסי: לא שנו אלא שנתן לחרש שידה תיבה ומגדל לנעץ בהן מסמר, ונעץ בהן מסמר ושיברן, אבל נתן לחרש עצים לעשות שידה תיבה ומגדל, ועשה מהן שידה תיבה ומגדל ושיברן - פטור; מאי טעמא? אומן קונה בשבח כלי". ושקיל וטרי הגמ' האם אומן קונה או לא, ולמסקנת הסוגיא בצט. "לימא כתנאי: עשה לי שירים, נזמין וטבעות ואקדש לך, כיון שעשאן - מקודשת, דברי רבי מאיר, וחכמים אומרים: אינה מקודשת עד שיגיע ממון לידה וכו' מאי לאו באומן קונה בשבח כלי קמיפלגי, דר"מ סבר: אומן קונה בשבח כלי, ורבנן סברי: אין אומן קונה בשבח כלי? וכו' רבא אמר וכו' ודכולי עלמא - אין אומן קונה בשבח כלי, אלא הכא במאי עסקינן - כגון שהוסיף לה נופך משלו וכו'". ומכך שהעמיד רבא שלכו"ע אין אומן קונה בשבח כלי – הוכיח הרי"ף שכך היא מסקנת הסוגיא, וכך היא דעת רבא. הרא"ש כתב שאין זה ראייה מוכרת, שאפשר שכיון שלא הייתה אפשרות אחרת להעמיד את מח' אם לא באופן הזה, כך העמידה רבא אך לא מפני שכך סבירא ליה. אמנם, הרא"ש בקידושין (דף מח.) הביא שר"י ור"ת חולקים על הרי"ף ופסקו שאומן קונה בשבח כלי, וכתב הש"ך שכן דעת הבה"ג. בדעת הרא"ש נחלקו האחרונים: היו שכתבו שפסק כרי"ף שהרי בב"ק הביאו ולא הביא דעת החולקים, ורק כתב שאין הכרח לומר כן. וכן בב"מ בהמקבל סתם כן, ואע"פ שבקידושין הביא אף את דעת החולקים אין הכרח שס"ל כמותם, או שדווקא שם חשש לשיטתם משום חומרא דאשת איש. הטור באבן העזר כתב שדעת הרא"ש כדעת החולקים, והקשו עליו שהרי הוא עצמו סתם בחו"מ כדעת הרי"ף (ואפשר ליישב שדווקא בקידושין ומשום חומרא דא"א, וכך אפשר ליישב דעת השו"ע שכאן כלל לא הזכיר דעת החולקים, אך באה"ע סימן כח, טו סתם כדעת הרי"ף והביא בשם י"א את דעת החולקים). הש"ך כתב שהרא"ש הסתפק ולא הכריע. השו"ע והרמ"א כאן פסקו כרי"ף שאין אומן קונה בשבח כלי, וכן הסכימו הסמ"ע והמהרש"ל. אולם, הש"ך כתב שהוא ספיקא דדינא ואין להוציא ממון.

3. בנאי שקיבל עליו לסתור הכותל ושבר האבנים והזיקם – חייב לשלם. התחיל לסתור מצד אחד ונפל מהצד השני – פטור, אך אם מחמת המכה – חייב. ב"ק צח: במשנה "והבנאי שקיבל עליו לסתור את הכותל, ושיבר את האבנים או שהזיק - חייב לשלם; היה סותר מצד זה ונפל מצד אחר - פטור, ואם מחמת המכה – חייב".

4. מהו הקנין באומן, והאם קונה את השבח או את הכלי (למ"ד שאומן קונה)? מוהר"ש הלוי – קונה את הכלי. תרוה"ד (שט) – קונה רק את השבח. קצות – קונה רק את השבח, אך אינו קנין גמור אלא כעין שעבוד משכון, ויותר ממשכון דהכא הכל שלו אף יותר מחובו, אך הקנין אינו גמור אלא שלו לענין קידושי אשה, ונזיקין. אך מאידך בעה"ב יכול לסלקו לאומן בע"כ, ואי"צ לעשות בו קנין חדש, שהרי הוא לא יצא מרשותו מעולם. וכן מוכח בר"ן בשבועות, וברמב"ן במלחמות שם, ובריתב"א פרק האומנין (דהיינו שהקנין הוא רק כעין שעבוד ולא קנין מוחלט, אך לא מוכח בדבריהם שזה רק בשבח ולא בגוף החפץ). נתיבות – קונה בגוף הכלי כשיעור השבח, והקנין הוא כדברי הרשב"א שכל זמן שלא נתקלקל החפץ או נגנב ואבד הרי הוא של בעל הכלי, אלא שאם קלקלו אמרינן שמשתמא אין דעתו להקנות השבח לבעה"ב ואח"כ להתחייב לו את דמיו, ולכן על דעת זה לא התכוון להקנות לו, אך כל זמן שהוא קיים – ודאי שהוא ברשות בעל הכלי. ולכן לכו"ע אם נאנס הכלי – לא הפסיד האומן שכרו, ולא אמרינן שאיבד מעותיו, אלא שכל זמן שלא התכוון לפשוט בו לא אמרינן שהתכוון לקנותו.

5. לאחר שקיבל האומן את שכרו – לכו"ע אין לו קנין בגוף הכלי. כ"כ הש"ך בשם השלטי"ג (ע"פ הגרסא שלפנינו, וכמו שכתב הנתיבות, ולקצות הייתה גירסה מוטעית ולכן הקשה עליו), וכן הסכימו הקצות (ד) והנתיבות (ד). לפי הקצות זה מובן מכיון שמעולם לא היה לו בכלי אלא שעבוד כדי שכרו, וכאשר פרע לו פקע קניינו. הקצות הוסיף

שזה מועיל אף בע"כ, שהרי הכלי מעולם לא יצא מבעליו, וא"צ קנין כדי לזכות בו, ולכן מועיל אף מחש"ו. הנהיבות שסובר שיש לו קנין בגוף החפץ, כתב שמהני מפני שבכה"ג מעות קונות דאין חשש של נשרפו חטיף בעליה.

6. אומן שעושה בחינם: קצות – לכו"ע אינו קונה בשבח הכלי, שהרי הקנין אינו רק זכות בחפץ כנגד שכרו, וכשעושה בחינם אין לו שכר. נתיבות – קונה, ע"פ דברי הרשב"א שהטעם שקונה הוא שאינו רוצה להקנות השבח לבעלים ולהתחייב בדמיו, וא"כ כ"ש שעושה בחינם שאינו רוצה להקנותו לבעלים ויתחייב לשלם דמיו אם יזיקנו. רעק"א – נסתפק בזה.

אומן שעושה בחינם ואח"כ התחרט ורוצה תשלום על עבודתו: אם אינו קונה בשבח כלי – פשיטא שאינו יכול לדרוש כלום, דמעולם לא נתחייבו לו בשכר. אם אומן קונה בשבח כלי – יכול לומר איני רוצה ליתן לך מתנה, אך אולי כשעושה בחינם לכו"ע אינו קונה בשבח כלי; וצ"ע לדינא, רעק"א.

7. אמר לאומן לעשות כלי ויקחנו ממנו, ואחר שעשאו חזר בו ואינו רוצה לקחתו – חייב לשלם לו מדינא דגרמי; רעק"א בשם הרא"ש והשו"ע לקמן שלג.

8. המח' היא רק במה שנשבח הכלי של בעה"ב, כגון שלקח גוש כסף ועיצב אותו ועשה ממנו גביע וכדו' או שחרט בו חריטות יפות, אך אם הוסיף האומן חומרים משלו לתוך הכלי – לא נקנו לבעה"ב, שהרי אין אדם יכול לזכות בשלו לאחר, ועוד דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה! ורק בצבע שהוא דבר שאין בו ממש – נקנה לבעה"ב; נתיבות.

וכן מוכח בב"ק צט: "ודכולי עלמא - אין אומן קונה בשבח כלי, אלא הכא במאי עסקין - כגון שהוסיף לה נופך משלו", דהיינו שהאומן הוסיף חומרים משלו על מה שהאשה הביאה לו, ומוכח שאע"פ שאינו קונה בשבח כלי – בכה"ג יש לו קנין בגוף הכלי כפי הנופך שהוסיף בו. אלא שצ"ע שהרי שם בע"א מבואר שבצמר וסממנים ששניהם של בעה"ב והאומן רק צובע – לכו"ע לא אמרינן בו 'אומן קונה בשבח כלי', ורק כאשר הסממנים של האומן אמרינן הכי! וצ"ל שבסממנים וצמר זה דין מיוחד.

9. האם יש דין אומן קונה בשבח כלי בקרקעות? נתיבות (ד בסופו), ר' שמעון שקופ – כן, שהרי גם בקרקע בעינין שיקנה לו את השבח! ולפ"ז אם בנה לו בית ואח"כ קלקלו – שייך טעמו של הרשב"א שבכה"ג לא הקנה לו כדי שיתחייב בנוקדיו. ספר בית יצחק – לא, דהוא רק שעבוד כעין משכון ואין משכון בקרקע.

10. שבח שאין בו ממש: הרא"ש בתשובה כתב שלכו"ע אין אומרים בו 'אומן קונה בשבח כלי', ולכן אם נתן לאומן לצבוע לו טלית אין האומן יכול לאסרה עליו. הקשו עליו שהרי בסוגיא בדף צט. אמרו להדיא לגבי אומן שצבע צמר ש'אומן קונה בשבח כלי'! תירץ הקצות שכונת הרא"ש שאע"פ שהאומן קונה את הצבע, אך כיון שצבע הוא דבר שאין בו ממש, דאין שבח סימנים ע"ג צמר, וכיון שהאומן אינו קונה רק את השבח (הקצות לשיטתו), א"כ אין לו בשבח כלום ואינו יכול לאסרו על חברו. הנתיבות חלק על הקצות והלך לשיטתו שיש לו קנין בגוף הכלי כשווי השבח, כמו שרואים בסוגיא לגבי שנתן לו בגד לרככו בבעיטות וכדו', אלא שביאר דברי הרא"ש ע"פ יסוד הרשב"א שכל זמן שהאומן לא מקלקל הרי השבח של בעה"ב, ולכן אינו יכול לאסרו עליו. ומה שכתב הרא"ש שהיינו בגלל שהוא דבר שאין בו ממש, הוא בגלל שמיידי בצבע של האומן, ובכה"ג אם היה דבר שיש בו ממש – לכו"ע היה שייך לאומן (דבכה"ג לא אמרינן אין אומן קונה בשבח כלי, שהרי אין זה שבח כלי, אלא 'נופך משלו' שלא יצא מרשותו), ורק בגלל שסמנים ע"ג צמר הוא דבר שאין בו ממש – אינו יכול להקדישו.

סעיף ג

נתן צמר לצבע והקדיחו יורה, נותן לו דמי צמרו. צבעו כעור, או נתנו לו לצבעו אדום וצבעו שחור שחור וצבעו אדום, נתן עצים לחרש לעשות מהם כסא נאה ועשה כסא רע או ספסל, אם השבח יתר על ההוצאה, נותן בעל הכלי את ההוצאה; ואם ההוצאה יתירה על השבח, נותן לו את השבח בלבד. (ומה שהיה ראוי להשביח אילו לא שינה הוא בכלל הקרן, וחשבינן השבח (וההוצאה) בלא זה) (טור). אמר בעל הכלי: איני רוצה בתקנה זו אלא יתן לי דמי הצמר או דמי העצים, אין שומעין לו. וכן אם אמר האומן: הא לך דמי צמרך או דמי עציך ולך, אין שומעין לו, שאין האומן קונה בשבח כלי שעשה.

1. נתן צמר לצבע וקלקלו ואינו שווה כלום – נותן לו דמיו. ב"ק ק: במשנה "הנותן צמר לצבע והקדיחו יורה (שנשרף ואין כאן שבח כלל) – נותן לו דמי צמרו".

2. נתן חומרי גלם לאומן כדי לעשות דבר מסוים ושינה ועשה משהו אחר, או שעשה אותו חפץ אך בצורה פחות טובה – ידו על התחתונה, ואם השבח יתר על ההוצאה – נותן לו את ההוצאה, אך אם ההוצאה יתירה על השבח – נותן לו את השבח.

האם השבח שהיה ראוי להשביח אילו לא היה משנה נחשב בכלל הקרן? שו"ע, ש"ך – לא. רמ"א – כן.

ב"ק ק: במשנה "צבעו כאור, אם השבח יתר על היציאה - נותן לו את היציאה, ואם היציאה יתירה על השבח - נותן לו את השבח. לצבוע לו אדום וצבעו שחור, שחור וצבעו אדום - רבי מאיר אומר: נותן לו דמי צמרו; ר' יהודה אומר: אם השבח יתר על היציאה - נותן לו את היציאה, ואם היציאה יתירה על השבח - נותן לו את השבח". טעמו של ר"מ מפני שסבר שקנאו בשינוי, ולכן כל השבח שהשביח הצמר שייך לאומן ואינו נותן לו אלא דמי צמרו. אולם, ר"י סובר ששינוי באומן אינו קונה, שהרי לא נתכוון לגזלו, אלא שידו על התחתונה מכיון ששינה מדעתו של בעה"ב. והלכה כר"י. **ובגמ'** קא. "ומודה רבי מאיר: אם נתן עצים לחרש לעשות מהן כסא נאה ועשה מהן כסא כעור, ספסל נאה ועשה ספסל כעור, אם השבח יתר על היציאה - נותן לו דמי היציאה, ואם היציאה יתירה על השבח - נותן לו דמי השבח". כיון שבכה"ג אין זה בכלל שינוי.

הפשט של 'אם השבח יתר על היציאה וכו'" הוא כמו שאנו מכירים בדין יורד, שבדקים האם ההוצאות גדולות יותר מהשבח שהשביח החפץ או להיפך ונותן לו את המחיר הנמוך. ואף כאשר השבח יתר על היציאה, ואף יתר על מה שסיכמו ביניהם - אינו נותן לו אלא את הוצאותיו, ולא את המחיר שסיכמו בעבור העבודה - כיון ששינה ולא עשה כפי שסיכמו ביניהם, וכך מבואר ברש"י, וכן כתב הרא"ה להדיא (הובא בנמוק"י), וכן דעת הר"ף והרמב"ם שסתמו ולא כתבו אחרת, וכן הסכים הש"ך לדינא.

אולם, הרא"ש והתוס' כתבו שבירושלמי משמע לא כך, אלא שכל השבח שהיה ראוי לבוא אילו לא היה משנה הרי הוא בכלל הקרן, ושבח היינו כמה שהשביח יותר מהקרן, ויציאה היינו השכר שהתחייב לתת לו. וכגון שנתן לו צמר לצבועו והצמר והסממנים יחד שוים י', והשכר שהתחייב לו הוא עוד י', והרווח שראוי לבוא היה ה' (כלומר שאם היה צובעו כמו שביקש ממנו היה שווה כ"ה). א"כ אם המחיר של הצמר לאחר הצביעה קטן או שווה לט"ו - אינו נותן לו כלום, ואפי' לא הוצאותיו! דמבחינתנו אין כאן שבח כלל! (לשיטת רש"י ודעימיה נותן לו את השווי שיותר מ', שכל זה בכלל שבח). ואם המחיר של הצמר גדול מט"ו אך קטן מכ"ה - נותן לו את הסכום הזה, אע"פ שזה פחות ממה שהתנה עמו. ורק אם הוא גדול מכ"ה נותן לו כפי שסיכמו עמו. התוס' בעצמו כתב שזה דוחק בגמ', שהרי א"א לפרש כן במקרה של 'צבעו כעור', ושר' אלחנן פירשו בענין אחר. אך לדינא הסכימו שניהם שכן הלכה, דכן איתא בירושלמי, וכתב הרא"ש שהוא משום קנס כיון שהאומן שינה ממה שצוהו בעה"ב (לכן אין דינו כיורד שלא ברשות).

השו"ע פסק כרש"י ורמב"ם. הרמ"א הביא דעת הרא"ש והתוס'. אולם, הש"ך האריך להוכיח שהעיקר כשו"ע, ושכן אפשר לפרש גם את דברי הירושלמי (שלא כפי שפירשוהו הם, אלא שכוונת הירושלמי לומר שצריך לנכות לו משכר טרחתו, אך לא לנכות לו מהוצאותיו).

כאשר למרות השינוי השביח כפי שהיה ראוי לבוא - נותן לו כפי המחיר שסיכמו עמו; ש"ך. וטעמו שהדין שלנו נכון רק כאשר הגיע אליו שבח הפחות מהראוי לבוא, אך אם השביח אותו דבר למרות השינוי - לא, וחייב ליתן לו כפי שפסק עמו (אע"פ שזה יתר על ההוצאות). ולדידי צ"ע דמה אכפת לי בכך, הלא ס"ס האומן שינה ולא עמד בהתחייבות וממילא גם ההתחייבות שלי כלפיו על שכרו בטלה, ואין לו אלא כפי שהוציא כדין יורד שלא ברשות!?

בכלל הוצאות האומן מחשבים גם את שכרו הראוי לו לכל יום עבודה, כ"כ הש"ך וכדין יורד שלא ברשות שצריך ליתן לו כפי שהיה נותן לאחר, שהרי ההנאהו בכך.

3. אין האומן או בעל הכלי יכולים לומר שאינם רוצים בתקנה זו, אלא שהאומן יתן לו דמי הצמר במקום, או שבעל הכלי יקבל את דמיו במקום. והטעם מפני שאין אומן קונה בשבח כלל, וממילא הכלי עומד ברשות בעל הבית, ועוד שתקנה זו לטובת שניהם נתקנה; כ"כ הרמב"ם והשו"ע.

כאשר השביח הצמר: מהרש"ל - יכול בעה"ב לכוף את האומן למכור הצמר וליתן לו דמיו וכן להיפך, והרמב"ם לא דיבר אלא רק כשלא השביח כלל. ש"ך, קצות - אינו יכול לכופו.

המהרש"ל העמיד דברי השו"ע והרמב"ם בכה"ג שלכא שבח כלל, ולכן אינו יכול לומר כן, אך כאשר יש שבח מדוע שלא יוכל לומר יתן לי דמי צמרי ואיני חפץ בתקנה זו? **הש"ך חלק עליו** וכתב שמשמע שמייירי כשהשביח שהרי זה המשך של תחילת הסעיף, ועוד שאם אין שבח כלל מדוע שלא ישמעו לו הרי חסרו בידיים! ולכן נקט שמייירי כשיש שבח אלא שבעה"ב אינו חפץ לטרוח ולמכור הצמר, ולכן הוא מוכן לוותר על השבח ולקבל את דמיו. והטעם שאין שומעין לו כיון שאין אומן קונה בשבח כלל, ונמצא שהכלי שייך לבעה"ב ואינו יכול לדרוש מהאומן לקחתו. **הקצות** הסכים עם הש"ך רק כתב שלכו"ע אין בעה"ב יכול לדרוש מהאומן למכור את הטלית, שהרי פשיטא שמזיק יכול לפרוע בשווה כסף אף כשיש לו מעות, ואין בעה"ב יכול לדרוש מעות מזומנים (ורק לגבי גנב וגזלן ש' תוס' שחייב ליתן לו דמים). אלא שנחלקו דווקא כשבעה"ב אומר לאומן אני לא רוצה לשלם לך את הוצאותיך ולכן אני מוותר על כל השבח שהשביח הבגד - קחנו ולך ותן לי דמי צמרי, ובכה"ג דעת הראב"ד שיכול לומר לו כן כיון שהתקנה נעשתה רק לטובת בעה"ב, אולם הרמב"ם חולק וסובר שהתקנה נעשתה לטובת שניהם, ולכן אינו יכול לומר כן.

4. האם יכול לומר לו: איני חפץ בשבחך כלל, ואיני רוצה ליתן לך הוצאותיך - טול שבחך ולך? קצות - כן, כמו ביורד שיכול לומר לו 'טול עציד ואבניך'. נתיבות - לא, דדוקא במקום שיכול לקחת השבח לעצמו

יכול לומר כן, וכגון בנטיעה שיקחנה ויטענה במקום אחר, משא"כ בצבע שאף אם יעבירו מהצמר ע"י צפון הלא לא ישאר בידו. וכן מוכח בש"ס לגבי צבעו קוף שא"א לומר כן.

סעיף ד

המוליך חטים לטחון, ולא לתתן, ועשאן סובין או מורסן; נתן קמח לנחתום ועשאו פת נפולין; בהמה לטבח, וניבלה; בשכר, חייבים לשלם דמיהם. ואם שחט בחנם, אם היה טבח מומחה, פטור; ואם אינו מומחה, חייב. (והטבחים שלוקחין הכרכשאות מן הכשרות, מקרי שכר, ואם נבלו חייבים לשלם) (טור).

1. טבח אומן שקלקל: בשכר – חייב, דבכה"ג הרי הוא ש"ש וחייב בשמירה יתירה, בחינם – פטור, שהרי הוא מומחה ואינו רגיל שיבא מכשול על ידו, ומזליה דלוקח גרם; סמ"ע (יג).

2. טבח שאינו אומן שקלקל – חייב בכל ענין, דפשע בכך ששחט או תיקן.

ב"ק צט: "אמר שמואל: טבח אומן שקלקל - חייב לשלם, מזיק הוא, פושע הוא (ואפי' בחינם חייב) וכו'. איתיביה רב חמא בר גוריא לשמואל: הנותן בהמה לטבח וניבלה, אומן - פטור, הדיוט - חייב, ואם נותן שכר, בין הדיוט בין אומן - חייב! וכו' קאמינא לכו אנא רבי מאיר, וקאמריתו לי רבנן. וכו' המוליך חטים לטחון, ולא לתתן ועשאן סובין או מורסן, קמח לנחתום ועשאו פת נפולין, בהמה לטבח וניבלה - חייב, מפני שהוא כנושא שכר! אימא: מפני שהוא נושא שכר".

3. שוחטים שלוקחים הכרכשאות מן הכשרות – מיקרי שכר, ואע"פ שאינם לוקחים מהטרפות, אך אם הייתה כשרה היה נוטל שכר – נחשב כש"ש. ועוד שמה שנוטל מהכשרה הוי שכר גם על הטרפה. וע"פ טעם זה הוא נחשב ש"ש גם על התרנגולים.

4. הברכה שמברך על השחיטה אינה נחשבת כשכר, ואע"פ שאם חטפו ממנו הברכה הרי היא שווה י' זהובים, אין זה בכלל שכר דמצוות לאו ליהנות נתנו; וכן מוכח בשומר אבידה שאע"פ שיש לו שכר מצוה, לא מקרי ש"ש אלא משום פרוטה דרב יוסף; קצות.

סעיף ה

במה דברים אמורים, שניבלה בוודאי. אבל אם עשה בה טרפות הפוסלה מספק, כגון ששהה במיעוט סימנים, פטור. וכן אם מצא הסכין פגום, והוא בדקו תחלה, כיון דאיכא למימר בעצם המפרקת נפגמה, לענין ממון לא מפקינן מספק. הגה: אף על גב דאנו נוהגין לאסרו, אפילו הכי פטור מממון, וכן נראה לי. ואף על פי שיש מי שחולק (תרומת הדשן סימן קפ"ו). ומכל מקום שכרו הפסיד, דדילמא בסכין פגום שחט (בית יוסף בשם רבינו ירוחם והרא"ש).

1. **כאשר נפסלה הבהמה מספק:** שו"ע ורמ"א – בכל סוגי הטרפות אינו חייב לשלם, אך מאידך הפסיד שכרו. ש"ך – רק בטרפות שלא בקיאים בהם השוחטים, אך בכל ההלכות שבקיאים בהם אע"פ שהאיסור הוא מספק – חייב, שהרי ידע שזה יטריף את הבהמה והיה לו להזהר בכך.

ב"ק צט: "ההוא מגרומתא דאתאי לקמיה דרב, טרפיה, ופטריה לטבח מלשלומי דמי; פגעו ביה רב כהנא ורב אסי בההוא גברא, אמרו ליה: עביד כך רב תרתי. מאי תרתי? וכו' אלא תרתי למעליותא, דלא אוכלך ספק איסורא, ומנעך מספק גזילה". מכאן למדו הראשונים שדין זה נאמר רק בודאי טריפות אך לא בספק, שיכול הטבח לומר לו שיביא ראיה שנפסלה מחמת שחיטתו וישלם לו. תרוה"ד כתב שכל חומרא שמפורשת בהל' שחיטה חייב לשלם, שהרי טבח ידע שאם ישחט כך תיאסר הבהמה. הרמ"א כתב "ואע"פ שיש מי שחולק" ופשט דבריו שהתכוון לאפוקי מדעת תרוה"ד, וסובר שבכל ספק אין מוציאין ממנו. אולם, הש"ך כתב שנראה לו העיקר כדברי תרוה"ד ושאין מי שיחלוק עליו. (ולא הבנתי איך הוא מיישב את דברי הרמ"א 'ואע"פ שיש מי שחולק' וצ"ע). אולם, בבאר הגולה ובט"ז ובסמ"ע מבואר שהבינו שהרמ"א חלק על תרוה"ד, שאף בטרפות הללו אמרינן המע"ה.

הקצות כתב שהיה נראה לו להכריע שבסתם טריפות הדין עם הש"ך, אך בטרפות שהם מכח שהיה כל דהו אע"פ שאנו מחמירים שלא לאכלה, אך סו"ס היא יצאה מכלל נבילה בשחיטתו, וכיון שכן לא שייך לומר שלא הייתה כאן שחיטה כלל והרי זה כמתז ראשו בסיף, וכיון שכן הוי 'היזק שאינו ניכר' ופטור. והנתיבות חלק עליו שבכל ענין שנפסלה השחיטה לא חשיב היזק שאינו ניכר.

דינים אלו נאמרו רק בטרפות שהם מחמת שחיטת הטבח, אך אם נמצאה הבהמה טריפה בלא קשר לאופן שבו נשחטה – פשוט שאינו מפסיד שכר.

מדוע בסי' רלב, יב פסק הרמ"א שכל הטרפות שאנו אוסרים ואפי' מספק – מבטלות המקח, ואמאי לא אמרינן ללוקח שעליו הראיה? סמ"ע – דאין זה הפקעת ממון כ"כ לבטל המקח, משא"כ כאן שהטבח יצטרך לשלם דמי הבהמה מכיסו.

ש"ך, ט"ז – השאלה אינה שאלה כלל! דשם כיון שהבהמה אסורה באכילה הרי אין לך מום גדול מזה, ונמצא שהמקח טעות והוא בטל, ולכן חייב להחזיר לו דמיו. אך כאן השאלה האם הטבח הזיק אותו והרי זה ספק.

מדוע טריפה אינה מוגדרת כהיזק שאינו ניכר? כיון ששחיטתו פסולה אין עליה שם שחיטה, והרי הוא כמתיו ראשה בסייף, והיזקו ניכר; קצות בשם הרמב"ן. אולם, אם הפסול אינו בשחיטה אלא לאחר מכן, כגון שנפסלה בבדיקות הי"ז היזק שאינו ניכר ופטור.

סעיף ו

המראה דינר לשולחני, ואמר לו: יפה הוא, ונמצא רע, אם בשכר ראהו, חייב לשלם אף על פי שהוא בקי ואינו צריך להתלמד. ואם בחנם ראהו, פטור, והוא שיהיה בקי שאינו צריך להתלמד. ואם אינו בקי, חייב לשלם אף על פי שהוא בחנם, והוא שיאמר לשולחני: עליך אני סומך, או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים. (ויש אומרים דאפילו סתמא נמי חייב (טור בשם רבינו 'צחק והרא"ש). ומכל מקום הסברא הראשונה נראה עיקר).

1. המראה דינר לשולחני ונמצא רע:

אם הראהו בשכר – חייב לשלם, כשיטת הרי"ף והרא"ש ודלא כרשב"א. **מהריב"ל** כתב שכיון שהוא פלוגתא דרבנותא מספיקא לא מפקינן ממונא, כשטעה הבקי בשכר. **ומהרש"ל** פסק כרשב"א שבקי לעולם פטור, **ודחה הש"ך דבריהם והסכים עם השו"ע**.

אם הראהו בחינם: אם הוא בקי – פטור. אך אם אינו בקי – חייב.

ב"ק צט: "איתמר: המראה דינר לשולחני ונמצא רע, תני חדא: אומן – פטור, הדיוט – חייב, ותניא אידך: בין אומן בין הדיוט – חייב! אמר רב פפא: כי תניא אומן פטור – כגון דנכו ואיסור, דלא צריכי למיגמר כלל. אלא במאי טעו? טעו בסיכתא חדתא, דההיא שעתא דנפק מתותי סיכתא". **וכתב הרא"ש** "הא דלא שני כאן בחנם כאן בשכר כדמשני גבי שחיטה. משום דבהכרת מטבע צריך בקיאות גדול ולית ליה למיחזי אלא בקי כדנכו ואיסור. ושאר כל אדם מיקרו הדיוט וחייבין אפילו בחנם. אבל דנכו ואיסור פטורין בחנם אבל בשכר חייבין". אולם, **הרשב"א** למד מכך שרוב פפא לא חילק כאן בין בשכר לבחינם ונתן טעם לדבר "דגבי שחיטה שהדבר תלוי באומנות הידים שייך שאפילו האומן הבקי כטבחא דצפורי יקלקל לעתים אא"כ ישגיח ויכוין מלאכתו היטב ולפיכך לאו אנוס גמור חשבין ליה, אבל בראיית המטבעות כל שהוא בקי הרבה כדנכו ואיסור כיון שהדבר תלוי בראייה והבקיאות בצורת המטבע לא שייך שיטעה בו הבקי כדנכו ואיסור, וכשטעה אונס גמור הוא ושומר שכר פטור מן האונסין".

הג' אשר"י בשם רבינו אפרים: דין זה נאמר דווקא במראה דינר לשולחני באופן שחייב הלה לקבלו, כאשר השולחני אומר שהוא טוב, ולכן חייב משום מזיק. אך בלאו הכי – לא. ועי"פ זה כתב לחלק שהאומר לחברו על מקח שהוא טוב וכדו' והלך וקנאו ונמצא שהיה מקולקל – פטור מלשלם, כיון שלא היה חייב לקנותו. אמנם, גם הוא מודה שאם אמר 'חזי דעלך קסמיכנא' חייב בכל ענין. הש"ך הזכיר דבריו, אך מסתימת השו"ע והאחרונים נראה שבכל ענין חייב לשלם, ואף כשלא היה מוכרח ליטלו עי"פ דבריו, הוי גרמי וחייב לשלם.

2. **האם כדי להתחייב צריך שיאמר לו 'חזי דעלך קסמיכנא'?** שו"ע – כן, או שיהיה מוכח שהוא סומך עליו, כשיטת הרי"ף והרמב"ם. רמ"א – י"א שבכל ענין חייב, תוס' והרא"ש, אך העיקר כשו"ע. מהרש"ל פסק כרא"ש והש"ך כשו"ע.

האם גם בקי אינו מתחייב אא"כ אמר לו כן? ש"ך – כן, ומ"ש הרי"ף הדיוט היינו משום שמדובר כשנתן לו בחינם שבכח"ג אומן פטור אפי' אמר לו כן. אך כשנתן לאומן בשכר – צריך שיאמר לו כן. שהרי דינו של האומן קיל משל ההדיוט. מהר"ם בר ברוך, נתיבות – לא, דדוקא בהדיוט הצריכו שיאמר, דמסתמא אין אדם סומך על ההדיוט, ולא היה להדיוט לחשוב שסומך עליו; משא"כ באומן שברור שהוא סומך עליו, דאם לא על מי יסמוך!! ועוד טעם נ"ל מפני שהאומן חייב רק כשהוא נוטל שכר על כך, וכשנוטל שכר פשיטא שהוא סומך עליו.

ובדף ק. "ריש לקיש אחוי ליה דינרא לרבי אלעזר, אמר: מעליא הוא, אמר ליה: חזי דעלך קא סמיכנא. א"ל: כי סמכת עלי מאי למימרא? דאי משתכח בישא בעינא לאיחלופי לך, והא את הוא דאמרת: רבי מאיר הוא דדאין דינא דגרמי, מאי לאו ר' מאיר ולא סבירא לך כוותיה! א"ל: לא, ר' מאיר וסבירא לך כוותיה". רוב הראשונים הבינו שר' אלעזר לא היה בקי אלא היה מתלמד. ונחלקו התוס' והרא"ש עם הרי"ף והרמב"ם, שלדעת התוס' **והרא"ש** אע"פ שלא היה אומר לו 'חזי דעלך קסמיכנא' היה מתחייב, ולא אמר לו כן אלא לרווחא דמילתא. **אולם, דעת הרי"ף** שבאדם שאינו מומחה אם לא אמר לו 'חזי דעלך קסמיכנא' פטור מכלום, והטעם מפני שבכח"ג אינו מדקדק כ"כ שהרי הוא יודע שאינו בקי ולא היה לו לסמוך עליו; **וכן פסקו השו"ע והרמ"א**. (אמנם בהגהות אשר"י כתב בשם מהרי"ח שר' אלעזר היה מומחה, ואף במומחה בחינם אם אומר לו שהוא סומך עליו – חייב, שהיה צריך לדקדק יותר).

3. חייב אף כשטעה בצורת המטבע; קצות ונתיבות. המרדכי כתב שמיידי דווקא כשאומר שמשקל המטבע טוב וטעה, אך אם אמר שהצורה טובה וטעה – פטור מלשלם, דומיא דשף צורת מטבע שפטור. והקצות והנתיבות הסכימו לדינא שלא כדבריו, מכך שלא הביאוהו הפוסקים. וכתב הקצות שאין ראייתו ראייה, דשאני התם שלא מקרי היזק שהרי אפשר להשיב צורתו, וריפוי אינו חייב אלא באדם ולא בממון; משא"כ הכא שחייב כיון שפטור לחברו מהחוב, ונמצא שהפסידו לחוב גמור בגלל שהטעהו במטבע.

4. האם כשטעה השולחני נפטר הלוא מחובו, או שיכול לחזור עליו? שלט"ג – נפטר, ואין דינו של המלוה אלא על השולחני. ש"ך – לא נפטר מחובו ויכול לחזור עליו, והדין שלנו הוא כאשר הלוא אלם או שהלך למדה"י וכה"ג שאינו יכול להוציא ממנו, וכן מוכח בראשונים.

5. שמאים שטעו יש להם דין ב"יד ופטורים; נתיבות.

סעיף ז

טבח שעושה בחנם וניבל, וכן שולחני שאמר: יפה, ונמצא רע, וכן כל כיוצא בזה, עליהם להביא ראייה שהם מומחים, ואם לא הביאו ראייה, משלמין.

ב"ק צט: "עובדא הוה קמיה דרבי יוחנן בכנישתא דמעון, ואמר ליה: זיל אייתי ראייה דממחית לתרנגולים ואפטרך".

סעיף ח

הנוטע אילנות לבני המדינה, שהפסיד, (ויש אומרים דהוא הדין ליחיד) (טור), וכן טבח של בני העיר שנבל הבהמות, והמקיז דם שחבל, והסופר שטעה בשטרות, ומלמד תינוקות שפשע בתנוקות ולא למד (אפילו רק יום או יומים) (מרדכי שם), או למד בטעות, וכל כיוצא כאלו, והאומנים שאי אפשר שיחזרו ההפסד שהפסידו, מסלקין אותם בלא התראה, שהם כמותרים ועומדים, עד שישתדלו במלאכתם, הואיל והעמידו אותם הצבור עליהם. הגה: וי"א דאף על פי שאין צריכין התראה, מכל מקום בעינן חזקה, דעד שיהיו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלקין להו (המגיד פ"י דשכירות ונ"י פרק המקבל).

הנותן מעות לחבירו לכתוב לו ס"ת ונמצא בו טעות, וצריך לשכור אחר שיגיה אותו, אם הם טעויות שדרך סופרים לטעות, אין הסופר חייב כלום. אבל אם טעה כל כך שאין דרך לטעות, חייב. ומכל מקום אזלינן בתר המנהג, אם מנהג המקום שכותבי ספרים מגיחים אף זה, צריך להגיה. ובסתם המקומות שאין על הסופר להגיה, אם עמד והגיה מעצמו, חייבים הבעלים לשלם לו (תשובת רשב"א סימן אלף נ"ו).

ב"מ קט. "רוניא שתלא דרבינא הוה, אפסיד, סלקיה. אתא לקמיה דרבא, אמר ליה: חזי מר מאי קא עביד לך! – אמר ליה: שפיר עביד. אמר ליה: הא לא התרה בי! אמר ליה: לא צריכא להתרות. רבא לטעמיה, **דאמר רבא: מקרי דרדקי, שתלא, טבחא, ואומנא** (רש"י – מוהל, רמב"ם – מקיז דם), **וספר מתא – כולן כמותרין ועומדין דמי.** כלל דמילתא: כל פסידא דלא הדר – כמותרין ועומדין דמי". ודעת הרמב"ם שדין זה נאמר דווקא באלו שהעמידו אותם הציבור עליהם, והטור חלק וכתב שאין חילוק בין של יחיד לציבור, שהרי בגמ' מיידי שהיה שתלא דרבינא, וכ"כ הראב"ד. אולם, הב"י כתב שאפשר שהרמב"ם סובר שהיה שתל של הציבור ובכללם של רבינא.

לגבי מלמד תינוקות נחלקו רש"י והרי"ף: רש"י פירש הטעם משום 'שבשתא כיון דעל על', ונמצא שדין זה רק כשהמלמד עצמו לא יודע וטועה, אך אם הוא יודע רק לא השגיח שכל התינוקות יבינו היטב – לא מסלקין ליה. והרי"ף פירש מפני שמבטלם מלימודם. **והשו"ע והטור פסקו את ב' הפירושים.**

הראב"ד הקשה לגבי טבח איזה פסידא יש? הרי אם הוא עושה בשכר חייב לשלם ואם בחינם מה שייך לסלקו? וכתב ב' תירוצים: א. מיידי בחינם והיינו שלא ימנוהו אפי' בשכר. ב. מיידי בשכר, וההפסד שאע"פ שמשלם דמי הבהמה אך לא משלם לו דמי בושתו. ולגבי נוטע אילנות כתב הסמ"ע שכיון שהאילן ניטע לא כראוי אינו מגדל פירות, ואילו היה ניטע כמו שצריך היה מגדל פירות וזהו דבר שא"א לאמדו, וכן לא שייך תשלומין לגבי שבח הראוי לבא.

ראובן שנתן לשמעון בגד לארוג וטוען שהחליף לו טוב ברע ושמעון מודה שנעשה בטעות, ואינו יודע כמה נתחלף: רא"ש – שמעון מחויב שבועה ואינו יכול לשבע ומשלם. קצות – לא ידעתי כוונתו, שהרי התובע טוען בשמא ובכה"ג ליכא דין מודה במקצת, וצ"ע.

הלכות שוכר

סימן שז

דיני השוכר וחובו ופטורו ואם השאיל או השכיר, ובו ז' סעיפים.

סעיף א

השוכר מחבירו בהמה או כלים, דינו כשומר שכר, להתחייב בגניבה ואבידה וליפטר מאונסין.

1. שוכר כש"ש, ואע"פ שנותן שכר פעולתו חייב כיון שנהנה ממנה, ואילו לא היה נותן שכר היה חייב אף באונסין כשואל; סמ"ע.

ב"מ פ: מח' ר"מ ור"י, והלכה כר"י.

סעיף ב

יכולין המשכיר והשוכר לחזור בהם, עד שימשוך או שיעשה אחד מדרכי הקנין. וכן אינו מתחייב בגניבה ואבידה, עד שיעשה אחד מדרכי הקנייה. ויש אומרים שמשכילק הבעל שמירתו מעליה מדעת השומר, נתחייב בשמירתה.

עין בסימן רצא, ה' דשם נתבארה מח' הרמב"ם והרא"ש אם שומרים צריכים לעשות מעשה קנין כדי להתחייב בשמירה, וסתם כאן השו"ע כדעת הרמב"ם שצריכים מעשה קנין.

הקצות ביאר שטעמם של התוס' והרא"ש דהוי כמו קנין פועל שמשותחילו במלאכה שוב אינו יכול לחזור בו, ואע"פ שלא עשה מעשה קנין. א"כ ה"ה בשומר שהוא פועל שצריך לשמור, ומשהתחיל בשמירתו קנה. וכן מוכח ברמב"ן שדימחו לקנין פועלים, אלא שהרמב"ן כתב שבעין דווקא משיכה כדי שיחשב התחלת מלאכה, ומשום דס"ל שקודם שמשך אין זה התחלת מלאכה. והרמב"ן לטעמו ששומר משעת פשיעה משתעבד, ולכן לא סגי ליה בקנין משיכה בלחוד, כיון שהמשיכה של שעה ראשונה אינה מועילה לחיוב שנוצר בשעת הפשיעה, דכבר כלתה קניינו, ולכן בעינן לקנין שומרים שמשתעבד גופו לשמור, ואין זה קנין בגוף החפץ. אולם, לשיטת הרמב"ם ששומר משעת משיכה משתעבד, מועיל קנין המשיכה שנעשה בתחילת השמירה כדי שיקנה את החפץ כדי להתחייב באחריותו, וכמו גזלן שקונה את החפץ כדי להתחייב באונסיו.

סעיף ג

ראובן שכר בית משמעון ונתן שם חטה, ומחמת שעמדה שם ימים הרבה נתקלקלו הכותלים ונפלו והזיקו לשמעון ולשכניו, אם היה ניכר וידוע קלקול הכותלים, והתרו בו לסלק החטה ולא סלקם, פושע הוא וחייב לשלם כל ההזיק.

כ"כ הרא"ש בתשובה. וביארו הסמ"ע והש"ך הטעם שאין חיובו מדין שומר שפשע, שהרי אין שמירה בקרקע ואפי' פשע קי"ל שפטור (חוץ מלרמב"ם שמחייב)!! אלא שחיובו הוא מדין מזיק, דכיון שהיו הכותלים רעועים וידוע שיתמוטטו מחמת הנחת החיטים – הוי גירי דיליה, וחייב בהזיקם. הנהיבות הוסיף שבכה"ג לא בעינן שיתרו בו, ומה שנקט שהתרו בו הוא לרווחא דמילתא. אמנם, כתב שאם לא היו הכותלים רעועים בשעת ההנחה – בעינן דווקא שיתרו בו, ובב"ד.

סעיף ד

אין השוכר בהמה או מטלטלים רשאי להשכיר לאחר; ואם השכיר לאחר, דינו כדין ש"ש שמסר לשומר אחר, שנתבאר בסימן רצ"א.

כתב הסמ"ע: "לשון הטור: 'כל דיני שומר שכר בשבועותיו ובתשלומיו ובענין קניית הכפל נוהגין גם כן בשוכר, וכשם שאין השומר שכר רשאי למסור לאחר כך השוכר אין רשאי, ואם השכיר לאחר חייב אפילו באונסין, (דאמרינן אולי שינה ושלח בה יד וקמה ברשותיה, אא"כ יש עדים שלא שינה) אא"כ יש לשני ראייה שיפטר בה הראשון'. וכו' [שאע"ג דלא חשדינן ליה מסתמא בשולח יד כמ"ש הטור והמחבר בסימן רצ"ד, מ"מ בפשע בה או שינה בה דמחמתו מתה חיישינן]. ומ"ש המחבר דינו כשומר שכר שמסר לשומר אחר, נקט שומר שכר דבו שייך לומר דאם מיעט בשמירתו דהיינו שנתנו לשומר חנם, חייב אף שהיה רגיל הבעל הבית למסור הפקדון ליד זה השומר חנם".

הנהיבות הקשה על הסמ"ע שאף אם פשע לא קמה ברשותיה, אם החזירה למקום שהיתה בו! ולכן ביאר שכוונת הסמ"ע שחיישינן שמה פשע בה ומחמת פשיעתו מתה באונס, והוה ליה 'תחילתו בפשיעה וכו'', ולכן צריך לברר שלא היתה

תחילתו בפשיעה. עוד כתב שזה נכון רק למייד ששבועה 'שלא פשע' היא עיקר שבועה, דאם היא באה רק ע"י גלגול אינו יכול לחשדו בכך בלא ראיה.

סעיף ה

השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה או נאנסה, כיון שהשני חייב, תחזור לבעלים הראשונים, שאין הלה עושה סחורה בפרתו של זה. ואם אמר לשוכר: אם תרצה תשאילנה ויהיה דינך עם השואל ויהיה דיני עמך, אז ישלם השואל לשוכר.

ב"מ לה: במשנה "השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה - ישבע השוכר שמתה כדרכה, והשואל (שחייב באונסין) ישלם לשוכר. אמר רבי יוסי: כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו? אלא, תחזור פרה לבעלים". ובלו: "אמר רב יהודה אמר שמואל: הלכה כרבי יוסי".

1. במה מדובר? הסמ"ע כתב שמיידי שעבר והשאילה לאחר, הש"ך כתב שמיידי כשנתן לו רשות להשאילה כמו שמוכח בגמ'. האמרי ברוך כתב שבגמ' אמרינן כן רק למייד שכיון שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר הוי פשיעה וחייב לשלם, אולם לדין שאינו פושע והטעם שחייב הוא רק משום 'את מיהמנת לי בשבועה ולא היאך', אי"כ מיידי אף כשעבר והשאיל, וכ"כ להדיא הריטב"א והרא"ש.

2. אם טען שמתה מחמת מלאכה – צריך השואל ליטעם לבעלים הראשונים ואינם יכולים לומר לו 'לאו בע"ד ידי אתי', ואפי' כשפטרו לשוכר משבועה; רעק"א בשם הרא"ש.

3. מה הדין כשהמשכיר היה שם וראה שמתה באונס? סמ"ע וש"ך – אפי' הכי משלם לבעלים ולא לשוכר. **התוס'** כתבו שטעמו של ר' יוסי הוא מפני שהשוכר אינו קונה אלא בשבועה, ויכול המשכיר לומר לו 'דל אנת ודל שבועתך' ואפי' אם יש לו עדים יכול לומר לו 'אני פוטרך מהבאת עדים'. אולם, אם המשכיר היה שם וראה שנאנס השואל – אף ר' יוסי מודה לרבנן שהשואל משלם לשוכר. **אולם, הרא"ש כתב** שטעמו של ר' יוסי שרואים את המשכיר כאילו נעשה שלוחו של הבעלים להשאיל את הפרה, ואע"פ שעשה כן בעל כרחו. **וכ"כ הנמוק"י**, ועל פי זה מבואר שבכל ענין השואל משלם לבעלים ואפי' ראו הבעלים שמתה כדרכה. **וכ"כ הטור. וכתבו הסמ"ע והש"ך** שכן משמע מהרי"ף והרמב"ם שסתמו ולא הביאו את הדין של פעמים שבעלים משלמים כמה פרות לשוכר, דאף בכה"ג שיודעים הבעלים שמתה כדרכה – הולכים התשלומים אליהם ולא לשוכר.

4. כאשר נתן לו רשות להשאיל לאחר ואמר לו 'דינך יהיה עמו, ודיני יהיה עמך' – משלם השואל לשוכר. כ"כ הרא"ש שבכה"ג אף ר' יוסי מודה לרבנן, שהרי אינו שלוחו של הבעלים. הקצות הקשה הרי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם? ותיירץ שמיידי שמקנה לו את הבהמה לענין זה שיש לו זכות בה להשאילה, והוי כמו דקל לפירותיו, וממילא דין השואל עמו ולא עם הבעלים. **וכיצד נפטר השוכר מחיובו?** תירץ הש"ך שמיידי שיש עדים שמתה כדרכה, או שהוא ראה זאת ויכול להשבע למשכיר שמתה כדרכה, דאי לאו הכי אמרינן 'מותך'.

5. כאשר אמר לו כן, והשאיל השוכר למשכיר ומתה כדרכה: ש"ך – חייב המשכיר לשלם לשוכר, ולהעמיד לו פרה נוספת לכל ימי שכירותו. כמו שמבואר שם בסוגיא בדברי ר' זירא, וכמו **שכתב הרא"ש** שזה נכון אף לר' יוסי כשנתן לו רשות להשאיל. **והאמרי ברוך כתב בשם הרשב"א והר"ן** שהובאו בשטמ"ק שלדין אף בכה"ג פטור המשכיר.

6. מה הדין בשומר חינוס שמסר לשומר שכר ונגנבה? פת"ש בשם שבות יעקב – לכו"ע משלם לשומר חינוס, שהרי אינו עושה סחורה בפרתו של חברו אלא במעות עצמו, שהרי הוא שילם את שכרו של השומר שכר, ולכן לכו"ע משלם הש"ש לש"ח ולא לבעלים. והוכיח כן דאם לא כן מדוע לא דיברה המשנה במקרה זה שהוא פשוט יותר, ולא הייתה צריכה להגיע לשוכר שהשאיל לאחר. פת"ש בשם עצמו, דברי חיים – משלם לבעלים הראשונים, דכ"כ התוס' להדיא בב"ק יא:, וכן איתא בשטמ"ק שם.

האם במקרה זה צריכים הבעלים לשלם לש"ח את דמי השמירה של הש"ש? מהר"י כץ – לא, ולא דמי ליורד שלא ברשות שהוא מתקן את השדה לבעליו, משא"כ הכא שלא עשה כן (הש"ח) אלא לעצמו כדי להסיר מעליו את טורח השמירה שהיה מחוייב בה. ר"מ מסרקסטה – כן, ואף אם לא נגנבה, כיון שעלייה לשמירתו ופעמים שיכול אף להרויח על ידי כן; ב' דיעות אלו הובאו בשטמ"ק שם. דברי חיים – צ"ע אמאי מחייבו לשלם אף כשלא נגנב, דלא הוי אלא מברח ארי אך לא קיבל הנאה חיובית; פת"ש שם.

סעיף ו

השוכר פרה מחבירו ונולדה בה מכה בפשיעת השוכר שלא מחמת מלאכה, יש אומרים שהוא פטור מלשלם, כיון שסופה להתרפאות מאותה מכה לא הוי אלא שבת, ואין שבת בבהמה, לפיכך אם מתבטלת כמה ימים פטור, כיון שסופה להתרפאות. ויש מחייבים. (והסברא הראשונה נראה עיקר).

1. פשע בה ופצעה פצע שסופו להתרפא, אלא שמבטלה ממלאכתה: שו"ע בשם י"א קמא, רמ"א – פטור, שהרי אין דין שבת בבהמה אלא באדם; כ"כ הרא"ש בשם חכמי צרפת, וכתבו הב"י והב"ח והש"ך שכן הכריע הטור לקמן סי' שמ. שו"ע בשם י"א בתרא, קצות – חייב, דשבת בבהמה הוא בכלל נזק, דבהמה עומדת למכירה בכל עת, וכשאינה יכולה לעשות מלאכה פחתו דמיה, משא"כ באדם שאינו עומד למכירה אין זה נזק אלא בכלל שבת; כ"כ התוס' בשם ר"ח. וכתב הקצות שכן הלכה, מאחר שכך הכריעו התוס' והמהר"ם. ש"ך – ספיקא דדינא, שאע"פ שדעת הטור לקמן סי' שמ להכריע כדעה קמיתא, אך דעת מהר"ם כדעת החולקים וידוע שקשה לחלוק על דברי מהר"ם, וכן דעת המהרש"ל לחייב.

דין זה כתבוהו התוס' בגיטין מב: ד"ה 'ושור' והביאו ב' הדיעות. וכוהרא"ש בב"מ פ"ח, ד הביא ב' הדיעות ולא הכריע. הטור בסימן שמ לגבי כחש בשר מאליו בכחש שעתיד לחזור ולהתרפא סתם כדעת הפוסקים, ולמדו משם הב"י, הב"ח, הדרכ"מ והש"ך שכן דעתו, ולכן אף הרמ"א כתב כאן שהעיקר כסברא ראשונה; וכן סתם השו"ע לקמן בסי' שמ לפטור. וכבר מבואר להדיא ברא"ש שהפוסקים כאן פוסקים אף שם ומעמידים הסוגיא של כחש בשר שלא מחמת מלאכה, בכחש דלא הדרא. אולם, הסמ"ע כתב שאין ראיה משם דשם איירי בכחש הבא מאליו שלכו"ע פטור, משא"כ בכחש שנעשה ע"י אדם שבו נחלקו, ודחה דבריו הש"ך שברא"ש וברבינו ירוחם מבואר להדיא שלא כדבריו. הש"ך הכריע שהוא ספיקא דדינא מחמת שקשה לחלוק על המהר"ם. והקצות הכריע שחייב, מפני שכך מבואר בתוס' בפשטות בכמה מקומות (גיטין נג:, ב"ק נו), וכן דעת המהרש"ל.

2. שבת בלא נזק בבהמה, כגון שסגרה בחדר ואינה יכולה לעשות מלאכה – לכו"ע פטור; ש"ך בשם מהרש"ל.

3. הוציאו הבעלים הוצאות לרפאותה – חייב השוכר לשלם לכו"ע, שע"י כן מצילו מנזק שאם תמות יצטרך לשלם לו דמיה; פת"ש בשם שבות יעקב.

4. לכו"ע צריך לשלם לו המזונות שמאכילה בימי חוליה, שהרי זה נזק גמור, דעד עכשיו הייתה עושה ואוכלת כנגדו, אך עכשיו היא רק אוכלת; פת"ש ורעק"א בשם שבות יעקב.

סעיף ז

אין אדם רשאי לדוש בפרתו ערבית ולהשכירה שחרית.

תוספתא ב"מ פ"ח ה"ב, הביאונה הרי"ף, הרא"ש והרמב"ם.

סימן שי

השוכר את החמור ונסתמא או מת או נשבר, ובו ג' סעיפים.

סעיף א

השוכר את הבהמה וחלתה (ועדיין ראויה למלאכה) (טור), או נשתטית, או נלקחה לעבודת המלך אעפ"י שאין סופה לחזור, אם נלקחה דרך הליכה הרי המשכיר אומר לשוכר: הרי שלך לפניך, ונותן לו שכרו משלם. בד"א, כששכרה לשאת עליה משאוי שאיפשר להשליכה בלא הקפדה; אבל אם שכרה לרכוב עליה או לשאת עליה כלי זכוכית וכיוצא בהם, חייב להעמיד לו בהמה אחרת; ואם לא העמיד, יחזיר השכר ויחשוב עמו על שכר כמה שהלך בה.

מתה הבהמה או נשברה, בין ששכרה לשאת בין ששכרה לרכוב, אם אמר לו: חמור סתם אני משכיר לך, חייב להעמיד לו בהמה אחרת; ואם לא העמיד, יש לשוכר למכור הבהמה וליקח בה בהמה אחרת, ואם אין בדמים ליקח בהמה אחרת, שוכר בדמים בהמה אחרת עד שיגיע למקום שפסק עמו.

1. השוכר את הבהמה וחלתה וכגון שנתעוורה או נשתטית:

אם שכרה לשאת עליה משאוי רגיל – אומר לו הרי שלך לפניך, שהרי היא עדיין ראויה להליכה אלא שתצטרך ללכת יותר לאט.

אם שכרה לשאת עליה כלי זכוכית, או לרכב עליה: חייב להעמיד לו בהמה אחרת, שאינה ראויה לזה דשמא תיפול בבורות או בפחתים או בהיותו על הגשר. **ואם לא העמיד – יחזיר לו את השכר של המשך הדרך.** אך גוף החמור אינו משועבד לו בכה"ג, ואינו יכול למכור ולקחת או לשכור אחר בדמיו. כן דעת הרמב"ם, אך הטור חולק וסובר שאף בכה"ג תלוי אם אמר לו חמור סתם או חמור זה, וכדבסמוך.

הנתיבות הקשה מה החילוק בין מתה הבהמה או חלתה ואינה ראויה כלל למלאכתה, ומדוע בכה"ג אינו יכול למכרה וליקח בדמיה אחרת? תירץ בתחילה ע"פ התוס' שחילק בין בית לחמור, שבבית זה אין אומרים שימכרנו ויקח אחר אלא השוכר הפסיד לגמרי, וכתבו התוס' הטעם מפני שבית אינו עשוי למכור וליקח בדמיו אחר, משא"כ בבהמה. ולפי"ז גם בבהמה שחלתה אינה עומדת למכור וליקח אחרת, אלא להמתין עד שתתרפא, ודמי לבית זה. אך הקשה שהרי בבית סתם חייב להעמיד לו אחר, ואילו כאן אף בחמור סתם אינו חייב!! ולכן כתב שנראה שהרמב"ם סובר כשיטת הרמ"ה (לקמן סימן שיב) שאף בבית סתם אינו חייב לקנות לו אחר, והחייב בבית סתם הוא רק ליתן לו אחר אם יש לו, וה"ה הכא בחמור סתם אם יש לו אחר – צריך ליתן לו, אך אינו צריך לקנות לו אחר.

2. השוכר את הבהמה ונלקחה לעבודת המלך:

אם נלקחה בדרך הליכתה – אומר לו 'הרי שלך לפניך', דמולך גרם שאילו הייתה נשארת בביתך – לא היתה נלקחת. ואפי' היא אנגריא שאינה חוזרת בעוד שהוא צריך לה למלאכתו. הסמ"ע כתב שאפי' אינה חוזרת לעולם, אך הנתיבות כתב שאם אינה חוזרת לעולם – חייב להחזיר לו דמיו, דבכה"ג כיון שניזוק גוף הבהמה – מזל המשכיר גרם. והכא מיירי שאינה חוזרת בעוד שהוא צריך למלאכתו, אך לבסוף יחזירוה לבעלים, וא"כ הנזק אינו בגוף הבהמה אלא בשימוש של השוכר, ויכול המשכיר לומר לו 'מולך גרם' ואינו צריך להשיב לו כספו.

הרמב"ם והש"ע פירשו כפי' ר"ח שהובא בתוס', שהחילוק הוא בין 'דרך הליכתו' או לא, הוא בשאלה האם האנגריא מחפשים בבתים שאז הוא פסידא דמשכיר, למצב שאינם מחפשים בבתים ואז יכול לומר המשכיר לשוכר – מולך גרם. אולם, הטור ורש"י פירשו באופן אחר.

ב"מ עח. במשנה "השוכר את החמור והבריקה, או שנעשית אנגריא – אומר לו: הרי שלך לפניך. מתה או נשברה – חייב להעמיד [לו] חמור". **ובגמ' עח:** "או שנעשית אנגריא אומר לו הרי שלך לפניך. אמר רב: לא שנו אלא באנגריא חוזרת, אבל אנגריא שאינה חוזרת – חייב להעמיד לו חמור. ושמאל אמר: בין אנגריא חוזרת בין אנגריא שאינה חוזרת, אם בדרך הליכה ניטלה – אומר לו: הרי שלך לפניך, ואם לאו בדרך הליכתה ניטלה – חייב להעמיד לו חמור". ובעט. "ומי מצית מוקמת לה כרבי שמעון בן אלעזר? וכו' ואילו רבי שמעון בן אלעזר אמר: השוכר את החמור לרכוב עליה והבריקה או שנשתטתה – חייב להעמיד לו חמור! – אמר רבה בר רב הונא: לרכוב עליה שאני. אמר רב פפא: וכלי זכוכית – כלרכוב עליה דמי". ופסקו הפוסקים כשמאל.

3. כאשר הדין שאומר לו המשכיר 'הרי שלך לפניך' – חייב השוכר לשלם שכרו משלם, כן דעת הרמב"ם וכ"פ השו"ע, ודלא כראב"ד והרשב"א שפסקו שא"צ לשלם לו שכר. ולא כרש"י שכתב שמפסידים שניהם, דהיינו שמשלם לו חצי.

3. השוכר את הבהמה ומתה:

כאשר אמר לו בהמה זו – יתבאר בסעיף הבא.

כאשר אמר לו בהמה בסתם: אם יש לו בהמה אחרת – חייב ליתן לו. אם אין לו אחרת – יכול למכור את הנבילה ולקנות בדמיה בהמה אחרת, או לשכור אם אין בדמיה ליקח.

כן דעת הרמב"ם, שאף כאשר אמר 'חמור' סתם – לא נשתעבדו נכסיו של המשכיר, אלא גוף החמור. ולכן אם אין לו חמור אחר – אינו חייב לשלם מביתו, אלא יכול השוכר למכור הנבילה וליקח בדמיה. אולם, דעת הטור ושאר הראשונים שבחמור סתם אינו צריך למכור את הנבילה וליקח בדמיה, שלא נאמר דין זה אלא ב'חמור זה', אלא צריך המשכיר ליתן לו אחרת ואם אין לו יכול לשכור מעלמא וישלם לו המשכיר את הוצאות שכירותו, כיון שנשתעבדו נכסיו להעמיד לו חמור. אמנם, דעת הראב"ד שהחייב להעמיד לו חמור הוא רק כשקנו מידו על כך, אולם דעת הרא"ש והטור שא"צ בקנין מיוחד, אלא במשיכת השוכר לחמור נשתעבדו כל נכסי המשכיר להעמיד לשוכר חמור לדרכו. אך ברמב"ם ובשו"ע מוכח שחולקים וסוברים שלעולם אין על נכסי המשכיר שום שעבוד כלפי השוכר.

מה הדין אם כשאין בדמיה ליקח או לשכור אחרת? משנה למלך – נותן לו כל שכרו. נתיבות, גר"א (ז) – נותן לו שכרו של חצי הדרך, וכמו שכתב להדיא לגבי חלתה, ולגבי מתה בחמור זה בסעיף הבא. והיינו כמוון רק כשיש לו תועלת בכך שהביאו לחצי הדרך, אך אם אין לו בזה שום תועלת – אין נותן לו כלום, וכפי שכתב שם הרמ"א והסמ"ע.

כשאמר לו בהמה סתם – אין חילוק אם שכרה לרכיבה או למשא, לכו"ע.

סעיף ב

א"ל: חמור זה אני שוכר לך, אם שכרה לרכוב עליה או לכלי זכוכית, ומתה בחצי הדרך, אם יש בדמיה ליקח בהמה אחרת, יקח; ואם אין בדמיה ליקח, שוכר אפי' בדמי כולה, עד שיגיע למקום שפסק עמו; ואם אין בדמיה לא ליקח ולא לשכור, נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומת. ואם שכרה למשא, הואיל ואמר ליה: חמור זה, ומת בחצי הדרך, אינו חייב להעמיד לו אחרת, אלא נותן לו שכרו של חצי הדרך ומניח לו נבלתו. הגה: ויש חולקין וסבירא להו דאפילו שכרו למשא דינו כשכרו לרכיבה (טור בשם הראב"ד). והא דאמרין דנותן לו שכרו מחצי הדרך, היינו שיכול למכור סחורתו שם או שיכול לשכור חמור אחר עד מקום שרוצה לילך, אבל בלאו הכי אינו נותן לו כלום משכרו, דהא לא מהני ליה מידי (טור).

השוכר את הבהמה ומתה ואמר לו בהמה זו:

1. אם שכרה לרכיבה או למשא של כלי זכוכית: אם יש בדמיה ליקח – יקח, ואם אין בדמיה ליקח – ישכור אחרת עד שיגיע למקום שפסק עמו מתחילה. ואם אין בדמיה ליקח ולשכור – נותן לו שכר חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומת שהביא לו בהמה כחושה.

2. אם שכרה למשא: שו"ע – אינו יכול למכור את הנבילה, אלא נותן לו שכרו של חצי הדרך וכנ"ל. כן דעת הרמב"ם והשו"ע, אולם הטור ושאר הראשונים פסקו שאין חילוק בין שכרה למשא או לרכיבה אלא כשחלתה, אך לא במתה, ובכח"ג בחמור זה לעולם הנבילה משועבדת לו ויכול למכרה וליקח בדמיה אחרית או לשכור. האחרונים כתבו כמה אופנים ליישב דברי הרמב"ם, ולא זכיתי לירד לעומק סברותיהם ולכן אכתוב כאן רק תירוצו של הנתיבות: כשאומר בלשון 'זה' לעולם אתי למעט, אלא שסגי למעט דבר אחד ולא יותר. לכן, אם שכר לרכיבה, שהיה דינו שאם חלתה חייב להעמיד לו חמור אחר – אמרינן שיזה' ממעט שלא יצטרך להעמיד אחרת אם תחלה, אך אינו ממעט את הזכות שיש לו בגוף הבהמה אם תמות. אולם, כששכר למשא שאף אם תחלה אינו חייב להעמיד לו אחרת, א"כ בע"כ 'זה' ממעט שאף אם תמות – אין לו שעבוד בגוף הבהמה. רמ"א – אין חילוק בין משא לרכיבה, ובכל ענין יכול הנבילה משועבדת כדי ליקח או לשכור בדמיה בהמה אחרת.

3. החייב ליתן שכר של חצי הדרך, הוא רק כאשר יש לו תועלת בכך שהגיע לשם, כגון שיכול לשכור בהמה אחרת ולהמשיך בדרכו, או למכור שם סחורתו, ואפי' אם ירוויח פחות ממה שהיה מרוויח במקום

שאליו תכנן ללכת, אך סו"ס יש לו הנאה בכך שעשה חצי דרך. אך אם אין לו שום הנאה – לא; כ"כ הרמ"א בשם הטור וכ"כ התוס' (ע"ט). להדיא.

4. כאשר הוא מוכר את הנבילה ולוקח בדמיה אחרת או שוכר – חייב ליתן לראשון שכרו משלם. ורק כאשר אינו משתמש בנבילה – אינו חייב ליתן לו אלא שכר חצי הדרך. ולכן אינו יכול ליתן לראשון שכר חצי הדרך, ולמכור את הנבילה ולקחת את הדמים כדי לשלם בהם את מה שנתייקרה שכירות חצי הדרך שנותרה לו. **וכ"ש שאינו יכול לקזז ממחיר חצי הדרך שכבר נתחייב לו, את מה שנתייקרה חצי הדרך שנותרה;** רעק"א.

ב"מ ע"ה. במשנה "מתה או נשברה - חייב להעמיד [לו] חמור". **ובגמ' ע"ט.** "אמר רבה בר רב הונא אמר רב: השוכר את החמור לרכוב עליה, ומתה לו בחצי הדרך - נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומות. היכי דמי? אי דשכיח לאגורי - תרעומות מאי עבידתיה? אי דלא שכיח לאגורי - אגרא בעי למיתב ליה! - לעולם דלא שכיח לאגורי, ומשום דאמר ליה: אילו בעית למיתי עד הכא - לאו אגרא בעית למיתב? היכי דמי, אי דאמר ליה: חמור סתם - הא חייב להעמיד לו חמור אחר! אי דאמר ליה: חמור זה - אם יש בדמיה ליקח - יקח! - לא צריכא בשאין בדמיה ליקח. - אם יש בדמיה לשכור - ישכור! - רב לטעמיה, דאמר רב: לא מכלינן קרנא. דאתמר: השוכר את החמור ומתה לו בחצי הדרך. אמר רב: אם יש בדמיה ליקח - יקח, לשכור - אל ישכור. ושמואל אמר: אף לשכור - ישכור. במאי קמיפלגי? רב סבר: לא מכלינן קרנא, ושמואל סבר: **מכלינן קרנא**". וידוע שהלכה כשמואל בדיני. הרמב"ם ג"כ כג' "השוכר את החמור לרכוב עליה", ונקט שהוא בדווקא כששכר לרכב עליה משא"כ כששכרה למשא. אולם, שאר הראשונים חלקו עליו וכתבו שכאשר מתה אין חילוק בכך, ורק כאשר היא חלתה יש חילוק בין שכרה לרכיבה או למשא. עוד נחלקו שבפס"ט הגמ' משמע שבחמור סתם חייב להעמיד לו אחרת, ולא נאמרו החילוקים של יש בדמיה ליקח או לשכור אלא לגבי חמור זה, אך בסתם נשתעבדו לו כל נכסיו להעמיד לו חמור אחר. אולם, דעת הרמב"ם שאף בחמור סתם אינו חייב אלא להעמיד לו אחר אם יש לו, אך אינו חייב ליקח אחר עבורו אלא"כ יש בדמי הנבילה וכמו בחמור זה.

סעיף ג

ראובן השכיר בהמתו לשני ימים לילך ולחזור, ובחזרתו ביום השני גדל הנהר עד שהוצרך לעכב יום אחד, **אם שכרה לימים פשיטא שצריך ליתן לו שכירות כל יום ויום; ואם שכרה למקום פלוני ולחזור, או ששכרה לשני ימים והזכיר המקום שרוצה לילך שם וידוע שהוא מהלך שני ימים ועכבו הנהר, אם לא היה רגיל להתגדל, פסידא דבעל בהמה; ואם היה רגיל להתגדל, והשוכר מכיר ענין הנהר ולא המשכיר, פסידא דשוכר.** ואם שניהם ידעו, פסידא דבעל בהמה. ומזונות הבהמה והשכירות, דין אחד להם.

כ"כ הרא"ש בתשובה (צ"ב, ג). ולמד כן מב"מ ע"ז. "אמר רבא האי מאן דאגר אגירא לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא אי לא עביד דפסיק פסידא דפועלים עביד דפסיק אי בני מתא פסידא דפועלים לאו בני מתא פסידא דבעל הבית".

כתב הסמ"ע כללא דמילתא: אם שניהם לא הוה ליהו למידע, או ששניהם הוה להו למידע – פסידא דמשכיר, שהוא בא להוציא השכירות ועליו מוטל להתנות. אך אם השוכר הוה ליה למידע ולא למשכיר – פסידא דשוכר דעליו להתנות.

במקום שהמשכיר מפסיד שכרו – צריך לשלם לשוכר מזונות בהמתו.

מדוע בכה"ג לא אמרינן 'אין שבת בבהמה'? פת"ש בשם נוי"ב – דכיון שבאה לידו בתורת שכירות, כל שלא החזירה ליד המשכיר לא נסתיימה שכירותו, וחייב לשלם מכח השכירות. משא"כ התם בסימן שז שלא בתורת שכירות באה לידו.

האם נותן לו שכרו משלם או כפועל בטל? סמ"ע, קצות, שבו"י – כפועל בטל. נתיבות, חות יאיר – שכרו משלם, ולא כתב הרא"ש בתשובה אלא היכא ששכרו להידא למשא, אך בשכירות סתם אין חילוק אם השתמש בה או לא.

מה החילוק בין שכרה לימים או למקום מסוים? נתיבות – כששכרה לימים, אע"פ שהזכיר שרוצה לילך למקום פלוני, אך כל זמן שלא החזירה לא נסתיימה השכירות, ואע"פ שנאנס אך האונס אינו מבטל את השכירות, שאף בשעת האונס יכול לעשות מלאכתו בבהמה. משא"כ כששכרה לילך ולחזור, כיון שחזר נסתיימה השכירות, ומה שלא החזיר הבהמה הוא בגלל האונס, וכיון שהאונס מעכב החזרה – פטור.

מה הדין באדם ששכר לילך למקום פלוני ולחזור, ונתעכב באותו מקום באונס? שו"ת חו"י – פטור השוכר מלשלם, אלא"כ שכרו בסתמא לימים. והטעם ששכרו בפירוש לילך ולחזור שהוא זמן מסוים ומה שנתעכב יותר הוי באונס ופטור. והנתיבות והשב"י חלקו עליו וכתבו שלא דמי לדין שלנו, דהכא מחמת שנתגדל הנהר נעשה אונס בחמור שהרי א"א להחזירו בשום אופן! משא"כ כשנתעכב באונס אע"פ שהוא מתעכב הרי יכל להחזיר החמור ע"י שליח! ועוד, שהרי עכב עמו את החמור לצרכו, דרצה שיהיה לו איך לחזור כשיעבור האונס, ואין זה אונס כלל.

מה הדין כשידבר עמו שרוצה לשכור כדי לילך ולחזור שהוא מהלך יומיים, ואח"כ משכו בסתם? חו"י – הרי זה כאילו שכר בסתם. קצות – הרי זה כמתנה במפורש. ואע"פ שבתנאים בעינן להתנות בפירוש, אך בקניינים אמרינן שהמעשה נעשה על דעת מה שסיכמו ביניהם קודם.

סימן שיא

השוכר הספינה ופרקה בחצי הדרך או טבעה בחצי הדרך, ובו ו' סעיפים.

סעיף א

ספינה שהוסיף בה אחד משלשים על משאה וטבעה, חייב לשלם דמיה.

וה"ה במשא אדם ובהמה כמבואר בסי' שח.

ב-ה השוכר את הספינה וטבעה בחצי הדרך

ב"מ עט. "יתנו רבנן: השוכר את הספינה וטבעה לה בחצי הדרך, רבי נתן אומר: אם נתן לא יטול, ואם לא נתן - לא יתן. היכי דמי? אילימא בספינה זו, ויין סתם - אם נתן אמאי לא יטול? נימא ליה: הב לי ספינתא, דאנא מיייתנא חמרא. אלא בספינה סתם ויין זה, אם לא נתן אמאי לא יתן? נימא ליה: הב לי ההוא חמרא, ואנא מיייתנא ספינתא! - אמר רב פפא: לא משכחת לה אלא בספינה זו ויין זה, אבל בספינה סתם ויין סתם - חולקין".

סעיף ב

השוכר את הספינה וטבעה בחצי הדרך, אם אמר ליה: ספינה זו אני משכיר לך, ושכרה השוכר להוליך בה יין סתם, אף על פי שנתן לו השכר יחזיר כל השכר, שהרי זה אומר לו: הבא לי הספינה עצמה ששכרתי שהקפדה גדולה יש בספינה זו ואני אביא יין מכל מקום ואוליך בה. הגה: ואם אפשר להוציא הספינה מן המים ולהשכיר ספינה אחרת בדמיו או בכל מה ששייך לספינה, צריך להשכיר, כמו שנתבאר לעיל סי' ש"י לענין חמור (הגהות מיימוני פ"ה דשכירות).

ספינה זו ויין סתם - הפסיד המשכיר כל שכרו, שהרי אינו יכול לקיים תנאו, אך השוכר יכול לקיימו. ואף שכר חצי הדרך אינו צריך לשלם לו, שהרי לא נהנה בו דטבעה יינו; כ"כ התוס' והביאם הסמ"ע.

מה הדין בסתמא כששוכר ספינה לשאת משא ורוצה להביא משא אחר כמותו? סמ"ע - כל זמן שגם החפץ ששכר בעולם וגם המשא בעולם - יכול לשנות, אך אם אבד אחד מהם א"א לשנות, דמצא לה הקפידא מקום לנוח. ש"ך, קצות - כל זמן שאחד מהם בעולם יכול לשנות, אך רק את המשא אפשר לשנות, משא"כ את החפץ השכור (כגון הבהמה או הספינה) א"א לשנות אף פעם, דשכירות ליומיה ממכר היא. ורק כאשר שני הדברים אבדו - אמרינן שמצא לה הקפידא מקום לנוח. רעק"א - כל זמן שאחד מהם בעולם יכול לשנות, ואפי' את הדבר השכור אפשר לשנות, כמו שמוכח בטור בסימן הקודם לגבי חמור שמת שיכול להעמיד לו חמור אחר ואין יכול השוכר לומר שהוא מעדיף לשכור בעצמו אחר ולנכות משכרו.

דעת הרמ"ה שלעולם א"א לשנות את המשא או הבהמה, כאשר שכר לדבר מסוים, שכך מוכח בדינים הללו. אולם הטור כתב בשם הרא"ש, וכן דעת הרמב"ן והרשב"א שאע"פ ששכר למשא מסוים יכול לשנות לאחר, ושאינו הכא שימצאה לה הקפידא מקום לנוח. הקצות הקשה מהשוכר את הפועל ונסתיימה העבודה בחצי היום שיכול ליתן לו עבודה אחרת אם יש לו שאינה כבידה ממנה, ואמאי שלא יאמר הפועל שימצאה הקפידא מקום לנוח ולא נשכר אלא למלאכה הראשונה! ולכן נקט שרק כאשר אבדו תרוייהו (המשא והבהמה) כדי שנאמר שמצאה הקפידא מקום לנוח, וכן דעת הש"ך והע"ש. אולם, הסמ"ע נקט שאף כשאבד אחד מהם אמרינן הכי. אמנם, כתבו הש"ך והקצות שאע"פ שהשוכר יכול לשנות משאו אף כששכר למשא מסוים (כל זמן שהוא לא מכביד יותר ממנו), אך המשכיר אינו יכול לשנות, ולכן בספינה זו אין המשכיר יכול להביא לו ספינה אחרת ויכול השוכר לומר אני רוצה דווקא את הספינה הזאת, וביאר הקצות שהטעם הוא מפני ששכירות ממכר ליומיה היא, וכאשר התנה עמו 'ספינה זו' הרי קנה אותה למשך זמן השכירות, משא"כ במשאוי שאין זה אלא שעבוד לאותו הממון.

סעיף ג

אמר ליה: ספינה סתם אני משכיר לך, ושכרה השוכר להוליך בה יין זה, אף על פי שלא נתן לו מהשכר כלום, חייב ליתן כל השכר, שהרי אומר לו: הבא לי היין עצמו ואני אביא לך ספינה מכל מקום ואוליכנו. אבל צריך לנכות כדי הטורח של חצי הדרך, שאינו דומה המטפל בהולכת הספינה ליושב ובטל. (ויש אומרים דאינו נותן לו אלא שכירות מחצי הדרך) (טור בשם הרא"ש).

ספינה סתם ויין זה: שו"ע, ש"ך - נותן לו כל שכרו. רמ"א - נותן לו שכר חצי הדרך. בפשט הגמ' משמע שנותן לו כל שכרו. הרא"ש הקשה שבגמ' לגבי השוכר לדוולא ואתא מטרע חזינן שכל היכא ששניהם לא הוה לחו

למידע – הפסידו הפועלים, וא"כ הכא נמי מדוע שלא יפסיד בעל הספינה את חצי הדרך שנותרה?! ולכן הסיק שנותן לו רק חצי הדרך. אולם, **התוס'** שם כתבו לתרץ דשאני התם שהפועל לא הפסיד כלום רק שמתבטל משכרו, משא"כ הכא שאבדה ספינתו – נותן לו שכרו משלם. וכן הסכים **הש"ך לדינא**.

אע"פ שנותן לו כל שכרו – מנכה לו מחצי הדרך שלא הלך, ונותן לו בה כפועל בטל, שהרי אינו דומה המטפל בהולכת ספינה עמוסה במשא ליושב ובטל.

סעיף ד

אמר לו: ספינה זו אני משכיר, ושכר השוכר להוליך בה יין זה, אם נתן השכר אינו יכול להחזירו; ואם לא נתן, לא יתן, שאין זה יכול להביא הספינה עצמה ולא זה יכול להביא יין עצמו.

ספינה זו ויין זה: אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן, שהרי א"א אינו יכול לקיים תנאו, שהרי הספינה והיין טבעו, ובכח"ג אמרינן לכו"ע שימצאה לה הקפידא מקום לנוח, וכמו שנתבאר בסעיף א.

סעיף ה

שכר ספינה סתם ליין סתם, הרי אלו חולקין השכר. ודוקא כשאין אחד מהם רוצה להשלים; אבל [אם] זה מביא יינו וזה אינו מביא ספינה, אם נתן שכר נמי יטול ויוציא מתחת ידו.

ספינה סתם ויין סתם – חולקים השכר, ואין זה משנה האם הספינה טבעה באמצע הדרך, בהתחלה או בסוף; סמ"ע וש"ך. אך אם אחד רוצה לקיים תנאו, ומביא את חלקו – אם השני לא מקיים את תנאו – השני מפסיד.

סעיף ו

השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך, נותן לו שכר כל הדרך. ואם מצא השוכר מי שישכיר אותה לו עד המקום שפסק, שוכר, ויש לבעל הספינה עליו תרעומת (וצריך ליתן לבעל הספינה מה שהספינה נפסדת בהוצאת הסחורה הראשונה ובהכנסת השנייה) (טור). וכן אם מכר כל הסחורה שבספינה לאיש אחד בחצי הדרך, וירד ועלה, הלוקח נוטל שכר חצי הדרך מהראשון ושכר החצי מזה האחרון, ויש לבעל הספינה עליו תרעומת מפני שגרם לו לסבול דעת איש אחר שעדיין לא הורגל, וכן כל כיוצא בזה.

1. השוכר את הספינה, ובאמצע הדרך פרק את המשאוי ורוצה לסיים את השכירות כי אינו צריך לה יותר:

א. אם אינו מוצא לו שוכרים אחרים – חייב לשלם לו את שכר כל הדרך שסיכם עמו בתחילה.

האם כשמשלם לו על הדרך שלא הלך עמו צריך לשלם לו כפועל בטל? סמ"ע – כן, כמו למעלה בסעיף ג. ש"ך – לדינא כן, כדעת הטור, אולם דעת הרמב"ם כפי שביאר בב"י לא, דשאני הכא שהספינה קיימת והמשכיר אומר לו 'תביא סחורה ואני אוליך לך אותה', וכיון שאתה זה שמעכב – תן לי שכרי מושלם.

ב. אם מוצא לו שוכר אחר: אין צריך לשלם לו יותר ממה שלקחו, אך יש לבעל הספינה עליו תרעומת, שצריך לסבול איש אחר שלא הורגל עמו. אלא שצריך השוכר הראשון לשלם לו את מה שנפסדת הספינה בפריקה וטעינה, שהרי לא סיכם איתו אלא על פריקה וטעינה אחת ולא שתיים; רמ"א.

2. אם באמצע הדרך מכר את כל הסחורה שבספינה לאיש אחר – המשכיר נוטל שכר חצי הדרך מהראשון וחצי מהאחרון, ויש לו תרעומת על הראשון שהוא צריך לסבול דעת איש אחר שלא הורגל בו.

ב"מ עט: "תנו רבנן: השוכר את הספינה ופרקה לה בחצי הדרך – נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומת. היכי דמי? אילימא דקא משכח לאגורה – אמאי אית ליה תרעומת? ואי דלא קא משכח לאגורה – כוליה אגרה בעי שלומי! לעולם דקא משכח לאגורה, אלא אמאי אית ליה תרעומת – משום רפסתא דספינתא. אי הכי, טענתא מעלייתא הוא, וממונא אית ליה גביה! אלא מאי פרקה – דפרקה לטועניה בגויה (רש"י פירש שהעמיס לו עוד משא והאריך לו את ימי השכירות, אולם התוס' בשם ר"ח פירשו שמכר את כל הסחורה לאיש אחר, וממילא א"צ לפרוק אותה פיזית, וכן פירשו הרמב"ם והשו"ע) אלא מאי תרעומת? – משום שינוי דעתא. אי נמי: לאשלא יתירא.

סימן שיב

המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב או סתם, ובו כ' סעיפים.

סעיף א

המשכיר לחבירו בית או חצר או מרחץ או חנות לזמן קצוב, אינו יכול לחזור בו ולהוציאו תוך זמנו, אפילו נפל ביתו של משכיר שאין לו מקום לדור בו, ואפילו העני וצריך למכרו לאחר, אינו יכול להוציאו, והמקח קיים, ולוקח צריך להניחו ביד השוכר עד שישלים זמנו. (ואם היה מושכר בענין שלא היה יכול לפדותו לעולם אם לא מכרו, יכול למכרו ולהוציאו מיד (הרא"ש ומרדכי פרק השואל). התנה עמו שיוכל להוציאו לצרכו, ומכרו, אין הלוקח יכול להוציאו) (ריב"ש סי' רכ"ז/רנ"ז). ואם הקדים לו השכר, אפילו לזמן מרובה, אינו יכול להוציאו עד שיכלה זמן כל השכירות שהקדים לו. הגה: ואפילו לא קצב לו זמן, אפילו הכי מסתמא שכרו נגד מעותיו (בית יוסף). המשכיר בית לחבירו, ובתוך הזמן רוצה לבנותו, אין יכול לכופו לצאת אפילו לבית יפה ממנו, גם להכניס פועלים לבית לבנותו. מיהו מבקשים מן השוכר לעשות לפניו משורת הדין (מרדכי רב"ב).

1. המשכיר בית או חצר או מרחץ או חנות לזמן קצוב – אינו יכול להוציאו, ואפילו נפל ביתו ואין לו מקום לדור; דשכירות ממכר ליומיה היא, וכן מוכח בב"מ קא: שכאשר נפל לו הבית פטרוהו מהודעה של ל' יום קודם, אך אינו יכול להוציאו קודם שהגיע הזמן.

2. אם מכרו לאחר תוך זמנו, אין הלוקח יכול להוציאו עד שיגיע הזמן; ואפי' הקדים השוכר השכר למשכיר, אין הלוקח יכול להוציאו בתוך הזמן ואע"פ שאינו מעלה לו שכר; סמ"ע.

3. מה הדין כשהקדים לו השכר לזמן מרובה, ולא קצב זמן, האם אמרינן שהדמים מודיעים לכמה זמן שכר? רמ"א – כן, שכן מבואר בב"י, וכן הסכימו הסמ"ע, הקצות והשב"י. ש"ך – לא. כדברי הרמ"א מבואר בב"י מדיוק לשון הטור שכתב 'ואפי' הקדים לו השכר לזמן מרובה', שהקשה הרי הרבנות היא יותר ברישא כשלא הקדים לו שכרו ואפי' הכי אינו יכול להוציאו? וביאר שמיירי כמו שכתב הרמ"א שכאשר הקדים שכרו אמרינן שהדמים מודיעים לכמה זמן שכרו. וכתב הסמ"ע שאע"פ שאין הכרח לפרש כן, מ"מ הדין אמת בלא ראייה. וכן הסכימו הקצות והשב"י. אולם הש"ך חלק וכתב שמוכח בר"ה שהמשכיר בית לחברו 'לשנה זו' אפי' לא עמד אלא באדר כיון שהגיע א' ניסן עלתה לו שנה, וכתבו תוס' שלא אמרינן 'הדמים מודיעים' אלא המעות מתנה. וכן נפסק בסימן רכ לגבי המוכר את הצמד שלא מכר את הבקר, דק"ל כרבנן שלא אמרינן הדמים מודיעים, וא"כ הכא נמי! אולם, הקצות האריך הרבה להוכיח מדברי הרשב"ם, הרמב"ן ותרוה"ד שלא אמרינן שאין הדמים מודיעים אלא כשהלשון סותר, אך כאשר אין הלשון סותר לדמים – אמרינן שהדמים מודיעים! ואע"פ שאין אונאה לקרקעות, זה מצד גזה"כ, אך אין דרך בני"א להרבות כ"כ בשכירות קרקע ולכן אמרינן שהדמים מודיעים. הנהיבות כתב שכאשר אמר 'השכר ביתך בעד מנה' כיון שסתם שכירות ל' יום, הוי הלשון סותר לדמים ולא אמרינן שהם מודיעים, וא"כ המנהג בעיר לשכור לשנה, וא"כ אין הלשון סותר לדמים.

4. יכול להשכירו לאחר תוך הזמן, כדי שיגור בו לאחר שיגיע הזמן; ש"ך. וכתב הנהיבות שכל דבר שהוא מחוסר זמן אין בו חסרון של דבר שלא בא לעולם, כיון שהזמן ממילא קאתי. ורק לגבי ירושה נחלקו, כיון שהתם מחוסר מעשה ולא רק זמן. ומ"מ בעינן שיברר מקחו ויפרש שמשכיר לו שדה זו לאחר שיסתיים תקופת השכירות הנוכחית.

סעיף ב

אם חזר אחר שהשכירו לזה, והשכירו או מכרו לעובד כוכבים או אנס שהפקיע שכירות הראשון, הרי זה חייב להשכיר לו בית אחר כמותו; וכן כל כיוצא בזה.

וביאר הנהיבות (ה) שכל משכיר יש עליו שעבוד הגוף להעמיד לשוכר את הדבר המושכר, ואף כשאמר חפץ זה לא עשאו אלא כאפותיקי מפורש, ולכן אם החפץ בעין ואינו רוצה ליתנו לו – הרי כל נכסיו משועבדים ליתן לו, ויורדים לנכסיו וגוברים ממנו. אלא שכשאמר 'זה' הרי זה כאפותיקי מפורש שאם נשרף או נאבד באונס – א"א לגבות מדבר אחר. וכשהשכיר בסתם אין זה אלא כאפותיקי סתם שגם כאשר אבד צריך להעמיד לו אחר.

סעיף ג

משכנו לשנים ידועים, בכך וכך לכל שנה ושנה כל זמן שלא יפדנו, וחזר ומכרו לאחר, אין הלוקח יכול לקחתו מיד המלוה תוך השנה; אבל אחר השנה יכול לקחתו.

ב"מ עג: "רב מרי בר רחל משכן ליה ההוא נכרי ביתא, הדר זבנה לרבא. נטר תריסר ירחי שתא, שקל אגר ביתא אמטי ליה לרבא, אמר ליה: האי דלא אמטאי למר אגר ביתא עד האידנא **דסתם משכנתא שתא, אי בעי נכרי לסלקי לא הוה מצי מסלק לי**, השתא לשקול מר אגר ביתא".

סעיף ד

השכיר לו ללינה, אין פחות מיום אחד; לשביתה, אין פחות משני ימים; לנישואין, אין פחות מל' יום.

ה-ו משכיר בית ולא קצב לו זמן

ב"מ קא: במשנה "המשכיר בית לחבירו בימות הגשמים - אינו יכול להוציאו מן החג ועד הפסח. בימות החמה - שלשים יום. ובכרכים, אחד ימות החמה ואחד ימות הגשמים - שנים עשר חדש. ובחנויות, אחד עיירות ואחד כרכים - שנים עשר חדש. רבן שמעון בן גמליאל אומר: חנות של נחתומים ושל צבעים - שלש שנים". ובגמ' "אמר רב יהודה: להודיע קטני. והכי קאמר: המשכיר בית לחבירו סתם - אין יכול להוציאו בימות הגשמים מחג ועד הפסח **אלא אם כן הודיעו שלשים יום מעיקרא וכו'**". אמר רב אסי: אם נכנס יום אחד בימות הגשמים - אינו יכול להוציאו מן החג עד הפסח. והא אן שלשים יום קאמר! - הכי קאמר: אם נכנס יום אחד בימות הגשמים מהני שלשים יום - אינו יכול להוציאו מן החג ועד הפסח.

סעיף ה

המשכיר בית לחבירו סתם, אינו יכול להוציאו עד שיודיענו ל' יום מקודם כדי לבקש מקום ולא יהא מושלך בדרך, ולסוף השלשים יצא. בד"א, בימות החמה; אבל בימות הגשמים, אינו יכול להוציאו מהחג ועד הפסח.

1. מה דין המשכיר בית סתם? סמ"ע - אפי' יום אחד במשמע, וכמו שכתב הרמ"א בס' ריב שהאומר "ידור פלוני בביתי" אפי' שעה אחת במשמע. ש"ך - סתם שכירות ל' יום, ואין ראיה מדברי הרמ"א דשם מיירי כשאותו אדם נותן לו מעצמו במתנה, אך בשוכר מחברו סתם אדם אין דעתו לפחות מל' יום, והכי איתא להדיא בר"ה ז': "ואפילו למאן דאמר יום אחד בשנה חשוב שנה - שאני הכא דלא טרח איניש למיגר ביתא לבציר מתלתין יומין". ט"ז - מסתמא שוכר כמנהג אנשי העיר.

2. אם קצב לו זמן - א"צ להודיעו, והכא מיירי כששוכר בסתמא, בכך וכך לכל חודש אך לא קצב מהו אורך השכירות, ולכן אם רוצה להוציאו צריך להודיעו ל' יום קודם לכן. ובימות הגשמים צריך להודיעו ל' יום קודם ימות הגשמים.

3. ימות הגשמים היינו מסוכות (ט"ו תשרי), ולכן צריך להודיעו בט"ו אלול, סמ"ע וכו"כ רש"י.

סעיף ו

קבע לו שלשים יום לפני החג, אם נשאר מהשלשים יום אפילו יום אחד, אינו יכול להוציאו עד מוצאי הפסח, והוא שיודיעו שלשים יום מקודם פסח. במה דברים אמורים, בעיירות; אבל בכרכים, אחד בימות החמה ואחד בימות הגשמים, צריך להודיעו שנים עשר חדש מקודם. וחנות, בין בכרכים בין בעיירות, צריך להודיעו י"ב חדש מקודם. (ובחנות של נחתומין וצבעין, צריך להודיעו ג' שנים מקודם) (טור).

הכי איתא בגמ' שם, והטעם שבכרכים כל בני האדם רוצים לדור וקשה למצוא שם דירות. ובחנויות מפני שבעלי החנויות מקיפים לזמן מרובה, ולא ידעו הקונים היכן למצוא את המוכר כדי לשלם לו חובותיהם. ובנחתומים וצבעים מקיפים לזמן ארוך מאד.

סעיף ז

כשם שהמשכיר חייב להודיעו, כך השוכר חייב להודיעו מקודם שלשים יום בעיירות, או מקודם שנים עשר חדש בכרכים, כדי שיבקש שכן ולא ישאר ביתו פנוי; ואם לא הודיעו, אינו יכול לצאת, אלא יתן השכר. הגה: או יעמוד לו אחר במקומו. ואם רוצה להעמיד אדם שאינו הגון, אין המשכיר צריך לקבלו (ב"). וע"ל ס' שט"ז.

ב"ק קא: "וכשם שמשכיר צריך להודיע - כך שוכר צריך להודיע. דאמר ליה: אי אודעתן - הוה טרחנא ומותיבנא ביה איניש מעליא". וכתב הב"י שבחנות צריך להודיעו י"ב חודש קודם, כדי שבעה"ב יבקש לו חנווני אחר, ואותו חנווני הרי צריך י"ב חודש כדי לגבות הקפותיו.

כתב הט"ז שה"ה **אם הוא שונאו אינו חייב לקבלו**, דלא אמרינן אלא שאינו יכול להוציאו מפני ששונאו, אך אינו חייב לקבלו.

אם לא הודיעו יוצא האם חייב לשלם? פת"ש בשם שער המשפט – מלשון השו"ע משמע שכן, אך לא יתכן לומר כן דאין זה אלא גרמא! וצ"ל שכונתם שאינו יוצא ידי שמים עד שישלם, ואסור לו לצאת אם אינו משלם, ומשמתים אותו על כך. והפת"ש עצמו כתב שלענ"ד לא נראה כן.

סעיף ח

אם שכרו לזמן קצוב, כיון שכלה הזמן יכול להוציאו מיד, אפילו כלה הזמן באמצע ימות הגשמים.

כ"כ הרי"ף, הרא"ש והרמב"ם, דלא אמרו בגמ' אלא בשוכר לסתם; אך הכא הרי ידעו שיכלה הזמן.

סעיף ט

מה שאמרנו שאין המשכיר יכול להוציאו ולא השוכר יכול לצאת עד שיודיענו מקודם, אם הוקרו הבתים יש למשכיר להוסיף עליו ולומר לשוכר: או שכור בשוויה או תצא, וכן אם הוזלו הבתים יש לשוכר לפחות השכר ולומר למשכיר: או שכור לי כשער של עכשיו או הרי ביתך לפניך. מיהו דוקא דהתנו הכי מקודם הזמן, ואעפ"י שעבר זמן הודעה; אבל אם עמדו בסתם, מסתמא דעתם היה על השכר הראשון. הגה: וכן אם שכר לזמן קצוב, אף על פי שנתייקרו הבתים או הוזלו, אין יכולין לשנות רק כפי שהתנו (הרא"ש כלל א'). מי משכר בית לחבירו, והיה אוהבו ונעשה שונאו, אין יכול להוציאו מן הבית. ואם אמר ליה מתחלה שאינו משכיר לו רק משום שהוא אוהבו, ונעשה שונאו, יכול להוציאו (נ"י פרק השואל).

גמ' שם "אמר רב הונא: ואם בא לרבות בדמיה - מרבה. - אמר ליה רב נחמן: האי לנקטיה בכובסיה דלשבקיה לגלימא! - לא צריכא, דאייקור בתי". והיינו גם רק כשהשכירו בזמן, דבכה"ג אין צורך ליתן לו הודעה. אולם כשהשכירו לזמן קצוב - אינו יכול לרבות בדמיה עד שיגמר הזמן, וכמו שכתב הרמ"א (וכן השו"ע בסעיף הבא). וסיום דברי השו"ע שאם לא הודיעו אחד לשני לכתחילה, אינו יכול לתבעו את השכר שהתייקר או הוזל למפרע.

הסמ"ע כתב שהרמ"א אגב שיטפיה כתב כאן את הדין שכתב השו"ע בסעיף הבא. **אולם**, הש"ך כתב שבא לחדש, שאף כשהשכירו לזמן קצוב אם עבר הזמן ודר בו בסתם לאחר שנתייקו או הוזלו - אינו יכול לתובעו למפרע על זה הזמן. והנתיבות העיר שדבריו כאן סותרים למ"ש בס"ק ו, שאם השכירו בסתם יכול להוציאו לאחר יום א', דומיא דאומר ידור פלוני בבית זה.

1. השוכר בית מחברו ונעשה שונאו - אינו יכול להוציאו מהבית.

2. אם אמר ליה בתחילה שמשכיר לו רק בגלל שאוהבו: רמ"א בשם נמוק"י - יכול להוציאו. קצות - דין זה צ"ע. נתיבות - מיירי שהבית אינו עומד להשכרה, ולכן כשגילה דעתו הוי אומדנא דמוכח, אבל בסתם משכיר בעינן תנאי כפול.

הנמוק"י למד דין זה מהמעשה שהובא שם בגמ' "ההוא גברא דזבן ארבא דחמרא, לא אשכח דוכתא לאותוביה. אמר ליה להאיא איתתא: אית לך דוכתא לאוגרי? אמרה ליה: לא. אזל קדשה, יהבה ליה דוכתא לעייליה. אזל לביתה, כתב לה גיטא, שדר לה. אזלא איהי, אגרא שקולאי מיניה וביה, אפיקתיה ואותביה בשבילא". ונפסק לקמן בסי' שיט. וכתב בשם הריטב"א שודאי אם אדם השכיר לחברו ואח"כ נעשה שונאו - אינו יכול להוציאו מביתו. אך אם בתחילה לא רצה להשכיר לו אלא מפני שאוהבו - רשאי להוציאו. ועי"פ זה כתב הרמ"א דינו הכא. הקצות בסי' שיט הקשה על דבריו שהרי במעשה דגמ' איכא גילוי דעת ברור שהרי סירבה בתחילה להשכיר, ורק לאחר שקידשה נתרצתה לו. משא"כ באדם שסתם אמר שמפני שאוהבו משכיר לו - אין זה בגדר גילוי דעת, ובעינן להלכות תנאים.

סעיף י

במה דברים אמורים, שהשכירו סתם. אבל אם השכירו לזמן ידוע, אף על פי שנתייקרו הבתים או הוזלו, אינם יכולים לא להוסיף ולא לגרוע.

סעיף יא

נפל בית המשכיר שהיה דר בו, הרי זה יכול להוציא השוכר מביתו ואומר לו: אינו בדין שתהיה אתה יושב בביתי עד שתמצא מקום ואני מושלך בדרך שאין אתה בעל זכות

בבית זה יותר ממני. ודוקא בשוכר סתם, אבל בשוכר לזמן ידוע אינו יכול להוציא תוך זמנו.

גמ' שם "פשיטא, נפל ליה ביתא - אמר ליה: לא עדיפת מינאי". וכתב הסמ"ע שדווקא אם כבר גר בו ל' יום יכול להוציא, דכיון שסתם שכירות ל' יום - הוי ליה כתוך הזמן שאינו יכול להוציא. ורעק"א הוסיף שה"ה אם מחמת דחקו מכר ביתו, או מכר בית זה - יכול להוציא מיד. וכמובן שדין זה דווקא כשלא השכירו לזמן ידוע.

סעיף יב

נתן הבית לבנו לישא בו אשה, אם היה יודע שבנו נעשה חתן בזמן פלוני והיה אפשר לו להודיעו מקודם ולא הודיעו, אינו יכול להוציא. ואם עכשיו נזדמנה לו אשה והרי הוא נושא מיד, הרי זה יש לו להוציא, שאינו בדין שיהא זה יושב בביתו ובן בעל הבית ישכור בית שיעשה בו חתונה.

גמ' שם "כלליה לבריה, חזינן: אי הוה אפשר לאודועיה - איבעי ליה לאודועי, ואי לא - אמר ליה: לא עדיפת מינאי".

סעיף יג

מכר הבית, או נתנו או הורישו, אין השני יכול להוציא עד שיוודיעו מקודם ל' יום, או מקודם י"ב חדש, שהרי השוכר אומר לו: אין כחך יותר מכח זה שזכית בבית זה.

גמ' שם "זבניה או אורתיה או יהביה במתנה - אמר ליה: לא עדיפת מגברא דאתית מיניה".

סעיף יד

מקום שנוהגין שיש להם ראש שנה קבוע לשכירות הבתים, וראובן שכר בית משמעון לשנה אחת, ואחר שכלתה השנה נשאר בבית חדש אחד ולא דברו זה עם זה כלום בשכירות שנה הבאה, ורצה ראובן לצאת מהבית ושמעון מעכב על ידו שלא לצאת עד תשלום שנה שניה, הדין עם שמעון.

כ"כ הרא"ש בתשובה וז"ל "נתחייב בשכירות כל השנה כי כבר שכרו כל השוכרים ולא ימצא להשכירו והיה לו להודיעו איני רוצה לדור בביתך אלא חודש, וכיון שלא הודיעו סמך האחר עליו שידור בבית כמנהג העיר ששוכרים הבתים לשנה ונתחייב בשכירות שנה אחת".

הגה: שנים שהיו דרים בבית והיו חולקין על הבית, ואחר כך נתחייב אחד בדין, צריך לצאת אפילו באמצע החורף, אף על פי שלא הודיעו חבירו מקודם (עיין בבית יוסף).

וכתב הסמ"ע הטעם דבכה"ג הו"ל למידע מעצמו שאם יתחייב בדין לא ירצה להמשיך לגור עמו, ואינו ממשיך לגור שם אלא עד שתצא זכותו לאור.

סעיף טו

המשכיר בית לשנה בסכום ידוע ונתעברה השנה, נתעברה לשוכר. השכיר לחדשים, נתעברה למשכיר. הזכיר לו חדשים ושנה, בין שאמר לו: דינר לחדש שנים עשר דינר בשנה, בין שאמר לו: שנים עשר דינר לשנה דינר בכל חדש, הרי חדש העיבור של משכיר, שהקרקע בחזקת בעליה. הגה: אבל מי ששכר מלמד לבנו ואמר ליה שני לשונות כאלו, והמלמד למד עמו חדש העיבור, אין צריך לשלם לו חדש העיבור (תשובת רשב"א סימן תרמ"ה).

1. המשכיר בית לחברו לשנה, ונתעברה השנה:

א. אם השכיר בסכום ידוע לשנה - השוכר הרויח, וא"צ להוסיף תשלום עבור חודש העיבור.

אין חילוק אם אמר 'שנה זו', 'השנה', או 'שנה אחת'; סמ"ע. דאף הרשב"א שכתב שבאומר 'שנה אחת' אין לו אלא יב חודש כרוב שנים, כתב שלמעשה אין לזוז מפסק הגאונים שלא חילקו בזה; כ"כ הסמ"ע.

ראש השנה לשכירות בתים הוא א' תשרי; ש"ך. לכן אם עמד בר"ה ואמר שמשכיר לשנה - מונה יב חודש מיום ליום, אך אם אמר 'שנה זו' אין לו אלא עד סוף השנה, ואפי' עמד בא' אלול אין לו אלא חודש. אך אם עמד בב' אלול - יש לו עד סוף שנה הבאה, שהרי אין אדם שוכר בית לפחות מל' יום. (וצ"ע מה הדין כשנתעברה השנה, האם חולק על הסמ"ע שאמר שבכל ענין יש לו יג חודש, ומשמע שבכה"ג שעומד בר"ה ואומר 'שנה' אין לו אלא יב חודש מיום ליום, וכ"כ רעק"א בדעתו. או שמא לא בא אלא לדון מה הדין כשעומד באמצע השנה; וצ"ע).

ב. אם השכיר תמורת סכום חדשי – המשכיר הרויח, וצריך להוסיף לו שכר עבור החודש הנוסף.

ג. אם הזכיר שמשכיר לו לשנה ולחודשים, בין אם אמר 'דינר לחודש שנים עשר דינרים לשנה', ובין אם אמר 'שנים עשר דינרים לשנה, דינר בכל חודש' – הרי זה ספק, האם אמרין תפוס לשון ראשון או אחרון, וצריך לשלם למשכיר, כיון שקרקע בחזקת בעליה עומדת. וכיון שכך אין הבדל אם בא המשכיר בתחילת החודש לדרוש שכרו, או בא בסוף החודש – בכל ענין נחשב המשכיר מוחזק.

ב"מ קב. במשנה "המשכיר בית לחבירו לשנה, נתעברה השנה - נתעברה לשוכר. השכיר לו לחודשים, נתעברה השנה - נתעברה למשכיר. מעשה בציפורי באחד ששכר מרחץ מחבירו בשנים עשר זהב לשנה, מדינר זהב לחדש, ובא מעשה לפני רבן שמעון בן גמליאל ולפני רבי יוסי, ואמרו: יחלוקו את חדש העיבור". ובגמ' "מעשה לסתור? - חסורי מחסרה והכי קתני: ואם אמר לו: בשנים עשר זהבים לשנה מדינר זהב לחדש - יחלוקו". ומבואר בגמ' שדעת רב שאמרין 'תפוס לשון ראשון', ולכן תלוי באיזה סדר אמר. דעת שמואל שאם בא באמצע החודש - יחלוקו, אך בתחילה - כולו למשכיר, ובסוף כולו לשוכר, דחשיב לכל אחד כמוחזק. ואילו רב נחמן סבר ש'קרקע בחזקת בעליה עומדת' ולעולם יד המשכיר על העליונה, ואין זה משנה באיזה סדר אמר; ופסקו הראשונים כרב נחמן.

2. אם השוכר טוען בברי שאמר לו בפירוש שלא יקח ממנו שכר אם תתעבר השנה – פטור, דבכה"ג לא שייך לומר 'קרקע בחזקת בעליה' שהרי בכה"ג הוא טוען שלא היה בקרקע זו את הפרי של החודש היג אלא רק פירות יב חדשים, ואינו דומה לסי' שיז, ג דהתם כיון שהבעלים מוחזקים בקרקע חשבינן להו מוחזקים גם בפירות שיצאים מגופה, משא"כ הכא שע"פ טענתו לא היו פירות בקרקע בחודש הזה כלל; ש"ך.

3. במטלטלין כשאנו מסופקים בספק זה, האם תפוס לשון ראשון או אחרון – אם תפס לא מפקינן מיניה לכו"ע, סמ"ע. ואע"פ שזו תפיסה בטענת שמא שלא מועילה, שאני הכא שתפס ברשות; ש"ך.

4. מי שהשכיר מלמד ואמר לו בכה"ג א"צ לשלם לו; רמ"א בשם הרשב"א בתשובה. הקצות כתב שהרשב"א נימק זאת מכמה טעמים: א. קרקע בחזקת בעליה עומדת, משא"כ כאן. ב. המלמד בן חברו שלא מדעתו אינו חייב לשלם לו כלום. ג. שאני הכא שהמלמד למד עמו מדעתו. הקצות כתב שעל הטעם השני המרדכי חולק. על הטעם הראשון הקשה מדוע אין זה דומה, הרי המלמד בחזקתו קאי, וא"כ הפירות שנצמחו מכוחו דמי לפירות שבאו מכח הקרקע דאמרין שבחזקת בעליה עומדת? ולכן נקט שהעיקר הוא מהטעם ששאני הכא שהמלמד למד עמו מדעתו ומרצונו, ולכן אם בתחילת החודש המלמד מסרב להמשיך ללמד רשאי, ואין בעה"ב רשאי לפחות לו משכרו המלא.

5. המשכיר בית לחברו ואמר לו עד ראש חודש אדר: ש"ך – קרקע בחזקת בעליה עומדת, ואע"פ שבכה"ג אין ספק בלשון האדם, אלא יש ספק בדין האם אדר ראשון עיקר או שני, והוא פלוגתא דרבוותא – אך קי"ל שבפלוגתא דרבוותא הדין הוא המע"ה. ולא כאור זרוע שפסק יחלוקו, דס"ל שבפלוגתא דרבוותא הדין הוא יחלוקו.

סעיף טז

בעה"ב שאמר: לזמן השכרתיך, והשוכר אומר: לא שכרתי אלא סתם או לזמן ארוך, על השוכר להביא ראיה; ואם לא הביא, בעל הבית נשבע היסת ומוציאו מן הבית. הגה: וכן בכל ספק שנפול בין הדר בבית חבירו ובין חבירו (המגיד פ"ז דשכירות); אם לא שאכלה שני חזקה, דאז נאמן במגו דלקחתי (רשב"א). וע"ל סימן שט"ז סעיף ג' ובסימן שי"ז.

ואע"פ שבעה"ב מודה במקצת – אין נשבעין על הקרקעות. אמנם, כשהמחלוקת ביניהם היא לאחר שנתיימה השכירות, ורק ל השכר – הוי כמטלטלין ונשבעין עליו.

סעיף יז

המשכיר בית לחבירו לזמן, ורוצה לסתרו בתוך הזמן, השוכר יכול לעכב עליו. ואם עבר וסתרו בתוך הזמן, חייב להעמיד לו בית אחר או ישכיר לו כמותו. ואם מעצמו נפל, אם אמר לו: בית זה אני משכיר לך, אינו חייב לבנותו, (ואפילו בנאו המשכיר יכול לומר שלא ידור בו) (ב"י מדברי הרשב"א), אלא מחשב על מה שנשתמש בו ומחזיר לו שאר השכירות. (ואפילו השוכר אומר: אבנו משלי, אין שומעין לו) (ב"י). ויש מי שאומר דדוקא בשנפל כולו, אבל אם הוא קיים אלא שהוא מסוכן לדור בו, חייב המשכיר לתקנו אם יש בידו שכירות מוקדם. ואם אמר לו: בית סתם, ונפל, חייב לבנותו או יתן לו בית אחר. ואם היה קטן מהבית שנפל, אין השוכר יכול לעכב עליו, והוא שיהיה קרוי בית, שלא השכיר אלא בית סתם. (אבל כל זמן שלא נפל הראשון אינו יכול להוציאו וליתן לו בית קטן כזה) (נ"י סוף פרק השואל). אבל אם אמר לו: בית כזה אני משכיר לך, חייב להעמיד לו בית כמדת ארכו ומדת רחבו של בית זה שהראהו, ואינו יכול לומר: לא היה ענין

דברי אלא שיהיה קרוב לנהר או לשוק או למרחץ כזה, אלא חייב להעמיד לו בית כמדתו וכצורתו (ואף על פי שאינו נאה בבנינו ובקישוטו) (נ"י הנ"ל). לפיכך אם היה קטן לא יעשנו גדול; גדול, לא יעשנו קטן; אחד, לא יעשנו שנים; שנים, לא יעשנו אחד. ולא יפחות מהחלונות שהיו בו ולא יוסיף עליהם, אלא מדעת שניהם. הגה: נשרף הבית, דינו כנפל (מרדכי פרק האומנין ותשובת מיימוני דמשפטים סימן מ"ז). (נשרף כל העיר, הוי מכת מדינה ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו, בין הקדים לו שכרו או לא) (שם במרדכי ושם בתשובת מיימוני דמשפטים). המשכיר בית לחבירו והוא נפול, אדעתא דלבנותו הוא מוגיר ליה (ב"י סוף פרק השואל).

סעיף יח

המשכיר עלייה סתם, חייב להעמיד לו עלייה. אמר לו: עלייה זו שעל גבי בית זה אני משכיר לך, הרי שעבד בית לעלייה. לפיכך אם נפחתה העלייה בארבע טפחים או יותר, חייב המשכיר לתקן, ואם לא תקן הרי השוכר יורד ודר בבית עם בעל הבית, ונכנס ויוצא דרך פתח הבית עד שיתקן לו את העלייה. אבל אם נפל הבית והעלייה, אין צריך לבנות לו אחר, כיון שאמר לו: בית זה. הגה: אבל אם נפלה העלייה צריך לבנותה כל זמן שהבית קיים (טור).

סעיף יט

היו שתי עליות זו על גב זו, ונפחתה העליונה, דר בתחתונה. נפחתה התחתונה, הרי זה ספק אם ידור בעליונה או בבית, לפיכך לא ידור, ואם דר אין מוציאין אותו משם.

סעיף כ

מעשה באחד שאמר לחבירו: דלית (פירוש גפן מודלית על אילן שפירותיו אפרסקין) זו שעל גבי אפרסק הזה אני משכיר לך, ונעקר אילן האפרסק ממקומו ובא מעשה לפני חכמים, ואמרו לו: חייב אתה להעמיד האפרסק כל זמן שהדלית קיימת, וכן כל כיוצא בזה. הגה: ודוקא בכי האי גוונא שהאפרסק עדיין בעולם, רק שנעקר ממקומו; אבל אי נקצץ, לא מחויב להעמיד לו אחר. וכן אם נפל הבית שתחת עלייה, ואמר לו: עלייה שעל גב בית זו, אין צריך להעמיד בית אחר (טור בשם הרמ"ה).

סימן שיג

המשכיר בית לחבירו בבירה גדולה באיזה מקום רשאי להשתמש, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

המשכיר בית לחבירו בבירה גדולה, משתמש בזיזים ובכותלים עד ארבע אמות, ובתרבץ של חצר וברחבה שאחורי הבתים, ומקום שנהגו להשתמש בעובי הכתלים. ובכל אלו הדברים הולכים אחר מנהג המדינה והשמות הידועים להם.

ב"ב ו. "אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוח: המשכיר בית לחבירו בבירה גדולה, משתמש בזיזיה ובכתליה עד ד' אמות, ובעובי הכותל במקום שנהגו, אבל בתרבץ אפדני לא; ורב נחמן דידיה אמר: אפילו בתרבץ אפדני, אבל רחבה שאחורי הבתים לא; ורבא אמר: אפילו רחבה שאחורי הבתים."

סעיף ב

המשכיר חצירו סתם, לא השכיר הרפת שבה.

ב"מ קב. "אמר רב אשי: זאת אומרת, המשכיר חצירו סתם - לא השכיר רפת שבה."

סעיף ג

הזבל שבחצר, הרי הוא של שוכר; לפיכך הוא מיטפל בו להוציאו. ואם יש שם מנהג הולכים אחר המנהג. בד"א, כשהיו הבהמות שעשו הזבל של שוכר, אבל אם הבהמות של אחרים, הזבל של בעל החצר, שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אף על פי שהיא שכורה ביד אחרים. הגה: מיהו אם קלטו השוכר בכלי מן האויר, ולא נח בחצר, הרי שלו (טור).

1. זבל הבהמות שבחצר: אם בא מבהמות השוכר – הרי הוא של השוכר. אך אם בא מבהמות של אחרים – הרי הוא של המשכיר, שחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שהיא מושכרת לאחרים.

ב"מ קא: במשנה "הזבל של בעל הבית, ואין לשוכר אלא היוצא מן התנור ומן הכירים בלבד". **ובגמ' קב.** "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 קמו בה. מסייע ליה לרבי יוסי ברבי חנינא, דאמר רבי יוסי ברבי חנינא: חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו". פשט הגמ' משמע כרמב"ם שמייירי בחצר דמשכיר ואע"פ שהשוכר גר בה – אך היא קונה למשכיר. אולם, רש"י כתב "בחצר דמשכיר – שלא השכיר את החצר", ומבואר שאם השכיר אותה הייתה קונה לשוכר.

2. אם קלט את הזבל ישירות מהבהמה – בכל ענין הרי הוא של השוכר.

גמ' שם "מיתיבי: זבל היוצא מן התנור ומן הכירים והקולט מן האויר - הרי הוא שלו וכו', קולט מאויר אמאי הרי הוא שלו? אויר חצרו הוא! אמר אביי: במדביק כלי בשולי פרה. רבא אמר: אויר שאין סופו לנוח לאו כמנוח דמי. ומי פשיטא ליה לרבא? והא מיבעי בעי לה וכו' התם לא מיפסק ולא מידי, הכא מיפסק כלי".

הסמ"ע כתב שלשיטת רש"י והטור מייירי דווקא כשהכלי קדם להוצאת הרעי מגוף הבהמה, באופן שלא היה עומד מעולם לנוח בחצר. משא"כ לשיטת השו"ע והרמב"ם מייירי נמי אם הכלי בא אח"כ, דכיון שהחצר קנויה לשוכר – קנהו.

3. **האם חצר המושכרת קונה לשוכר או למשכיר? ש"ך** – למשכיר, כפשט דברי הרמב"ם והשו"ע כאן. קצות – לשוכר, כמו שמבואר בס"י רס, ד. נתיבות (נתיחה לסימן ר): אם השוכר מתכוון לקנות – לשוכר, אך בסתמא למשכיר. ט"ז: מציאות שרגילות לבוא – לשוכר, דמסתמא היה דעתו לשכור את החצר אף לכך, מציאות שאינם רגילות לבוא – למשכיר.

השו"ע כאן פסק כרמב"ם שחצר המושכרת קונה מציאות הבאות מבחוץ למשכיר ולא לשוכר, ולכן זבל שאתי מבהמות דעלמא הרי הוא של המשכיר. הקשו האחרונים שהרי בסימן רס, ד פסק השו"ע כרא"ש שחצר המושכרת קונה מציאות לשוכר (שהרי פסק שם שאם השוכר והמשכיר דרים יחד הרי הם כשותפים וקונה לשניהם)! **הסמ"ע** נשאר בצ"ע. **הש"ך** כתב שהעיקר כרמב"ם שאינה קונה אלא למשכיר, דהדין שישכירות ליומיה ממכר היא, הוא נכון רק לדיני אונאה ולא לשאר דברים, וכשיטת תוס' (ב"מ נו:). ולכן אין החצר קונה לשוכר אלא כשכרו בשביל לקנות בו, או כאשר ידעת אחרת מקנה לו. הקצות פסק שהעיקר כדברי השו"ע בסימן רס, שחצר המושכרת קונה לשוכר, שהרי ישכירות ליומיה ממכר היא, והעיקר בקנין חצר הולך לפי מי שמשתמש בה. ואף הרמב"ם מודה לדין זה שהרי פסק שאפשר לתת גט לאשה בחצרה השכורה לה. אלא, שהכא שאני דמייירי בזבל בהמות, ובסעיף ב פסקנו שהמשכיר סתם לא השכיר את הרפת

שבחצר, וזבל בהמות הם כרפת, ולכן בסתמא אע"פ שהשוכר קנה את כל תשמישי החצר, וממילא היא כחצרו וקונה לו מציאות שיבואו לתוכה, אך חוץ מהזבל שיבוא מעלמא שאת זה לא השכיר לו. **הנתיבות** (בפתיחה לסימן ר) הכריע שהעיקר הוא שחצר קונה למשכיר, כיון שהרי זה כמו בפועל שמציאותיו לעצמו, והכי נמי אע"פ ששכר את החצר, שהיא כידו של בעה"ב, אך לא שכר את ידו כדי שתקנה לו מציאות. כיון שבסתמא לקנות מציאות בחצר אין זה חלק מהתשמישים של החצר. אך אם השוכר יתכוון להדיא לזכות בחפץ שיבוא לתוכה – היא תזכה לו; ולכן בסי' רס, דמירי בצבי שבור וגוזלות שלא פרחו שבעינן שיאמר 'זכי לי שדי' ומוכח שהוא רוצה ומתכוון שתזכה לו – ולכן בכה"ג היא זוכה לו. אך בזבל שבא לחצר מעלמא ולא התכוון לזכות בו – זכה בו המשכיר. בפתי"ש (סימן רס) כתב שבדין זה המוציא מחברו עליו הראיה.

סעיף ד

והאפר היוצא מהתנור וכירה, של שוכר. (אפילו אחרים אופין ומבשלין) (טור בשם הרמ"ה).

קשה מאי שנא מזבל בהמות דאתי מעלמא? סמ"ע – מיירי שהאפר דאחרים מעורב עם האפר שבא מהאפייה של השוכר. ט"ז – אפר של תנור הוא דבר שכיח ולכן השוכר התכוון לשכור אף את הזכות הזאת בשעה הראשונה, משא"כ זבל בהמות דאתו מעלמא, דמיי יימר שיבואו ואף אם יבואו – מי יימר שיטילו גללים!!

סימן שטו

דין המשכיר בית על תנאי, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

שכירות קרקע נשכר בדרכים שהוא נקנה בהם. (ואין אונאה לשכירות קרקע כמו במכירת קרקע) (הרא"ש כלל א' סימן ז').

1. שכירות קרקע נקנית בדרכים שהקרקע נקנה בהם, כסף, שטר, חזקה, קנין סודר.

בב"ק עט.: ובקצת שוני בב"מ צט.:- איתא: "תניא נמי הכי... וכשם שהקרקע נקנית בכסף, בשטר ובחזקה, כך שכירות נקנית בכסף, בשטר ובחזקה. שכירות דמאי? אילמא שכירות דמטלטלין, מטלטלי בני שטרא ניהו? אמר רב חסדא: שכירות דקרקע". ונפסק בטוש"ע. ב"י- בסימן קצה התבאר שגם בחליפין, ושם דין שאלת קרקע.

2. אין אונאה לשכירות קרקע, כמו שאין אונאה למכירת קרקע, רמ"א בשם הרא"ש.

הרמב"ם הרא"ש וטוש"ע כתבו שכשם אין אונאה לקרקעות במכירתם כך בשכירתם. ונפסק ברמ"א דידן. **המ"מ** כתב שזה ממה שכתוב בגמ' לגבי מטלטלין והטעם שם, **הרמב"ם רא"ש טוש"ע** כתבו בשכירות מטלטלין יש אונאה, בעיא דאפשיטא בב"מ נו: "בעי רבי זירא: שכירות יש לו אונאה או אין לו אונאה? ממכר אמר רחמנא - אבל לא שכירות, או דלמא לא שנה? - אמר ליה אביי: מי כתיב ממכר לעולם? ממכר סתמא כתיב, והאי נמי ביומיה מכירה היא". לכן כל אחד מהם שנתנה חוזר. רמב"ם טוש"ע- ומחזיק האונאה אף לזמן מרובה, מ"מ- שדווקא במכירה נתנו זמן שמקחו בידו ומראה לתגר או לקרובו ואין דרך בכך בחכירות וגם בגמ' לא נזכר זמן שכירות.

3. אם עשו חזקה בקרקע היום כדי שתקנה את השכירות של עוד לי יום - יכול לחזור בו, אך אם קנו 'מעכשיו ולאחר לי' יום' - אינו יכול לחזור בו; הג"ה בסמ"ע.

4. **ראובן השכיר בית לשמעון לשנה, האם יכול בתוך השנה להשכירה ללוי לאחר שתסתיים שכירותו של שמעון? פת"ש בשם משנה למלך:** בקנין חזקה - נסתפקו בזה (בין מכירה או השכרה) חכמי הדור שלפני. בקנין כסף - יכול. **פת"ש:** בשו"ע (שיב, א) מבואר להדיא שיכול למכור, בש"ך שם מבואר שיכול גם להשכיר. **בנתיבות (שם)** - ואין המשכיר יכול לחזור בו אף קודם כלות הזמן של הראשון, דמחוסר זמן אינו כדבר שלא בא לעולם, ואפי' לא אמר מעכשיו אם לא תלה הקנין בזמן - הוי כמעכשיו. אך דווקא כשמשכיר לו דבר מסוים. **דברי משפט** - יכול להשכיר, אך לענין חזרה קודם שהגיע הזמן: אם אמר מעכשיו - אינו יכול לחזור. לא אמר מעכשיו - יכול לחזור. ובכל ענין מהני ואפי' לא השכיר דבר מסוים אלא שדה סתם. **בית יעקב** - אינו יכול להשכיר ולמכור, ואין חילוק בין קנין כסף לקנין חזקה. ולענין חזרה - לא מיבעיא שיכול לחזור קודם שהגיע זמן השני, אלא אף לאחר שהגיע הזמן - יכול לחזור בו, דאין לו כח כלל להשכיר נכס שלו שמושכר לאחרים. ואע"פ שהעולם נוהגים כן - לא מהני, ואין בזה משום 'סיטומתא'. פת"ש בדעת עצמו - סיטומתא ודאי שמהני בזה, כדמוכח בש"ך ובנתיבות סימן רא, וכמו שכתב החת"ס שסיטומתא מהני אף בדבר שלא בא לעולם, וכ"ש כאן שהוא רק מחוסר זמן.

סעיף ב

כשם שמתנה אדם כל תנאי שירצה במקח, כך מתנה בשכירות. וכל שממכרו ממכר בנכסיו, שכירותו שכירות; וכל שאין לו למכור, אין לו להשכיר, אלא אם כן יש לו פירות בלבד באותו קרקע, שזה שוכר ואינו מוכר.

ביאור דברי השו"ע "א"כ יש לו פירות בלבד באותו קרקע שזה שוכר ואינו מוכר":

סמ"ע - מי שיש לו גוף לפירות אינו יכול להקנות הגוף לפירות לאחר, אלא רק להשכיר. והטעם שהקונה לפירות יכול לעשות בקרקע מה שירצה, וממילא יכול גם להזיק לה, ולכן אסור לקונה הראשון למכור לאחרים, כי רק להם האמין בעל הקרקע שלא יזיקוהו. אמנם, במוכר בית לפירותיו - רשאי הקונה גם למכור. **האחרונים (ט"ז, קצות, נתיבות) התקשו בדבריו**, שהרי גם בשוכר שייך החשש שיזיק לקרקע, וא"כ מה חילוק בין מוכר לשוכר?!

קצות - כוונת הרמב"ם שהקונה קרקע לפירותיה אינו יכול למכור את גוף הקרקע לגמרי שהרי אינו שלו, אלא רק להשכיר את פירותיה, שהרי שכירות ליומיה ממכר הוא, והרי זה כמוכר גוף לפירות.

ט"ז, נתיבות – כאשר אין לו שום זכות בקרקע, אפי' לא גוף לפירות, אע"פ שאינו יכול למכור הפירות שהרי הם דבר שלא בא לעולם, יכול להשכירם. ה"ט"ז ביאר שהטעם הוא שהמוכר מסתלק מכוחו בפירות, וממילא הקונה זוכה בהם (וצ"ע שמכיון שהמוכר הסתלק מהם, והקונה אינו יכול לקנותם קודם שיבואו לעולם, א"כ צריך בעל השדה לזכות בהם מדין חצר?!). נתיבות – שכירות מועילה בדבר שלא בא לעולם, כיון ששכירות היא שעבוד הגוף וחוב על האדם להעמיד לו את החפץ הנשכר, ואינה כלל קנין בגוף החפץ! לכן, אין שום בעיה להשכיר דשלב"ל. אלא שנסתפק במשכיר 'חמור זה' האם מהני שיתחייב להשכירו לו כשיגיע לרשותו או לא.

סעיף ג

השוכר בית מחבירו וטוען ששכרו על תנאי שיכניס עמו דיורין אחרים, והמשכיר מכחיש, ישבע המשכיר שלא התנה כן. והוא הדין לכל טענות שביניהם (ועיין לעיל סימן שי"ב סעיף י"ו ולקמן סימן שי"ו סעיף ב').

קרקע בחזקת בעליה עומדת.

סעיף ד

ראובן שכר נער לשמשו, ואמר לו שמעון לסמוך עליו לשלם לו כל מה שיפסיד בהיות הנער בביתו, אף על פי שלא היה קנין בדבר, חייב, כי כל תנאי שכירות אינו צריך קנין.

מדוע שמעון מתחייב הרי הוא כלל אינו צד בעסק?! קצות – יש כאן ט"ס וצ"ל 'ראובן שכר נער משמעון' וכן הוא להדיא בתשובת הרא"ש שהיא מקור הדין. והחידוש הוא שתנאי שכירות א"צ קנין, כי כל מה שהתנו ביניהם בע"פ – הם מתחייבים בו בשעת משיכה. נתיבות – חיובו של שמעון מדין ערב בשעת מתן מעות.

כל מה שאדם מתחייב בשכירות, אפי' בע"פ ובלא קנין – צריך לקיים כל זמן שהנשכר עשה מלאכתו; סמ"ע בשם הריב"ש.

סימן שטז

המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכירו לאחרים, ובו ג' סעיפים.

סעיף א

המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר, משכיר עד סוף זמנו, והוא שלא יהיה מנין בני בית האחד יותר מבני ביתו. ואם אמר לו המשכיר: למה תטרח ותשכיר בתי לאחרים אם לא תרצה לעמוד בו צא והניחו ואני פוטר אותך משכירותו, שומעין לו. הגה: וע"ל סי' ש"ב ס"ז. ואם השוכר רוצה לצאת מן הבית ולהניחו כך בלא דיורין, ורוצה לשלם למשכיר, יכול המשכיר להשכירו לאחרים, דביתא מיתבא יתיב ושאייה יוכת שער (ישעיה כד, כב), (מרדכי פ' חזקת).

מי שנתן ביתו לאחר או השכירו, ושייר כח לעצמו שכשירצה יכול לדור עם המקבל מתנה או השוכר בבית, יכול למכור כחו לאחר, ובלבד שלא יהו בני ביתו מרובים (תשובת רשב"א אלף קמ"ה). ויש מחלקים בין אם שייר לעצמו חלק מסויים כגון חצי הבית, אז יוכל למכור לאחר, אבל אם שייר לעצמו חלק שאינו מסויים כגון, דיכול לסלקו, אינו יכול למכור או להשכיר זכותו לאחר (ריב"ש סימן רנ"ז). מי שנותן לאחר דירה בביתו ואין המקבל צריך לאותה דירה, נ"ל דיכול להשכירו או למכור לאחר שבני ביתו אין מרובים ממנו, דלא גרע כח המקבל מתנה מכח המשייר לעצמו, דנותן בעין יפה נותן. ועיין לעיל סימן קנ"ד סעיף כ"ח.

1. המשכיר בית לזמן קצוב – השוכר יכול להשכירו לאחר עד תום אותו הזמן, והוא שלא יהיה מנין בני ביתו של השני גדול משל הראשון. הרמב"ם חידש דין זה, ונלמד מהדין של השוכר ספינה (שיא, ו) שאם פרקה בחצי הדרך יכול להשכיר לאחר ואין לו עליו אלא תרעומת, והכא אפי' תרעומת אין לו דשאני התם שבעל הספינה נמצא עם השוכר יחד, משא"כ כאן שהשוכר גר בה לבדו; כ"כ ה"ה. ורק במטלטלי אמרינן אין השוכר רשאי להשכיר, דשמא יבריחם משא"כ במקרקעי.

2. כאשר רוצה השוכר להשכירו לאחרים, יכול המשכיר לומר לו 'צא ואני פוטרך מדמי השכירות, ואל תשכירנו לאחרים'; משום 'אל תמנע טוב מבעליו'. אמנם, אם השוכר רוצה להשכירו ביותר ממה ששכר – אין יכול למנוע ממנו אא"כ יתן לו את דמי התוספת, דבכה"ג לא שייך טעם זה; פת"ש בשם הפרישה. כמו כן כתב שם בשם הרדב"ז שאם כבר השכיר השוכר לאחר, אע"פ שעדיין לא נכנס בו – אין יכול המשכיר לומר לו כן, אא"כ מצויים הרבה דירות לשוכר שיוכל לשכרם, דבכה"ג אם לא נכנס עדיין השני לבית – שומעין למשכיר.

3. כאשר השוכר יוצא מהבית באמצע התקופה, ואינו מוצא להשכירו לאחרים – צריך לשלם את כל השכירות. האם מנכה לו מהשכירות כפועל בטל? קצות – לא. נתיבות – כן. דעת הקצות (א) דלא אמרינן שמנכה כפועל בטל אלא היכא שהוא מבטל את השכירות מחמת אונס, כמו בפועלים שמצאו שדה לחה, וכן בספינה שפרקה בחצי הדרך, שזה מצוי שמוכר את כל הסחורה באמצע, וע"ד כן נשכר לו, או שמת השוכר וכדו'. אם השוכר קנה בית, או בנה או ירש וכדו' – אין זה אונס, וחייב לשלם כל שכירותו. ועוד כיון ש'ביתא מיתבא יתיב ושאייה יוכת שער', אדרבא עדיף לו שיגורו בבית. אולם, בנתיבות (ב) בסופו מבואר שפשיטא לו שמנכה לו כפועל בטל, ומשמע שבכל ענין צריך לנכות לו, ואע"פ שלא ביטל את השכירות מחמת אונס.

ועיין בפתי"ש בסימן שיב, ז בשם שער המשפט שכתב ששוכר שיוצא מהבית קודם הזמן, אע"פ שאין המשכיר מוצא להשכיר לאחרים – אינו חייב לשלם אלא בדיני שמים, דהוי גרמא. ובפתי"ש שם כתב שלדידיה לא נראה לו כמותו. ומבואר כאן בקצות להדיא להיפך! וטעמו נראה דאין חיובו מדין 'גרמא' אלא מחמת השכירות, דכיון ששכר את הבית והתחייב לדור בו כל אותה התקופה – חייב לשלם לו. אמנם, לא דמי ממש, דהכא מסבר שאף שער המשפט יודה, דכיון ששכרו לזמן קצוב – ודאי שחייב לשלם עד תום הזמן. אך התם שאני דמיירי כששכרו בסתם, אלא שיש עליו חיוב להודיעו לי יום קודם, ומבין בשער המשפט שההסכם אינו מחייב אותו, ורק מחמת הנזק חייב להודיעו, וממילא סובר שאם לא הודיעו הוי גרמא. אולם, הקצות כאן מדמה זאת לדין שם, ונראה שהבין שאף בשוכר בסתם שלא קצב זמן, אך מכיון שיכול להגרם לבעה"ב הפסד אם לא יודיענו לי יום קודם – א"כ השכירות עצמה מחייבת אותו עוד לי יום, והרי זה כאילו השכירות לא נגמרה, ולכן חייב לשלם מדין שכירות ולא מדין נזיקין.

4. אם השוכר יוצא מהבית באמצע החוזה ורוצה להשאירו ריק, יכול המשכיר להשכירו לאחרים בעל כרחו, כיון ש'ביתא מיתבא יתיב ושאייה יוכת שער'; רמ"א בשם המרדכי.

האם מקזז את הכסף שמקבל מהשכירות מדמי החוב של השוכר הראשון?

סמ"ע: אם השוכר הקדים כל שכרו – אין המשכיר צריך להחזיר לו. אך השוכר עדיין לא שילם – מקזז את דמי השכירות שקיבל עבור הדירה מהחוב שנותר לו.

קצות – בכל ענין מקזז את דמי השכירות שמקבל מהחוב, דכיון ששכירות ממכר ליומיה היא הרי היא שייכת לשוכר הראשון ואין המשכיר יכול לעשות סחורה בפרתו של חברו.

נתיבות: באופנים שהיה מותר לשוכר להשכיר לאחרים (אם היה רוצה) – מקזז המשכיר את דמי השכירות מהחוב. אך באופן שהיה אסור לשוכר להשכיר – דמי השכירות שייכים למשכיר, ואין הוא צריך לקזז עבורם מהחוב של השוכר הראשון.

ברית אברהם: כסמ"ע, וביאר הטעם מפני שבהקדים לו כל שכרו הרי נתרצה שיהיה השכר של המשכיר בכל ענין ואפי' באונס, ולכן אין לו שום שייכות למה שמשכיר המשכיר לאחרים. אולם, כאשר לא הקדים שכרו, היה על בעה"ב להתנות שאם השוכר יצא הפסיד, ומדלא התנה הרי זכה השוכר בכל השכירות עד תום התקופה, וצריך לקזז לו מהשכר.

נתיבות (סי' ש"ב בסופו) **בשם המחנ"א:** כשהקדים שכרו ונתנו לו בשעת הקנין – הרי זה כמכירה גמורה, וממילא כל האונסים על השוכר, וממילא נראה שה"ה גם השכר הולך אליו כקצות. אך אם לא הקדים שכרו בשעה ראשונה, אפי' שילם לו כל שכרו לאחר מכן – הרי זה כהתחייבות ושעבוד להעמיד לו את הדירה, ובכה"ג כיון שהשוכר הולך – יכול המשכיר להשכירו לאחרים והשכר שלו; כנ"ל.

5. הנותן או משכיר ביתו לאחר ושייר לעצמו כח זכות בו, האם יכול למכרו לאחר?

אם שייר חלק מסוים, כגון חצי הבית וכדו' – לכו"ע יכול למכרו לאחר.

אם שייר חלק שאינו מסוים, כגון שיש לו זכות לסלקו או לדור בו ולא שייר מקום מסוים – י"א שיכול; רמ"א בשם הרשב"א ומהר"י וייל. י"א שאינו יכול; רמ"א בשם הריב"ש והרמב"ן.

6. המשכיר ביתו ואמר לו בתוך הזמן 'צא מהבית והיפטר' ולא יצא – יכול המשכיר לחזור בו, קצות בשם המהר"יט, שאף באומר 'קרע כסותי והיפטר' יכול לחזור בו קודם שקרע. עוד כתב ע"פ דברי הריב"ש שאין השוכר יכול למחול למשכיר על השכירות, אלא צריך לעשות קנין כדי לבטל השכירות. א"כ מחילה של המשכיר על החוב של השוכר, אינה מהווה קנין כסף כדי לקנות ממנו בחזרה את שכירות הבית, ורק אם יקנה השוכר במפורש את השכירות תמורת הנאת מחילת החוב – יועיל בתור קנין כסף. אך סתם מחילת חוב – לא מהני. (הקצות לשיטתו שכל שכירות בית היא קנין גמור – גוף לפירות – בנכס המושכר).

7. הנותן לאחר דירה בביתו, האם יכול המקבל להשכירה או למכרה לאחרים? רמ"א, נתיבות – כן. סמ"ע, מהרש"ל, ט"ז – לא. הרמ"א כתב שיכול א"כ בני ביתו של האחר מרובים, והטעם מפני שהנותן בעין יפה נותן כמו המשייר, וכמו שהמשייר לעצמו חלק יכול למכרו או להשכירו ה"ה הכא. הסמ"ע האריך להקשות שמצאנו מקומות בהם מוכח שאדם משייר לעצמו בעין יפה יותר ממה שהוא נותן (כגון במוכר ב' אילנות שלא מכר הקרקע, אך בשייר כן. וכן במוכר דקל ושייר פירות אמרינן ששייר גוף לפירות, משא"כ בנותן פירות). ומאידך מצאנו מקומות בהם נותן בעין יפה יותר מהמשייר (כגון מוכר בור ודות שמכר גם דרך, אך משייר בור ודות – לא שייר דרך). וכתב לבאר ע"פ התוס' שכל היכא דנחית לשייר לעצמו דבר מסוים – אמרינן ששייר לעצמו בעין יפה את כל הדרוש לו, ולכן במשייר אילנות ופירות וכו' אמרינן שבעין יפה יותר מהנותן. אך במקום שאינו משייר בפירוש, אלא שממילא השתיירו לו דברים, אדרבא אמרינן שהנתינה הייתה בעין יפה וממילא נשתייר לו פחות. ולכן כשנתן לאחר בית, ואין בכללו הבור והדות אלא הם נשארו לו, כיון שלא שייר לעצמו אותם בפירוש, אמרינן שלא נשאר לו הדרך, אלא אדרבא הדרך היא חלק מהבית.

ממילא ע"פ זה דחה ראיית הרמ"א, וכתב שפשוט שאם שייר לעצמו זכות דירה בבית – הרי זו זכות גמורה שהוא יכול לעשות בה מה שהוא רוצה. אך כשנתן לאחר זכות דירה – לא אמרינן שנתן לו אלא הזכות לדור עמו, ולא להשכירה או למכרה לאחרים. שהרי אדרבא מבואר בסעיף הבא שיכול להקפיד ולומר עמך אני יכול לדור ולא עם אחרים! א"כ נתן לו בית בפני עצמו – שאז פשיטא שיכול לעשות בו מה שירצה. והביא שאף **המהרש"ל** דחה דברי הרמ"א ומטעם שיש לנו אומדנא שלא נתן אלא לו ולא לאחרים. **וכן הסכים הט"ז**, אלא שהוא בא מטעם אחר שממה נפשך דברי הרמ"א אינם נכונים: שאם מיירי שהקנה לו חלק מסוים בבית – א"כ פשיטא שיכול למכרו ולהשכירו, ולא עוד אלא שיכול להכניס בו אף אדם שבי"ב מרובים, שהרי זה מכר גמור. ואם מיירי כשנתן לו חלק שאינו מסוים, א"כ הרי הרמ"א הכריע כריב"ש, שבחלק שאינו מסוים אינו יכול למכרו או להשכירו לאחרים!;

הנתיבות כתב שלולי דברי הסמ"ע נראה לו שהעיקר כרמ"א, וטעמו שהכא על כרחך מיירי שהקנה לו את גוף הבית לדירה, שהרי דירת בית היא דבר שאין בו ממש (כמבואר בריב, א). וכיון שקנה את הגוף הרי הוא שלו לגמרי ויכול לעשות בו מה שהוא רוצה, ואע"פ שהוא מזיק לחברו, א"כ מזיקו בגירי דיליה. ולא אמרינן הכא שאינו יכול לרבות בדירון וכדו' אלא מפני שלא קנה קנין הגוף ואינו אלא שוכר, והשוכר אין לו אלא זכות להשתמש ואינו קנין, משא"כ

כשקנה קנין גמור בגוף הבית (הנתיבות לשיטתו ששכירות אינה ממכר, משא"כ הסמ"ע שהולך בשיטה ששכירות ממכר ליומא הוא, וא"כ מוכח שאף כשקונה גוף לפירותיו אינו יכול לעשות בו מה שהוא רוצה).

סעיף ב

שנים ששכרו בית בשותפות לדור בו יחד, אין אחד מהשותפין יכול להושיב אחר במקומו, אפילו יש לו דיורין פחותים ממנו, כי יכול לומר: אותך אני יכול לקבל אבל אחר איני יכול לקבל; ואינו יכול לכופו לחלוק, שהבית אינו שלהם, אלא שכור להם לזמן. (וע"ל סימן קע"א סעיף ט' ד"ש חולקין).

לגבי הדין שאינו יכול לכופו לחלוק, קשה שהרי בסימן קע"א, ט פסק להדיא שיכול לכופו על חלוקה אף בשכירות, כשיטת הרמב"ם, ולא כמו שפסק כאן כשיטת הרא"ש? ועיין שם שהבאנו את שיטות הראשונים בזה בפירוט.

הסמ"ע תירץ שהשו"ע מחלק בין חלוקה במחיצה לחלוקה בלא מחיצה, דהכא מיירי בבית שיש בו היזק ראייה ולכן כדי לחלוק צריך לעשות מחיצה, וממילא א"א לכופו לחלוק במחיצה שהרי הבית אינו שלהם (וכמו שכתב שם הטור שחלק על הרמב"ם). אולם, שם מיירי בגינה וחצר (דומיא דגינה) שאין בהם היזק ראייה, ולכן אפשר לכפות על חלוקה. **הש"ך (שם) חלק עליו ותירץ** שהכא מיירי שאין היזק ראייה, שהרי הם גרים יחד בבית, ולכן א"א לכפות על חלוקה. אולם, שם מיירי כשיש היזק ראייה ולכן פסק השו"ע שאפשר לכפות על חלוקה. ויוצא שעקרונית פסק כטעמו של הרא"ש, שאינו יכול לפרק השותפות ולומר לא נחא לי בה, כי מראש אדעתא דהכי נשתתפו, חוץ מבטענת היזק ראייה שבה אפשר לפרק את השותפות ולחלוק. **הט"ז שם כתב** באופן אחר, שעקרונית אפשר לכפות על חלוקה כרמב"ם, אלא שכאן כתב שא"א לכופו לחלוק היינו להוציא הוצאות על החלוקה, שבה אמרין שאדעתא דהכי נשתתפו שלא יוכל להכריח אותו להוציא הוצאות על החלוקה.

סעיף ג

ראובן משכן ביתו לזמן, והתנה שאחר הזמן יהיה רשות (בידו) לדור בו הוא וסיעתו, או למשכן או להשכיר למי שירצה יש מי שאומר שאפילו בלא תנאי רשאי להשכיר או למשכן (למי שבני ביתו אין מרובין), ומפני התנאי רשאי להשכיר ולמשכן אפילו למי שיש סיעה גדולה מסיעתו.

דין זה הוא מתשובת הרשב"א, שנשאל על ראובן שמשכן עלייתו לשמעון לזמן בנכיתא, והתנה עמו שלאחר הזמן יהיה רשות בידו לתבוע חובו, או לדור בו או למשכנו או להשכירו למי שירצה. ופסק שכיון שאף בלא התנאי יכל להשכיר או למשכנה לאחר שבני ביתו אינם מרובים, ממילא אמרין שהתנאי לטפויי אתי ויכול להשכירו אף למי שבני ביתו מרובים.

הסמ"ע הוסיף שמבואר שם שאף אם ראובן מת והניח יתומים קטנים שאין גובין מהם, אך כיון שהוא כבר ממושכן בידו מחיי אביהם, אין מוציאין מידו זכות זאת, ויכול להשכירה אף לאחר מותו. והשו"ע השמיטו כיון שהוא פשוט.

סימן שיז

אמר השוכר: פרעתי שכר הבית, והמשכיר אומר: לא פרעת, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

השוכר שאמר: נתתי שכר הבית שנתחייבתי בו, והמשכיר אומר: עדיין לא נטלתי, בין שהיתה בשטר [או בעדים] בין שהיתה בלא עדים, אם תבעו בתוך (זמן השכירות כגון ששכרו) ל' יום (ותבעו תוך ל') (טור), על השוכר להביא ראיה, או יתן ויחרים על מי שלקח ממנו שלא כדין, או יטעון עליו בדמים שנתן תחלה טענה בפני עצמה וישביענו היסת. ואם תבעו המשכיר לאחר שלשים יום, אפילו ביום ל', על המשכיר להביא ראיה, או ישבע השוכר שכבר נתן לו שכר, ויפטר. וכן אם שכר ממנו שיתן לו השכר שנה בשנה, ותבעו בתוך השנה, על השוכר להביא ראיה; תבעו לאחר השנה, ואפילו ביום אחרון של השנה, על המשכיר להביא ראיה (ועיין לעיל סימן ע"ח סעיף ג').

1. מה הדין כשהשוכר אומר ששילם השכירות והמשכיר אומר שלא שילם?

א. אם תבעו בתוך זמנו – נאמן המשכיר, וצריך השוכר לשלם, או שיביא ראיה ששילם, דחוקה אין אדם פורע תוך זמנו. ויכול השוכר להחרים על מי שלקח ממנו שלא כדין, או שישביענו היסת לאחר שישלם ויתבענו ששילם לו פעמים.

הסמ"ע הקשה מדוע בהלואה אמרנו שיכול להשביעו היסת קודם שיפרענו והכא לא? ותירץ דבשכירות שאני שאין דרך כלל לפרוע בתוך זמנו. הש"ך דחה דבריו, וכתב שאף בהלואה אינו יכול להשביעו היסת קודם פרעון, וכ"כ הב"ח.

ב. אם תבעו לאחר זמנו, או ביום שנשלם בו זמנו – נאמן השוכר בשבועה, ועל המשכיר להביא ראיה שלא שילם לו.

ב"מ קב: "בעו מיניה מרבי ינאי: שוכר אמר נתתי, ומשכיר אמר לא נטלתי, על מי להביא ראיה? – אימת? אי בתוך זמנו – תנינא, אי לאחר זמנו – תנינא. דתנן: מת האב בתוך שלשים יום – בחזקת שלא נפדה עד שיביא ראיה שנפדה, לאחר שלשים יום – בחזקת שנפדה עד שיאמרו לו שלא נפדה. **לא צריכא, ביומא דמשלם זמניה. מי עביד איניש דפרע ביומא דמשלם זמניה, או לא?** אמר להו רבי יוחנן: תניתוה, שכיר בזמנו נשבע ונוטל. שכיר הוא דרמו רבנן שבועה עליה, משום דבעל הבית טרוד בפועליו. **אבל הכא – שוכר מהימן בשבועה.**"

2. אין חילוק אם השכירות היתה בע"פ או בשטר, בפני עדים או שלא בפני עדים. ולא דמי למלוה בשטר שאין הלוה נאמן לומר פרעתי בשום ענין, דשאני התם שהשטר נעשה כדי לגבות בו, וי' שטרך בידי מאי בעי'. משא"כ בשטר שכירות שלא נעשה בשביל הגביה, אלא כדי שהשוכר לא יחזיק בנכס על המשכיר, וכן כדי שלא יוכל המשכיר להוציא לשוכר מהנכס.

3. מצבים בהם אף בשכירות אינו נאמן לומר פרעתי: א. אם כתוב בשטר נאמנות. ב. אם עשו שטר נוסף על דמי השכירות, כ"כ הנמוק"י והביאורו הסמ"ע והש"ך. בסמ"ע ובדרכי משה משמע דבעינן תריוהו, אך הש"ך כתב שמוכח בנמוק"י שהוא מקור הדין שבהד"ס מינייהו סגי, והוא ט"ס בדרכ"מ ובסמ"ע.

4. מה הדין בסתם שכירות? מלשון השו"ע משמע שאף בסתם שכירות אמרינן שאינו נאמן, אולם מדברי הרמ"א משמע שדין זה לא נאמר אלא בקובע זמן לשכירות, שהוסיף על דברי השו"ע כגון ששכרו ל' יום. **הקשה הש"ך** הרי בסתם הלוהה שיטת השו"ע שלא אמרינן 'חזקה אפתי'ז' אלא בקובע לו זמן? וכתב שאפשר לחלק בין סתם הלוהה לסתם שכירות אך נשאר בצ"ע. **הקצות ביאר** שדעת השו"ע לחלק בין סתם הלוהה לסתם שכירות, מפני הכל הולך אחר המנהג, ובסתם הלוהה יכול להיות לפעמים שאנשים פורעים בתוך הזמן, משא"כ בסתם שכירות שאין דרך כלל לפרוע בתוך הזמן. **והנתיבות בסי' עח** ביאר שבשכירות כיון שאינה משתלמת אלא לבסוף א"כ לא נוצר חוב כלל קודם שהסתיימה תקופת השכירות, ולכן אינו נאמן לומר שפרע. משא"כ בהלוהה שהחוב נוצר מיד, וכיון שלא קבע לו זמן נאמן לומר שפרעו מיד.

5. מה הדין ביומא דמשלם זמניה בבוקר? שיטת הסמ"ע שנאמן לומר פרעתי עכשיו, אך אינו נאמן לומר 'פרעתי בתוך הזמן', וטעמו שפרעתי בתוך הזמן בעינן מיגו, וביום שנשלם הזמן בבוקר אין לו מיגו דהוי מיגו דהעזה לומר פרעתי עכשיו. אולם כשטוען פרעתי עכשיו ושכחת מחמת טרדתך נאמן בלא מיגו, ומשום דעביד איניש דפרע ביומא דמשלם זמניה. אך בסוף היום נאמן אף לומר פרעתי בתוך הזמן במיגו דפרעתי היום בבוקר ושכחת, דלא הוי העזה. וכ"כ בסימן עח. אולם, מדברי השו"ע שם משמע שאינו נאמן כלל לומר פרעתי היום ביומא דמשלם זמניה, אלא כשבא בסוף היום ועי"ש.

6. אם השכיר בסתם, וקצב לכל שנה מחיר – לאחר שעוברת שנה הרי זה נקרא לאחר זמנו של שנה ראשונה, ונאמן לומר שפרעה. וה"ה כשהשכיר בסתם במחיר מסוים לכל חודש, לאחר שמסתיים חודש מקרי לאחר זמנו של אותו חודש, ונאמן לומר שפרעו; קצות, וכן מוכח בנתיבות בס"ס ב.

סעיף ב

המשכיר בית לחבירו, בשטר, לעשרה שנים, ואין בו זמן, השוכר אומר: עדיין לא עבר מזמן השטר אלא שנה, והמשכיר אומר: כבר עברו ושלמו שני השכירות ושכנת עשרה שנים, על השוכר להביא ראיה, ואם לא הביא ראיה, ישבע המשכיר היסת ויוציאו. (וה"ה בשאר טענות שביניהן) (מרדכי ס"פ השואל).

ב"מ קג. "אמר רבא אמר רב נחמן: האי מאן דאוגר ליה ביתא לחבריה לעשר שנים, וכתב ליה שטרא, ואמר ליה: נקיטת חמש שנים - מהימן. אמר ליה רב אחא מדפתי לרבינא: אלא מעתה אוזפיה מאה זוזי בשטרא, ואמר ליה פרעתיך פלגא - הכי נמי דמהימן? - אמר ליה: הכי השתא? התם - שטר לגוביינא קאי, אם איתא דפרעה - איבעי ליה למכתבא אגביה, אי נמי מיכתב עליה תברא. אבל הכא, אמר ליה: האי דכתיבי לך שטרא - כי היכי דלא תחזק עליה".

וה"ה בשאר טענות שביניהם, כגון אם חלוקים בשאלה כמה קצץ לו עבור השכירות, או שהמשכיר אומר שלא השכיר וכדו' דכיון שקרקע בחזקת בעליה עומדת – על המשכיר להביא ראיה.

ומיהו י"א דאם הוא לאחר זמן השכירות, שיכול לומר: פרעתי או: לא שכרתי מעולם, ונפל טענה בין המשכיר והשוכר, אף על פי שקרקע בחזקת בעליה עומדת, השוכר נאמן במיגו (נימוקי יוסף פרק השואל והמקבל).

לאחר שכלה זמן השכירות – השוכר נאמן במיגו; רמ"א בשם הנמוקי"י. וכתב הש"ך שכו"ע מודו לדין זה, ולא כמו שהבינו הרמ"א וקיצור פסקי המרדכי במרדכי. והאר"ך להוכיח שלכו"ע לאחר זמן השכירות שיצא השוכר מהקרקע, כיון שהדיון הוא רק על הממון – המשכיר נקרא מוציא, ועליו להביא ראיה. ואע"פ שראינו לעיל בס"י שיש שכאשר חלוקים על חודש העיבור, אע"פ שהמשכיר בא בסוף החודש לאחר שכבר אכלו השוכר, חשיב המשכיר מוחזק והשוכר מוציא, ואע"פ שהוא בא להוציא את הממון מיד השוכר, שהרי השוכר כבר לא דר בקרקע?! שאני התם שהספק נולד עוד קודם לכן, דכבר בשעה שהשכיר לו את הבית יש לנו ספק האם תפוס לשון ראשון או אחרון, ונמצא שהשימוש של השוכר בקרקע הוא תפיסה לאחר שנולד הספק, שהרי הוא לוקח ומשתמש בקרקע שאין זה ברור שהשכיר לו אותה לחודש זה, וכיון שכן – אין משמעות לתפיסה שלו, אא"כ הוא טוען טענת ברי שהמשכיר אמר לו במפורש שהוא משכיר לו גם את חודש העיבור, אבל בלאו הכי לא. משא"כ בנידון דידן, שהשוכר טוען ברי, והוא מוחזק בממונו, אין משמעות לכך שהמחלוקת ביניהם נובעת מחמת הדירה בקרקע, שהרי הוא טוען שהוא שילם את חובו למשכיר, וכיון שיש לו מיגו – פשיטא שנאמן. והוכיח מהרשב"א, והריב"ש, והעיטור שכ"כ להדיא שנאמן במיגו.

הנתיבות הסכים עם הש"ך, אלא שהעמיד דברי הרמ"א באופן אחר, שדבריו 'לאחר זמן השכירות' היינו שהשכיר לשנה למשך י' שנים, דכל שנה ושנה הוי זמן פרעון השכירות של השנה שעברה, ונאמן לומר פרעתי לאחר כל שנה. ומיירי כשבא לאחר ה' שנים והם חלוקים על השנים הבאות ועדיין לא שילם השוכר על ה' שנים: ד"א שכיון שיש לו מיגו שיכל לומר פרעתי ה' שנים, נאמן בטענתו על ה' השנים שנותרו. והמרדכי חולק וסובר שבכה"ג אינו נאמן דהוי מיגו מממון לממון (כיון שאין שום שייכות בין החוב של ה' השנים הקודמות, לה' השנים הבאות). ולא דמי למשכנתא שנאמן במיגו בכה"ג, כיון ששם המשכון הוי כקנוי לו והוי כאותו ממון.

סעיף ג

שטר השכירות או שטר המשכנתא שכתוב בו שנים סתם, בעל הפירות אומר: שלש, ובעל הקרקע אומר: שנים, וקדם זה השוכר או המלוה ואכל הפירות, הרי הפירות בחזקת אוכליהם, עד שיביא בעל הקרקע ראיה. ויש מי שאומר שאם יראה בית דין שלא יוכל השוכר או הממשכן לברר עוד דבריו, מוציאין מידו.

ב"מ קי. "ההוא שטרא דהוה כתיב ביה שנים סתמא, מלוה אמר: שלש, לוח אמר: שנים. קדים מלוה ואכלינהו לפירי. מי נאמן? רב יהודה אמר: קרקע בחזקת בעליה קיימא, רב כהנא אמר: פירות בחזקת אוכליהן קיימי. והלכתא כוותיה דרב כהנא, דאמר: פירות בחזקת אוכליהן. והא קיימא לן דהלכתא כוותיה דרב נחמן, דאמר: קרקע בחזקת בעליה עומדת?! התם מילתא דלא עבידא לאיגלווי היא, הכא מילתא דעבידא לאיגלווי היא, ואטרוחי בי דינא תרי זמני לא מטרחינן".

1. מה הדין כשכתוב בשטר במפורש את מנין השנים, אלא שמחולקים ממתי מתחילה תקופת השכירות? סמ"ע – מיקרי דבר שא"א לברר, דאין מוטל על העדים לזכור זאת. ב"ח – לעולם אין מוציאין ממנו, דהשוכר נאמן אצל שכרו. ש"ך – אותו דבר כמו כאן, שאם נראה לבי"ד שאיכא לברורי – אין מוציאין ממנו, ואם לא מוציאין.

2. אם יש לשוכר מיגו – אין מוציאין מידו, כגון שאכל את הפירות שלא בעדים, או שיכול לטעון לקוחים הם בידי. ואע"פ שהראה השטר בבי"ד, מ"מ הרי יכל לכבוש אותו בידו; ש"ך בשם הריב"ש. ולא שייך לומר מסייע שטרא למשכיר, שהרי אדרבא מכך ששתק והניחו לאכול פירות השנה הג' מוכח כדברי השוכר.

3. דווקא הכא שתפס ברשות, שהרי יכל המשכיר לעכב אותו ולא עכבו, אין מוציאין מידו במילתא דעבידא לאגלווי. אך כאשר תפס שלא ברשות – מוציאין מידו אע"פ שעבידא לאגלווי; ש"ך בשם הריטב"א.

4. מילתא דעבידא לאגלווי הכל לפי ראות בי"ד האם עשוי הדבר להתברר ע"י עדים או שמא העדים סיפרו הדבר לאחרים וכו'; ש"ך.

5. האם חוששים שמא הדבר יתברר ע"י המשכיר? סמ"ע – כן, וזו כוונת השו"ע באמרו 'הממשכן'. ש"ך – לא, רק ע"פ השוכר, ולמשכיר לא חיישינן שלא יבוא לברר לחובתו. ומה שכתב השו"ע הממשכן היינו המלוה שמשכן את נכסי הלוה, והרי זה ממש כעין השוכר.

6. כשראו בי"ד שהדבר אינו עשוי להתברר מוציאין מידו, ואע"פ שהוא טוען ברי. ואע"פ שבס"י שיב, טו לגבי חודש העיבור אמרין שמוציאין מידו רק בגלל שטוען שמא, אך אם היה טוען ברי היה נאמן? שאני הכא שידענו ע"פ עדים שאכל פירות השנה הג', וקרקע בחזקת בעליה והפירות הרי נצמחו מכח הקרקע. משא"כ שם שאם היה טוען ברי הוא בעצם אומר שאין כלל פירות לקרקע בחודש העיבור, שהרי הוא טוען ששכר לשנה ולא לחודשים, ונמצא שזה כאילו הם מתוכחים האם הוא אכל את הפירות שבכה"ג לא שייך לומר קרקע בחזקת בעליה עומדת; ש"ך (יא).

סעיף ד

אכלה השוכר או הממשכן שלש שנים, וכבש השטר ואמר: לחמש שנים יש לי פירות, ובעל הקרקע אמר: לשלש, אמר לו: הבא שטרך, ואמר: אבד, השוכר נאמן, שאילו רצה אמר: לקוחה היא בידי, שהרי אכלה שלש שנים. ודווקא שאין עדים שהיא מושכרת או ממושכנת בידו, וגם בעל הקרקע לא מיחה, הא לאו הכי אינו נאמן.

ב"מ קג. "מלוה אומר חמש, לוה אומר שלש. - אמר ליה: אייתי לי שטרך! - אמר ליה: שטרא אירכס לי. - אמר רב יהודה: מלוה נאמן, מגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי. אמר ליה רב פפא לרב אשי: רב זביד ורב עזריא לא סבירא להו הא דרב יהודה, מאי טעמא - האי שטרא כיון דלגובינא קאי - מיזהר זהיר ביה, ומיכבש הוא דכבשיה לשטריה. סבר: אוכלה תרתין שנין יתירתא. אמר ליה רבינא לרב אשי: אלא מעתה, האי משכנתא דסורא דכתבי הכי: במישלם שניא אלן תיפוק ארעא דא בלא כסף. היכא דכבשיה לשטר משכנתא ואמר לקוחה היא בידי, הכי נמי דמהימן? וכי מתקני רבנן מילתא דאתי בה [לידי] פסידא? - אמר ליה: התם תקינו ליה רבנן דמרי ארעא יהיב טסקא וכרי כריא. - ארעא דלית לה כריא ולא יהיב טסקא מאי? - אמר ליה: איבעי ליה למחויי. - לא אימחא מאי? - איהו הוא דאפסיד אנפשיה". והלכה כרב יהודה, ודווקא שאין עדין שירד לה בתורת שכירות או משכנתא, וכן שבעל הקרקע לא מיחה בו.

ועיין בסימן קנ מדינים אלו.

מסיכומי אריאל שטראוס הי"ו

סימן שיח

השוכר רחים מחבירו ושוב לא נצטרך, ובו סעיף אחד.

סעיף א

השוכר רחים מחבירו שיטחן לו עשרים סאה בכל חדש בשכרו, והעשיר בעל הרחים והרי אינו צריך לטחון שם, אם יש לשוכר חטים שצריך לטחון לעצמו או לאחרים, כופין אותו ליתן דמי טחינת עשרים סאה, שזו מדת סדום היא. ואם אין לו, יכול לומר: אין לי דמים והריני טוחן לך כמו ששכרתי, ואם אין אתה צריך, מכור לאחרים.

כתובות קג. איתא: "ההוא גברא דאוגר ליה ריחיא לחבריה לטחינה (לא התנה שוכר לשלם מעות אלא לטחון למזונות ביתו בשכרו), לסוף איעתר (משכיר) זבין ריחיא וחמרא (לטחון בה מזונות ביתו), אמר ליה: עד האידנא הוה טחיננא גבך, השתא הב לי אגרא, א"ל: מיטחן טחיננא לך; סבר רבינא למימר, היינו מתניתין: לא יאמרו שניהם הרי אנו זנין אותה כאחד, אלא אחד זנה ואחד נותן לה דמי מזונות (ולא אמרין שניהם יתנו לה מזונות ואע"פ שלא פסק לה דמים מתחלה אלא מזונות חייבוהו לתת דמיהם כשיש לה מזונות ממקום אחר ה"נ אע"פ שלא פסק אלא טחינה עכשיו שאינו צריך יתן דמים), א"ל רב עזירא: מי דמי? התם חד כריסא אית לה, תרתני כריסתא לית לה, הכא מצי א"ל טחון וזבין (באותה שלקחת), טחון ואותיב (למזונותיך באותה שאצל). ולא אמרן (דלא יהיב דמי) אלא דלית ליה טחינא לריחיא (שאין שוכר מוצא לטחון בשכר כל שעה לפיכך אומר לו אני יושב בטל אטחון לך ולא אתן דמים), אבל אית ליה טחינא לריחיא (כל זמן שמוצא לטחון טוחן בשכר ונותן לזה דמים), כגון זו כופין אותו על מדת סדום (כשזה נהנה וזה לא חסר לא היו עושין טובה. וכאן מה לו לטחון עבור בעה"ב או עבור אחרים ויקבל מהם כסף ויתן למשכיר)". ופסקוהו **טוש"ע**.

תוס' הקשו שכיון שהעמידוהו בלא נמצא למשכיר טחינה בשכר, מדוע נצרך המשכיר לומר "טחון וזבין טחון ואותיב", אפילו אם המשכיר לא ימצא למי לטחון ולמכור והוי כחד כריסא עדיין אין זה דומה למשנה שבה אין הפסד לבעל כשנותן דמים שמ"מ חייב לתת מזונות או דמיהם אבל לשוכר יש הפסד אם ייתן דמים שהרי אינו מוצא לטחון וצריך לפרוע מכיסו. ותרצו שבאמת בכל מקרה השוכר פטור מלתת מכיסו, אלא שכיון שלמשכיר יש הפסד יכול היה לבטל השכירות קודם הזמן ולא יוכל השוכר לעכב הריחיים עד סוף הזמן, ולכן נאמר שיכול השוכר לומר "טחון וזבין טחון ואותיב" ולכן לך אין הפסד אם תניח הריחיים אצלי אבל אם תחזור בך לי יש הפסד. **הטור** כתב ע"פ זה **שר"י** סבר שבמקרה שהמשכיר גם אינו מוצא לטחון יכול הוא לחזור בו מהשכירות אם אין השוכר רוצה לתת לו דמים. הסביר **הפרישה** שהכוונה שאינו מוצא אף לטחון ולמכור, ולא הדגיש זאת כי מסתמא כמו שהשוכר אינו מוצא לטחון שבאותה עיר גרים הן מצד חסרון התבואה או הקונים או שאין לו דמים.

הרא"ש חלק, שפשוט שאף אם לא ימצא המשכיר לטחון ולמכור ויהיה לו הפסד לא יוכל לחזור בו בתוך הזמן ששכירות ממכר הוא ליומו כדאיתא ב"מ נו. ומי הזיקו לקנות ריחיים ויפסיד השוכר, והואיל ויש הפסד לשניהם יותר ראוי שיפסיד המשכיר ותתקיים שכירות הריחיים עד זמנו. "טחון וזבין טחון ואותיב" זו לשון יתרה לחזק לדבר, לא מיבעיא שגם בלא זה אינו דומה למשנה כי יש הפסד לשוכר כשנותן דמים ועוד אם גם אתה לא מוצא לטחון בשכר אתה עשיר ויש לך מעות לקנות חטים ולמכור קמח.

השו"ע העתיק לשון **הרמב"ם** שאם אין לשוכר למי למכור יכול לומר אין לי דמים והרי טוחן לך כמו ששכרתי ואם אין אתה צריך מכור לאחרים.

הסמ"ע תמה על השו"ע והרמ"א שלא העירו דבר לגבי המח', ואדרבה מנתינת הטעם "אם אין אתה צריך מכור לאחרים" משמע שבמקום שאין יכול למכור ולא יכול השוכר לומר לו כך צריך לתת לו דמי הטחינה, וזה אינו לכו"ע, וגם לחזור לקחת ממנו הריחיים נראה שהלכה כרא"ש וטור שאינו יכול עד הסוף הזמן שטעמם ברור. ונראה שהרמב"ם כתב דין זה לפי דרך העולם, או שגרסתו ופירושו בגמ' כך היה, שלא מדובר שהמשכיר קנה ריחיים אחרים אלא העשיר ותו לא נתן לטחון בריחיים רק קונה לחמו המצוי מפלטר השוק וסבר שאם אין לשוכר חטים לטחון ולתת למשכיר דמיו יאמר למשכיר קיים תנאך לטחון אצלי או מכור זכותך לאחרים, ואין הכוונה קנה חטים ואטחנם לך ומכור הקמח לאחרים. וסבר שטענה זו מצויה לעולם ונוכחת היא, לכן אין שייך שהמשכיר יחזור בו משכירתו וגם אין בכך טעם כיון ששכיח שימצא אחרים להעמידם במקומו ולמה יפסיד לנפשו, וסבר ג"כ והגמ' שאמרה טחון וזבין טחון ואותיב לאו דווקא אמרה אלא חד מינייהו נקט. ובזה יתיישב קיצור לשון הרמב"ם ועניינו.

הט"ז הקשה על תוס' שפשוט שאם העיכוב מצד המשכיר אין יכול לבטל השכירות שכבר זכה בה השוכר. ונראה לדקדק שהגמ' האריכה שהעשיר וקנה לו ריחיים וחמור, כי העשירים לא הספיק להם כמות טחינת ריחיים של אדם ביד, או שאין הקמח נטחן יפה כמו הנטחן ע"י בהמות, נמצא שמשעשעיר הוצרך לריחיים של חמור וממילא בטלה השכירות כמה שאמרו ביבמות צז. "והלכתא זבין ולא איצטרך ליה זוזי הדרא זביני" וכבסימן ר"ז ג, וה"נ, כיון שהעשיר והוצרך בע"כ לריחיים של חמור בטל השכירות, כיון שגילה מתחילה דעתו שלצורך מזונותיו יטחון לו הוה ממש כההיא שזכרנו, לכן נצרך לומר שהמשכיר יכול למכור מה שיטחן לו זה ע"כ לא בטיל השכירות. והרא"ש לא נחית לזה ופירש הפשט שבלא צורך והכרח קנה לו ריחיים שניים, ולכן יפה כתב שאין השכירות בטלה, וכן הטור שכתב "וקנה ריחיים" משמע

כראשונים, ואין מחלוקת לדינא. ועפ"ז נראה לפרש גם דברי הרמב"ם "אם אין אתה צריך מכור לאחרים", שמשמע שבה תלוי הדבר, וזה ודאי אינו שאין לשוכר לחוש מה יעשה משכיר בקמח כיון שהוא גרם להפסד, ולדברנו אתי שפיר, שלשונו "והעשיר בעל הרחיים בענין שאין צריך" כו', ור"ל בזה שבלא פשיעתו בא לו זה שא"צ, אלא ממילא בא ע"י עשירות וכנ"ל, נמצא שיכל לבטל השכירות וכתוס' אי לאו שיכול המשכיר למוכרו לאחרים, ואע"ג שלא הזכיר הרמב"ם ביטול השכירות, מ"מ נתכוין לזה במ"ש "כמו ששכרתיה ואם אין אתה" כו'. ולכן לא הביא השו"ע מח' בין הרמב"ם לרא"ש וכן נראה לדינא. וכן הסכים **ערוך השולחן** בהסברת התוס'.

סיכום: לסמ"ע יש שלוש שיטות: (1) ר"י- אם משכיר גם לא יכול למכור יכול לבטל ההשכרה. (2) רא"ש וטור- לא יכול לבטלה בשום פנים וכלום לא משתנה. (3) רמב"ם- משכיר צריך או לתת לו חיטים לטחון או למכור זכותו לאחרים [ולא קנה ריחיים]. ולט"ז אין מח' ותלוי אם עלה בדרגה באוכל שאז יכול לבטל המכירה אם לא מוצא למכור כתוס' ורמב"ם, אך אם לא עלה בדרגה אין יכול לבטל כרא"ש.

* **המרדכי** כתב שמי שפסק לזון חברו מספר שנים והלך למקום אחר צריך ליתן לו המקבל כפי מה שהיה נותן לו בביתו שהיינו הדין של בת אשתו שבמשנה.

מסיכומי אריאל שטראוס הי"ו

סימן שיט

מי שהטעה חבריו עד שהכניס פירותיו לביתו, ובו סעיף אחד.

סעיף א

מי שהכניס פירותיו לבית חבריו שלא מדעתו, או שהטעהו עד שהכניס פירותיו, והניחם והלך, יש לבעל הבית למכור לו מאותם הפירות כדי ליתן שכר הפועלים שמוציאין אותם ומשליכים אותם לשוק. ומדת חסידות הוא שיודיע לבית דין וישכירו במקצת דמיהם מקום, משום השבת אבידה לבעלים, אף על פי שלא עשה כהוגן. ויש אומרים דצריך להודיעו תחלה, ואם נאנסו לאחר שהודיעו, פטור (הרא"ש וטור).

ב"מ קא: איתא: "ההוא גברא דזבן ארבא דחמרא, לא אשכח דוכתא לאותוביה. אמר ליה לההיא איתתא: אית לך דוכתא לאוגרי? אמרה ליה: לא. אזל קדשה, יהבה ליה דוכתא לעייליה. אזל לביתה, כתב לה גיטא, שדר לה. אזלא איהי, אגרא שקולאי מיניה וביה (מן היין עצמו), אפיקתיה ואותביה בשבילא. אמר רב הונא בריה דרב יהושע: כאשר עשה כן יעשה לו, גמולו ישוב בראשו, לא מיבעיא חצר דלא קיימא לאגרא, אלא אפילו חצר דקיימא לאגרא אמרה ליה: לכו"ע - נחא לי לאוגרי ולך לא נחא לי, דדמית עלי כי אריא ארבא". וכ"פ הרמב"ם וטושו"ע.

קיימא לאגרא: הרמב"ם וטושו"ע כתבו שה"ה למכניס פירותיו לחצר חברו שלא מדעתו. רבינו ירוחם כתב שנראה מהרמב"ם שלא חילק בין קיימא לאגרא ובין לא קיימא לאגרא, ויש מי שכתב בחצר דלא קיימא לאגרא יש לו רשות להוציא כדאמר ר' עבד איניש דינא לנפשיה (ב"ק כז:), אבל בחצר דקיימא לאגרא לא אפילו הודיעו זולתי בדבר שעשה שלא כהוגן (כגון בהטעהו וכגמ').

הסמ"ע כתב שמשמע שלרא"ש וטור אף בלא קיימא לאגרא אע"פ שיכול לעשות דין לעצמו ולהוציאם מביתו אך אינו רשאי למכור מגוף הסחורה לשכור בדמיה פועלים, וגם לא רשאי להוציאם ולהניחם במקום הפקר שיופסד שם, ודווקא במקום שהטעה לבעה"ב שעשה שלא כהוגן אמרו שכאשר עשה כן יעשה לו.

הט"ז כתב שמקור הדימוי **מב"ק כח**. בברייתא "הממלא חצר חברו כדי יין משבר ויוצא משבר ונכנס", וזה שהעמידוהו במשבר להביא זכיותיו למי"ד לא עבד איניש וכו', אבל למי"ד עבד איניש כו' וכדקיי"ל, הוה הברייתא כפשוטה. ונראה שהרמב"ם מדבר כאן שצריך למקום שהפירות מונחים שהיו דומיא דממלא חצר חברו הנ"ל, אבל כשאנו צריך ה"ל זה נהנה וזה לא חסר, אלא שמ"מ אם הודיע שאינו מרוצה להיות נשכר לו ודאי הדין עמו. וגם הטור אפשר שמודה בזה שהרי הראיה ברורה, וכן נראה להלכה שכל זמן שצריך לאותו מקום א"צ להודיע כלל כב"ק, ולכן לא הזכיר הרמב"ם כלל הודעה לבעל הפירות.

הודעה: הרא"ש וטור כתבו שצריך להודיעו שהוציאוהו, ואם נאנס אחר שהודיעוהו פטור.

הרמב"ם כתב שמדת חסידות שיודיע לבי"ד וישכירו ממקצת דמיהן מקום משום השב אבידה לבעלים אע"פ שלא עשה כהוגן, והובא **בטור**. **הב"י** למד מזה שחולק על הרא"ש ולדבריו אף אם לא יודיעו יהיה פטור ולרמב"ם זו מידת חסידות ותימה בלשון הטור שלא משמע שהרמב"ם חולק. **השו"ע** פסק כרמב"ם, **והרמ"א** ציין שיש צריך להודיעו תחילה ואז אם יאנסו ייפטר.

הסמ"ע סבר שלא נחלקו, אלא שלרמב"ם מידת חסידות שלא להוציא מביתו להניח במקום הפקר אלא מודיע לבי"ד והם ישכירו פועלים להניחם במקום מוצנע, אבל לבעל הפירות אין צריך להודיעו אף ממידת חסידות שאז ודאי יכנס לתוך ביתו להוציאם, ובעה"ב לא נוח לו בזה שיכנס לביתו. ואם לא ירצה במידת חסידות אלא להתנעם ולהשליך בשוק מחויב להודיעו לבעל הפירות שיקח פירותיו מהשוק, שאז לא יכנס לביתו אלא למקום שפירותיו מונחים ואם לא הודיעו חייב באונס גם לרמב"ם. וזה הכוונה של דעת הרא"ש וטור שצריך להודיעו הכוונה שיבוא וייקח פירותיו מהשוק.

והרמ"א הבין שלרמב"ם ושו"ע מוציא ואח"כ מודיע לבי"ד שישכירו מקום שהרי לא כתב שישכיר ויוציאוהו, ועל זה חלקו הי"א שצריך להודיע תחילה קודם הוצאתו ולכן דקדק וכתב "תחילה". א"כ נחלקו מתי צריך להודיעו. וכן **הב"ח** כתב שודאי גם הרמב"ם ס"ל שצריך הודעה ואחרת אם נאנס חייב מדינא דגרמי ומזיק בידים, אלא שמדת חסידות שכתב היינו להודיע תחלה לבי"ד כדי שלא יצטרך להשליכו ששמא בין השלכה והודעה יגיע איזה אונס ויתחייב בדיני שמים ע"ש. ולכן הטור לא הביא כמח'. ואם אותו ששם הלך מיד מהעיר וא"א להודיעו חייב מדינא להודיע לבי"ד ולא מחסידות ואם ישליך יתחייב שמזיק בידים. **הגר"א** כתב שהרמ"א הבין כב"י שיש מח', ושע"פ הטור אין מח' וכפירוש הסמ"ע.

הט"ז כתב שלרמב"ם א"צ להודיעו כיון שלא עשה כהוגן, ומסתבר טעמו ומוכח מסוגיין שלא הוזכר שהודיעתו תחילה, ומוכח שלא הודיעתו, שאילו הודיעתו לא היה רב אסי צריך להביא קרא דגמולו ישוב גוי, שמי יכריח לשום אדם להיות נשכר שלא ברצונו כיון שמודיעו שאינו רוצה להיות נשכר לו, אלא ודאי מדובר שלא הודיעתו ולא היתה צריכה לאותו

מקום (עיין לעיל), ולכן הוצרך רב אסי לפוטרה מטעם שעשה שלא כהוגן, אבל באין צריך לאותו המקום אין רשות להוציאו עד שיודיענו תחילה (כדלעיל).

הקצות חלק על סמ"ע וב"ח שאפשר שהרמב"ם סבר שאין צריך הודעה כלל, שכן **בשיטמ"ק** בשם **הראב"ד** ובמיוחד **לריטב"א** כתבו כן שלכן הביאו מעשה זה כי הוצאתו מיד ולא הודיעה כלל ואע"ג שאמרו בכרכים צריך להודיע י"ב חודש וכו' כאן דשלא כדין עשה וברמאות כן יעשה לו. ומלשונם לא הודיעו כלל משמע שס"ל שלא צריך הודעה לא בתחלה ולא בסוף, וזה נראה גם דעת הרמב"ם וכב"י.

הפת"ש הסכים לדינא שאם הוציא בלי להודיע לבי"ד הוי מזיק בידיים וחייב לשלם אחר שישבע חברו כמה ניזק (אם שם אצלו חבילה סגורה). (וצ"ע מה שכתב בשמו ובשם החות יאיר, דאדרבה משמע הכא מהשו"ע והב"י שלא הוי מזיק, אלא רק מידת חסידות להודיעו, והיאך אפשר לחושבו לדיין שפטרו שם כטועה בדבר משנה, ולהוציא ממון כנגדם? ! וה' יאיר עינינו).

סיכום: (1) לדעת ב"י ט"ז וקצות נחלקו אם צריך להודיע או לא. (2) לדעת הסמ"ע ברמ"א והב"ח נחלקו אם צריך להודיע קודם שמוציא או אחרי. (3) לסמ"ע אין מח' ולכו"ע אחרי שמוציא חייב להודיעו והרמב"ם הוסיף שחסידות שלא יוציא לפני שיודיע לבי"ד ואם ירצו ישכירו מקום.

נהפך לשונאו אי מבטל שכירות: **הריטב"א** ו**הנמו"י** כתבו שמדובר דווקא שהאישה לא הסכימה להשכירו אלא משום שקידשה, אבל אם השכירתו קודם ואח"כ קידשה אינה יכולה לעשות כנ"ל וכי משכיר\משאיל בית לחברו לזמן ידוע כשאהבו ואח"כ רבו יכול להוציאו מהבית שהשכירו\השאילו!.

ע"פ זה פסק **הרמ"א** שאם התנה שמשכיר לו מפני שאוהבו ואח"כ נעשה שונאו יכול להוציאו. **הקצות** הקשה שכיון שלא התנה לפי דיני התנאים תנאי כפול וכד' איך מועיל מה שפירש מפני שהוא אוהבו, והמעשה קיים והתנאי בטל. וכ"כ **מהרי"ק**. ומהמעשה בגמ' לא קשה, דכיון שבתחילה סירבה ורק לאחר שקידשה נתרצתה הוי גילוי דעת גמור שאין צריך בזה דיני תנאי כלל וכמ"ש בתוס' ופוסקים, אבל זה שאומר בשעה שמשכירו מפני שהוא אוהבו אין בזה גילוי דעת כלל רק במה שאמר וכיון דלא כפליה לתנאיה ולא אמר כלל בלשון תנאי אין בזה לא משום גילוי דעת ולא משום תנאי. וכן אין בזה משום גילוי דעת כההיא דמכר על מנת לעלות לארץ ישראל, שהרי כתב שם הרא"ש שזה רק בקרקע ולא במטלטלין, ומטעם ש'אין אדם מוכר קרקעותיו שמתפרנס בהם'. א"כ בשכירות שסתם בתים עומדים להשכרה כמו שכתב הרמ"א בסי' שסג, לא מהני גילוי דעת כזה. **ומסיק הקצות** שקשה להוציא השוכר מן הבית תוך זמנו. והטור והשו"ע מיידי דווקא שלא רצה בתחילה ורק לאחר שהטעהו הסכים, דהוי גילוי דעת ואינו בדיון תנאי.

סימן שכא

המקבל בית השלחין ושדה האילן ויבשו, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

החוכר או המקבל שדה מחבירו, והוא בית השלחין או בית האילן, ויבש מעין בית השלחין ולא פסק הנהר הגדול, אלא אפשר להביא ממנו בדלי, או שנקצץ האילן של בית האילנות, אינו מנכה לו מחכירו. ואם מכת מדינה היא, כגון שיבש הנהר, מנכה לו מחכירו. הגה: אבל בקבלנות אינו מנכה לו כלום, אלא חולקין במה שנמצא כפי תנאם (המגיד פ' ח' דשכירות ונ"ר פ' המקבל). והא דאמרינן אם מכת מדינה הוא מנכה לו מן חכירו, הוא הדין בכל כיוצא בזה, דכל מקום שנפסד הענין לגמרי והוי מכת מדינה, מנכה לו משכירותו. ואם אפשר לתקנו על ידי טורח ותחבולות, אינו מנכה לו (מהר"ם פאדוואה סימן ל"ט). וכל מקום שמנכה לו אין חילוק במה שעבר או להבא. וכן פסק מהר"ם על מלמד שגזר המושל שלא ילמוד, דהוי מכת מדינה וכל ההפסד על בעל הבית (מרדכי פרק האומנין). ויש חולקין וסבירא להו דמכאן ולהבא בדין חזרה קאי, כמו דאמרינן לעיל סימן ש"י לענין השוכר חמור ומת, ואם לא חזר איהו דאפסיד אנפשיה ומחל (מהר"ם פאדוואה הנזכר לעיל). והסברא הראשונה נראה לי עיקר.

1. החוכר או מקבל השדה ויבש המעין או נקצץ האילן – אינו מנכה לו מחכירותו.

ב"מ קג: במשנה "המקבל שדה מחבירו והיא בית השלחין או בית האילן, יבש המעין ונקצץ האילן - אינו מנכה לו מן חכורו". ובגמ' מבואר שמייירי שלא יבש הנהר הגדול ולא הוי מכת מדינה, ואיבעי ליה לאתויי בדוולא מהנהר. (תוס' הקשו אמאי בעינן לטעם זה, הלא בלאו הכי אינו מנכה לו שהרי אין זה מכת מדינה!! ותירצו ב' תירוצים: א. מייירי אע"פ שיבשו כל האורים הקטנים שבשדות שמסביבו, ואע"פ כן אין זה מכת מדינה שהרי אפשר לטרוח ולהביא מהנהר הרחוק, ומכת מדינה זה רק כשא"א לתקן את הקלקול. ב. טעם זה נצרך למקבל בקבלנות ולא לחוכר, שאינו יכול לומר כיון שעל דעת כן לא קיבל עליו את המלאכה, וקמ"ל דאיבעי ליה לאתויי בדוולא.

2. אם יבש הנהר, והוי מכת מדינה:

אם הוא חוכר – מנכה לו מחכירותו.

אם הוא קבלן – אינו מנכה לו כלום, אלא חולקים במה שיש; כ"כ הרמ"א והוא דעת הנמו"י והרשב"א, לאפוקי מדעת התוס' והרא"ש.

גמ' שם "היכי דמי? אילימא דיבש נהרא רבה - אמאי אינו מנכה לו מן חכורו? נימא ליה: מכת מדינה היא!". דין מכת מדינה מבואר **במשנה קה**: "המקבל שדה מחבירו ואכלה חגב או נשדפה, אם מכת מדינה היא - מנכה לו מן חכורו, אם אינה מכת מדינה - אין מנכה לו מן חכורו". רש"י כתב שהמשנה איירי דווקא בחוכר, דמקבל אין נפק"מ אלא מה שישתתיר בשדה יחלקו ביניהם. ולכא"ו הוא הדין גם במשנה של יבש המעין, וכ"כ הנמוק"י בשם הרשב"א, וה"ה. אולם, התוס' בקג: כתבו שבדין של יבש המעין אין הבדל בין חכירות לקבלנות ובשניהם מנכה לו מחכורו, דכיון שאמר 'בית השלחין' ולא היה צריך לומר, ודאי שהיתה לו קפיда כל זמן שתהיה בית השלחין.

3. מדיני מכת מדינה:

א. כל מקום שנפסד הענין לגמרי ואי אפשר לתקנו – הוי מכת מדינה, ומנכה לו משכירותו. אולם, אם אפשר לתקנו באיזה אופן – לא הוי מכת מדינה; רמ"א בשם מהר"ם פאדוואה, וכן איתא בתוס' שהזכרנו לעיל בתירוצו הראשון.

ב. האם דין מכת מדינה הוא רק לגבי העבר או גם לגבי העתיד: רמ"א – אין חילוק. סמ"ע – רק על העבר, אך לגבי העתיד הרי הוא יכול לחזור בו ולבטל שכירותו, כמו השוכר חמור זה ומת שאין להעמיד חמור אחר בדמי הנבילה, שמשלם לו רק על מה שהשתמש והיתר מכאן מחזיר לו שכרו; כדעת המהר"ם פאדוואה.

ג. מלמד שמחמת מכת מדינה אינו יכול ללמד: רמ"א ע"פ המהר"ם – בעה"ב חייב לשלם לו כל שכרו של העבר ושל ההווה, ואינו יכול לחזור בו. סמ"ע – קשה, הרי לא מצאנו 'מכת מדינה' אלא בתור סברה להקל על השוכר ולא להיפך? ולכן או שהמע"ה, או שיחלוקו ויפסידו שניהם בשווה. והיותר נראה שהעיקר כדעת מהר"ם פאדוואה שעל מה שעבד ישלם לו, ומה שלא – הפסיד. וכן הסכים החת"ס לדינא. הנתיבות ביאר שרק במלמד פסק כן הרמ"א כן והטעם מפני שמלמד אינו מקבל אלא שכר שימור התינוקות

ולא שכר לימוד, והמושל גזר שלא ילמדו תורה, אך יכול לשמרם ונמצא שהמכת מדינה אינה כלל על מה שנשכר ולכן מגיע לו כל שכרו. אך בשאר דברים לא.

הרמ"א הביא שיש מח' האם דין 'מכת מדינה' נוגע רק על העבר, כשיטת **מהר"ם פאדוה**, ולא לגבי העתיד. או שמא אין חילוק וכתב שהעיקר **כמהר"ם** שאין חילוק. עוד הוסיף שלפי זה השוכר מלמד ואירעה מכת מדינה שמחמתה אינו יכול ללמד – חייב לשלם לו כל שכרו שפסק עמו, ואף על העתיד, שהרי זה מכת מדינה. **הסמ"ע הקשה** עליו וכתב שהעיקר כמהר"ם פאדוה, הסמ"ע האריך לבאר שדין 'מכת מדינה' אינו נוגע אלא להיזק שכבר נגרם, שבו אמרין שלא רק מזלו של השוכר גרם אלא גם של המשכיר וההפסד על שניהם בשווה, ולכן אמרין שימנכה לו מן חכורו. אולם, לגבי העתיד לא שייך לומר 'מכת מדינה', ובה לא שייך לדבר על 'ניכוי' מהשכר, אלא על 'חזרה' מהשכירות, וכמו שראינו לגבי שוכר חמור ומות ואינו יכול להעמיד לו אחר – שמשלם לו מה שנהנה בו את חצי הדרך, וחוזר בו מהמשך השכירות, והכא נמי כיון שנאנס והוי מכת מדינה – יכול בעה"ב לחזור בו מהמשך שכירות המלמד או החנות או כל דבר, וא"צ לשלם לו שכרו של העתיד. וכן הסכים **החת"ס** לדינא (הובא בפת"ש). וכן הסכים **הגר"א**. ותמהו שניהם על דברי המהר"ם שחייב לבעה"ב (שהוא השוכר) לשלם למשכיר (מלמד) כל שכרו! שהרי להדיא מפורש בסוגיא שהמשכיר את השדה מנכה לחוכר מן חכורו, היכא שהוא מכת מדינה, א"כ מכת מדינה זו סברא לפטור ולא לחייב!! (אמנם, המהר"ם כתב לחלק שדין זה נכון דווקא בחוכר שדה שהוא קרקע, דבכה"ג המשכיר עדיין שייך בקרקע ולכן אף הוא צריך להפסיד, ולכן ההפסד על שניהם, משא"כ בשוכר מטלטלין שכל ההפסד על השוכר. אך עדיין קשה שהרי בש"ס מצינו מכת מדינה רק בתור סברא לפטור ולא לחייב!! אמנם, היה מקום לומר שטעמו מפני שאפשר להתבונן על זה להיפך, שהמלמד הוא הפועל והוא הנשכר לבעה"ב, וכמו שמוכח במרדכי שהביא הרמ"א בסימן שלד, שהמשכיר של הבית נחשב כפועל שחייב להעמיד לשוכר דירה, ולכן כל אונס שקורה שלא באשמת אף אחד הרי הוא על בעה"ב, אך במכת מדינה – בעה"ב אינו מפסיד. וה"ה במלמד, המלמד הוא הפועל שצריך לדאוג ללמד לבן של בעה"ב, ולכן כל אונס שקורה הרי הוא על המלמד. אלא אם כן זה אונס שהוא מכת מדינה, שאז המלמד אינו מפסיד, שהרי הוא אומר לבעה"ב בכה"ג מזלך גרם ואתה חייב לשלם לי כל שכרי. וזה דומה ממש לחוכר שהוא הפועל, שכאשר יש מכת מדינה – מנכה לו מחכורו. אלא שכמובן קשה, שימנכה לו מחכורו שמענו, אך לא שמענו שמשלם לו עוד שכרו!! והכא בפועל בעה"ב צריך לשלם לו מכיסו אע"פ שלא למד עם בנו כלל!! וצ"ע). הנהיבות כתב שדינו של המהר"ם נאמר רק לגבי מלמד, ולא לגבי שאר דברים. ומה שהפנה הרמ"א בסי' שלד לכאן, שמשמע שבכל פועל הדין כן, לא התכוון אלא להפנות לדין שימנכה מדינה' שייכת גם לעתיד, אך לא לומר שבכל מכת מדינה חייב בעה"ב לשלם לפועל שכרו, שהרי מכת מדינה זו סיבה לומר שלא רק מזלך גרם אלא מזל שנינו, אך לא לומר שרק מזל (וכסמ"ע). אך במלמד כיון שאינו נוטל שכר על הלימוד, אלא על השימור (שהרי אסור לטול שכר על לימוד תורה) א"כ ה'מכת מדינה' לא מנעה ממנו לשמר אלא ללמד, ולכן מגיע לו שכרו משלם, שהרי הוא מזומן לעשות את מה שנשכר אליו, ואע"פ שדעת בעה"ב הייתה על הלימוד, בעה"ב הפסיד. (והחת"ס מילאן בחילוקו, וכתב שאדרבא לדין השכר הוא על פיסוק טעמים ולא שכר שימור). הסמ"ע רצה לדחוק שאף המהר"ם לא אמר שנותן לו 'כל שכרו' אלא רק נותן לו שכרו, דהיינו שאף בעה"ב מפסיד, כיון שהוא מכת מדינה. אך העירו האחרונים שאף בתשובת המהר"ם איתא להדיא הלשון 'כל שכרו', ואין זה חידוש של הרמ"א.

4. מעשה בא' ששכר בית לשנתיים, ובאמצע הזמן ברחו היהודים מהעיר מפני פיקוח נפש וברח גם הוא והניח ביתו ריקם, האם המשכיר צריך להחזיר לו חלק משכרו? מהר"ם – יחזיר חצי שכרו, קצות – המע"ה. המהר"ם כתב שצריך להחזיר שכרו כיון שזה מכת מדינה, אלא שמכיון שמיעוט העיר נשארו ולא ברחו, ושלא אם היה שוכר ממנו מישהו אחר לא היה בורח ולא היה נפסד – יחלקו ביניהם את ההפסד. ואין זה דומה לדין של מכת מדינה המבואר בסימן שכב שאם המכה ברוב המדינה הוי מכת מדינה, דשאני התם שהשדה שלו הוכתה, וכיון שפשתה המכה ברוב המדינה מיקרי מכת מדינה. משא"כ הכא שהדירה שלו לא הוכתה, אלא שהשוכר לקה וברח, ושלא אם היה שוכר אחר – לא היה בורח. והקצות הקשה א"כ מדוע יחלקו? ולכן הסיק שבכה"ג הדין הוא שהמע"ה ואם שילם כבר – אין המשכיר צריך להחזיר לו כלום, אך אם לא שילם – אינו צריך לשלם כלום (אלא מה שגר ונהנה).

דין זה מובא בקצות (א) בריש סימן שכב.

סעיף ב

היה עומד בתוך השדה, ואמר לו: בית השלחין זה אני משכיר לך בית האילן הזה אני משכיר לך, יבש המעין או נקצץ האילן מנכה לו מחכירו, שהרי הוא עומד בתוכה ולא אמר לו הזה אלא כמי שאומר: כמות שהיא עתה אני משכיר. הגה: ו"א דוקא שנקצצו האילנות שלא נשאר מטע עשרה לבית סאה, ויבש המעין כולו; אבל אם נשאר מטע עשרה לבית סאה, או שלא יבש המעין לגמרי, אינו מנכה לו (טור). לפיכך אם לא היה עומד בתוכה, ואמר ליה: בית השלחין אני משכיר לך, או: בית האילן, ויבש המעין או שנקצץ האילן, אינו מנכה לו מחכירו. הגה: ויש אומרים דוקא שאמר מחכיר לחוכר, אבל אם אמר חוכר למחכיר: בית השלחין אני חוכר ממך, מנכה לו אף על פי שאינו עומד בתוכה (טור בשם הרמ"ה והמגיד פרק ח' דשכירות ונימוקי יוסף פרק המקבל).

ב"ה יום ב' ט"ז אלול ה'תשע"ה

הלכות שכירות פועלים

סימן שלב

דין האומר לשלוחו: צא ושכור לי פועלים, ושכרן יותר ממה שאמר לו, ובו ו' סעיפים.

פתיחה

מקורו של הסימן הוא מהגמ' בב"מ (ע"ה: -עו.) המשנה אומרת "השוכר את האומנין והטעו זה את זה - אין להם זה על זה אלא תרעומת". ובגמ' "חזרו זה בזה לא קתני, אלא הטעו זה את זה דאטעו פועלים אהדדי. היכי דמי? דאמר ליה בעל הבית: זיל אוגר לי פועלים, ואזל איהו ואטעינהו. היכי דמי? אי דאמר ליה בעל הבית בארבעה, ואזיל איהו אמר להו בתלתא - תרעומת מאי עבידתיה? סבור וקביל! אי דאמר ליה בעל הבית בתלתא, ואזיל איהו אמר להו בארבעה, היכי דמי? אי דאמר להו שכרכם עלי - נתיב להו מדידה! דתניא: השוכר את הפועל לעשות בשלו, והראהו בשל חבירו - נותן לו שכרו משלם, וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שההנהו. - לא צריכא, דאמר להו שכרכם על בעל הבית. ולחזי פועלים היכי מיתגרי! - לא צריכא, דאיכא דמתגר בארבעה ואיכא דמתגר בתלתא. דאמרו ליה: אי לאו דאמרת לן בארבעה - טרחינן ומתגרינן בארבעה. איבעית אימא: הכא בבעל הבית עסקינן, דאמרו ליה: אי לאו דאמרת לן בארבעה - הוה זילא בן מילתא לאתגורי. איבעית אימא: לעולם בפועלים עסקינן, דאמרו ליה: כיון דאמרת לן בארבעה - טרחינן ועבדינן לך עבידתא שפירא. - ולחזי עבידייהו! - בריפא. - ריפא נמי מידע ידע! - דמלי מיא, ולא ידיע. איבעית אימא: לעולם דאמר ליה בעל הבית בארבעה, ואזל איהו אמר להו בתלתא. ודקאמרת סבור וקביל - דאמרו ליה: לית לך אל תמנע טוב מבעליו?!"

סעיף א

אמר לשלוחו: צא ושכור לי פועלים בשלשה, והלך ושכרן בארבעה, אם אמר להם השליח: שכרכם עלי, נותן להם ארבעה, ונוטל מבעל הבית שלשה, ומפסיד אחד מכיסו. (ו"א אם כל הפועלים אינן נשכרים רק בארבע, הבעל הבית נותן לשליח כפי מה שההנהו) (טור ס"א ועיין בב"י). ואם אמר להם: שכרכם על בעל הבית, נותן להם בע"ה כמנהג המדינה. היה במדינה מי שנשכר בשלשה ומי שנשכר בארבעה, אינו נותן להם אלא שלשה, ויש להם תרעומת על השליח. במה דברים אמורים, כשאין מלאכתן ניכרת; אבל אם היתה מלאכתן ניכרת והרי שוה ארבעה, נותן להם בעל הבית ארבעה, שאילו לא אמר להם שלוחו ארבעה לא טרחו ועשו שוה ארבעה.

כאשר השליח שכר את הפועלים ביותר מהשכר שבעה"ב קצב לו:

1. אם אמר להם 'שכרכם עלי' - נותן להם כמו שקצב, שהרי נתחייב לשלם להם מממון עצמו, וחוזר ונוטל מבעה"ב, דאע"פ שהשליחות בטלה כיון ששינה מדברי משלחו, אך בעה"ב חייב לשלם לו מדין 'נהנה', כמו ביורד לשדה חברו העשויה ליטע.

כמה נוטל מבעה"ב? שו"ע - כפי שבעה"ב קצב, ואע"פ שההנאה השליח ביותר. **רמ"א, סמ"ע וש"ך - כפי מה שבעה"ב נהנה.** ולכן אם כל הפועלים במקום זה נשכרים בד' ובעה"ב ציוהו בג' - משלם לו בעה"ב ד' שהרי קיבל עבודה ששווה ד'. וכן משמע בגמ'.

הב"י כתב לדקדק מדברי הרמב"ם, הרי"ף והרא"ש שאע"פ שבעה"ב נהנה ביותר ממה שציוה לשליח, אינו חייב לשלם לו אלא כפי מה שציוה לו. ודקדק כן מכך שנקטו בסתמא שהשליח נוטל מבעה"ב ג' ולא חילקו בשאלה האם הפועלים באותו מקום נשכרים בג' או בד', כמו שחילקו בהמשך לגבי שאר המקרים. וטעמו נראה שכיון שהשליח אמר לפועלים 'שכרכם עלי' לא שינה מדברי משלחו ולא בטלה השליחות, וכיון שהביאם לעבוד בשדה משלחו על דעת לקיים שליחותו וליטול ממנו ג' ולהשלים אי מכיסו, וא"כ אינו יכול לבוא אח"כ ולדרוש מבעה"ב יותר מדין 'נהנה' דהרי סבר וקביל. אולם, הדרכי משה כתב שלא כתבו כן בדווקא, אלא כיון שזוהי הדוג' הפשוטה ואין לדקדק מדבריהם, אלא בכל עניין נוטל מבעה"ב מה שההנהו וכפשוטו דברי הגמ'; **והסכימו עמו הב"ח, הסמ"ע והש"ך.**

אם השליח נתן לפועלים פחות משווי עבודתם, אינו יכול ליטול מבעה"ב יותר מדין 'נהנה'; כ"כ הרמ"ה ומטעם ד'אין אדם עושה סחורה בפרתו של חברו, וכפי שביארו דבריו הדרכי משה, הב"ח, הסמ"ע (ב) והש"ך (ג), ודלא כב"י שנדחק בביאור דברי הרמ"ה.

בביאור דברי הרמ"ה נראה שאע"פ שיש כאן דין נהנה, אך הוא מוגבל כיון ששו"ס אתה שוכר שלי, ולכן אין כאן דין נהנה רגיל, ואינך יכול להוציא יותר ממה שנתת לפועלים.

2. אם אמר להם 'שכרכם על בעה"ב' – נותן להם בעה"ב כפי מה שנהנה.

ולכן, אם היה יכול למצוא פועלים בזול, אע"פ שיש שנשכרים ביוקר – נותן להם כשער הזול, ויש להם תרעומת על השליח, שאם לא היה מבטיח להם ביוקר היו מחפשים משכיר אחר שיתן להם כך. אך אם כולם נשכרים בזול – אין להם עליו אפי' תרעומת.

אם כולם נשכרים ביוקר – נותן להם כפי היוקר, אע"פ שציוה לשלוח בפחות. ואם כולם נשכרים בזול, אך הם עשו לו עבודה יקרה יותר – נותן להם כפי שווי עבודתם.

3. אם שכרם בסתם – הרי זה כאילו אמר 'שכרכם עלי'.

סעיף ב

אמר לו בעל הבית: שכור לי בארבעה, והלך השליח ושכר בשלשה, אף על פי שמלאכתו שוה ארבעה אין להם אלא שלשה, שהרי קבלו על עצמם, ויש להם תרעומת על השליח. (ולא שנא אמר: שכרכם עלי, או שאמר להם: שכרכם על בעל הבית) (טור ס"א).

אם השליח פחת מהשכר שקצב בעה"ב, אע"פ שמלאכתו שווה יותר – אינו נותן אלא כמו שקצב השליח, שהרי קיבלו עליהם לעבוד בפחות, אך יש להם עליו תרעומת ד"אל תמנע טוב מבעליו".

סעיף ג

אמר לו בעל הבית: בשלשה, והלך השליח ואמר להם: בארבעה, ואמרו: הרינו כמו שאמר בעל הבית, אין דעתם אלא שיתן בעל הבית יתר על ארבעה; לפיכך שמין מה שעשו, אם שוה ארבעה נוטלין ארבעה מבעל הבית, ואם אינו שוה או שאינו ידוע, אין להם אלא שלשה. הגה: ואם אמר השליח: שכרכם עלי, בכל ענין נותן להם ארבעה; וכן אם לא היו פועלים נשכרים רק בארבעה (טור ס"ב).

אם השליח הוסיף על מה שקצב לו בעה"ב, והפועלים אמרו לו 'הרינו נשכרים כמו שאמר בעה"ב' – דעתם על הסכום הגבוה. דמה שאמרו זאת כוונתם שאם בעה"ב אמר יותר – יהיה להם יותר, אך לא לפחות מהסכום שקצב השליח. והדין הוא כמו שנתבאר בסעיפים א-ב.

בגירסת הטור שלפנינו כתוב: "נותן להם ד' אם יש שנשכרו בג' ויש שנשכרו בד'". ועל משפט זה תמחו האחרונים שהרי מבואר בסעי' א שכאשר חלק נשכרים בג' וחלק בד' אין להם אלא כפי השכר הנמוך, וא"כ מדוע כאשר אמרו 'דעתנו כמו שאמר בעה"ב' מגיע להם יותר ממה שאמר בעה"ב?! ולכן כתבו בבדק הבית ובסמ"ע (ח) שט"ס יש בטור וצריך להיות שנותן להם ג'. וכן הסכים הש"ך (יב) ודלא כב"ח.

ב"מ עו. "פשיטא, אי אמר ליה בעל הבית בתלתא, ואזל איהו א"ל: בארבעה, ואמרי ליה: כמו שאמר בעל הבית – דעתיהו אעילויה. אלא אי אמר ליה בעל הבית בארבעה, ואזל איהו אמר להו בתלתא, ואמרי: כמה שאמר בעל הבית, מאי? אדיבורא דידיה קא סמכי, דאמרי ליה מהימנת לן דהכי אמר בעל הבית, או דלמא אדיבורא דבעל הבית קא סמכי?!" ולא איפשיטא.

ונשאלת השאלה מה הנפק"מ ברישא, הרי בלאו הכי לא יקבלו ארבעה שהרי בעה"ב לא אמר להם ד'! רש"י ביאר שהנפק"מ היא לענין שיש להם על השליח תרעומת, אי נמי למקרה בו השליח אמר שכרכם עלי שהוא צריך ליתן להם ד' ואינו יכול לפחות להם. אולם, התוס' לא רצו להעמיד שמירי לענין תרעומת, אלא לענין שאם אמר השליח שכרכם עלי. הרי"ף כתב שהרבנותא היא במקרה בו אמר להם שכרכם על בעה"ב, וכיון שעשו עבודה ששוה ארבע – חייב לשלם ד' מדין נהנה, אך הייתה הו"א לומר שכיון שאמרו שדעתם כמו שאמר בעה"ב א"כ יש צד לומר שסברו וקיבלו ג' ואפי' עשו עבודה יותר טובה אין להם אלא ג'! קמ"ל הגמ' שלא כך, אלא שדעתיהו אעילויהא שאם בעה"ב אמר יותר שיהיה להם יותר, אך לא לפחות משכרם.

סעיף ד

אמר לו בעל הבית: בארבעה, והלך השליח ואמר להם: בשלשה, ואמרו לו: כמו שאמר בעל הבית, אף על פי שמלאכתו שוה ארבעה אין להם אלא שלשה, שהרי שמעו שלשה וקבלו עליהם. הגה: בעל הבית שאמר לפועלים: עשה עמי מלאכה בארבעה כמו שעשו חביריכם, ואמרו: כמו שעשו חבירינו, ואשתכח דהיב להו יותר, צריך ליתן לאלו כמו לחביריהם (ב"י בשם תלמידי רשב"א). בעל הבית שהטעה פועלים ואמר להם: עשו עמי בארבעה כמו ששאר פועלים

נשכרים, ונמצאו שנשכרים ביותר; או שהפועלים הטעו בעל הבית בכי האי גוונא, הוי כאילו לא שכרו זה את זה כלל, ונותן להם בפחות שבפועלים (רבינו ירוחם נ"ט ח"א בשם רשב"א). בע"ה ששכר פועל וא"ל ליתן לו חפץ בשכרו, יכול ליתן לו אח"כ דמיו, הואיל ולא משך החפץ לא קנאו (שם ח"ב ואשירי ור"נ פרק בתרא דע"א ותשובת מהר"ם דפוס פראג סי' קס"ה).

1. אם השליח פחת ממה שקצב בעה"ב, ואמרו הפועלים 'הרינו כמו שאמר בעה"ב' – אין להם אלא מה שקצב השליח, שהרי קיבלו עליהם לעשות מלאכה זו במחיר זה, והרי זה ספק בגמ' (שהובאה בסעי' הקודם) אם כוונתם לומר 'מהימנת לן דהכי אמר בעה"ב' ונמצא שסברו וקיבלו לעבוד בסך זה, או שכוונתם לומר שאין דעתם אלא על הסך שהבטיח בעה"ב וממילא צריכים לקבל ד', וכיון דלא אפשר אוליין לקולא, והמע"ה ובעה"ב מוחזק ואינו נותן להם אלא ג'.

אם תפסו הפועלים – אין מוציאים מידם, לדעת הרמב"ם והסמ"ג שתפיסה מועילה בבעיא דלא אפשר; ש"ך יד. ואף אם אין מלאכתם שוה ד' – מועילה תפיסה.

אם הפועל אינו רוצה לעבוד עד שבעה"ב יתן לו ד' – רשאי, כיון שקודם שעבד הוא מוחזק בעבודתו; קצות (ב).

מי המוחזק? הקצות והנתיבות הביאו את הגמ' בב"מ קב: לגבי השוכר מרחץ מחברו לשנה ב'שנים עשר דינרים לשנה מדינר זהב לחודש' ונתעברה השנה, ויש ספק האם חייב להוסיף לו דינר על חודש העיבור, ופסק רב שצריך לשלם למשכיר, וקיי"ל כרב נחמן שדין זה נכון אפי' כשבא בסוף החודש כיון שקרקע בחזקת בעליה עומדת ונמצא שהמשכיר הוא המוחזק והמע"ה, ואע"פ שהשוכר כבר אכל את פירות הקרקע והוא מוחזק בהם אמרינן שהוא מוציא. בטעם הדבר ביאר רש"י שלעולם הספק מתעורר לנו בשעה הראשונה, ונמצא שבשעה שהתעורר הספק המשכיר היה מוחזק (שהרי קרקע בחזקת בעליה עומדת) ואע"פ שאח"כ השוכר אכל את פירותיה – אך הוא תופס שלא ברשות, ואין תפיסתו תפיסה.

על פי זה ביאר הקצות (ב) את ההבדל בין דין זה לדיננו, והסכים עמו הנתיבות (ב). אצלנו אע"פ שהפועלים מוחזקים בגופם, וא"כ לכאוי בשעה השכירות (שבה מתעורר הספק) הם היו מוחזקים בכח עבודתם⁸, אע"פ שלאחר מכן בעה"ב זכה בעבודתם, אך זו תפיסה לאחר שנולד הספק, וא"כ אין משמעות לתפיסתו, ולכאוי הוא צריך לשלם להם! אך שאני הכא שהם מעצמם נתנו לו את העבודה, ונמצא שזו תפיסה ברשות שמועילה גם לאחר שנולד הספק. (וכך ביאר את הדין שהובא ברמ"א בסי' שיב סעי' טו לגבי מלמד).

על פי זה פסק הקצות שאם ראובן שלח שליח לשמעון לשכור ביתו בני אדומים לשנה, והשליח אמר לשמעון במי, ושמעון אמר כמו שאמר השוכר – אפי' כבר דר ראובן צריך ליתן נ', שהרי כאן התפיסה אינה ברשות. והנתיבות הוסיף שזה נכון דווקא כשידע המשלח מזה, אך אם המשלח לא ידע ששמעון אמר 'כמו שאמר השוכר' – פטור, דכיון שלא ידע מהספק לא הוי כתפיסה שלא ברשות.

2. בעה"ב שאמר לפועלים 'עשו עמי מלאכה בארבעה, כמו שעשו חביריכם', ואמרו הפועלים 'כמו שעשו חבירינו' – אם נמצא שלחבריהם שילם יותר – צריך להוסיף להם; כ"כ הב"י בשם תלמידי הרשב"א. ודעת הש"ך שאינו צריך ליתן להם אלא כמו שקצץ דסברו וקיבלו, וט"ס הוא ברשב"א וצ"ל שאמר להם בי' כדרך שעשו חביריהם ונמצא שנתן לחביריהם פחות – צריך ליתן כמו שקצץ. אולם, הסמ"ע, הקצות והנתיבות הסכימו עם הרמ"א.

הקושי על דינו של הרמ"א הוא מאי שנא מהדין הקודם שאע"פ שאמרו 'כמו שאמר בעה"ב' ונמצא שאמר יותר – אינם מקבלים יותר! הסמ"ע תירץ דשאני הכא שבעה"ב הטעה אותם שהרי תלה המחיר בכך שחבריהם קיבלו אותו, אולם בסעי' הקודם השליח לא הטעה אותם שהרי לא אמר שכך אמר בעה"ב אלא הם מעצמם אמרו כן. הש"ך תמה על זה שהרי סו"ס הוא שתק, והטעה אותם בכך שחשבו שכך בעה"ב אמר! ועוד קשה, שהרי אם בעה"ב הטעה אותם, א"כ הדין צריך להיות כמו במקרה הבא שהמקח בטל ואין בעה"ב צריך לשלם להם אלא מדין נהנה! לכן הש"ך נקט שבמקרה זה אכן אין להם אלא כמו שאמר בעה"ב שהרי סברו וקיבלו, וט"ס יש בדברי תלמידי הרשב"א.

אולם, הקצות ביאר שיש חילוק בין הדין שלנו לדין הקודם. אצלנו מדובר שבעה"ב אומר בי' קריטריונים: א. ארבעה. ב. כמו חבירכם. ולכן כשהם אומרים לו כמו שאמרו חבירינו ודאי שכוונתם לא לפחות מב' הקריטריונים הללו, ודעתיהו אעילויה (כמו במקרה שאמר בעה"ב ג' והשליח ד'). אולם, בדין הקודם השליח אמר רק קריטריון א', רק את המחיר,

⁸ הקושי הגדול על דבריהם הוא שלכאוי אין זה דומה למקרה של מרחץ, שהרי שם הספק הוא האם השכרתי לך חודש נוסף או לא, ונמצא שהספק הוא האם זכית בחודש הזה או לא, ובשעת שמתעורר הספק אכן בעל הקרקע הוא המוחזק. אולם, אצלנו ברור שהוא קנה את העבודה הזאת, וברור בדיוק מהי העבודה אלא שהשאלה כמה אני צריך לשלם וא"כ בזה השוכר מוחזק ולא הפועל, ולא שייך לומר שהפועל מוחזק בגופו, וא"כ אפי' בשעה ראשונה הפועל לא היה מוחזק ולכן ודאי שאין הוא יכול להוציא מבעה"ב דבר! וצ"ע וה' יאיר עינינו, אכ"ר.

וא"כ מה שהוסיפו מעצמם כמו שאמר בעה"ב אנו מסופקים אם כוונתם להאמין לו או להוסיף על דבריו, ומספיקא לא מפיקין מיניה. אך אם השליח יגיד: בד', כמו שאמר בעה"ב, באמת הדין יהיה כמו אצלנו.

הנתיבות ביאר שאין הבדל מהותי, אלא ההבדל הוא בשאלת המוחזקות. שהרי ביארנו בדין הקודם שאע"פ שיש לנו ספק אין מוציאים מבעה"ב כיון שתנפס ברשות, שהרי הפועלים מעצמם נתנו לו את מלאכתם. אך כל זה נכון כשהשליח הטעה אותם ולא בעה"ב, אולם אם בעה"ב בעצמו מטעה אותם בכך שאומר להם שזהו המחיר שנתן לחבריהם א"כ הוא עובר בכך על איסור גזל והונאה (אע"פ שבשכיר אין הונאה, אך בקבלן בכה"ג היה הונאה, וא"כ יש כאן איסור). ונמצא שתפיסתו אינה ברשות, דהרי זה כאילו הכריחם לעשות מלאכתו, דלא חשיב כתפיסה ברשות.

כמו כן, הוא מביא חילוק אחר מצד אומדן הדעת, שכאשר הטען השליח שאמר פחות מהמחיר של בעה"ב, אמדינן לדעתם שודאי נתרצו בכך כדי שישכור אותם, דא"כ היה שוכר פועלים אחרים לבעה"ב. אולם, כשבעה"ב הטעה אותם ונתן להם פחות מלחבריהם, אמדינן שלא היו מתרצים בכך, דסתם פועלים אינם נשכרים בפחות מחבריהם.

3. אם הפועלים הטעו את בעה"ב במחיר השער שבשוק, או שבעה"ב הטעה אותם כגון שאמר להם 'עשו עמי בד' כמו שאר פועלים' ונמצא ששאר הפועלים מקבלים יותר, או להיפך: דעת הרמ"א – השכירות בטלה, ומשלם להם כשכר הפחות של הפועלים. דעת הש"ך – אם הם הטעו אותו – משלם להם כפחות, אך אם הוא הטעה אותם – משלם להם כמו שקצץ, דסברו וקיבלו. דעת הנתיבות – לפי ראיות עיני הדיין, דאם אמר להם ארבעה כמו ששאר פועלים נשכרים, או סתם כמו ששאר פועלים נשכרים – נותן להם כשכר הפחות שבפועלים. אך אם אמר להם בארבעה, ואח"כ בתור סיפור דברים אמר להם שזהו השער שבשוק – הדין עם הש"ך. דנותן להם כמו שקצץ.

הראב"ד הקשה מדוע הבבלי לא העמיד את משנתו כירושלמי, שמדובר שבעה"ב הטעה את הפועלים בכך שאמר להם שרובם נשכרים בה' ונמצא אח"כ שרובם מקבלים עשרה, או שהפועלים הטעו אותו שאמרו לו שרובם נשכרים בעשרה ונמצא שרובם מקבלים ה'! **הרשב"א אמר שהבבלי חולק על הירושלמי**, כיון שלפי הירושלמי נמצא שבמקרים הללו חייב לשלם להם כמו שקצץ, ואין להם אלא תרעומת. אולם, זה תמוה שהרי הניחא כשבעה"ב הטעה את הפועלים אין להם אלא תרעומת דכיון שהמקח בטל אינו חייב להם אלא כפחות שבפועלים מדין נהנה, או שנאמר שסברו וקיבלו לעבוד בפחות. אולם, כשהם הטעו אותו מדוע שיתחייב לשלם להם יותר מהשער שבשוק?! הרי זה מקח טעות ואין להם אלא כפחות שבפועלים; והביאו הנמוקי". **ע"פ זה פסק הרמ"א** שבכל ענין שהטעו א' את השני המקח בטל, ואין להם אלא כפחות שבפועלים.

הש"ך חלק וסבר שכיון שאמר להם 'בד' כמו שנשכרים פועלים', אע"פ שהטעה אותם אך סו"ס הרי הם קיבלו על עצמם לעבוד במחיר זה, ולכן כשהוא הטעה אותם לא אמרינן שהמקח בטל אלא שנותן להם כמו שקצץ, והרי זה כמו הספק של הגמ' לגבי השליח שאמר בד' והם אמרו כמו שאמר בעה"ב דלא אפשר, ואזלינן לקולא שסברו וקיבלו. **הנתיבות** (ד) כתב לבאר שיש לחלק בין סוגי הקצצה: אם בעה"ב אמר להם בד' ואח"כ כדי לשכנע אותם אמר להם שכך הפועלים נשכרים – אמרינן סבור וקביל, כיון שאין זה חלק מתנאי הקצצה. אולם, כאשר אמר להם "בארבעה כמו שנשכרים הפועלים" א"כ זה חלק מהקצצה של השכר, ובכה"ג אמרינן שיש לנו ספק מה עיקר הלשון אם תפוס לשון ראשון או אחרון כמו לגבי מרחץ, אך כיון שהוא הטעה אותם הרי זה תפיסה שלא ברשות (כמו שנתבאר בדין הקודם) ונמצא שהם מוחזקים בעבודתם וחייב לשלם להם כפי שנשכר הפחות שבפועלים.

מדוע כשאמר להם 'כמו שעשו חבירכם' צריך שיאמרו 'כמו שעשו חבירנו' אך בלאו הכי אינו נותן להם אלא כמו שקצץ, אולם כאן לא הוזכר שצריכים לומר 'כמו שנשכרים פועלים'?! נראה שיש חילוק בין אמירת 'כמו שעשו חבירכם' לאמירת 'כמו שנשכרים פועלים', שהאמירה הראשונה אינה מתפרשת בהכרח כחלק מהקצצה, אלא שהרי זה פיתומי מילי בעלמא כדי לשכנע אותם שיבואו, שהרי גם חברים שלהם הסכימו לבוא בשכר כזה. שהרי שם מדובר אפי' שיש פועלים שמקבלים כמו שהבטיח להם, אך חבריהם קיבלו יותר. אולם, הלשון 'כמו שנשכרים פועלים' מתפרשת בהכרח כחלק מתנאי הקצצה, כיון שהיא מגדירה שאני מבטיח לכם כשער שבשוק, ולכן בסתמא היא מתפרשת כחלק מהקצצה.

4. אם התחייב ליתן לו חפץ בשכר עבודתו – יכול ליתן לו את שווי החפץ, דכיון שלא משכו – לא קנאו. **ע"ז סג.** "בא עליה ואחר כך נתן לה – אתננה מותר. ורמינא: בא עליה ואחר כך נתן לה, אפילו מכאן עד שלש שנים – אתננה אסור! אר"נ בר יצחק אמר רב חסדא, לא קשיא: הא דאמר התבעלי לי בטלה זה, הא דאמר לה התבעלי בטלה סתם. וכי אמר לה בטלה זה מאי הוי? הא מחסר משיכה?!" מכאן הוכיח הרא"ש (שם) "קשה לך הא שכר פעולה לא בעי קנין. דפועל העושה עם בעל הבית קנה שכרו. וביאה דבר שנותנין עליו שכר הוא ואמאי לא נקנה לה הטלה בבאה?! מכאן נ"ל לדקדק דהאומר לפועל עשה עמי מלאכה זו ואתן לך חפץ זה בשכרך, יכול ליתן לו דמי החפץ בשכרו. ודאי נתחייב לו החפץ או הדמים, אבל בגוף החפץ א"א לו לקנות אלא במשיכה או שיהיה ברשות הפועל בשעת עשיית מלאכה. וכיון שיכול ליתן לה דמי הטלה הוי כמו טלה סתם".

אע"פ שאינו חייב ליתן לו את גוף החפץ – חייב לשלם את דמיו, שהרי שכירות נקנית בדיבור וממילא חלה ההתחייבות לשלם את דמי החפץ, אך גוף החפץ אינו נקנה בדיבור; קצות (ד), דלא כמהרי"ט (ח"א סי' כב) שכתב שאינו חייב אף בדמי החפץ.

אם השוכר רוצה ליתן לו החפץ – הפועל אינו יכול לסרב לקבלו; קצות (ד). דאע"פ שהשוכר יכול לחזור בו אך השכיר אינו יכול לחזור בו, דפועלת השכירות אינה בחזרה.

מה הדין אם נשרף החפץ האם חייב לשלם את דמיו? נתיבות (ה) – לא, דדינו כאפותיקי מפורש שאם נשרף פטור מלשלם לו. קצות (ד) – מסתפק בזה, נראה לו שחייב לשלם שהרי הפועל לא קנאו, ואינו קונה בקנין דמים (דמי העבודה) שלא יאמר לו נשרפו חיטיך בעליה.

מה הדין כשהתחייב ליתן לו שטר חוב? סמ"ע וקצות – אינו יכול ליתן את שווי אלא את השטר ממשי, או את הסכום הנקוב בשטר, אך לא כפי שווי לימכר בשוק, וכן איתא בתרוה"ד (פסקים סי' רל). וטעמם נראה שאע"פ שהשווי של השטר הוא כפי מה שהוא שווה היום, אך פשוט שכוונת הפועל בכך שהתנה עמו עליו היא לקבל שכר בשווי הנקוב בו שהרי הוא רוצה לגבות אותו, וממילא הגדרת השכר היא על השווי הנקוב בשטר. (וה"ה לגבי פירות דקל כדבסמוך, שהגדרת השכר היא כשוויים של הפירות כשיבואו לעולם). **ש"ך** – יכול ליתן לו את שווי של השטר, ותרוה"ד איירי במקרה מסוים, או כשרוצה ליתן פחות משווי. **נתיבות (ה)** – יכול ליתן את שווי כפי מה ששוה בסיום השכירות.

אע"פ שאין אדם מקנה דשלבל"ע, אך יכול להתחייב לשכיר בשכרו דשלבל"ע, שהרי אין זה מדין קנין אלא התחייבות לשווי של החפץ; קצות (ו). **לפי איזה שווי מתחייב לו? קצות** – לפי שווי הפירות כשיבואו לעולם. **נתיבות (ה)** – לפי השווי של הפירות בסיום השכירות.

סעיף ה

שכר בעל הבית בעצמו בסלע, ונזדלזלה המלאכה והראה להם בעל הבית פנים זועפות ופייסוהו בדברים, אינו יכול לומר: לא נתפייסתי אלא על דעת שתפחתו משכרכם כפי הזול, שהם יאמרו: לא פייסנוך אלא לדעת שנעשה המלאכה טובה וכן עשינו. הגה: ויש מחלקין דאם בעל הבית אמר בפירוש: איני נותן לכם אלא כך, והיה יכול לחזור בלא תרעומת, אף על גב דחזרו ופייסוהו אינו נותן אלא כמה שאמר (נ"י פרק האומנין). וכן אם הוקרה המלאכה והם הראו לו פנים זועפות ופייסו בדברים, אינם יכולים לומר: לא נתפייסנו אלא על דעת שתוסיף על שכרינו כפי היוקר, שהוא ישיב: לא פייסתי אלא על דעת להוסיף לכם אכילה ושתיה וכן עשיתי.

1. אם שכר אותם בסלע יותר ביוקר מפועלים אחרים, וחזר בו ופייסוהו בדברים – אינו יכול לפחות משכרם, ולומר להם לא נתפייסתי אלא על דעת שתפחתו משכרי, שיכולים לומר לא פייסנוך אלא על דעת שנעשה מלאכה טובה יותר, וכן עשינו. וכן להיפך ששכרם בזול יותר מאחרים, והתייקרה המלאכה וחזרו בהם ופייסם – אינו צריך להוסיף על שכרם, דיכול לומר לא נתפייסתי אלא על דעת להוסיף לכם באכילה ושתיה.

וכתב הרמ"א שיי"א שדווקא אם מי שחזר בו הייתה עליו תרעומת, אולם אם כשחזר בו לא הייתה עליו תרעומת, כגון שהצד השני חזר בו קודם, אינו נותן אלא כמו שאמר לבסוף. נמוק"י בשם הרמב"ן.

ב"מ עז. "או יגמרו מלאכתן ויטלו שני סלעים. פשיטא! - לא צריכא, דאייקר עבידתא ואימרו פועלים, ואזל בעל הבית ופייסניהו. מהו דתימא; מצו אמרי ליה: כי מפייסין - אדעתא דטפת לן אאגרא, קא משמע לן; דאמר להו: אדעתא דטרחנא לכו באכילה ושתיה". ובהמשך הגמ' על דברי ר' דוסא: "או יגמרו מלאכתן ויטלו שני סלעים. פשיטא! - לא צריכא, דזל עבידתא ואימרו בעל הבית, ואזול פועלים ופייסוהו. מהו דתימא, מצי אמר להו: אדעתא דבצירתו לי מאגריי, קא משמע לן; דאמרי ליה: אדעתא דעבדין לך עבידתא שפירתא".

הנמוק"י הביא בשם הרמב"ן שאפי' אם כשחזר בו אמר במפורש שחזר בו מחמת שרוצה שיפחתו לו משכרו, והלכו הפועלים ופייסוהו – חייב לשלם כמו שסיכמו בתחילה. דכיון שאם היה חוזר בו היתה להם עליו תרעומת, אמרינן שלא חזר בו אלא על דעת הקציצה הראשונה; וכן לגבי הפועלים. אמנם, אם הם חזרו בהם ונמצא שבטלה הקציצה הראשונה, ואח"כ כשרצו לחזור לעבוד חזר בו בעה"ב והלכו הפועלים ופייסוהו – בכה"ג אם אמר במפורש שרוצה שיורידו לו מהשכירות – אינו חייב לשלם להם כבראשונה, שהרי בטלה הקציצה הראשונה. וזה המקור לדברי הרמ"א.

סעיף ו

אם המלאכה שוה חמשה, ושכרם בארבעה והוזלה ועמדה על ארבעה, נותן להם ארבעה. (ולא יוכל לומר להם: גם עתה תקחו דינר פחות ממה ששוה) (טור ס"ה). וכן אם שכרן ביותר דינר מהראוי, והוקרה המלאכה, אינם יכולים לומר: גם עתה תוסיף לנו דינר יותר מהראוי לפי היוקר של עכשיו.

ב"מ עז. "סלע נותן להם סלע. פשיטא! - לא צריכא, דזל עבידתא מעיקרא, ואגרינהו בטפי זוזא, ולסוף אייקר עבידתא, וקם בטפי זוזא. מהו דתימא; אמרי ליה: טפי זוזא אמרת לן - טפי זוזא הב לן! קא משמע לן, דאמר להו: כי אמרי לכו טפי זוזא - דלא הוה קים לכו, השתא קים לכו". ובהמשך בדברי ר' דוסא: "סלע נותן להם סלע. פשיטא! - אמר רב הונא בריה דרב נתן: לא צריכא, דאזילו אינהו גביה זוזא מעיקרא, ולסוף זל עבידתא. מהו דתימא: בציר זוזא אמריתו לי - בציר זוזא יהבינא לכו. קא משמע לן; דאמרי ליה: כי אמרנא לך בבציר זוזא - דלא הוה קים לך, השתא קים לך".

ב"ה יום ד' כ"ה אלול ה'תשע"ה

סימן שלג

השוכר את הפועל ובא הפועל לחזור קודם שהתחיל או אחר כן, ובו ח' סעיפים.

סעיף א

השוכר את הפועלים והטעו את בעל הבית, או בעל הבית הטעה אותם, אין להם זה על זה אלא תרעומת.

הגה: ויש אומרים דאם משך בע"ה כלי אומנות שעושה בהם מלאכה, אין הבעל הבית יכול לחזור בו, ולא הפועל אם הוא קבלן (טור בשם ר"ת); אבל אם הוא שכיר יום, יכול לחזור כמו שנתבאר (תוס' והרא"ש ריש פרק הזהב). מיהו יכול לעכב כלי אומנתו ולשכור אחרים (מרדכי פרק האומנין ונ"י בשם תלמידי רשב"א והמגיד פרק ט').

בד"א, בשלא הלכו. אבל הלכו החמרים ולא מצאו תבואה; פועלים ומצאו שדה כשהיא לחה; או ששכרם להשקות השדה ומצאוהו שנתמלא מים, אם ביקר בעל הבית מלאכתו מבערב ומצאה שצריכה פועלים, אין לפועלים כלום, ומה בידו לעשות; ואם לא ביקר, נותן להם שכרן כפועל בטל (פ"י ששמן מ' שהשכיר עצמו למלאכה זו וכן חמר שהשכיר חמור להביא משאוי כמה היה רוצה לפחות משכרו ולישב בטל ולבאר ריקן), שאינו דומה הבא טעון לבא ריקן, ועושה מלאכה לבטל.

1. השוכר את הפועלים וחזרו בהם, או שהוא חזר בו – אין להם זה על זה אלא תרעומת.

ברייתא בגמ' עו: "דתניא: השוכר את האומנין והטעו את בעל הבית, או בעל הבית הטעה אותן – אין להם זה על זה אלא תרעומת. במה דברים אמורים – שלא הלכו, אבל הלכו חמרים ולא מצאו תבואה, פועלין ומצאו שדה כשהיא לחה – נותן להן שכרן משלם, אבל אינו דומה הבא טעון לבא ריקן, עושה מלאכה ליושב ובטל".

אימתי יש תרעומת? הש"ך (א) כתב שמלשון הרא"ש והטור משמע שהתרעומת היא רק בגלל שנגרמת טרחא, אך כשאין טרחא כגון שמוצאים בקלות עבודה חדשה – אין אפי' תרעומת; ושכן כתוב בנמוק"י. ואע"פ שבסי' שיא סעיף ו' מבואר שיש תרעומת מפני שינוי הדעת, זה דווקא שם לגבי ספינה שכבר עבדו יחד והפסיקו בחצי היום – שייך טעם זה שכבר הורגל עמו, משא"כ הכא. אמנם, לגבי בעה"ב תמיד יש תרעומת של טורח, כיון שאין הוא רגיל לחפש פועלים חדשים אחרי שכבר מצא. אמנם, למסקנה כתב שמדברי הרמב"ן והרשב"א מבואר שאף כשמוצאים עבודה יש תרעומת של טורח, וכן מבואר בתוס' וברא"ש ובעוד ראשונים, וא"כ צ"ל שאע"פ שמוצאים עבודה חדשה סו"ס שייך בזה טורח. **אולם, כשאין להם טורח כלל – מודים כו"ע שלא שייך תרעומת.**

מהי הנפק"מ בכך שיש תרעומת? הנמוק"י כתב שהנפק"מ היא לגבי הדין שנתבאר בסי' שלב סעיף ה, שאם חזר בו ופייסוהו שעל דעת קציצה הראשונה חוזר, אולם אם אין תרעומת אמרינן שלא חזר בו אלא על דעת קציצה שניה.

הסמ"ע (א) כתב שאע"פ שיש תרעומת אין החוזר בכלל מחוסרי אמנה, כיון שיש לו תועלת בחזרתו, כגון שמצא יותר בזול. ודווקא כשחוזר ואין לו תועלת יש בו משום מחוסרי אמנה. אמנם, בסי' רד מבואר שיש החולקים וא"כ לשיטתם גם הכא יש בו משום מחוסרי אמנה.

2. אם הלכו פועלים ולא מצאו מלאכה – נותן להם שכרם כפועל בטל, וא"כ היה אנוס כגון שביקר שדהו מבערב וראה שהיא צריכה למלאכה, ואח"כ בבוקר ירדו גשמים וכדו, שאינו נותן להם כלום.

טעם הדין הוא מפני שההליכה הרי היא מוגדרת כהתחלת המלאכה, והתחלת המלאכה הרי היא מעשה הקנין, ונתחייב להם מה שקצץ להם. לכן, אע"פ שלא גרם להם הפסד בכך, וכגון שלא היו מוצאים להשתכר, או שהבטיח להם יותר מהשכר הרגיל בשוק – חייב לשלם להם; כ"כ הרמב"ן. הסמ"ע (ו) תמה על הע"ש שכתב הדין מטעם שגרם להם היזק, והש"ך (ז) כתב שאף הע"ש מודה לדין זה, אלא שלא דק בדבריו.

3. האם משיכת כלי האומנות מהוה קנין? רמ"א, ש"ך (ב) – כן, וממילא אע"פ שלא הלכו אם משך בעה"ב כלי האומנות אינו יכול לחזור בו, וכן הם אינם יכולים לחזור (אא"כ הם שכירי יום וכמו שיתבאר לקמן סעיף ג, ולענין לעכב כלי האומנות בשכיר יום – ע"י בהמשך). סתימת שו"ע – משמע שלא, שהרי לא הזכיר זאת.

לדעה שמשיכה מהוה קנין, אע"פ שהחזיר הכלי לפועל – מהני, סמ"ע (ב), וש"ך (ג).

ב"מ מח. "דתניא: נתנה לבלן - מעל, ואמר רב: דוקא בלן הוא, דלא מחסרא משיכה. אבל מידי אחריתא, דמחסרא משיכה - לא מעל עד דמשיך. **והתניא: נתנה לספר - מעל, וספר הא בעי לממשך תספורת!** - הכא במאי עסקין? - בספר נכרי, דלאו בר משיכה הוא". **וכתבו התוס':** "מכאן אומר ר"ת דהסופר שהשכיר עצמו אם משכו ממנו קולמוס או תער שלו אין יכולין שוב לחזור בהם. ואם תאמר מ"ש מפועל דיכול לחזור בו? ויש לומר דפועל דוקא דכתיב ביה עבדי הם ולא עבדים לעבדים יכול לחזור בו ולא קבלין". **וכתב עליו הריטב"א:** "והקשו עליו דהא הלכתא בלא טעמא כ"י היאך זכה זה באומן שלא יחזור בו במשיכת כלי אומנותו? וגדולה מזו אמרו (לעיל י' א') פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום והיאך לא יחזור בו מפני משיכה שעשו בכליו זה אין הדעת סובל, וכן נ"ל ראייה ברורה ממתני' קמייא דפ' השוכר את האומן שחזרו בהן דמוכח בגמ' (ע"ח א') דמייירי אפי' בשבאת חבילה לידו, דוק ותשכח, והא דאמרין הכא והא בעי לממשך תספורת היינו לענין שכירות התספורת גופא דשכירות מטלטלין כמקחן ובעי משיכה, ואילו משך לתספורת קנייה למלאכתו ומעל, וזה ברור, מ"ר". **וכ"כ הרמב"ן והרשב"א.**

הש"ך כתב שהעיקר כר"ת שכן מוכח בגמ' הנ"ל, והנתיבות הקשה שהרי הגמ' היא רק אליבא דר"ל הסובר שמעות אינם קונות ולכן בעינן משיכה, אך לדידן דק"ל כר"י שמדאורי' מעות קונות, ולא בעינן משיכה אלא מדרבנן שמא יאמר נשרפו חטיף בעליה, ובדברים שלא שייך חשש זה כגון שכירות מטלטלין וכ"ש שכירות פועל (דדמי לקרקע) א"כ דווקא מעות קונות בו, אך מנלן שמשיכה תקנה? וכ"ש שאין סברא שמשיכת החפץ תקנה לו את האומן? ולכן כתב הרמ"א דין זה בשם י"א, כיון שמהש"ס הנ"ל אין ראיה.

האם בשכיר יום, יוכל לעכב כלי האומנות בידו ולשכור אחרים תחתיו? רמ"א - כן, ש"ך (ה) - צ"ע ולכן יר"ש יחזיר לפועל את שלו. **נתיבות (ב) -** אף לדעת הרמ"א אסור לו למכור החפץ ולשכור בדמיו, אלא שהוא יכול לעכבו תחת ידו עד שיבוא לעבוד אצלו. או שישכור אחרים ממנו ויתן להם לעשות את המלאכה בחפץ של הפועל (וישלים אח"כ לפועל את דמי השימוש בחפץ שלו). דין זה כתבו הנמוקי' בשם הרמב"ן והרשב"א, והש"ך כתב שדווקא לשיטתם שהמשיכה אינה קניין, א"כ למדו מהגמ' הנ"ל שמשיכת כלי האומנות מהני לענין שיקנה את הכלי עצמו, וא"כ אף בשכיר יום זכה בכלי שלו לענין שיוכל לשכור אחרים תחתיו. אולם לדעת החולקים, שהרמ"א פסק כמותם, א"כ מנלן דין זה? שהרי את הגמ' פירשו לענין קנין האומן עצמו. ואף מהסברא אין נראה שידו, דכיון שלא קנה את האומן עצמו, א"כ מדוע שיהיה לו שיעבוד בכלי אומנותו?!

סעיף ב

בד"א שאין להם עליו אלא תרעומות בשלא הלכו, דוקא בשלא היו יכולים להשכיר עצמם אמש כששכרם בעל הבית זה; אבל אם היו נשכרים אמש, ועכשיו אינם נשכרים כלל, הרי זה כדבר האבוד להם, ונותן להם שכרם כפועל בטל; ואם נשכרים בפחות, משלם הפחת. ואם הלכו (ודוקא שהלכו עצמם, אבל לא שלוחם) (המגיד פ"ט בשמם), אף על פי שלא היו מוצאים להשכיר עצמם אמש, נותן להם שכרם כפועל בטל; והוא שעכשיו אינם נשכרים כלל. אבל אם מוצאים מי שישכירם בשכירותו, אין להם אלא תרעומות. ויש אומרים דאפילו לא מצא רק מלאכה כבדה מזו, רק שרוצים להוסיף בשכרן, צריכין להשכיר עצמן במקום אחר (מרדכי פרק האומן); ויש חולקין (בית יוסף בשם תלמידי רשב"א). ואם אינם מוצאים להיות נשכרים אלא בפחות, משלם להם הפחת. וכל אלו הדינים כשלא ביקר בעל הבית מלאכתו מבערב, שהוא בפשיעתו; אבל אם לא היתה פשיעת בעל הבית בדבר כלל, הרי זה אנוס, ונפטר כמו שנתבאר. הגה: ועיין לקמן סימן של"ד סעיף ב'. מלמד שהשכיר עצמו לשתי שנים והתחיל שנה ראשונה, מקרי התחלה גם לשנה שניה; וה"ה כל פועל (הגהות מרדכי פרק האומן).

1. **אע"פ שלא הלכו - אם נגרם להם היזק מחמת שחזר בו - חייב בעה"ב לשלם להם שכרם כפועל בטל.** ואם נשכרים בפחות - משלים להם הפחת. והקצות (א) כתב שאין להוציא ממון מספק.

מדין מה חייב לשלם להם? א. דינא דגרמי, תוס'. ב. דבר האבד, רמב"ן. ג. דין ערב, ריטב"א. ד. דעת המהר"ם שאינו חייב לשלם להם, אפי' נגרם להם הפסד.

תוס' כתבו שיהלכו פועלים זה לאו דווקא, אלא מחמת שבד"כ כאשר הלכו פועלים נגרם להם הפסד כיון שכבר לא ימצאו מי שישכור אותם, אולם אף אם לא הלכו ואינם מוצאים מי שישכירם - חייב לשלם להם. וכן להיפך אם הלכו אך מוצאים משכיר אחר - פטור. אולם, **הרא"ש, הרמב"ן, הרשב"א והריטב"א** כתבו שהלכו זה דווקא, דכיון שהלכו חל הקנין ונתחייב לשלם להם בכל ענין, ואפי' לא נגרם להם הפסד. אמנם, הודו לדברי התוס' שאף כאשר לא הלכו אם נגרם להם הפסד - חייב לשלם.

הקצות (ב) האריך לדון לדעת התוס' מדוע חייב מדינא דגרמי הרי לא גרע ממבטל כיסו של חברו דפטור? והסיק דהחוב הוא מדין 'שבת' של אדם המזיק (דבישבת' חייב אף כשהיא לא באה מחמת 'נזק'), ולכן דווקא בנוקי אדם זה נכון אך לא בנוקי ממון, ולכן בחמרים וכדו' - פטור. אמנם, הקשה שבס"י שח"ב סק"ב מבואר שדינא דגרמי אינו שייך אלא בנוק ולא בד' דברים, והרי כאן זה רק גרמי ולא בידים? **ולכן כתב שהעיקר כמהר"ם** שפטור לגמרי. כמו כן, הביא את דברי

הרמב"ן שהחייב הוא מדין 'דבר האבד' ולא מדין דגרמי, וכך מדוקדק בלשון השו"ע שנקט כרמב"ן, אך גם על זה השיג שלא מצאנו חיוב של דבר האבד אלא לאחר שהתחילו במלאכה ולא קודם, ולכן הכריע כמהר"ם שאין להוציא ממון מבעה"ב.

כמו כן, הקשה (בס"ק ג) מדוע כשהפועלים חוזרים בהם בדבר האבד אינם חייבים לשלם לבעה"ב את הנזק שנגרם, אולם כשבעה"ב חוזר בו חייב לשלם!! ותיירץ שהפועלים אינם מתחייבים בשום אופן לשלם אלא לעבוד, וא"כ בדבר האבד החיוב שלהם הוא לעבוד או למצוא אחרים בשכר מלאכתן. אולם החיוב של בעה"ב הוא לשלם לפועלים את שכרם, וא"כ בדבר האבד – חייב לשלם להם את הפסד השכר שנגרם להם. **הנתיבות** (ג) חלק וכתב שכל החיוב בדבר האבד הוא מתק"ח, וכך הייתה האומדנא שלהם לחייב את בעה"ב ולפטור את הפועלים, ואף את דברי התוס' שכתבו מדין דגרמי כוונתם מתק"ח, דלא שייך לחייב על 'שבת' גם על שאר היום אלא רק על אותה שעה בה מנעו ממלאכתו, וכן אין חיוב של ד' דברים אלא כאשר נתכוין להזיק.

אמנם, ברמב"ן נראה שכיון שיש כאן דבר האבד, א"כ הוי קנין באמירה בעלמא ואף בלא שהלכו. דכיון שאין יכולת לעשות קנין על כך, א"כ האמירה עצמה היא נחשבת קנין, דהרי זו אמירה גמורה ומחייבת. (דלעולם מעשה הקנין לא נצרך באופן אמיתי, אלא כדי לבטא את הגמירות דעת). והריטב"א (ב"מ פג.) כתב שהקנין כאן הוא מדין 'ערב', בההיא הנאה שהוא סומך עליו (שיעשה מלאכתו ולא יפסידו) – גמר ומשעבד נפשיה.

2. אם הלכו פועלים – חייב לשלם להם בכל ענין, אפי' לא נגרם להם היזק. ודווקא כשלא מוצאים להשתכר, אך אם מוצאים לעבוד אצל משהו אחר – אינו חייב לשלם להם, ואין להם עליו אלא תרעומת. דההליכה הוי כהתחלת מלאכה וחשיב כמעשה קנין המחייב, ולכן אפי' אם סיכם עמם מחיר הגבוה יותר ממחיר השוק – חייב לשלם להם כמו שסיכם, כפועל בטל. כדעת הרמב"ן וסייעתו ולא כתוס'.

האם הפועל חייב להשכיר עצמו אצל אחרים? ב"ח – לא, אלא הברירה בידו האם לישב בטל ולקבל פחות כפועל בטל, או לעבוד ולקבל שכרו משלם. **ש"ך – כן,** ואם אינם רוצים – בעה"ב פטור לגמרי.

מה הדין כשיכולים להשכיר עצמם רק בעבור מלאכה קשה יותר? הרמ"א כתב שיש בזה מחלוקת, שדעת המרדכי בשם המהר"ם שאם מוכנים לשלם להם יותר בגלל שהיא מלאכה קשה – חייבים להשכיר עצמם. אולם, תלמידי הרשב"א חולקים וסוברים שלעולם אינם חייבים להשכיר עצמם. אולם הש"ך כתב שלענ"ד אין מח', וכו"ע מודים בזה, אלא שהם דיברו באופן בו לא רוצים להוסיף להם שכר על המלאכה הקשה יותר, ובכה"ג לכו"ע פטורים.

3. כל הדינים הללו כשבעה"ב פשע, כגון שלא הלך ובדק את השדה בערב קודם ששכרם, אולם אם לא פשע – פטור מכיון שהוא אנוס.

ב"מ עו: "תני תנא קמיה דרב: נותן להם שכרן משלם. אמר ליה: חביבי אמר וכו'. איכא דאמרי: סיימוה קמיה, והכי קאמר: חביבי אמר: אי הואי אנא לא הוה יהיבנא ליה כלל, ואת אמרת כפועל בטל! אלא קשיא הך! – לא קשיא: הא – דסיירא לארעיה מדאורתא, הא – דלא סיירא לארעיה מאורתא. כי הא דאמר רבא: האי מאן דאגר אגרי לרפקא, ואתא מטרא ומלייה מיא. אי סיירא לארעיה מאורתא – פסידא דפועלים, לא סיירא לארעיה מאורתא – פסידא דבעל הבית, ויהיב להו כפועל בטל". רש"י פירש ש"סיירא לארעיה מאורתא" הכוונה שבעה"ב סייר עם הפועלים בערב בשדה, ונמצא שהם הפסידו את עצמם דכיון שראו את השדה היה להם להבין שהיא אינה ראויה ולא לבוא לעבודה. אולם כשלא סייר עמהם פטורים – דהיה לו לחשוב על כך ולהתנות עמהם. אולם, הרמב"ם ובעקבותיו השו"ע פירשו שהכוונה שאם בעה"ב סייר בעצמו בשדה מבערב – פטור, דכיון שבדק וראה שהשדה ראויה למלאכה הרי זה אנוס ומה היה עליו לעשות!! אולם, כשבעה"ב לא סייר – א"כ הוא פשע בכך ועליו לשלם להם כפועל בטל.

4. התחלת מלאכה מחילה את הקנין על כל משך זמן השכירות, ולכן אם השכיר עצמו לכמה שנים משעה ראשונה נתחייב בעה"ב בשכרו של כל השנים. רמ"א בשם הג' מרדכי פרק האומנין.

סעיף ג

התחיל הפועל במלאכה, וחזר בו בחצי היום, וחזר בו בחצי היום, ואפילו קבל כבר דמי שכירותו ואין בידו לשלם לבעל הבית, יכול לחזור בו והמעות חוב עליו, שנאמר: **כי לי בני ישראל עבדים** (ויקרא כה, נה) – ולא עבדים לעבדים. הגה: ומהאי טעמא אסור לפועל, אפילו מלמד או סופר, להשכיר עצמו להיות בבית בעל הבית בקבע שלשה שנים (הגהות מרדכי פרק האומנין).

1. פועל, כלומר שכיר יום, יכול לחזור בו אפי' בחצי היום, שנאמר "כי לי בני ישראל עבדים" ודרשו חז"ל – עבדי הם ולא עבדים לעבדים.

ב"מ י. "אמר ליה: שאני פועל דידו כיד בעל הבית הוא. - והאמר רב: פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום! - אמר ליה: כל כמה דלא הדר ביה - כיד בעל הבית הוא, כי הדר ביה - טעמא אחרינא הוא, דכתיב כי לי בני ישראל עבדים - עבדי הם, ולא עבדים לעבדים".

מה הדין אם עשו קנין במיוחד כדי שלא יחזור בו? דעת הריטב"א בשם רבותיו – אינו יכול לחזור בו. הריב"ש חלק וכתב להדיא שאפי' בכה"ג יכול לחזור בו, וכן הסכימו הש"ך (יד) והקצות (ה) לדינא. והשב"י פסק כריטב"א, אך דווקא בקנין כסף או שטר, דאי לאו הכי הוי קנין דברים, וכתב שכן פסק מהר"א ששון, ובשו"ת הרדב"ז.

הש"ך כתב שמהפסקו משמע שבכל ענין יכול לחזור בו, ועוד דהוי קנין דברים שעושים קנין על כך שא"א לחזור. **הקצות** הסכים עם הטעם הראשון, אך כתב שלא הוי קנין דברים דקונה את גופו כעבד עברי, וכמו שכתב הראב"ד לגבי קנין שותפים (ואף הרמב"ם שחולק שם, דווקא בשותפים חלק דמסתמא אין האחד רוצה להיות עבד של חברו, אך מודה שאפשר לעשות קנין כזה). והוסיף הקצות שטעמו של הריטב"א מבואר בשטמ"ק מפני שהמשנה דיברה דווקא כשלא עשו קנין, וההליכה עצמה אינה קנין, ולכן פועל יכול לחזור בו. אולם אם עשו קנין, או ששילם כל שכרו – אינו יכול לחזור בו. וכיון שהשו"ע פסק להדיא שאף כשקיבל כל שכרו יכול לחזור בו – מוכח שחולק על הריטב"א הנ"ל.

2. אם קיבל כבר דמי שכירותו והוציאם ואין בידו לשלם לבעה"ב – יכול לחזור בו, והמעות עליו חוב. הש"ך (טו) תמה על דין זה, **הקצות** (ו) חלק עליו ופסק שבכה"ג אין הפועל יכול לחזור בו, **והנתיבות** (ו) דחה דבריו.

דין זה מקורו מהמהרי"ק, ותמה הש"ך מאי שנא מדבר האבד שאינו יכול לחזור בו?! ואף כאן כיון שאין לו לשלם הוי דבר האבד?! וכתב שאולי מיירי כשאין לו עכשיו אבל יהיה לו אח"כ, אבל כשידוע שלא יהיה לו – אינו יכול לחזור בו. אך כתב שמפשט השו"ע משמע שבכל ענין יכול לחזור בו, ולא הוי דבר האבד אע"פ שלא חיישין שמא יעשיר, היינו לענין עדות. **הקצות הוכיח** מדיני אבילות דבכה"ג מקרי דבר האבד ומותר לו ללכת לגבות חובו כשהלוה הגיע לעירו, דאולי אח"כ לא יהיה לו וא"כ מאי שנא הכא?! עוד כתב שהיכולת של פועל לחזור בו, היינו מדין גרעון כסף, דכמו שע"ע יכול לגרע פדיונו ולצאת בע"כ של האדון – הכא נמי בפועל. וא"כ כשאין לו כסף לגרע – אינו יכול לצאת, דצריך לקנות עצמו. (כך מבואר בתשו' מהר"ם). **הנתיבות** (ו) הוכיח מלשון הש"ס "חוזר בו" שאין זה מדין גרעון כסף, דא"כ לא שייך לשון חזרה אלא הוא קונה את עצמו. וכתב שדין זה הוא מח' בירושלמי בין רב לר' יוחנן, וקי"ל כרב שדין פועל אינו כדין ע"ע, ואין זה מדין גרעון כסף.

3. האם אסור לפועל להשכיר עצמו מראש לעבוד בקביעות במשך יותר מג' שנים? רמ"א – כן. מפשט השו"ע – משמע שמותר, כיון שלא הזכיר דין זה כלל.

כ"כ בהג' מרדכי וטעמם שלגבי עבד עברי נאמר "כי משנה שכר שכיר עבדך", דהיינו שע"ע שעובד ו' שנים הרי זה פעמיים שכירות, וכמו שנאמר בישעיה "שלש שנים כשני שכיר" – וכיון שאסור לאדם למכור עצמו לעבד עברי, אף אסור לו להשכיר עצמו ליותר מג' שנים. **המרדכי סובר** שקנין פועל הוא כקנין של עבד עברי, וכמו שהבאנו בסעיף 2 שלמד שהיכולת של פועל לחזור בו בחצי היום הוא מדין גרעון כסף. וכן כתב הרא"ש (ב"מ מח. לגבי הדין של 'משך תספורת'), שאע"פ שקנין השכירות הוא קנין גמור, אך פועל חוזר בו, כמו עבד עברי שמגרע פדיונו ויוצא". **אולם, בפשטות דין זה הוא דין מיוחד בפועל**, ולא נלמד מגרעון כסף וא"כ אין להשוות בין פועל לעבד כלל, ובפשטות כל מי שלא כתב כמרדכי חולק עליו, **וכן כתבו התוס' בב"מ י.** "ני"ל דמ"מ מותר אדם להשכיר עצמו דווקא עבד עברי שאינו יכול לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום עבדי הם". וכן נראית דעת השו"ע שלא הביא דינים אלו כלל.

הרמ"א כתב שהאיסור הוא להשכיר לג' שנים, והעירו הש"ך (יז) והט"ז שהוא ט"ס, וכוונתו ליותר מג' שנים, דג' שנים היינו שני שכיר, ויותר מכך יצא מתורת שכיר ונכנס לתורת עבד.

באחרונים נראה שיש ב' כיוונים בהבנת דין זה, יש שהבינו שזהו כח מיוחד שניתן לפועל כדי שלא יהיה כעבד, דהיינו כדי שיוכל להפסיק את עבודתו. אולם, היו שהבינו שזה מלמד אותנו על מהות הקנין של פועל, שכדי שלא יהיה כעבד אין קניינו מוחלט, ויש לו כח להפסיק עבודתו כשרוצה. הנפק"מ היא בשאלה האם יכול לחזור בו כיון שרוצה לילך לעבוד אצל אחר: **בפת"ש (ד) האריך בדיון בזה לגבי השאלה הבאה:**

א. האם יכול לחזור בו כשהולך לעבוד אצל אחר? חו"י – הסתפק, אך כתב שלא מצאנו לחלק בזה, ויכול לחזור וידו על העליונה. **והסכים עמו בספר קרית חנה** כיון שמהות השיעבוד שאינו קנין גמור, וחילק מדינו של ר"י דשם חזינן שאינו רוצה לחזור באמת, אלא עיניו נתן בממון. **שו"ת מים חיים –** יכול לחזור, אך בכה"ג ידו על התחתונה ודומיא דחוזר מחמת יוקר. **מנגד, ב"ח –** אינו יכול, דחזינן שרוצה להמשיך לעבוד, ולמד כן מהטור בשם ר"י שאינו יכול לחזור בו מחמת יוקר. **וכ"כ בספר מאמר קדישין, וכ"כ המהר"י מילר.**

ב. האם חזן דינו כפועל? חו"י – אינו חוזר, דאינו עבד לעבדים שהרי בקולו משמח אלוקים ואנשים, ואינו עבד לאדם אלא עושה צרכי שמים. (ומלמד שאני שנוטל שכר שימור ופיסוק טעמים שאינו מצוה). **שב"י, קצות (ז) – יכול לחזור בו;** הקצות כתב שודאי אף פיסוק טעמים במלמד זה מצוה, ועבד ה' מיקרי, אלא שבנוסף לזה הוא משועבד לחברו וה"ה בחזן, ומהשיעבוד לחברו – יכול לחזור בו, ועל זה נאמר 'עבדי הם' ולא עבדים לעבדים.

סעיף ד

כיצד דין הפועל שחזר בו אחר שהתחיל, שמין לו מה שעשה, ונוטל. (בין הוקרה המלאכה או הוזלה; ודוקא שחזר סתם, אבל אם חזר מכח יוקר, אין שומעין לו) (טור). ואם קבלן הוא, שמין לו את שעתיד לעשות (ע"ל סי' קע"ו ס"ג), בין שהוזלה בעת ששכרו בין שלא הוזלה, בין שהוזלה המלאכה אחר כך בין שלא הוזלה, שמין לו מה שעתיד לעשות. כיצד, קבל ממנו כמה לקצור בשתי סלעים (או שקבל על עצמו לעשות כך וכך חבית של יין) (ת"ה סימן שכ"ט), קצר חציה והניח חציה; בגד לארוג בשתי סלעים, ארג חציו והניח חציו; שמין לו מה שעתיד לעשות, אם היה שוה ו' דינרים נותן לו שקל או יגמרו את מלאכתן; ואם היה הנשאר יפה שני דינרים, אינו נותן אלא סלע, שהרי לא עשו אלא חצי מלאכה. הגה: ובע"ה החוזר בו דינו כקבלן, שידו על התחתונה (טור).

כיצד שמין לפועל או לקבלן שחזר בו:

1. פועל דהיינו שכיר יום שחזר בו אחרי שהתחיל במלאכתו – ידו על העליונה, ולעולם אין הוא מפסיד את התשלום על מה שעשה. לכן:

א. אם הוקרה המלאכה: נותן לו כפי שעשה, אע"פ שכדי לסיים את מלאכתו צריך לשכור אחרים יותר ביוקר ולהוציא יותר ממה שתיכנן. דכיון שידו על העליונה, אינו קונסים אותו על כך שחזר בו.

ב. אם הוזלה המלאכה: טור, סמ"ע, קצות – שמין לו את העתיד לעשות, כמה יצטרך להוציא בשביל לשלם לאחר לגמור מלאכתו, והנשאר יתן לראשון ונמצא שמקבל יותר ממה שעשה. וטעמם שכיון שידו על העליונה, אי"כ אין הוא צריך להפסיד כלום ממה שסיכמו בתחילה. **ש"ך –** נותן לו כפי שעשה, והייתה לבעה"ב. דאע"פ שידו על העליונה אין הכוונה לגמרי, אלא שאינו מפסיד ממה שעשה, אך פשוט שאינו מקבל יותר ממה שעשה.

הטור חידש דין זה, הב"י כתב שהוא דין פשוט דמהוקרה נלמד להוזלה, והב"ח ציין שמקורו הוא מדברי הרא"ש. אולם, אין ראיה מדברי הרא"ש כיון שהרא"ש רק דיבר על מצב בו בעה"ב חוזר בו, ובכה"ג כיון שידו על התחתונה אינו בדין שהפועלים יפסידו ויקבלו פחות ממה שהיו אמורים (דכיון שהוזלה אע"פ שימצאו מלאכה אחרת – אך יקבלו עליה פחות). אולם, אין מדבריו ראיה למקרה בו הפועל חוזר בו שיקבל יותר ממה שעשה, וגם הסברא מאוד קשה. וכן תמה הש"ך (יט), וכתב שבתוס' עז. מבואר להדיא להיפך, ושלא מצאנו כדברי הטור בשאר הראשונים, ושמצא בכתב יד ישן של הטור שליטא להאי דינא. אולם, הסמ"ע (טז) פירש דברי השו"ע והרמ"א כדעת הטור. הקצות (ח) כתב שהעיקר כדברי הטור, וטעמו שהיכולת של פועל לחזור בו בחצי היום, היא מדיון ע"י שיוצא בגרעון כסף וכשיטת המהר"ם. וכיון שכך, כיון שבע"ע יש דין מיוחד שימחשבינן להקל, אי"כ ה"ה בפועל שלעולם נחשב לטובתו.

2. קבלן שחזר בו – ידו על התחתונה, ולכן שמין לו את מה שעתיד להיעשות:

א. אם הוקרה המלאכה: בעה"ב מקזז ממה שעשה כפי שיצטרך להוסיף לאחר כדי שיגמור מלאכתו, ואת מה שנשאר נותן לו.

אם הוקרה ביותר ממה שעשה – אינו צריך לשלם מכיסו לבעה"ב.

האם בעה"ב יכול לתפוס מממונו של הקבלן? סמ"ע, ב"י – יכול לתפוס אפי' אם אין זה חלק מכלי אומנותו. כן דקדקו מדברי הטור. **ש"ך, ב"ח –** אינו יכול לתפוס אלא דווקא כלי אומנותו (ואף זה רק לחלק מהשיטות), אך דברים אחרים לא (שהרי הקבלן אינו חייב כלום לבעה"ב). ומה שכתב הטור "כיון שאינו תופס משלו", כוונתו שאין הפועל תופס משל בעה"ב, שאם הפועל היה תופס (כגון שקיבל מראש את כל השכר) – חייב להשיב.

ב. אם הוזלה המלאכה: אינו נוטל אלא כפי מה שעשה ולא יותר, לכו"ע.

3. מה דין בעה"ב שחוזר בו? רמ"א – כקבלן וידו על התחתונה, שאם הוזלה המלאכה אינו מקזז אלא את העתיד להיעשות, ונותן לפועל את השאר אף יותר ממה שעשה.

מקור הסעיף:

ב"מ עו: בברייטא: "השוכר את האומנין והטעו את בעל הבית, או בעל הבית הטעה אותן – אין להם זה על זה אלא תרעומת. במה דברים אמורים – שלא הלכו, אבל הלכו חמרים ולא מצאו תבואה, פועלין ומצאו שדה כשהיא לחה – נותן להן שכרן משלם, אבל אינו דומה הבא טעון לבא ריקן, עושה מלאכה ליושב ובטל. במה דברים אמורים – שלא התחילו במלאכה, אבל התחילו במלאכה – שמין להן מה שעשו. כיצד? קבלו כמה לקצור בשני סלעים, קצרו חציה. והניחו חציה, בגד לארוג בשני סלעים, ארגו חציו והניחו חציו – שמין להן את מה שעשו. היה יפה ששה דינרים – נותן להן סלע, או

יגמרו מלאכתן ויטלו שני סלעים. ואם סלע - נותן להם סלע. רבי דוסא אומר: שמין להן מה שעתיד להעשות, היה יפה ששה דינרים - נותן להם שקל, או יגמרו מלאכתן ויטלו שני סלעים. ואם סלע - נותן להם סלע. **רש"י ביאר** שהרישא עוסקת בפועל, אולם בסיפא (בד"א שלא התחילו במלאכה) אנו עוסקים בקבלנים שחזרו בהם, ובכח"ג נחלקו ת"ק ור' דוסא. ת"ק סובר שאף קבלן שחזר בו ידו על העליונה, ואף בכח"ג נאמר "עבדי הם" ולא עבדים לעבדים, אולם ר' דוסא חולק וסובר שדווקא בשכיר יום אמרינן הכי אך לא בקבלן, דקבלן אינו עבד שהרי הוא עצמאי והוא מחליט מתי לעבוד, ולכן אם חזר בו אנו קונסים אותו שידו תהיה על התחתונה. רב פסק כר' דוסא, והגמ' מסתפקת האם ר' דוסא דיבר אף בפועל שאינו יכול לחזור ורב סבר כוותיה בחדא ופליג עליה בחדא, או שאף ר' דוסא מחלק ביניהם ודווקא בקבלן סובר שידו על התחתונה. בכל אופן, קי"ל כרב שמחלק בהא.

סעיף ה

בד"א, בדבר שאינו אבוד; אבל בדבר האבוד, כגון פשתן להעלות מהמשרה, או ששכר חמור להביא חלילין למת או לכלה וכיוצא בהם, אחד פועל ואחד קבלן, אינו יכול לחזור בו. (משרתת או עבד של בעל הבית, מקרי דבר האבוד, דבע"ה לא יכול לעשות מלאכה בעצמו, וע"ז זה נאבד שלו) (ת"ה ס' שכ"ט); **אא"כ נאנס**, כגון שחלה (הוא או אשתו ובניו) (ח"ה ס' שכ"ט) או ששמע שמת לו מת (ל"ה הטור).

ומיהו אינו צריך לשלם להם כל שכרם, רק מה שעשו, וידם על העליונה (טור שם והרא"ש ורש"י ושאר פוסקים ע' ס"ק כ"ה). ואם חזר בעל הבית וקבלן לאחר שעבר האונס, סתם, וחזרו ועשו אחר כך מלאכתן, צריך לשלם להן כל מלאכתן ואינו מנכה להן כלום (טור בשם אביו הרא"ש והוא בפסקיו). אבל בלאו הכי, מנכה לו כל ימי חליו או אנסו, אעפ"י שלא חזר בו הפועל (תוס' ורשב"ץ ותשובת מיימוני ס"ס קנ"ן ס' ל"א). וה"ה למלמד שחלה שמנכין לו דמי חליו. ומיהו אם כבר קבל הפועל או המלמד שכרו, י"א דאינו צריך להחזיר (שם בתשו' מיימוני ובמרדכי עין בס"ק כ"ה).

ומלמד החוזר בו, מקרי דבר האבוד. וכן סופר המקבל לכתוב ספר אחד וחוזר בו, מקרי דבר האבוד (תשובת מיימוני הנ"ל ומרדכי פ' האומנין). מלמדין, דינן כשאר פועלים שצריכין לעשות כמנהג להשכים או להעריב, כמו שנתבאר סימן של"א, ואסור לעשות מלאכתו עם הלמוד או לנעור בלילה יותר מדאי, או להרבות במאכל, וכל המשנה ידו על התחתונה ומעברין ליה (מרדכי פ' האומנין בשם הירושלמי והגהות מיימוני סוף הלכות שכירות). שכר עצמו לזמן, יש לו דין פועל; אבל אם שכר עצמו ללמוד ספר או חצי ספר, יש לו דין קבלן (הגהות מיימוני פ"ט). וע"ל סימן של"ד ושל"ה מדיני מלמד.

ואם לא נאנס, וחזר בו, אם היה מוצא פועלים אחרים לשכור כששכר את אלו, ועכשיו אינו מוצא, שוכר עליהם או מטען. הגה: ואם מצא פועלים אחרים (לשכור), והטעה את אלו, צריך ליתן להם כפי מה שפסק להן באחרונה (טור ס"ג בשם הרא"ש).

כיצד מטען, אומר להם: סלע קצצתי לכם בואו וטלו שתים, עד שיגמרו מלאכתן, ולא יתן להם אלא מה שפסק תחלה; ואפילו נתן להם השתים, מחזיר מהם התוספת. הגה: פועל שעשה בחנם עם בעל הבית, יכול לחזור אפילו בדבר האבוד (מהרי"ק שורש קל"ג).

1. כל הדינים שאמרנו עד כאן הם דווקא בדבר שאינו אבוד, **אולם בדבר האבד – אף אחד** בין פועל ובין קבלן **אינו יכול לחזור בו, אא"כ נאנס** כגון שחלה או שמת לו מת.

ב"מ עו: בברייטא "במה דברים אמורים? בדבר שאין אבוד, אבל בדבר האבוד - שוכר עליהן או מטען. כיצד מטען? אומר להן: סלע קצצתי לכם - באו וטלו שתים. ועד כמה שוכר עליהן - עד ארבעים וחמשים זוז. במה דברים אמורים - בזמן שאין שם פועלים לשכור, אבל יש שם פועלים לשכור, ואמר צא ושכור מאלו - אין לו עליהן אלא תרעומת".

דבר שאינו אבד היינו שאינו דחוף לאותה שעה, שיוכל לעשותו גם לאחר זמן, וא"כ לא נגרם לו הפסד בכך שהפועלים חוזרים בהם, דיכול להמתין לזמן אחר ולשכור בו פועלים בזול. אולם דבר האבד, היינו שאם לא יעשוהו עתה - יפסד, וא"כ מוכרח לשכור פועלים ביוקר להשלים מלאכתם.

2. **אם חזרו בהם בדבר האבד** – שוכר עליהן דהיינו שוכר פועלים אחרים ומוסיף להם על שכרן מהממון שחייב לראשונים, או מטען דהיינו שמטעה אותם שיוסיף להם עוד שכר ואינו מוסיף.

3. **אם כששכר אותם לא היה מוצא אחרים חוץ מהם:** רמ"א - לא הוי דבר האבד, שהרי לא גרמו לו שום נזק. כ"כ הרמ"א, ומקורו הוא מהטור בשם הרשב"א, וכ"כ הנמוקי"י. ש"ך – צ"ע, שהרי יש החולקים וסוברים

(הג"א, תלמידי הרשב"א בשם הרמב"ן) שאף בכה"ג הוי דבר האבד, כיון שהיה טורח ביותר עד שהיה מוצא אחרים, ונמצא שגרמו לו נזק.

אם עכשיו מוצא אחרים לשכור – לא הוי דבר האבד, ואם הטעה אותם – חייב לשלם להם כפי מה שהתחייב באחרונה.

4. מצבים של דבר האבד:

א. מלמד: בד"כ זה דבר האבד, כיון שהתלמידים לא לומדים והוי ביטול תורה, ואת הזמן הזה לא יוכלו להשיב. אולם, אם מעמיד מלמד אחר במקומו, ואינם בטלים כלל – יכול לחזור בו. וכן אם בלאו הכי הם בטלים, כגון בבין הזמנים וכדו', לא הוי דבר האבד. כמו כן, אם בשעה ששכרו לא היה מוצא מלמד אחר – לא הוי דבר האבד (ש"ך כו).

ב. סופר סת"ם: בד"כ זה דבר האבד, כיון שאם יפסיק באמצע כתיבת הספר, הוי מנומר (ב' כתבים של סופרים שונים) והרי הוא כמקולקל. אך כאשר ידוע שלא מקפיד על כך – לא הוי דבר האבד.

ג. עבד או משרתת: ב"י, רמ"א – הוי דבר האבד, דבעה"ב אינו יכול לעבוד בעצמו. ש"ך – צ"ע, והכל לפי ראות עיני הדיין. הש"ך תמה שהרי מקור הדין הוא מתרוה"ד, והוא עצמו מסיים שדין זה צ"ע, (שהרי מדוע שבעה"ב לא יעשה בעצמו?!) וא"כ הדין עם השכיר שהמע"ה, והסיק שהכל לפי ראות הדיינים.

בפת"ש (ח) האריך בזה, והביא בשם 'ושב הכהן' (סי' יג) שחילק שדווקא לענין לשכור עליהם הסתפק התרוה"ד, אך לעצם הדין שלא יוכלו לחזור לכתחילה – זה פשוט שאינם יכולים לחזור, דאסור להם לגרום היזק לבע"ה אף מספק. עוד כתב בשו"ת הנ"ל שהיה מקום לדייק מתרוה"ד שדין זה נכון דווקא בעשיר, שאינו יכול לעשות מלאכות אלו בעצמו, אולם בסתם אדם – אין זה דבר האבד. אולם, כתב שמהרמ"א משמע שבכל אדם זה נכון, דכיון ששכר משרת – א"כ מוכח שזה דבר האבד, וסיים שלכן אמר הש"ך שהכל לפי ראות עיני הדיין.

כן הביא מדברי החת"ס (חו"מ קכב) בדין משרתת שמישכנה נזמים לבעה"ב, וחזרה בה באמצע ולא חזרה לקחת הנזמים, מה דינם? וכתב שאם באה ותבעה אותם ולא הסכים לתת לה אותם – זכה בהם, דאחולי אחלה גביה, שהרי כיון שקביעא ב"יד במתא ולא קבלה עליו בפניהם – מוכח שמחלה לו. ואין לומר שהוי מחילה בטעות שסברה שאינה יכולה לחזור – דעל כל פנים כיון שמשנת חסידים לא לחזור, ושארית ישראל לא יעשו עוולה – ניחא לה למיקם בהימנותא. אך אם לא תבעה אותם – לא חיישינן למיתה, ולכן צריך להשתדל לחפשה ולהודיע דלא גרע מאבידה, ואם לא הצליח למוצאה – ירשום על פנקסו כמה חייב לה וישתמש בהם, דנזמים של זהב שכיחי טובה.

5. עוד מדיני מלמד: א. דינם כפועלים שצריכים להשכים ולהעריב. ב. אסורים לעסוק במלאכתם עם הלימוד. ג. אסורים להיות ערים עד מאוחר בלילה, שלא יהיו עייפים למחר. ד. צריכים לאכול בצורה נורמלית שיהיה להם כח, ולא יאכלו פחות מדי או יותר מדי. **וכל המשנה ידו על התחתונה ומעבירים אותו.** ה. אם נשכר לזמן – דינו כפועל; אך אם נשכר ללמד משהו קצוב – דינו כקבלן, והנפק"מ כאשר אין זה דבר האבד.

6. פועל שנאנס כמה משלם לו? רמ"א – אין צריך לשלם לו על האונס, אלא רק על מה שעבד. אולם, אם כבר קיבל הפועל כל שכרו – י"א שאינו צריך להחזיר לבעה"ב התשלום כנגד האונס. וכן אם חזר לעבוד ובעה"ב לא אמר לו כלום – חייב לשלם לו כל שכרו, דמחל לו. ש"ך – בכל ענין אינו צריך לשלם לו על האונס, ואפי' קיבל כל שכרו – חייב להחזיר כנגד מה שלא עבד.

ב"מ עז. "השוכר את הפועל, ולחצי היום שמע שמת לו מת או שאחזתו חמה, אם שכיר הוא – נותן לו שכרו, אם קבלן הוא – נותן לו קבלנותו. מני? אילימא רבנן מאי איריא שמע שמת לו מת או שאחזתו חמה, דאניס, כי לא אניס נמי – הא אמרו רבנן יד פועל על העליונה! אלא לאו – רבי דוסא היא, ושמע מינה: לא שאני ליה לרבי דוסא בין שכירות לקבלנות. – אמר רב נחמן בר יצחק: בדבר האבוד ודברי הכל." למדו מכאן הראשונים שאף כשנאנס אינו מקבל אלא כנגד מה שעשה ולא יותר, דאי לאו הכי מאי קושיית הגמ' "מאי איריא שמע שמת לו מת וכו'", הרי החילוק מבואר שדוקא כשנאנס מקבל אף יותר ממה שעשה, מה שא"כ כשאינו אנוס אע"פ שידו על העליונה, אך לא יקבל אלא כנגד מה שעשה ותו לא? מוכח שאפי' כשנאנס אינו מקבל אלא כנגד מה שעשה.

קידושין יז. "אפילו חלה כל שש? והתניא: חלה שלש ועבד שלש – אינו חייב להשלים, חלה כל שש – חייב להשלים! וכו' הכי קאמר: חלה ד' – נעשה כמי שחלה כל שש וחייב להשלים". דין זה נאמר לגבי עבד עברי, ומבואר שאם חלה ג' שנים מקבל שכר אף כנגד חליו ואע"פ שלא עבד. א"כ מדוע בפועל הדין שונה?!

תוס' במקום כתבו שהיו שרצו לדמות פועל לע"ע, אולם מוכח בב"מ שבפועל הדין שונה. ב' טעמים כתבו לחלק: א. עבד עברי גופו קנוי לאדונו, וכיון שחלה נסתחפה שדהו של האדון שהרי אין העבד מחויב לעבוד יותר מיכולתו. אולם, הפועל השכיר עצמו לעשות מלאכה, וכיון שלא עשה מלאכה – אין חיוב לשלם לו. ב. בע"ע זה דין מיוחד, דכיון שג' שנים זה שני שכיר, א"כ כיון שעבד לכל הפחות שיעור של שני שכיר – אינו צריך להשלים. וכן דעת התשב"ץ והמרדכי.

הריטב"א כתב טעם קצת שונה לחלק, שפועל כיון שהשכיר עצמו למלאכה מסוימת – עליה הוא נוטל שכר, ואם לא עשה – אין לו ליטול כלום. אולם, עבד לא מכר עצמו למלאכה מסוימת, אלא השתעבד לו שיוכל לכופו למלאכתו, וא"כ אע"פ שחלה – נסתחפה שדהו. **הש"ך** (כה) **למד שהריטב"א סובר כמו שאר הראשונים. אולם הקצות (י) כתב שהוא שיטה אחרת, והנפק"מ ביניהם** היא בפועל שהשכיר עצמו לכל המלאכות (כעין משרת) שלדעת הריטב"א אפי' חלה – יטול כל שכר. אולם לדעת התוס', התשב"ץ והמרדכי – אין לו אלא כנגד מלאכתו, דכיון שאין גופו קנוי – אין בו דיני עבד.

אולם, הרא"ש (ב"מ פ"ו סי' ו) התקשה בסתירת הסוגיות והביא את **תירוצי המהר"ם** לחלק בשאלה האם כבר קיבל שכר או לא. וכתב שלו נראה חילוק אחר: בקידושין מיירי שחלה בתחילת שלש ואח"כ קיבלו בעה"ב בסתמא, ולכן אמרינן שמחל לו. אולם, הכא מיירי שחלה בסוף שש ולכן מנכה לו משכרו דלא מחל לו. וקשה, א"כ מדוע בקידושין חילקנו בין חלה ג' לחלה ד', ולא חילקו בין חלה בתחילת שש לסוף שש? ותיירץ דבלאו הכי משנה שפיר. (בשיטת המהר"ם אנו מוצאים עקביות בהשוואה בין פועל לע"ע, שאף יכולת החזרה של פועל נקט שהיא מדין 'גרעון כסף' של ע"ע).

הרמ"א הביא את החילוקים של הרא"ש והמהר"ם לדינא. אולם, **הש"ך** האריך לדחות דבריהם, ונקט שאין קשר בין פועל לע"ע, ובפועל לעולם איבד שכרו.

7. כיצד מטען? אומר להם 'סלע קצצתי לכם' – בואו וטלו שתיים, ולבסוף נותן להם רק סלע אחד, כפי שפסק בתחילה.

8. מה הדין אם הטעה אותם, כשהיה מוצא אחרים לשכור? רמ"א - צריך לשלם להם כמה שהתחייב להם. **ש"ך** – אע"פ שהיה מוצא אחרים, אם הפועל לא אמר לו: 'אני חוזר ב', ויש שם פועלים אחרים לך ושכור מהם' – יכול להטעותו. דדוקא כשמעמיד לו אחר במקומו, או שמראה לו אחרים דהוי כמעמיד אחר – יכול לחזור בו, אך בלאו הכי אינו יכול לחזור בו.

ב"מ עו: "אבל בדבר האבוד - שוכר עליהן או מטען. כיצד מטען? אומר להן: סלע קצצתי לכם - באו וטלו שתיים. ועד כמה שוכר עליהן - עד ארבעים וחמשים זוז. במה דברים אמורים - בזמן שאין שם פועלים לשכור, אבל יש שם פועלים לשכור, ואמר צא ושכור מאלו - אין לו עליהן אלא תרעומת". **רש"י פירש** "במה דברים אמורים - דשוכר עליהן - בשאינו מוצא לשכור". ומשמע דדוקא לשכור עליהן אינו יכול בכח"ג, אולם להטעותו יכול ואע"פ שיכול למצוא אחרים. **וכן כתב הרא"ש בתשובה** (כלל קד, א). אולם, בפסקיו כתב "וני"ל דקאי אמתען דאם מצא אחרים לשכור אומרים לו צא ושכור ואם הטען צריך ליתן להם התוספת", ומבואר מדבריו להדיא שכאשר יש אחרים אינו יכול להטעותו, וכן פסק הרמ"א. **הש"ך כתב את חילוקו כדי ליישב את סתירת דברי הרא"ש** בין התשובה לפסקים, שבתשובה מיירי שאין הפועל אומר לו 'צא שכור מאלו, ואילו בפסקים מיירי כשאומרים לו דדוקא. **אולם, בבדק הבית כתב שהטור** שינה לשון הרא"ש כשהביא דבריו (שכתב דדוקא כשאינו מוצא אחרים), כיון שלא קי"ל כתשובה אלא כפסקים.

כמו כן, כתב **הש"ך** שדין זה נכון דדוקא כשהוא התחיל לומר שיתן להם יותר, אולם אם הם חזרו בהם ורצו יותר – אינו נותן להם אלא כפי שקצץ בתחילה. והקצות והנתיבות דחו דבריו. **הש"ך הקשה**, שהרי בסי' שלב סעיף ה מבואר בדברי הרמ"א, שכל היכא שאם היה חוזר בו היתה עליו תרעומת, אם הטעהו וחזר לעבוד – על דעת הקציצה הראשונה חזר. וא"כ הכא נמי אע"פ שאינו דבר האבד אך יש עליו תרעומת, וא"כ מדוע צריך לשלם לו כמו שהטעהו?! ולכן כתב שמיירי הכא שהוא התחיל ראשון ואמר 'טלו ב', אך אם הם התחילו ואמרו שרוצים יותר – א"צ ליתן להם. **והנתיבות (יא) והקצות (יב) דחו דבריו**, ואמרו שהקושיא אינה קשה כלל, דהרמ"א שם דיבר רק כשפייסם בסתמא, דהיינו שאמר להם 'תחזרו ויהיה טוב', אולם אם להדיא הבטיח להם סכום גבוה יותר – חייב לשלם כפי מה שקצץ.

9. מה דין קבלן? קצות (יא), נתיבות (י) – אין חילוק. ש"ך (כט) – יכול להטעותו לעולם, היינו גם בדבר שאינו אבד, אף כאשר לא התחיל במלאכה.

הרא"ש בתשובה הקודמת כתב: "אבל להטעותו כדי לגמור מלאכתו כמו שהוא חייב לגמרה, שהרי מן הדין אינו יכול לחזור, אף אם היה מוצא פועל אחר, ואף אם אינו אבד, יפה עשה שהטעהו". מבואר בדבריו שקבלן אינו יכול לחזור, אף בדבר שאינו אבד ואפי' אם מוצא אחרים במקומו. **הש"ך** הבין שמיירי שם אפי' כשלא התחיל במלאכה, אולם הקצות (יא) כתב שמיירי שם שהתחיל במלאכה (כמו שמוזכר להדיא בלשון השאלה), והנתיבות (י) כתב שהרא"ש סובר כריטב"א שכיון שמשך את חומרי הגלם הוי קנין ושוב אינו יכול לחזור בו אף קודם התחלת המלאכה.

הקצות תמה על דברי הרא"ש שהרי קי"ל שקבלן יכול לחזור בו אפי' התחיל במלאכה אם בעה"ב ימצא פועלים אחרים?! וכתב שאולי ס"ל כריטב"א שכתב שעל הפועלים להראות ולברר שיש אחרים שיכולים לעבוד. אולם, תמה שאף הריטב"א לא כתב כן, אלא שכאשר מתווכחים מה היה הסיפור, על הפועל להוכיח שהיה מוצא אחרים. אולם, לחזור בו יכול אף בלא לברר, כל שידוע שיכול למצוא אחרים.

10. פועל שעובד בחינם – חוזר בו אפי' בדבר האבד; רמ"א בשם מהרי"ק. **והש"ך** (לא) כתב דהיינו דדוקא אם בעה"ב אינו מוכן לשלם לו. **אולם, אם בעה"ב רוצה לשלם לו, אינו יכול לחזור**, ואם חזר בו – חייב מדינא דגרמי. **אולם הנתיבות** (יב) כתב דהיינו דדוקא לטעמו של ההג"א, שאפי' בחינם חייב אם נשאל לו, אלא שבלא נתינת שכר אין

כאן דינא דגרמי, שהרי לא היה מוצא פועלים לשכור בחינם. אולם לטעמו של המהר"ק – שהיה לבעה"ב לאסוקי אדעתיה שיחזור בו באמצע – פטור בכל ענין.

סעיף ו

כיצד, שוכר עליהם פועלים וגומרין מלאכתן שלא תאבד, וכל שיוסיף לאלו הפועלים האחרים על מה שפסק לראשונים נוטל מהראשונים עד כמה עד כדי שכרן של ראשונים. ואם היה להם ממון תחת ידו, שוכר להשלים המלאכה עד ארבעים או חמשים זוז בכל יום לכל פועל, אף על פי ששכר הפועל בשלשה או ארבעה.

הגה: ואם לא שכר עליהם אחרים, אין הפועלים חייבים לשלם לו הזיקו (נ"י פרק האומנין). ויש אומרים הא דשוכר עליהן עד ארבעים או חמשים זוז היינו דווקא שתפס כלי אומנותם, אבל שאר דברים, לא (מרדכי פרק הנ"ל). ודוקא בדבר האבוד שאינו ממון, כגון מלמד או כדומה לזה, אבל בדבר האבוד של ממון, צריך לשלם לו כל הזיקו (תרומת הדשן סימן שכ"ט הגהת אשר"י).

1. אם חזרו בהם בדבר האבד, כיצד 'שוכר עליהם'? שוכר פועלים אחרים לגמור מלאכת הראשונים, ויכול להוסיף לפועלים השניים על שכרם, עד כדי השכר שהתחייב לראשונים. כלומר, שבסה"כ הפועלים האחרונים יקבלו פי שניים מהראשונים; כדעת רוב הראשונים. ואת התוספת מוטל על הפועלים הראשונים לשלם מכיסם.

ב"מ עה: "שכר את החמר ואת הקדר להביא פריפרין וחלילים לכלה או למת, ופועלין להעלות פשתנו מן המשרה, וכל דבר שאבד, וחזרו בהן - מקום שאין שם אדם, שוכר עליהן או מטען". **ובדף עה.** "עד כמה שוכר עליהן? - אמר רב נחמן: עד כדי שכרן. איתביה רבא לרב נחמן: עד ארבעים וחמשים זוז? - אמר ליה: כי תניא ההיא - שבאתה חבילה לידו". ונחלקו הראשונים בביאור "עד כדי שכרן": **רש"י** ביאר "כל מה שהוא חייב להן יוסיף לאחרים ויגמרו". **והרא"ש** בסי' ו כתב: "אמר רב נחמן עד כדי שכרן. פרש"י עד מה שבעה"ב תפס משכרן. וי"מ בכפל שכרו כדאמרין במקח טעות עד כדי דמיהן. **וכן משמע בירושלמי** דקאמר בדבר האבד כיצד אומר להן סלע קצצתי לכם באו וטלו שנים **או נוטל מזה ונותן לזה**. ולפי רש"י אם כבר פרע להן לא יטול מהם מה שעשו". וכן הסכימו הרשב"א והרמב"ן, וכן פשט דברי הרמב"ם והשו"ע, וכן הסכים הש"ך (לב), ולא כרבינו ירוחם שפסק כרש"י. (אמנם יש להעיר שהב"י הבין שאף רש"י סובר כך ואינו חולק על שאר הראשונים).

2. אם היה ממון הפועלים תחת ידו, יכול לשכור ממנו אפי' יותר ביוקר, עד כדי השיעור שדרך בעה"ב לשכור במצבים כאלה כדי שמלאכתם לא תאבד. **וכתב הנהיבות** (יד) דלדעת הרמ"א בהגה שבדבר האבוד של ממון חייבים לשלם מכיסם, א"כ בכה"ג אע"פ שלא באה חבילתם לידו יכול לשכור עליהם ביוקר כדי להצילם מהיוק הממון.

האם מדובר דווקא כשתפס את כלי אומנותם? רמ"א בשם מרדכי – כן. ש"ך – לא.

האם מדובר שעשה קנין בממון או שנתנוהו לו בתורת משכון? ש"ך (לג) – לא, ודלא כסמ"ג דבעי קנין. אמנם מדברי הריטב"א והרשב"א נראה דלא כש"ך אלא בעי קנין, רק נראה שא"צ בקנין מפורש דמסתמא נותנים לו אדעתא דהכי.

שם עה. "איתביה רבא לרב נחמן: עד ארבעים וחמשים זוז? - אמר ליה: כי תניא ההיא - שבאתה חבילה לידו". מהי אותה חבילה? רש"י ביאר "אם יש בידו משלהן הרבה, כדרך האומנים המקבלים עליהן מלאכה מביאים כלי אומנות לבית בעל הבית". הרשב"א, הריטב"א והרמב"ן ביארו שמיידי שהכלים שהם עושים איתם את האומנות הם החבילה, ודומיא דב"מ מח. 'והא בעי למימשך תספורת' דהיינו המספריים שמספרים איתם.

הש"ך דייק מדברי הרמב"ם והשו"ע "ואם היה להם ממון תחת ידו" שלא דווקא מדובר בכלי האומנות אלא בכל ממון השייך לאומנים, וכתב שכן נראה לו לפרש אף דברי רש"י שבד"כ זה כלי אומנות אך אין זה בדווקא. עוד הוסיף הש"ך שא"צ בקנין מיוחד. ונראה שהבין שכיון שמיידי בדבר האבד, א"כ הרי רובץ עליהם חיוב כללי לדאוג להשלים את מלאכתם, ולשם כך יכול בעה"ב לתפוס מכל נכסיהם, והרי זה מדיני תפיסה שבכל התורה. ואין זה מחמת שהם חייבים לו כבר עכשיו את הנזק, שהרי אם לא תפס ושכר ביוקר – אינו יכול להוציא מידם. אלא שממונם משועבד להשלים מלאכתו.

יש להעיר, שאף לדעת הש"ך דין זה נכון דווקא בדבר האבד, אולם בדבר שאינו אבד כבר כתב הש"ך בס"ק כ"א שאע"פ שיכול לשכור עליהם בכדי שכרם אם באת חבילה לידו, אך זה דווקא בכלי אומנות ולא בשאר דברים.

אולם, בדברי הרמב"ן, הרשב"א והריטב"א מבואר להדיא שזה מחמת שקנה את כלי האומנות לשם כך, וא"כ דין זה נכון דווקא בכלי אומנותו ולא בשאר כלים. וא"כ זה דווקא כלי אומנותם, ודווקא שעשו קנין (אמנם, בדבריהם מבואר שא"צ בקנין מפורש אלא מסתמא הם מקנים לו את כלי אומנותם לשם כך). **וכ"כ הריטב"א (ב"מ עה).** **להדיא** "ולכא

למימר בהאי חבילה מאי דאמרינן בפרק קמא דקידושין (ח' ב') מנה אין כאן משכון אין כאן, דהתם הוא שלא נתחייבו במנה קודם נתינת המשכון ואין משכון משתעבד אלא בחיוב קודם, אבל הכא משעת שכירות נתחייבו בתשלומי הפסדו מדינא ואההוא חיובא משתעבד המשכון. **ועוד דהכא לאו בתורת משכון יהבי ליה אלא שהקנו לו בגופה של חבילה כדי דמיה מעכשו אם יחזרו בהם בדבר האבד, ועל דעת כן משך בעה"ב את החבילה, ואף על פי שלא פירש כמי שפירש דמי, דמילתא דידיעא היא דסתם נותני חבילה להכי הוא דיהבי ליה, ויש בדברים אלו פירושים אחרים וזה הנכון, וכן כתבו בתוספות וכן דעת רבינו הרמב"ן.** וממילא מבואר דבעי קנין ודלא כש"ך.

לכו"ע יכול לתפוס שאר דברים ולשכור כדי שכרן, שהרי מועילה תפיסה בכל דבר כדמוכח בס"י עב ועה, והמח' היא דווקא לגבי המצב בו מותר לו לשכור ביוקר; ש"ך (לח).

3. אם לא שכר אחרים – אין הפועלים צריכים לשלם מכיסם את הפסדו. כ"כ הנמוק"י.

האם יש מצבים בהם חייבים לשלם מכיסם? רמ"א – בדבר האבד של ממון, כגון להעלות פשתנו מהמשרה וכדו' – חייבים לשלם. אולם בדבר שאינו של ממון, כגון מלמד שחוזר בו או שכרם להביא חלילין לכלה ולמת, אע"פ שנפסד על ידם, אך אינם חייבים לשלם. **פשט הנמוק"י** – לעולם אינם חייבים לשלם, וכן כתב הגר"א שהרמ"א חולק על הנמוק"י ומחייב מדינא דגרמי, אולם לנמוק"י לעולם פטורים. שלא כש"ך שכתב שאולי אף הנמוק"י והרמב"ן לא דיברו אלא כשיכל לשכור כשחזרו בהם אלא שהמתין ובגלל זה לא מצא פועלים. (ולעני"ד דבריו צ"ע דבכה"ג פשיטא שאינם חייבים לשלם לו, שהרי הוא גרם לעצמו והם לא הזיקוהו כלל!).

סעיף ז

במה דברים אמורים, שאין שם פועלים לשכור בשכרן להשלים המלאכה. אבל אם יש פועלים לשכור בשכרן, ואמר לו: צא ושכור מאלו והשלם מלאכתך, בין שכיר בין קבלן, אין לו עליהם אלא תרעומת, ושמן לשכיר מה שעשה, ולקבלן מה שעתיד לעשות.

כל הדין של דבר האבד, הוא דווקא כשבעה"ב אינו יכול למצוא פועלים אחרים. אולם, אם יכול לשכור פועלים אחרים – חזר הדין כמו בדבר שאינו אבד, דבשכיר יום ידו על העליונה, וקבלן ידו על התחתונה.

סעיף ח

אמר לאומן: עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד, יפסיד, חייב.

הגה: שליח צבור שהשכיר עצמו עם מנהיגי העיר לשנה בתנאי כך וכך, ואחר כך השכיר עצמו לבני העיר הזאת עם מנהיגים שניים, ולא התנה, ודאי על תנאי הראשון השכיר עצמו. ודוקא שחזר והשכיר עצמו בשנה שנייה; אבל אם עמד עמהן בשתיקה, לא אמרינן דנשאר על תנאו הראשון (רבי"ש סימן תע"ה ומהרי"ק שורש קי"ח).

האב שהשכיר בנו למלאכה, אף על פי שאינו מעלה לו מזונות, ודאי ניחא ליה במה שעושה האב ונוטל כפי מה שקצב האב, עד שעה שיחזור בו (תשובת רמב"ן סימן ק"ה).

מלמד אצל בעל הבית, שאמר לו בעל הבית: לך מעמדי, ונתרצה המלמד, יוכל הבעל הבית לחזור בו ולעכבו, דאינו יכול למחול שעבודו של נער (מרדכי ריש פרק האומנין ותשובת רשב"א סימן תתע"ג ורבי ירוחם נכ"ט ח"ג). מיהו בשאר פועל, אם אמר לו בפני שנים: לך מעמדי, פטור בלא מחילה. ויש אומרים אם אמר לו דרך כעס, שאינו פטור (רבי ירוחם הנ"ל ב' הדעות).

1. אם אמר לאומן שיקנה ממנו חפץ פלוני, ועשאו האומן ואינו רוצה לקנותו, אם הוא חפץ שיפסד – חייב לשלם מדינא דגרמי. מיירי שלא ציווהו לעשותו עבורו – דא"כ בלאו הכי חייב לשלם לו מדין שכירות פועלים, ואינו יכול לומר לו 'טול מה שעשית בשכרך'; נתיבות טו.

ממילא מובן שבחפץ שאינו נפסד – מוטל על האומן לטפל במכירת הכלי; סמ"ע (ל). וכן מיירי שהאומן עשאהו משלו, אך אם עשאהו משל בעה"ב שציווהו – כיון שאין האומן קונה בשבח כלי – מוטל על בעה"ב לקחתו ולמכרו ולשלם לו דמיו; ש"ך (מא).

2. ש"ץ שהשכיר עצמו בתנאי מסוים לשנה ראשונה, ואח"כ השכיר עצמו לשנה נוספת בסתם – על דעת התנאי הראשון השכיר עצמו. אולם, אם המשיך לעבוד בשנה השניה בשתיקה – לא אמרינן שעל דעת התנאי הראשון השכיר עצמו; כ"כ הרמ"א בשם הריב"ש והמהרי"ק.

הרמ"א דיבר לגבי בני עיר ששכרו ש"ץ והתנו שיהיה פטור ממיסים. ובשנה השניה שכרוהו בסתם ולא התנו כן. **הש"ך** **תמה** שמדברי הריב"ש והמהרי"ק אין הכרח לחילוקו של הרמ"א, שהם רק חילקו שאין זה דומה לקטן שהתחייב לאשתו תוספת כתובה שאמרינן שאע"פ שהגדיל עמה אינו חייב לה תוספת, דשאני התם שבתחילה התנאי לא חל כלל. אולם, היכא שהתנאי חל בשנה הראשונה, א"כ כששכרוהו בסתמא אח"כ – זה היה על דעת התנאי הראשון.

וכתב שאף לפי הבנת הרמ"א מייירי דווקא במקרה בו המשכירים אינם נפסדים בכך, ולכן יכולים לומר לא חששו למחות. כגון בש"ץ שאומרים לא היה לנו היזק בכך שהיית ש"ץ שלנו ולכן שתקנו. אולם, כאשר הם נפסדים בכך, כגון שהוא דר בדירת הקהל בחינם, בכה"ג לכו"ע אף אם שתקו על דעת התנאי הראשון שתקו.

הנתיבות (טז) הוסיף שבשוכר דירה מחברו, לעולם אמרינן שעל דעת התנאי הראשון המשיך, דכיון שאם דר בביתו שלא מדעתו יש בו משום גזל – א"כ ודאי הייתה דעתו בשעה שדר על דעת ההסכם הראשון. משא"כ בש"ץ.

3. **אב שהשכיר בנו למלאכה, וקצב עם המעסיק דמים** פחות מהרגיל בשוק :

א. אם לא ידע הבן מזה: אם הוא סמוך על שולחן אביו – משלם לו כפי מה שקצב עם אביו; דכיון שמעלה לו מזונות – שכירותו דאב הוי; כ"כ הרשב"א במיוחסות. אם אינו סמוך על שולחנו – נותן לו כפחות שבפועלי העיר, דהרי הוא כאחר ואינו יכול לקצוב עבורו את שכרו; כן מבואר מתוך דברי הר

ב. אם ידע הבן מזה, דהיינו שאביו קצב לו דמים, אע"פ שלא ידע כמה: בכל ענין משלם לו כפי שקצב אביו, דכיון שידע ושתק ודאי נתרצה בכך, וניחא ליה בכל מה שיעשה אביו.

מה הדין באחר שאינו אביו? ש"ך (מה) – אותו דבר. נתיבות (יז) – נותן לו כפחות שבפועלי העיר, דאע"פ שנתרצה בעשייתו, לא גרע משלחו בפירוש שהמקח בטל דיכול לומר לו 'לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי'; ודוקא באב אמרינן שניחא ליה אפי' בפחות, והרי זה כאילו התנו 'בין לתקן ובין לעוות'.

סימן שלד

השוכר את הפועל להשקות השדה, והשוכר מלמד וחלה בנו, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

השוכר את הפועל להשקות השדה מזה הנהר, ופסק הנהר בחצי היום, אם אין דרכו להפסיק, או אפילו שדרכו לפסוק והפועל יודע דרך הנהר, פסידא דפועל ואין בעל הבית נותן לו כלום, אף על פי שגם בעל הבית יודע דרך הנהר. אבל אם אין הפועל יודע דרך הנהר, ובעל הבית יודע, נותן לו שכרו כפועל בטל. הגה: וכן בכל אונס שאירע לפועל, בין ששניהם היו יודעין שדרך האונס לבא או ששניהם אינן יודעין, הוי פסידא דפועל. אבל אם בעל הבית יודע והפועל אינו יודע, הוי פסידא דבעל הבית (טור ס"ב). ואם הוי מכת מדינה, עיין לעיל סימן שכ"א. מי ששכר בית לדור בו, ומת בתוך זמן השכירות, אין צריך לשלם לו רק מה שדר בו, דבעל הבית הוי כפועל והוי ליה להתנות (מרדכי פרק האומנין). מיהו יש חולקין (בית יוסף בס"ס ש"ב בשם תשובת רשב"א אלף וכ"ח ובשם תוספות פרק חזקת ות"ה ס' שכ"ט, וכן משמע תשובת רשב"א שהביא הב"י סימן של"ה). לכן אם קבל השכר כולו, אין צריך להחזיר כלום, כן נראה לי. אם ברחו מחמת שינוי אויר, הוי כשאר אונס, והוי פסידא דפועל או המלמד (תשובת מהר"ל סימן מ"א ומהר"ם פאדוואה סימן פ"ו).

1. כל אונס שיבוא לפועל – מפסיד הפועל, אלא אם כן הוא אונס שבעה"ב היה אמור לדעת בו והפועל לא.

ב"מ עז. "וואמר רבא: האי מאן דאוגיר אגורי לדוולא, ופסק נהרא בפלגא דיומא. אי לא עביד דפסיק - פסידא דפועלים. עביד דפסיק, אי בני מתא - פסידא דפועלים, לאו בני מתא - פסידא דבעל הבית".

2. אונס שהוא מכת מדינה: עי' בסימן שכא שם נתבארה דעת הרמ"א שבכה"ג מפסיד המשכיר הכל, ודעת החולקים עליו שאדרבה מפסידים שניהם בשוה.

3. השוכר בית לדור בו ומת באמצע זמן השכירות: רמ"א בסתם, ש"ך – משלמים היורשים רק על מה שדר בו, וא"צ לשלם על להבא, אך אם כבר שילם אביהם א"צ להחזיר להם. כ"כ המרדכי בשם המהר"ם, וכ"כ תרוה"ד; וטעמם שהמשכיר דינו כפועל, שהרי הוא צריך להעמיד לו בית לדור בו, וכיון שמת השוכר הוי אונס שהוא פסידא לפועל. רמ"א בשם י"א – צריכים לשלם לו עד סוף זמן השכירות, כ"כ הרשב"א בתשובה וטעמו דשכירות ליומא ממכר היא. הש"ך כתב שהעיקר כסברא ראשונה, וטעמו דשכירות ליומא ממכר היא לא אמרינן אלא לענין אונאה, וכשיטת תוס' בהזהב, וכן דעת תרוה"ד ומהרש"ל. ועוד שאפי' אם נאמר שממכר היא, רק לאותו יום היא ממכר אך לא לכל תקופת השכירות, ועוד שאף במכר אם נאנס – נתבטל המקח. וטעמו האחרון צ"ע, שהרי אף אם נאמר שבמכר אם נאנס מתבטל המקח, הרי פשוט שזה רק לפני שהתחיל המקח, אך אם כבר משך וקנה ולאחר שהשתמש בו נאנס – פשוט שהמקח אינו בטל, ומזלו גרם! וא"כ כיון שמת בתוך תקופת השכירות לאחר שכבר התחיל לדור בו, אם נאמר ששכירות היא מקח לכל התקופה – אין שום סברא לבטל המקח! ובאמת היא מח' בין האחרונים האם שכירות ממכר היא או שזה רק התחייבות של המשכיר כלפי השוכר, ודומיא דפועל שמחויב לעבוד עבור המשכיר. והש"ך והנתיבות אזלו בשיטה זו, דשכירות אינה ממכר, וכן משמע כאן ברמ"א. אולם, הקצות לאורך כל הדרך נוקט ששכירות היא מכירת גוף לפירותיו לזמן, ולפי זה פשוט שאף אם מת בתוך זמנו – חייבים היורשים לשלם, וכדעת הרשב"א כאן והבית יוסף.

4. מלמד שתלמידיו ברחו מחמת שינוי האויר – הרי זה כאונס, דהוי פסידא דפועל.

סעיף ב

שכרו להשקות שדהו ובא מטר בלילה בענין שאינו צריך, אינו נותן לו כלום. וכן אם בא בחצי היום, אינו נותן לו מחצי היום ואילך כלום. אבל אם בא הנהר, נותן להם כל שכר; מן השמים נסתייעו. הגה: שכר פועלים לחפור שדהו ובא מטר בלילה בענין שאין יכולין לחפור, אם לא ראו הפועלים הקרקע, פסידא דבעל הבית הוא, דהוי ליה להודיעם שלא יבואו. י"א דאם ביקר בעל הבית המלאכה מבערב וראה שצריכה פועלים, פטור בכל ענין (הכל בטור ס"א). ועיין לעיל סימן של"ג סעיף א' וב'. יש אומרים הא דאמרינן דאם אירע אונס הוי פסידא דפועלים היינו ששכרן למלאכה ידועה, אבל אם שכרן סתם, יכול לומר: תן לי מלאכה אחרת כזו (ת"ה סימן שכ"ט).

1. שכר פועל למלאכה ולבסוף נתבטל הצורך בה באונס – אינו נותן לו כלום, כמו בסעיף הקודם. ולכן אם שכר פועלים להשקות שדהו ולבסוף ירד גשם – אינו משלם להם, וכן אם ירד גשם בחצי היום – אינו צריך ליתן להם שכר חצי היום השני. שהרי כל שדה שיורד בה גשם שוב אין צורך להשקותה, והרי זה אונס ששניהם שוים בו שהוא פסידא דפועלים. אולם, אם גדל הנהר והשקה השדה – משלם להם, שזהו אונס שעל בעה"ב לידע ולא עליהם, דרך הוא מכיר את החריצים שבשדהו ויודע אם הנהר יבוא וישקה אותה.

לגבי בא המטר באמצע היום – הוא מח' בראשונים ויתבאר בסעיף הבא.

2. שכר פועלים לחפור לו השדה וירד גשם בלילה: אם לא ראו הפועלים הקרקע מאתמול – נותן להם שכרם, דפסידא דבעה"ב הוא שהיה לו להודיעם שלא יבואו, שהרי צריך להכיר את השדה כדי לדעת האם הגשם שיורד ימנע את העבודה מחר. וי"א שאם בעה"ב ראה את הקרקע מבערב, ובאותה שעה הייתה זקוקה למלאכה – הרי הוא אנוס, והפועלים הפסידו.

ב"מ עו: "דאמר רבא: האי מאן דאגר אגירי לרפקא, ואתא מטרא ומלייה מיא. אי סיירא לארעיה מאורתא - פסידא דפועלים, לא סיירא לארעיה מאורתא - פסידא דבעל הבית, ויהיב להו כפועל בטל. ואמר רבא: האי מאן דאגירי אגורי לדוולא, ואתא מטרא - פסידא דפועלים. אתא נהרא - פסידא דבעל הבית, ויהיב להו כפועל בטל". וכתבו התוס' לבאר הטעם מדוע במקרה הראשון הדין תלוי בשאלה האם סיירא לארעיה מאורתא או לא, ואילו לגבי הדין של שוכר פועלים להשקות לא? "לפי שהפועלים אין להם לידע שהמטר ימנע קרקעו מריפקא, אבל בדוולא רוב השדות מתמלאות בהם יאורים על ידי המטר ולא היה לו לירא יותר מפועלים ולא פשע במה שהוליכם שם".

כמו כן, נחלקו הראשונים עם הרמב"ם בפירוש הדין של השוכר לריפקא (לעדור שדהו), שרש"י פירש שמירי שהולך הפועלים לשדה מבערב וכיון שראו והכירו את השדה – היה להם לידע שאינה ראויה לעבודה, והפסידו. משא"כ כשלא הוליכם מבערב, ואינם יודעים מה מצב השדה. אולם, הרמב"ם נקט שהשאלה האם בעה"ב סייר שדהו מבערב, דכאשר הוא סייר ולא פשע, אע"פ שירד למחרת גשם הרי הוא אנוס, משא"כ כשלא סייר כיון שפשע בכך – חייב לשלם להם.

3. אע"פ שאמרנו שבכל אונס ההפסד על הפועל, היינו רק כששכרם למלאכה מסוימת, אך אם שכרם למלאכה סתם – יכולים לומר לו: תן לנו מלאכה אחרת; רמ"א בשם תרוה"ד.

סעיף ג

במה דברים אמורים, בפועל. אבל מי שפסק עם אריסו שאם ישקה שדה זו ארבע פעמים ביום יטול חצי הפירות, וכל האריסין שהם משקין שני פעמים אינם נוטלים אלא רביע הפירות, ובא המטר ולא הוצרך לדלות ולהשקות, נוטל חצי הפירות כמו שפסק עמו, שהאריס כשותף ואינו כפועל.

גיטין עד: "ההוא גברא דאמר ליה לאריסיה: כולי עלמא דלו תלת דלוותא ואכלי ריבעא, את דלי ארבעה ואכול תילתא, לסוף אתא מיטרא, אמר רב יוסף: הא לא דלה, רבה אמר: הא לא איצטריכא". והלכה כרבה, וכתב הר"י שטעם החילוק הוא מפני שהאריס כשותף ולא כפועל, שהרי הוא נוטל את שכרו ע"פ היבול של השדה, ואם לא יהיה יבול – יפסיד. וכ"כ הרא"ש והרמב"ם.

לגבי קבלן: הראב"ד כתב שדין זה הוא רק בפועל, כיון שאינו נוטל אלא לפי טרחו ואם לא טרח – אינו נוטל. ואף בפועל זה רק כשבא המטר בלילה, אך אם התחיל במלאכה – לא הפסיד. (ע"פ גירסת הספרים שגרסה בגמ' 'אתא מיטרא בליליא'). אולם, קבלן כיון שאינו נוטל ע"פ המאמץ שלו אלא ע"פ התוצאה, וכיון שהמלאכה נעשתה – נוטל שכרו מושלם. והרמב"ן כתב שאין חילוק בין פועל לקבלן, שפועל אפי' התחיל במלאכה הפסיד שכרו ממה שלא עשה, כמו שמוכח בב"ק קטז. לגבי שטף נהר חמורו וחמורו חברו שאם ירד להציל ולא הציל אין לו אלא שכרו ולא יותר, כיון שלא עבד שליחותיה. וכן לגבי קבלן מוכח שם שאין חילוק, דדוקא כשעשה שליחותו נוטל אך אם לא (כגון שם שהלך להביא חלילין למת) אינו נוטל. וכ"כ שהעיקר לדינא שפועל וקבלן שווים.

סעיף ד

מי ששכר מלמד לבנו, וחלה התלמיד, אם אינו רגיל באותו חולי (והוא הדין אם מת הנער) (מרדכי ריש פרק האומנין). ואפילו אם רגיל והמלמד מהעיר ומכיר בו, פסידא דמלמד. אבל אם רגיל בחולי ואין המלמד מכיר בו, כגון שאינו מן העיר, פסידא דבעל הבית, ונותן לו כל שכרו משלם. הגה: דכל לומדי תורה יותר נוח להן ללמוד מליך בטל (טור ס"ו) ועיין לקמן סימן של"ה. (שם נתבאר שדין זה נכון, אף כשיש לו תלמידים אחרים שלומדים עמו).

קצת דיני מלמד ביורה דעה סימן רמ"ה וביו"ד סימן רמ"ח סעיף ה' מדין אשה שהשכירה מלמד לבנה אם בעלה יוכל למחות, ועיין לעיל סימן פ"א סעיף א' וסעיף ז' מי שאמר לחבירו ללמוד עם

בן חבירו אם חייב לשלם, ועיין לעיל סוף סימן רל"ז אם יש משום השגת גבול אצל מלמד, ועיין לעיל סימן של"ג דינין הרבה מדין מלמד.

סימן שלה

השוכר את הפועל למלאכה סתם או למלאכה ידועה, ובו ג' סעיפים.

סעיף א

השוכר את הפועל למלאכה ידועה, ונשלמה בחצי היום, אם יש מלאכה כמותה או קלה ממנה, עושה; ואם אין לו, נותן לו שכרו כפועל בטל. הגה: ואם רוצה ליקח מחבירו מלאכה כזו וליתן לפועל, הרשות בידו. ויש אומרים דאם רוצה להוסיף בשכרו, צריך לעשות אפילו מלאכה כבידה מן הראשונה (הכל במרדכי פרק האומנין). ואם היה מהחופרים או עובדי אדמה וכיוצא בהם, שדרכם לטרוח הרבה ואם לא יעשה מלאכה יחלה, נותן לו כל שכרו משלם.

ודוקא שלא הראה לו אותה מלאכה תחלה, אבל אם הראה אותה לו וראה שלא היה בה מלאכת יום ולא התנה, אינו נותן לו כלום לאחר ששלמה, כמו שנתבאר בסי' שקודם זה דכל מה ששניהם יודעים יש לפועל להתנות. ואם שכרו סתם למלאכת יום אחד, יכול לשנותו ממלאכה קלה לכבדה.

ב"מ עז. "ואמר רבא: האי מאן דאגר אגורי לעבידתא ושלם עבידתא בפלגא דיומא, אי אית ליה עבידתא דניחא מינה יהיב להו, אי נמי, דכותה - מפקד להו, דקשה מינה - לא מפקד להו, ונותן להם שכר משלם. אמאי? וליתבי להו כפועל - כי קאמר רבא באכלושי דמחוזא, דאי לא עבדי חלשי". וכתבו הרא"ש, הרמב"ן והרשב"א דהיינו דווקא כששכרו למלאכה ידועה, אך אם שכרו למלאכה סתם - יכול ליתן לו איזה מלאכה שרוצה. והוסיף הסמ"ע שאע"פ שנתן לו בתחילה מלאכה קלה - לא הפסיד זכותו, ויכול ליתן לו אח"כ מלאכה כבידה. ודוקא כשלא ראו את המלאכה מבעוד יום, דאם הראה להם ויכלו לדעת שאין בה כדי עבודת יום אחד ולא התנו - הפסידו, שהרי עליהם להתנות כמבואר בסימן הקודם.

הגה: מלמד שחלה התלמיד, נתבאר בסוף סימן של"ד (טור ריש סי' של"ד ורמב"ן בתשובה סי' א'), מקום שהוא פסידא דבעל הבית צריך ליתן לו שכרו משלם ולא כפועל בטל, דאי לא עבדי חלשי. ואפילו יש לו תלמידים אחרים שלומד עמהם, דדבורא לאחד דבור למאה (ב"ב בשם הרשב"א ורבי ירוחם נכ"ט ח"ג).

ואין בעל הבית יכול ליתן לו נער אחר ללמוד עמו (תשובת רמב"ן סימן א'). ויש אומרים דיכול ליתן נער אחר המבין וחרף כראשון, אבל לא קשה ממנו (מרדכי פרק האומנין), וכן נראה לי להורות.

טעם הסוברים שאינו יכול ליתן לו אחר, הוא משום שאין זה כשאר מלאכות, דיש תלמידים שיש טורח בלימודם הרבה ויש שמבינים מהר, ולכן כיון שעל הרוב אין זה אותו דבר - אמרו שאינו יכול לשנות; סמ"ע. ומיהו לכו"ע אם שכרו סתם ללמוד עם ד' או ה' תלמידים וכדו' יכול ליתן לו איזה שירצה, ולהחליף התלמידים, שהרי לא נשכר דווקא לאלו; סמ"ע.

והא דצריכין ליתן למלמד שכרו משלם, היינו דוקא אם נראה לבית דין שנהנה בלמודו יותר מבטולו; אבל אם נראה לבית דין שנוח לו בבטול, אינו נותן לו אלא כשאר פועל בטל (תשובת רשב"א סימן תרמ"ג וסימן אלף מ"ב).

המלמד עם בן חבירו שלא מדעת האב, יש אומרים דחייב לשלם לו כדין היורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות, שיתבאר לקמן סימן שע"ה (מרדכי שם והגהות מרדכי), ויש חולקין (תשובת רשב"א סימן תרמ"ה).

הרשב"א סובר שפטור מלשלם לו, והוכיח כן מנדרים לו. שמבואר שם שהמודר הנאה מחברו אסור ללמוד מקרא אך מותר ללמוד מדרש, והטעם שמדרש נוהגים ללמד בחינם משא"כ מקרא; אולם, את בנו מותר ללמד אף מקרא. מבואר שאע"פ שנוטלים עליה שכר אין לאב הנאה מכך שלומד עם בנו. ונראה הטעם שכיון שאין השכר על הלימוד עצמו, אי"כ לא שייך בזה דין 'נהנה' שהנהנה לאביו במה שלימדו, שהרי את עצם הלימוד מחויב ללמד בחינם. וכתב הש"ך שנראה לו שאף המרדכי לא חלק, אלא באופן שאמר לו קודם לכן 'למוד עם בני' וגילה דעתו שרוצה שילמדנו וישלם לו, ואח"כ למד עמו עוד מדעתו. אך אם סתם הלך ולמד עמו - אף הוא מודה שפטור. **ולדינא הסיק הש"ך שהעיקר כרשב"א.** ובפת"ש כתב שאם היה למלמד ממון של האב בידו - יכול לעכבו.

ואם אחד אומר למלמד: למוד עם בני, ולא קצב לו שכירות, צריך ליתן לו כפי מה שנותנים אחרים (מרדכי הנ"ל בשם מהר"ם).

בעל הבית ששכר מלמד ואמר שילך אצל קרובו לנסותו אם יוכל ללמוד עם הנער, ולא הלך, ואחר שלמד עמו אומר שינסנו עדיין, ועד מעיד שלא ידע ללמוד עמו, הדין עם המלמד, מאחר שיועד עכשיו מוקמין ליה אחזקה שידע כבר, ונשבע נגד העד ונוטל שכרו (מרדכי פרק מי שמת).

רב שהיה בעיר כמה שנים והורה לקהל, ואחר כך קצבו עמו שכר להבא, לא יוכל לתבוע מה שעבר, דודאי מחל להם (מהר"ם פאדוואה סימן מ').

פועל שקבל עליו כל אונס, ובא אונס דלא שכיח כלל, פטור, שעל מנת כן לא התנה (ב"י ס"ס של"ב וכן הוא בש"ס פ' מי שאחזו).

אחד ששכר סוס על שמונה ימים לילך למקום אחד, וכאשר הלך ב' ימים נמלך וחזר למקומו, יכול לעשות באלו י' ימים עם הסוס מה שירצה, להשכירו בעיר להביא עצים או שאר מלאכות המיוחדות לסוסים באותה עיר, אף על פי שזו המלאכה כבידה מן הראשונה, דניחא ליה שתהא בהמתו בעירו ועושה מלאכה כבידה ממה שתלך למקום רחוק (תשובת מיימוני דמשפטים סימן כ"ד).

סעיף ב

השוכר את הפועל להביא לו שליחות ממקום למקום, והלך ולא מצא שם מה שיביא, נותן לו שכרו משלם. הגה: דהרי כבר עשה שליח שליחותו (המגיד פ"ט). אבל אם שלח שליח עם אגרת, ומצא מי שנשלח אליו וחזר, אין לשלוח כלום אלא אם כן הוי לבעל הבית לידע ולא לשלוח, דאז הוי פסידא דבעל הבית כמו שנתבאר לעיל סימן של"ד (מרדכי פרק האומנין והגהות מרדכי דקידושין). ואם היה דבר כבד מה שיש לו להביא, מנכה לו, שאינו דומה בא טעון לבא ריקם, אא"כ הוא מאותם אנשים שדרכם לטרוח.

1. השוכר את הפועל להביא שליחות ממקום פלוני, והלך ולא מצא – נותן לו שכרו משלם, שהרי עשה שליחותו.

רי"ף ב"מ מז. (מדפי הרי"ף) "תוספתא השוכר את הפועל להביא שליחות ממקום למקום והלך ולא הביא נותן לו שכרו משלם. השוכר את הפועל להביא לו קנים ודורקנים לחרם והלך ולא הביא נותן לו שכרו משלם. השוכר את הפועל להביא ענבים ותפוחים ודורמסקין לחולה הלך ומצאו שמת או שהביא לא יאמר לו טול מה שהבאת בשכרך אלא נותן לו שכרו משלם".

2. שלח שליח להוליך אגרת לאיש פלוני:

א. הלך ולא מצאו: לבוש – פטור מלשלם לו, סמ"ע ונתיבות – חייב לשלם לו, שהרי זה ממש דינו של השו"ע, שעשה שליח שליחותו במלואה, וזה שבעה"ב נאנס בכך שלא נמצא שם – אין לו לשלוח להפסיד בכך.

ב. הלך ומצאו באמצע הדרך: רמ"א – אין לשלוח כלום, ככל דיני אונסים. סמ"ע ונתיבות – חייב לשלם לו לכל הפחות על חצי הדרך שהלך, שהרי עשה שליחותו. במרדכי כתב על מעשה באדם ששלח שליח להביא אגרת לפלוני ומצאו תגר וחזר, והבין הרמ"א שהכוונה שמצא את הסוחר באמצע הדרך ונמצא שהשליחות היתה מיותרת, והרי זה כאונס דלא הוה למשלח לידע – שפטור והפסיד הפועל. אולם, הסמ"ע הקשה שמדוע לא יתן לו לפחות את שכרו של חצי הדרך שהלך, שהרי לא גרע מהשוכר חמור ומת בחצי הדרך שנותן לו שכרו של חצי הדרך, שהרי ההנהגה בה!! ולכן פירש שהכוונה 'תגר' בצירה, דהיינו לשון מריבות ותגרות, והכוונה שהשליח הסתכסך עם אנשים בדרך ומחמת זה לא ביצע שליחותו כלל, וממילא בעה"ב פטור מלשלם ואינו צריך ליתן לו אף דמי חצי הדרך, שהרי לא ההנהגה כלל. ודוקא כשהאונס שאירע בדרך הוא מחמת בעה"ב צריך לשלם לו, משא"כ כשהאונס הוא מחמת השליח; וכ"כ הנתיבות. ונראה שאף הגר"א מסכים עמו, שעל דברי הרמ"א הפנה לדברי הסמ"ע הללו.

ג. הלך ובאמצע הדרך אירע אונס לשליח: סמ"ע ונתיבות – פטור מלשלם לו, ואפי' הדרך שהלך כבר – שהרי לא נהנה בזה בעה"ב כלום.

3. ראובן שכר שמעון לשמשו בדרך נסיעתו, ומת ראובן באמצע הדרך: סמ"ע – נותנים לו כל שכרו, כ"כ הב"י בשם הרשב"א בתשובה. נתיבות: דין זה הוא רק אליבא דהסוברים שקבלן אינו כפועל, וקבלן אינו מפסיד שכרו. אך לדין דק"ל שקבלן הרי הוא כפועל, אין לו אלא מה ששימש עמו עד אותו הזמן, ומפסיד שכרו על להבא. אא"כ שכרו בסתם כל זמן שיהיה בדרך, שאז מחויבים ליתן לו כל שכרו (ולא זכיתי להבין טעם החילוק, וה' יאיר עיני).

סעיף ג

שכרו להביא תפוחים לחולה, והלך והביא ומצאו שמת או שהבריא, לא יאמר: טול מה שהבאת בשכרך, אלא נותן לו כל שכרו; וכן כל כיוצא בזה.

ב"ק קטז: "השוכר את הפועל להביא כרוב ודורמסקנין לחולה, והלך ומצאו שמת או שהבריא - נותן לו שכרו משלם! א"ל: מי דמי? התם עבד שליח שליחותיה, הכא לא עבד שליח שליחותיה". וכן הוא בתוספתא שהביאה הרי"ף, שהבאנו בסעיף הקודם.

סימן שלו

השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו, נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מחבירו מה שההנהו, ואינו יכול לומר, לו: טול מה שעשית בשכרך, אפילו לא אמר לו שכרך עלי, אלא שכרו סתם.

אבל אם שכרו לעשות בשל חברו סתם, יכול לומר: טול מה שעשית בשכרך. ואם אמר ליה: שכרך עלי, אינו יכול לומר לו כן. הגה: שכרו בפני חברו ושתק חברו, שתיקה כהודאה וחייב לתת לו שכרו. והוא הדין בשוכר מלמד לבן חברו. אחד שאמר לחתנו: תלמוד עם בןך ואני אשלם לך, פטור מלשלם לו (מרדכי פרק זה בורר).

1. השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו – נותן לו שכרו משלם, וחוזר ונוטל מחברו מה שההנהו. **ב"מ עו.** "השוכר את הפועל לעשות בשלו, והראהו בשל חברו – נותן לו שכרו משלם, וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שההנהו".

2. בכל אופן בו יש חיוב תשלום של השוכר כלפי הפועל – אינו יכול לומר לו 'טול מה שעשית בשכרך'. ולכן:

א. כאשר שכרו לעשות בשלו – אינו יכול לומר לו כן, ואפי' הראהו בשל חברו, שהרי התחייב לו במפורש בשכרו עליו.

ב. כאשר שכרו בפירוש לעבוד בשדה חברו:

1. אם אמר להם 'שכרכם עלי' – לכו"ע אינו יכול.

2. אם אמר להם 'שכרכם על בעה"ב' – לכו"ע יכול, שהרי אין עליו שום חיוב לשלם להם שכרם.

3. אם שכרם בסתמא: שו"ע – אינו חייב לשלם להם, כדעת התוס' שאם שכרם לעבוד בשל חברו, וידעו שהוא של חברו, ולא אמר להם כלום – אין חיוב התשלום מוטל עליו. רש"י, רשב"א – אף בכה"ג חיוב התשלום מוטל עליו, וממילא אינו יכול לומר להם 'טלו מה שעשיתם בשכרכם'.

ב"מ קיח. במשנה "השוכר את הפועל לעשות עמו בתבן ובקש, ואמר לו: תן לי שכרי, ואמר לו: טול מה שעשית בשכרך – אין שומעין לו". **ובגמ' הקשו** מברייטא שכתוב בה ששומעין לו: ותיירץ בתחילה רב נחמן "לא קשיא, כאן – בשלו, כאן – בשל חברו. אמר ליה רבא לרב נחמן: בשלו מאי טעמא – דאמר ליה: אגרא עלך, בשל חברו נמי שכרו עליו! דתניא השוכר את הפועל וכו'?" ותיירצה הגמ' תירוץ אחר. ומבואר שדין זה נכון אף כששוכר אותו לעשות בשלו ומראהו בשל חברו, כאשר חיוב התשלום מוטל עליו. בדברי רש"י מבואר שכל היכא ששכרם בסתמא והראם בשל חברו – החיוב מוטל עליו, וא"כ אמר להם במפורש 'שכרכם על בעה"ב'. וכן מבואר בדברי הרשב"א בחידושי. אולם, מדברי התוס' שם מבואר שכאשר שכרם בסתמא והראם בשל חברו – אין חיוב התשלום מוטל עליו אלא על חברו, וא"כ יאמר להם במפורש ששוכרם לעשות בשלו, או שיאמר ששכרם עליו; **וכן פסק השו"ע**.

וכתב הסמ"ע שאף התוס' לא מיירי אלא כשהם יודעים שהשדה הזה לא שלו אלא של אחרים, אך אם אינם יודעים וחושבים שהוא שלו – אף בסתמא החיוב מוטל עליו ואינו יכול לומר להם 'טלו מה שעשיתם בשכרכם', וא"כ יאמר להם במפורש 'שכרכם על בעה"ב'. וכן כתב השו"ע להדיא בסימן שלט, ז. וכ"כ שם הטור בשם הרא"ש והראשונים, שאם הפועלים לא ידעו שהשדה של חברו אע"פ ששכרם בסתמא – החיוב מוטל עליו.

3. שכרו בפני חברו ושתק – שתיקה כהודאה, והרי זה כאילו החבר שכר בעצמו וחייב ליתן להם שכרם מושלם.

4. האם במידי דמיכל יכול לומר להם טלו מה שעשיתם בשכרכם? סמ"ע – כן, כ"כ המרדכי בשם מהר"ם. ש"ך – לא, הפנה לבדק הבית שכתב שאינו יודע מניין למד המרדכי כן, ואדברא מהתוספתא שבסוף הסימן הקודם מוכח להיפך, 'שוכר להביא תפוחין לחולה' שאינו יכול לומר 'טול מה שעשית בשכרך'. וכתב הש"ך שהמרדכי כתב שכן הראהו בחלום ואע"פ כן 'דברי חלומות אינם מעלים ואינם מורידים'. **פת"ש בשם הרש"ש** – אולי אף הש"ך יודה במידי דאכילה ממש, כגון לחם ופת אפוייה.

4. השוכר מלמד לבן חברו, ועשה כן בפניו ושתק – חייב ליתן לו שכרו משלם; רמ"א.

5. האומר לחתנו 'תלמד עם בנך, ואני אשלם לך' – פטור; רמ"א בשם המרדכי. סמ"ע - במרדכי איתא לחתנו העשיר, וכן כתב הרמ"א בסימן פא, וכן הוא בדרכי משה, וטעמו שכיון שאינו עני, ובלאו הכי חייב ללמוד עם בנו – יכול לומר 'משטה הייתי בך'. ובקצות שם ביאר שאף עני חייב ללמוד עם בנו, אלא שבעני שאין לו מאתיים זוז יש מצות צדקה, וממילא נעשה עליו נדר מדין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ואינו יכול לחזור בו.

סעיף ב

השוכר את הפועל לעשות בשלו או ללקט לו דבר של הפקר, אינו יכול לומר לו: טול מה שעשית בשכרך. ואם נתרצה הפועל ליטלו בשכרו ואחר כך חזר בו, אין שומעין לו; והוא שעשה משיכה או הגבהה או שהוא ברשותו.

ב"מ קיח. במשנה "השוכר את הפועל לעשות עמו בתבן ובקש, ואמר לו: תן לי שכרי, ואמר לו: טול מה שעשית בשכרך - אין שומעין לו. משקבל עליו, ואמר לו: הילך שכרך ואני אטול את שלי - אין שומעין לו". בטעם הדין כתב רש"י שאע"פ שבכל התורה שווה כסף הרי הוא ככסף, אך בפועל חייב ליתן לו כפי שהתנה עמו, ונלמד כן מהפסוק 'בל תלין שכרו', שחייב ליתן כפי ששכרו. אולם, הרשב"א כתב שאין זה משמע 'בשכרו' אלא הטעם הוא "דלא נשכר לו זה אלא שהוא צריך למזונותיו לערב וכשיצא מפעולתו לא יהא צריך לירד לשוק ולחזור ולמכור ושימות בנתיים ברעב, ועוד שדבר מועט הוא ועל דעת כן נשכר אצלו ודעת שניהם שוה בדבר זה".

הסמ"ע הקשה מדוע אם נתרצה אינו יכול לחזור בו, ואילו בסימן קסו אמרינן שכל שלא פינהו יכול לחזור בו? ותיירץ דשאני הכא שיש עליו חוב כלפי הפועל לשלם לו שכרו, ומיד שנתרצה קנהו, משא"כ התם שאין עליו שום חוב כלפי, אלא שאומר לו 'אם תסכים לפנותם בעצמך – תוכל ליטלם בשכרך'. הש"ך כתב שבנמוק"י הביא את מח' הרשב"א והר"ן בדין זה, שדעת הרשב"א כסמ"ע שהכא לא בעינן 'פינהו' ומיד שקיבל עליו שוב אינו יכול לחזור בו, ומפורש שם טעמו שדווקא באבנים שאין דרך לפנותן מיד אמרינן שאולי דחויי קא מדחי ליה וכל זמן שלא פינן בפועל – לא התכוון להקנותם לו. משא"כ בתבן וקש שדרך הפועל לקחתם מיד לביתו – לא אמרינן הכי, אלא מיד שקיבל עליו בפניו – אמרינן שהקנים לו, ושוב אינו יכול לחזור בו. אולם, הנמוק"י והר"ן נקטו לדינא שאין חילוק, שהרי המשנה השווה את ב' הדינים הללו יחד, ולכן אף כאן כל זמן שלא נטלם הפועל לביתו – יכול בעה"ב לחזור בו.

סעיף ג

שכרו לשמור לו דבר של הפקר, יכול לומר לו: טול מה שעשית בשכרך, לפי שעדיין לא זכה בו בעה"ב, וילך הוא ויזכה בו.

גמ' שם "אלא אמר רב נחמן: לא קשיא; כאן - בשלו, כאן - בשל הפקר. איתיביה רבא לרב נחמן: מציאת פועל - לעצמו, אימתי - בזמן שאמר לו בעל הבית נכש עמי היום, או עדור עמי היום. אבל אם אמר לו עשה עמי מלאכה היום - מציאתו לבעל הבית. אלא אמר רב נחמן: לא קשיא; כאן - בהגבהה, כאן - בהבטה". שאם שכרו להגביה לו הפקר, כיון שידו כיד בעה"ב וזכה בו הבעלים הרי חייבים לשלם לו דמי פעולתו. משא"כ כששכרוהו לשמור על ההפקר, דכיון שלא קיבלו מזה כלום – יכולים לומר לו 'טול מה שעשית בשכרך'. וכתב הסמ"ע שיקדים עצמו לזכות בו מההפקר, כדי שלא יטלוהו אחרים ויצא קרח מכאן ומכאן.

הרשב"א התקשה מדוע כששכרו לעשות בשל חברו, אע"פ ששכרו בסתם – חייב לשלם לו ואינו יכול לומר לו כן, ואילו כששכרו בסתם והראהו בשל הפקר פטור? ותיירץ "נ"ל דשאני התם דנהנה בו חברו ומ"מ הרי הנהנה פועל איניש דעלמא על ידו של זה ועל מה שנשכר זה אצלו ולפיכך חייב כאלו נהנה הוא ממנו וה"ל כעין דין ערב אבל גבי הפקר לא נהנה לא הוא ולא אחר על [ידיו] שכירותו", ולכן אין לו חוב תשלום כלפי. וכן מבואר בטור, שהביא דברי הרמ"א שרק כאשר אין לבעה"ב מדליה כלום יכול לדחותו, אך אם יש לו משלו לשלם לפועל – חייב לשלם לו אף בכה"ג. ודחה דבריו הטור, וכתב שאינו נכון, מפני שהטעם הוא שבכה"ג אין לבעה"ב חוב תשלום כלפי הפועל, כיון שלא נהנה ולא הגיע לו ממנו כלום. וכתב הב"י שכן משמע בש"ס ע"פ גירסתו, ואפשר שלרמ"א היתה ג"י אחרת.

סעיף ד

השוכר את הפועל ונאחז באנגריא לעבודת המלך, אינו יכול לומר: הריני לפניך, אלא אינו נותן לו אלא כפי מה שעשה עמו.

כן איתא בתוספתא.

מה הדין במוכר סחורה? סמ"ע, ש"ך, קצות – כמו פועל. תומים – כמו מלוה, שיכול לסלקו בשוה כסף. השו"ע פסק בסי' קא, ו' "א"א דבמוכר סחורה אינו מורידו לשומא כלל, אלא שנותן לו מעות כמו שהתנה ומאותו מטבע שהתנה". וכתבו שם האחרונים שמקורו הוא מדברי הריטב"א שדימהו לפועל שאינו יכול לסלקו ולומר לו 'טול מה שעשית בשכרך', ומה שכתב השו"ע 'כפי מה שהתנה' אין הכוונה שהתנה כן בפירוש, אלא שבסתמא זהו דרך התגרים למכור סחורה תמורת מעות, ולא תמורת שווה כסף וכדו'. וכן הסכמת הש"ך והסמ"ע שם. ה"ט"ז כתב שדין זה צ"ע, והתומים חלק וכתב שדין של השו"ע אמור דווקא כשהתנה בפירוש, אך בסתמא יכול לסלקו בשוה כסף, דאינו דומה לפועל. הקצות כתב שכי"כ הריטב"א שדימהו לפועל, אך תמה שהרי בתוס' (ב"מ יד) משמע שיכול לסלק למוכר הקרקע

באותה קרקע! וכתב שבאמת אינו יכול לסלקו בשווה כסף, אלא באותה סחורה שקנה עמו. וביאר שכן הוא הדין אף בפועל שעקרונית יכול לסלקו ולומר לו 'טול מה שעשית בשכרך', אלא שכיון שהוא נושא את נפשו לעת ערב שיהיה לו אוכל (כשיטת הרשב"א והר"ן) אמרו שאינו יכול לסלקו במה שעשה, אך במידי דמיכל יכול (כשיטת המהר"ם) כיון שבזה אין את הבעיה של 'אליו הוא נושא את נפשו'. לכן גם במכירת סחורה יכול לסלקו באותה סחורה דווקא, ולא בסחורה אחרת. (ולדידי דבריו צ"ע, דלכאוי' בסוגיא משמע להיפך, שכיון ששוה כסף הרי הוא ככסף יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך, ומטעם שהוא נושא נפשו לשכרו אינו יכול. אך לא מצאנו שישנה עדיפות לסלקו דווקא במה שעשה ולא בשווה כסף אחר?).

סימן שלט

לתת שכר אדם בהמה וכלים בזמנו, ומתי זמנו, ובו י"א סעיפים.

סעיף א

מצוה לתת שכר שכיר בזמנו, ואם אחרו עובר בלאו; אחד שכר אדם או בהמה או כלים, אבל על שכר קרקע יש מי שאומר שאינו עובר.

ילפינן מדכתיב "לא תבוא עליו השמש".

ב"מ קיא. במשנה "אחד שכר אדם ואחד שכר בהמה ואחד שכר כלים - יש בו משום ביומו תתן שכרו". וילפינן לה מדכתיב "לא תעשוק שכיר עני ואביון מאחיד מגרד אשר בארצך", על כל אשר בארצך חייב.

לגבי קרקע: הטור כתב בשם הרמ"ה שאינו עובר עליה, מדכתיב 'אשר בארצך' ולא ארצך ממש. אולם, הפת"ש הביא בשם שער המשפט שדעתו להחמיר בקרקע, כיון שהסמ"ג והיראים הביאו מתורת כהנים שאף בשכר קרקע עובר.

שכירות בתים: דעת הקצות שעובר עליה, דבית מיקרי תלוש, כיון שהוא תלוש ולבסוף חיברו, באיסורי דאוי יש לחוש לדעת הסוברים שמיקרי תלוש, ויש בו משום בל תלין.

סעיף ב

כל הכובש שכר שכיר כאילו נוטל נשמתו, ועובר בחמשה לאוין ועשה.

"לא תגזול", "לא תעשוק שכיר", "לא תעשוק את רעך", "לא תלין", "לא תבוא עליו השמש", "ביומו תתן שכרו".

סעיף ג

איזהו זמנו, שכיר יום יש לו זמן ליתנו לו כל הלילה; לא נתנו לו, עובר עליו בבקר משום בל תלין. שכיר לילה זמנו ליתן לו כל היום; לא נתנו לו, עובר עליו בערב משום ביומו תתן שכרו. הגה: ופועלים דידן, שאין עושין מלאכה עד הלילה, כיון ששקעה עליו חמה עובר עליו משום ביומו תתן שכרו (דברים כד, טו); ואם עשה מלאכה עד הלילה, יש לו זמן כל הלילה אף על פי שלא שכרו (בפירוש כן, ודאי) אדעתא דהכי אגריה (נ"י) בשם תוספת פרק המקבל).

שכיר יום, שיוצא לאחר השקיעה, זמנו כל הלילה עד הבוקר, ובבוקר עובר משום בל תלין.

שכיר לילה, שיוצא לאחר עלות השחר, זמנו כל היום ועובר משום 'ביומו תתן שכרו'.

פועלים שלנו, שיוצאים קודם השקיעה, דינם כשכיר שעות וזמנם עד השקיעה, אא"כ יצא אחר השקיעה; רמ"א.

ב"מ קי: במשנה "שכיר יום גובה כל הלילה, שכיר לילה גובה כל היום, שכיר שעות גובה כל הלילה וכל היום. שכיר שבת, שכיר חדש, שכיר שנה, שכיר שבוע, יצא ביום - גובה כל היום, יצא בלילה - גובה כל הלילה וכל היום". ובגמ' "תנו רבנן: מניין לשכיר יום שגובה כל הלילה - תלמוד לומר לא תלין פעלת שכיר אתך עד בקר. ומניין לשכיר לילה שגובה כל היום - שנאמר ביומו תתן שכרו. ואימא איפכא! - שכירות אינה משתלמת אלא בסוף".

סעיף ד

שכיר שעות, אם כלה שכירותו ביום יש לו תשלום כל אותו יום; אם כלה בלילה, יש לו תשלום כל אותו הלילה.

סעיף ה

שכיר שבת, שכיר חדש, שכיר שנה, שכיר שבוע, יצא ביום גובה כל אותו היום; יצא בלילה, גובה כל אותו הלילה.

משנה שם.

סעיף ו

נתן טליתו לאומן לתקנה בקבלנות, וגמרה, כל זמן שהטלית ביד האומן אינו עובר. נתנו לו אפילו בחצי היום כיון ששקעה עליו חמה עובר משום בל תלין, שקבלנות היא כשכירות לפרועו בזמנו.

ב"מ קיב. "בעו מיניה מרב ששת: קבלנות עובר עליו משום בל תלין או אין עובר משום בל תלין? אומן קונה בשבח כלי - והלואה היא, או אין אומן קונה בשבח כלי ושכירות היא? - אמר להו רב ששת: עובר. - והתניא: אינו עובר! - התם שהמחהו אצל חנוני ואצל שולחני". והכי קי"ל בסי' שו שאומן אינו קונה בשבח כלי, ושכירות היא גביה ועובר עליו משום בל תלין. ובברייתא שם בהמשך "הנותן טליתו לאומן, גמרה והודיעו - אפילו מכאן ועד עשרה ימים אינו עובר משום בל תלין, נתנה לו בחצי היום - מששקעה עליו חמה עובר משום בל תלין". ומבואר שכל זמן שהטלית בידו - אינו עובר בה משום בל תלין. הסמ"ע נקט הטעם דכיון שהוא תופס אותה על שכרו - אין בזה משום בל תלין, ומזה יש ללמוד דה"ה למשכון. אולם, הלבוש כתב הטעם שהרי הוא כמוחל לו על שכרו כל זמן שהטלית בידו, וממילא אין הוכחה מה הדין במשכון. (הש"ך הפנה לדבריו בסי' שו שכתב שם שאפי' למי"ד שאומן קונה בשבח כלי - יש בו משום בל תלין).

1. משכון אין בו משום בל תלין, קצות ופת"ש. הפת"ש כתב בשם שו"ע הרב שאין בו משום בל תלין, כמו ששמעו כאן מטעמו של הסמ"ע. אולם, מטעמו של הלבוש משמע שיש בו. אך הביא שבשטמ"ק כתב בשם רבינו יונתן להדיא שבמשכון אין משום בל תלין, וכן דעת הקצות.

2. אומן שעושה הכלי משלו - אין בו משום בל תלין; קצות בשם מהר"א ששון. וטעמו דבכה"ג ודאי שהוא קונה בשבח כלי, שהרי כל הכלי הוא משלו, ואין זה אלא כמכירה ולא כשכירות.

סעיף ז

האומר לשלוחו: צא ושכור לי פועלים, ושכרם ואמר להם: שכרכם על בע"ה, אין שום א' מהם עובר על בל תלין, ומיהו בע"ה עובר משום אל תאמר לרעך לך ושוב. אם אינו טרוד ומכוין לדחותם. ואם לא אמר: שכרכם על בע"ה, אפילו לא אמר להם שכרכם עלי, אלא שכרם סתם, הוא חייב בשכרם, לפיכך הוא עובר משום בל תלין. הגה: מיהו אם הפועלים יודעים שאין המלאכה שלו, אין השליח עובר בסתם (טור ס"ז בשם הרא"ש שהיה האומר כן לדעת הרמ"ה).

1. שליח שאמר לפועלים שכרכם על בעה"ב: הוא אינו עובר משום בל תלין, שהרי לא נתחייב לשלם להם. ובעה"ב אינו עובר, שהרי לא שכרם, אך אם יש לו ומתכוון לדחותם עובר מדרבנן משום 'אל תאמר לרעך לך ושוב'.

2. שליח שאמר לפועלים 'שכרכם עלי' - חייב לשלם להם, ועובר משום 'בל תלין'.

3. שליח ששכרם בסתמא, והביאם לעבוד אצל בעה"ב: שו"ע - החיוב מוטל עליו, ולכן עובר משום בל תלין, ומשמע שדין זה נכון אע"פ שידעו שהשדה אינה שלו. רמ"א - אם לא ידוע שהשדה אינה שלו - החיוב מוטל עליו. אם ידעו שאינה שלו - החיוב מוטל על בעה"ב.

ב"מ קי: "נתנו רבנן: האומר לחבירו צא שכור לי פועלים - שניהן אין עוברין משום בל תלין, זה - לפי שלא שכרן, וזה לפי שאין פעולתו אצלו. היכי דמי? אי דאמר להו שכרכם עלי - שכרו עליו הוא, דתניא: השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו - נותן לו שכרו משלם, וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שההנה אותו! - לא צריכא, דאמר להו: שכרכם על בעל הבית". וכתב הרא"ש שהיינו דווקא כשאמר להם במפורש שכרכם על בעה"ב, אך בסתמא שכרם עליו ועובר משום בל תלין. וכתב הטור בשם הרמ"ה, שאם ידעו שהשדה אינה שלו אלא של בעה"ב החיוב מוטל על בעה"ב ולא על השליח, וממילא אינו עובר בו משום בל תלין. (ועיין בסימן רלו שהבאנו שמדברי רש"י והרשב"א שם משמע שאע"פ שידעו הפועלים שהשדה אינה שלו - החוב מוטל עליו).

סעיף ח

עבר זמנו, אין בע"ה עובר משום בל תלין ומכל מקום חייב ליתן לו מיד, ובכל עת שישהה עובר על לאו של דבריהם, שנאמר אל תאמר לרעך וגוי' (משלי ג, כח).

ב"מ קי: "נתנו רבנן: ממשמע שנאמר לא תלין פעלת שכיר אתך איני יודע שעד בקר? מה תלמוד לומר עד בקר - מלמד שאינו עובר אלא עד בקר ראשון בלבד. מכאן ואילך מאי? - אמר רב: עובר משום בל תשהא. אמר רב יוסף מאי קראה - אל תאמר לרעך לך ושוב ומחר אתן ויש אתך".

מה הדין כששכר פועל ביום שישי? כתב בספר החינוך (כי תצא מצוה תקפח) "והשוכר בערב שבת ונדחה מלפרוע השכר בשביל שבת יש לדון בזה שאינו עובר עוד בשל תורה, הואיל ואדחי אדחי, אבל חייב מדבריהם משום אל תאמר לרעך לך ושוב". וצ"ע דלכאוי עובר בזה ביום שישי, שהרי שכיר שיצא ביום זמנו כל היום, ועובר על כל תלין משקעה עליו השמש, וא"כ כיון שפועל שנשכר בערב שבת יוצא מבעוד יום – אם לא ישלמו לו ביום ו' יעברו על כל תלין אף מדאוי!! ואולי החינוך סובר שיכול לצאת עם השקיעה, ובכה"ג יהיה דינו שזמנו כל ליל שבת וכיון שאיננו אדחי.

סעיף ט

שכיר שמכיר בבעל הבית שאין דרכו להיות בידו מעות אלא ביום השוק, אינו עובר בבל תלין, אפילו יש לו מעות; ומיום השוק ואילך, אם אינו נותן לו עובר משום אל תאמר לרעך. הגה: וה"ה הני שאין דרכן לשלם עד שיחשבו עם הפועלים, אינם עוברים עד שיחשבו עמהם (נ"ב פרק המקבל).

ב"מ קיא. "אמר רבה בר רב הונא: הני שוקאי דסורא לא עברי משום כל תלין. מידע ידעי דעל יומא דשוקא סמיכי, אבל משום כל תשהא - ודאי עובר".

סעיף י

אין בע"ה עובר משום כל תלין (ויקרא יט, יג), אא"כ תבעו השכיר; לא תבעו, או שתבעו ולא היה לו מעות ליתן לו, או שהמחהו אצל שולחני ליתן לו וקבל עליו ליתן לו, אינו עובר, אפילו אין לבע"ה ביד שולחני כלום. ומכל מקום אם רצה השכיר לחזור בו שלא לקבל מהשולחני אלא מבעל הבית, הרשות בידו. הגה: ואם קנו מידו, לא יוכל לחזור בו (הרא"ש שם וטור וע"ל ר"ס צ"א).

מצבים בהם אינו עובר על כל תלין:

א. אם הפועל לא תבעו. וכתב הפת"ש **שבזוהר מבואר שאע"פ שלא תבעו יש בו איסור**, ולכן אין לעכב השכירות בכה"ג.

ב. אם אין לו מעות ליתן לו. רעק"א כתב שמשמע שאע"פ שיש לו שוה כסף אך אין לו מעות אינו עובר. והביא שבתוספתא איתא שאין לו כלל ממון, וכ"כ בחינוך שאף אם יש לו שוה כסף עובר, אך אם כדי לפרוע לו יצטרך למכור ולאבד הרבה משלו – לא חייבה אותו התורה בזה. והפנה לדבריו ביו"ד קנו, א.

וכתב הפת"ש בשם האריז"ל שאפי' הכי מידת חסידות ללות ולפרוע לשכיר בזמנו.

ג. אם המחחו אצל שולחני ליתן לו, אע"פ שאין לבעה"ב אצל השולחני ממון. אך בכה"ג יכול הפועל לחזור בו ולדרוש המעות מבעה"ב; אא"כ קנו מידו.

ב"מ קיא. במשנה "אימתי - בזמן שתבעו, לא תבעו - אינו עובר עליו. המחחו אצל חנוני או אצל שולחני - אינו עובר עליו". **ובגמ' קיב.** "תנו רבנן: לא תלין פעלת שכיר יכול אפילו לא תבעו - תלמוד לומר אתך, לדעתך. יכול אפילו אין לו - תלמוד לומר אתך, שיש אתך. יכול אפילו המחחו אצל חנוני ואצל שולחני - תלמוד לומר אתך - ולא שהמחהו אצל חנוני ואצל שולחני".

"המחהו אצל חנוני ואצל שולחני אינו עובר. איבעיא להו: חוזר או אינו חוזר? רב ששת אמר: אינו חוזר, ורבה אמר: חוזר. אמר רבה: מנא אמינא לה - מדקתני: אינו עובר עליו, מעבר הוא דלא עבר, - הא מיהדר - הדר. ורב ששת אמר: מאי אינו עובר - אינו בתורת לעבור". והלכה כרבה.

סעיף יא

דיני שכיר שנשבע ונוטל, נתבאר בסימן פ"ט.

הלכות שואל

מסיכומי אריאל שטראוס הי"ו (סימן שמ- שמו)

סימן שמ

השואל חייב באונס, ובהמה שמתה מחמת מלאכה, ואם שלחה על יד בנו או עבדו, ובו ח' סעיפים.

סעיף א

השואל מחבירו בהמה או מטלטלים ונאנסו בידו, כגון שמת או נשבר או נשבה, חייב. הגה: ודוקא שאירע האונס מכח השואל; אבל אם אירע האונס מכח המשאיל, פטור. ולכן מי שיש לו משכון אצל עובד כוכבים, והשאילו לחבירו ליקח עליו עוד מעות, ונשרף המשכון, פטור השואל, דהא בלאו הכי היה נשרף מכח המשאיל (מרדכי פרק השואל). ואין צריך לומר שחייב בגניבה ואבידה. אבל כל קלקול שאירע בה מחמת מלאכה ששאלה בשבילה, לא מבעיא אם הוכחשה מחמת מלאכה שהוא פטור, אלא אפילו מתה מחמת מלאכה, פטור; והוא שלא ישנה לעשות בה דבר אחר חוץ מהמלאכה ששאלה בשבילה; שאם שינה ועשה בה מלאכה אחרת חוץ מהמלאכה ששאלה בשבילה, אפילו היא קלה ממנה, תלינן דמחמת אותה מלאכה ששינה מתה. ואפילו באותה מלאכה עצמה אפשר לשנות, כגון ששאלה לחרוש, וחרש בה ביום ובלילה שלא כדרך כל הארץ.

חיובי השואל

בתורה איתא: "וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם". מפורש ששואל חייב באונס שבורה ומתה, ומסתמא גם שבויה שהוקש בש"ש לשבורה ומתה. **ובב"מ צג. ושבועות מט.** איתא: "השואל משלם את הכל" לעומת ש"ש ושוכר שנשבעים בשבורה שבויה ומתה, א"כ בזה שואל משלם.

טוש"ע כתבו שאין צ"ל שחייב בגניבה ואבידה. **בב"מ צה.** "גניבה ואבידה בשואל מנא לן? וכי תימא: נילף משבורה ומתה. - מה לשבורה ומתה - דלא אפשר למיטרח ואתויי, תאמר בגניבה ואבידה דאפשר למיטרח ואתויי! אלא, כי הא דתניא: ונשבר או מת - אין לי אלא שבורה ומתה, גניבה ואבידה מניין? אמרת ק"ו: ומה ש"ש שפטור משבורה ומתה - חייב בגניבה ואבידה, שואל שחייב בשבורה ומתה - אינו דין שחייב בגניבה ואבידה? וזה הוא ק"ו שאין עליו תשובה. מאי אין עליו תשובה - וכי תימא איכא למיפרך: מה לש"ש - שכן משלם תשלומי כפל בטוען טענת לסטים מזויין, אפילו הכי - קרנא דשואל עדיפא. איבעית אימא: קסבר לסטים מזויין גזלן הוא". **הסמ"ע** (ב ובפרישה) הסביר שלכן הדגישו שחייב בגניבה ואבידה ולא סמכו על פשיטתו שילמד מחיוב אונסים, שבגמ' כתוב שא"א ללמוד כי אונסים א"א לבעלים לטרוח ולהביאה אך בגניבה ואבידה שאפשר לבעלים לטרוח ולהביאה יהיה השואל פטור, אלא שלומדים מחיוב ש"ש. **הב"ח** העיר שלכן שלא **כרמב"ם** (שאלה א א) שהקדים גניבה ואבידה והוסיף ואפילו נאנס אונס גדול הם הקדימו תחילה ונאנסו בידו כמ"ש בפס' וכדי שלא נבין שדווקא באונס וכגמ', והפס' השמיענו רבותא שאפילו באונס חייבים ואצ"ל גניבה ואבידה. **הגר"א** (ה) הוסיף שנלמד מלשון המשניות הנ"ל ששואל משלם את הכל.

גדר שואל

א. **הקצות** (ה, סעי' ד) כתב ששואל צריך שכל הנאה תהיה שלו (ב"מ לד. צד:) ובמקום שהבעלים נהנים ג"כ דינו כשוכר ופטור מאונסים. ונראה שאף בנתן השואל לבעלים פחות משו"פ, אע"ג ששומר שכר לא הוי בשכרו בפחות משו"פ, כבר אין לו דין שואל כיון שהבעלים גם נהנה ואין כל הנאה שלו. ועיין קצות עב ס"ק לד.

ב. **רעק"א** בשם **מחנ"א** (נדרים כד) כתב בשאל שופר לתקיעת מצוה פטור מאונס שהנאת מצוה אינה הנאה.

פשיעת המשאיל

המרדכי (ב"מ פ"ח שעא) פסק בהיה לו משכון ביד גוי המלווה בריבית ואדם אחר נצרך ללוות ובקש רשות ללוות על אותו משכון ונשרף המשכון, שפטור השני באונס זה כי: (1) הוא לא משך ותקנו משיכה בשומרים. (2) בלא"ה היה ממושכן ביד הגוי עוד זמן בשביל השואל והיה נשרף (ס' עב מד, ש"ך ג גר"א ד). ואין יכול הראשון לטעון שחברו "משתרשי" על ידו כיון שנפטר מחובו ע"י משכנו, שכיון שכשנשרף המשכון פקע שעבודו דגוי בדיניהם מה זה עניין הראשון, רחמו על השני מהשמיים (ב"ק קטז., גר"א ד).

הרמ"א פסקו כך, ששואל חייב באירע האונס מכוחו, אך באירע האונס מכוח המשאיל פטור, ולכן במקרה הנ"ל פטור השואל שבלא"ה היה נשרף מכוח המשאיל. **הש"ך** (ב) **והגר"א** (ד) הביאו הטעם הראשון.

הנתיבות (א) תמה על הרמ"א שהביא הטעם שבלא"ה היה נשרף: (א) בשואל אף במתה הבהמה חייב אע"ג שמה לי הכא מה לי התם. (ב) אפילו שאל כלי לעשות בו מלאכה בבית בעה"ב ונאנס שם חייב. (ג) אילולא שמיעטה התורה קרקעות היה חייב אף שבלא"ה היה נאנס כי קרקע במקומה עומדת. ואין לומר שבמשכון פטור משום שכל הכלי משמש את שניהם כאחד אין כל הנאה של המשאיל, שמ"מ נעשה שואל על החצי שנעשה שותף עימו כמו בשאל ספסל לישב בו עם המשאיל. וצ"ל שעיקר טעם המרדכי שלא משכו ולא עשה קניין, והטעם השני הוצרך לסוברים שמתחייב בשעת סילוק השמירה בלא קניין על זה כתב שבלא"ה היה נשרף למשאיל דהיינו אין סילוק שמירה כי גם הוא הוצרך לשמור על המשכון לטובתו, או שהוקשה לו שיתחייב מדין זה נהנה וזה חסר וכתב שבלא"ה היה נשרף ואין חסרון למשאיל. ולכאוי יש נ"מ בין הטעמים - אם היה פקדון (ולא משכון) של האחד ביד גוי והשני השאיל עליו או שכבר פרע הראשון, שלטעם שלא משך פטור, ולטעם שבלא"ה היה נשרף יכול לומר אילולא שהשאלת היית מחזירו וא"כ יש כאן סילוק שמירה שרק מחמת השואל נשאר ביד הגוי. אך במרדכי נראה שאין נ"מ, וצ"ל שאפשר לחייב השואל באונסים ע"י קניין של התחלת שימוש לכו"ע. ויש לחלק את הדין לכמה מקרים: (1) כשהמשאיל יכל להוציא והשאיר ביד הגוי מחמת השואל ובוזה קנה הגוי לכובשו עד שיקבל כסף נולד עניין חדש במשכון שנקנה לגוי ואין השתמשות גדולה מזו וחייב. (2) כשהמשכון כבר היה ביד הגוי וא"א היה להוציאו מחמת חוב הראשון: א. אם היה תנאי שברגע שמפסיק חוב הראשון חייב השואל לפרוע ולא להשאירו ביד הגוי אז לא נחשב כמשתמש במשכון שלא נולד בו שום דבר חדש רק רשות בעלמא, וגם שייך בלא"ה היה נשרף. ב. אם קבע זמן לשאלתו, אז אם אחר זמן הראשון נשרף חייב כיון שהשתמש בו בפועל. אך אם נשרף לפני שנגמר זמן ראשון צריך לשלם כפי ערך חוב שלו נגד חוב המשאיל. ובוזה יש הבדל, שאם השכינו ביד ישראל כיון שקנה המלווה את המשכון כנגד הלוואתו לקדש בו אישה ואז הוי כאילו נתן הראשון רשות למלווה להקנות חלק המשכון כנגד דמי הלוואתו (וכאילו אמר לו זכה במשכון לשואל ואח"כ יקנהו לך על הלוואתו, ואף שהמלווה בעצמו מזכה לשואל ואח"כ זוכה ממנו מצינו כיצ"ב בטור אבה"ע קכ כשהמוכר הוא שליח לגרש וכותב על נייר שלו שהאישה זוכה מהסופר להבעל וקונה אותו מהבעל להתגרש ושני הקניינים באים ככאחד) חייב הכל (כגון חוב מאה ומשכון שווה מאה). ולכן העמידו כאן בגוי שאינו קונה המשכון.

נשרף בית שהשאיל: **הלבוש** הביא על פטור אונס שלא מחמת השואל את **המרדכי** (שבועות פ"ו תשעג) שאם השאיל בית מחברו ונשרף באונס פטור. **הסמ"ע** (א) הקשה שבזה בלא"ה פטור שאין דין שומרים בקרקעות וכמ"ש הלבוש בעצמו בשא"א (וכ"ה במרדכי עצמו הביא דין זה בהקשר פטור קרקעות). **הש"ך** (א) הוסיף להקשות שבזה נחשב האונס מכוח השואל כיון שברשותו הוא. **הנתיבות** (א) הסביר את הש"ך ע"פ דבריו לעיל שכיון שעשו פה קניין ונכנס לרשות השואל חייב אפילו במקום שבלא"ה היה נאנס. אלא הפטור משום שזה קרקע כנ"ל.

פטור מתה מחמת מלאכה

בב"מ צו: איתא: "איבעיא להו: כחש בשר מחמת מלאכה מאי? אמר ליה ההוא מרבנן ורב חלקיה בריה דרב אויא שמיה: מכלל דכי מתה מחמת מלאכה מחייב: נימא: לאו לאוקמא בכילתא שאילתה. אלא אמר רבא: לא מיבעיא כחש בשר מחמת מלאכה דפטור, אלא אפילו מתה מחמת מלאכה - נמי פטור. דאמר ליה: לאו לאוקמא בכילתא שאילתה". וכ"פ **טוש"ע** שבקלוקל שאירע מחמת מלאכה ששאלה בשבילה לא מבעיא הוכחשה אלא אף במתה מחמת מלאכה פטור.

הגר"א (ג) ציין שטעם פטור מתה מחמת מלאכה הוא שהוי אונס מחמת המשאיל (כרמב"ן בש"ך ה"פשיעת המשאיל"). **הפרישה** כתב בשם **הרמב"ן** שאע"ג שחייב באונסים במתה ולא אומרים מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם, מ"מ אין השואל מתחייב בפשיעת המשאיל (שהפסיד עצמו, סמ"ע ג) וכאן פשע שהביא לו פרה שלא ראוייה למלאכה וה"ה נשבר שהיא מיתתו ולא היה ראוי למלאכה. **הב"ח** הסביר עפ"ז את הגמ' שההו"א לחייב היא שאם במתה שלא מחמת מלאכה חייב כ"ש במתה מחמת מלאכה שהשואל גרם לכך, על זה אמר רבא לא מבעיא הוכחשה שחזור ומבריא ועל דעת כך השאילה המשאיל שמסתמא תהא כחושה מחמת מלאכה, אלא אף במתה פטור שלא היה לו להשאילה למלאכה כל שאינו יודע שתוכל לסבול אותה מלאכה.

שינה ממלאכתו: בצו: איתא: "ההוא גברא דשאל נרגא מחבריה, איתבר. אתא לקמיה דרבא, אמר ליה: זיל אייתי סהדי דלאו שנית ביה, ואיפטר". **ובצו:** "ההוא גברא דשאל דוולא מחבריה, איתבר. אתא לקמיה דרב פפא, אמר ליה: אייתי סהדי דלא שנית ביה, ואיפטר". וכ"פ **טוש"ע** שפטור מתה מחמת מלאכה הוא רק כשלא שינה לעשות בה דבר אחר חוץ ממלאכה ששאלה בשבילה.

זמן מיתתה - הרמב"ם (שאלה א א) כתב בשאלה בהמה לחרוש בה אם רכב עליה או דש בה ומתה בשעת דישאורכיבה חייב. מלשנו משמע שמתה בשעה ששינה. אך **הפרישה** כתב שכיון ששינה חייב מדין שולח יד אף אם תמות אח"כ מחמת מלאכה כש"ח ששלח יד שחייב אף באונסים (טור רצב ועוד ע"פ הגמ'). ובלשון **הטור** שתלה הפטור במתה מחמת מלאכה שלא שינה לדבר אחר חוץ ממלאכה ששאלה בשבילה גם משמע ששינה חייב בכל אופן.

למלאכה קלה - המ"מ כתב שאפילו שינה למלאכה קלה ממנה חייב וזה כוונת הגמ' שלא שני דהיינו שלא עשה שום שינוי. ואפילו באותה מלאכה אפשר לשנות ולהתחייב כגון ששאלה לחרוש וחרש בה ביום ובליילה שלא כדרך כל הארץ וכן כל כיוצ"ב, **והגר"א** (ח) כתב שזה פשט פ"ה הגמ'. וכ"פ **השו"ע**.

הסמ"ע (ד) העיר **שהרא"ש והטור** (שח ד, שיא ד) כתבו שמותר לשנות הבהמה למלאכה אחרת שאינה כבדה ממנה וכ"ש לקלה ממנה. ואין לומר שבשואל שכל הנאה שלו החמירו שאין בזה טעם כיון שעכ"פ מחמת מלאכה מתה ובוזה פטרתו התורה, ולפי"ז שאפשר לשנות מאי שנא כאן שחייב מפסק **הטוש"ע** (שמב טור ב שו"ע א) בשואל שהשאיל לאחרים ונפסד מחמת מלאכה שכשיש לשואל ראייה שלא שינה בה השני מאשר השאיל והרשה לו עליה שפטור השואל.

אלא נראה שלא אמר כאן שאסור לשנות אפילו לקלה ממנה, אלא שאם שינה אף לדבר קל תולים שמחמת השינוי מתה, ודווקא כשיש לפנינו ענין שנוכל לתלות שמחמת השינוי מתה, וכעין דברי **הטור והרמ"א** (שט ב) בשוכר בהמה להוליכה למקום ידוע והוליכה למקום אחר, שאם אויר המקום משונה תולים בו המיתה, וגם בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס (רצא ו סמ"ע י) שחייב בו ש"ח אם יש צד לפנינו אפילו רחוק לתלות האונס בפשיעה. וכן הסכימו **הגר"א** (ז, הפנה לסמ"ע) ו**הנתיבות** (חי ג). אך **הט"ז** הקשה על הבנה זו במ"מ שהרי דייק מהגמ' שכתבה סתם בלא שינוי ומשמע כל שינוי ואם תאמר דווקא שינוי הגורם למיתה א"כ מניין למ"מ שאפילו למלאכה קלה שמא דווקא לכבידה אלא ע"כ מסתימת לשון הגמ' שינוי מדובר בכל גווני וחייב אף שמותר לו לשנות למלאכה קלה מ"מ דווקא כל שנשאר בעולם אין המשאיל יכול לעכב עליו אך באינה בעולם מצא המשאיל קפידה לומר כיון שלא נעשה כקביעתם אינו פטור מאחריות שבאה הבהמה לידו ודומה למ"ש **השו"ע** (שיא) שהקפידה גדולה יש בספינה וגם **הטור** כתב בשם **הרמב"ן** שמצאה הקפידה מקום לנוח ונחה והיינו כל שאומר ספינה זו וטבעה אין יכול בעל הספינה להביא ספינה אחרת וחייב להחזיר שכן שקיבל אף שמתחילה ודאי היה יכול לשנות וכמ"ש הטור שם בשם **הרמ"ה** בשוכר למשא ידוע וכו'. מ"מ עכשיו שנטבעה יכול לתלות השוכר קפידתו בזה ולהוציא ממנו וכפי הסמ"ע שם וה"נ כוונתו שמצא מקום להקפיד ולומר שלא היה לך לשנות כלל ולהפסיד ממוני ותימה בסמ"ע ששם כתב כן ופה לא.

מתנה להתחייב במתה מחמת מלאכה אי צריך קנין: הקצות (א) כתב שיש בזה מח' - לפי תוס' (ב"מ נח. 'אמר רבי') שהקשה מדוע במתנה ש"ח להיות כשואל מספיק דברים בעלמא, ואילו להתחייב בעבדים וקרקעות צריך קניין, ותירץ בתירוץ ב' שכיון שמתחייב כשואל סבורים העולם שהשאל לו ובהנאה זו משעבד עצמו, לפי"ז יותר משואל דהיינו להתחייב במתה מחמת מלאכה אינו מתחייב אלא בקניין. וכן **לש"ך** (סו ס"ק קכט, שא ז) שבש"ח נחשב כאומר שואל אני דהיינו הריני כאילו התקבלתי משא"כ עבדים וכו' שהתמעטו מדין שומרים ואפילו שואל פטור בהם ולכן צריך קניין א"כ גם לפי"ז לא יכול השואל להתחייב יותר משואל בלא קנין. אך **השיטמ"ק** (ב"מ סט:) לגבי דברי רב בספינה שאם השכירה על מנת שאם תישבר ישלם השוכר יכול ליטול שניהם "אגרא ופגרא" והקשו עליו "אי אגרא לא פגרא" והסביר השיטה כיון שנטול שכר מהשוכר הלא על מנת כן שכרה שתפחת מדמיה שא"א שלא תרקב מחמת המים וכו'. ולא הקשה משום שהיו מתה מלחמת מלאכה, שהרי מתנה ש"ח להיות כשואל ומתנה שואל להיות משלם הכל ואפילו מתה מחמת מלאכה וכאן הרי התנה בפירוש שישלם לו אם תישבר. יוצא שיכול שואל להתחייב בדברים בעלמא. ואפשר שסבר כתירוץ א' בתוס' שטעם מתנה ש"ח להיות כשואל משום שעכ"פ חייב שבועה דא"ו על אונס, וקרקעות אף משבועת התורה פטור ולכן צריך קניין להתחייב בהם, וא"כ יכול להתנות שואל להתחייב במתה מחמת מלאכה שהרי נשבע על כך. מסכם הקצות, שכיון שיש מח' הוי ספק ופטור השואל בהתנה אא"כ קנו מידו.

הנתיבות (ב) כתב שלכו"ע מתחייב השואל בלא קניין, שדווקא דברים שהשומר מתחייב במה שאיש אחר שאינו שומר אינו חייב בזה אינו יכול להתנות בחיוב אם לא כשהוא באופן המבואר בתוס', אבל במתה מחמת מלאכה שאילו לא היה שואל ודאי היה מתחייב מדין מזיק רק שיש לפטורו מטעם ששאלו לעשות מלאכה מדעת המשאיל והרשהו לכן כשהתנה עמו שיתחייב בנזק שמחמת מלאכה הוי כהתנה שכשתניזק הבהמה לא יהיה לו דין שואל שיהיה כאילו לא שאלו ממנו ואף בעבדים נראה שחייב ככה"ג שכמזיק בידיים דמי כיון שהתנה כך וכן בב"מ סט: שוכר שהתנה "אגרא ופגרא" משמע שמתנה בדברים בלבד.

דעת הריטב"א - הקצות הביא מהריטב"א (ב"מ ע. 'משום') לגבי מלוים מעות יתומים קרוב לשכר ורחוק להפסד שיש שפירשו שהמעות הם פיקדון ומה שמקבל עליו כל ההפסד משום מצות יתומים הוא שעושה כדאמרו מתנה ש"ח להיות כשואל וי"מ אף בהלוואתו וכו' וי"מ שאם בתורת פיקדון הוא ומשום התנאה בנאבדו החובות שלא בפשיעה פטור שהיו כמתה מחמת מלאכה שפטור אבל אם הוי הלוואה בכל עניין חייב. ומדכתב שמתה מחמת מלאכה פטור בכל עניין ומשמע שאינו מתחייב אפילו התנה שאל"כ לא שייכת הני"מ שגם בטעם הפיקדון נאמר שהיו כמתנה להתחייב בכל עניין ואפילו במתה מחמת מלאכה.

הנתיבות דחה, ששם חלק היתומים בפיקדון בעלמא הוא לגביו ולטובת היתומים וברשותם הלווה ואיך שייך לומר שהיו כהתנה שבאם יאבדו החובות שיהיה כאילו לא הלווה ברשותם שתנאי לא שייך רק בדבר שאחד נותן לחברו במתנה/שאלה שהוא לטובת חברו ויש בו קניין לחברו יכול להתנות שלא יקנה חברו רק באופן זה, אבל כשאינו מקנה לחברו שום דבר רק ששולח אותו עם איזה דבר לעשות לטובת המשלח, ולהתנות שאם לבסוף יאבד הדבר שיהיה כאילו עשה הדבר מדעת עצמו, פשוט שאין זה חשוב רק חיוב בעלמא, ולא שייך תנאי בזה כיון שגוף המעשה לא נעשה רק לחברו, ובזה ודאי דבעי קנין וזה פשוט.

[הקצות תירץ נוסף לקושיית התוס', ע"פ תוס' ב"מ נו שהקשה על דין מתנה ש"ח להיפטר משבועה שלא הוי מתנה על מה שכתוב בתורה שמעיקרא לא שעבד עצמו ואילו בעל מנת שאין לי עליך שאר כסות ועונה תנאו בטל ולא אומרים מעיקרא לא שעבד עצמו ותירץ שגבי שומרים החיוב הוא רק משום שהתורה ירדה לסוף דעת בני אדם שרוצים להתחייב בכך ש"ח בפשיעה וש"ש בגניבה ושואל באונסים וא"כ בש"ח בד"כ דעתו להתחייב שבועה אך אם מתנה שלא לשעבד עצמו לשבועה לא חייבתו התורה כיון שאין דעתו בכך. ובעבדים ושטרות פטרתם התורה אף שדעת בני אדם להתחייב בהם כבשאר מטלטלים א"כ אינו מוסיף באמירתו שרוצה להתחייב כיון שידענו שרוצה ואפ"ה התורה פטרתו ורק ע"י קניין יוכל להתחייב. ובמה שיש בו דין שמירה לא חייבה תורה את השומר יותר מדעתו אך במקום ששעבד עצמו יותר מש"ח חייב בדברים בעלמא].

סעיף ב

נכחש הבשר מאליו, וסופו לחזור, פטור. אבל אם נכחשה מאליה ומתה אחר כך, שהוא חייב לשלם, כיון שאינה בעין משלם כמו שהיתה בשעת שאלה.

ב"ק פו. איתא: "דאיתמר: הכהו על ידו וצמתה וסופה לחזור - אביי אמר: נותן לו שבת גדולה (דמי ידו) ושבת קטנה (כל ימי משכבו יתנו לו כאילו הוא שומר קישואין), ורבא אמר: אינו נותן לו אלא דמי שבתו שבכל יום ויום (עד שיחזור לקדמותו ייתן לו כל יום כשכר פועלים בשוק ולא כשומר קישואין כי לא נותן לו דמי ידו). **הרא"ש** (ב"מ פ"ח ד) הסביר שלאביי חשוב כנזק כיון שהפחית את האדם מכספו, ולרבא אינו חשוב נזק כי סוף המכה לחזור ויש כאן רק שבת. והלכה כרבא.

ע"פ זה פסקו **חכמי צרפת** (תוס' גיטין מב: , רא"ש, מרדכי ב"ק פ"ח פה-פו, טור שו ו) בבהמה שעלתה בה מכה בפשיעת השוכר⁹ כגון ששינה בה ולא הוי מחמת מלאכה ונגמרו ימי שכירתו ואין המשאיל יכול לעבוד בה, כיון שסופה להתרפא פטור מלשלם, שאין שבת באדם המזיק בהמה (ב"ק ד:) אלא רק נזק. לדבריהם הסוגיה בפטורה בכחש מחמת מלאכה דיברה בכחש שאינו חוזר שהטעם היחיד לפטור הוא שהוי מחמת מלאכה ולולא זה היה חייב. וכן בסנהדרין פד: הכחישה באובניים שפשוט שחייב מיירי בכחש דלא הדר.

ר"ח (תוס', יש"ש ב"ק פ"ח יד) **ר"ח מפריז ור"מ** (מרדכי, רא"ש בשם יש מחלקין) כתבו שדווקא לגבי אדם אין חשוב זה אלא לשבת שאינו עשוי להימכר ולכן אינו נחשב מפחיתו מכספו. ועוד שאדם דמיו יקרים והקוהו פוחת מעט מדמיו כיון שסופו לחזור, אבל לגבי שור נקרא נזק שעשוי להימכר ונפחת מדמיו הרבה.

הטור בסימן שז ו הביא שתי הדעות, וכאן כתב בנכחש הבשר מאליו וסופו לחזור פטור, ובנכחש מאליה ומתה אח"כ חייב שכיון שאינו בעין משלם כשוויה בשעת שאלה (שתחילת כחישה תחילת מיתתה ומאותה שעה התחייב, **לבוש** שמ ב **וסמ"ע** שמ ז, ע"י קצות בהמשך. כיון שעתה אין סופה לחזור הוי נזק למפרע וכבחמץ שחייב למפרע שעל שריפתו עצמה אינו חייב, **גר"א** י).

הב"י (שז, שמ) **הד"מ** (שז) **הב"ח** (שמ) **יש"ש** (ב"ק פ"ח יד, ביאורו לטור מובא בפרישה שז ו) הבינו שהטור הכריע כחכמי צרפת כיון שכאן הביא רק אותם. **והשו"ע** כטור הביא את המח' בסימן שז וכאן רק רבתינו הצרפתיים, **והרמ"א** (שז ו) כתב שכסברתם נראה עיקר. וכן הכריע **הלבוש** (שמ ב, ובסימן שז ו כתב שלפעמים יבוא הניזק לידי היזק רב וברי היזקא מחמת שתתעכב מלאכתו ויש לחייבו מדינא דגרמלי). וכ"פ **תוס'** (סנהדרין פד:) **והגהות אשרי** (ב"ק פ"ח ו).

הסמ"ע (שז י ופרישה ו, שמ ו ודרישה ג) סבר שהטור לא הכריע כרבתינו הצרפתיים, כי בס' שז הביא המחייבים באחרונה ואיך יסתום כאן לפטור, וכן הרא"ש הביא דעת המחייבים בסוף ומשמע שכך סבר. אלא שכל המח' שם היא כשנולדה המכה בפשיעה ומכוחה נכחש, אך כאן מדובר ב'נכחש הבשר מאליו' (לשון הטור, ולא כתב רבתינו שאף מחמת פשיעה אם היה סובר שזה אותה מח') ומדובר למחייבים שנכחש כאן באונס. ואע"י שמדובר בשואל שחייב באונסים ובהיזק הבא מאליו מ"מ כשחוזר לבריאותו הוי רק שבת ופטור בבהמה.

הט"ז (שמ ב) חלק על הסמ"ע, שאין שום חילוק בין חיוב שואל באונסים כשנכחש מאליו לבין חיוב שוכר בפשיעה ומה שחייב בזה חייב בזה. ולשון הטור "נכחש הבשר מאליו" אינה לדיק שאם נכחש בפשיעה שחייב, אלא כתב ההפך מכחש מחמת מלאכה שפטור שהביא בהלכה לפני כן כאן כתב שאם לא היה מחמת מלאכה מ"מ אפילו בפשיעה פטור וכחכמי צרפת וכב"י ורמ"א. וכן **הש"ך** (שז ה בעיקר, שמ ד) חלק על הסמ"ע, שסו"ס שניהם שבת. ומפורש **ברי"י** (נ"ל ח"ג פה ע"א) שהמחייב חלק בשני המצבים. וא"כ צדקו המפרשים בדעת הטור וכן משמע ברמזיו (ב"מ פ"ח ד הביא דין כחש ומיתה מחמת מלאכה וכתב י"א שאף בכחש דהדר שלא מחמת מלאכה פטור). אך כיוון **שמהר"ם** (מרדכי) הכריע **כרבינו חיים** (ודלא כדרכי משה) צ"ע לדינא שקשה לחלוק על מהר"ם, וגם **היש"ש** (ב"ק פ"ח כב) הכריע שחייב¹⁰, וכן **בפסקי תוס'** (גיטין השולח קעג) כתב בסתמא שחייב, ולכן נראה שהוא **ספיקא דדינא והמע"ה**, ובפרט **שהתוס' רא"ש ורי"ו** לא הכריעו, ודלא כרמ"א ולבוש שהסברה הראשונה עיקר. **והיש"ש** כתב עוד ששבת בלא נזק כגון שסגרה בחדר שאינה יכולה לעשות מלאכה פטור וכמ"ש **המרדכי** (ב"ק ריש פ"ט).

הקצות (שז ג) חלק על הש"ך וכתב שתוס' כן הכריעו: 1) גיטין נג: 'גזלן': "תימה דהיכי מדמי הכא דממילא למטמא בידים דנחי דמטמא בידים חייב היכא דנטמאת מאליה אומר לו הרי שלך לפניך דהא המכחיש בהמת חבירו באבנים או במלאכה חייב ובהכחשה ממילא או פירות שהרקבו מקצתם אומר לו הרי שלך לפניך..." וע"כ מדובר בכחש דהדר, שאי

⁹ ש"ח ושי"ש - הפרישה (שז ו) העיר שלא נחלקו בהם כי סתם מכה אינה אלא מחמת מלאכה ובהם אין מלאכה. הב"ח (שם) הקשה שגם בהם היה לטור לחלק כשפשע כגון שהעלה לראשי צוקים ונפלה ומחמת נפילתה העלתה מכה שסופה להתרפא אם חייב מדין נזק או פטור כי אין שבת בבהמה. ואפשר שהמח' היתה ע"י מעשה בשוכר ואה"י דלא דווקא. הובאו ברעק"א שז ו.

10 הכריע כ"ח ודעימיה שהתורה לא פטרה אלא שבת בפנ"ע או כשיש רק שבת כגון שסגרה בחדר וכן ריפוי אבל פשוט שהוא בכלל נזק כגון שיש מכה שצריכה רפואה שנפחתה מדמיה כיון שצריך להוציא לרפואתה והדבר ידוע שהיזק מועט מזיק לבהמה שעומדת למכור ולכן שמים כמה נפחתו דמיו למכור א"כ עומד לשחיטה אע"פ שיכול היה למכור פטור.

בכחש דלא הדר אפילו בממילא לא יכול לומר הרי שלך לפניך שהוי ליה שינוי כמבואר בב"ק רפ"ט, ואם נאמר שכחש דהדר הוי שבת כחכמי צרפת א"כ אף בידיים יהיה פטור. (2) ב"ק נו: 'פשיטא': "דמצינו דברים שהשומר חייב והגזלן פטור שהרי בכחשה בהמה הכחשה דהדרא ובפירות שהרקיבו מקצת מוכח בהגזל קמא (צח:) דגזלן אומר לו הרי שלך לפניך משום דלא חשיב שינוי ולא קנינהו ופטור אפילו בפשיעה דלא קבל עליו שמירה, אבל שומר כיון שמתחייב בכחשה דלא הדר' ובהרקיבו כולם אם נעשו בפשיעה כמו כן יתחייב בכחשה דהדרא ובהרקיבו מקצתם כיון דקבל עליו שמירה דלמה לא יתחייב בזה כמו בזה שאין השומר קונה בשינוי...". א"כ סברו שמזיק בידיים ושומר חייבים בכחש דהדר וע"כ שסברו כרבינו חיים שסופו להתרפא בבהמה חשוב נזק.

עוד כתב הקצות (שמ ב) להצדיק את הסמ"ע שיש חילוק בין כחש בידיים לבין כחש דממילא, שאף למ"ד שהיזק דממילא הוי נזק מ"מ כיון שכחש דהדר אינו שינוי הוא ואפילו גנב וגזלן יכולים לומר הרי שלך לפניך, וה"ה שומר וכדמשמע מרש"י (ב"ק מה). 'ליפלגו' לגבי ליפלגו בחמץ בפסח) וא"כ דווקא מזיק בידיים חייב. וכ"כ בשיטמ"ק (ב"מ צו: 'כחש' בשם תלמיד הר"פ) על הגמ' "כחש בשר מחמת מלאכה מהו" הקשה מי גרע מגזלן שיכול לומר הרי שלך לפניך ותתן שמדובר שהכחשה בידיים. וע"כ שמפרש בכחש דהדר שאם הוי כחש שלא הדר גזלן גם לא יכול לומר הרי שלך לפניך א"כ סבר השיטה שכחש דהדר גם הוי נזק ואפ"ה בנכחש מאליו לא גרע מגזלן ולכן מפרש בהכחשה בידיים. אלא שלשון הסמ"ע (שז) שכתב הטעם שפטור בנכחש מאליו משום שהוי שבת אינו מדוקדק שא"כ אפילו מזיק בידיים פטור כיון שאין שבת בבהמה, אלא הטעם למחייבים שם שכאן פטור שאע"פ שהוא נזק בממילא לא גרע מגזלן שאומר הרי שלך לפניך בכחש דהדר וכשיטמ"ק, אך מזיק בידיים לא יכול לומר הרי שלך לפניך וכתוס' גיטין. והשיטמ"ק סבר שלא כתוס' בב"ק שכתב שבשומר לא יכול לומר הרי שלך לפניך. וכן מוכח בטור שכתב שאם נכחשה מאליו ומתה אח"כ חייב לשלם כיון שאינו בעין וישלם כשווייה בשעת שאלה. ומדוע משלם כשעת שאלה הרי קי"ל שכל השומרים משלמים כשעת פשיעה ע"י רצא א. ובסמ"ע כתב שכיון שמתה אח"כ אומרים שהכחש הוי התחלת המיתה. אך אינו נראה כיון שהטור מדבר בכחש דהדר וודאי היה ע"פ אומדנא שוודאי הדר וא"כ במתה אח"כ הוי אונס מיתה שלא מחמת הכחש. אך לדברנו שלטור הוי נזק אלא שבנכחשה מאליו יכול לומר הרי שלך לפניך שלא גרע מגזלן ולכן במתה אח"כ שכבר אינו בעין לומר הרי שלך לפניך לכן משלם כשעת הנזק. ומדוקדק בלשון הטור שכתב שחייב לשלם כיון שאינו בעין וזה כולל אף נשרפה ונאבדה אח"כ שכל שאינו בעין חייב למפרע משעת הנזק וכנ"ל. ובשו"ע קשה שכתב כאן כלשון הטור שם מתה חייב כשעת שאלה, ובסימן שז ו כתב שכחש שהדר לא הוי אלא שבת וא"כ פטור אף במזיק בידיים וא"כ במתה אח"כ לא יתחייב אלא כשעת פשיעה ולא כשווייה בשעת שאלה וצ"ע.

הנתיבות (שמ ד) הקשה על השיטמ"ק שהובא בקצות, שוודאי שומר גרע מגזלן, שהרי למ"ד (ב"ק צד.) ששינוי במקומו עומד בגזלן אפילו נשתנה יכול לומר הרי שלך לפניך ובשומר ודאי חייב. ועיין בדברי (שס"ג סק"ג) שרק בהיזק שאינו ניכר יכול השומר לומר הרי שלך לפניך, שלא גרע היזק דממילא מהשומר מהיזק שבידיים, אבל בהיזק ניכר אף שאין שינוי ודאי ששומר חייב, ורמיה מנדה נח. בהשאלה חלוק שחייבת לכבס הכתם, וגזלן ודאי שאינו חייב, שהרי שינוי לא הוי רק כשנשתנה שמו מחמת השינוי כמבואר ברמ"א (שס ו).

עוד הקשה הנתיבות (שמ ג) על הסמ"ע שכתב שהטעם הוא שאין שבת בבהמה: (א) כיון שפירות בני מכירה הם שכן יכול למכור שדהו ובהמתו לפירות וכשמזיקו שאינו יכול למכור לכך היזק ממון גמור הוא. (ב) אם ישראל ישכור ביתו בהמה לפירות על שתי שנים מגוי בעמד מאה זהובים ובא אחד ושרף הבית והמית הבהמה יפטר מהתשלומים לישראל כיון שאין בו לישראל רק ביטול מלאכה ואין שבת בבהמה: אלא טעם הפוסקים שפוטרים משום שמבואר בסימן ת"כ (יג-יד) שנוק לא נקרא רק כשמחסרו איבר ואפילו עור שאינו חוזר שנעשה צלקת, אבל כשלא מחסרו שום דבר רק שסופו לחזור לקדמותו לגמרי לא נתחייב בנזק רק בד' דברים וכיון שקי"ל (ב"ק פז.) ששור אינו משלם אלא נזק ממילא פטור כשעשה היזק בדבר שאינו מחסר וכבשף מטבע של חברו שאם היכה בקורנס ולא חסרו שפטור אף שוודאי אם ימכרנו יצטרך למוכרו בפחות ויש היזק מ"מ אפ"ה פטור ואם הכהו וחסרו חייב בכל ההפסד כמ"ש תוס' (בק צח. 'מתיב'). לכן בשרף בית או המית בהמה המושכרים שעשה חסרון בגוף חייב לשלם לשוכר כל מה ששווה למכור הגוף לפירות שכיון שיש חסרון בדבר הניזק משלם נזק. אלא שבסופו לחזור פטור שבזה לא מתחייב כלל לשלם נזק. לפי"ז גם בבהמה אם נולדה מכה בפשיעת השומר בבהמה ונחסר עור עד שאף כשיתרפא ישאר בעור צלקת חייב לשלם כל הדמים מה שווה למכור לפירות שהפסד ממון ודאי שנקרא נזק רק שאינו מתחייב לשלם נזק רק כשחיסרו.

הנתיבות חסכים לש"ך שהוי ספיקא דדינא, שמסתברת דעת החולקים שבשלמא אדם באדם למדו בסנהדרין פד. תשלומי נזק מהפסוק "יד ביד" ושם יש חסרון איבר, משא"כ נזק של בהמה נלמד בפג: מהפסוק מכה בהמה ישלמנה שמשמע בהכאה בעלמא אף בלא חסרון משלם נזק.

הנתיבות דחה קושית הקצות על הסמ"ע, שאמר שכיון שהכחשה דהדר הוא וע"פ אומדנא ודאי הדר שאין לומר תחילת מיתתה היא, שהרי כל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אפילו שיש אומדנא בשעת הפשיעה שמחמת הפשיעה לא היה ראוי לאונס, שכן חייב כשיש לתלות בשום צד שאפשר שלא היה האונס אילו לא היתה פשיעה חייב וכיון שמהתחלת הפשיעה הגורמת לאונס תחיל החיוב כמ"ש הנמו"י (ב"ק לט.) אינו יכול להחזירה לבעלים עד שתסתלק הפשיעה הגורמת לאונס, וממילא חייב במזונותיה. וכ"כ הרמ"ש (כלל צב ב) במפורש שהשומר חייב לטפל בה עד שתסתלק הפשיעה. ועוד, שאם לא תאמר כך, כיון שהבהמה עושה ואוכלת וכשנולדה בה פשיעה עד שאינה יכולה לעשות מלאכה והבהמה תאכל עד כדי דמיה אינו משיב לו מאומה ושומר חייב בהשבה, וזה לא הוי השבה שהרי מהפס' "והשבותו לו" (דברים כב ב) באבדה למדו בב"מ כח: שלא יאכל עגל לעגלים אלמא שבכה"ג לא מיקרי השבה. אף שבגזלן ודאי מועילה השבה אף בכה"ג היינו משום שבגזלן כל כמה שאין שינוי קרינן ביה "אשר גזל" (ויקרא ה כג), וכן מזיק בכה"ג פטור שא"צ השבה, ודבר זה שצריך להאכילו רק כגורם לממון הוא ומזיק פטור בגורם לממון. ואף שאין טעם זה ברור, מ"מ מכח טעם הראשון ודאי שחייב לטפל בה עד שתסתלק הפשיעה שבכלל נזק הוא.

מוסיף הנתיבות שמ"מ יש לחייב במזיק בהמה במה שנפחתה משוויה בשביל ביטול מלאכה, ומה שכתבו התוס' (גיטין מב: יושר) שפטור מכוח מה שאמרו אין שבת בבהמה, היינו שאין צריך לשלם שכר ביטול מלאכה דהיינו שאין שמין מה שהבהמה יכולה לעשות מלאכה בכל יום ויום רק שמים פחת שוויה מחמת ביטול מלאכה אגב מכירת כל הבהמה שעתה לא משלם כל הדמים ששווה ביטול מלאכה של כל יום ויום, שאין אדם מזלזל כ"כ במכירת בהמה בשביל ביטול מלאכה של יוםיומיים, וכדפירש רש"י (ב"ק נה: 'שמין') במה ששמים אגב שדה, אך מה שנזדלזה הבהמה בשביל ביטול המלאכה בכלל נזק הוא. משא"כ באדם צריך לשלם ביטול מלאכה של כל יום ויום בפני עצמו.

הפת"ש (שו"ג) הביא **שבות יעקב** (ח"ג קעח) שהכריע כסמ"ע ופסק למעשה כמה פעמים שבמקום שלא נכחש מאליו שמים מה שהופחתה מכספה.

* דעת הרא"ש ומרדכי בכחש דממילא - **הש"ך** כתב שמוכח מהם שסברו שאין לחלק בין זה להכחישה בידיים שהרי כתבו שלדברי הפוסקים צ"ל שבב"מ צו: "כחש בשר מחמת מלאכה פטור" מיירי בכחש דלא הדרא שאל"כ אף שלא מחמת מלאכה נמי פטור. ולסמ"ע שגם המחייב פטור בכחש הבא מאליו א"כ גם למחייב צ"ל כך. **הקצות** (שמ"ב דחה, ששם מדובר בכחש מחמת מלאכה בהו"א שחייב ואז הוא היזק בידיים כיון שמחמת מלאכה נעשה הכחש ולכן כתב שלפוסקים שסברו שאפילו בידיים פטור צ"ל שמדובר במכה שאינו חוזר. ולשיטה שכתב שמדובר בהכחשה בידיים גם צ"ל שכתבו בפשיטות שמדובר בידיים כיון שנעשה מחמת מלאכה.

ריפוי: הנתיבות (שמ"ג) כתב שאם עלה במה מכה שצריכה ריפוי ועל ידו תחזור לקדמותה ובלעדיו א"א להחזירה לקדמותה נראה שלכו"ע צריך השומרהמזיק לשלם הריפוי, כיון שכל זמן שלא יתרפא לא יחזור לקדמותה כחשא דלא הדר הוא. ומ"ש **במרדכי** (ב"ק קטז) שאינו חייב בריפוי שכל שמחמת נזק מזיקו בממון אחר פטור והביא ראיה מזורק מטבע חברו לים שפטור מלשלם הכסף של בר אמוראי (ב"ק צח.), נראה שכתב כן במקום שאף בלא הריפוי יחזור לקדמותו רק שיתעכב וע"י הריפוי ימהר לחזור שבאדם כה"ג חייב בריפוי ובהמה פטור, אבל כשלא הדרא מעצמה רק ע"י רופא יכולה לחזור המזיק חייב גם בשכר הרופא. וראיה מנידה נח. שנאמר דין במשנה שהיא חייבת לכבס הכתם ושם ג"כ הנזק הוא בממון אחר. ועוד, אטו אם אחד יסתור כליובנין חברו שאומן יכול להחזירו יפטר מלשלם שכר האומן?! אלא ודאי שכל מזיק מחויב להחזיר הנזק שיהיה כמות שהוא בראשונה כל שניכר היזקו אף שלא נשתנה לגמרי, ודווקא גזלן כשנעשה נזק בהגזילה שלא ע"י מעשה הגזלן אינו חייב כשלא נשתנה ויכול לומר לו הרי שלך לפניך, אך מזיק בידיים חייב להחזיר דמי הנזק אף כשלא נשתנה, וממילא חייב בריפוי ובכיבוס הכתם כיון שאינו יכול להחזיר הדבר לכמות שהיה ודמי להזיק בממון זה. ומה שפטור בזורק מטבע חברו לים, היינו משום שאף גזלן שחייב בהשבה אינו חייב להשיב עד שבא לידי כשלא נשבע ואף שניזק בממון הרבה כמבואר בב"ק קג, ולכן פטור ג"כ בזורק מטבע לים בצלולים, כיון שלא נעשה שום נזק בגוף הדבר רק שניזק בהוצאות השבה לידיים כניזק בממון אחר דמאי ופטור. וראיה מסימן תכ"ג בחובל באדם שכתב הרמ"א שצריך לתת ג"כ תוספת מזונות שבכלל ריפוי יחשב, ולכאורה תמוה שהרי בגיטין יב: לגבי הקוטע יד עבדו שאמרו שם שניזון מן הצדקה להעדפה ופירש רש"י (להעדפה שהוא) מה שהוא צריך מפני חוליו להוסיף על מזונות, ולדברי הרמ"א קשה, שהרי הגמ' הקשתה שם "ריפוי ידיה הוא דבעי איתסויי ביה", ע"ש, ולהרמ"א מזונות היתירים בכלל ריפוי הוא והחובל צריך ליתנו לעבד הדרא קושיא לדוכתה דאמאי ניזון מהצדקה, ולדברי אתי שפיר, ותתיישב גם קושיית התוס' (גיטין שם 'רפואתו ידיה הוא') ששנינו (ב"ק פז.) שבעבד כנעני שלו פטור מכולם ע"ש, ש"ל ששם לא אמר שפטור רק מריפוי האמור בתורה דהיינו שיכול לחזור אף בלא ריפוי רק שע"י הריפוי ממהר רפואתו, שכשאינו יכול להתרפא בלא רופא בכלל נזק הוא שהרי ודאי נזדלזל במכירתו כשלא יתרפא כלל ובריפוי כזה דהיינו למהר רפואתו ודאי פטור בעבד למסקנה שכאן שעיקב רפואה בכלל צער שזכתה לו התורה לרב, והמקשן כאן סבר שאפילו ריפוי של צער של עבד הוא ולכן הקשה רפואתו ידיה היא, ותרצו שרפואה של צער של רבו היא. וגם דברי הרמ"א מיושבים ששם מדובר בישראל שאף ריפוי של צער דהיינו סמא חריפא חייב החובל, משא"כ בגיטין שמדובר בריפוי של תורה דהיינו ריפוי של צער ואותו ריפוי של רבו הוא וכמסקנה בגיטין.

וכן **הפת"ש** בשם **השבות יעקב** כתב שלגבי ריפוי אם המשכיר הוציא הוצאות צריך השוכר להחזיר שע"י כן מצילו מנזק שהיה צריך לשלם לו. נראה שכוונתו כנתיבות שמדובר שלולא הריפוי היה צריך לשלם לו על הנזק דהיינו שהיה נזק דלא הדר שלולא הריפוי לא תחזור הבהמה להיות כשהייתה.

מזונות: נתיבות כתב שכאשר נולד בבהמה מכה בפשיעת השומר כמבואר בסימן שז"ו, עד שאינה יכולה לעשות מלאכתה שתהא עושה ואוכלת וכשהבעלים יזונו אותה משלהם תאכל כל דמי שווי הבהמה ויותר, השומר חייב לתת דמי המזונות לכו"ע, שהרי ודאי אם תמות הבהמה תחת יד השומר קודם שתבריא חייב השומר שהיו תחילתו בפשיעה וסופו באונס כמו בסיגפה ומתה (שגם מ"ק יג, שט"ג, סמ"ע כאן ז' שהכחשה תחילת מיתתה) והוא כלא יכולה להתרפא בלא מזונות ובכלל נזק הוא. וכן **הפת"ש** בשם **השבות יעקב** כתב שגם למ"ד שאין להוציא שבת בבהמה מ"מ בכלל נזק לשלם מאכל הבהמה בימי חוליה שקודם שנעשה בה נזק היתה אוכלת ועושה ועכשיו צרכה לאכול אף שאינה עושה והוא נזק גמור, אך אין צריך לשלם מה שהיתה עושה יותר מפרנסתה שזה נקרא שבת ואין שבת בבהמה לחכמי צרפת (הובא גם ברעק"א שז"ו).

סיכום - 1) **שו"ע רמ"א ב"ח לבוש ט"ז** סברו שבין בכיחש בידיים ובין בנכחשה מאליו נחלקו הראשונים אם הוא נזק או שבת ולהלכה קי"ל כדעת הפוסקים.

הסמ"ע הקצות הנתיבות והשבות יעקב סברו שמ"ח הראשונים דיברה בכיחש בידיים ובזה יש לחייב אך לכו"ע בנכחשה מאליו כחש שיכול לחזור בזה פטור, לסמ"ע מטעם שהיו שבת ולקצות משום שיכול לומר הרי שלך לפניך כבגזלן, ובמזיק בידיים לא יכול לומר הרי שלך לפניך. ולנתיבות משום שנוק שלא עשה חסרון כגון שהולך לחזור פטור בו.

הש"ך והנתיבות כתבו שהי ספיקא דדינא והמע"ה.

* **השבות יעקב** כתב שגם לפוטרים חייב בהוצאות המזון והמח' היא רק במה שמלאכתה גדולה מפרנסתה.

(2) **הנתיבות והשבות יעקב** כתבו שגם למי שפוטרי מ"מ חייב בריפוי במכה שלא תעבור לולא הריפוי וכן במאכל הבהמה כל זמן שלא עושה מלאכה (חוץ ממה שעשתה יותר מפרנסתה).

סעיף ג

השואל בהמה מחבירו לילך דרך ידוע, ובאו עליו לסטים באותו הדרך, או חיות רעות, ואנסוה ממנו, חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה. הגה: ויש חולקין בזה וסבירא להו דלא מיקרי מחמת מלאכה, דהרי אף בלא הליכת הדרך איפשר שיבא לה אונס כזה (טור בשם הרא"ש). אבל המשאיל לחבירו שונרא לרדוף עכברים, ואכלוה העכברים, מיקרי מחמת מלאכה, דבא לה האונס מחמת המלאכה, וכל כיוצא בזה (טור). בהמה שנתייגעה במלאכתה ונתחממה ומתה אחר כך, או נכשלה בדרך ונפלה ומתה, מיקרי מחמת מלאכה. ודוקא שהרגיש בעודו במלאכה, אבל אם לא הרגיש מיד, לא יכול לישבע דמתה מחמת מלאכה, דדילמא בלאו הכי נמי היתה מתה (שם בשם ר"י והרא"ש).

1. נאנס בדרך ולא מאותה מלאכה עצמה

הרמ"ה (טור) כתב שבשאל בהמה ללכת בדרך מסוימת ובאו עליו ליסטים\חיות רעות ואנסוה ממנו הוי מתה מחמת מלאכה כיון שמחמת הדרך ששאלה ללכת בה הולכה ונאנסה. ראייה - **בב"מ צו**. "ההוא גברא דשאל שונרא מחבריה... אכיל עכברי טובא וחביל ומית. יתיב רב אשי וקא מעיין בה: כה"ג מאי? אמר ליה רב מרדכי לרב אשי, הכי אמר אבימי מהגרוניא: גברא דנשי קטלוהו - לא דינא ולא דיינא" ולדינא פטור, א"כ יוצא שאע"פ שלא הרגתו המלאכה גופה כיון שבמלאכה ששאל לצרכה מתה בגרמתה. וכ"פ **השו"ע**.

הרא"ש (טור) חלק ואמר שבמקרה זה אינו נחשב מתה מחמת מלאכה. ובשונרא באותה מלאכה עצמה נאנסה והוי כשואל בהמה למהלך יום אחד ומחמת ההילוך מתה אך אם נאנסה ממנו בדרך אונס אחר הוא ואינו מחמת מלאכה שאף בלא מלאכה אפשר שתיאנס ממנו ולכן חייב. **הרמ"א** הביאו בשם "ויש חולקין" והביא המקרה של העכברים שאכלו החתול (ועיין בפרישה לקמן) "וכן כל כיוצא ב".

* הסבר הרמ"ה והרא"ש וראיות נוספות:

א. **בב"י** הבין שהמלאכה שעליה דובר בגמ' היא אכילת העכברים, ומחמת שאכל יותר מדי נחבל ומת. **ובבדק הבית** תרץ הרמ"ה מקושת הרא"ש שכמו שבגמ' לולא המלאכה לא היה מגיע האונס שכן לולא שהיה אוכלם לא היה אוכל יותר מדי, כך גם במקרה של הרמ"ה מחמת אותה מלאכה נאנסה שהרי אין חיות רעות וליסטים מצויים בעיר והדרכים בחזקת סכנה (ירושלמי ברכות פ"ד ה"ד) דהיינו לולא המלאכה לא היה נאנס, א"כ בשניהם אין האונס יכול להגיע אלא ע"י המלאכה.

ב. **הפרישה והב"ח** כתבו שהמלאכה שעליה דובר בגמ' אינה האכילה אלא הריגתם וביעורם מהבית אלא שהאכילה באה ממילא ונגרמת ממלאכת ההריגה. (1) הפרישה כתב שלפ"ז שפיר לשון הרא"ש ששאני משונרא "ששאלה להרוג עכברים", וסיים ששם באותה מלאכה עצמה נאנסה שא"א להריגה בלא האכילה שכן טבעה שלכן הורגתם, ודומה לשואל בהמה להלך ולא מתה בשעת ההליכה אלא נתעייפה לאחר זמן ומתה בגרמת ההליכה. (2) הב"ח כתב שלפ"ז לכאוי אין מקום לקושיית הרא"ש שלא דמי לשונרא שבאותה מלאכה עצמה נאנסה וכו' שהרי לא נאנסה במלאכת הריגת העכברים. אלא שתירתי אמר: א. שאין נראה הדימוי לשונרא שאכלה עכברים יותר מדי ששם אין השואל פטור מטעם מתה מחמת מלאכה שהרי המלאכה היא הריגת עכברים ולא מחמת זה מתה, אלא טעם פטור השואל משום שהשונרא פשעה בעצמה שאכלה עכברים טובא ולא דמי לנשבר ומת שהגיע ע"י אונס מבחוץ והבהמה לא פשעה בעצמה משא"כ כאן שפשעה בעצמה והיינו דאמר עלה בגמרא גברא דנשי קטלוהו לא דינא ולא דיינא ופירש רש"י בעל בעילות הרבה ומת. ב. אלא שעדיין י"ל שדומה לל"ק שחבור עליה עכברי וקטלוהו, בזה אינו דומה ששם באותה מלאכה עצמה נאנסה פירוש שבמלאכת הריגת העכברים נאנסה שחבור עליה עכברים וקטלוהו והוי כשואל בהמה למהלך יום אחד ומחמת ההילוך מתה ה"נ מחמת שבאות להרוג העכברים מתה שנתחזקו עליה העכברים והרגוה וזה ודאי הוי מתה מחמת מלאכה, אך אם נאנסה ממנו בדרך אונס אחר הוא וכו'. **ובתורה"ד** (שכת, יובא בהמשך) רואים שלא הבין כך ע"ש. וכ"כ **הפרישה** שלפי ל"ק אין ראייה כלל ממקרה זה שוודאי מחמת מלאכה עצמה מתה. והוסיף שיותר מזה **בתורה"ד** משמע הפוך שבאכל עכברים יותר מדי הוי מחמת מלאכה יותר מחברו עליו עכברים והורגו, ולכן הביא הרמ"א שחברו עליו עכברים שהוי רבואת יותר. **ובסמ"ע** (ח) הוסיף שאפשר שהביאה כי סבר שהלכה כל"ק.

הקצות (ג) העיר על הרמ"ה **בב"מ צה**. "תניא ונשבר וכו' אין לי אלא שבורה ומתה גניבה ואבידה מנין, אמרת ק"ו ומה שומר שכר כו', וכ"כ איכא למיפרך מה לש"ש שכן משלם תשלומי כפל בטוען טענת ליסטים מזויין, אפי"ה קרנא בלא שבועה עדיפא מכפילא בשבועה". ומה הקושיה הרי בשואל גם משכחת תשלומי כפל בטוען טענת ליסטים מזויין בדרך ידוע וליסטים מזויין גנב הוא. ואפשר שכיון שיותר מצוי בש"ש, שבשואל לא משכחת אלא בשאלה לילך דרך ידוע,

חשוב לו גם פירכא, ועיין תוס' ב"מ (מב. דאמר שמואל). ולפי"ז מיושבת גירסת הגמ' בב"ק ד: "ור' אושעיא... גנב וגזלן דממונא הוא, ליתני! הא קתני ליה שומר חנם והשואל". וכתבו רש"י (יתנא ליה) ותוס' שבכלל ש"ח גנב וגזלן יש בטוען טענת גנב הוא כגנב ובטוען טענת גזלן הוא כגזלן, אך לא גורסים שואל כי לא פטר עצמו בטענת גנב. ולפי הרמ"ה יוצא שבכלל שואל משכחת גנב וגזלן דהיינו בשואל לדרך ידוע, ואם טוען טענת ליסטים מזויין באו עליו בדרך הו"ל טענת גנב, ואם טוען גזלנים הו"ל טענת גזלן ופטר עצמו בזה כיון שזה הוא מתה מחמת מלאכה. **החכמת שלמה** כתב שבחיבורו (מילי דנזיקין על ב"ק ד: הוכיח מגמ' זו כדעת השו"ע כיון שגרסו השואל ומשכחת לפי הרמ"ה שטוען טענת גזלן ונפטר אך לרש"י והרשב"א שכתבו ששואל בכדי נקט מוכח כרמ"א.

הש"ך (ה) הכריע כרא"ש והרמ"א, ע"פ **הרמב"ן** (ב"י) שהקשה מדוע מתה מחמת מלאכה פטור הרי במתה מחמת מיתת עצמה חייב אע"ג שמלאך המוות מה לי הכא מה לי התם כ"ש כשהשואל עצמו גרם לה למות שיתחייב אלא ששואל אמנם חייב באונס אבל לא בפשיעת המשאיל וכאן המשאיל פשע שהשאילו למלאכה והיא לא יכולה לסבול אותה. וכ"כ **הרשב"א והריב"ש** (תכג). לפי"ז במקרה של אונס בדרך שלא פשע המשאיל חייב השואל ואינו דומה לשונרא שקטלוה עכברים שהשאילה לצורך עכברים. **הנתיבות** (חי' ו) הביא הש"ך ושכן עיקר.

נגב בדרך: **הנתיבות** (ה) העיר שמדנקט השו"ע "ואנסוה ממנו" בדרך, נראה שאם נגנבה ממנו דהיינו שנים בעידנא דניימי אינשי ונגנבה חייב, שגם השו"ע מודה שכל שאפשר שיבוא לאונס כזה אף בלא היה בדרך שלא הוא מחמת מלאכה, ודווקא באנסוה ממנו בפניו שאם היה בעיר היו לו מושיעים ודרך אונס כזה לבוא רק בדרך שאין לו מושיעים הוא כאילו המשאיל הפקירה לגבי אונסים אלה. אך גניבה שמתאפשרת גם בביתו לא מיקרי מחמת מלאכה. ולפי"ז ה"ה בגניבת לסטים מזויין שכיון שנעשה שלא בפניו ואף אי לא היה מזויין היה יכול ג"כ לגונבה, אין זה אונס השייך לדרך וחייב. **והקצות** כתב שלרמ"ה ה"ה לגנב בליסטים מזויין שפטור.

שואל כלי חרב להילחם: כתב **תרוה"ד** (שכח) שבשאל כלי להילחם עם השונאים ונפלו בני העיר ביד השונאים ולקחו הכלי הוא מתה מחמת מלאכה ופטור. ראה: **ב"מ צז**. "ההוא גברא דשאל שונרא מחבריה, חבור עליה עכברי וקטלוהו. יתיב רב אשי וקמיעה ליה: כה"ג מאי? כי מתה מחמת מלאכה דמי, או לא? אמר ליה רב מרדכי לרב אשי, הכי אמר אבימי מהגרונאי משמיה דרבא: גברא דנשי קטלוהו - לא דינא ולא דיינא". הובא **בב"י דר"מ סמ"ע** (ח) **ובאר הגולה** (י).

הש"ך (ו) דחה, שבחברו עליה עכברים שפיר הוא מתה מחמת מלאכה שמחמת שהשונרא תרצה לעשות מלאכתה בעצמה להרוג עכברים חברו עליה וקטלוהו וא"כ פשע המשאיל שהחתול לא התאים למלאכה, אבל בכלי מלחמה ודאי אין הכלים עצמם עושים המלאכה רק הלוחם וקרי מתה מחמת מלאכה הלוחם שלא נצח ומחמת כן נלקחו מהם הכלי זיין ולא פשע המשאיל במה שלא העריך כוחו שהוא אחראי רק על כך שהכלי טוב למלאכה זו, ולכן הוא אונס וחייב השואל. ונראה שתרוה"ד סבר כשו"ע לגבי אונס הדרך, אך לרמ"א בשם הרא"ש שחלק חייב כאן, וכן עיקר כנ"ל.

הנתיבות (ו) כתב שבבאו על עסקי נפשות פטור, שלא גרע משאל ספר שמצווה עשה. ואף בשאל שלא לדעת ונאנס מידו פטור שלא גרע מרודף אחר הרודף ששבר כלים של הרודף וכל אדם שפטור כמבואר בסנהדרין עד. כיון שיש בזה ג"כ הצלת אחרים, ודווקא נרדף שבא להציל עצמו חייב, ומה שיש פה גם הצלת עצמו לא גרע. ותרוה"ד דיבר שבאו על עסקי ממון עיי"ש. ובלקח כלי חברו להציל מהדליקה פטור אם נאנס מידו שהיו סכנת נפשות שהרי מחללים עליה את השבת.

2. האם צריך בזמן מלאכה

הרמב"ם (שואל א א) כתב שהשואל מחברו בהמה ללכת בה למקום פלוני ומתה תחתיו באותה הדרך או ששאל דלי למלא ונקרע ונפל לבור בשעת מילוי וכל כיוצא"ב פטור שלא שאלה אלא לעשות מלאכה זו והרי לא שינה. **הטור** כתב שנראה מדבריו שפטור מתה מחמת מלאכה הוא רק במתה בשעת מלאכה ממש. **הב"י** הוסיף שכ"כ גם בהמשך דבריו: "השואל כלים או בהמה... אפילו נאנס אונס גדול חייב לשלם הכל בד"א שנאנס שלא בשעת מלאכה אבל אם שאל בהמה מחברו לחרוש בה ומתה כשהיא חורשת הרי זה פטור אבל אם מתה קודם שיחרוש בה או אחר שחרש בה הרי זה חייב לשלם".

הרא"ש (ח ד) כתב שמתה מחמת מלאכה היינו כגון שדרך הילוכה נכשלה ונפלה ומתה והשואל לא שינה בה ולא פשע או שנתייגעה ונתחממה ומתה אך אם מתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות טורח הדרך לא יוכל להישבע שמתה מחמת מלאכה ששמא אם היתה עומדת על אבוסה היתה מתה אך כשנכנס בה חלשות ועייפות מטורח הדרך אף שלא מתה מיד אלא מתנוונת והולכת זמן מרובה חשיב מתה מחמת מלאכה. **והב"י** הוסיף שגם **הרמב"ן** (צו: הא דאמרין) חלק על הרמב"ם שהקשה מדוע מתה מחמת מלאכה פטור הרי במתה מחמת מיתת עצמה חייב אע"ג שמלאך המוות מה לי הכא מה לי התם (לו: כ"ש כשהשואל עצמו גרם לה למות שיתחייב אלא ששואל אמנם חייב באונס אבל לא בפשיעת המשאיל וכן המשאיל פשע שהשאילו למלאכה והיא לא יכולה לסבול אותה וכגון שמתה מחמת אובצנא דמלאכה. וכן **המ"מ** תמה שהחילוק בין שעת מלאכה ללא שעת מלאכה לא הוזכר בגמ' אלא מחמת מלאכה או שלא מחמת מלאכה והכוונה שכל שלא שינה בה מהמלאכה ששאלה והיא נתגייעה מחמת המלאכה שעשה בה ומתה אף שלא בשעת מלאכה פטור וכן השיגוהו **הרמב"ן והרשב"א**. **הריב"ש** (תכג, פרישה) כתב שטעם הרמב"ם שהוקשה לו כיצד נדע שמתה הבהמה מחמת המלאכה ולכן פירש שכל שמת בשעת מלאכה נתלה ונאמר שמחמת מלאכה מתה וכשמתה שלא בשעת מלאכה אז נאמר שלא מחמת מלאכה. ועדיין אין דבריו נכונים. **הרמ"א** הביא דברי הרא"ש ודייק **באר הגולה** (כ) שכתב מתה אח"כ וכ"ש אם מתה מיד אלא שרצה לאפוקי מדברי הרמב"ם וכמ"ש הטור והמ"מ בשם הרמב"ן והרשב"א.

מתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות: **הרמ"א** פסק את דברי **הרא"ש** שבהמה שנתייגעה במלאכתה ונתחממה ומתה אח"כ, או נכשלה בדרך ונפלה ומתה, מיקרי מחמת מלאכה. ודוקא שהרגיש בעודו במלאכה, אבל אם לא הרגיש מיד, לא יכול לישבע דמתה מחמת מלאכה, שדילמא בלא"ה גם היתה מתה.

בבדק הבית תמה, וכי משום שמא מחייבים אותו, אדרבה ראוי לומר שכיון שמתה בדרך מסתמא מחמת מלאכה מתה ואין צריך לישבע אלא שמתה בדרך ופטור. ומחמת הקושיה לא הביאו בשו"ע.

הש"ך (ז) כתב שיש לדחות, שכל שומר צריך להישבע שיודע בבירור אבל כשאנו יודע א"כ חייב שבועת התורה ואין נשבעים שבועת התורה באינו יודע (רצא כו ועוד). ואפשר שעיקר סברתו שמסתמא מחמת מלאכה מתה, אבל גם זה אינו כיון שלא הרגיש בה עייפות וטורח הדרך. גם **רי"ן** (נ"ל ח"ג) כתב כרא"ש **ותרוה"ד** (שלג) הביא הרא"ש בסתם וכן עיקר. וכן נראה כוונת **הגר"א** (יד) שכתב שלא יכול להישבע כמו בשומר שמסר לשומר שחייב משום שאינו יכול להישבע (רצא כו).

שואל א. הוי כאיני יודע אם התחייבתי: א. מח' הראשונים- **הנמו"י** (ב"ק לט. 'מחייבין', הובא בב"י ודר"מ) בשם **הרא"ה** כתב ששואל חמור לרכב עליו שלוחו ומת בדרך וספק אם מחמת מלאכה, כיון שקי"ל (כתובות לד:) שאין חייב עליו עד שעת אונסים פטור שהוי כאומר איני יודע אם הלוייתי (ב"ק קיח. וזה הנ"מ אם משעת משיכהאפשעה מתחייב). ובשאלו לרכב עליו הוא ונתנה לשלוחו בספק הנ"ל חייב שפשע כשנתן לשלוחו שאין השואל רשאי להשאל (גיטין כט.) ומתחייב משעת שאלה והוי כאומר הלוייתי ואיני יודע אם פרעתיך שחייב.

תלמידי רשב"א (ב"י רצא סוף כה) כתבו לגבי ש"ש שמסר לאשתובניומי שהבעלים רגילים להפקיד בידו **שהרמב"ן** (ב"מ לו. 'שומרי') ו**הרשב"א** (שם 'ומיהו') כתבו שאילו נשבע השני שהוא ש"ח שלא פשע בה ואומר שנגנבאבד או כשלא רצה השני לישבעהלך למדינת הים שהראשון חייב וכו' ולא יכול לומר שמא באונס מתה ופטור אני או שמת בפשיעה וחייב השני, שעליו לברר. ודעת **רבינו** (כנראה הרא"ה) שכשאין השני רוצה לישבע הראשון פטור ואף שהבעלים תובעו בברי כיון שטוען איני יודע וכו' הוי כאומר מנה לי בידך וענה איני יודע אם נתחייבתי שפטור.

ב. הכרעת היש"ש והש"ך לחייב- **הש"ך** (רצא מד ובקיצור שמ ז) הקשה על הרא"ה: (1) מפורש (ב"מ לו:) שאף ש"ח שמסר לש"ש חייב שאומר לו הבעלים אתה נאמן לי בשבועה וכו' א"כ אף שהשני רצה להישבע הראשון חייב, כ"ש כשאנו רוצה לישבע. (2) מוכח **מתוס'** (ב"מ צז: 'והלה אומר') במשנת "שאל פרה אחת" שכתבו שדווקא אמר איני יודע אם הלוייתי אך איני יודע אם החזרתיו חייב, ומ"מ הקשה שפיר מהמשנה לרב נחמן שאמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור, שכן אע"ג שמסר לו שתי פירות כיון שמחזיר אחת הוי איני יודע אם השאלתני ואעפ"כ במשנה חייב ותרצו בגמ', מ"מ משמע דווקא כשמחזיר אחת אך אם היה אומר איני יודע ולא החזיר אחת הוי כאיני יודע אם החזרתיו וחייב. (3) **היש"ש** (ב"ק פ"י ג) תמה, אם המשאל טען ברי שפשע כגון שראה מרחוק א"כ אף כשרכב בעצמו חייב שהוי כאומר הלוייתי ואיני יודע אם פרעתיך שהרי התחייב להשיב בהמה ובטענת ספק רוצה לפטור עצמו נגד טענת ברי. ואם המשאל טען שמא אף לגבי שליח פטור שהרי אין כאן טענת ודאי לחייבו ושמא ושמא הוי והוי כתובע הלוייתך ואיני יודע אם פרעתיך וחברו השיב ג"כ שאינו יודע שפטור, ומה בכך שפשע הרי אם מתה ודאי מחמת מלאכה שלא מצד הפשיעה פטור, ועתה שיש לנו ספק שייך דין המע"ה. והש"ך כתב שאף בטוען המשאל שמא חייב ולא דמי לאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע כמו שדימו הרא"ה ורבינו שכיון שהוא נעשה שומר הוי כאיני יודע אם פרעתיך וצריך להישבע בבירור, וכך משמע מהרא"ש טור ותרומה"ד. והעיר **הרמ"א** כאן השמיט דברי הרא"ה, שלא סבר כמותו משום **שהרא"ש** ו**טור** הנ"ל שבסעיפנו שכתבו שאם לא יודע שמתה מחמת הדרך חייב, חלקו על הנמו"י, וכ"כ **תורה"ד** שבאיני יודע אם בפשיעה הוי איני יודע אם פרעתיך והוי משואל"מ. ואף למ"ד ששומר לא משתעבדים נכסיו אלא משעת אונס ולא משעת השאלה כדאיתא בש"ס ובסימן שמא ד, זה לגבי חיוב הירשים אבל הבעלים הוי איני יודע אם החזרתיו וכו', והטעם שאינו כהלואה שלהוצאה ניתנה ומיד יש חיוב על הנכסים אך כאן אין חיוב אלא להחזיר הבהמה עצמה כל זמן שהיא בעין וכשלא יודע אם החזירה הוי איני יודע אם החזרת.

הנתיבות (שמ ז) העיר על הש"ך שכתב הטעם שהוי משואל"מ. ותמוה שהרי אין לך לא הוי למידע גדול מזה שהרי בלתי אפשרי לידע זה לכל העולם. לכן נראה שהטעם שכיון שא"א לשום אדם לדעת הוי דררא דממונא שהרי הספק נולד לבי"ד בלא טענותיהם, והתומים (קיצור תקפו כהן ס"ק מג) חילק בדין תפיסה שכשהספק בפרעון לא מועילה תפיסה כגון פועל שאכל מגפן אחר שיש לספק אולי מנכים לו אכילתו משכירותו אינו יכול לנכות לו מספק (שלז י) כיון שהספק בפרעון. וע"כ צ"ל אע"ג שבאיני יודע אם פרעתי כשטוענים שניהם שמא פטור (עה יח ונתיבות מו), מ"מ כשיש דררא דממונא היינו שיש ספק לבי"ד בלא טענותיהם חייב בספק בפרעון, וא"כ גם כאן הרי יש דררא דממונא ולא נפטר בספק בפרעון. אח"כ מצאתי **במהר"ש** שהקשה כן, ותירץ שכאן אפשר למידע אם היה מדקדק.

ג. הכרעת הקצות לפטור- **הקצות** (שמ ד, ובקיצור רצא יא) הסכים לרא"ה. וודאי למ"ד ששומר משעת פשיעה משתעבד כל זמן שהוא בעין אין שום חיוב אף לא להשיב בהמתו ודלא כיש"ש, שכל מקום שנמצא ברשות בעלים הוא והבעלים מחזירין על שלהן (וכמ"ש בפו סק"ד ע"ש ובסימן קצ"ח סק"ה), משא"כ גנב וגזלן שמתחייבים בהשבה. ודווקא כשמתה בפשיעה הוא שאמרה תורה "יביא עד" דהיינו "יביא עדודה לבי"ד", אך כשמתה באונס אין השומר מחויב להביא עדודה וכמ"ש בנמו"י (ב"ק ד:) ומכ"ש כשהוא בעין. ואף למ"ד ששומר משתעבד מזמן משיכה דנו **הריטב"א** (ב"מ צז: 'ש"מ', שיטמ"ק שם, לגבי הקושיה מהמשנה לרב נחמן) באיני יודע אם הלוייתי, שאין הכוונה שחייב חיוב גמור מיד, שודאי בזמן חיותו בכל מקום שנמצא ברשות הבעלים הוא ואין על השומר שום חיוב, אלא הכוונה לכשייגנבאייאנס משתעבדים נכסיו למפרע משעת משיכה ונ"מ למי שמכר נכסים בינתיים וכו' ומקצת גאוני נשתבשו בזה. א"כ מבואר שכל זמן שהוא בעין אין שום חיוב ואף מצות השבה ואם הבעלים רוצים בפיקדונם יבואו לביתו ויקחו.

וטענת הישי"ש שאף גבי שליח פטור שמה בכך שפסע סו"ס אם מתה ודאי מחמת מלאכה שלא מצד הפשיעה פטור וכשיש ספק המע"ה - נראה שסבר הרא"ה שאף למ"ד ששומר מתחייב משעת אונס מ"מ כל שנותנו לאחר כיון שהו"ל התחלת פשיעה שאין השואל רשאי להשאל שאין רצונו שיהא פיקדונו ביד אחר, אע"ג שאם מתה באונסים אח"כ פטור ומשום דאינו אלא לכתחילה אבל בדיעבד במה שמסרו לאחר לא מיקרי פשיעה וכמ"ש **תוס'** (ב"מ לו. 'אין רצוני'), מ"מ מתחייב תיכף משעת התחלת הפשיעה שמסרו לאחר וכי מתה באונסים אח"כ הו"ל חזרה ידידה, וכמו למ"ד שהשומרים מתחייבים משעת משיכה ואונסים הוי חזרה, כן הוא למ"ד שמשעת פשיעה הו"ל חיוב משעה שמסרו לאחר שהו"ל התחלת פשיעה ונאנס אח"כ הוי חזרה, וכשטוען איני יודע הו"ל איני יודע אם החזרתיו לך. וכ"כ **הרמב"ן** (כתובות לד: 'ואיכא דמתני', שיטמ"ק שם) לגבי הניח להם אביהם אחריות נכסים שחייבים כתב שהם ודאי אינם פושעים אלא אביהם נחשב פושע שהיה לו לומר להם בשעת מיתה ומוזה נשמע שדברי רב פפא שאין חייבים עד שעת האונס לאו שעת האונס ממש שא"כ כיצד חייבים כאן אלא משעת פשיעת האונס. וכן מורה לשון חייבים עד שעת האונס לאו שעת לרכוב וכי היינו שאף למ"ד משעת פשיעה לאו פשיעה ממש אלא משעת פשיעת קצתו ובטבחה ואכלה הו"ל אף שאין זה פשיעה המחייבו אפ"ה רמי עליו חיוב כמו למ"ד משעת משיכה ובאונס שאח"כ הוי ליה חזרה כנ"ל. וה"ה בשומר שמסרו לאחר הו"ל קצת פשיעה שאינו רשאי למסור לכתחילה ורמי חיובו תיכף. וזה טעם רבינו שבתלמידי הרשב"א שבשומר שמסר לשומר ורגיל להפקיד והשני אינו נשבע שפטור הראשון, ובש"ך הקשה שקי"ל ששומר שמסר לשומר אף כשהשני רוצה להשיב וכו' הראשון חייב, מכ"ש כאן שאינו נשבע כלל וכו'. ומשום שחיוב שומר שמסר לשומר הוא משום איני יודע אם פרעתיך ולכן אומר לו את מהימנת לי האידך לא מהימן וכיון שטוען שמא הו"ל איני יודע אם החזרתיו ולטענת ברי דשני לא מהימן ליה, אלא לפי מה דס"ל דשומר מתחייב משעת פשיעה שם גם כיון שאינו רשאי לכתחילה רמי עלה חיובא משעה שמסרו לשני וכנסתפק אח"כ אם באונס הו"ל איני יודע אם החזרתיו, אבל כשמוסרו למי שרגיל להפקיד שאין שום פשיעה כיון שרשאי בכך לכתחילה הו"ל איני יודע אם נתחייבתי, ולכן אף כשהשני אינו רוצה לישבע פטור הראשון והו"ל כהאי דהרא"ה ששאל לרכוב עליה שלוחו שפטור. וזה גם מה שאמרו ברועה שהניח עדרו אומדין אותו אם יכול להציל ואם אין הדבר ידוע חייב לשלם (שג"י ושי"ך ז). שלדברנו היינו משום שהרועה פשע קצת במה שהניח עדרו לכן נתחייב מיד והספק שאח"כ אם נאנסה הו"ל איני יודע אם החזרתיו. ועוד שכיון שתחילתו בפשיעה כל שאפשר לתלות האונס מחמת הפשיעה חייב עד שיבורר בוודאי שהאונס אינו מחמת הפשיעה, שהרי תחילתו בפשיעה שאמרו בצריפא דאורבני (ב"מ מב.) ע"ש שאפשר היה לאונס לבוא אע"ג שלא היה הפשיעה, אלא שכך הדין שתחילתו בפשיעה חייב אא"כ ידוע בבירור שהאונס לא בא מחמת פשיעה הא מסתמא חייב.

וטענת הישי"ש שכשהמשאל טוען גם הוא שמא אז אף איני יודע אם פרעתיך פטור - סבר הרא"ה שדווקא בהלוואה פטור כשטוען המלווה איני יודע אם פרעתיך שהו"ל למידע, אבל במקום שלא הו"ל למידע אף בטען התובע שמא חייב וכמ"ש **במל"מ** (שאלה ד א, הובא בעה ס"ק ו).

וטענת הש"ך שכך מוכח מתוס' שמשמע דווקא כשמחזיר אחת כו' ע"ש. לא הביא סוף דברי התוס' שכתבו "וכן בפרה אחת כשאנו יודע אם מתה בעודה שאולה" א"כ מבואר להדיא שפרה אחת גם הו"ל איני יודע אם הליתני, וסברו כהך לישנא ששומר משתעבד משעת פשיעה או כריטב"א שזכרנו שאף למ"ד משעת משיכה גם הו"ל איני יודע אם נתחייבתי.

ועדיין יש להתבונן בדברי הרא"ה, שאף שסבר שלמ"ד משעת פשיעה הוי איני יודע אם נתחייבתי ופטור כששאלו לרכוב עליה שלוחו, מדוע לא מתחייב לשלם משום מתוך וכמ"ש תרוה"ד בשומר שאינו יודע אם באונס שהו"ל משואל"מ. ונראה שסבר שעיקר שבועת השומרים הוא שבועה שאינה ברשותו וכמ"ש **המ"מ** (שאלה ד א) **ובשו"ע** (רצד ב), וכיון שהשואל מכיר הבהמה שמתה אלא שאינו יודע אם דרך פשיעה או מחמת מלאכה וזה אינו אלא מדין גלגול וסבר שלא אומרים מתוך גבי גלגול שבועה. ובמקום שעיקר שבועה ע"י שמא ודאי לא אומרים בגלגול מתוך וכמ"ש **הב"י** (ס' שמה בשם המ"מ שאלה ג ד). ומה שאמרו בשומר שמסר לשומר שחייב, לאו מדין מתוך הוא אלא משום שהו"ל איני יודע אם החזרתיו וכמ"ש שבכה"ג שהוי פשיעה במה שמסרו לאחר מתחייב משעת פשיעה. והיינו מה שהוקשה **לבדק הבית** בדברי הרא"ה כיון שאינו יודע אם מחמת מלאכה חייב לשלם, וכי משום ספק נחייב לזה ע"ש, והיינו משום שסבר שמדין מתוך אינו מתחייב כיון שעיקר שבועה שהיא שאינה ברשותו יכול לישבע ובגלגול לא אומרים מתוך, ובפרט במקום ששבועה העיקרית ע"י שמא ודאי לא אומרים מתוך בגלגול. אך הרא"ה לטעמו שסבר (ב"מ פ"ג סי' ו) ששבועה שלא פשעתי גם הוי משבועה העיקרית ולכן מחייב כשאנו יודע שהוי משואל"מ.

ועוד נראה שאין לחייבו בטוען איני יודע לפי דברי **רש"י** (ב"מ צח. 'ולרמי' במה שהקשו 'ולרמי בר חמא דאמר ארבעה שומרים צריכין כפירה במקצת' וז"ל: "אלמא מדקאמר צריכין כפירה ולא אמר צריכין הודאה ש"מ אע"ג דשייכא ביה שבועת השומרים בלא שום כפירה לא משביעין ליה עד דכפר כפירה אחריתי כגון להד"ם או החזרתני, ולדידה לא מחייב שבועה אהודאה בלא כפירה, ואיני יודע לאו כפירה הוא והא דרבא לית ליה". ומבואר משיטתו שבחמשים ידענא וחמשים לא ידענא הוי משואל"מ משום שהודאתו מחייבתו שבועה וכיון שטוען על השאר איני יודע הוי משואל"מ, וא"כ בשבועת השומרים שהוא בלא הודאה כשטוען איני יודע לאו מחויב שבועה הוא כלל כיון שאינו יודע אינה כפירה. וכן בעד אחד וטוען איני יודע שאומרים מתוך ג"כ משום שהעד הוא שמחייבו שבועה, אבל לגבי שומרים בלא הודאה וטוען איני יודע אינו בר שבועה הוא כלל. ומיהו שיטת **תוס'** (משכחת לה') שאינו יודע גם הוי כפירה ע"ש, וא"כ גבי שבועת שומרים נמי הו"ל מתוך אף בטוען איני יודע. **והב"י** שסבר שאין לחייבו מספק אפשר שסבר כרש"י וא"כ אינו בדין מתוך.

ועיין **ברי"ף** (ב"מ נד.) **ורמב"ם** (שכירות ג ד) לגבי רועה מזויין כנגד ליסטים מזויין שפטור שבגמ' (צג:) בעיא דלא איפשטא, ולכאורה תיקשי לפי תרוה"ד שכל שומר צריך לישבע בבירור וכשלא יכול משלם, וברועה מזויין כו' כיון שספק הוא ואינו יכול לישבע שנאנס מדוע פטור. מיהו ודאי גם לדעתו היינו דווקא בספק דגוף המעשה שאינו יכול לישבע בבירור בגוף המעשה אם היה בפשיעה או באונס, אבל ברועה מזויין וכיוצא שהמעשה ברור אלא שהדין מסופק לנו בזה

ודאי כיון שנשבע בבירור ומספיקא דדינא אין מוציאים ממון. ועדיין תיקשי לדברי מוהראנ"ח (מים עמוקים ח"ב סי' א) שלא אומרים קים לי אלא כשהספק הוא על עיקר החוב אבל כשהספק על הפטור הו"ל איני יודע אם פרעתיך ע"ש, וא"כ ברועה מזוין הו"ל הספק בפטור לדברנו ששומר שטען איני יודע אם באונס הו"ל איני יודע אם החזרתיו. מיהו **בכס"מ** (שכירות ג) כתב שבנוסחאות שלו בגמ' איפשטא רועה מזוין כנגד ליסטין מזוין שפטור א"כ לא קשה דבר.

סיכום - הרא"ה רבינו שבתלמידי הרשב"א והקצות פסקו ששומר שהווי איני יודע אם הלויני כיון שאין עליו חיוב להחזיר את הבהמה אלא היא ברשות הבעלים עומדת א"כ פשע כגון שנתן לשלוחו שאז מתחייב להחזיר אלא שאונס יכול לפוטרו ולכן בספק פרעון מתחייב.

ואילו הרמב"ן הרשב"א חייבו, ליש"ש דווקא כשטען המשאיל ברי שאז הווי איני יודע אם פרעתיך אך בטען שמא הווי כטוען איני יודע אם פרעתי והלה עונה ג"כ שאינו יודע ופטור. ולש"ך גם אז חייב כיון ששומר יש עליו חיוב להחזיר את הבהמה מרגע שהשאילה והמח' בגמ' לגבי אם משעת פשיעה ומשיכה משתעבד היא רק לגבי היורשים. לש"ך משום שהווי משוואל"מ והנתיבות דחה שלא הווי למידע והביא שיש אפשרות שאם היה מדקדק היה יודע, וגם הציע שמשום ספק בפרעון בדררא דממונא אין מועילה תפיסה ולא חשיב כפרעון. הש"ך אמר שגם הרמ"א שלא הביא דברי הפוסקים סבר כן כיון שפסק כדעת הרא"ש והטור שמחייבים במקרה שלנו וא"כ הם חלקו על הרא"ה.

סעיף ד

השואל בהמה, חייב במזונותיה משעה שמשכה עד סוף ימי שאלתה. הגה: ויש אומרים דלא בענין משיכה, אלא מיד שנסתלקו הבעלים (טור כדעת הר"י והרא"ש) וע"ל ריש סימן רצ"א וש"ז. ואם כחש בשרה כחשא דלא הדר, חייב לשלם מה שפחתה בדמים. ואם היה הכחש מחמת מלאכה, פטור, וישבע שבועת השומרים שמחמת מלאכה כחשה.

המקור לחיוב השמירה - **ב"מ צט.** "אמר רב הונא: השואל קרדום מחבירו, בקע בו - קנאו. לא בקע בו - לא קנאו. למאי? אילימא לאונסין - מאי שנא פרה דמשעת שאילה? אלא לחזרה, בקע בו - לא מצי הדר ביה משאיל, לא בקע בו - מצי משאיל הדר ביה. ופליגא דרבי אמי, דאמר רבי אמי: המשאיל קרדום של הקדש - מעל לפי טובת הנאה שבו, וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה. ואי לא קנאו - אמאי מעל, ואמאי חבירו מותר לבקע בו לכתחילה? ניהדריה, ולא ליקנייה ולא לימעות! ופליגא דרבי אלעזר, דאמר ר"א: כדרך שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים. תניא נמי הכי: כשם שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים... **ובב"ק עט.** "בעי אממיר: תיקנו משיכה בשומרים או לא? אמר רב יימר, ת"ש: נתנו לבכורות בנו או לבעל חובו, לשומר חנם ולשואל, לנושא שכר ולשוכר, היה מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים - פטור; מאי לאו שומר, וש"מ: תיקנו משיכה בשומריין. אמר ליה: לא, גנב. הא תנא ליה רישא! תנא גנב שגנב מבית הבעלים, ותנא גנב שגנב מבית שומר. אמר ליה רב אשי: לא תדחיה, מה לי גנב שגנב מבית שומר, מה לי גנב שגנב מבית בעלים! אלא לאו שומר, וש"מ: תיקנו משיכה בשומריין, ש"מ. איתמר נמי, אמר ר' אלעזר: כדרך שתקנו משיכה בלקוחות, כך תיקנו משיכה בשומריין. תניא נמי הכי: כדרך שתקנו משיכה בלקוחות, כך תיקנו משיכה בשומריין. **בב"מ צד:** "פרה במשיכה ובעלים באמירה!" וע"ע **בב"מ פ.** סוגית הנח לפני. וכבר הוזכרה מח' הראשונים ע"פ גמרות אלו בסימנים: רצא, שג ושז, **שר"י**¹¹ **והרא"ש והטור** סברו שמשנתלקו הבעלים משמירתה חייב השומר בשמירתה אע"פ שעדיין לא משכה. ואילו **הרמב"ם הראב"ד והרשב"א** חלקו וסברו שהשומר חייב מהמשיכה ולא לפני כן. **והב"ח** (רצא ו) הסביר שאת סוגית הנח לפני העמידו שהכוונה בד' אמותיו או בסימטא שהשומר קונה ע"ש.

המקור לחיוב מזונות - **הטור** כתב שגם חיוב מזונותיה הוא משנתלקו הבעלים משמירתה אז מתחייב השומר אע"פ שלא משך. הסביר **הב"י** שטעמו שחיוב המזונות תלוי בחיוב השמירה, וכיון שלר"י והרא"ש חיוב השמירה הוא משנתלקו הבעלים מלשומרו זהו גם זמן חיוב המזונות. **והרמב"ם** שחייב במזונותיה משעת משיכה, וכך נאמר **בב"מ צא. וכתובות לד:** "אמר רב פפא משעת משיכה איחייב לה במזונותיה". **ובבב"ק ה"ב** כתב שזו תשובה ניצחת על דברי הר"י והרא"ש וצ"ע. **הפרישה והב"ח** (תרצו: 1) לא נסתלקו הבעלים משמירתה שעדיין הם שם ואעפ"כ מתחייב השומר במשיכה. (2) משעת משיכה לאו דווקא, שהרי רב פפא לא אמר דין אלא תירוץ שלא תאמר שיהיו המלקות של חסימה והתשלומים של מניעת האכילה באים כאחד וכמו שנאמר בגמ' שם וא"כ משיכה בא רק לאפוקי שעת חסימה וכמבואר בסימן שלח ה.

השו"ע פסק כרמב"ם שחיוב המזונות משעת משיכה עד סוף ימי השאלה **והרמ"א** הביא דעת הטור ש"א שאין צריך משיכה אלא משנתלקו הבעלים משמירתה. **הסמ"ע** (ט) כתב שלדעה זו אמנם המשאיל יכול לחזור בו כל זמן שלא משך הבהמה מ"מ כיון שלא חזר בו ונסתלק הבעל משמירת הבהמה מחמת שקיבל השומר שמירתו עליו, נתחייב

¹¹ טור סימן רצא ו, שג א. בתוס' ב"מ צט. נראה שמחלק בין ש"ח וש"ש שמתחייבים מסילוק שמירה מדין "הנח לפני" שנאמר בש"ח וה"ה לש"ש, אך שואל מדאורי' במשיכה וכן נראה בשוכר. ובאמת הטור הביאו בסימנים שמדבר בש"ח וש"ש. ואף שהטור עצמו בסימן שז' ושמ הזכיר דעה זו בסתמא אולי זה בשם אביו הרא"ש ולא בשם הר"י.

באונסים. הש"ך (ט) הביא מהר"י בן לב (ח"א כלל יז סי' צו) שיכול המוחזק לומר קים לי כרמב"ם, והובא בנתיבות (ח"י ט).

הש"ך (ח) העיר: א. לשו"ע כיון שמשך חייב באונסים אף שלא נשתמש וכ"ש הוא מחזרה שבסי' שמא ה' כמוכח בקידושין מז: וכן מפורש בתוס' שם וברא"ש שם וש"פ. וכ"כ הנתיבות (ח"י ח). ב. מי שהפקיד כלי אצל חברו כש"חש"ש ואח"כ נתן לו רשות להשתמש בו הוי שואל אע"פ שעדיין לא נשתמש בו (עי' עב ס"ק ל).

שימוש בלא סילוק שמירה ומשיכה: הנתיבות (ח) כתב שאם נשתמש בלא סילוק שמירה ומשיכה כגון ששאל ספסל לשבת עליו בחצר המשאיל ואצלו או ספר ללמוד ממנו ולמד בלא הגבהה ונאנס מידו שודאי חייב. וראיה מב"מ צט. שאמר רב הונא השואל קרדום מחברו ביקע בו קנאו, וכתב השיטמ"ק (אמר') שמה שמשיכה מחייבת באונסים אף שלא תיקנו משיכה בשומרים לענין חזרה היא משום שקבלת הנאה של השואל הוי ככסף ובהנאה זו מחייב עצמו באחריות, ולפי' לרב הונא בביקע בו חייב באונסים אפילו בלא משיכה שהרי יש הנאת שימוש דהוי כקבלת כסף. והחולקים על רב הונא וסברו שתיקנו משיכה בשומרים וסברו שאף משיכה קונה לענין חזרה, מ"מ ודאי שסברו שביקוע ג"כ קונה, שלא מצינו שחולקים בזה ואין להרבות מח', ועוד ששום פוסק לא הזכיר שלפעמים שואל אף שכבר השתמש פטור מאונסים כגון שהוא ברשות המשאיל, אלא ודאי שכששימש חייב באונסים לכו"ע. עיין גרי"א טז, מקורות בש"ך ח-ט ופתי"ש ב.

כחשה: השו"ע הוסיף שבהוכחש בשרה כחש דלא הדר חייב לשלם מה שפחתה בדמים. ואם הוכחש מחמת מלאכה פטור, וישבע שבועת השומרים שמחמת מלאכה כחשה. הגר"א (יז) כתב שמקור השבועה הוא ברא"ש (ב"מ ח ה) על הגמ' שאמרה לך הבא עדים שלא שינית (ואז מתה מחמת מלאכה) שכתב שמדובר דווקא במקום שהיו עדים וכאסי אבל כשאין עדים ישבע או שהכוונה הבא עדים או תשבע.

הקצות (ו) הקשה שהשו"ע (רצד ב) סבר שעיקר שבועת השומרים הוא שאינו ברשותו אבל נאנסו הוא מדין גלגול וכיון שהפרה כמות שהיא מחזיר לו יותר אין שבועה שאינו ברשותו ולמה צריך לישבע שכחשה מחמת מלאכה. הנתיבות (ט) תרץ: א. לדבריו (רצד ב) שבועה שלא פשע בשעת היזק היא עיקר שבועה לכו"ע. ב. טעם הפוסקים שם ששלא פשע הוא רק גלגול הוא שאין מחזיקים אנשים כפושעים, ובשואל החייב באונסים והחשש הוא שמא נאנס ודאי ששבועה אם מתה מחמת מלאכה היא עיקר שבועה.

סעיף ה

השואל פרה מחבירו, ושלחה לו המשאיל ביד בנו או ביד שלוחו או ביד עבדו, אפי' שלחו לו ביד בנו או ביד עבדו או ביד שלוחו של שואל, ומתה קודם שתכנס לרשות השואל, הרי זה פטור. ואם אמר לו השואל: שלחה לי ביד בני או ביד עבדי או ביד שלוחי או ביד בנך או ביד עבדך העברי או ביד שלוחך, או שאמר לו המשאיל: הריני משלחה לך ביד בנך או עבדך או ביד שלוחך או ביד בני או ביד עבדי העברי או ביד שלוחי, ואמר לו השואל: שלח, ושלחה ומתה בדרך, הרי זה חייב.

סעיף ו

שלחה לו המשאיל ביד עבדו הכנעני, אף על פי שאמר ליה השואל: שלח, ומתה, פטור, שידו כיד רבו ועדיין לא יצאה מרשות המשאיל.

בב"מ צח:צט. איתא: "משנה. השואל את הפרה ושלחה לו (המשאיל לשואל) ביד בנו, ביד עבדו, ביד שלוחו (של משאיל), או ביד בנו, ביד עבדו, ביד שלוחו של שואל, ומתה – פטור (אם מתה בדרך). אמר לו השואל: שלחה לי ביד בני, ביד עבדי, ביד שלוחי, או ביד בנך, ביד עבדך, ביד שלוחך, או שאמר לו המשאיל: הריני משלחה לך ביד בני, ביד עבדי, ביד שלוחי או ביד בנך, ביד עבדך, ביד שלוחך, ואמר לו השואל: שלח, ושלחה ומתה – חייב... גמרא. ביד עבדו (של משאיל) חייב (באונסיה בדרך בתמיה)? יד עבד כיד רבו (והרי לא יצאת מרשות משאיל והוי כאילו הולכה בעצמו)! - אמר שמואל: בעבד עברי, דלא קני ליה גופיה... מיתבי: השואל הפרה ושלחה לו ביד בנו, ביד שלוחו - חייב, ביד עבדו - פטור. בשלמא לשמואל - מתניתין בעבד עברי, ברייתא - בעבד כנעני...". וכ"פ טוש"ע שיש חילוק בין עבד כנעני שאז פטור השואל כי יד עבד רבו ולא יצא מרשות משאיל לבין עבד עברי.

לגבי שליחו של שואל, בב"ק קד. איתא: "איתמר: שליח שעשאו בעדים - רב חסדא אמר: הוי שליח, רבה אמר: לא הוי שליח... תנן: השואל את הפרה, ושליחה ביד בנו ביד עבדו ביד שלוחו, או ביד בנו ביד עבדו ביד שלוחו של שואל, ומתה - פטור; האי שלוחו היכי דמי? אי דלא עשה בעדים, מנא ידעין? אלא דעשה בעדים, וקתני דפטור, קשיא לרב חסדא! כדאמר רב חסדא: בשכירו ולקיטו, הכא נמי בשכירו (נשכר עמו ליום אחד או שנה או שבת) ולקיטו (שלקטו אצלו לדור עמו בביתו לצוותא בעלמא ולקוט תבואתו)". כרב חסדא פסקו הרי"ף (לו). הרמב"ם (גזלה ואבדה ז י) הרא"ש (כא) וטור, ונימקו הרי"ף והרא"ש משום שכוונתה קאי רבי יוחנן ור"א וא"כ רבה הוי יחיד נגד רבים. הפרישה כתב ששכירו ולקיטו נקראו שלוחו מצד שהם נאמנים לו. השו"ע העתיק המשנה ולא כתב שממירי בשכירו ולקיטו וציין זאת הנתיבות (י). חכמת שלמה כתב בשם מחנ"א אם אמר לשכירו ולקיטו צא והשאל עם פרתי הוי שאלה בבעלים שפועל עדיף משליח ובתשובותיו לאבמה"ע מהדו"ז דימן מט ביארו.

שליח בעדים: רש"י בב"מ והטור כתב שלרב חסדא אם היה עדים שהוא שלוחו היה שליח וחייב השואל באונסים משמסרו לו. הפרישה ציין שבטור (קכא ד) כתוב שם שבנתן לו חותמו לסימן או אמר לו התראה בפניו אולי ישלחנו על ידך ג"כ אינו נפטר הלווה אם הביאו לו ונראה שה"ה לשואל שאינו מועיל להחשיבו כשליח. אך אם בפני עדים לך אמור לו שאתה בא לכאן ואם ייתן לך הביאם לי אף שלא אמר במפורש לך אצלו ודבר לו בשמי שישלם כתבו תוס' רא"ש וטור (קכא ג) שחשיב שליח בעדים ובסוגיה שם הקשו משואל ומשאל ללוה ומלוה משמע שדיניהם אחד וכן כתבו הפוסקים וא"כ ה"ה כאן שהוי שליח בעדים וכן מוכח מלשון התוס' ותימה על הטור וב"י שלא כתבו בזה כאן. הנהיבות ציין לשם סעי' ב שבו נפסק כמ"ש הפרישה כאן. ואולי סמכו הטור והב"י ששם מתבאר עיקר דין זה ופה אינו עיקר מקומו.

אמר השואל שלח ביד אלן: הנהיבות (יא) כתב שהשיטמ"ק (ב"מ צח:) בשם הר"ן הקשה כיצד נעשו שלוחיו של שואל והלא שואל עצמו לא דיבר עמהם ושלוחיו של משאל הם. ותירצו: (א) הוי כאמר לו אמור להם בשמי שיביאו לי וכיון שקיבל על עצמו הוי שלוחיו שעשאו ע"י בעל הפרה. (ב) מטעם ערב כאומר תן מנה לפלוני ואתחייב לך שכל המוציא ממון מרשותו ע"פ חברו נתחייב לו חברו כדין ערב. ולכא"ו קשה שבתן מנה לפלוני הוציא כל הממון מרשותו ועל פיו נתקלקל לו ממנו ולכן נתחייב לו אך כאן שמתה בהמה ומלאך המוות מה לי הכא מה לי התם וא"כ לא נתקלקל הממון על דבר. אלא שלענין שמירה ודאי נתחייב בכח"ג כיון שסילק שמירה על פיו ואילו נאבדה ודאי שנתחייב וכיון שיש עליו דין ש"ח ממילא יכול לחייב עצמו ולהתנות שיהיה עליו דין שואל שמתנה ש"ח להיות כשואל. נ"מ בטעמים: 1. לטעם שהוי שלוחי השואל קנאם השואל ואין המשאל יכול לחזור בו אחר שהגיע לשליח. אך מטעם ערב יכול המשאל לחזור בו. 2. לטעם שהוי שלוחי השואל צריך שיהיה בר שליחות אבל אם אמר לו שלח לי ע"י חש"ווגוי לא נתחייב באונסים. ולטעם ערב מתחייב אפילו לא בבר שליחות אם לא חזר בו. רעק"א כתב כגון שאמר זכה לפלוני או שאמר פלוני אמר לי שאשלח לו על ידך.

סעיף ז

אמר לו השואל: הכישה במקל והיא תבא מאליה, ועשה המשאל כן, אין השואל חייב בה עד שתכנס לרשותו.

בב"מ צט. איתא: "ביד עבדו חייב? יד עבד כיד רבו! - אמר שמואל: בעבד עברי, דלא קני ליה גופיה. רב אמר: אפילו תימא בעבד כנעני, נעשה כאומר ליה: הכישה במקל והיא תבא. מיתבי: השואל הפרה ושלחה לו ביד בנו, ביד שלוחו - חייב, ביד עבדו - פטור. בשלמא לשמואל - מתניתין בעבד עברי, ברייתא - בעבד כנעני. אלא לרב קשיא!...". מפשט הגמ' נראה שיש מח' וכיון שהלכה כשמואל בדינים וכדפסקנו בסעי' ה-ו ממילא אין הלכה כרב, וכ"פ הר"ח (תוס') הר"ף (נז). הרמב"ם (שאלה ג ב) ר"ן (גם בנמו"י) ושו"ע (כיון שכ"פ הר"ף והרמב"ם, ב"י) ולכן כתבו הרמב"ם ושו"ע שאם אמר השואל כנ"ל ועשה כן המשאל אין השואל חייב עד שתיכנס לרשותו אך אם מתה בדרך פטור. והתוס' הוסיפו שבגמ' הביאו לרב סייעתא מהברייתא ודחאה רב אשי משמע שכשמואל סבר, והר"ן כתב שדחק עצמו רב אשי להעמיד כך ואם היה סובר כרב לא היה דוחק לדחות הראיה. והר"ן הוסיף שאפילו אמר בפירוש הכישה במקל ואתחייב אני לך פטור ואינו דומה לזרוק מנה לים ואתחייב אני לך בקידושין ח: ששם ברגע שעשה כן א"א להחזירה משא"כ כאן.

אך הרא"ש (יב) פסק שחייב השואל. וראיית ר"ח אינה שרב ושמואל כל אחד אמר תירוץ אחר, ומזה ששמואל לא חלק על עיקר דברי רב ודאי שסבר כמותו והמשנה היתה יותר נוחה לו להעמידה בעבד עברי מלהעמידה באמר הכישה במקל והיא תבוא, ודחיית רב אשי כן דרך התלמוד לדחות בכל מה שיכול אע"ג שהלכה כך. וכן האמורא בעצמו אומר אי משום הא לא תסייען (שבועות לו. ע"ז נד.).

הש"ך (י) רצה לתלות מח' זו במח' כיצד מתחייבים בשמירה שלרא"ש משעה שמתקלקל הבעלים חייב השומר אבל למ"ד שאינו חייב עד שימשוך א"כ ה"ה כאן. ולפ"ז קשה על הרמ"א שכאן סתם כרמב"ם ושו"ע ובסימן שז הביא דעת הרא"ש, וכן מוכח מהמ"מ והנמו"י שהבאתי (רצא ס"ק ב) שלמ"ד הכישה במקל פטור כ"ש שבעלמא צריך משיכה ע"ש וצ"ע. וציין דברי הר"ן שאפילו אמר ואתחייב לך פטור.

הנהיבות (יב) העיר עליו שנשמטו ממנו דברי התוס' (ב"מ צט. כיון שיצאת) שמדובר בסימטא וחשיב משיכה. עוד נראה שלטעם הר"ן שבשלחה חייב מטעם ערב ממילא גם בהכישה במקל חייב למ"ד שזרוק מנה לים חייב אפילו נאמר שלא חשיב משיכה רק הנמו"י כתב שיש לחלק כיון שיכול להחזיר לא הוי כזרוק לים. ועוד אפילו לרא"ש שסבר שמשפיק בסילוק שמירה היינו דווקא כשהוא במקום שהשומר יכול לשומרו והוי כקבלת שמירה וכיון שנעשה שומר חנם שוב יכול להתנות שיהיה כשואל שמתנה ש"ח וכו' משא"כ בהכישה במקל שהשומר אינו יכול לשומרה בשעה שמכישה לא הוי כקבלת שמירה רק חיוב בעלמא מחייב עצמו וכמ"ש הר"ן ששלח לי והכישה במקל הוא מטעם חיוב ערב והוי כזרוק מנה לים וכו' וממילא לדין שקי"ל (אבה"ע ל יא ברמ"א וב"ש יח) שבזרוק מנה לים לא שייך ערבות ומכ"ש בהכישה במקל שכתב הר"ן שאפילו למ"ד זרק מנה לים חייב מ"מ בהכישה במקל פטור כיון שיכול לחזור ולטילה א"כ שפיר הכריע הרמ"א לפוטרו כאן.

סעיף ח

וכן בשעה שמחזירה השואל לבעלים, אם שלחה ביד אחר ומתה קודם שהגיע לרשות המשאל, הרי זה חייב, שעדיין היא באחריות השואל. (ו"א דהוא הדין אם החזירה ליד אשת המשאל ונאנסה, חייב) (ב"מ ס"ב בשם הרשב"א) (ועיין לעיל בסימן ע"ב סל"א ובס"ס ק"כ

מ"ש מזה ועיין לעיל סי' רצ"א סעיף כ"א). ואם שלחה מדעת המשאיל ע"י אחר ומתה, פטור. שלחה ביד עבדו הכנעני, אף על פי שאמר לו המשאיל: שלח, אם מתה בדרך, חייב, שיד העבד כיד רבו ועדיין לא יצאה מיד השואל. בד"א, כשהחזירה תוך ימי שאלתה; אבל אם החזירה אחר ימי שאלתה, יצתה מדין שאילה והרי הוא כשומר שכר. והוא הדין אם הוא עדיין בביתו של שואל, כיון שעברו ימי שאלתה יצא מדין שואל והרי הוא כשומר שכר. הגה: ואם אמר לו: שלח, ועד שלא הספיק לשלוח מת, לא ישלח, דהא נפל קמי' יתמי; ואם שלח, ספק אם חייב באחריותו (מרדכי ר"פ השואל).

המשנה שבסעיף ה-ו **בצט**: מסיימת: "וכן בשעה שמחזירה". ופירט רש"י: "אם שלח השואל ביד בנו ועבדו או שלוחו, או ביד עבדו ושלוcho של משאיל - לא יצאה מרשותו של שואל עד שתבא ליד המשאיל, ואם מתה בדרך - חייב, אמר לו המשאיל: שלחה לי, או שאומר לו השואל: הריני משלחה וכו', ואמר ליה המשאיל: שלח, ושלחה ומתה - פטור". וכ"פ **הרמב"ם** (שאלה ג ב) **וטושו"ע**.

עבד כנעני והכנישה במקל: הוסיפו **הרמב"ם** ו**שו"ע** שאם שלחה ביד עבדו הכנעני אף שאמר לו המשאיל שלח אם מתה בדרך חייב שיד העבד כיד רבו ועדיין לא יצאת מיד השואל.

הנתיבות (יד) כתב שמשלוח הסעיף משמע שבכל העניינים דומה חזרה לשאלה, וא"כ כשאמר לו משאיל לשואל הכנישה במקום והיא תבוא והיפטר חייב השואל, כבסעי' ז **וש"ך** (ז) שאף באמר הכנישה במקל ואתחייב אני לך לא מהני וא"כ לכאוי' הי"ה והפטר שאינו מועיל.

ולכאוי' מוכח (קכ א) שכשאומר זרוק לי חובי והיפטר מועיל לכו"ע וזרוק לי בתורת גיטין אף והיפטר לא צריך, וכן שלח לי ע"י שוטה וקטן לא צריך והיפטר (קכא א), אף שנגד התחייבות ודאי שלא מועיל כשאמר שלח ע"י חש"ו בתחילת שאלה, שהרי אף באמר לו שלח לי ע"י שליח תמה **הר"ן** (ב"מ צח: 'שלחה') במה מכניס לרשות השואל, וכתב (בשטמ"ק שם) שני טעמים, או שנעשה שלוחו של שואל שעשאו ע"י בעל הפרה וזכה לו או משום ערב שהיו כאומר תן מנה לפלוני ואתחייב אני לך, וע"י חש"ו שני הטעמים לא שייכים, שחש"ו לאו בני שליחות הן, גם מדין ערב לא מועיל שתן לשוטה הוי כזרוק מנה לים ואתחייב לך דפטור, וכ"כ **הר"ן** במפורש (קידושין ד: מדפ"ה) שדווקא במוציא מרשותו לרשות בן דעת חייב מטעם ערב, משמע שלרשות מי שאינו בן דעת לא מתחייב, והרי נראה בחוש שחלוק דין חזרה מדין שאלה. **והסמ"ע** (קכ א) כתב שבזרוק לי חובי אף שבשלח ע"י חש"ו פטור שאני כאן שלא מסתבר לומר שכונתו היתה שישלח וילך ג"כ עמהם לשומרם אלמא שכל מקום שלא נוכל לומר שבכוונתו ששומר אמר לא צריך והיפטר. א"כ בהכנישה במקל והיא תבוא שמשמע מעצמה לא צריך והיפטר.

לפי"ז תמוה מניין לשו"ע שבשלח לי ע"י עבדך לא מועיל בשעת חזרה שאפשר לומר שקושיית הגמ' בצט.

"יד עבד כיד רבו דמ"י קאי רק על שעת שאלה, ששם צריך שיכנס לרשות שואל שתקנו משיכה בשומרים ומשיכת עבד לא מועילה שכיד רבו דמי, וכן אף למ"ד שלא צריך משיכה בשומרים מ"מ צריך עכ"פ שיצא מרשות משאיל משא"כ בחזרה שלא צריך שיצא מרשותו כלל רק שלא נוכל לפרש כוונתו ששומר אמר נפטר כשעושה ציוויו. תדע שבשלח ע"י חש"ו אף שנאנס מידם כשעומדים עדיין ברשות לווה ולא יצא מרשותו אף שהוא בידם שכקוף דמו ודאי שג"כ פטור שהרי לא מחלק מתי נפטר אם נאנס בידם. ועוד ראה שאף באומר הנה מעותיך צרורים נחלקו אי הוי פרעון (קכ ב) ולא נחלקו אלא בפרעון בע"כ אם הוי פרעון (מוכח במרדכי גיטין תכז-תכח, ור"ן לו. מדפ"ה) משמע שאם נתרצה ואמר הריני מקבלם לפרעון ויהיו בידך כו"ע מודים שהיו פרעון אף שלא יצא מרשותו וכ"כ **סמ"ע** (רצ ג) במפורש שאף אם עשה לנפקד עצמו שלח שג"כ פטור ומכ"ש עבדו.

לכן נראה דעת השו"ע שכיון **שהמרדכי** (ב"ק רמז ק וברמ"א שד"מ א) שלאחר ששעבדו עצמו לא יכול להתנות בדברים בעלמא אלמא שלא דמי שאלה להלוואה שבשומרים צריך קניין ואינו מועיל והיפטר לסלק שמירה. משא"כ בהלוואה שמועיל והיפטר לחוד. אך צריך לעיין בדבריו ויתבאר (שד"מ ס"ק א וגם חילוק הסמ"ע רצג א בין שאלה לפקדון).

החזרה לאשת המשאיל: **הרשב"א** (ב רסב) כתב ששואל שהחזיר לאשת המשאיל ובניו הסמוכים על שולחנו בביתו ונגבונאבד לפני שידע המשאיל חייב, ע"פ המשנה "השואל את הפרה.... פטור וכו' וכן בשעה שמחזירה" אלמא חזרה ליד אלו אינה מוציאתו מידי תשלומים ששואל חזרה לדעת משאיל צריך וכדברי אלעזר (ב"ק צז, ב"מ לא). שאמר הכל צריכין דעת חוץ ממישיב אבידה שהתורה רבתה בה השבות הרבה.

מהר"ם (מרדכי ב"מ פ"ג רמז רעב) כתב שבויכוח בין מפקיד לנפקד בטענה שהחזיר לאשת המפקיד שאם אשתו בת דעת והמפקיד מניחה לישא וליתן ישבע שהנפקד שמסר לה ופטור שלא שייך בו לומר שומר שמסר לשומר חייב שלא מבעיא לרבא שמחייב מטעם שאת מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה שפטור שהרי לאשתו מהימן טפי שכל אשר לו נתן בידה אלא אפילו לאביי שמחייב מטעם אין רצוני שיהא פקדוני וכו' כאן פטור כדמשמע גבי הנהו גינאי שהיו מפקדי בעליהם לגבי ההיא סבתא וכו' שאף לר' יוחנן שחייב בשומר שמסר לשומר פטור משום שכל יומא הוו מיפקדי גבה ועוד יש לדמוצו של המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד.

הדרכי משה (רצא ארוך כג וקצר יא) כתב שרשב"א שחייב בשואל אפשר שה"ה במפקיד ואז זו מח'. אך גם כתב (שמ ארוך יא קצר א) שאפשר שיש לחלק בין שואל למפקיד. **הרמ"א** למעשה פסק את שניהם, כאן את דעת הרשב"א בשם וי"א, וברצא כא את דעת המהר"ם והפנה מאחד לשני. גם **הסמ"ע** (שמ יב, רצא לב) כתב שאף שנפסק **בטושו"ע** (רצא

טור כג שו"ע כא) שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד מ"מ שואל שכל הנאה שלו שאני. ה"ט"ז הוסיף ולכן צריך להחזיר לידו דווקא. ובמלווה על המשכון (עב לא) שצריך להחזיר ליד הלווה דווקא טרח הסמ"ע (שם ס"ק צח) ליישב שמשכון הוי כשאלה. וכתבתי (קכ) דעת מהרש"ל שיש לפסוק כדעת הרא"ש שם ובכל מקום צריך להחזיר לידו דווקא.

הנתיבות (שמ יג) הביא שהש"ך (עב קלו) כתב שבאשת משאיל לא נפטר רק בנושאת ונותנת. ופירש הנתיבות שאם היא נושאת ונותנת גמורה שמניחה לעסוק בנכסיו ודאי פטור אף בהחזיר תוך זמן השאלה שהוי האישה כקונה איזה דבר שמקחה קיים, וה"י הרי נתרצתה לקנות הדבר המושאל שהיה ברשות הבעל להשתמש בו ונגד זה פטרה אוו מאחריות, ובוזה אף בהלוואה פטור (כמבואר בסימן קכ ובסמ"ע יב). אבל באינו מניחה לעסוק בנכסיו רק שמאמינה בנכסיו לא הוי רק כמוסרו למי שרגיל להפקיד שהשואל נשאר בחיובו על האונס, אך בפקדון אף בכה"ג פטור כיון שמסרו למי שרגיל להפקיד וכ"כ בתומים (עב מח ועיי"ש דברי בדין ש"ש שמסר לאשת המפקיד וכן ש"ח כשאין לאשה מה לשלם). (עיי"ע מפרשי שו"ע סימן עב וקכ, סמ"ע עב צח וש"ך שם קלו, גר"א קכ. מקור כאן בפת"ש ג)

כלו ימי השאלה: בב"מ פ: "תנן התם: אמר לו שואל שלח, ושלחה ומתה - חייב, וכן בשעה שמחזירה. אמר רפרם בר פפא אמר רב חסדא: לא שנו (שהשואל חייב בה עד שתבא לידי משאיל) אלא שהחזירה בתוך ימי שאילתה (שאמר ליה: השאילני עד זמן פלוני והחזירה בתוך הזמן, ששם עדיין לא כלה שאלה עד שיבוא ליד בעלים), אבל לאחר ימי שאילתה – פטור". ובפא. "איבעיא להו: פטור משואל וחייב כשומר שכר, או דלמא: שומר שכר נמי לא הוי? - אמר אמימר: מסתברא, פטור משואל וחייב כשומר שכר, הואיל ונהנה (בימי שאלה) מהנה הוה. תניא כוותיה דאמימר: הלוקח כלים מבית האומן לשגרן לבית חמיו, ואמר לו: אם מקבלין אותן ממני - אני נותן לך דמיהן, ואם לאו - אני נותן לך לפי טובת הנאה שבהן. ונאנסו בהליכה - חייב, בחזירה - פטור, מפני שהוא כנושא שכר". רש"י (פ): כתב שבכלו ימי השאלה פטור אף בביתו של שואל אם מתה שאינו שואל עליה, הגר"א (יט) כתב שהוא מוכרח מהגמ' בפא. שהקשתה מאומן שהודיע גמרתיו והוא עדיין ביתו. וכ"פ טוש"ע. מקור בש"ך.

מת משאיל ולא הספיק שואל לשלוח: המרדכי (ב"מ פ"ח רמז שעה) הסתפק אם אמר המשאיל פה אל פה לשואל שלח ועד שלא הספיק לשלוח מת המשאיל וזה שלחה ומתה בדרך אם פטור שהרי נפל לפני היתומים. הרמ"א פסקו וכתב שלכתחילה לא ישלח ואם שלח ספק אם חייב באחריותו. הגר"א (כ) ששתי הצדדים הובאו בתוס', במקום אחד (ב"ק קד. 'שליח) משמע שבאמר ליה בפניו שלח מועיל אפילו מת, ובמק"א (ב"מ צח: 'וא"ל') משמע שלא מועיל וזה ספק המרדכי והרמ"א. ובשו"ע (קכא א, קכב א) משמע שפסק שחייב וכתבתי (קכא א) שכן דברי כל הפוסקים. ולגבי מה שלכתחילה לא ישלח עיין רמ"א (קכב סוס"א מיהו ובגר"א שם).

שליחות בהלוואה - הסמ"ע (יד-טו) כתב שהטוש"ע (קכב טור ב ושו"ע א) כתבו בדין שליחות שלא יתן אף לשלוחו בעדים בלא הרשאה מטעם סעיפנו שמא ימות וכו'. ועוד כתבו (טור ז ושו"ע א) שגם בהרשאה אם לא הקנהו על גבי קרקע נתבלטה ההרשאה אם מת המפקיד.

סימן שמא

השואל מחבירו חפץ סתם או לזמן קצוב, ובו ח' סעיפים.

סעיף א

השואל מחבירו כלי או בהמה סתם, הרי המשאיל (תובעו) בכל עת שירצה. שאלו לזמן קצוב, כיון שמשך זוכה בו, אין הבעלים יכולים להחזירו מתחת ידו עד סוף ימי השאלה; ואפילו מת השואל, הרי היורשים משתמשים בשאלה עד סוף הזמן.

א- המשאיל לחברו חפץ מתי רשאי לתובעו

שאלו סתם

במכות ג: איתא: "תנא (תוספתא ב"מ י א): המלוה את חברו סתם - אינו רשאי לתובעו פחות מל' יום".

1) ר"ת סבר שה"ה לשאלה שסתמה שלושים יום ואין המשאיל יכול לתובעו בזמן זה. ר"א: מחולקין קי: ומנחות מד. טלית שאולה כל ל' יום פטורה מן הציצית שאמרו "כסותך ולא של שותפין" וכ"ש ששאלה פטורה, וכיון שסתם שאלה שלושים יום אנשים יודעים ששאלה היא. אבל מל' יום והילך חייבת בציצית מדרבנן אע"ג ששאלה שהרי לא יודעים אנשים ששאלה היא.

יורשנים: הקצות (א) - בשיטמ"ק כתב שאפילו נאמר שסתם שאלה שלושים יום זה דווקא לעצמו, אבל מת לא אומרים כן לגבי יורשים.

2) הרא"ש רמב"ן ורשב"א דחו שאין הכוונה שאינו יוכל לתובעו בתוך שלשים יום אלא אורחא דמילתא שאין דרך להשאיל יותר משלושים יום ומפני מראית העין חייב בציצית. וכתבו שכל מתי שירצה לתבוע ממנו יוכל. ר"א: (1) שבת קמח. "משנה. שואל אדם מחבירו כדי יין וכדי שמן ובלבד שלא יאמר לו הלויני. גמרא. אמר ליה רבא בר רב חנן לאבבי: מאי שנא השאילני ומאי שנא הלויני? אמר ליה: השאילני - לא אתי למיכתב, הלויני - אתי למיכתב". ופרש"י: "הלויני- משמע לזמן מרובה וקי"ל במסכת מכות סתם הלוואה ל' יום ואתי מלוה זה לכתוב על פנקסו: כך וכך הלויני כדי שלא ישכח". 2) הרא"ש הוסיף מבאבל רבתי "המשאיל חלוק לחברו ללכת לבית האבל אינו רשאי ליטלו עד שיצאו ימי האבל וברגל עד שיצאו ימי הרגל ובמשתה עד שיצאו ימי המשתה" משמע הא סתמא אפילו קודם שיצאו ימי הרגל והמשתה נוטלי". וכ"פ הרמב"ם (שאלה ופקדון א ה) נמו"י (ב"ק לט. 'משתמשי') ושו"ע. המ"מ והסמ"ע (א) נימקו שההבדל הוא שהלוואה להוצאה ניתנה לכן נתנו לו זמן שלושים יום עד שיחזירה אבל שאלה שחוזרת בעינה אין סיבה שניתן לו זמן שיכול להחזירה מיד.

השאילו לפעולה ספציפית: הפת"ש (א) הביא מהאורים (עג ד) שנראה שאם השאילו לאיזה דבר כגון קרדום לבקע בו, צריך להניחו פעם אחת לבקע בו, דהו"ל לאותו דבר כמשאילו לזמן.

שאלו לזמן קצוב

ב"ק עט. ב"מ צט. "אמר רב הונא: השואל קרדום מחבירו, בקע בו - קנאו. לא בקע בו - לא קנאו. למאי?... לחזרה, בקע בו - לא מצי הדר ביה משאיל, לא בקע בו - מצי משאיל הדר ביה... ופליגא דרבי אלעזר, דאמר רבי אלעזר: כדרך שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים. תניא נמי הכי: כשם שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים". רמב"ם ושו"ע פסקו כר"א, שאם שאלו לזמן קצוב, כיון שמשך זוכה בו, אין הבעלים יכולים להחזירו מתחת ידו עד סוף ימי השאלה. ואפילו מת השואל, הרי היורשים משתמשים בשאלה עד סוף הזמן. לגבי הסוף יתבאר בסעיף ג.

נתיבות (א) - לפי"ז אף מ"ד שסתם שאלה ל' יום ודאי שלאחר ל' יום הוא ככלה זמן שאלתו ופטור מאונסין וגם השואל אינו רשאי להשתמש בו שוב. ולדידן דקי"ל שסתם שאלה יכול לתובעו כל זמן שירצה ממילא לא כלה זמן שאלתו עד זמן שתבעו וחייב באונסין עד לעולם וגם מותר להשתמש בו לעולם כל זמן שלא תבעו המשאיל.

רעק"א - הנמו"י (ב"מ נז. 'כד') בשם הרא"ש כתב שהשואל יכול להחזיר תוך זמנו ובלבד שיחזיר לרשות בעלים. לא החזירו אף שחזר בו מהשאלה חייב באונסים ולא הוא ככלתה זמן השאלה. ע' רצג ב.

סעיף ב

השואל פונדק מחבירו ללינה, אין פחות מיום אחד; לשביתה, אין פחות משני ימים; לנשואין, אין פחות משלשים יום. שאל חלוק מחבירו לילך בו לבית האבל כדי שילך ויחזור, שאלו לבית המשתה כל אותו היום; שאלו לעשות המשתה שלו, אין פחות משבעה ימים. וי"א לבית האבל אינו רשאי ליטלו עד שיצאו ימי אבילות, וברגל עד שיצאו ימי הרגל, ובמשתה עד שיצאו ימי המשתה (טור בשם הרא"ש). ועיין ב"ד סימן ש"מ).

ב- דברים שנשאלים למינימום של זמן

תוספתא ב"מ פ"ח ה"א: "השואל פונדק מחבירו ללינה אין פחות מיום אחד, לשביתה אין פחות משני ימים, לנישואין אין פחות משלשים. השואל מחבירו חלוק לילך בו לבית האבל כדי שילך ויחזור, לבית המשתה כל אותו היום. לבית האבל ולבית המשתה שלו אין פחות משבעה ימים". דין הפונדק נפסק **ברמב"ם ר"ן נמו"י טושו"ע**. לגבי בית המשתה שלו- כתב הבי"ב **ברמב"ם שבטור** כתוב לי יום וברמב"ם שלנו ז' יום, וגם גרסו רק בית המשתה ולא בית האבל שלו. וכ"פ השו"ע.

לרא"ש היתה גירסא אחרת ממסכת שמחות: "המשאל חלוק לחבירו לילך לבית האבל אין רשאי לתובעו עד שיצאו ימי האבל וברגל עד שיצאו ימי הרגל ובמשתה עד שיצאו ימי המשתה". הובא **ברמ"א**.

הסמ"ע (ה) תמה על השו"ע שכאן סתם כרמב"ם ובי"ד (שמ לה) סתם כרא"ש, והרמ"א שם כתב שהשו"ע אצלנו לא כתב כן. ונראה ליישב שאינו מוכח מהרמב"ם שחולק על הרא"ש שאפשר לפרש מה שכתב לבית האבל כדי שילך ויחזור שהיינו ז' ימים שכל ימי האבלות הוא שווה שם ואח"כ הוא חוזר, ומה שכתב לבית המשתה כל אותו היום היינו כשאין המשתה אלא יום אחד וסבר גם שאם דרך להיות יותר משהה בידו יותר עד כלות המשתה והיינו כרא"ש וכן משמע מטור שכתב על הרמב"ם שהוא כשו"ע שהרא"ש הביאו בלשון אחר ור"ל התוספתא שכתב ב' דינים הללו בלשון אחר אבל משמע שאין הכרח לומר שחולקים בדין אלא שהביא בלשון אחר ומבואר יותר. **הגר"א** (ד) דחה דברי הסמ"ע מסוף התוספתא שנפסקה בשו"ע שלבית האבל ולבית המשתה שלו אין פחות משבעה ימים משמע שברישא הוי פחות. ואולי אפשר לתרץ שהרמב"ם ושו"ע לא גרסו בית האבל שלו וא"כ לפחות לגבי בית האבל מתורץ.

סעיף ג

הניח להם אביהם פרה שאולה, משתמשים בה כל ימי שאלתה, ואין חייבין באונסיה אפילו נשתמשו בה; אבל חייבים עליה כשומר שכן, אפילו לא נשתמשו בה; ויש מי שאומר שאם אמר המשאל ליתומים: החזירו לי הפרה שהשאלתי את אביכם או קבלו עליכם חיוב אונסים, שומעין לו.

ג- יורשים עד מתי מותר להם השימוש

כתובות לד: ב"ק קיב. "אמר רבא: הניח להן אביהן פרה שאולה - משתמשין בה כל ימי שאלתה, מתה - אין חייבין באונסה". **רש"י** (ב"ק): "דלא קבילו עליהו נטירותא".

משתמשים בה כל ימי שאלתה: (1) ההבדל ממקבל שדה מחברו לזמן ידוע (פלגא מלוה פלגא פקדון)- **סמ"ע** (ו)- ולא דמי למקבל שמת שיכול הנותן לסלק לבנו אף בתוך הזמן ואף כשהבן בקי באותה מלאכה כמ"ש **הטושו"ע** (שכט), שאני שאילה שכל ימי השאלה היא כקנוי לו שהרי כל הנאה שלו וחייב אפילו באונסין, ולכן בניו יורשים אותו ממנו עד כלות הזמן. **הנתיבות** (ד) תמה הרי **המרדכי** (ב"מ פ"ט סימן שצ, ב"ק פ"י סימן קמו) כתב במפורש שיכול לסלק הבנים אפילו מפלגא מלוה, והפלגא מלוה ודאי שהיו כקנוי לו וכל הנאה שלו וחייב באונסין עליה. לכן נראה שבשלמא בשאלה היה לו רשות בחייו לבניו לעשות מלאכתו בה ממילא גם אחרי מותו א"א לסלקם, אבל בעיסקא כיון שקי"ל שכל מקבל עיסקא מחויב להעמיד המעות בעין תמיד ואפילו למישתא ביה שכרא אסור ואסור לאחר לעסוק בהם כמבואר קע"ו סעיף ל, וכיון שאף בחייו אסור לעשות כן לכן גם אחר מותו יכול לסלק הבנים מלשאת ולתת. וכ"כ המרדכי בשם **מהר"ם מרונבורג** שבשאלה כל המפקיד על דעת אשתו ובניו משא"כ בעיסקא אפילו בחייו לא היה רשות לבנים לעסוק.

(2) שאלה למלאכה ידועה- **סמ"ע** (ז) כתב שה"ה אם שאלה למלאכה ידועה בלי זמן, משתמשים בה זמן הראוי לאותה מלאכה, וכ"כ **טושו"ע** בסעיף ה. **הנתיבות** (חי"ב) הביאו.

חיוב גניבה ואבידה: **הרא"ש רשב"א ותוס'** בשם ר"י כתבו שחייבים בגניבה ואבידה, שהואיל ונהנים לעשות בה מלאכה חייבים בשמירתה כדין שומר שכן וכדאיתא בב"מ פא. וכ"פ **טושו"ע**.

הראב"ד כתב שאם רצו להשתמש בה בתורת שאלה החזיקו בה ואם מתה חייבים באונסיה ובגמ' מיירי שמתה באגם דווקא.

רעק"א הביא **שבנמו"י** (ב"מ נה:) **ושיטמ"ק** (ב"מ צו:)הא דמסקינן) **בשם רמב"ן** משמע שאף בפשיעה פטור.

לא השתמשו: **ברשב"א** כתב שהחיוב בגניבה ואבידה הוא אף בלא השתמשו כיון שיכולים להשתמש וכב"מ מג. המפקיד מעות אצל שולחני ופירושו רב נחמן. **(באר הגולה** (ז)-) ואע"פ ששם אם נשתמשו חייבים באונסים שאני כאן שהם לא היו שואלים ועוד שמחזירה בעינה). וכ"פ **השו"ע**. **הש"ך** (ב) כתב **שהרש"ם** (סי' עו) סבר ברא"ש (פ"י א) שדווקא נשתמשו בה, אבל אינו נראה.

בשוכר- **הש"ך** (ג) כתב שהחיוב כשלא נשתמשו בה הוא דווקא בשואל אבל בשוכר אף בנגב פטור, **ר"י מהרי"ח הג"א** (ב"מ פ"ח ד). **הנתיבות** (ו) כתב שמדובר דווקא שאביהם טרם נתן שכירות שסתם שכירות משתלמת לבסוף, כיון שאם לא ירצו להשתמש בו לא יצטרכו לתת לו שכירות, לא מיבעיא משלהם אלא אפילו אם הניח להם אחריות נכסים, כמו בשכר בית ומת בתוך זמנו (סי' של"ד א רמ"א) אבל כשכבר שילם האב השכירות, או אף כשלא שילם ליש חולקין (שם)

ש"ל שחייבים היורשים לשלם שאר השכירות אם הניח להם אביהם נכסים, וא"כ השימוש הוא בחנם אצלם, שהרי השכירות אפילו לא שימשו צריכים ליתן, דמי ממש לשואל וחייבין בגניבה ואבידה, שהרי יש להם הנאה מרשות השימוש שיש להם.

תשלום שכירות בבני שוכר: רעק"א דן בשוכר שמת לעניין תשלום השכירות לבנים כשרוצים להשתמש, בתחילה כתב שנראה שאף בלא הניח להם אחריות נכסים צריכים לשלם משלהם שאין להם זכות יותר מאביהם ולו לא היתה זכות שימוש בחינם כך להם. אך אפשר שאביהם מיד ששכר נעשה בע"ח על דמיו וזכה בשימוש ויכולים הם לומר אנו יורשים זכות השימוש ואת החוב לא נשלם וכמו קנה מטלטלים ולא נתן דמיהם ומת שירשים זוכים במטלטלים וחובו לא משלמים, והרי שכירות ממכר ליומא הוא. ויש ללמוד כן מרשב"א (אלף כח, מובא ברמ"א שלד א). ובריטב"א (כתובות לד: 'ואיכא דקשיא') מפורש שמשמשים כל ימי השכירות ואין חייבים לשלם אם לא הניח להם אחריות נכסים.

בנים סמוכים: התיבות (ג) הקשה שלרמב"ם שסבר שכאשר מגרע שמירתו הוי פשיעה ולכן שואל אסור להשכיר, ומבואר בש"י ששכאסור להשכיר השכירות לבעלים וכיון שאין לו רשות בחייו להשכיר לאחרים ממילא אין לו כוח להורשה לבניו, וכיצד כאן? ונראה שצ"ל שמדובר בבנים הסמוכים על שולחן אביהם, שאל"כ קשה במקום שבניו אינם רגילים להשאיל ודאי שיכול המשאיל לומר האב נאמן לי בשבועה ואתם לא ואולי אח"כ תטענו בשקר שנאנסה ואין רצוני כלל להניח בהמה אצלכם ואיך יכולים לכופו שיניח הבהמה ברשותם אלא ודאי בבנים שהם בני ביתו, וכיון שכל המשאיל על דעת בני ביתו מפקיד ממילא לא קשה גם על הרמב"ם כיון שבחייו ודאי שיכול להניח להם לעשות מלאכה אף שלא בפניו שאף שמגרע השמירה שהרי הבנים אינם אלא שומרי חנם כיון שכל המפקיד וכו' הוי כאילו התנה בכך, רק שבחייו היה שייך הריוח מהמלאכה שעושים אשתו ובניו לו ועתה במיתת האב זכו הם בריוח וכיון שגם בחייו היה להם רשות להחזיק הבהמה ברשותם לעשות בה מלאכה לצורך האב ולא יכול המשאיל למחות כן גם עתה שהריוח שלהם אינו יכול למחות.

דווקא כשידעו שהיא שאולה: התיבות (ה) כתב שרק בזה חייבים, אבל בסברו של אביהן פטורים, שהרי אף באכלו פטורים [סעיף ד]. ואף בהניח אחריות נכסים יראה שפטורים, שאונס דגניבה לא בא מחמת הפשיעה שלא הודיע לבנים, שכשסברו שהיא שלהם יותר נזהרים בה, כדמוכח בב"מ מב. - באשלמינהו לאימיה (רצא כג). ועוד, שהרי הבנים אין חייבין כלל לשמור, ואפשר שאם היה מודיע להם שלא היו רוצים כלל לקבל שמירה על עצמם, ולכך אפילו פשעו היורשים פטורים, שהרי לא באו מחמת פשיעתא דאב, כמו שלא החשבנו שם פשיעה להבן במה שלא אמר להאם שהוא של אחרים ע"ש. ודווקא אכילה של היתומים בא מחמת פשיעה דאב שאם אמר להם לא היו אוכלים. ובשלט"ג כתב שחייבים בפשיעה. ורעק"א כתב כתיבות שאם לא ידעו שהיא שאולה וסברו שנהנים משלהם פטורים והפנה למחנ"א שאלה ס' ב.

תבע המשאיל: הרא"ש כתב שכל זה בסתם אבל אם אמר המשאיל ליתומים החזירו לי הפרה שהשאלתי לאביכם או קבלו עליכם דין האונס הדין עימו, שעל דעת כך השאיל לאביהם שיהיו האונסים עליו ולמה יניחם להשתמש בלא קבלת אונסים. והביאו שו"ע בשם יש מי שאומר. ש"ך (ד-) וכ"פ מהרש"ל.

סעיף ד

חשבו שהיא של אביהם, וטבחוה ואכלוה, משלמים דמי בשר בזול, שהוא שני שלישים, והעור ישלמו כולו. ואם הניח להם נכסים וטבחוה, משלמים דמיה מנכסיו.

ד- יורשים שאכלו בהמה שאולה ע"י אביהם

הדין הבסיסי כשטבחוה ואכלוה

כתובות לד: ב"ק קיב. "אמר רבא: הניח להן אביהן פרה שאולה... כסבורין של אביהם היא, וטבחוה ואכלוה - משלמין דמי בשר בזול; רש"י (ב"ק): "בזול - כל זוזא חשבינא בארבע דנקי וכן כל היכא דתני בזול בפרק מי שמת (ב"ב קמו:); והיינו שני שלישי דמים וכולהו דמי לא נשלמו דאי הווי ידעי דבעו שלומי לא הווי אכלי בשרא, והעור יחזירנו כמות שהוא". וכ"פ טוש"ע. סמ"ע (י-) אבל שני שלישים משלמים, שכן דרך בני אדם לקנות בשר בזול ולאכול אף אם בלא"ה לא היו אוכלין בשר.

העור- רש"י כתב שיחזירנו כמות שהוא, וטוש"ע כתבו שישלמו כולו. סמ"ע (יא) כתב שרשות בידם אם רצו להחזיק העור אצלם ולשלם דמי שוויו לבעליה שהרי קנאו בשינוי טביחה והפשטה, ואם רצו מחזירים העור לבעלים בעין. הקצות (ב) דחה, שלא מצאנו קונה אלא בגנב וגזלן, והם אינם בתורת גנב וגזלן אלא בשוגג טבחוה כסבורים של אביהם היא וא"כ העור כולו לבעלים אם רצו בעורן, ואף בטבחוה ולא אכלוה עדיין נוטלים הבעלים את הבשר כולו בעין, ששינוי אינו קונה בזה. והשו"ע לאו דוקא במה שכתב ישלמו, או שהעור גם אינו בעין כגון שמכרו, ומשלמים כולו היינו מה שלקחו בעד העור. נתיבות (ז) הקשה כקצות ששינוי קונה רק לגזלן ומתכוון לגזול, אבל אלה אינם גזלנים אלא מזיקים ואין שמין למזיק ופשוט.

בגד כפקדון והשתמשו ובלה- רעק"א כתב לגבי דמי בשר בזול לדין זה לעיין בלשון כמה ראשונים ושצ"ע לדינא.

הניח להם אחריות נכסים

שם: "הניח להן אביהן אחריות נכסים - חייבין לשלם. איכא דמתני לה ארישא, ואיכא דמתני לה אסיפא. מאן דמתני לה ארישא, כל שכן אסיפא ופליגא דרב פפא; ומאן דמתני לה אסיפא, אבל ארישא לא, והיינו דרב פפא, דא"ר פפא: היתה פרה גנובה לו וטבחה בשבת - חייב, שכבר חייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור שבת; היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת - פטור, שאיסור שבת ואיסור גניבה באין כאחד." רש"י (ב"ק): "ארישא - דקאמר מתה אין חייבין באונסיה ואם הניח להן אביהן קרקעות חייבין לשלם דאשתעבוד נכסים מחיים דאבוהון דקסבר רבא חיוב אונסים משעת שאלה מוטל על השואל ופליגא דרב פפא דאמר לקמן לא רמי חיוב אונסים אשואל עד שעה שתיאנס. ואיכא דמתני לה אסיפא - טבחה ואכלה משלמים דמי בשר בזול ואם הניח להן אביהן קרקע משלמין פרעון שלם דהוה אינהו במקום אבוהון והואיל והן אכלה משלמין. אבל ארישא - דמתה כדרכה לא דלא אמרינן אשתעבוד נכסים דלא רמי חיוב אונסין על השואל עד שעת אונסין והכא כי אתניסא ליתיה לשואל והני לא קבול עליהו מיד. והיינו דר"פ."

גדר נכסים: **הרא"ש וטור** כתב שהאידנא (שלא כזמן הגמ' כתובות צב.) גם מטלטלים משתעבדים. הסמ"ע (יב) כתב שלכן השו"ע שינה מלשון הגמ' "אחריות נכסים" וכתב רק "נכסים" שיכללו מטלטלין, וכמ"ש טושו"ע כמה פעמים. כי אחר תקנת חכמים שיתומים מחויבים לשלם חוב אביהם אפילו ממטלטלים שירשו וכמ"ש טושו"ע (קז, טור יג ושו"ע א) אין חילוק בין קרקעות למטלטלים. הש"ך (ה) כתב שלשון השו"ע הוא לשון **הרמב"ם** המתקנת וכן משמע **ממ"מ** (אע"פ שב"י הועתק אחריות נכסים), ולכן כתב כנ"ל שאע"ג שבש"ס משמע הניח קרקע דווקא האידנא שיש תקנת הגאונים כתב הרמב"ם נכסים. וכ"כ נתיבות (חי"ז).

פסיקה: **הרא"ש הרמב"ן הרשב"א** פסקו כל"ב, שאף בהניח להם אחריות נכסים אין חייבים באונסים, שלא השתעבדו נכסים משעת שאלה אלא עד שעת האונס וכרב פפא, אבל טבחה ואכלה השתעבדו הנכסים בחיי אביהם שהרי פשע במה שלא הודיעם שאינה שלו ושאוּלה בידו ומתוך כך אכלה ומשעת פשיעה השתעבדו נכסי אביהם. וכ"פ השו"ע. הסמ"ע (יג) שחייבים גם משום שנהנו, ובמתה אינם חייבים משום תחילתו בפשיעה שלא הודיעם שהיא שאולה והוי פשיעה לגבי אכילה וסופו באונס שמתה כיון שהאונס אינו מחמת הפשיעה. הש"ך (ו) כתב שכ"פ **מרדכי ונמו"י ורי"ז ומהרש"ל**.

הרמב"ם כתב שאפילו מתה משלמים דמיה מנכסיו. **הנמו"י** הסביר שלרמב"ם נתחייבו הנכסים משעת משיכה לאונסים, ולרמב"ן שכרב פפא נכסי אביהם לא נתחייבו באונסים כי לא נתחייבו עד שעת אונסים ובשעת אונסים אינם של האב שכבר מת. הש"ך כתב **שהסמ"ג ורי"ף** כרמב"ם.

קושיות על הרמב"ם: (1) **מ"מ** כתב שתמהו עליו למה פסק כל"ק ודלא כרב פפא ולא כל"ב שאינם חולקים. (2) הרי פסק כרב פפא, וסתר עצמו. (3) **נמו"י מב"מ צז**: "ש"מ מנה לי בידך" וכו' אם כרמב"ם הוי ליה כהפקדתי ואיני יודע אם החזרתי שחייב לכו"ע, אלא מוכח שהחייב רק משעת אבידה.

תירוצים (לא כולל 3): א. הכס"מ והמל"מ - הרמב"ם לא גרס "ופליגא דרב פפא" ולא "היינו דרב פפא", שאינו ענין לכאן, שהרי בכתובות נאמר "סד"א, הואיל ואמר רב פפא: משעת משיכה הוא דאתחייב ליה במזונותיה, הכא נמי משעת שאלה אתחייב באונסיה, קמ"ל". אין זה בא לומר שמשעת שאלה לא התחייב באונסים כלל, שוודאי שכן, אלא לומר שחיוב זה תלוי ועומד שמא לא תיאנס ואם תיאנס יתחייב, נמצא כשטבחהו נתחייב בפועל ואותו חיוב בכח התחיל משעת שאלה, וא"כ בהניח להם אביהם אחריות נכסים חייבין לשלם אונסים משום שמחיים השתעבדו נכסים משעת שאלה שאם תיאנס יגבה מאותן נכסים ורב פפא מודה בזה. הש"ך דחה, שגרסא כזו אין לה שחר, ועוד שא"כ לא שייכת מימרא דרבא בכתובות ומספיק לסדרה בב"ק, אלא ודאי משום שבכתובות ישנה גופא מימרת רב פפא לכן סדרו חכמי התלמוד מימרא דרבא לומר של"ק חלק עליו ול"ב לא חלק. הקצות (ג) דחה, שכיון שאפילו מתה ביד יורשים חייבים לשלם מנכסים שהניח ע"כ שחיובו בכח היה משעת שאלה אם תיאנס ואע"ג שלאחר מיתה אין תורת חיוב ובמתים חופשי, וע"כ אינו אלא כמו תנאי שאם יאנס ולכן אפילו היה האונס לאחר מיתה שאין בו חיוב אפ"ה נשתעבדו נכסיו למפרע, וא"כ טבחה בשבת גם יתחייב כיון שכבר התחייב בשעת שאלה בתנאי שאם תיאנס והתנאי מתקיים גם כשמתה בשבת כיון שאין מחייבים אותו על הטביחה אלא על שעת שאלה וכשטבחה נתקיים התנאי למפרע. ואם נאמר שכיון שבשבת אין חיוב בפועל גם התנאי אינו ומשום שנאמר שהתנאי לא היה להשתעבד למפרע אלא אם ייאנס בשעת חיוב, א"כ כי מתה ביד היורשים גם אין תורת חיוב עליו בפועל שבמתים חפשי.

ב. הש"ך - ל"ב הוי פשיעה מה שלא צווה אותם, ובב"ב ע: קי"ל שאומרים על אדם שלא הודיע לבניו שפרע שמלאך המוות הוא שאנסו ורבא עצמו סבר כך. ולגבי מה שפסק הרמב"ם כרב פפא, כי סבר שמה שאמרה הגמ' "דלא כרב פפא" זה במה שסבר רב פפא שפטור אף מקרן וכאיתא בכתובות "ורב פפא פרה אתי לאשמועינן" וכו' ותירצו "אתי לאשמועינן דאפילו בקרן לא מחייב אלא משעת אונסים" ע"ש, אבל במה שסבר שפטור מכפל פשוט שאין מי שחולק על כך שאפילו תאמר שחייב משעת שאלה היינו בקרן אבל בכפל פשוט שאינו חייב אלא משעת גנבה, לכן דקדק הרמב"ם כשהביא זאת כתב שפטור מכפל. ואע"פ שרש"י שם כתב שכפל לא שייך בשואל כיון שחייב בגניבה ואבידה, מ"מ הרמב"ם לא סבר כך אלא שכיון שטבחה דרך גנבה הוי ליה גנב וכן מדוקדק בלשון. הנתיבות (ט) תמה על דבריו שטבחהו דרך גניבה חייבים, שהרי מפורש בב"ק קו: ועוד ששומר שטבח ומכר אינו חייב בכפל ד' וה' רק בטוען טענת גנב ונשבע ואח"כ טבח וכמבואר **ברמב"ם**. ועוד לדבריו שאפילו שומר חייב בטביחה אפילו באינו טוען טענת גנב, קשה ממ"י במאי מיירי, אם בטבח שלא בהגבהה מזיק בעלמא הוא, ואי בהגבהה א"כ משעת הגבהה נעשה גנב וחייב בכפל. ונראה שטעמו שמה שלא מחייבים שומר רק בטענת גנב היינו דווקא שלא עשה קניין בגוף החפץ אבל אם עשה כגון שיחדו לה בעלים מקום והוציאה שומר משם כדי לגונבו חייב כפל, שמה לי גנבו מרשות הבעלים או מרשות שיחדו לו הבעלים שכיון שהשאלו לו הבעלים מקום כרשות בעלים הוא. וכן מבואר ברמב"ם שרועה שגנב טלה מהעדר שחייב בכפל. ואין לומר שמדובר שהוציאו מרשות המיוחד, שא"כ כבר נתחייב בגניבה קודם שיבוא לידי איסור שבת. וגם אין לומר שטבחה ברשות

המיוחד לבעלים, שא"כ הוי כטבח ומכר ברשות בעלים דפטור, רק שמדובר שהבהמה יצא מעצמו לחצירו, וכיון שאפילו אם נעל הבהמה שם כדי לגונבה חייב כדמוכח ב"י: גבי חצירו וקרפיו מנין וברש"י (ד"ה גגו), ומכ"ש אם טבחה שם כדי לגונבה שעדיף מנועלה שם שחייב. ומ"מ קשה עליו, שלשון הרמב"ם "היתה פרה שאולה אצלו וטבחה בשבת דרך גניבה פטור אף מן הכפל, שהרי איסור שבת ואיסור גניבה באין כאחד ואם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה". משמע שאפילו מקרן פטור כמ"ש הלח"מ.

ג. הקצות - בשיטמ"ק כתובות כתב שסבר הרמב"ם לחלק בין פרה שאולה שלא בדרך גניבה, לטובח בשבת פרה שאולה דרך גניבה. שהרי ודאי כל זמן שהיא בחיים בכל מקום שהיא ברשות בעליה עומדת ואין על השואל חיוב, אלא שכשנגנבה או נאנסה ובא עליו חיוב משתעבדים נכסים למפרע. לפי"ז בשלמא טבח בשבת פרה שאולה בתורת שואלה לפרוע דמיה לבעלים י"ל שחיוב שבא עליו לבסוף היינו מחמת שאלתו שמעיקרא משעת שאלה התחייב, וכך לגבי הניח להם אביהם אחריות נכסים כיון שנאנסה ומתה לבסוף מעיקרא בשעת שאלה הוא שנתחייב אביהם באונס זה, אבל במקום שטבחה שוב בתורת גניבה הרי כלתה שאלתו וחיוב חדש ופנים חדשות באו לכאן שהיינו גנבתו, ואידך אפשר לומר שמלפרע משעת שאלה נתחייב בגנבה זו והרי בתורת שאלה בא לידו ושוב כשנגנבה בשעה זו מוטל עליו חיוב גניבה ולא משעת שאלה ע"כ. וסברתו נכונה שוודאי לא משתעבד לגמרי משעת שאלה אלא בתנאי שאם תיאנס אח"כ וכמ"ש הריטב"א שחיוב למפרע על האונס שיבוא אח"כ, והיינו דווקא באונס או פשיעה שיבא מתורת שומר, אבל במקום שבא עליו בתורת גניבה כלתה שמירתו שקי"ל כר"ע שכיון ששלח בה יד כלתה שמירתו וכב"מ מ: מא. ויש חיוב חדש ואינו מתחייב על האונס למפרע שבא שלא בתורת שומר. אך מה שכתב שאם טבחה בתורת שואלה לפרוע דמיה לבעליה י"ל שחיובו למפרע, מדוע חילק בין השווים שוודאי בטבחה על מנת לשלם יש לו דין גנב וגזלן וכמבואר בשו"ע (שנט ב) ואין כאן דין שואל אלא דווקא טבחה יורשים מתחייב למפרע משום שאין בו משום גנב וגזלן כיון שבשוגג טבחו והוי ליה בתורת שומר עד שמחזירו.

ד. הנהיבות - כוונת הרמב"ם ש"גניבה אין כאן" היינו שאף שנתחייב כשטבחה מחמת שאלה שלא גרע משאר אונס, מ"מ אין לו רק דין שאלה ולא נתחייב לשלם רק הפחת שפחתו שחיטה, שהרי שמין לשואל (שד"מ ב), אבל גניבה אין כאן להתחייב בכל הקרן מיד כגנב, ואפילו הוזלו אח"כ השברים לא נתחייב, שכל חיוב שנתחייב הגנב מטעם איסור גניבה ממילא הגניבה כשהיא באיסור שבת פטור דקלב"מ, שאיסור גניבה בשעת טביחה בא עליו ובשעת טביחה קלב"מ, רק מצד שאלה קמייטא הוא שהתחייב לו באונסין ולא מצד גניבה, וממילא אין משלם רק פחת שפחתו שחיטה ולא הברש של הפרה, וכיון שגניבה אין כאן טביחה ומכירה אין כאן, שמה בכך ששאלה יש כאן, נגד טביחה ומכירה בעינן שיהיה שם גניבה דווקא שיתחייב בעד כל הפרה, אבל בשלא נתחייב לשלם רק הפחת הוי כחמשה חצאי בקר שפטור. ומה שאמרה הגמ' שחולק על רב פפא היינו שמרב פפא משמע שפטור מהכל אף מלשלם פחת שפחתו השחיטה כדן שואל, ועל זה אמר שפיר שחולק והרמב"ם אף שפסק שלא כרב פפא לענין שמתחייב לשלם הפחת שפחתו השחיטה מ"מ פסק שפיר שפטור מאיסור גניבה דהיינו שאינו חייב בקרן מטעם גניבה לענין הוזלו השברים וכיון שאיסור גניבה אין כאן טביחה ומכירה אין כאן. ומה שכתב הרמב"ם לפטור ד' וה' של טביחה משום שגניבה אין כאן ולא בפשיטות שאיסור שבת פטור מהם דקלב"מ לא קשיא משום שלטעם קלב"מ לחוד היה חייב בטובח ע"י אחר שבטביחה יש שליח לדבר עבירה כבב"ק עא. ולכן תפס הטעם שגניבה אין כאן שבגניבה אפילו גנב ע"י אחר פטור הרי בגניבה אין שליח לדבר עבירה.

שאר שומרים: **הקצות** (ד) כתב שמדנקטה הגמ' דווקא פרה שאולה ולא בשומר סתם, משום ששומר חינוס כיון שפטור באונסים פטורים היורשים אף בהניח להם אביהם אחריות נכסים ואף ללישנא ששומר מתחייב למפרע והוא כיון שמת אין לך אונס גדול מזה ובאונסים פטור. וכן בפרה שכורה פטור באונס לפי מה שאיתא במפקיד שגניבה ע"י אונס גדול גם חייב אלא אם אירע אונס בשומר גופו כגון שחלה בעניין שאינו יכול לשומרו ודאי פטור ע"י וא"כ פשוט שכשמת הוי ליה אונס בגופו שאינו יכול לשומרו ופטור. ובשומר חינוס ונאבד בפשיעה אפשר שחייב כי הניח להם אביהם נכסים ומדלא פקיד הוי ליה גם פשיעה שהיה לו לצוות עליהם שהוא פקדון כדי לשומרו מפשיעה, אבל אם נגנבה או נאבדה ביד היורשים אע"י שאביהם היה שוכר או ש"ש הוי ליה אונס ופטור אפילו ללשון ששומר מתחייב משעת משיכה ומשום שפטור באונסים וזה כשמת אין לך אונס גדול מזה.

הנהיבות (ח) כתב שג"מ במח' הראשונים שלרמב"ם שכבר התחייב אביהם משעת משיכה א"כ בש"ח או ש"ש וטבחוהו ואכלוהו לא שייך חיוב באביהם שהרי אביהם נאנס במה שאינו יכול לשומרו שהרי מת ואין אונס גדול ממיתה, אבל לרא"ש שאביהם פשע במה שלא הגיד אף בש"ח וש"ש חייב וא"כ קשה על הפוסקים שהשמיטו. וגם קשה קושית הש"ך שמדוע יש פשיעה במה שלא הודיעם הרי מלאך המוות אנסו. לכן נראה שלא מחשיבים כפשיעה כלל מה שלא ציווה, רק אומרים שאונס זה שאכלו היורשים מחיים של אביהם התחיל בעת שלא היה יכול לדבר שמחמת שלא ציווה קודם מותו נמסרה הבהמה ליורשים בחזקתו וקודם מותו התחיל האונס ולכן השואל חייב, משא"כ כשמתה הבהמה לא הוי מיתת השואל התחלת האונס. ולפי"ז בש"ח וש"ש פטורים אפילו הניח להם אביהם אחריות נכסים. ואף למ"ד שש"ש חייב כשנאנס באונס הגוף (שג ב) היינו דווקא כשלא היה שם אונס כלל על החפץ אבל טבחוהו ואכלוהו חשיב ג"כ שם אונס על החפץ כיון שמחמת שלא ידעו היו מוחזקים בשלהם ואכלוהו ובזה ודאי פטור ש"ש (שם ס"ק ב). וראיית הש"ך מב"ב אינה מוכרחת (עי' רג"ס ס"ק יד).

סעיף ה

השואל כלי מחבירו לעשות בו מלאכה פלונית, כיון שמשך השואל אין המשאיל יכול להחזירו מתחת ידו עד שיעשה בו אותה מלאכה. וכן אם שאל ממנו בהמה לילך בה למקום פלוני, אינו יכול להחזירה מיד השואל עד שילך בה לשם ויחזור.

ה- מאימתי אין המשאיל חוזר

ב"ק עט. ב"מ צט. "אמר רב הונא: השואל קרדום מחבירו, בקע בו - קנאו. לא בקע בו - לא קנאו. למאי?... לחזרה, בקע בו - לא מצי הדר ביה משאיל, לא בקע בו - מצי משאיל הדר ביה... ופליגא דרבי אלעזר, דאמר רבי אלעזר: כדרך שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים. תניא נמי הכי: כשם שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים." רמב"ם וטושו"ע פסקו כר"א: "השואל כלי מחבירו לעשות בו מלאכה פלונית, כיון שמשך השואל אין המשאיל יכול להחזירו מתחת ידו עד שיעשה בו אותה מלאכה. וכן אם שאל ממנו בהמה לילך בה למקום פלוני, אינו יכול להחזירה מיד השואל עד שילך בה לשם ויחזור." סמ"ע (יד-) אע"ג שכתב בסעי' א כבר שמיד שמשך אין הבעלים יכולים להחזירו מתחת ידו, חזר וכתב שלא תאמר כיון שאלו לזמן קצוב יכול המשאיל לומר לא עלתה על דעתי שיששה כ"כ זמן במלאכה זו, לכן חזרו וכתבוהו טושו"ע.

סעיף ו

השואל כלי מחבירו להשתמש בו, ואמר ליה: השאילני דבר פלוני בטובתך, כלומר אין אתה משאיל לי דבר זה כדרך כל המשאילין, אלא כפי טובת לבך ונדבותך שאינך מקפיד על הזמן, אם קנו מיד המשאיל על זה, הרי השואל משתמש בו לעולם עד שיתבטל הכלי מלעשות מלאכתו, ויחזיר שבריו או שיריו; ואין השואל רשאי לחזור ולתקן הכלי או לעשותו פעם אחרת. הגה: ו"א דהאומר: השאילני כלי זה בטובו, שאול הוא לעולם, דבטובו משמע כל זמן שהוא טוב; ואפילו החזירו למשאיל, חוזר ונטלו ממנו כשיצטרך. ודוקא שקנו מן המשאיל, אבל לא קנו מן המשאיל, אינו נטלו ממנו כשהחזירו. נשבר, מחזיר לו שבריו (טור בשם הרא"ש).

ו- שואל אדם כלי בטובו לעולםשאל כלי בטובו/בטובת המשאיל

ב"מ קג. "אמר רב נחמן: שואל אדם בטובו לעולם. אמר רב מרי ברה דבת שמואל: והוא דקני מיניה. אמר רב מרי בריה דרב אשי: ומהדר ליה קתייה".

נחלקו המפרשים בפירוש "בטובו":

(1) הרי"ף בשם גאון והרמב"ם פירשו שהכוונה בטובו של השואל, שמי ששאל כלי מחבירו להשתמש בו ואמר לו בלשון זו "השאילני בטובתך כלי זה להשתמש בו" ולא קבע זמן לחזרתו ישתמש בו ואינו חייב להחזירו לבעליו עד שיכלה הברזל ומהדר ליה קתייה והוא שקנו ממנו שהשאיל סתם ולא קבע לו זמן. הרא"ש הקשה שבשביל שאמר לו "בטובתך" לא יצא מכלל שאלה סתם אלא כך לשון בני אדם "עשה עימי טובה והשאילנו כלך". הב"י העיר שברמב"ם לא קשה שלדבריו אומר לו: "השאילני דבר פלוני בטובתך כלומר אין אתה משאיל לי דבר זה כדרך כל המשאילין אלא כפי טובת לבך ונדבותיך שאינך מקפיד על הזמן אם ארץ" שבוה אם קנו מיד המשאיל על זה הרי השואל משתמש בו לעולם עד שיתבטל הכלי מלעשות מלאכתו ויחזיר שבריו (כשנשבר לחתיכות) או שיריו (כנשתמעט ונתמעך גוף הכלי מחמת השימוש ולא נשאר בו אלא מעט). וכ"פ השו"ע.

תירוצים לרי"ף: (1) הסמ"ע (טו) כתב שגם הרי"ף יסביר כרמב"ם, שכוונתו שהגמ' שאמרה כשאמר לו השאילני בטובה משתמש בו לעולם מדברת דווקא בשואל שמכיר למשאיל שהוא איש טוב ואינו רגיל להקפיד על הזמן ומשאיל לו סתם ע"פ דברו אליו כך, לכן שאול בידו לעולם, ומ"ש "כלומר אין אתה משאיל לי" וכו' הוא כאילו כתב לשון הגמ' "השאילני בטובתך" וכו' ומדובר במשאיל ש"ל עליו שכוונת השואל היתה בהיות שאני מכירך שאין אתה כשאר משאילין וכו'. ויתכן שהרא"ש מודה בזה, ותמיהתו על הרי"ף כי משמע לו שסבר שמועיל באמר כן אף לסתם בני אדם שאינו מכירם אם מקפיד או לא. ולפי"ז הרמ"א לא כתב י"א לחלוק על הרמב"ם שהובא בשו"ע אלא כל אחד אמר אחד ולא חלקו. הט"ז (כתב שדחוק. 2) הט"ז תרץ שאילו היתה כוונתו לומר בלשון בני אדם ה"ל לומר בטובך השאילני, ולמה אמר בטובך אחר השאילני, אלא בטובך קאי אשאלה, לפרש שיהא שאלה זו בטובך יותר משאר שאלות.

הנתיבות (ו) כתב שכיון שלדעת רש"י מדובר באומר בטובו ומשתמש בו לעולם אפילו בלא קנין, רק החילוק הוא שאם הוא בקניין שאול הוא לעולם ואפילו אחר שהחזירו חוזר ונטלה, משא"כ בלא קנין נתבטל המשיכה הראשונה, א"כ מני"ל לחדש דין בטובתך מסברא ולומר שבלשון בטובתך אינו במשמע שיהיה שאול לו לעולם בלא קנין, שאילו היה לשון משמע ודאי שמשיכה לחוד מועיל בלא קנין, וע"כ שלא משמע, ולהגיד שלא משמע בטובתך שיהיה לעולם וכן שאם יעשה קניין יועיל שיהיה לעולם שני אלה א"א לחדש מסברא. ולכן אם הגמ' לא עסקה בזה דין זה אינו. ולפי"ז דין בטובתך אינו מוסכם כמו שאמר הסמ"ע והוא ספיקא דדינא והממע"ה. אך דין שבטובו נראה שבקנין כ"ע מודו, שמסברא ג"כ בטובו כל זמן שהוא טוב משמע, שהרי הנמו"י לא הקשה על רש"י רק שאפילו במשיכה לחוד קנה כה"ג. ולפי"ז בלא קנין הוי ספיקא דדינא, שלרש"י אינו מועיל שיזכה בו אחר שהחזיר בלא קנין, ולנמו"י מועיל אפילו בלא קנין, ובקנין לכ"ע חוזר ונטלו. וכל זמן שאין השואל צריך לכלי מחוייב להחזיר להמשאיל אפילו לרש"י וכמו שאבאר.

אי יכול לתקן ולהשתמש: **הרמב"ם** הוסיף, ואין השואל רשאי לחזור ולתקן הכלי או לעשותו פעם אחרת. וכ"פ **השו"ע**. **המ"מ** העיר שיש מ"ד (ע"י שיטמ"ק ד"ה ה"ג פרדסאי, ר"ן בנמו"י) שאפילו נשבר מתקנו ומשתמש בו ואינו מחזיר לעולם אלא הקת שהוא הבית יד. **הסמ"ע** (יז) נימק דעת הרמב"ם שאם יתקנו ויחזירו וישתמש בו יקלקל הכלי לגמרי, והוא לא השאיל לו אלא כלי זה כמות שהוא, ושכ"כ **נמו"י** לדעת הר"י, ולאפוקי מהר"ן (קג. ד"ה אמר) שכתב שלדעת הר"י שהשאילני בטובתך יכול לחזור ולתקן ולהשתמש בו.

הגר"א (יב) כתב שזה מדויק מהגמ' "ומהדר ליה קתיה" שאין צריך לומר שהמשאיל יחזיק לעצמו שהרי לא נתנה לו במתנה כמ"ש רש"י, אלא הכוונה שלא יכול השואל להחזיר ולתקן.

אי המשאיל יכול לקחת בזמן שאין שימוש: הנמו"י (ס.) כתב שהר"ן הסתפק אם יכול המשאיל להשתמש כשאין השואל משתמש ש"ל שיכול לומר לא השאלתיך אלא למלאכתך ועתה כיון שאין צריך לך תן לי ואשתמש בה או שיכול השואל לומר כיון שהשאלתי לי לכל תשמישי אני יכול לעכב שאם תשתמש יפחות או ישבר בידך. ונ"מ גם לענין תשלומי אונסין שודאי אע"פ ששאל לו לעולם אם נגנב או נאנס חייב לשלם כיון שאינו מקבל מתנה הוא אלא שואל, לצד שאין משאיל יכול להשתמש בנאנס אינו חייב לשלם אלא דמי שברים בלבד שהרי אין למשאיל בו שום זכות בעודו שלם, ולצד שמשאיל יכול להשתמש ונגנב או נאנס משלם לו לפי זכותו. **בטור** כתב ספק זה בשם **הראב"ד**, ו**שהר"מ** הכריע שלא יכול להשתמש שמה ישבר או יאבד. **הסמ"ע** (יח) **ורעק"א** הביאו הרמ"ה, **והקצות** (ה) **ורעק"א** שא"כ ממילא כשנאנס אין צריך לשלם לו אלא שברים.

הנתיבות (יא) כתב שיש ללמוד מכאן שה"ה בשאל חפץ ופירש שלא ישתמש בו רק אחר איזה ימים, שמ"מ אין המשאיל יכול לחזור וליטלו קודם, שהשואל יכול לומר שמה יגנב או יתקלקל ברשותך. וכן אם נאנס תחת יד השואל, כשמשלם לו השואל מנכה לו דמי מה שהיו פוחתין משומות שינוי של החפץ אילו היה קיים מחמת הזמן שהיה השואל משתמש בו. וכן אם הזיקו אחר משלם לשואל דמי שיווי ההשתמשות על זמן השאלה והמותר לבעלים. וכן מוכח בנמו"י.

השאלה לאחרים: רמ"ה - אע"פ שאין המשאיל יכול לקחתו בזמן שאין משתמש, מ"מ אין לשואל רשות להשאיל לאחרים שע"כ בתורת שאלה הוא אצלו ואין השואל רשאי להשאיל, ועוד חוששים שמה ישבר לגבי שואל שני ויפסד הקת שאמור לחזור לבעלים. הביאו **הסמ"ע** (יח).

2) רש"י הרא"ש והטור פירשו שהכוונה בטובו של הכלי, ז"ל רש"י: "שואל אדם בטובו לעולם - אם ראה אדם כלי לחבירו, ואמר: השאילני בטובו, ואמר לו: הן - שאול לו לעולם, כל זמן שהוא ראוי למלאכה, דהאי בטובו משמע לך: כל זמן שהוא טובו, אפילו מחזירו - חוזר ונוטל כשיצטרך. והוא דקני מיניה - דבעלים, אבל לא קני - מכי אהדריה כלתה קנייה דמשיכה ראשונה. ומהדר ליה קתיה - וכשיפחות, שלא יהא ראוי - יחזיר לו שבריו, דהא לאו במתנה יהביה אלא שאלה הוא, ובטובו הוא, והאי לאו טוב הוא". **הרא"ש** ו**טור** הוסיפו שלא יכול לתקנו שלא היה שאלו לו אלא כל זמן שהיה בטובו וראוי למלאכה. והובא **ברמ"א** לא כולל שלא יכול לתקנו. **וסמ"ע** (יט) כתב שזו הכוונה שמחזיר לו שבריו שאינו חוזר ומתקנו. ונשבר מחזיר לו שבריו זה גם כשנשאר בידו ולא להחזירו למשאיל וכ"כ הטור משום שלא השאילו אלא כל זמן שהוא בטובו.

החזיר למשאיל לדעת הר"י: הסמ"ע (יח) **והגר"א** (יד) כתב שמה שאמרו שאפילו החזירו למשאיל וכו'. זה דווקא כשאמר ליה השאילני בטובו דהכלי שבשביל זה קנו מידו שאף לאחר חזרה, אבל אי אמר ליה השאילני בטובתך לא כי לא לצורך זה נעשה הקניין אלא שיהיה לעולם. **הנתיבות** (יב) תמה מאוד, הרי לר"י ולרמב"ם שאלו לו לעולם כשאמר בטובתך כמו באומר בטובו לאחרים ומניין שישתנה הדין? לכן נראה שמה שכתב הטור שהשואל יכול לעכב המשאיל מלהשתמש בשעה שאין השואל צריך למלאכתו שמה יתקלקל או יאבד וממילא אין צריך להחזיר לו כלל הוא רק לר"י שסבר שבטובתך לחוד לא משמע לעולם והקניין מייפה הלשון שיהיה משמע לעולם וכיון ששאל לו לעולם לא צריך להחזיר. אבל לרש"י שבטובו משמע כל זמן שהוא טוב והקניין נצרך כי אחרת מאז שמחזירו כלתה קניינו דמשיכה ראשונה, מוכח ע"כ שצריך להחזיר למשאיל בשעה שאינו צריך, אחרת פשוט שכל זמן שהחפץ תחת יד השואל אפילו לא היה קניין אין המשאיל יכול לחזור בו שהרי לא כלתה משיכה ראשונה ואם כשהחזיר השואל מדעתו השאלה למשאיל בתורת חזרה שלא יהיה לו שוב דין שואל אפילו קנו מידו נתבטלה בשאלה שלא גרע משואל לזמן שהחזיר בתוך הזמן שאין צריך להחזיר להמשאיל לו, ואם נתן השואל למשאיל בתורת שאלה ודאי שלא כלתה משיכה ראשונה, ולפי"ז ע"כ לרש"י שאף ששואל בטובו אין הדבר שאלו לו לעולם שיהיה תחת יד השואל אף בשעה שאין צריך לו וע"כ הפירוש בטובו היינו רק שהוא שאלו לו כל זמן שהוא צריך ובזמן שלא יצטרך יחזיר למשאיל ואח"כ כשיחזיר לשואל להשתמש בו יהיה חוזר ושואל לו, ולכן בלא קניין בטלה שאלה שניה שכלתה משיכה ראשונה משא"כ כשקנו מידו יש חיוב הגוף לחזור ולהשאיל לו כל זמן שיצטרף אף אחר חזרה. ולפי"ז שפיר כתב הסמ"ע שלמ"ד בטובו כל זמן שהוא טוב וממילא צריך להחזיר למשאיל כשאין צריך לכלי שפיר אמר שאף אחר שהחזירו חוזר ונוטל כשיצטרך, כיון שקנו מידו הוא חיוב הגוף להשאיל לו כל אימת שיצטרך, אבל לר"י שסבר שמדובר באומר בטובתך שאין צריך להחזיר למשאיל עד אחר שנשבר לא שייך דין זה כלל שממ"י אם החזירו לו בתורת שאלה למשאיל לא צריך להשמיענו כלל שהמיכי תיתי שלא יחזור ויטלנו ואם החזירו לגמרי שלא יהיה שוב שואל עליו אפילו בקניין אינו יכול לחזור וליטלו כמו בשואל שהחזיר תוך הזמן שאלתו לגמרי שלא יהיה שוב שואל עליו לחיוב אונסין וממילא אין צריך המשאיל לחזור ולהשאיל לו. ומה שהקשה **הנמו"י** לרש"י שקני ליה במשיכה ראשונה אף שהחזיר לא מובן שרש"י סבר שכל זמן זמן שאלה חדשה הוא כיון שבאמצע אין עליו דין שואל כלל והוי על השאלה השניה כאומר משוך פרה ולא תהיה קנויה לך אלא לאחר ל' שלא קנה, אבל בקניין י"ל שהוי כחיוב הגוף להשאילו לו אף אחר שהחזיר. וקשה משוכר חמור סתם שכתב **הרא"ש** שבמשיכת חמור נשתעבד לתת לו חמור אחר, וי"ל ששוכר שאני משואל וכמו שאבאר (סקט"ו) לגבי שוקת שנפל מוכח שהמשאיל אין משעבד עצמו לשואל כלל.

סעיף ז

האומר לחבירו: השאילני קרדום לעדור בו הפרדס הזה, עודר בו אותו הפרדס בלבד, ואינו רשאי לעדור בו פרדס אחר, אפילו הוא כמוהו. אמר לו: פרדס, סתם, עודר בו פרדס אחד אי זה שירצה, אפילו אינו שלו. שאלו לעדור בו פרדסים הרבה שלו, עודר בו כל פרדסים שלו, ואפילו נשחת כל הברזל בעדירה, מחזיר לו הנצב של עץ. ויש מי שאומר דדוקא באותה שנה, אבל לא בשנה אחרת.

ז- שאל קרדום לחפור בו כרמים

ב"מ קג. "אמר רבא: האי מאן דאמר ליה לחבריה: אושלן מרא למירפק ביה האי פרדיסא - רפיק ביה ההוא פרדיסא. פרדיסא - רפיק ביה כל פרדיסא דבעי, פרדיסי - רפיק ואזיל כל פרדיסי דאית ליה, ומהדר ליה קתיה". רש"י: "פרדיסא - סתמא. רפיק ביה - חד פרדיסא. כל דבעי - אפילו גדול כאנטוכיא. ואי אמר ליה פרדיסי - רפיק ביה כל פרדיסי דאית ליה, ולא אמרינן: תרי פרדיסי הוא דקאמר ליה, דאפילו טובא נמי משמע".

שדה ז: טושו"ע- באמר פרדס זה עודר בו אותו פרדס בלבד ואינו רשאי לעדור פרדס אחר אף שכמותו.

הסמ"ע (כ) כתב שלרא"ש וטור (שח ד, שיא ד) שיכול לשנות לדבר שהוא כמוהו צ"ל שמה שכאן אינו רשאי לשנות היינו שלא יפטר בזה בשבורה מחמת מלאכה, שבכה"ג שנתקלקל אומרים שמצאה הקפידא מקום לנוח ונחה.

הט"ז חלק, שאין משמע כן בכל הנזכר אח"כ שמדובר בנשברה שמדובר באיסור לכתחילה. ונראה שכאן אסור אף לכתחילה שאפשר שהמשאל סבר שזו הקרקע נוחה יותר לחרוש ואע"ג שהוא טועה שבאמת הם שווים מ"מ הוי ליה שואל שלא מדעת על השדה האחרת.

הנתיבות (יג) תמה על הסמ"ע שהרי בסימן שמ"ב מבואר שאפילו השאיל לאחר פטור כשיש עדים שמתה מחמת מלאכה ומכוח קושיה זו כתב הסמ"ע (שמ ס"ק ד) שצריך דווקא שיהיה עכ"פ שינוי בדבר קל שיש עניין לתלות בו האונס, וכאן מבואר שחייב אפילו הוא כמוהו משמע ממש שאין שום שינוי ואפ"ה חייב. ועוד קשה מדין להולכה בהר והולכה לבקעה פטור בהחלוקה ודווקא בבקעה והולכה בהר חייב (שט א-ב) ומשמע שבהר זה והולכה בהר זה פטור, וע"כ צריך לחלק בין שוכר לו לשואל כמ"ש בעצמו (שמ דרישה ב) ומסתבר שבשוכר שמקבל המשכיר שכר אומרים כיון שרוצה בכך מהיכי תיתי לא ישכיר לו למלאכה קלה או כיוצא"ב ואומדנא דמוכח היא, אבל שואל שהוא בחינם אומרים שאולי מקפיד הוא וכל המשנה מדעת בעל הבית גזלן הוא. ולכן בגוף הדין יש לחלק ביניהם, שאף ששוכר מותר לכתחילה לשנות למלאכה כיוצא"ב כיון שנותן שכר ובודאי ניחא למשכיר, משא"כ לשואל שבחינם כיון שאמר זה יש קפידא וכב"מ קד. גבי מחכיר שאמר זה הוי קפידא, ועיין בנמו"י (ב"מ סא.), ובסימן שמ"ב מיירי שאמר סתם כגון השאילני מרא לחפור בו ואין קפידא.

שדה סתם: כתבו טושו"ע שעודר בו איזה פרדס שירצה אפילו אינו שלו. הגר"א (טז) דייק זאת מכך שבהמשך הגמ' כתוב שבפרדיסי עודר כל פרדסים שיש לו, וכאן לא כתבו פרדס שיש לו.

פרדסים שלי: שו"ע פסק שאם שאלו לעדור פרדסים הרבה שלו עודר כל פרדסותיו ואפילו נשחת כל הברזל בעדירה מחזיר לו הנצב של עץ. בטור פסק כן אפילו לא אמר הרבה אלא פרדסים שלי.

פרדסים סתם: נחלקו בדין האומר "פרדסים" ולא ייחסם לעצמו- הרשב"א המ"מ כתבו שסתם פרדסים שנים שמיעוט רבים שנים, אבל הטור כתב שאם שאלו לחפור בו "כרמים" חופר בו כל כרמיו. הסמ"ע (כא) הסביר שכיון שהוא מוחזק יכול לומר שסתם כרמים הרבה משמע, ומה שלא יכול לחפור של אחרים כמו ברישא ב"כרם" סתם משום שאם כן אין לדבר סוף משא"כ ברישא שיש לו רשות לחפור רק כרם אחד לכן חופר בו אפילו שאינו שלו. הנתיבות (יד) כתב שלטור צ"ל שסבר כתיורף תוס' שבשאלה במטלטלין השואל הוא המוחזק, ולפי"ז ה"ה בכל ספק שיש בזמן השאלה והשכירות של מטלטלים הוי השואל מוחזק, וכך בש"ך (שיב ס"ק יד).

דווקא בשנה זו: הטור כתב שמדובר דווקא אותה שנה אבל לא שנה אחרת. השו"ע הביא כיש מי שאומר. כנס"ה כתב שאמנם לא מצא בשום פוסק אבל מסתבר שאל"כ אין לדבר סוף. וכן נראה מלשון הגמ' שמחזיר לו קתו שבשלמא אם בסוף השנה צריך להחזירה יחזיר קתו אבל אם לעולם לא שייך לומר ומחזיר לו קתו. ועוד שעל הסתם השואל קרדום לחפור בו הכרם והמשאל אינו אלא לאותה שנה.

בין זה ל"א רצותי": ט"ז-תוס' הקשו מכאן על מה שאמרו בב"ב סא: ש"ארעתי" משמע שנים, וכאן משמע כל, ותירצו כמה תירוצים. ונראה שתלוי במי האומר את הלשון המסופק, שכאן מדובר שהשואל אומר לשון המסופק כמפורש בגמ' מי שאמר לחברו השאילני מרא וכו' וודאי נתכוון לטובתו, ושם מדובר שהמוכר אמר לשון המסופק ונתכוון לטובתו. ומצאנו סברה זו בב"מ קד. "הא דאמר ליה מחכיר לחוכר הא דאמר ליה חוכר למחכיר", ופסקוהו הטור והרמ"א (שכ"א) והסכימו עמי רבנים גדולים וקבעום במסמרות נטועים.

סעיף ח

האומר לחבירו: השאילני שוקת זה, ונפל, אינו יכול לחזור ולבנותו. אמר ליה: השאילני שוקת, סתם, ונפל, חוזר ובונה עד שישקה כל שדותיו. אמר ליה: השאילני מקום שוקת, הרי זה בונה בכל מקום שירצה בקרקע המשאיל, ובונה מקום השוקת שיספיק לו להשקות ממנה כל שדותיו או כל בהמותיו לפי מה שהתנה עם המשאיל, והוא שלקח ממנו בקנין על זה.

ח- שאל שוקת

ב"מ קג. "אמר רב פפא: האי מאן דאמר ליה לחבריה אושלו האי גרגותא ונפלה - לא בני לה, גרגותא ונפלה - בני לה. בי גרגותא - כרי ואזיל כמה גרגותי בארעיה עד דמתרמי ליה. וצריך למיקני מיניה". **רש"י**: "גרגותא - באר מים חיים להשקות שדות. לא בני לה - אם בא לבנותו ולומר: עוד שאול לי - לעולם זה מעכב עליו, ואומר: לא השאלתיך אלא אותו, ולא כשנעשה אחר. בני לה - והרי היא שאולה לו עד שישקה כל שדותיו. בי גרגותא - אמר לו בלשון הזה: השאילני בי גרגותא - השאילני מקום לחפור בו באר קאמר ליה. וכרי ואזיל כמה גרגותי בארעיה - אם לא ימצא כאן יחפור במקום אחר, עד דמתרמי ליה מקום הראוי. וצריך למיקני מיניה - מעיקרא, ואי לא קנה מיניה - דיבורא בעלמא אמר ליה, ומצי למהדר ביה".

גרגותא: התיבות (טו) כתב שמשמע שמ"מ אינו יכול לכופו ליתן לו שוקת אחר, וגם אין חיוב על המשאיל לחזור ולבנות רק השואל אם רוצה יבנה וישתמש, שאל"כ היה צ"ל כבסימן ש"יב יז בבית סתם שחייב לבנותו או ליתן לו בית אחר. והחילוק הוא בין שואל לשוכר, בשוכר בית נשתעבדו נכסי השוכר למשכיר בשעת משיכת המטלטלין או חזקה בקרקעות בדמי שכירותו וממילא נתחייב להעמיד לו הבית כמו בסו"ס לט (טור יט וב"י ושי"ך מט) בכתב שטר ללוות שנתחייב המלווה להלוות ללווה, ואף לרשב"א (ב"ב קסז: ד"ה כותבין שטר, ח"א אלף נד) שחלק שם אפשר שמודה כאן, ששם י"ל כיון שוודאי לא שיעבד נכסיו רק על תנאי כשילוה וכל תנאי שעל המלווה ביד המלווה לשנות, משא"כ כאן כיון שיש כבר קנין לשוכר בזה וכבר חל עליו החיוב על גופו של השוכר, נתחייב לו גם המשכיר. אבל שואל מניין שיתחייב לו המשאיל בחיוב הגוף להשאיל לו, ואין השואל קונה במשיכה או בחזקה רק הדבר שהשאיל לו ועשה בו חזקה או משיכה. וראיה, שהרי בשוכר כשמתה או נשברה אם יש בדמים ליקח יקח כמבואר (שד"מ ב), ובשואל צריך להחזיר השברים כמבואר (שם) שכשנשבר כלה השאלה. ואם השואל בנאו נראה שהמשאיל חייב לתת לו הוצאות הבניין אחר כלות ימי השאלה, וכיורד ברשות דמי כיון שהבניין יש בו הנאת שניהם, הנאת שואל עכשיו והנאת המשאיל אח"כ, וכל שיש בו טובה לשניהם כופים זה את זה כמו בשותפין (וכמ"ס קע"ח סק"ג). ומשמע בנתיבות (חי' יד) שאם המשאיל לא יצטרך לשוקת לא יצטרך לשלם, שכתב שישלם כשצריך לשוקת.

בי גרגותא: וכ"פ **טושו"ע** בין להשקיית שדות ובין לבהמות ובי גרגותא בונה היכן שירצה עד שיספיק להשקות כולם.

הסמ"ע (כב) העיר שבלשון הגמ' **רמב"ם ורא"ש** לא נזכר שהברירה ביד השואל לחפור באיזה מקום שירצה ואדרבה קי"ל שיד בעל השטר על התחתונה בין בלוקח בין במקבל מתנה. לכן נראה **שהטושו"ע** שכתבו "בונה בכל מקום שירצה" הכוונה חופר זה אחר זה בכל מקום (שירשה לו המשאיל) עד שימצא בא' מים שיספיק לדבר שהשאילו עבורו. הובא **בנתיבות** (חי' טו). **הגר"א** (יח) - זה הכוונה "עד דמתרמי", גדול כ"כ.

קנג"ו: **ב"י דרכי משה ורעק"א** הפנו **לנמו"י בשם ריטב"א בשם רבו** שכתב שקנין לאו דוקא וה"ה אם החזיק בפירוש בגרגותא אחת על דעת לזכות בכולם עד דמתרמי ליה גרגותא.

סימן שמב

אין השואל רשאי להשאיל, ובו סעיף אחד.

סעיף א

אין השואל רשאי להשאיל, אפילו שאל ספר תורה, שעושה מצוה בשאלתו, אינו רשאי להשאיל לאחרים; ואם השאיל לאחרים, אפילו נתקלקל מחמת המלאכה ששאלו בשבילה, חייב, אלא אם כן יש לו ראייה שיכול ליפטר בה אילו היה בידו, כמו שנתבאר בסימן רצ"א סעיף כ"ו. הגה: מיהו דבר שאי אפשר להבריח ולכפור בו, כגון בית או ספינה, מותר להשאיל (תשובות רשב"א אלף נ"ג, ואלף קמ"ה). וע"ל סימן שט"ז.

בב"מ כט: איתא: "ת"ר: השואל ספר תורה מחבירו הרי זה לא ישאלנו לאחר... מאי אריא ספר תורה? אפילו כל מילי נמי! דאמר רשב"ל: כאן שנה רבי אין השואל רשאי להשאיל, ואין השוכר רשאי להשכיר. - ספר תורה איצטריכא ליה, מהו דתימא: ניתא ליה לאיניש דתיעביד מצוה בממוניה - קמ"ל." **רי"ף (כ):** "ה"מ לכתחלה אבל דיעבד אע"ג דאינו רשאי אי איכא סהדי דלא פשע בה לא מחייבין ליה דהא גבי השוכר פרה מחברו והשאילה לאחר ומתה כדרכה כיון דליכא פשיעותא דהא מתה כדרכה לא מחייב שוכר לשלומי מדיליה ואע"ג דהשאילה לאחר". ונפסק **בשו"ע:** "אין השואל רשאי להשאיל (סמ"ע א-אפילו דבר שנשאל לו), אפילו שאל ספר תורה, שעושה מצוה בשאלתו... ואם השאיל לאחרים, אפילו נתקלקל מחמת המלאכה ששאלו בשבילה, חייב, אא"כ יש לו ראייה שיכול ליפטר בה אילו היה בידו, כמו שנתבאר בסי' רצ"א סעי' כו". **סמ"ע (ג):** אם יש לו ראייה שמתה אצל השני מחמת מלאכה, ואילו היה עושה בבית שואל הראשון אותה מלאכה היתה ג"כ מתה בה, פטור גם השני.

סוג החפצים: **רשב"א (ח"א אלף קמה):** ולא אמרו אין השוכר וכו' אלא במטלטלין והמטלטלין שאין דרכן של בעלים להשתכר ולהשאיל עמהם מפני שאפשר להבריח' (**נתיבות א-ו**) ולכפור ולפטור עצמו (בשקר) ואינו רוצה שיהיו מטלטלי אצל אחרים. וכאותה שאמרו בגיטין (כ"ט) ואם אמר לו טול לי ממנה חפץ אינו משלחו ביד אחר דאמר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר. ועלה אמרו כאן שנה רבי וכו' אבל מטלטלין שאין עשויין להבריח שדרכן של בעלים להשתכר ולהשאיל עמהם משכיר ומשאיל לאחרים. וזהו שאמרו (**בב"מ ע"ט:**) השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך נותן לו שכר חצי הדרך ואין לו עליו אלא תרעומת. ואוקימנא דפרקה בגווה ומאי תרעומת משום שינוי דעתא... ולא בשכירות בלבד אמרו אלא אפילו בהשאלה שלא תאמר מי שהשאיל לא היה בדעתו להשאיל ולעשות חסד אלא לזה. דגרסינן (כתובות לב:) הניח להן אביהם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתה. ופסק **הרמ"א:** "מיהו דבר שאי אפשר להבריח ולכפור בו, כגון בית או ספינה, מותר להשאיל".

רגיל להפקיד: **הש"ך (א):** אם המשאיל רגיל להשאיל לאותו אחר פטור כשישבע האחר, והיכא דרגיל להפקיד צ"ע אי נימא כיון שרגיל תו ליכא למימ' את מהימנת לי בשבועה האידך לא מהימן לי או דלמא מצי למימר דוקא להפקיד מהימן לי אבל בהא דשמא נאנס' לא מהימן לי ומסתבר דפטור. **נתיבות (ב):** כוונתו שאפשר שדוקא בשומר שמסר לשומר מותר ברגיל להפקיד, שיי"ל שלזה לא חשוד לו שלא ישמור כראוי וגם ישבע לשקר, שבשנים אינו חשוד, אבל כאן שיש לחוש שמתה כדרכה ונשבע לשקר, ואין רק חשש שבועת שקר בלבד, שנגד מלאך המות א"א בשמירה, נאמר שבשבועת שקר לבדה חשוד לו. וכ"פ (חי' ב).

ש"ח וש"ש: **הריטב"א** כתב שכיון שאין להם רשות להשתמש בפקדון אם השכירוהו שאילו חייב באונסין כדין שולח יד בפקדון ולכן נקטו שוכר ושואל. **ב"י וש"ך (ג).**

שעת פרעון: **הש"ך (ב)** כתב משעת שאלה לאחרים וני"מ לדין שכתב בשד"מ ד. **הנתיבות (ג)** כתב שכוונתו לס"ק ב בשם **נמו"י** בשם **הרא"ה**, בשוכר חמור לרכוב עליו שאם נתן לשלוחו לרכב, אף שאינו יודע חייב, כי מהתחלת פשיעה שנתן לאחר הגורמת האונס מתחיל החיוב. **הקצות (ב)** כתב שאף למ"ד ששומר משעת פשיעה משתעבד (ב"ק קיב.), זה לאו דוקא פשיעה המחייבת אלא אף מהתחלת פשיעה משתעבדים נכסיו וכרא"ה שחייב כי הו"ל איני יודע אם החזרתיו. כי כשמסרו לאחר אע"ג שאינו פשיעה גמורה ואם נאנס ביד השני פטור אפ"ה נכסיו השתעבדו משעת התחלת

פשיעה שמסרו לאחר, ואם נאנס אח"כ הו"ל חזרה כמו למ"ד משעת משיכה. והנ"מ נראה ט"ס וכוונתו לשמא ד, ששם כתב אם מתה ביד היורשים והניח אחריות נכסים למ"ד משעת פשיעה פטורים היורשים, אבל אם מסרו ליד אחר ומתה אח"כ אע"ג שכבר מת השואל השתעבדו נכסיו למפרע משעה שמסרו לאחר ואם הניח אחריות נכסים גובה מהם.

שואל ספר: **קצות** (א) הקשה **שהר"ן** (שו"ת יט) כתב ששואל ספר אינו שואל להתחייב באונסין כיון שהמשאיל גם עושה מצוה ומרוויח פרוטה דרב יוסף ואין כל הנאה של השואל, וכאן משמע שחייב כדין שואל ואינו פטור אלא בנתקלקל מחמת מלאכה. **והמהר"ם** (קרימונה שיט) כתב ששואל חייב לפרוע ספרים שנשרפו כי חייב באונסין. ואפשר שהמהר"ם פוסק כרבה ולא כרב יוסף וא"כ כל הנאה שלו. אבל השו"ע פסק כרב יוסף ונקט ספר תורה? ואפשר שנקט מחמת מלאכה להשמיע שאם עשה מלאכה אחרת שחייב אבל ה"ה שפטור באונסין וצ"ע.

סימן שמג

דין השואל אחר כלות זמן השאלה, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

השואל חפץ או כל דבר, לזמן, מיד כשיכלה הזמן חוזר הדבר השואל לרשות המשאיל להפטר השואל מאונסים, אפילו הוא עדיין בביתו. ומכל מקום חייב הוא בגניבה ואבידה כדין שומר שכר. ואם שלחו לו בתוך הזמן ביד עבדו או שלוחו של משאיל או של שואל, נתבאר בסימן ש"מ.

א- שואל שכלה זמן שאלתו

בב"מ פ: איתא: "תנן התם: אמר לו שואל שלח, ושלחה ומתה - חייב, וכן בשעה שמחזירה. אמר רפרס בר פפא אמר רב חסדא: לא שנו (שהשואל חייב בה עד שתבוא ליד המשאיל) אלא שהחזירה בתוך ימי שאילתה (דהתם אכתי לא כליא שאלה עד דאתיא ליד בעלים), אבל לאחר ימי שאילתה - פטור (ואפילו בביתו של שואל מתה משכלו הימים - אינו שואל עליה". **ובפא:** איתא: "איבעיא להו: פטור משואל וחייב כשומר שכר, או דלמא: שומר שכר נמי לא הוי? - אמר אמימר: מסתברא, פטור משואל וחייב כשומר שכר, הואיל ונהנה (בשאלה) מהנה הוה (להיות עליה ש"ש עד שתגיע לבעלים)". **וכ"פ השו"ע:** "השואל חפץ או כל דבר, לזמן, מיד כשיכלה הזמן חוזר הדבר השואל לרשות המשאיל להפטר השואל מאונסים, אפילו הוא עדיין בביתו. ומ"מ חייב הוא בגניבה ואבידה כדין שומר שכר.

סמ"ע (א): כפול בסו"ס שמ, שם השמיענו שאף בשלחה לו שלוחו ונאנסה בדרך לא תאמר שהו"ל תחילתו בפשיעה בשליחתו ע"י שליח וסופו באונס ויתחייב באונסין, וכאן קמ"ל שאף שלא שלחו לו אלא עדיין הוא בביתו אפ"ה חייב בגו"א כש"ש. ואף שהשו"ע כתב שני הדינים כבר שם נמשך אחר לשון הטור.

פקדון בלא זמן ובתוך הזמן: פת"ש (א): כתב מהר"ר משה רוטנברג (או"ח סי' י"א) שהמקבל פקדון בלי זמן, אף שהדין שבכל יום זמנו ויכול להחזיר הפיקדון לבעליו, ואף חזרה בע"כ מהני, מ"מ כל זמן שלא החזירו ליד בעליו ממש, אינו יוצא מידי שמירתו והרי הוא חייב באחריותו, ואפילו אומר הנפקד למפקד איני רוצה להיות עוד שומר עליו. וכן מבואר **במורדכי** הובא **ברמ"א** שאם אמר להביא לו והמפקד הלך חייב הנפקד, שאף שהנפקד גילה דעתו שאינו רוצה עוד לשומרה מ"מ כל זמן שלא נתנה לידו לא נפטר. ומבואר **בסמ"ע** שאם אמר המפקד לנפקד שיביא לו הפיקדון והביא לו, אע"פ שלא בא לידו, נפטר הנפקד מיד. והיינו במקבל פקדון בלא זמן, אבל אם קיבל לזמן, לא מיבעיא שאינו יכול לחזור תוך הזמן, אלא אף בנתרצו שניהם, ואפילו אמר לו ג"כ המפקד שלא יהא עוד ברשותו, או שצוה לשלחו לו ביד עבד כנעני של שומר, מ"מ כל זמן שלא בא הפקדון לרשות המפקד, עדיין הוא באחריות הנפקד דיד עבד כיד רבו. משום שכשם שאינה נכנסת לרשות השומר עד שיעשה בה איזה קנין, ה"ה דאינה יוצאת מרשותו עד שיחזירנה לרשות המפקד כיון שקיבל השמירה לזמן ידוע, אבל אם קבלת השמירה היתה בלא זמן, כיון שלא היה חיוב השמירה בתחילה לזמן, מיד שהסכים המפקד שיכלה הזמן הוי כקיבל לזמן וכלה הזמן, שפטור אף אם הוא ברשות הנפקד, וזהו כונת הסמ"ע שם.

סעיף ב

שומר שכר לזמן, כיון שכלה זמנו כלתה שמירתו. ואפילו היא עדיין בביתו, אינו עליה אלא שומר חנם.

ב- ש"ש שכלה זמן קניינו

השו"ע פסק: "ש"ש לזמן, כיון שכלה זמנו כלתה שמירתו. ואפילו היא עדיין בביתו, אינו עליה אלא ש"ח". **ב"י** - נלמד מסעיף א. **הגר"א (ב)** מסביר שדייק מהנאמר שהשואל הוא כשומר שכר "הואיל ונהנה מהנה" דהיינו כיון שנהנה ממה שהשתמש כשהיה שואל מהנה את הבעלים להיות שומר שכר עד שיחזור אליהם, וטעם זה לא שייך בשומר שכר וזה אפילו כשהיא בביתו.

קצות (א): **בריטב"א** חלק שמסתבר שפקדון בעלמא שיש בו זמן והגיע זמנו ש"ש הוי עליו עד שיאמר לבעלים טול את שלך שאיני רוצה לשומרו וכדאמרו גבי אומן שאומר גמרתיו.

סימן שמד

טען שמתה מחמת מלאכה או רוצה לשלם או לישבע, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

טען השואל שמתה מחמת מלאכה, אם הוא במקום שעדים מצויים, אינו נפטר עד שיביא עדים שהוא כדבריו ושלא שינה בו. ואם הוא במקום שאין עדים מצויים, ישבע, כמו שנתבאר בסימן רצ"ד. ואם התנה שלא ישבע או שלא ישלם אם נגנבה או נאנסה, הכל לפי תנאו. הגה: אפילו לא קנו קנין על כך, דכל תנאי שומרים קיים אפילו בלא קנין (מרדכי פ' השואל). ודוקא דאתני קודם שבאה השמירה לידו, אבל לאחר ששעבד נפשיה לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא (מרדכי פרק החובל).

א- טען שמתה מחמת מלאכה, עדים שבועה ותשלום

טען השואל שמתה מחמת מלאכה:

1 אם הוא במקום שיש עדים מצויים אינו נפטר עד שיביא עדים שהוא כדבריו ושלא שינה - ב"מ פג. איתא: "דתניא, איסי בן יהודה אומר: אין ראה שבעת ה' תהיה בין שניהם, הא יש רואה - יביא ראיה ויפטר". ב"י - והכוונה אם לא יביא ראיה לא יפטר בשבועה ונפסק כוותיה בגמרא. ולגבי שואל הובא בצנ: "ההוא גברא דשאל נרגא מחבריה, איתבר. אתא לקמיה דרבא, אמר ליה: זיל אייתי סהדי דלאו שנית ביה, ואיפטר". וכתב הנמו"י שאחרונים הסכימו לראב"ד שמדובר במקום שיש עדים ולכן הצריכו לעדים ולא האמינו בשבועה כאיסי אבל אם היה במקום שאין רואים היה נאמן בשבועה. וכ"כ הרא"ש והוסף אפשרות אחרת שהכוונה תביא עדים או תשבע.

2 במקום שאין עדים מצויים ישבע שהוא כדבריו ויכלול בשבועתו שאינה ברשותו - מקור שבועה שאינה ברשותו בב"מ לד. ונתבאר בסימן רצה א (ב"י) ועיין גם רצד ולשם הפנה השו"ע.

3 התנה שלא ישבע או לא ישלם אם נגנבה או נאנסה הכל לפי תנאו - ב"מ צד. "מתני". מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם". נ"ל שזה ע"פ המשנה הקודמת ששומר חנם נשבע על הכל ושואל משלם את הכל, אבל לא בא לאפקי ששואל לא יכול להתנות להיפטר משבועה.

מרדכי כתב שכל תנאי שומרים בין להקל בין להחמיר קיימים בלא קניין. וכדאיתא שם: "תנא: ומתנה שומר שכר להיות כשואל. במאי, בדברים? - אמר שמואל: בשקנו מידו. ורבי יוחנן אמר: אפילו תימא בשלא קנו מידו, בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא - גמיר ומשעבד נפשיה". והובא ברמ"א. הגר"א - וע"כ לא נחלקו אלא במתנה ש"ש להיות כשואל כלומר להתחייב, אבל לפטור פשוט שיכול בדברים לכו"ע.

הרמ"א פסק שזה דווקא בהתנה קודם שבאה שמירה לידו אבל לאחר ששעבד נפשו לא יכול להתנות בדברים בעלמא. מקורו **במרדכי** בראובן שהלוח לשמעון י' ליטרין לזמן קצוב ואחר הזמן אמר יהיה לך למחצית שכר ונתעסק שמעון ונאנסו נראה שחייב באונסין שבתחילה שאין מעשה משתנה בדברים. ראיות: (1) ב"ק צג. "שבר את כדי, קרע את כסותי-חייב. ורמינהי... לשמור ולא לקרוע אמר רבה... ולא קשיא הא דאתא לידיה בתורת שמירה" וכו' א"כ במקום שבא לידי בתורת שמירה ואע"ג שחזר בו ואמר לו לקרוע אינו כלום הוא ובתורת שמירה עומד ה"נ בתורת מלוה עומד ולא משתנה לעסקא. (2) ב"מ צד. מתנה ש"ח להיות פטור משבועה וכו' ובגמ' הקשו והרי מתנה על מה שכתוב בתורה והסיקו שאפילו כר"מ ושאי הכא שמעיקרא לא שעבד נפשו, משמע שאם כבר שעבד אינו יכול להתנות.

הקצות כתב שזה דווקא במקום שלא פטור בפירוש מחיובו אלא שאומר לשון שנראה שאינו חושש בשמירתו וזוה לא נפטר בדברים בעלמא כמבואר בב"ק שם שבאמר קרע כסותי אע"ג שנראה שאינו חושש כיון שכבר בא לידיה בשמירתו חייב ואומרים קרע ושלם אמר, אבל אם פירש והפטר ודאי פטור אפילו במקום שבא לידי בתורת שמירה, וכדאמרו שם שבאמר קרע והפטר פטור. וכיון שבש"ע כתב שהתנה שלא ישבע או שלא ישלם וכל שאומר לא ישלם הרי אומר והפטר וזה ודאי מועיל אף בכבר בא לידי בתורת שמירה, א"כ לא היה לרמ"א לכתוב כאן שלא יכול להתנות בדברים כיון שבש"ע מיירי שהתנה במפורש בלשון ברור לפטור.

הנתיבות הקשה על המרדכי: (1) מב"ק מוכח ההפך, ששם באמר במפורש על מנת לפטור פטור ואינו חייב רק כשלא אמר על מנת לפטור, והסביר **המרדכי** שכשלא אמר על מנת לפטור הוי פטומי מילי. א"כ כשאמר על מנת לפטור שלא שייך פטומי פטור, וא"כ איך כתב שאחר שקיבל לשמור לא יכול להתנות בדברים משמע שאף תנאי גמור של על מנת לפטור לא יועיל? (2) מב"מ תמוה ששם נאמר זה אליבא דר"מ ואנן קי"ל (רכז כא) בדבר שבממון תנאו קיים במקום שידוע ומוחל. ועוד שאם הבעיה היא משום מתנה על מה שכתוב בתורה אפילו קניין לא יועיל וא"כ כיצד כתב שאינו יכול להתנות בדברים ומשמע שקניין מועיל. (3) לכא' דינו דומה למבואר בב"ק קט. שיכול לעשות מגזל השבה ליד בעלים שיהיה לו דין מלוה או פקדון, וכן מבואר בב"ק קד. במה שאמר שם כמ"ד יהיה לי בידך פקדון, וא"כ מהיכא תיתי לא יהיה יכול לעשות ממלוה פקדון.

(ותב' 1) צ"ל שלא סבר שטעם ההחייב בקרע כסותי אינו משום פטומי מילי, אלא אף שאמר בדווקא חייב, שהרי המחייב עצמו באתם עדי חייב אף בלא קניין ובשומרים צריך קניין לולא בהאי הנאה דמהימן ליה, ונימק הש"ך (מ"ס"ק ד, שא"ס"ק ז) שכיון שאינו מתחייב רק אחר שנאבד דמי לאסמכתא, כך גם סבר המרדכי שיש הבדל בין מחילה של מיד למחילה שאינה מיד כגון בקרע אחר שקיבל שמירה, שאף שקרע לחוד ג"כ לפטור משמע שלכן פטור בלא בא לידו בתורת שמירה אפי"ה כשבא לידו בתורת שמירה חייב כי אין הפטור מועיל בדברים כיון שהחייב שעל השומר הוא על תנאי אחר שיפסע אפי"ה המחילה היא על דבר שלא בא לעולם כי עוד לא חל החיוב ודומה למוחל באסמכתא ולכן צריך קניין. וה"ה במלוה שאמר לו שיהיה בידו למחצית שכר שחייב כיון שאין פטור ממלוה עד אחר שיעסוק למחצית שכר ואינו פטור מיד ג"כ צריך קניין. והטעם שנפטר בלא קניין כשאמר לו והיפטר אפי"ה שכבר בא לידו בתורת שמירה הוא מטעם אחר ודמי לאומר לחברו קרע כסותך ואתחייב אני לך שחייב לשלם מטעם ערב כיון שעשה מעשה והוציא ממון על פיו כמבואר בר"ן, ולפי"ז אמר זרוק מנה לים ותפטר מחובך שאתה חייב לי ודאי שפטור ומכ"ש קרע כסותי ותיפטר מחוב הקריעה שפטור כיון שאפילו מביתו חייב לשלם כשעשה מעשה על פיו מטעם ערב, משא"כ בשומרים כשאינו פטור רק מחיוב אחריות על גניבה שלא שייך בזה דין ערב שבערב צריך שיוציא ממון על פיו לכן לא נפטר בדברים בלא קניין. (2) מב"מ דייק מלשון הגמ' "שאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשיה" ולא נאמר "הב"ע כגון דמעיקרא לא שעבד נפשיה" אלא ודאי שפסוק לגמ' שא"ה להתנות כלל רק מעיקרא אפילו לר"י שסבר שבדבר שבממון תנאו קיים. (3) מה שאפשר לעשות מגזל מלוה שם מיירי שהגזלן היה בידו המעות ורצה להשיבם ואמר לו יהיה בידך פקדון שאז אפילו לא היה הגזלן רוצה לקבלם היה חשיב השבה כפי"ה הוי השבה וכמבואר בסימן קכ ב, באמר הלוה טול שלך והמלוה אינו רוצה שהוי פרעון. וה"ה בדין המרדכי אם הלוה היה מביא את מעות הפרעון ואמר המלוה יהיה בידך למחצית שכר ודאי שהוי פירעון רק מדובר שלא הביא והמלוה אמר מדעת עצמו שיהיה פקדון כשיעסוק בהם, וזה אינו מועיל ודומה לאסמכתא וצריך קניין, אבל כשהמעות בידו נעשה תכף של המלוה שלא בעי קניין לפרעון רק תכף שנתרצה המלוה במה שיחד הלוה לפרעון אין צריך קניין חדש בשעת גובינא. תדע שב"ד כשמוכרים לאחר להגבות למלוה כל זמן שלא עשה הלוקח קניין לא נעשה שלו וכשמגבים למלוה עצמו לא צריך קניין שהרי אמרו בב"מ לה: "מאימת אכיל פירי מכי שלמי ימי אכרזתא" וה"נ כשהלוה מגבהו בעצמו.

אמנם הרמ"א סתם ולא הגיה כן לגבי ש"ח (רצא כז) וש"ש (שה ד) כשנזכר שיכול להתנות בפטור אחריות, ולא הגיה שלאחר שבא השמירה לידו אינו יכול להתנות, נראה שמחלק שדוקא בשואל שיש לו קניין בגוף החפץ ששאלה ושכירות ליומא ממכר הוא, וכיון שהוא בתוך הזמן צריך לעשות קניין חדש, שהאונסים שחייבה התורה את השואל אינו מטעם חיוב שמירה שהרי א"א להישמר אלא שהתורה עשאתם כשלו בתוך ימי השאלה לעניין שכשנאנס נאמר ששלו נאנס ולכן כשמחזיר צריך קניין גמור. ומשמע לו שהראיה מב"מ היא ברורה אבל מב"ק לגבי לשמור ולא לקרוע שמשמע שזה דין בכל השומרים לא החשיבו כראיה שי"ל שם הטעם כמ"ש המרדכי השני שטעם הפטור הוא משום פטומי מילי, וסבר שבשאר השומרים החיוב אחריות מחיוב השמירה הוא חל מיד והמחילה חלה מיד כשפטור מחיוב שמירה ולא חשיב כמחילה על תנאי משא"כ שואל שאין חיוב שמירה שא"א לשמור מאונסים רק החיוב לאחר שיאנס ודומה למחילה על תנאי.

44 לא רצה להישבע ואמר הריני משלם ואח"כ נמצא הגנב לא נקנה לו כפל באמירתו והרי הוא לבעלים, אך אם כבר שילם קנה הכפל- בב"מ לד. נחלקו אמוראים ותניא כוותיה דרב זביד שכיון שכל הנאה שלו לא קונה בדיבור עד שישלם. הובא בטור ולא בשו"ע כיון שלא נוהג היום כפל.

סעיף ב

כשישלם השואל, שמין לו השברים, שאם שאל כלי ונשבר שמין לו השברים כמו שהיו שוים בשעת השבירה ונותנים לבעלים, ומשלים עליהם. ואם הוזלו בין שעת שבירה לשעת העמדה בדין, שמין אותם כמו שהיו שוין בשעת שבירה. וכן אם שאל בהמה ומתה, שמין כמה היתה שוה הנבלה בשעה שמתה, ונותן לו, ומשלים לו עליה. הגה: נגנבו השברים או נאבדו (ואפילו נאנסו) השואל חייב, אלא אם כן אמר למשאל: טול את שלך (נ"י פרק השואל ובב"ס"ו זה).

ב- טיפול בשברים

ב"מ צו: צז "ת"ש: דההוא גברא דשאל נרגא מחבריה ואיתבר (בפשעה), אתא לקמיה דרב, אמר ליה: זיל שלים ליה נרגא מעליא. - אמרו ליה רב כהנא ורב אסי לרב: דינא הכי? ושתיק רב. והלכתא כרב כהנא ורב אסי, דמהדר ליה תבריה וממליא ליה דמי מנא. **רש"י**: "דינא הכי - שישלם לו כלי עשוי ומתוקן, והתנן (ב"ק י): גבי נזיקין: תשלומי נזק - מלמד שהבעלים מטפלין בנבילה, ששמין לו הנבילה של בהמתו, שמתה ע"י זה שהזיקה לו, ועליה מוסיף ומשלם דמיה, ה"נ יומו לו שברי הראשון, ועליהן ישלם דמיו, וזה ילך ויטרו ויקנה לו כלי אחר". **ב"ק נא**. "אמר שמואל: אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין, ואני אומר: אף לשואל, ואבא מודה לי. איבעיא להו, ה"ק: אף לשואל שמין ואבא מודה לי, או דלמא ה"ק: ואני אומר אף לשואל אין שמין ואבא מודה לי? ת"ש: דההוא גברא דשאל נרגא מחבריה, תברה, אתא לקמיה דרב, א"ל: זיל שלים ליה נרגא מעליא, ש"מ: אין שמין. אדרבה, מדאמרי ליה רב כהנא ורב אסי לרב: דינא הכי? ושתיק, ש"מ: שמין... והלכתא: אין שמין לא לגנב ולא לגזלן, אבל לשואל שמין, כדרב כהנא ורב אסי. **הרא"ש** (ב"מ ח ה) כתב שמחזיר לו השברים כמו שהיו שוין בשעת שבירה ומשלם עליה דמי הנרגא. **ב"י**- והוא מדין שור של זה שנגנב בהמתו של זה ומתה ונפחתה הנבלה בין שעת מיתה לשעת העמדה בדין שאמרו בב"ק שם שלכו"ע פחת דניקא הוי. ופסקו **טוש"ע** ששואל שנשבר כליו או מתה בהמתו שמים השברים והנבלה כמה היו שווים בשעת שבירה ומיתה (סמ"ע

ה- שאז חל עליו חיוב תשלומין) ונותנם לבעלים ומשלים עליהם, ואם הוזלו (סמ"ע ו- וכ"ש בהוקרו שלא יפסיד המשאיל ממה שהוקרו) בין שבירה להעמדה בדין שמים שווים בשעת שבירה/המיתה.

הנמו"י כתב בשם רמב"ן שאם אמר שואל למשאיל טול שברך או טפך בנבלתך ונאנס אח"כ שנאבד לגמרי הוי כנאנסו ברשות משאיל ושואל חייב רק מה שהזיק מתחילה שכל זה בכלל פחת נבלה אע"פ שנאבדו למשאיל לגמרי. **ותלמידי הרשב"א** (ב"י) כתבו שאם נגנבו חייב שהוא כש"ש שהואיל ונהנה מהני וכן דעת הרשב"א. **הרמ"א** פסק: "**נגנבו השברים או נאבדו השואל חייב, אא"כ אמר למשאיל: טול את שלך**". ולכאוי אינו כנמו"י שמחייב באונסים כשלא אמר טול את שלך, וכשאמר פטור מאונסים וחייב בגניבה ואבידה, ולא כתלמידי הרשב"א שלא כתבו באמר ליה טול שלך: (1) **הגר"א** (ז)- אה"נ חולק וצודק שכיון שנשבר כלתה שמירתו (שמא ו) ואינו אלא כש"ש (שמג א) **שחגיב בגניבה ואבידה ולא באונסים, וכשאמר טול שלך הוי ש"ס** אף בשואל כמו אומן פ: (2) **הסמ"ע** (ז)- צריך להגיה "או נאבדו **ואפילו נאנסו חייב אא"כ אמר למשאיל טול את שלך**". **שאו פטור מאונסים**. וכך יתאים הרמ"א לנמו"י שהביאו כמקור בדרכי משה, שאין דרכו לפסוק דבר חדש שלא הביא לו מקורות. ובהלוואה אפילו אמר טול שלך חייב באונסין (עד ג) כיון שלא שייך כלתה שמירתו בהלוואה חייב עד שיפרע. (3) **הקצות** (ב)- לפני שאמר טול הוי כש"ש כשואל שכלתה שמירתו, שכיון שנשבר ולא ראוי למלאכה אין כל הנאה שלו וכמשמעות דברי תלמידי הרשב"א, שודאי לא דיברו באמר טול את שלך שאז כבר אינו שומר ופטור מפשיעה וכדיתבאר, והוי ש"ש הואיל ונהנה בתחילתו. והנמו"י שכתב נאנסו לאחר מכן לגמרי לאו דווקא נאנסו אלא אף נאבדו לגמרי שהוי כנאנסו ביד משאיל, ועיקר שמועתו שלא נאמר כיון שטורח הנבלה על השומר א"כ כל שלא העמידו לבעלים הוי של שואל קמ"ל שבכלל פחת נבלה הוא ושל הבעלים הוא. וכ"מ **ברמב"ן** שכל זה בפחת נבלה ואע"פ שאמרו בנזיקין שעל בעל הבור להעלות השור מבורו וכן בשומרים יביא עדודה לבי"ד (ב"ק יא). מ"מ אינו חייב באחריותו כמו שחייב בשאלה מעיקרא, והיינו שהתבייע שם אם בשדה שזה זוז ובעיר ארבע כשהוא טורח בשלו טורח ולא מתרץ שבאחריות מזיק הוא עד שיחזירנה לרשותו אלא אחריות נבלה בכלל פחתה ועל הנזק הוא וכן בשומרים. וזה כוונת הנמו"י שאינו כדן שואל, וכיון שהוא בכלל פחת א"כ אפילו לא אמר טול את שלך אינו באונסין אלא בתורת שומר שכן הואיל ונהנה וכמ"ש, ואם אמר טול את שלך ודאי פטור לגמרי וכדאיתא **ב"מ מט**. "שקול זוזך לא מביעיא דש"ש לא הוי אלא אפילו ש"ח נמי לא הוי". ומה שיש **בב"מ פ: גבי** אומן שאמר טול את שלך דהוי ש"ח, כבר כתבו **תוס'** (מט. ד"ה אלא) לחלק שדוקא באומן אבל בעלמא אפילו ש"ח לא הוי. ודימוי הסמ"ע להלוואה אינו שודאי הלוואה שלהוצאה ניתנה לא שייך טול את שלך שאין זה מעותיו, אבל פקדון ישנו בתורת טול את שלך. וכ"כ **הרמב"ן** לגבי שקול זוזך שבהלוואה לא מועיל בא וטול מעותיך אבל בשומרין מועיל משום ששומרים בדיבור בעלמא מסתלקים. ואפילו תאמר שהנמו"י סובר שקודם שאמר טול שלך אפילו באונס חייב נראה שאינו מדין שואל כיון שכבר כלתה שאלתו לאחר שנשבר שאינו ראוי למלאכתו אלא לפי מה שכתב **נמו"י** שפחת נבילה דניזק אינו אלא בתר שהודיעו לבעלים, ודעת נימוק"י שם בזולא שגם צריך הודעה, ויש חולקין שזולא אינו צריך הודעה ומשום שדוקא פחת נבילה פשיעה הוא במה שלא הודיעו לבעלים אבל זולא אינו פשיעה שלא ידע שתזול (בשם הרמ"ה), וא"כ בנאנס נמי הו"ל כמו זולא וא"כ אפשר לומר שבאונסין גם צריך הודעה וכל שלא הודיעו לבעלים הוי פחת דמזיק. אבל לדעת הרמ"ה כ"ש אונסים לאו אסיק אדעתיה, וכיון שכתב הרמ"א (תג ב) שייא שזולא א"צ הודעה א"כ מכ"ש אונסין. ואף לפוסקים שזולא צריך הודעה אפשר שזולא גם הו"ל לאסוקי אדעתיה ששערים עשוין להשתנות, אבל אונסים ודאי לאו אסוקי אדעתיה, וא"כ כיון שאין בו משום הודעה ותורת שואל גם אין בו אינו חייב אלא כש"ש הואיל ונהנה. וגם הרמ"א לא הוצרך להשמיענו אלא שלא נאמר עדיין שואל הוא כיון שעליו הטורח במקום שחייב בתשלומים, קמ"ל שזה בכלל פחת. וכיון שאין לו דין שואל ממילא מבואר שקודם שאמר טול את שלך הוי ש"ש ובתר שאמר אפילו ש"ח לא הוי כנ"ל. והסמ"ע שאמר שנפטר רק מאונסין תמוה שהרי כולן שאמרו טול את שלך אפילו ש"ח אינו. ובדרכ"מ שלפנינו אינו כתוב מזה ואולי בכוונה השמיטו. ותדע שהרי אפילו בפחת נבילה שמחמת פשיעותא הוא אפ"ה כל שהודיעו לבעלים שאין עליו אלא הוצאות וטורח על הבעלים כמבואר בסימן ת"ג וכל שהודיע אין על השומר כלום ומשום שהיה לבעלים לטרוח ולמכור, ומכ"ש אומר לו בפירוש טול את שלך שהיה לו למשאיל לטרוח ולמכור. (4) **הנתיבות** (ב)- הנמו"י לא התכוון שאם אמר טול לא יועיל לגניבה, ומה שדיבר על נאנסו לחדש **שקודם שאמר טול חייב אף באונס**, וגם סופו "ונאנסו שאבדו לגמרי" כולל נאנס ונאבד. שלא מסתבר שאחר שאמר טול יהיה חייב בגניבה שהרי אף בהלוואה למי שסבר פרעון בע"כ שמה פרעון נפטר **כשאמר טול** מגניבה ויש מי **שפטר אף מפשיעה** (קכ ב) והמחייב (ש"ך ס"ק ד) סבר שקודם שנעשה קניין במעות למלוה לא נעשה פרעון משא"כ שאלה ודאי באמר טול שלך והוא אחר זמן שאלה וכשנשברו הוי ככלה זמן שאלה אפילו בהרי שלך לפניך הוי חזרה ואיך יכולים לחייב זה שישיב וישמור של חברו בע"כ.

הסבר הרמ"א	לאחר שבירה	אמר ליה טול
סמ"ע- כנמו"י לאחר הגהה	חייב אף באונסין	פטור מאונסין וחייב בגניבה ואבידה
נתיבות- כנמו"י בהבנה אחרת	חייב אף באונסין	פטור מכלום
גר"א- חלק על הנמו"י	חייב בגניבה ואבדה ופטור מאונסין	פטור מגניבה ואבידה וחייב בפשיעה
קצות- כנמו"י לא כנמו"י	חייב בגניבה ואבדה ופטור מאונסין	פטור מכלום

סעיף ג

ראובן השאיל חפץ לשמעון, והפסידו, אמר שמעון לראובן: השבע כמה היה שוה ואפרענו לך, והשיב בעל החפץ: השבע אתה והפטר, ישבע בעליו ויפרע שכנגדו על פי שבועתו, ואם לא ישבע לא יפרע שכנגדו, ואינו נקרא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע שמשלם.

ג- שואל לא יודע שווי החפץ

כתב הרא"ש ששואל שהפסיד החפץ ישבע משאיל על שוויו ויפרע השואל ע"פ שבועתו ולולא שבועתו לא יפרע, ואינו יכול לטעון שישבע השואל ויפטר שאינו נקרא על זה משואל"מ. ונפסק בשו"ע.

קשה- הרי יש שבועת התורה של שומרים וא"כ נגלגל על השומר שוויו וכיון שלא יודע הוי משואל"מ? והט"ז הוסיף מדוע אמר לו תישבע ותיפטר הרי עכ"פ חייב בפחות שבשיעור לפי דבריו?

(1) העיר שושן (שמה א)- אינו אומרים משואל"מ בגלגול כשעיקר שבועה באה על טענת שמא של התובע וכאן טוען שמא לא מותה כדרכה. הסמ"ע דחה שהמ"מ דיבר בגוונא כשבטענה העיקרית השואל יודע ובגלגול בלבד אינו יודע, אבל כאן שעל עיקר תביעתו טען איני יודע וא"כ הוי משואל"מ.

(2) סמ"ע- המשאל עצמו לא טוען ברג: א. לא ידע כמה שווה אלא שמא שווה כ"כ והפסדתו, ויכול להיות שאין בהפסדו שו"פ ואף אם יש בו שו"פ כיון שלא תבעו בברי לא אומרים משואל"מ. ב. השואל טען סלע או שתיים ברור שהפסדתו והילך ויותר מזה איני יודע והמשאל לא טוען בברי שהפסיד יותר ולכן פשוטא לרא"ש שלא הוי בכלל משואל"מ כיון שהמשאל עצמו אינו ברי במותר ובהודאתו היה הילך. הש"ך הקשה: א) מדוע כתב שהמשאל אינו טוען ברי אף אם יטען ברי כיון שאמר לו הילך א"כ אינו חייב על השאר רק היסת שאינו יודע ולא הוי משואל"מ ויכול להפך על שכנגדו. ב) ע"כ מדובר שמשאל ברי שאל"כ אין השואל חייב שבועה כלל כיון שטוענו שמא כבסימן עה יז-יח. ג) כשמשאל שמא כיצד ישבע ליטול. הנהיבות הסכים לתמיהותיו ושאל"א ליישב הסמ"ע והט"ז כתב סתם שאינו מובן.

(3) הב"ח והגר"א- הנפקד לא הני ליה למידע, וכשיטתו והובא בטור, וכאן לא ידע כיון שהיה לו להחזיר אחר ימי שאלה. הש"ך הקשה שהרא"ש כתב לא הוי ליה למידע רק בהפקיד אצלו בשק ומעשים שבכל יום שמפקיד בשק ומרצופים ואינו יודע מה בתוכו אבל בשאר מפקיד מפורש ברא"ש שבאומר איני יודע הוי ליה משואל"מ. ואפשר שדווקא במפקיד שאומר א"כ כמה היה סבר הרא"ש כך שה"ל לידע כמה היה א"כ באומי א"כ כמה ה"י שוה ובמלוה על המשכון שה"ל לדקדק בשביל הלוואתו כמה ה"י שוה משא"כ כאן שלא ה"ל לדקדק כמה ה"י שוה. או ששם מדובר דוקא כשערבן עם פירותיו לכן ה"ל לידע וכסמ"ע. אך השו"ע ודאי לא סבר כך שהרי פסק (צ סעי' י וסי' רצ"ח) שאפי' בשק ה"ל משואל"מ וכן העליתי.

(4) ט"ז- הפסידו מערכו ולא לגמרי, השואל החזיר החפץ למשאיל וטען שאינו יודע אם נפחת או לא ואמר למשאיל לדברך השבע כמה היה שווה וטול והשיב לו תישבע ותיפטר ואם אינך יכול שלם. ואין כאן משואל"מ כיון שאין כאן מודה במקצת שהרי אין כאן הודאה ברורה כלל, ועוד שהרי מה שהודה לו נותן לו והוי הילך ועל השאר טוען איני יודע אין עליו אלא היסת שאינו יודע מהשאר אם נפחת או לא.

הש"ך אמר שהשואל טוען שלא הפסידו כלל (ולא בשמא) ורק המשאל טוען.

הנהיבות תמה על הש"ך, א"כ פשוט שאינו מחויב שבועה ומה הוצרך להשיענו?.

(5) הנהיבות- הפסידו מחמת מלאכה, וזה גם כוונת העיר שושן, שטוען שנפסד מחמת מלאכה וזה הכוונה "והפסידו" שמשמע בידיים, רק שלא רוצה לישבע ואמר לתובע שישבע כמה היה שווה וישלם, ולכן אמר שזה אינו נקרא משואל"מ שמודה במקצת אינו אף שמחויב לשלם המקצת שהרי יורדים לנכסיו כשאנו רוצה להישבע (כפז ט) מ"מ לא הוי מודה במקצת על השאר כמ"ש הש"ך (פז ס"ק יב) שאם נתחייב במקצת מכוח משואל"מ לא הוי מודה במקצת על השאר, ומה לי שאינו יכול להישבע או שאינו רוצה להישבע במקצת, ואם מצד גלגול ג"כ לא הוי משואל"מ כיון שעיקר השבועה באה על טענת שמא של התובע.

סעיף ד

השואל פרה מחבירו, שאלה חצי יום ושכרה חצי יום, או שאלה היום ושכרה למחר, או שאל אחת ושכר אחת (ומתה אחת) מהן, המשאל אומר: שאולה מתה, ביום שהיתה שאולה מתה, בשעה שהיתה שאולה מתה, והשוכר אומר: איני יודע; או שאמר השומר: שכורה מתה, ביום שהיתה שכורה מתה, בשעה שהיתה שכורה מתה, והמשאל אומר: איני יודע; או שזה אומר: איני יודע, וזה אומר: איני יודע, המוציא מחבירו עליו הראיה; ואם לא היתה שם ראיה, בזמן שהמשאל טוענו ודאי, ישבע השוכר ששכורה מתה, או שאינו יודע. ובזמן שהמשאל אומר: איני יודע, ישבע השומר

שבועת השומרים שמתה כדרכה, וע"י גלגול ישבע השומר ששכורה מתה או שאינו יודע. וה"ה אם זה אומר: שאולה מתה, וזה אומר: שכורה מתה, או זה אומר: איני יודע, וזה אומר: איני יודע.

בב"מ צא-צח: איתא: "משנה. השואל את הפרה שאלה חצי יום ושכרה חצי יום, שאלה היום ושכרה למחר, שכר אחת ושאל אחת ומתה, המשאיל אומר: שאולה מתה, ביום שהיתה שאולה מתה, בשעה שהיתה שאולה מתה, והלה אומר: איני יודע - חייב. השוכר אומר: שכורה מתה, ביום שהיתה שכורה מתה, בשעה שהיתה שכורה מתה, והלה אומר: איני יודע - פטור. זה אומר: שאולה, וזה אומר: שכורה, ישבע השוכר ששכורה מתה. זה אומר: איני יודע, וזה אומר: איני יודע - יחלוקו. גמרא. שמעת מיניה: מנה לי בידך, והלה אומר: איני יודע - חייב. לימא תהוי תיובתא דרב נחמן?... כדאמר רב נחמן: כגון שיש עסק שבועה ביניהן... זה אומר שאולה וזה אומר שכורה - ישבע השוכר ששכורה מתה. ואמאי? מה שטענו - לא הודה לו, ומה שהודה לו - לא טענו! - אמר עולא: ע"י גלגול, דאמר ליה: אישבתע לי איזו מיהת דכדרכה מתה. ומיגו דמישתבע דכדרכה מתה מישתבע נמי דשכורה מתה. זה אומר איני יודע וזה אומר כ"י. הא מני - סומכוס היא, דאמר: ממון המוטל בספק חולקין ואין הלכה כסומכוס (עין גר"א ט בחשבון הסוגיות). ע"פ המשנה והגמ' פסקו **הרמב"ם וטושו"ע** בשלושת המקרים שיש אחד שלא יודע או שניהם שהמע"ה, ובזמן שאין ראיה כשהמשאיל טוען ברי והשואל שמא ישבע שאינו יודע, וכשהוא ברי והמשאיל שמא ישבע שכדרכה מתה ושכורה היתה. וכן במקרים האחרים.

בבדק הבית הקשה כיצד כאשר הבעלים טוען שמא נשבע השוכר הרי אין משבעים על טענת שמא? ותרץ שהוא צריך להישבע שבועת השומרים וע"י גלגול נשבע שבשעת שכירות מתה או שאינו יודע איזו היא. ואע"פ שיש לטעון על זה מזה אומר שאולה וזה אומר שכורה שישבע שוכר שמתה כדרכה כטענתו ויגלגל עליו ששכורה זו שמתה והיה אפשר לערבם, אלא שבגלל שבדין ראשון נקט שני גווי דומים שאחד טוען ברי ואחד שמא לכן לא עירבם. וכך פסק **השו"ע**.

הסמ"ע (יג) הקשה שזה לא כרמב"ם וטור שפסקו כך רק בזה אומר שאולה וזה שכורה. שדוקא כששניהם טוענים ברי שמגלגלין עליו שבועה חמורה שביום שהיתה שכורה מתה, אבל אם אחד מהם טוען שמא אין מגלגלין עליו שבועה חמורה. וזה **כרא"ש** שאין מגלגלים על טענת שמא של הנתבע, שגלגול מסוטה למדו ושם האשה הנתבעת טוענת ברי שלא נטמאתי, ועל טענת התובע שמגלגלים אפילו בשמא כבסוטה היינו דוקא כשיש רגלים לדבר לטוען שמא, שהרי בקינא לה ונסתרה שמגלגלים עליה שלא נטמאה כבר רגלים יש לדבר מדקינא לה ועברה ונסתרה בפעם הזה. משא"כ בטענת שמא של המשאיל שטוען שמא שאולה מתה, שאין רגלים לטענתו שאומר ששאולה מתה יותר מלומר ששכורה מתה. ומהשו"ע מוכח שסבר לשעולם מגלגלים עליו בטענה חמורה, וכתב גם "וה"ה... זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע" כלומר שגם דינו שמגלגלים ומשביעים אותו שבועה חמורה. **ובפיהמ"ש** כתוב שמביאים לשבועה חמורה ע"י גלגול אף כשטוענים שניהם שמא ולכא"ו זה המקור. וא"כ לכא"ו דברי השו"ע סותרים שכתב שכשהמשאיל טוען ודאי ישבע שומר ששכורה מתה והכוונה להיסת שהרי הוא כופר בכל וגם באומר איני יודע שהרי הוא כטוען הלויתך מנה ולא פרעתי והלה אומר לא יודע אם הלויתני שהרי אם שכורה מתה אינו חייב לו דבר שהרי השאולה מחזיר או הלכה לה כבר שעת שאלה וגם הכס"מ כתב ששבועות הללו היסת, וסיים שה"ה בזה אומר שאולה וזה שכורה שכונתו שמגלגלים עליו שבועה חמורה, צ"ל שברישא מדובר במאמין לשואל שכדרכה מתה שאז אין שייך גלגול ובסיפא מדובר כשאינו מאמינו וכ"כ **תוס' ורא"ש** ליישב הסוגיה. ורבותא ברישא שאע"ג שמשאיל טוען ודאי בהיסת ששכורה מתה או שאינו יודע נפטר הואיל ומאמינו שכדרכה מתה ולא הוי כאומר לא ידעתי אם פרעתיך וכ"ש כשמשאיל שמא או ששניהם שמא. ובסיפא רבותא באינו מאמינו שאע"פ שמשאיל טוען שמא ושומר ודאי או שניהם ברי אפ"ה מגלגלים עליו שבועה חמורה.

הט"ז תמה על תירוצו שהרי השו"ע עצמו (צד ב) פסק כרא"ש שאין מגלגלים בלא רגלים לדבר על טענת שמא של התובע, וקשה על הטור ורמב"ם שמשמע שבטוען משאיל אינו יודע נשבע שוכר שאינו יודע הרי אפילו היסת אין נשבעים על טענת ספק, וצ"ע.

ש"ך (ג) - **העיר שושן וסמ"ע** טעו כי חשבו שלשו"ע במשאיל אומר איני יודע צריך לישבע היסת, ופשוט ומוסכם בכל הפוסקים שאין משביעים אפילו היסת על טענת שמא ואף בטוען איני יודע אם פרעתי שהנתבע משיב שמא (עה יז-יח) וכ"ש במקום שהוי כאומר איני יודע אם אתה חייב כמ"ש בשואל ובתוס'. וגם נעלם מהם דברי בדק הבית שמפורש שבטוען המשאיל שמא אינו נשבע אף היסת. וזה כוונת הכס"מ שבג' חלוקות הללו זו שבועת היסת כלומר שאלה חצי היום או שאלה למחר או שאל אחת וכשטוען המשאיל ברי, **והגידו"ת** הבין אחרת ולכן הקשה למה ישבע היסת כשטוען שמא והניח בצ"ע והוא כמונו. וכך דברי השו"ע - כשמשאיל טוען ודאי ישבע שומר היסת אף בלא גלגול ונ"מ כשמאמינו או יש עדים שכדרכה מתה ישבע היסת ששכורה מתה או שאינו יודע כיון שמשאיל טוען ברי. וכשמשאיל אומר איני יודע אינו יכול להשביע היסת בלא גלגול אם מאמינו או יש עדים שכדרכה מתה אין נשבעים על טענת שמא רק כשצריך השומר לישבע שמתה כדרכה אז ישבע ששכורה מתה או שאינו יודע. וה"ה כששניהם ברי אע"ג שבלא גלגול חייב היסת מ"מ ודאי יכול לגלגל עליו שבועה דא"ו, וצריך לתקן סוף דבריו לא ששניהם אינם יודעים אלא זה אומר שאולה מתה וזה איני יודע זה המשכו בלי ספק. וא"כ השו"ע אינו כעיר שושן שכשטוען המשאיל אינו יודע אינו יכול לגלגל עליו אינו נכון וכמבואר מבדק הבית. ולדינא כיוון השו"ע כרמב"ם בפיהמ"ש ומוכח במ"מ (ש"ך עב לט) שלרמב"ם אף בטוען השואל איני יודע מגלגלים וכן הריטב"א קידושין פ"ב ושאר פוסקים ע"ש אבל בטור שכתב כלשון הרמב"ם א"א לומר כן שהרי הרא"ש בין טוען משאיל איני יודע ובין טוען השומר אין מגלגלים וכ"פ הטור צד ובע"כ צ"ל שמה שכתב כאן ישבע שהוא כדבריו קאי על מקום שמשאיל טוען ברי, וכיון שעיקר מקום הדברים בסי"ע הרמב"ם והטור סתמו.

סיכום - לסמ"ע נשבעים היסת בכולם כשמאמינו, ולש"ך תלוי אם טענת התובע היא ברי או שמא. הט"ז והש"ך נשאר בתימה על השו"ע שפסק בצד כרא"ש וכאן כרמב"ם.

מושאל"מ : קשה שבסימן עה טו פסק השו"ע שאם טען הנתבע בגלגול שמא דינו משואיל"מ ומדוע כאן לא? תרצו **הסמ"ע** (יד) **והש"ך** (ד-ה) ע"פ **המ"מ** (שאלה ג ד בשם ראשונים, ב"י שמה) שכיון שעיקר תביעת המשאל שמשביעו עליו היא איני יודע שלא יודע שמתה כדרכה אע"ג שבגלגול טוען ברי ששאלה מתה אין כאן משואיל"מ אלא שבועה שאינו יודע ופטור וכ"פ השו"ע (עיי' ש"ך עב לט). סמ"ע - ולרא"ש וטור אינו נצרך התירוץ שהרי סברו שאין מגלגלים כלל על טענת שמא של נתבע, ועוד שלא אומרים משואיל"מ בשבועה ע"י גלגול (טור עה יח בשם הרא"ש) וגם השו"ע הביאו (עה טו) אבל הסיק שיש חולקים שסברו שבזמן שנתחייב שבועה דאוי' וטען על הגלגולים איני יודע קרינן ביה שפיר משואיל"מ. ש"ך - גם הרמב"ן סבר כך שלגבי עבד וכסות חלק על בעה"מ ולא בבי' פרות משמע שבזה מודה כיון שעיקר התביעה שמא ובעבד עיקר התביעה ברי ע"י. והשו"ע סתר עצמו שבסימן צד ב וט פסק כרא"ש שכלל לא מגלגלים. **והעיר שושן** רצה להעמיד שתובע טוען ודאי פשעת ומגלגלים על השומר והוי משואיל"מ שדווקא בתובע שמא על עיקר התביעה אין משואיל"מ, ואינו נכון בפירוש השו"ע אלא כאן טען שמא וגם לדינא אם טוען ודאי פשעת אין עיקר שבועת השומרים דאוי' (ש"ך עב עח) אלא בטוען התובע ספק שהטילו על השומר שבועה ששמא מעיז הוא כיון שהלה אינו יודע אם טוען אמת או לא וכן מוכח במ"מ עצמו שכתב בפשיטות כיון שעל עיקר התביעה אינו טוען המשאל ברי כו' ומשמע שלא דיבר כשעיקר התביעה ברי שאז אינו חייב ש"ד כלל שאל"כ עדין לא תירץ קושייתו בברי.

הלילה בינתיים : סמ"ע (ט) - **בב"י** (שמג) הביא **תלמידיו רשב"א** שהסבירו **ירושלמי** שבלילה שבינתיים אם דרך השואל שהבהמות לנות אצלו אחר השאלה גם כאן הוא שואל על הלילה ואם נאנסה חייב ואם דרכם לחזור ללון בבית אז מה שנשארות אצלו זה מכוח השכירות של מחר והוי עליהו כשוכר ופטור מאונסים וחייב בגניבה ואבידה.

* **הקצות** (ג) - **בנמו"י** הקשה על הגמ' שאמרה שקשה על רב נחמן ותרצה שיש עסק שבועה ביניהם מדוע הרי הו"ל איני יודע אם החזרתיו כיון ששאלה חצי יום ושכרה חצי יום ושומר מתחייב מזמן שאלה. ותרץ שקושית הגמ' משאלה אחת ושכרה אחת, וכן משאלה חצי יום משמע גם להיפך ע"י. ומוזה הקשה **הלח"מ** (שאלה ג ג) על הרמב"ם שפטר בכל הני בבי שאלה חצי יום ושכרה חצי הוי ליה אינו יודע אם החזרתיו שהרי סבר הרמב"ם (שאלה א ה) ששומר מתחייב משעת פשיעה ונשאר בצ"ע. ונראה שסבר הרמב"ם שעד כאן לא אמרו איני יודע אם פרעתיו חייב אלא במקום שאין רגליים לדבר ואין מקום לספק פרעון אבל כאן שהספק לפנינו אפילו ספק פרעון גם פטור. וכן מבואר **ברשב"א** אלא שלרשב"א כל כה"ג ספק לפנינו חולקים ולרמב"ם פטור לגמרי.

סימן שמה

דין שאל פרה ושכר אחרת, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

שאל שתי פרות, חצי היום בשאלה וחצי היום בשכירות, המשאיל אומר: בזמן השאלה מתה, והלה אומר: אחת מתה בזמן השאלה והאחרת איני יודע, מתוך שאינו יכול לישבע ישלם השתים.

בב"מ צז. צח. איתא: "משנה. השואל את הפרה, שאלה חצי יום ושכרה חצי יום... שכר אחת ושאל אחת ומתה, המשאיל אומר: שאלה מתה, ... בשעה שהיתה שאולה מתה, והלה אומר: איני יודע - חייב... גמרא. שמעת מיניה: מנה לי בידך, והלה אומר: איני יודע - חייב. לימא תהוי תיובתא דרב נחמן... כדאמר רב נחמן: כגון שיש עסק שבועה ביניהן, הכא נמי - כגון שיש עסק שבועה ביניהן. היכי דמי עסק שבועה? - כדרבא, דאמר רבא מנה לי בידך, והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים והשאר - איני יודע, מתוך שאינו יכול לישבע - משלם. משכחת לה רישא בשתים, וסיפא בשלש. רישא בשתים, דאמר ליה: שתי פרות מסרתי לך, פלגיה דיומא בשאילה ופלגיה דיומא בשכירות... ומתו תרוייהו בעידן שאילה, ואמר ליה שואל: חדא - אין, בעידן שאילה מתה, ואידך לא ידענא אי בעידן שאילה מתה ואי בעידן שכירות מתה, דמתוך שאינו יכול לישבע - משלם. וסיפא בשלש, דאמר ליה: שלש פרות נתתי לך, שתים בשאילה ואחת בשכירות, ומתו הני תרתי דשאילה. ואמר ליה שואל: אין, חדא דשאילה מתה, אידך לא ידענא אי דשאילה מתה ודקיימא דשכירות היא, אי דשכירות מתה והא דקיימא דשאילה היא, ומתוך שאינו יכול לישבע - משלם". ונפסק **בשו"ע** (א-ב): "שאל שתי פרות, חצי היום בשאלה וחצי היום בשכירות, המשאיל אומר: בזמן השאלה מתה, והלה אומר: אחת מתה בזמן השאלה והאחרת איני יודע, מתוך שאינו יכול לישבע ישלם השתים. וכן אם מסר לו שלשה פרות, שתים שאולות ואחת שכורה, והמשאיל אומר: שתים השאולות הן שמתו, והשואל אומר אחת השאולה מתה ודאי אבל השניה שמתה איני יודע אם השאולה האחרת או השכורה, מתוך שאינו יכול לישבע, שהרי אומר: איני יודע, ישלם השתים".

סמ"ע (א-ב)- הטעם שהרי הודה לו במקצת טענתו, ברישא תבעו בב' פרות שאולות שמתו בזמן השאלה ושחייב לו עליהן באונסיהן, והנתבע מודה לו באחת ועל השניה חייב לישבע שבועה דאורייתא כדין מודה במקצת, ואינו יכול לישבע, משו"ה משלם. משא"כ בהשאיל לו אחת והשכיר לו אחת, ומתה האחת והשניה עומדת חיה שבסימן הקודם סעיף ד, ששם אין טענתו אלא על האחת, דהרי על זאת שעודנה חיה אומר לו הילך וקחנה לך ואין כאן מודה מקצת. ובסיפא אצלנו מתו שתים ואחת נשארה חיה ומחזירה לו, ותבעו בשתים שמתו והוא מודה לו באחת מהן שחייב, ה"ל ג"כ מודה מקצת, ומתוך שאינו יכול לישבע על השניה משלם.

סעיף ב

וכן אם מסר לו שלשה פרות, שתים שאולות ואחת שכורה, והמשאיל אומר: שתים השאולות הן שמתו, והשואל אומר אחת השאולה מתה ודאי אבל השניה שמתה איני יודע אם השאולה האחרת או השכורה, מתוך שאינו יכול לישבע, שהרי אומר: איני יודע, ישלם השתים.

סימן שמו

דין פטור שאלה בבעלים עם כל דיניו, ובעל בנכסי אשתו, ובו י"ט סעיפים.

סעיף א

השואל, והיה המשאיל עם השואל במלאכתו בשעה שמשך הדבר השואל, אפילו נגנב או נאבד בפשיעה, פטור, שנאמר: אם בעליו עמו לא ישלם (שמות כב, יד) לא שנא היה עמו בשאלה שהשאליל את עצמו לעשות מלאכתו, לא שנא היה עמו בשכירות שהשכיר עצמו לו, לא שנא היה עמו באותה מלאכה של הדבר השואל, לא שנא במלאכה אחרת; אפילו א"ל: השקני מים, והשקהו והשאליל לו פרתו בעוד שהוא משקהו, הוי שאלה בבעלים. אבל אם משך תחלה ואחר כך השקהו, לא הוי שאלה בבעלים.

גדר הפטור

בשואל נאמר בתורה: "וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם שלם: אם בעליו עמו לא ישלם" משמע שכאשר בעליו עימו פטור מתשלום אונסין של נשבר או מת הכתוב לחיוב בפסי הראשון. בב"מ צה. "איתמר, פשיעה בבעלים. פליגי בה רב אחא ורבינא; חד אמר: חייב, וחד אמר: פטור...". ופסקו הפוסקים כמאן דפטור, וטו"ש ניםק בשם ר"ח שתמיד הולכים במחלוקתם כמיקל למוחזק. ולכן פסקו טו"ש"ע שבהיה משאיל עם השואל במלאכתו בשעה שמשך דבר השואל שפטור אפילו פשע בה ונגנבה או נאבדה. סמ"ע (א) - ומשואל לומדים לכל השומרים וכמ"ש טו"ש"ע בסוה"ס וגם כתבוהו בכל אחד במקומו. הגר"א (א) ציין על בשעה שמשך שהוא מצד: "פרה במשיכה".

שליחות יד בבעלים: הקצות (א) כתב ששליחות יד אף בבעליו עמו חייב בכל השומרים, וכדאיתא בב"מ מא: "לא תאמר שליחות יד לא בש"ח ולא בש"ש ותיתי משואל ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד שלח בה יד חייב, שומר חנם ושומר שכר לא כ"ש, למה נאמר, חדא לומר לך שליחות יד אינה צריכה חסרון, ואידך שלא תאמר דיו לבא מן הדין להיות כנדון מה שואל בבעלים פטור אף ש"ח וש"ש בבעלים פטור, ולמ"ד שליחות יד צריכה חסרון חדא שלא תאמר דיו"ו וכו'. מבואר שלכו"ע שליחות יד בבעלים חייב, וכיון שחייב בש"ח וש"ש ה"ה בשואל, וכגון ששאלה למלאכה זו ועשה בה מלאכה אחרת, משום ששואל לא עדיף משאר שומרים ואדרבה חיובו יותר מהם. ובבית יעקב כתב שמהגמ' הו"ו שליחות יד בבעלים בשואל פטור, שהרי כתוב "דיו לבא" וכו' משמע שזה הדין בשואל עצמו, ודווקא בש"ח וש"ש שלח בה יד חייב. ונראה שהבין שמה שאמרו "לא תאמר בש"ח... שלח בה יד חייב" שהיינו שליחות יד ממש ובה אמרו דיו לבא וכו' שהיינו לגבי שואל שליחות יד ממש פטור בבעלים ובשאר שומרים חייב, אבל אינו שלגבי שואל בכלל לא נכתבה שליחות יד אלא שממילא חייב במקום ששלח בה יד ממש כגון ששינה למלאכה אחרת שאינו שואל לה, ומשום שכל חיובי שומרים גניבה ואבידה ממילא מחייבי בשואל שכתוב "וכי ישאל" מוסיף על עניין ראשון כב"מ צה., אלא מה שאמרו "לא תאמר... חייב" היינו שואל למלאכתו ממש וכרש"י "ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד שלח בה יד חייב" היינו שלח בה יד לעשות מלאכתו מדעת הבעלים חייב באונסין, ש"ח וש"ש שלא מדעת בעלים עושים מלאכה כ"ש שחייב באונסין ולזה תרץ דיו לבא וכו' ששואל שעושה מלאכתו ממש פטור בבעלים וא"כ לאחר שגילה הפסי' בש"ח וש"ש ששלח בה יד שלא מדעת בעלים חייב ממילא גם בשואל כה"ג ששלח בה יד לעשות מלאכה שלא מדעת בעלים חייב, שהרי בשואל לא כתוב שליחות יד כלל ואינו אלא בתורת חיוב של שאר שומרים שבפרשה מדכתיב "וכי ישאל" ו' מוסיף על עניין ראשון, וא"כ חייב בכך אף שבעליו עימו.

סוג המלאכה

ב"מ צד. "משנה. השואל את הפרה ושאל בעליה עמה, או שכר בעליה עמה". ובצ. איתא: "אמר רבא: האי מאן דבעי למישראל מידי מחבריה וליפטור, נימא ליה: אשקיין מיא, דהוי שאילה בבעלים ואי פקח הוא, נימא ליה: שאיל ברישא, והדר אשקיין". וע"פ זה פסקו טו"ש"ע: "לא שנא היה עמו בשאלה שהשאליל את עצמו לעשות מלאכתו, לא שנא היה עמו בשכירות שהשכיר עצמו לו, לא שנא היה עמו באותה מלאכה של הדבר השואל, לא שנא במלאכה אחרת; אפילו א"ל: השקני מים, והשקהו והשאליל לו פרתו בעוד שהוא משקהו, הוי שאלה בבעלים. אבל אם משך תחלה ואח"כ השקהו, לא הוי שאלה בבעלים". סמ"ע (ב) - ה"ה אם עשה אח"כ מלאכה גמורה שחייב, ונקט זה משום רבובתא דרישא שהשקהו בשעת שאלה פטור. הגר"א (ג) דקדק שכתב "והשקהו" שלרמב"ם דווקא אחר שהתחיל במלאכה וכמ"ש בצ. "כולהו בעידן עבדתייהו כשאלילה בבעלים דמו", אבל לתוס' ורא"ש אפילו קודם לכן בשעה שהלך וכבסע' ג.

סעיף ב

לא שנא אם באו שאלת הבעלים עם שאלת הפרה כאחד, לא שנא היה הוא שואל או שכור לו ואחר כך השאליל לו פרתו, פטור, אפילו לא היה עמו בשעת שבירה ומיתה; אבל אם לא היה עמו בשעת שאלה ואחר כך שאל את הבעלים או השכירם, אין זה שאלה בבעלים, אף על פי שהיה עמו בשעת שבירה ומיתה.

ב"מ צד. - "מתני'. שאל הבעלים או שכור ואח"כ שאל את הפרה ומתה - פטור, שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם. אבל שאל את הפרה ואחר כך שאל את הבעלים או שכור, ומתה - חייב, שנאמר בעליו אין עמו שלם שלם". ובצ. "תניא:

ממשמע שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם, איני יודע שאם בעליו אין עמו שלם ישלם? אלא, מה ת"ל בעליו אין עמו - לומר לך: היה עמו בשעת שאילה - אין צריך להיות עמו בשעת שבוירה ומתה, היה עמו בשעת שבוירה ומתה - צריך להיות עמו בשעת שאילה". וכ"פ **הטושו"ע**: "לא שנא אם באו שאלת הבעלים עם שאלת הפרה כאחד, לא שנא היה הוא שאל או שכור לו ואח"כ השאיל לו פרתו, פטור, אפילו לא היה עמו בשעת שבירה ומיתה; אבל אם לא היה עמו בשעת שאלה ואח"כ שאל את הבעלים או השכירם, אין זה שאלה בבעלים, אע"פ שהיה עמו בשעת שבירה ומיתה".

הסמ"ע (א) הסביר את הדיוק של הגמ' מהפס' "אם בעליו עמו לא ישלם" שקאי על מה שכתוב לפני זה שמדובר בשאלה שבוירה ומתה, שמשמע דווקא שבעלים עימו בשניהם בשאלה ובשבירה/ומתה, ואם הוא באחד מהם ולא בשני חייב, ומדכתיב בעליו אין עמו ישלם משמע שאינו באחד מהם ואם הוא באחד מהם פטור, ואמר מה שמשמע שאם היה באחד מהם פטור היינו אם היה בשעת שאלה אף שלא היה בשעת שבירה/ומתה, ומה שמשמע שיהיה בשניהם היינו שאף אם היה עמו בשעת שבירה/ומתה חייב אם לא היה עמו בשעת שאלה. **ובצ"ל** הביא טעם למה לא אומרים להפך. ולא כע"ר **שושן** שלומדים ממשמעות הפס' שאם בעליו עימו שמשמע שהולך על "וכי ישאל" שלפניו, ונשמטה ממנו הגמ'.

סעיף ג

שאל הבעל, ונתרצה להיות שאול לו, אף על פי שלא התחיל במלאכת השואל בשעת משיכת הפרה, אלא מזמין ומכין עצמו ללכת, חשיב שפיר עמו במלאכתו. אבל באמירה שאומר להיות שאול לו, ולא הכין עצמו למלאכתו, לא הוא שאלה בבעלים.

צד: "מדקתני סיפא ואח"כ שאל את הפרה מכלל דרישא דקתני עמה עמה ממש מי משכחת לה פרה במשיכה ובעלים באמירה". **ובצ"ל**. "אמר רבא מקרי דרדקי שתלא טבחא ואומנא וספר מתא כולן בעידן עבדיתייהו כשאלה בבעלים דמו".

תוס' והרא"ש תמה שמצו. משמע דווקא בעידן עבדיתייהו, וצד: אמרו שבעלים באמירה אלמא משעת אמירה מיקרי שאלה בבעלים, אע"פ לא התחיל במלאכה? וצ"ל שבעידן עבדיתייהו לאו דווקא, אלא בשעה שמזמנים ומנידים עצמן ללכת מיקרי עידן עבדיתייהו והיינו אמירה דלעיל. וכ"כ הרא"ש בשם **הראב"ד** שאם אמר לו השאילני פרתך והשאל לי אתה עמה כיון שהתחיל ללכת עם פרתו אע"פ שעדיין לא יצא מביתו כבר התחילה שאלתו. וכ"פ **טושו"ע** "שאל הבעל, ונתרצה להיות שאול לו, אע"פ שלא התחיל במלאכת השואל בשעת משיכת הפרה, אלא מזמין ומכין עצמו ללכת, חשיב שפיר עמו במלאכתו. אבל באמירה שאומר להיות שאול לו, ולא הכין עצמו למלאכתו, לא הוא שאלה בבעלים".

הרמ"ה הסכים וחילק שדווקא כשלא פירש לו זמן אלא אימתי שירצה השואל יעשה לו מלאכתו לכן כיון שאם אמר לו עתה לעשותה יעשה נמצא שמעתה הוא שאול לו למלאכתו אע"פ שעדיין לא עשה. אבל כשאומר לו לעשות מלאכה בזמן ידוע כל זמן שלא התחיל לעשותה אינו קרוי עמו במלאכתו. **הטור** כתב שהרא"ש לא מסכים לחילוק. ובדק הבית תמה שלפ"ז אם הגיע הזמן אע"פ שעדיין לא התחיל בה נקרא שאול למלאכתו ואין נראה כן. **הסמ"ע** (ד) כתב שנראה שהרא"ש מודה בזה. **הט"ז** תמה שא"כ למה חילק הרא"ש בין הזמנה לאמירה, אולי גם אמירה לחוד מספיקה, והקושיה מתורצת כך לבד, שהיינו שצו. "בעידן עבדיתייהו" מדובר שאמר לו לעשות מלאכה בזמן ידוע, וצד: שסגי באמירה מדובר שלא פירש לו זמן.

הש"ך (א) רצה לפרש שלא כטושו"ע בדברי הרא"ש, שמה שכתב "והיינו אמירה דלעיל" ר"ל שמוכח שם שלא צריך עידן עבדיתייהו ממש וה"ה שלא צריך הכנה אלא שבגמ' אמר "בעידן עבדיתייהו" הכוונה שמכינים עצמם ללכת. וכ"מ בתוס' (קצת קשה שכתב אבל ודאי משעת אמירה של קודם פסק מלאכה לא חשיב שאילה בבעלים) **ור"י**

"שאלה בבעלים מיקרי מזמן שמכנין עצמן ללכת כו' כי בעלים באמירה". **ובתוס' ומרדכי** לגבי מה שהקשו בב"ב מג: "דא"ל שמור לי היום כו'" כתבו: "וא"ת אכתי שמירה בבעלים היא דאמר"י בריש השואל דבעלים באמירה ותיצו דשאני התם דבאמירה משעבד עצמו ליכנס במלאכתם מיד אבל הכא לא משעבד עד למחר". מוכח שבאמירה אף בלא הכנה הוא שמירה בבעלים. **הנתיבות** (א) הסביר שלפ"ז בתוס' דידן כדי לתרץ מה שהקשה צ"ל שכשאומר לו בפירוש שיעשה לו מלאכה מיד הוא כהכנה וגבי שתלא צו. ואפיה פא. לא אמר לו בשעת שאלה אלא שיש עליו חיוב שנתחייב מקודם. אך נראה שהתוס' מודים שצריך הכנה דווקא, והתוס' בב"ב רצה להשמיענו דין מחודש שאף כשמכין עצמו על השמירה שתהיה מחר לא מועיל כיון שקבע זמן כמ"ש הסמ"ע (ד) ובתוס' אף שיכלו לתרץ כמו בב"ב מ"מ באו להשמיענו דין מחודש.

סעיף ד

השאיל לו בהמתו או השכירה לו למשוי, והלך עמה לסעדה ולהטעינה, הוא שאלה בבעלים, אף על פי שמעצמו נשאל לו. (ודלא כיש חולקין בזה) (מרדכי ריש פ' השואל). ואם לא הלך אלא לראות שלא יוסיף המשוי, אין זה שאלה בבעלים. (וכן אם תפס לו השטגר"ב, הו' לתקנת בהמתו ולא מקרי שאלה בבעלים) (מרדכי הנ"ל בשם ראב"ה).

ב"מ צו. "מרימר בר חנינא אוגר כודנייתא בי חוזאי, נפק לדלווי טעונה בהדיהו, פשעו בה ומית. אתו לקמיה דרבא, חייביניהו. אמרו ליה רבנן לרבא: פשיעה בבעלים היא! איכסיף. לסוף איגלאי מילתא דלמיסר טעונה הוא דנפק". **רש"י**:

"כודנייתא - פרידה. בבעלים - שהיה מסייעו בשעת שאילה. למיסר - לראות שלא ירבו במשאה". **המורדכי** כתב בשם ר"ח לראות שלא יכבד המשאוי על בהמתו והגביה לראות כמה משקלו ולהנאתו עשה ולא לסייע לשוכר.

עוד כתב **המורדכי** שאין נקרא עמו במלאכתו אלא במקום שהשואל בקש מהמשאיל עשה לי דבר פלוני אבל אם עשה מעצמו אין זה נקרא עמו במלאכתו. **הב"י** כתב שהטור חולק שכתב שהוי שאלה בבעלים "אע"פ שמעצמו נשאל לו". לכן פסק **השו"ע**: "השאיל לו בהמתו או השכירה לו למשוי, והלך עמה לסעדה ולהטעינה, הוי שאלה בבעלים, אע"פ שמעצמו נשאל לו" וציון **הרמ"א** דלא כיש חולקין והכוונה למורדכי "ואם לא הלך אלא לראות שלא יוסיף המשוי, אין זה שאלה בבעלים". הגר"א דייק כן מהגמ' "לסוף איגלאי מילתא" וכו' משמע שמעצמו עשה ודווקא כה"ג.

הביא לרכב אוכף הסוס: **המורדכי** הביא **ראבי"ה** שאם השאיל לו סוסו ותפש האשטרי"ר בלע"ז זהו לתקנת בהמתו, ולא הוי שאילה בבעלים. ופסקו **הרמ"א**. הסביר **הסמ"ע** (ו) שאם יעלה על הבהמה בלא תפיסת השטעגר"ב יכאיב לה.

סעיף ה

אמר לו: שמור לי ואשמור לך, או: שמור לי היום ואשמור לך למחר, נתבאר בסימן ש"ה.

ב"מ פ: "מתני'... שמור לי ואשמור לך - שומר שכר". **פא**: "ואמאי? שמירה בבעלים היא! - אמר רב פפא: דאמר ליה שמור לי היום ואשמור לך למחר". ופסקו **הטור**: "אמר לו שמור לי ואשמור לך הוי שמירה בבעלים שהמפקיד הוא עם הנפקד לשמור לו גם הוא. אבל אמר לו שמור לי היום ואשמור לך למחר אינה שמירה בבעלים אבל הם שומרי שכר זה לזה. וה"ה נמי אם א"ל שמור לי היום ומחר ואני אשמור לך למחר חייב כיון שלא היה עמו תחלה כמשמך". **בשו"ע** כתב שנתבאר בסימן ש"ה. סמ"ע (ז) - ושם נתבאר גם דין שאול לי ואשאיל לך שיש מח' אי הוי שאלה בבעלים ופטור או לא, ולכן לא הביאו כאן, ובסמוך סעיף ח כתב דין השאילני היום ואשאילך למחר שלא הוי שאלה בבעלים, הרי שנקט דינים הברורים, וממח' לא דיבר.

סעיף ו

האומר לשלוחו: צא והשאל עם פרתי, אינה שאלה בבעלים, שנאמר: אם בעליו עמו הבעלים עצמם ולא שליו. (ויש חולקין ואומרים דשלוחו של אדם כמותו) (טור ס"ט בשם הרמ"ה). ואם אמר לעבדו הכנעני: צא והשאל עם פרתי, הרי זה שאלה בבעלים, שיד העבד כיד רבו. הגה: נשאל לו העבד בלא דעת רבו, לא מקרי שאלה בבעלים (רמב"ם והמגיד פרק ב' דשאלה).

ב"מ צו: "אמר ליה רבינא לרב אשי: האומר לשלוחו צא והשאל לי עם פרתי, מהו? בעליו ממש בעינא - וליכא, או דלמא: שלוחו של אדם כמותו, ואיכא? אמר ליה רב אחא בריה דרב אויא לרב אשי... שליו - פלוגתא דרבי יונתן ורבי יאשיה... דתניא: האומר לאפוטרופוס: כל נדרים שתהא אשתי נודרת מכאן עד שאבא ממקום פלוני - הפר לה, והפיר לה, יכול יהו מופרין - ת"ל לומר אישה יקימנו ואישה יפרנו, דברי רבי יאשיה. רבי יונתן אומר: מצינו בכל מקום ששלוחו של אדם כמותו. אמר ליה רב עיליש לרבא: האומר לעבדו צא והשאל עם פרתי, מהו? תיבעי למ"ד שלוחו של אדם כמותו, תיבעי למ"ד שלוחו של אדם אינו כמותו. תיבעי למ"ד שלוחו של אדם כמותו - הני מילי שליו דבר מצוה הוא, אבל עבד דלא בר מצוה - לא, או דלמא: אפילו למ"ד אין שלוחו של אדם כמותו - הני מילי שליו, אבל עבד - יד עבד כיד רבו דמיא? - אמר ליה: מסתברא, יד עבד כיד רבו דמיא."

שליו: **הרי"ף** כתב שמדהסיקו "יד עבד כיד רבו" מכלל שאחר לא ידו כידו ולא הוי שאלה בבעלים. **הרא"ש** תמה שזה לא באה למעט שליו אלא לדבריו השיבו שאף לר' יאשיה שלא סובר ששלוחו של אדם כמותו יד עבד כיד רבו וכ"ש לר' יונתן שהוי שאלה בבעלים שלא גרע משליו אחר. **הרמ"ה** (בטור) כתב ששליו הוי שמירה בבעלים, **ב"י** - דחה הרי"ף כרא"ש ומדקי"ל בעלמא ששלוחו של אדם כמותו גם פה לא שגא. **הטור** כתב **שהרמב"ם** כרי"ף, **והב"י** כתב שכיון ששניהם מסכימים לדעת אחת כך נוקטים. אמנם **הדרי"מ** כתב שאין בדברי הרמב"ם הכרע ואפשר לפסוק כבתראי (רא"ש ורמ"ה). **הגר"א** (י) תרץ את הרי"ף שמ"ש בגמ' "תיבעי ליה למ"ד" אינם דברי רב עיליש אלא דברי גמ' שהרי הוא קדם לרב אשי שפשט שליו פלוגתא וכו' ומה שאמרו מסתברא יד וכו' משמע דווקא בעבד. ועוד ראינו לרי"ף מצט. "יד עבד כיד רבו" ותרצו "בעבד עברי" ואם איתא עדיין שאלה בבעלים הוא וכן בשלוחו. ואפשר שזה קושית הגמ' משום שאלה בבעלים ודלא כרש"י, והרא"ש וסייעתו מפרשים כתוס' שדווקא במקום הבעלים שהבעלים נשאל והעבד החליפו, אבל הרמב"ם לשיטתו שלא סבר כן וכמ"ש בהג"ה שדוקא בלא דעת הבעלים (יפורט בהמשך).

השו"ע פסק כרי"ף מדכתוב "בעליו עמו" הבעלים עצמם ולא השליו וכתב **הסמ"ע** (ח) שאע"פ שבד"כ שלוחו של אדם כמותו כאן שכתוב פעמיים בעליו עמו דקדק דווקא בעלים. **הרמ"א** כתב שיש חולקים **הש"ך** (ג-ד) כתב שעוד אחרונים השיגו על הרי"ף ורמב"ם, ולדעה זו הכוונה שמספק לא נוציא ממון ונאמר שלוחו של אדם כמותו וכן מוכח בש"ס ופוסקים וכ"כ **נמו"י** בשם **הר"ן** במפורש, ולפי"ז אם תפס המשאיל לא מוציאים ממנו אפילו לדעה זו ועיקר. **הגר"א** (ו) כתב גם שפסקו כר' יונתן שהסוגיה בכל מקום שלוחו של אדם כמותו וגם שמספיקא דדינא קי"ל להקל. ושגם הרשב"א והר"ן ונמו"י כתבו שהולכים לקולא ובנדרים להחמיר.

שעבד עצמו ואח"כ החליפו שלוחו: **החת"ס** חידש שספק הגמ' הוא דווקא בשלא השתעבד הבעלים אלא רק רצה לשלוח שלוחו לעסוק במלאכה עם השואל, אבל אם הבעלים השתעבד למלאכה ואח"כ החליף עצמו בשלוחו בהסכמת השואל הוי שאלה בבעלים שמשתדל כן מחמת השעבוד של עצמו ולא גרע מהשקיני מים.

שלוחו כשמשאל עצמו לא דיבר עם השליח אלא רק ציווה שיעשה שליח: **השבות יעקב** כתב שבוזה אפילו לרמ"א אינו שאלה בבעלים.

עבד: השו"ע: "אמר לעבדו הכנעני: צא והשאל עם פרתי, הרי זה שאלה בבעלים, שיד העבד כיד רבו".

הרמב"ם כתב שאם נשאל העבד שלא מדעת רבו אינה שאלה בבעלים. **מ"מ** - פשוט שאין בידו לחוב לרבו ולכן בגמ' נאמר "אמר לעבדו צא והישאל עם פרתי" דווקא שאמר לו. ונפסק **ברמ"א**. **סמ"ע** (יא) - ולא תאמר שגם לזה מיקרי ידו כיד רבו.

הנתיבות (ב) כתב שמשמע מהלשון: "נשאל לו העבד בלא דעת רבו" שאם שאל העבד מדעת רבו הוי שאלה בבעלים. **ותוס'** הוכיחו שלא הוי שאלה בבעלים רק במקום ששאל הבעל ושלח עבד במקומו, אבל כששאל העבד לבד עם הפרה הוי כשואל ב' פרות. וכן מוכח **בשו"ע** (שמ ו) שהוצרך לטעם יד עבד כיד רבו ולא כתב הטעם משום שהוי שאלה בבעלים. לכן נראה שכאן מדובר כגון ששאל את בעל הפרה ונשאל העבד מעצמו לעשות מלאכת רבו במקומו, שאפילו בזה לא הוי שאלה בבעלים, אבל אם שאל העבד לבד, לא הוי שאלה בבעלים אפילו הוא מדעת רבו. וכ"כ **רעק"א** שפירוש הרמ"א כתוס', והוסיף שאם השאל עבד מאחר ואח"כ השאל פרה לאחר ואמר לעבד צא והשאל שאינו שאלה בבעלים שכאן לא שייך יד העבד כיד רבו שראובן אינו רבו, ואפילו לטור ודעימיה ששלוחו כמותו לעניין שאלה בבעלים מ"מ עבד גרע שאינו בר מצוה, כך מראה מסוגיים וראשונים. אמנם **הלח"מ** דייק מהרמב"ם שמשמע שמדעתו הוי שאלה בבעלים ודלא כתוס'. וכן הגר"א (י-יא) סבר שזו מח' בין הרמב"ם לתוס', והרמב"ם למד מסוגיה שם שלא אומרים יד עבד כיד רבו אלא מדעת הבעלים ולכן לא הקשו "יד עבד כיד רבו" אלא על הסיפא ולא על הרישא.

גדול הסמוך על שלחן אביו: **החת"ס** כתב שבנו הסמוך על שולחנו הוא ספיקא דדינא ככל שליח שאינו יכול להוציא מהמוחזק, שאין לומר שיד בן הסמוך על שלחן אביו כיד אביו כעבד שהרי"ף הוסיף יד עבד כיד רבו שעבדו כגופו דמי כו'. וכ"כ **שבות יעקב** שאבא של המשאל אינו נחשב אלא כשלוחו והוי ספיקא דדינא והמע"ה.

סעיף ז

שותפים ששאל אחד מחבירו, הוי שאלה בבעלים.

שותפים ששאל אחד מחבירו: פסקו **טושו"ע:** "שותפים ששאל אחד מחבירו, הוי שאלה בבעלים". **הב"י** אמר שדין זה פשוט. והטור לא דיבר בשאלו זה מזה שהוא כבר נתבאר בטור ויובא בסעי' ח: "השאלני ואשאלך..." **הסמ"ע** (יב-יג) כתב שבהשאלני אפילו באינם שותפים הוי שמירה בבעלים לחד מ"ד בש"ה ו וב"י י ודלא כמ"מ וכס"מ. וכאן שאחד שאל מחבר מדובר אפילו ששאל לצורכו שאינו צורך השותפות, שתמיד הם יחד בעסק השותפות ובלשון הטור "שכל אחד ואחד במלאכת חברו". הגר"א הביא מקור **מב"ב מב:** "דאמר שמואל: השותפין... נעשים שומרי שכן זה לזה". **ובמגן:** "אמאי? שמירה בבעלים היא! אמר רב פפא, דאמר ליה: שמור לי היום ואני אשמור לך למחר".

בעל ששאל מאשתו: **הטור** כתב שגם השואל מאשתו הוי שאלה בבעלים כי האישה במלאכת בעלה. **הב"י** כתב כמקור **ב"מ צו.** "בעי רמי בר חמא: בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי? - אמר רבא: לפום חורפא שבשתא. מה נפשך, אי שואל הוי - שאלה בבעלים היא, אי שוכר הוי - שכירות בבעלים היא". **רש"י:** "שאלה בבעלים היא - שהיא עמו תדיר במלאכתו, והיא נשאלת לו תחלה, משנשאה". **ובשו"ע** לא הביאו.

אשה ששאלה מבעלה: **הנמו"י** כתב שהבעל דווקא כשהוא מתעסק במלאכת אשתו הוי שאלה בבעלים אבל כשלא אם שאלה ממנו כלי ונאנס בידה חייבת. ומוכח **בירושלמי** וכ"פ **הרמב"ם** ואע"פ **שהראב"ד** חלק האחרונים הסכימו לרמב"ם. אמנם סיים שאם שברה כלים פטורה מכוח התקנה.

סעיף ח

האומר לחבירו: השאלני היום ואשאלך למחר, אינו שאלה בבעלים.

ב"מ פא. "ת"ר: שמור לי ואשמור לך, השאלני ואשאלך, שמור לי ואשאלך, השאלני ואשמור לך - כולן נעשו שומרי שכן זה לזה. ואמאי? שמירה בבעלים היא! - אמר רב פפא: דאמר ליה שמור לי היום ואשמור לך למחר". נחלקו המפרשים בפירוש הגמ' אבל לכו"ע מוסכם שאשאלני היום ואשאלך למחר אינו שאלה בבעלים וכ"פ **השו"ע**. כ"כ **סמ"ע** (ז) שבסימנו השו"ע לא נכנס למח' ואת המח' ביאר בסימן שה. **הסמ"ע** (יד) - רצה לומר שלא פטור, אבל מ"מ אינו עליה אלא כשומר שכן ובסימן שה ו.

סעיף ט

שאל מהאשה פרה נכסי מלוג, ונשאל לו בעלה: או אשה ששאלה פרה לצורך נכסי מלוג שלה ונשאל בעל הפרה לבעלה, לא הוי שאלה בבעלים, משום דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי.

ב"מ צו. "שאל מהאשה ונשאל בעלה, אשה ששאלה ונשאל לבעל, מהו? קנין פירות כקנין גוף דמי או לא? ... אמר ליה רב אחא בריה דרב אויא לרב אשי: בעל - פלוגתא דרבי יוחנן ור"ל... דאיתמר: המוכר שדהו לחבירו לפירות, רבי יוחנן אומר: מביא וקורא, ר"ל אומר: מביא ואינו קורא. ר"י אומר: מביא וקורא, קנין פירות כקנין הגוף דמי. ור"ל אומר: מביא ואינו קורא, קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי". **ב"י** - **ביבמות לו:** נפסק כר"ל. לכן פסקו **טוש"ע**: "שאל מהאשה פרה נכסי מלוג, ונשאל לו בעלה: או אשה ששאלה פרה לצורך נכסי מלוג שלה ונשאל בעל הפרה לבעלה, לא הוי שאלה בבעלים, משום דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי". **סמ"ע** (טו) - שבעל בנכסי מלוג אשתו אין לו אלא פירות כל זמן היותם יחד, ואינו נקרא בעל במלאכתו.

סעיף י

שאל פרה לרבעה או ליראות או לעשות בה פחות משוה פרוטה, או ששאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה, הרי זה ספק, ואין מוציאין מידו.

ב"מ צו. "בעי רמי בר חמא: שאלה לרבעה מהו? כדשיילי אינשי בעינן - ולהכי לא שיילי אינשי, או דלמא: טעמא מאי - משום הנאה, והאי נמי הא אית ליה הנאה? שאלה ליראות בה (שיהא נראה עשיר חשוב, ולא ימשכו בעלי בתים ידיהן ממנו להקיפו באמנה ובאשראי) מהו? ממונא בעינן - והאיכא, או דלמא ממונא דאית ליה הנאה מיניה (שנהנה בבהמה עצמה) בעינן, וליכא? שאלה לעשות בה פחות מפרוטה מהו? ממונא בעינן - ואיכא, או דלמא כל פחות מפרוטה לא כלום היא? שאל שתי פרות לעשות בהן פרוטה (את"ל פחות מפרוטה לאו כלום - הכא), מהו? מי אמרינן: זיל בתר שואל ומשאל - ואיכא, או דלמא: זיל בתר פרות, וכל חדא וחדא ליכא ממונא?".

רש"י הסביר שהספקות הם האם יש להם דין שואל לחיוב אונסים או לא, ואינו קשור לשאלה בבעלים. וכן הסביר **הרא"ש** וכתב שלא נפשטו ולכן לא חייב בהם כדן שואל אבל אם יש שו"פ לשואל חייב בגניבה ואבידה כדן ש"ש הואיל ונהנה. וכ"כ **הרמ"ה**, ואע"ג שלגבי פרה אין שו"פ ואף לענין אונסין אם תפס לא מוציאים ממנו. **ב"י** - ולפי"ז בכל אלה שבבעלים ודאי פטור.

הרמב"ם הביא שהספקות הם לגבי ספק שאלה בבעלים. **המ"מ** כתב שבגמ' לא הוזכר שהספק לגבי בעלים, אלא שסבר שכיון שמוזכר אחרי בעיות אלה בגמ' "שאל אמן השותפין" וכו' שזה כן לגבי בעלים סבר הרמב"ם שגם אלה שלפניו הם לגבי בעלים ולכן גם בהלכותיו הביא קודם את השותפים, ולגביהם פסק שכיון שיש ספק "לפיכך אם מתה אינו משלם ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם".

השו"ע פסק: "שאל פרה לרבעה או ליראות או לעשות בה פחות משוה פרוטה, או ששאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה, הרי זה ספק, ואין מוציאין מידו". **הסמ"ע** (טז) כתב שסתם דבריו כדי לפרש בו איזה פירוש שנרצה. **הש"ך** (ה) העיר שהסמ"ע כתב שהבעיות סיומו בתיקו וזה לא נכון אלא שהם לא איפשטא ויש נ"מ שאם תפס המשאל אין מוציאים מידו אבל אי הוי סלקו בתיקו מוציאים מידו לדעת **הרא"ש** ו**טור** ו**מהרש"ל** (סי' כה ב), ועיין ס"ס שצא לטור). וכ"פ כאן הטור במפורש שאף לענין אונסים אם תפס לא מוציאים ממנו.

הש"ך (ו) למד מדברי הרא"ש והרמ"ה שכשיש שו"פ לשואל חייב בגניבה ואבידה כדן ש"ש, שמשמע מכאן שאין ש"ש חייב בגניבה ואבידה אא"כ שכרו שו"פ.

סעיף יא

שאל משני שותפים ונשאל לו אחד מהם, וכן השותפים ששאלו ונשאל לאחד מהם, הרי זה ספק אם היא שאלה בבעלים אם לאו, לפיכך אם מתה אינו משלם, ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם. ואם פשע בה, יש מחייבים ויש פוטרים.

ב"מ צו. "שאל משותפין, ונשאל לו אחד מהן, מהו? כולו בעלינו בעינן והא ליכא, או דלמא: מההוא פלגא ידיה מיהא מיפטור? שותפין ששאלו (לחרוש קרקע של שותפות) ונשאל לאחד מהן (למלאכתו שאינה של שותפות), מהו? כולו שואל בעינן (שישאל הבעל לכל שואל פרות) - וליכא, או דלמא בההיא פלגא דשיילי מיהת מיפטור?".

הטוש"ע הביא הספק וכתבו שלא נפשט ולכן אם מתה אין מוציאים מספק ואם תפס לא מוציאים ממנו. **ב"י** - פשוט. **הש"ך** (ז) תמה על **הרמ"א** ו**העיר שושן** שסתם כאן כשו"ע ובכמה מקומות הביא החולקים שבבעיא שלא נפשטא לא מועילה תפיסה.

על כמה הספק: **הגר"א** (יד) כתב **שלשו"ע** משמע שאין מוציאים כלום אף לא חצי וכ"מ **בריי"ף וברא"ש** שסתמו, אבל בגירסתנו משמע שהספק רק על פטור בחצי, וחצי ברור שחייב. וכ"כ **הקצות** (ג) בשם **השיטמ"ק**, והוסיף שנראה ששותף

שלו אינו נוטל כלום בחצי שישלם לו השואל כיון שהפטור בא לו מחמת זה שנשאל לו אין שותף חברו מפסיד על ידו. ואף שבחוב מקולקל מה שגבו חולקים בשווה, כאן שהתורה פטרנו מחלק השותף שנשאל לו גובה זה שלא נשאל לו חלקו משלם והשני אינו נוטל כלום מחלקו. וכן בבעיה השניה שותפים ששאלו הספק בגמי' הוא רק בחצי שנשאל אבל בשני ודאי חייב. כ"כ נמו"י וכ"מ בטור, ודברי הרמב"ם וש"ע סתומים שכתבו אם מתה אינו משלם ולא ביארו שהוא בחצי. הפת"ש (ג) כתב שהנמו"י כבר תמה ותרץ שהרמב"ם משום שסיים בבעיה של שני שותפים ששאלו כתב אינו משלם שבו עסוק, וממילא בבעיה הקודמת שאל מן השותפים אינו פטור אלא מחצי. וכ"כ המל"מ שמהרמב"ם אין הכרע אם פטור מכל הפרה שאולי קאי למה שסליק מיניה. והביא הקצות.

פשיעה: הרמב"ם הוסיף שאם פשע בהם השומר משלם. ותמה הטור מה החילוק בין פשיעה לאונס שהרי קי"ל פשיעה בבעלים פטור. המ"מ כתב שאע"פ שפשיעה בבעלים פטור, בדין זה הדבר ספק אם הוא בבעלים או לא, ולדעתו שהפושע כמזיק ולכן אם אין ראיה ברורה לפטורו חייב לשלם. וחלקו עליו בזה. וכ"כ סמ"ע (יח) ונש"ך (ח) שתלוי במח' לגבי פושע ושלטור פשיעה בבעלים כגניבה ואבידה וכדחלקו בסו"ס סו מ. והכרע הש"ך (ט) כפוטרים. הגר"א (טו) כתב שדעת הרמב"ם הואיל והם שני ספיקות לחיוב, דלא כמ"מ שא"כ כל פשיעה בבעלים יחייב.

סעיף יב

מלמד תינוקות, והנוטע לבני המדינה, והמקיז להם דם, והסופר שלהם, כל אלו וכיוצא בהם, יום שהוא יושב בו לעשות במלאכתו, אם השאיל או השכיר לאחד מאלו שהוא עוסק במלאכתם הרי זה שמירה בבעלים, ואפילו פשע בה השומר פטור. אבל הוא ששאל או שכר מהם, חייב, שאינם שאולים לו. ויש אומרים שבזמן הראוי למלאכה, אף על פי שאינם עסוקים בה, לפי שאינו רשאי להשמט מהמלאכה ההיא בכל עת שצריכים לו, הוי לגביהו שאלה בבעלים; אפילו אם צריך לתת לו שכר, מכל מקום מוכרח הוא לעשות לו מלאכתו, מידי דהוה אשותפים ששכרו שכיר חדש או שנה, דבכל שעה הוי שאלה בבעלים לכל אחד מהם.

ב"מ צז. "אמר רבא: מקרי דרדקי, שתלא (נוטע כרמים למחצה), טבחא, ואומנא (מקיז דם), ספר מתא (תספורת) - כולהו בעידן עבדתייהו כשאלה בבעלים דמו".

ראב"ד כתב שהכוונה בזמן הראוי למלאכה ואע"פ שאין עוסק בה, לפי שאין רשאי להשמט מן המלאכה ההיא שהוא שכור לכל בני העיר למלאכה זו בכל עת שהם צריכים לו ולכן בכל עת הוי שאלה בבעלים לכל בני העיר כיון שאם יצטרך לו מחויב לעשות מלאכתו (ובטור - אפילו אם בשכר) וכמו שותפים ששכרו שכיר חדש שכיר שנה דבכל שעה הוי שאלה בבעלים לכל אחד מהם. וכן הסכימו **הרא"ש** ו**טור** וכ"כ הנמו"י בשם אחרונים. אמנם מהרמב"ם לא נראה כן שכתב "ביום שהוא יושב בו לעסוק במלאכתו" אז הוי שמירה בבעלים. ושם הוא שאל או שכר מהם חייב שאינם שאולים לו. **השו"ע** הביא הרמב"ם בסתם ודעת שאר הראשונים כ"א ונראה שהלכה כסתם.

הסמ"ע (יט) הסביר שמדובר בשנים ששכרו בשותפות שכיר לחודש שיהיה שכיר למלאכת שניהם לעשות לכל אחד מלאכת עצמו במה שצריך לו, ואין הכוונה שותפים בדבר אחר ושוכרים שכיר חודש לעשות להם בדבר ההוא שא"כ לא דומה לשתלא וכו' שהרי שם בני המדינה אינם משותפים בו יחד כלום. **הגר"א** (יח) הדגיש שלא התבעינו אלא בנשאל לאחד מהם, וכאן הרי נשכר לשניהם.

הגר"א (יז) כתב שה"א ראיתם **מצו**: שאישה לבעלה תמיד נחשבת שאלה בבעלים אע"פ שאינה עוסקת תמיד אלא שמחויבת תמיד. ומטעם זה פטר **הראב"ד** שאשה ששברה כלי בעלה פטורה משום ששכיר לה כל שעה. והרמב"ם כתב כירושלמי שדוקא היא שכורה לבעלה אבל הבעל לא אלא בשעה שמתעסק בצרכיה וה"ה כאן.

הנתיבות (ג) הקשה, שבסעי' טז בבעל בנכסי אשתו משמע שאפילו בשעה שאינה עוסקת, וכ"כ **הסמ"ע** (כו). וכן בשותפין בסעי' ז משמע שהוי שאלה בבעלים אפילו בשעה שאינו עוסק? ונראה שדוקא בשתא סבר הרמב"ם שצריך עוסק במלאכתו דווקא שבעוסק במלאכת אחר סבר הרמב"ם שלא הוי שאלה בבעלים, והטעם שהרי בשותפים אומרים ברירה שבשעה שהשותף הזה צריך לו הוי כשלו לגמרי ע"י ר"ן וממילא כאן כשהאחר צריך לשתלא הוי כשכיר לו כולו לזמן ההוא ולא הוי שאלה בבעלים בזמן ההוא למישהו אחר, ולכן ממילא אפילו כשאין אחר צריך לו לא נקרא משועבד לשואל כיון שאם אחר היה צריך לו באותו זמן לא משועבד לעסוק בשל חבירו הוי בעלים עימו. והחולקים סברו כמו **בשיטמ"ק** כאן שאף בשעה שעוסק במלאכת האחר נקרא עמו במלאכתו משום שבשעה שעוסק במלאכת האחר יש טובה לכולם שנעשה פנוי מעסקיו שיוכל לעסוק במלאכת השואל אח"כ, וממילא הוי כעוסק במלאכת כולם אף כשאינו עוסק רק במלאכת האחר. ולכן אף שאינו עוסק כלל במלאכה מ"מ מחויב הוא לעסוק במלאכה, וזה שכתב הראב"ד שדומה לשותפים ששכרו שכיר חודש. לפי"ז הסמ"ע אינו מובן שמה פשוט לו יותר בשותפים ששכרו מבשתלא, הרי שתלא ג"כ הוי כמו שותפים בהשכיר שנה. ולדברנו שפיר ששותפים ששכרו שכיר לעסוק תמיד במלאכת השותפים יחד שודאי הוי בבעלים לכל אחד שהרי עוסק במלאכת כל השותפים וה"נ אפילו אם השתלא עוסק במלאכת אחרי דומה ג"כ לעוסק במלאכת כולם כיון שהוא צורך לכולם שהרי נעשה פנוי מעסקיו ומשועבד כל שעה לעסוק במלאכת כולם וכשיטמ"ק.

סעיף יג

הרב השונה לתלמידיו, אם הם צריכים ללמוד עמו בכל מסכתא שירצה הוא, ואף אם התחילו מסכתא אחת יכול לשנותה לאחרת, אז הוה הם כשאלים לו, שהם עמו במלאכה, ואם שאל מהם הוה שאלה בבעלים. ואם הוא צריך ללמוד עמהם בכל מקום שירצו, אז הוא נשאל להם. ואפי' שלא בשעת הלמוד, כיון שצריך ללמוד עמהם בכל עת שירצו. ואם הדבר תלוי בשניהם, שהמסכתא שהתחיל יגמרו, ואין הרב יכול לשנות המסכתא שלא מדעת התלמידים, ולא התלמידים בלא דעת הרב, אז אינם שאלים זה לזה כלל. ולפני המועדים, שדרך לדרוש לעם הלכות המועד, הוא נשאל להם. הגה: וכן הדין בשליח צבור עם קהל שלו, דאם הקהל אינן יכולין להשמט ממנו הם כשאלין לו; ואם הוא אינו יכול להשמט מהן, הוא נשאל להן (בית יוסף בשם הרשב"י).

ב"מ צו. "אמרו ליה רבנן לרבא: שאל לן מר! אקפיד, אמר להו: לאפקועי ממונאי קא בעיתו? אדרבה, אתון שאילתון לי. דאילו אנא מצי אישתמוטי לכו ממסכתא למסכתא, אתון לא מציתו לאשתמוטי. ולא היא, איהו שאל ליה ביומא דכלה, אינהו שאילו ליה בשאר יומי". **רש"י:** "רבנן. בני בית מדרשו: שאל לן מר. רבינו נשאל לנו למלאכתנו ללמד לנו תורה שיושב ומלמד לנו תורה כל היום ואם נשאל ממנו בהמה ומתה ניפטר: אתון שאילתון לי. למלאכתי שכשני חפץ להתחיל במסכתא אחרת שלא תשכח ממני אין אתם יכולים למחות בידי: ביומא דכלה. כשדורשין לפני הרגל בהלכות הרגל דלא מצי לאשתמוטי למילתא אחריתא".

הטושו"ע פסקו ע"פ **הרא"ש** הרב השונה לתלמידיו אם הם צריכים ללמוד עמו בכל מסכתא שירצה ואף אם התחילו מסכת אחת יכול לשנותם ממסכת למסכת אז הוה הם כשאלין לו שהם עמו במלאכתו ואם שאל מהם הוה שאלה בבעלים. ואם הוא צריך ללמוד עמהם בכל מקום שירצו אז הוא נשאל להם, ואפילו שלא בשעת הלימוד כיון שצריך ללמוד עמהם בכל עת שירצו. ואם הדבר תלוי בשניהם שהמסכת שהתחילו יגמרו ואין הרב יכול לשנות המסכת. בלא דעת התלמידים ולא התלמידים בלא דעת הרב אז אינן שאלים זה לזה כלל ולפני המועדים שדרך לדרוש לעם מהלכות מועד הוא נשאל להם. **הנתיבות** (ד) כתב שמדובר דווקא במלמד בחינם (עי' מקור חיים תכט א בטעמו).

הרשב"ץ בשליח צבור השכור לצבור שאינם יכולים להשמט ממנו בשעת התפלה אם שאל מהם בשעה ההיא הוה שמירה בבעלים ופטור, ואם הם שאלו ממנו ביום ההוא פטורים שגם הוא אינו יכול להשמט מהם. ופסקו **הרמ"א** בלשון אם הוא שאל להם ואם הם שאלים לו. **הנתיבות** (ה) כתב שבש"ץ שעת התפילה הכוונה בזמן הראוי להתפלל וכמו בשותפים ושתלא שבזמן הראוי למלאכה הוה שאלה בבעלים כיון שמחויב לעסוק אבל אחר תפילה אינו משועבד לעסוק. וכן בקהל עם הש"ץ בזמן התפילה כיון שאינם יכולים לסלקו ומחויבים לשמוע ממנו הוה כתלמידים עם הרב.

הסמ"ע (כ) שדווקא בהוה נשאל להם כתוב שזה אפילו שלא בשעת הלימוד כיון שצריך ללמוד עמהם בכל עת שירצו, אבל בהם נשאלים לו לא כתב שהוא בכל שעה, וכן ברמ"א בש"ץ השאל להם זה נחשב כל היום אף שלא בשעת התפילה ובהם שאלים לו זה רק בשעת התפילה. ונראה הטעם שברב וש"ץ העושים פעולת הלימוד והנגינה דתפילה נראה בהם הפעולה יותר ולכן נחשבים פועלים ועמהם במלאכתם יותר.

סעיף יד

שאלה בבעלים ושכרה שלא בבעלים, פטור, שהשכירות תלוי בשאלה. אבל אם שכרה בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים, או שאלה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים, או ששכרה בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים, כל אלו ספק שמירה, בבעלים הוא. הגה: וי"א דאם שכרה בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים מקרי שמירה בבעלים (טור סי"ו בשם הרא"ש).

ב"מ צח. "בעי רבי אבא בר ממל: שאלה בבעלים (וקודם שהחזירה) שכרה שלא בבעלים (ונגבהאבדה בימי שכירות), מהו? מי אמרינן: שאילה לחודה קיימא, ושכירות לחודה קיימא (וכדבר אחר ואע"ג שכשמשך מעיקרא בבעלים היא ושוב לא משך חייב שבשעת שכירות ברשותו היתה ולא מחוסרת משיכה וקנתה חצו באמירה וקניין אחר ושלא בבעלים הוא). או דלמא: שכירות בשאלה מישך שייכי, דהא מיחייב בגניבה ואבידה (כל חיובי שוכר ישנם בשואל ולא הוסיף כלום ומחמת משיכה ראשונה באו לו והיא היתה בבעלים ופטור)? **את"ל** שכירה בשאלה מישך שייכי, שכרה בבעלים שאלה שלא בבעלים (ומתה כדרכה), מהו? שאלה בשכירות - ודאי לא שייכא (חיוב אונסין ודאי לא בא מחמת משיכה ראשונה שהרי חיוב שאלה אינו שייך בשכירות והחיוב מחמת קניין שלא בבעלים בא), או דלמא כיון דשייכא במקצת (שחיוב גניבה ואבידה יש לתלות במשיכה ראשונה) - כמאן דשייכא בכולה דמי (ופטור אף באונסין)? **את"ל** לא אמרינן כיון דשייכא במקצת כמאן דשייכא בכולה דמי? שאלה בבעלים ושכרה שלא בבעלים, וחזר ושאלה (שלא בבעלים), מהו? הדר אתיא לה שאלה לדוכתה (והולך בתר משיכה ראשונה שהויה בבעלים), או דלמא אפסיקא לה שכירות ביני וביני (סמ"ע כד - לומר פעמים שכירות שייכא בשאלה ושאלה בשכירות לא אומרים)? שכרה בבעלים ושאלה, וחזר ושכרה, מהו? מי אמרינן: אתיא לה שכירות לדוכתה, או דלמא אפסיקא לה שאלה ביני וביני? - תיקו". **התוס'** **והרא"ש** גרסו בבעיא שנית את"ל כיון דשייכא במקצת כמאן דשייכא בכולה דמי. **רש"י** כתב שלא יודע להעמיד גירסתם ולכן לא גרס

כך. והם הקשו שלגרסתו לא מובנת הבעיה הרביעית. **הרמב"ם** כתב בשלש האחרונות שעלו בספק, הסבירו **המ"מ** ו**ב"י** שגרס רק בראשונה את"ל, וכ"פ **שו"ע**.

הרא"ש כתב שלפי הגאונים שכל את"ל פשיטות לבעיא ראשונה, רק השני בעיות האחרונות עלו בתיקו ולכן בהם לא מוציאים ממון מהשואל. וכ"פ **הטור והרמ"א**. **הב"י** תמה שאין דרכו של הרא"ש לפסוק כגאונים הנ"ל, וכתב כאן הדין לדברי הגאונים וליה לא סבירא ליה אלא לדידה כולם ספקות ואפילו הראשונים וכ"כ **הטור ברמזים** בקיצור פסקי הרא"ש.

הש"ך (ו) כתב שבטור נכתב "ואי תפס מפקינן מיניה" ו**הב"י** ו**ב"ח** כתבו שהוא ט"ס וצ"ל "לא מפקינן מיניה" כבסעי' יא ואחריהם תקנו הטור. ונראה שאדרבה הוא מכוון, כי הנך בעיות סלקא בש"ס בתיקו וכבר כתב **הרא"ש** שבמקום שעלה בתיקו לא מועילה תפיסה וכמ"ש **הטור** עצמו בשמו, אבל בסעי' יא לא עלתה בתיקו. אך מצאתי בטור קלף ישן נושן "לא מפקינן מיניה" וכן העליתי בתקפו כהן שאין לחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא לדעת הרא"ש והארכתי.

סעיף טו

יש אומרים שאם שכרה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים, הוה שניה בבעלים כמו הראשונה; אבל אם ראשונה שלא בבעלים ושניה בבעלים, אין הראשונה גוררת את השניה להיות שלא בבעלים.

תוספות דייק מזה שהתביעא הגמ' הנ"ל שאלה בבעלים שכרה שלא בבעלים, משמע אבל שכרה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים פשוט ששכירות שניה נמשכת אחר הראשונה. ואם תקשה שבצו: לגבי בעל בנכסי אשתו אם שוכר או שואל הוה שהגמ' מנסה להסביר שהבעיא בשכר ממנה לפני חתונה ואח"כ התחתן, מקשה הגמ' "ומאי שנא דאי שואל הוה דאתי שאלה בבעלים מפקעא שכירות שלא בבעלים, אי שוכר נמי הוה - תיתי שכירות בבעלים תיפוק שכירות שלא בבעלים!" אי"כ רואים שהשכירות השניה מבטלת הראשונה ודלא כנראה מפה? ותרץ שגז"כ הוא שבכל מקום שיש בעלים בראשונה או בשניה פטור. וכ"פ **טוש"ע** שבשני המקרים פטור, יוצא שאם השני בבעלים מפורש בגמ' בצו: ואם ראשון בבעלים מדויק מהגמ' בצו: ולשון הטור שבשומרים הולכים להקל.

הסמ"ע (כה) הדגיש שהחידוש כשהתחלה לא היתה בבעלים שלא תאמר כיון שצריך תחילת שכירות או שאלה בבעלים ואם לא הוה אע"פ שאח"כ בשעת שבירה ומיתה הוה בבעלים חייב כסעי' ב כך גם כאן הכל כשכירות אחת ובהתחלה לא היה בבעלים, קמ"ל כיון שכלו ימי שכירות הראשונה הוה כשכירות חדשה והוה בבעלים ופטור. ואע"פ שאם הראשון בבעלים ושניה לא אומרים שהכל נחשב שכירות אחת ופטור זה משום שבשומרים הולכים להקל.

בדרכי משה הביא **רשב"א** ששומר שקיבל אחריות סתם דנים בקל שבאחריות ולא קיבל עליו אונסים ויכול לומר החזרתי במיגו דנאנסו. והביא כאן כי נובא מהסברה שבשומרים הולכים להקל.

סעיף טז

בעל בנכסי מלוג של אשתו, אפילו פשע בהם ונאבדו, פטור, שהיא עמו במלאכתו.

ב"מ צו.: "בעי רמי בר חמא: בעל בנכסי אשתו שואל הוה או שוכר הוה? - אמר רבא: לפום חורפא שבשעתא. מה נפשך, אי שואל הוה - שאלה בבעלים היא, אי שוכר הוה - שכירות בבעלים היא. אלא, כי קמבעיא ליה לרמי בר חמא - דאגרי מינה פרה וחדר נסבה, שואל הוה או שוכר הוה? שואל הוה - ואתיא שאלה בבעלים מפקעא שכירות שלא בבעלים, או דלמא שוכר הוה, ושכירות כדקיימא קיימא. ומאי שנא דאי שואל הוה דאתי שאלה בבעלים מפקעא שכירות שלא בבעלים, אי שוכר נמי הוה - תיתי שכירות בבעלים תיפוק שכירות שלא בבעלים!" ע"פ זה פסקו **טוש"ע** "בעל בנכסי מלוג של אשתו, אפילו פשע בהם ונאבדו, פטור, שהיא עמו במלאכתו" הטור הוסיף בין אם הוא שואל או שוכר או שומר, ואפילו שאולים או שכורים בידו קודם שנשאה שלא בבעלים ואח"כ נשאה מאותה שעה חשוב בבעלים ונסתלק הראשון שלא היה בבעלים.

הסמ"ע (כו) כתב שאפילו שאל ממנה בשעת שאינה עוסקת עמו במלאכתו פטור, כיון שהיא מוכנת ועומדת לעסוק במלאכתו תדיר, משא"כ איפכא כשהיא שואלת ממנו שמחשב כאילו שאלה מאחר ואינה פטורה אא"כ שאלה ממנו בשעה שעוסק במלאכתה.

הנתיבות (ו) כתב שמה שלא כתבו הטעם שהוה כלוקח משום שיש נ"מ בסילק עצמו מפירות ומירושה שאז לא נחשב לוקח מ"מ פטור משום שמירה בבעלים.

סעיף יז

אשה ששאלה ואחר כך נשאת, הרי הבעל כלוקח ואין לו דין שומר; לפיכך אם הדבר השאול בהמה ומתה, הבעל פטור אף על פי שהוא משתמש בה כל ימי שאלתה, אפילו פשע, מפני שהוא כלוקח. הגה: אבל לא מיפטר מטעם שמירה בבעלים, דהא אין החפץ שלה רק שאול בידה (ד"ע מדיוק הטור). וכן גזלן שהפקיד או השאיל דבר הנגזל, אף

על פי שהיה במלאכת השואל, חייב שואל באונסין, דלא מקרי שאלה בבעלים אלא בבעל החפץ עצמו (מרדכי ר"פ הגוזל בתרא). והאשה חייבת לשלם כשיהיה לה ממון (וע"ל סי' תכ"ד ס"י). ואם הודיע את בעלה שהיא שאלה, הרי זה נכנס תחתיה. הגה: ודוקא שנשתמש בה לאחר שהודיעתו (טור ס"ך בשם הרמב"ם פ"ב דשאלה), או שקבל עליו להיות הוא השואל (שם בשם הראב"ד).

ב"מ צו: "בעי רמי בר חמא: בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי?... אלא, כי קא מיבעיא לרמי בר חמא כגון דאגרא אייהי פרה מעלמא, והדר נסבה. ואליבא דרבנן דאמרי שואל משלם לשוכר - לא תיבעי לך, דודאי שאילה בבעלים היא. כי תיבעי לך - אליבא דרבי יוסי, דאמר: תחזיר פרה לבעלים הראשונים - מאי, שואל הוי או שוכר הוי? אמר רבא: בעל לא שואל הוי ולא שוכר הוי, אלא לוקח הוי, מדרבי יוסי ברבי חנינא. דאמר רבי יוסי ברבי חנינא: באושא התקינו: האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה - הבעל מוציא מיד הלוקחות".

נחלקו הראשונים בגדר פטור לוקח: (1) הרמב"ם (שאלה ב יא) פסק שאע"פ שהבעל משתמש בה כל ימי שאלתה אפילו פשע בה פטור מפני שכלוקח. כ"פ ראב"ד רמב"ן רשב"א ר"ן נמו"י והשו"ע.

(2) התוס' (צו: 'בעל בנכסי) והרא"ש (ח ג) כתבו בשם ר"י שהבעל שהוא כלוקח הוי כשומר חנים וחייב בפשיעה. הרא"ש וטור הוסיפו שלגבי בעל אין נ"מ שכן הוי פשיעה בבעלים, אלא נ"מ לדין שבסעיף הבא כלוקח ל"י יום שחייב בפשיעה.

הנתיבות (ח) העיר שאף שהרא"ש (כתובות ח ז) פסק בהכניסה לו פרה שאין לה בה אלא הפירות, שצריך למוכרם לקחת בדמיהן קרקע והוא אוכל הפירות, וא"כ אם נתנה לו רשות להשתמש בפרה, לכאוי נראה שהוי שואל גמור ולא לוקח. אך נראה שמ"מ פטור, שרשות בעלמא השאילה לו, כיון שהמעות שייתן לה לקנות בהן קרקע ג"כ יהיו שלו, שהרי מתקנת אושא נקרא לוקח גם על הגוף והוי ככולו שלו, וזהו כוונת הגמ' שבעל לוקח הוי מתקנת אושא. ונראה שאם סילק עצמו מהפירות לא הוי לוקח רק על הגוף והיא השאילה לו הפירות דמי לשני שותפים שאחד יש לו קניין הגוף ואחד קניין הפירות ושאל בעל הגוף מבעל הפירות ודאי שהוי שואל על שווי קניין הפירות (ע' בחידושי לש"ס שישבתי קושית תוס' ב"מ צו: 'בעל בנכסי').

פטור שאלה בבעלים - הדרכי משה העיר שלטור בתחילתו משמע שאין כאן שאלה בבעלים לפטור הבעל כי הבהמה לא שלה. וכ"פ הרמ"א.

קושיה - הסמ"ע (כח ופרישה יט) תמה שמהמשך הטור מוכח שגם בכה"ג הוי פטור מפשיעה מכוח שמירה בבעלים. והטעם שאם הפטור רק מצד שהוא לוקח היה חייב בפשיעה כש"ח וכלוקח ל"י יום בסעי' הבא, ואם משום שמירה בבעלים לחוד בכה"ג שאין לו עסק עם האשה אלא עם המשכיר היה חייב ולכן צריך הטעם שלוקח הוא. והתוס' והטור כתבו דין לוקח ל"י יום על דין הבעל כלוקח, ולא רק על נכסי אשתו של עצמה אלא אף על פרה ששאלה ונשאת כתבו כן. הש"ך (יב) תמה עליו שגם את הרמ"א אפשר להסביר כוותיה שמשום שמירה בבעלים לחוד לא נפטר אם לא הוי כלוקח ונ"מ בגזלן שהפקיד וכו'.

תירוץ - א. הגר"א (כא) הסביר שהטור כתב "מפני שהוא כלוקח" רק על דין נגנבה, ופשע פטור משום פשיעה בבעלים, אלא שנמשך אחר לשון הרמב"ם ור"ל שבזה אין מח' אבל ר"י כתב נ"מ כלוקח ל"י יום. ומ"מ דברי הרמ"א נכונים כמ"ש המרדכי שבהמשך שלא שייך פטור שמירה בבעלים כיון שאין לו קשר למשאל וכמ"ש בסוגיא שאלבא דרבנן דווקא הוי שמירה בבעלים אבל לר"י לא הוי שמירה בבעלים ועי' רש"י. ודברי הרא"ש וטור שכתבו שיש כאן פטור משום שמירה בבעלים צע"ג.

ב. הסמ"ע כתב שהטושו"ע סברו כר"י והרא"ש שהבעל כלוקח וחייב בפשיעה, ויש חילוק בין אם שאל הפרה כל ימי חיותה דהפרה דאשה (כמ"ש טושו"ע שמא טור ח-ט שו"ע ו באמר לו השאילני בטובך) שבכה"ג פטור הבעל אף בפשע בה ונגנבה משום לוקח ולא משום פשיעה בבעלים כיון שהפרה עכ"פ אינה שלה ומזה דברו השו"ע ורמ"א כאן וטור בסעי' כ (שנחשב הבעל בפרה כלוקח לעולם שפטור מפשיעה), אך בשאלה לזמן כגון ל"י יום שבכה"ג אף שהוא לוקח חייב בפשיעה שלא עדיף מלוקח ממש לזמן (גם הוא לוקח מהאשה רק לזמן כי אח"כ צריך להחזירו לבעלים, ואם היה משאל ממנה היה פטור מטעם פשיעה בבעלים) וכר"י וטור בסעי' כא.

הקצות (ד) העיר בשם בנו: (1) בשאלה כל ימי חיותה דפרה - בזה אין שום חיוב כלל אף בפשיעה שלא בבעלים כיון שאין שום זכות למשאל וכמ"ש בנמו"י (ב"מ ס. בדפ"ה) אם נאמר שאין המשאל יכול לקחת שלא בשעת מלאכה כשאמר לו השאילני בטובך אין חיוב אונסין כיון שאין שום זכות למשאל. ובסמ"ע (שמא יח) לגבי השאילני בטובך כתב שאין המשאל יכול לקחת שלא בשעת מלאכה, א"כ אין שום חיוב כלל אלא בשברים. (2) בשאלה כל ימי חיותה דאשה - נראה שזה לא עדיף מלוקח לשלושים יום שמה לי לוקח לשלושים יום או כל ימי חיותה דאשה כיון שסופו לחזור לבעלים חייב בפשיעה וצ"ע.

הש"ך הקשה על דבריו שטושו"ע סברו כרא"ש ושבשאלה ל"י יום הבעל חייב בפשיעה אף שהוא כלוקח שלא עדיף מלוקח זמן - שלא מסתבר, שכיון שהוא לוקח אינו שומר של המשאל רק של אשתו ופטור מפשיעה לדעת הרא"ש וטור שהוי שמירה בבעלים ואין טעם כלל לחלק בין שאלה הפרה כל ימיה לזמן ולא דמי ללוקח בהמה ל"י יום שהוי שומר של משאל שאינו עמו, וכן מוכח במפורש בדבריהם שלעניין בעל בנכסי אשתו לא נ"מ מידי והוצרכו לדחוק שיש נ"מ בדברי

ר"י בלוקח בהמה ללי יום ואם איתא היה להם לפרש כפשוטו שני"מ בשאלה ללי יום ונישאת. אלא ודאי פשוט שהבעל פטור בכל עניין, כך נראה בדעתם, וברמ"א אם סבר כמותם.

ג. הש"ך כתב שדברי הרא"ש וטור צ"ע שאיך אמרו שמשום שמירה בבעלים פטור הרי אמרו בגמ' שלר' יוסי שקי"ל כוונתה במה שאמר תחזור פרה לבעלים הראשונים לא שייך כאן שמירה בבעלים שהיו כמי ששאל מבעלים הראשונים והביאו זאת הרי"ף והרא"ש שם וא"כ אף שהסיקו שהבעל כלוקח הוי מ"מ לדברי ר"י שמ"מ ש"ח הוא א"כ בפשיעה חייב שכשומר של בעלים הראשונים הוא להתחייב בפשיעה. ודוחק גדול לומר שדווקא בשוכר שהשאל אמרו כן לר' יוסי משא"כ כאן. ונראה שסברו שמה שאמרו בגמ' שלא הוי שמירה בבעלים היינו לפני שאמרו שבעל לוקח הוא, אבל אחר שהסיקו שלוקח הוא א"כ אף לר' יוסי אין לבעל דין עם הבעלים הראשונים כלל רק עם האישיה והוי שמירה בבעלים אך אינו עיקר אלא נראה שלר"י אף למסקנה שלוקח הוי לא הוי שמירה בבעלים וחייב בפשיעה (ועיין מעדני מלך באריכות). וכן משמע מפשט דברי תוס' שהביאו דברי ר"י על הסוגיה שהבעל חייב בפשיעה וכן משמע **בנמו"י** (בהמשך) שלתוס' חייב כאן בפשיעה וכן משמע במפורש מלשון **האגודה** שכתב על הגמ' פרי"י שומר חנם הוא חייב בפשיעה וכן בלוקח בהמה וכו' אלמא שלא הוי שמירה בבעלים והיינו מטעם הנ"ל וכ"כ **בהגהות מימוני** שהר"י חלק על הרמב"ם ומחייב בפשיעה כש"ח ומשלם למשכיר לר' יוסי שאמר תחזור פרה לבעלים ראשונים. ונראה שגם הרמב"ם סבר כן שלא הוי שמירה בבעלים אלא שסבר שאפילו שומר חנם לא הוי אלא לוקח ממש והיינו שכתב ואפילו פשע מפני שהוא כלוקח משמע משום שהוא כלוקח פטור אפילו פשע וכ"כ הנמו"י שהוא לוקח ואין עליו חיוב כדן שומר כלל ופטור אף בפשיעה וכן דעת הראב"ד ודעימיה אע"פ שלא אמרו כן בתוס'. א"כ דברי הרמ"א ברורים שפטור מטעם לוקח ולא מטעם שהוי שמירה בבעלים. רק שלפ"ז צ"ל שס"ל לרמב"ם ודעימיה שכיון שהוי לוקח א"ע אף ש"ח לא הוי ואיך סתם בסעי' יח כשו"ע שלוקח בהמה ללי יום הוי ש"ח והלא בתוס' מבואר שלמדו כן מדברי ר"י שסבר שבשאלה ונישאת הוי ש"ח וצ"ל שסבר הרמ"א שגם הרמב"ם מודה בלא ולא אמר הרמב"ם אלא בבעל בנכסי אשתו שהוי לוקח גמור כל ימיה דאשה וגם הרי שכשתמות הרי הם שלו לגמרי למפרע א"כ הוי כלוקח גמור משא"כ בלוקח ללי יום.

ד. **הט"ז** הסביר אחרת את דברי הרא"ש בהסבר ר"י, שבעל פטור מפשיעה אף במה ששכרה היא מעלמא כיון שלא הוי עליה דבעל אלא שם לוקח בנכסי אשתו וכאן שאין הבהמה שלה אזל ממנו שם לוקח ולכלל שומר לא בא מעולם לכן לא שייך עליו כלל שם ש"ח, אך אם היתה הבהמה שלה פטור מפשיעה בלא טעם שלוקח הוי ובין אם הוי שוכר ושואל פטור שהוי שמירה בבעלים. א"כ דברי ר"י שש"ח הוי לא באו ללמד דין לגבי בעל שהוא פטור בכל גווני כדכתבו הרא"ש וטור במפורש, מ"מ נ"מ במק"א בלוקח ללי יום שהוי כש"ח. וזה כוונת השו"ע "מפני שהוא כלוקח" ר"ל אם הבהמה של אשתו אז היה עליו שם לוקח נמצא שעתה שאינה של אשתו אין לו שום שייכות כלל לבהמה ואף ש"ח אינו, משא"כ בלוקח ללי יום שהוי באמת לוקח. על זה כתב הרמ"א שאינו נפטור מטעם שמירה בבעלים כמו שפטור בנכסי אשתו ממש מטעם זה כבסעיף טז, שכאן לא שייך שמירה בבעלים כיון שהבהמה של אחרים. ומ"ש הסמ"ע שגם בפרה ששכרה היא מאחר שצריך לטעם פשיעה בבעלים הוא תמוה ואינו מחויב וגם בלא"ה אין דברים מובנים.

ה. **הנתיבות** (ז) כתב לתרץ מה שכאן כתב שפטור אף בפשיעה ובסעי' יח כתב שהוי שומר חנם, שבלא"ה קשה מניין שלוקח ללי יום הוי ש"ח אף בלא קיבל שמירה, הרי בעיני דווקא בשומר שיאמר שמור לי כמ"ש בסימן רצא ב. ועוד מאי שנא משותפים שכתב הש"ך (קעו טז) שאף שומרי חנם אינם מטעם שלפעמים זה שומרו ולפעמים זה שומרו ולעולם האחריות על שניהם ומשמע מדבריו שאף במקום שלא הוי שמירה בבעלים פטור מטעם שלא הוי שומר כלל (ועי' נתיבות שם טז) ע"כ צ"ל שבמוכר ל' יום יש אומדנא שמוכח שנתנו לו על דעת שמירה, שכלקחו לעשות מלאכתו בביתו ל' יום הוי כהתנה שישמרנו ג"כ, שהרי ודאי לא היתה דעתו שהמוכר ילך עמו לביתו לשמור, וממילא המשיכה שעשה לקניין הוי משיכה גם לשמור, **והרמב"ן** (מלחמות ב"ק לג.) כתב שאם מוכח מענינו שעל דעת שמירה מסר לו, חייב אף בלא אמר שמור לי. משא"כ בשותפים בגוף הבהמה, לא מיבעיא בקנו מאחר שבשעה שעשו שניהם משיכה לא עשו משיכה רק בשביל קנין לקנותו מהמוכר, והמשיכה לא היתה כלל שיתחייב זה כנגד זה בשמירה, אלא אף בקנה אחד מחבירו חצי הבהמה שיהיה שותף עמו בגופה, מ"מ כיון שלא התנו ביניהם בשעת מקח על חלוקת הזמנים למלאכה ולשמירה, אין אחד יכול לכופ חבירו על חלוקת זמנים, שאולי יטעון השני גוד או איגוד או להשכיר לאחרים כשעומד להשכיר (כמבואר קעא ו), או אולי יעשו מלאכה וישמרו ביחד, ואז אח"כ כשנוטל אחד לשמור או לעשות מלאכתו אינו מוכח מענינו שנוטלו על דעת לשמור חלק חבירו ג"כ, שאולי אינו רוצה רק לשמור חלקו או לעשות מלאכתו עד אחר חלוקת זמנים, שאז באמת נעשה ש"ש שהוי כהשכיר חלקו או שקיבל משמירת חלק חבירו בשכר שיעשה או שישמור האחר בזמנו חלקו. ולפ"ז באשה שהכניסה הבהמה בשעת נישואין ולא הודיעתו שהיא שאולה, כשנוטל אח"כ לעשות מלאכתו סתם, מסתמא לא נעשה שומר עד שיקבל שמירה בפירוש כיון שיכול לכופה לעשות מלאכתו בלא קבלת שמירה, ואם תרצה שתהא הבהמה משומרת תלך בעצמה לשמור, שאשה חייבת בעצמה בשמירת חפצו של הבעלים. ועוד, שהרי הבעל לא הוי אלא ש"ח והבהמה שאולה בידו, ובמקום שמגרע לשמירה ודאי שאסורה למסור לו הבהמה עד שתהא בעצמה אצל המלאכה שעושה עם הפרה (כמבואר רצא כו) שבמקום שמגרע לשמירה אפילו ברגיל להפקיד אסור. נמצא שבתחילת הקנין הקנית לו שתהיה היא בעצמה השומר, וא"כ אף שאח"כ אינה אצל המלאכה, לא מוכח שמקבל לשמירה, כיון שיכול לעשות מלאכתו בלא קבלת שמירה, עד שיקבל בפירוש.

עוד הקשה (ט), כיון שע"י מדובר כאן שלא הודיעתו שאם הודיעתו הרי כתב בהמשך שחייב הבעל באונס, א"כ מה בכך שהחפץ אינו שלה הרי לא נכנס על דעת של חיוב שהרי סבר שהוא שלה והוי בבעלים שפטור ודומה למה שיכול לומר לא קבלתי עלי אלא שמירת דינר כסף (רצא ד). וי"ל שהרי ע"כ מסביר השו"ע בהודיע שהוא חייב ע"כ היינו שהודיעתו בשעת נישואין שהוי כהתנית עמו שאין רצונה להתחתן איתו ולהכניס לו הפירות אלא אם יקבל עליו חיוב באונס, ואינה רוצה להקנות לו הזכות אלא עם החוב. אך אם הכניסה סתם ולא הודיעתו אף שאח"כ קודם שימוש הודיעתו מ"מ כיון שבשעת נישואין הקנתה לו סתם וקיבלה החיוב על עצמה ואח"כ כשישתמש עם הפרה בשלו הוא משתמש לפי המסקנה

שלוקח הוא ועל זה כתב שפיר כיון שהחפץ אינו שלה לא הוי שמירה בבעלים שכשהוא משתמש בפרה הוי משתמש על דעת זה שאינו משתמש בבעלים שהרי הודיעתו שאינו שלה ואינו פטור רק משום שהוי לוקח.

גזלן שהפקיד - הדרכי משה כתב שכאן אין טעם שאלה בבעלים לפטור הבעל כי הבהמה אינה שלה וכעין זה **במרכי** (ב"ק פ"י רמז קמג, מגמרתנו) גזלן שהפקיד לאחר ועמו במלאכתו או שמכר באופן שאין שינוי רשות קונה והאחר הפקיד לאחרים והיה עמם במלאכתם לא נקרא שאלה בבעלים הואיל ולא קנאו שלא אומרים שמירה בבעלים אלא בבעל הממון. וכ"פ **הרמ"א**.

נתיבות (י) - קשה הרי סתם גזילה יאוש בעלים (שסח א), ואף באכלה השני בגזל לאחר ייאוש שפטור מ"אשר גזל" (שסא ו), א"כ מכ"ש כשנאבד, והרי אין החיוב אלא נגד הגזלן ולגביו הוי שמירה בבעלים. וע"כ שידוע שלא נתיאשו הבעלים. וקשה, שע"כ מדובר בלא הודיע שהוא גזול אחרת השני כשנשתמש בו הוי כשואל שלא מדעת, שכל זמן שלא נתיאשו ברשות הבעלים הוא (רצב א) וחייב מטעם גזלן, ואי כשלא נשתמש משיכה אינה קונה בשואל שלא מדעת כבתוס' (ב"מ מא: ד"ה חדא), וא"כ בלא הודיע הרי יכול לומר לא קיבלתי עלי חיוב אונסים כלל שסברתי שהגזלן הוא בעל החפץ והוי בבעלים. אלא מדובר שנשאל לו הבעלים בעצמו והשואל לא ידע מזה שג"כ פטור כמבואר בסעיף ד, והרי נכנס בחיוב שמירת שואל. וקשה, שוודאי אם בשעה שמתה ביד השואל עלה לשווי ד, שגזלן נתחייב רק בדינר (שסב ז), ושואל כיון שעל שעת אונס חייב ודאי שהשואל משלם ד' לגזלן שקנאה בשינוי, וכמו שגוף השברים אף שנתיקרו ושווים יותר מדמי גוף החפץ בשעת גזילה הן של גזלן שקנאם בשינוי כמו כן השבח זה שמשלם השואל שנעשה אחר האונס, שקיי"ל שמשעת אונסין הוא שחייב בתשלומין והרי נולד השבח אחר האונס דהיינו אחר השינוי. ולא שייך לומר בזה כיצד הלה עושה סחורה וכו', כיון שבשעה שעולה הריח הוא שלו ולא של חברו, שכבר קנה לה. ונראה שמ"מ לא הוי שמירה בבעלים כיון שבשעת שאלה לא היה שלו ולא היה מחשב בעליו בשעת שאלה, רק בשעת שבירה נעשה הוא בעליו של החפץ ואין בעיני בעלים בשעת שאלה. ולפי"ז אפילו אם קנה אותו בדמים אחר שהשאל מהבעלים, לא חשיב בעליו עמו.

תשלום האגשה: הרמב"ם וטושו"ע כתבו שהאגשה חייבת לשלם כשיהיה לה ממון, והטור הוסיף לכשתאלמן ותתגרש. **ב"י** - וידוע **מב"ק פז**. שאין לאשה ממון שתוכל לשלם ממנו אלא לכשתאלמן או תתגרש, ואפשר שיהיה לה לפני כן שכופים אותה למכור נכסי מלוג בטובת הנאה והדמים שתיקח תפרע כדאיתא **ב"ק פט**. עיין תכד י. **הסמ"ע** (ל) כתב ששם כתוב שאם יש לה נכסי מלוגוצאן ברזלותוספת על כתובה דא"י חייבת למכור בטובת הנאה, וכאן מיירי באין לה, וסמך על מה שכתב שם וכן משמה **בדרכי משה** (ארוך כ) וגם בב"ק פט. שהקשו על דין חבלה תמכור נכסי מלוג ותתן ותתצו שאין לה ומדפשו למקשן כ"כ שביש לה מחוייבת למכור ולשלם משמע שס"ל בשאר חיובים מחוייבת למכור נכסי מלוג ולשלם שאם לא כן לא היה לו להקשות כ"כ בפשיטות.

הודיעה לבעלה ששאל: הרמב"ם כתב שאם הודיעה לבעל שהיא ששאלה נכנס תחתיה וכ"פ **השו"ע**. **המ"מ** כתב שאין לרמב"ם מקור בגמ' אך סברה נכונה שכיון שכלוקח לא יפה כוחו מכוחה שהרי בא מחמתה וכיון שהודיעה ונשתמש בה חייב ואינו דומה ליורשים (שאלה א ה) שאף שנשתמשו אין חייבים באונסים וכרשב"א (כתובות לד:) ששם ירושה שהיא ממילא ויכולים לומר זכות אב אנו יורשים להשתמש בה שלא בקבלת חיוב אונסים ואפשר ג"כ שרבינו חלק על הדין הנזכר למעלה אלא שהיה לו לבאר שם. **הגר"א** (כד) כתב מקור **מב"מ מב**: שאמרו בנפקד שמסר לאמו "נימא לה לאימיה: זילי שלימי, אמרה: לא אמר לי דלא דידיה נינהו, דאקברניהו" משמע שאם היה אומר לה היתה חייבת וה"ה כאן. עוד העיר על דברי המ"מ **שמהנמו"י** הנ"ל כתב שהבעל הוא כמו היורשים.

אם צריך לקבל על עצמו- הראב"ד העיר שזה בתנאי שקיבל על עצמו בשאלה. **המ"מ** כתב שהרמב"ם חלק וסבר שכל שנשתמש בה אחר ידיעתו הרי הוא כשואל, אך ודאי אם לא נשתמש בה א"א לכופו להיות כשואל ופשוט. וכן הוסיף **הרמ"א** להסביר בשו"ע שנכנס תחתיה דווקא אם נשתמש אחר ידיעתו או שקיבל על עצמו כראב"ד. **הגר"א** (כה) הצדיק את המ"מ שאל"כ צריך לומר שהסוגיה עסקה בלא הודיעתו וא"כ מה התביעה שואל הוי וכו' מדוע יהיה חייב כיון שלא הודיעתו וכגמ' בב"מ הנ"ל.

אבן לרפואה ובגד לחתונה- המהרש"ל (ב"ק ח לא, ש"ך יד) כתב שאם שאלה אבן טוב לרפואה ונגנב פטור הבעל, אך אם שאלה בגד על החתונה לפי כבודה ועשרה מסתמא נוה לבעל וחייב אף באונסים, אבל לא בגד חשוב מערכה אם לא שנושאת ונותנת בתוך הבית.

סעיף יח

לוקח בהמה לשלשים יום, שומר חנם עליה.

תוס' רא"ש הנ"ל וטור כתבו ע"פ ר"י שבעל בנכסי אשתו לוקח הוי, שני"מ לאדם שלקח בהמה לשלושים יום שאינו שואל ולא שוכר שבלשון מקח ומסתבר שהוא שומר חנם. **הסמ"ע** (לא) נימק שהוא לא לוקח גמור לכן הוא כשומר חנם ולא פטור לגמרי.

הגר"א (כו) תמה, שלפי מה שפסק השו"ע בסעי' קודם שבעל שהוא כלוקח פטור גם מפשיעה א"כ כיצד פסק דין זה של התוסי' ורא"ש שהוא כשומר חנם? ועי' ש"ך יב.

הקצות (ה) כתב שנראה שלפי **הרמב"ם** אפילו שומר חנם אינו, שכתב שיש הבדל בין מוכר קרקע לזמן קצוב ובין מקנה אותה לפירות, שהאחרון אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא להרוס או לבנות אבל הקונה לזמן קצוב בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קניין עולם. לפי"ז גם מזיק ממש פטור וכ"ש פשיעה. והתוסי' שכתבו שהוא ש"ח

טפשו שסברו **כראב"ד** שקונה לזמן לא רשאי לקלקל. ותימה **שבשו"ע** ריב ד פסק כרמב"ם וכן **ברמ"א** לא חלק, וכאן כתבו שכלוקח והוי שומר חנם.

השוני ממתנה על מנת להחזיר: הקצות (ו) הביא שהב"ח הקשה שמסתמא התנה על מנת שיחזירו וכיון שאמר כן אפילו הקדישו אינו קדוש כדאמר ב"ב קלו: וא"כ כ"ש נגנבה או נאבדה שחייב, **והרא"ש** כתב שאף באונסים חייב ואע"פ שברשות ירד הוא ביטל את הרשות במה שלא קיים תנאו ועשה עצמו גזלן למפרע. וא"כ ה"ה כאן שכשלא החזירו נתבטל המקח והוי גזלן ששלח בה וכו' שמאי שנא מתנה ומאי שנא מכר וכאן הרא"ש כתב שהוא רק ש"ח וא"כ לא חייב אפילו בגניבה ואבידה וכ"ש אונסים.

הגר"א (כו) הוסיף שאפילו לדעת ר' ישעיה חייב כדן ש"ש וא"כ לפחות גניבה ואבידה! ותרץ שעכ"פ **לשו"ע** אינו קשה שפסק במתנה על מנת להחזיר **כרשב"ם** שאם מתה בתוך הזמן פטור ואפילו מגניבה ואבידה שהוי כשומר חנם קודם זמן חזרתו.

הקצות תרץ שודאי דרך תנאי חייב אפילו באונסים וכרא"ש לגבי מתנה, וכאן לא מדובר בדרך תנאי אלא לקחו לזמן וממילא לאחר שלושים יום חוזר למ"ק ואם נאנס תוך שלושים לא נתבטל המקח למפרע.

סעיף יט

כל אלו החלוקים של שאלה בבעלים נוהגין גם כן בכל השומרים.

מהגמ' **בב"מ צה.-**: רואים שאע"ג ששמירה בבעלים אינו כתוב אלא בשואל ממנו לומדים לכל השומרים ש"וכי ישאל" מוסיף על עניין ראשון, וממילא כל החלוקים שבסימננו שייכים לכל השומרים, וכ"פ **רמב"ם טושו"ע**. **הסמ"ע** (א) ציין שהטושו"ע גם כתבוהו בכל שומר במקומו.

סימן שמז

דין הזיק שור של שואל לשל משאיל או איפכא, ובו סעיף אחד.

סעיף א

שאל פרה בסתם, והזיק שורו של שואל לשורו של משאיל, אפילו אם הוא תם, משלם נזק שלם, שאפילו אם הוזק משור דעלמא צריך לשלם, דמסתמא צריך לשומרו שלא יזיק ושלם יוזק. ואם קבל עליו שמירתו שלא יזיק, אבל לא שלא יוזק, והזיק (שורו) של שואל, תם משלם חצי נזק, ומועד נזק שלם. ואי אזקיה תורא דמשאיל לתורא דשואל, והשאלה היתה בסתם, בין תם בין מועד פטור. ואי אזיק לתורא דעלמא, שואל בעי לשלומי, שעליו מוטל לשומרו שלא יזיק. ואם קבל עליו לשומרו שלא יוזק אבל לא שלא יזיק, והזיק לשורו של שואל, משלם לו המשאיל, תם חצי נזק, ומועד נזק שלם.

ב"ק יג: "דת"ר: כשהזיק חב המזיק - להביא שומר חנם והשואל, נושא שכר והשוכר, שהזיקה בהמה ברשותן, תם - משלם חצי נזק, ומועד - משלם נזק שלם... היכי דמי? אילימא דאזקיה תורא דמשאיל לתורא דשואל, לימא ליה (משאיל לשואל): אילו אזיק (שורי) בעלמא (שור של אדם אחר) בעית לשלומי את (שהרי שמירתו עליך), השתא דאזקיה לתורא דידך בעינא לשלומי? אלא דאזקיה תורא דשואל לתורא דמשאיל, לימא ליה (בעלים): אילו איתזק מעלמא (שור של אדם אחר) בעית לשלומי כוליה תורא (שהרי שואל חייב באונסין), השתא דאזקיה תורא דידך, פלגא ניזקא הוא דמשלמת לי? לעולם, דאזקיה תורא דמשאיל לתורא דשואל (והוקשה לך הרי על השואל מוטל לשומרו שלא יזיק), והב"ע - שקבל עליו (שומר) שמירת גופו (שלא יזיקנו אחר) ולא קבל עליו שמירת נזקיו (אם יזיק הוא את אחרים)".

הרא"ש כתב שהחידוש שלא יאמר המשאיל אמנם שמירת נזיקין לא קבלת היינו לענין שור של אחר שלא תתחייב בכך אבל אם יזיק שור השואל עצמו מזה צריך הוא לשמור כיון שהוא בביתו קמ"ל. וה"ה איפכא בהזיק שור שואל לשור המשאיל אם קיבל שמירת נזקי שור המשאיל אם יזיק את אחרים ולא שמירת גופו שלא יזיקנו אחר תם משלם חצי נזק ומועד משלם נזק שלם. וכן משמע **בתוס'** רק כתבו שאינו שכיח שמסתמא שואל מקבל עליו שמירה מעולה. וכ"כ **הטור**. ב"י - ופשוט שהרי א"א לומר אילו איתזק מעלמא וכו'. וכ"פ **השו"ע**: "שאל פרה בסתם, והזיק שורו של שואל לשורו של משאיל, אפילו אם הוא תם, משלם נזק שלם, שאפילו אם הוזק משור דעלמא צריך לשלם, דמסתמא צריך לשומרו שלא יזיק ושלם יוזק. ואם קבל עליו שמירתו שלא יזיק, אבל לא שלא יוזק, והזיקו שורו של שואל, תם משלם חצי נזק, ומועד נזק שלם. ואי אזקיה תורא דמשאיל לתורא דשואל, והשאלה היתה בסתם, בין תם בין מועד פטור. ואי אזיק לתורא דעלמא, שואל בעי לשלומי, שעליו מוטל לשומרו שלא יזיק (סמ"ע ד- כפי שהיה המשאיל צריך לשלם, תם חצי נזק ומועד נ"ש, שהרי לא קיבל עליו אלא להיות במקום המשאיל ולהיות חיובו עליו). ואם קבל עליו לשומרו שלא יוזק אבל לא שלא יזיק, והזיק לשורו של שואל, משלם לו המשאיל, תם חצי נזק, ומועד נזק שלם".

אופן הקבלה: **סמ"ע** (ב ה) - קבל שמירתו שלא יזיק אבל לא שלא יוזק, הכוונה אפילו לא פירש דבריו מכיון שמסתמא עליו לשומרו שלא יזיק ושלם יוזק והוא פרט וקבלו עליו שלא יזיק הוי כאילו התנה שלא קיבל עליו שלא יוזק. וכ"מ **ברש"י** האחרון. ולדינא אף אם התנה בפירוש שלא ישמרנו שלא יוזק מ"מ צריך לשלם אם הזיקו שורו תם חצי נזק ומועד נ"ש שהיה לשואל לשמור ששורו לא יזיק שודאי לא גרע שור המשאיל משור דעלמא. וכן במקרה ההפוך קיבל עליו לשומרו שלא יוזק ממילא פירושו שלא קיבל עליו שמירה שלא יזיק.

* **פלפולא חריפתא** אות ע כתב שה"ה לשאר שומרים שכולם נכנסו תחת הבעלים, ונקט שואל משום רישא בהוזק שור המשאיל שאפילו ניזוק מעלמא כיון ששואל חייב באונסים מתחייב השומר נזק שלם.

כגד.

ב"ה יום ב כ"ט אייר ה'תשע"ו

הלכות גניבה

סימן שמח

איסור גניבה ומי נקרא גנב ומאיזה שעה מתחייב, ובו ח' סעיפים.

סעיף א

אסור לגנוב, אפילו כל שהוא, דין תורה. ואסור לגנוב אפילו דרך שחוק, ואפילו על מנת להחזיר או כדי לשלם תשלומי כפל או כדי לצער, הכל אסור, כדי שלא ירגיל עצמו בכך.

1. אסור לגנוב דכתיב "לא תגנבו" (ויקרא יט, יא) שהוא נאמר על גונב ממון, ואפי' כל שהוא דחצי שיעור אסור מהתורה. (ב"י בשם ה"ה, סמ"ע א).

2. אסור לגנוב אף בצחוק, ואפי' על מנת להחזיר, או כדי לשלם תשלומי כפל או לצער – כדי שלא ירגיל עצמו לכך. **ב"מ סא:** "לא תגנבו דכתב רחמנא למה לי? לכדתניא: לא תגנב – על מנת למיקט, לא תגנב על מנת לשלם תשלומי כפלי". הבי"י פירש דברי הטור שיע"מ להחזיר היינו ע"מ למיקט האמור בשי"ס. אולם, בדבריו נקט את שניהם, ולכן כתב הסמ"ע (ב) שכוונתו אפי' גונב כדי להשתמש ולהחזירו בעין.

האם איסור זה מדאורי' או מדרבנן? חת"ס (חיד' ב"מ סז), **מנחת חינוך** (מצוה רכד א) **וחוט המשולש** (חלק הגר"ח מוולאז'ין אות יז) – דקדקו מלשונו של הרמב"ם שהאיסור הוא רק מדרבנן, שלא ירגיל עצמו לכך. **אולם, שו"ע הגר"ז** (גניבה קו"א סק"ב), **העיר שושן** (ס"ב) **וההלכה למשה** (גניבה פ"א י"א) – נקטו שהוא מדאורי', ודרכו של הרמב"ם לנקוט טעמא דקרא.

אימתי מקרי גונב ע"מ לצער? השטמ"ק נקט שאם גונב כדי לצער ואח"כ מחזיר הגניבה – אין בכך איסור, שהרי מעשים בכל יום כך. והגמ' מיירי כשגונב ואינו מכוון להחזיר, אך לא כדי להשתמש בחפץ אלא לצער לבעלים. **אולם, הקצות (א)** הוכיח מדברי הרמב"ם שאף כשגונב ע"מ להשיב אסור, וממילא נראה שאם גונב ואינו מכוון להשיב – הוי גזל גמור.

האם גונב ע"מ לשלם או לצער (להשיב אח"כ) מקרי גנב לעניין חיוב באונסין? הקצות (א) הסתפק בכך, והביא מדברי השטמ"ק שאינו חייב באונסין בכה"ג, אך נשאר בצ"ע.

3. גנב חייב לשלם מהעידית כדין מזיק, ש"ך א.

סעיף ב

כל הגונב אפילו שוה פרוטה עובר על לאו ד'לא תגנבו' וחייב לשלם, אחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון של גוים, ואחד הגונב מגדול או מקטן. הגה: טעות עובד כוכבים, כגון להטעותו בחשבון או להפקיע הלוואתו, מותר, ובלבד שלא יודע לו, דליכא חילול השם (טור ס"ג). ויש אומרים דאסור להטעותו, אלא אם טעה מעצמו, שרי. (מרדכי פרק הגזל בתרא).

1. הגונב אפי' שווה פרוטה עובר על לאו, וחייב לשלם.

2. האיסור לגנוב הוא בין מיהודי או מגוי, בין מגדול או מקטן. **ב"ק קיג.** "אמר ר' שמעון, דבר זה דרש ר"ע כשבא מזפירין: מנין לגזל כנעני שהוא אסור? ת"ל: אחרי נמכר גאולה תהיה לו, שלא ימשכנו ויצא, יכול יגלונו עליו? (ופי' התוס' יטעהו ויתן לו פחות) ת"ל: וחשב עם קונהו, ידקדק עם קונהו! וכו'. דאמר רב הונא: מנין לגזל הכנעני שהוא אסור? שנאמר: ואכלת את כל העמים אשר ה' אלהיך נותן לך, בזמן שהן מסורים בידך, ולא בזמן שאינם מסורין בידך".

האם גזל הגוי אסור מדאורי' או מדרבנן? שו"ע ורמב"ם – אסור מדאורי'. **הש"ך** (ב) **הקשה על הרמ"א** שכאן לא השיג על השו"ע, **אך באבן העזר סי' כח** נקט שאם קידש אשה בגזל גוי – מקודשת, כיון שהחיוב להשיב הגזילה לגוי הוא רק משום קידוש השם! **הנתיבות** (א) כתב ליישב שאע"פ שהאיסור לגזל הוא מדאורי', אך חיוב ההשבה הוא רק מדרבנן. ואע"פ שהחפץ אינו נקנה לו, אך סו"ס הוא נתן לה הנאה, ובשכר זאת מקודשת.

3. **הטעיית הגוי:** י"א שמותר להטעותו או להפקיע הלוואתו, וי"א שאסור להטעותו שהרי אסור לגנוב את דעתו – אך אם טעה א"צ להחזיר לו; כ"כ הרמ"א.

ב"ק קיג. "דתניא: ישראל וכנעני שבאו לדין, אם אתה יכול לזכהו בדיני ישראל - זכהו ואמור לו: כך דינינו, בדיני כנענים - זכהו ואמור לו: כך דינכם, ואם לאו - באין עליו בעקיפין, דברי ר' ישמעאל; ר"ע אומר: אין באין עליו בעקיפין, מפני קידוש השם. ור"ע, טעמא דאיכא קידוש השם, הא ליכא קידוש השם - באין, וגזל כנעני מי שרי? וכו'. **אלא אמר רבא, לא קשיא: כאן בגזילו, וכאן בהפקעת הלואות.** א"ל אביי: עבד עברי - הפקעת הלואותו הוא! רבא לטעמיה, דאמר רבא: עבד עברי גופו קנוי. אמר רב ביבי בר גידל אמר ר"ש חסידא: **גזל כנעני אסור, אבידתו מותרת וכו'.** תניא, ר' פנחס בן יאיר אומר: במקום שיש חילול השם, אפי' אבידתו אסור. **אמר שמואל: טעותו מותרת;** כי הא דשמואל זבן מכותי לקנא דדהבא במר דפרזלא בד' זוזי, ואבלע ליה חד זוזא. רב כהנא זבן מכותי מאה ועשרים חביתא במאה, ואבלע ליה חד זוזא, **אמר ליה: חזי דעלך קא סמיכנא.** **ופסקו הרא"ש והרי"ף שדוקא גזל הגוי אסור, אך הפקעת הלואותו שרי.** וכן פסק כאן הטור. **אמנם, הרמב"ם לא הזכיר בשום מקום שהפקעת הלואותו שרי.**

אמנם, המרדכי שם (רמז קנח) הביא בשם ראבי"ה שאסור להטעות לגוי, שהרי אמר שמואל שאסור לגנוב דעת הגוי וא"כ כ"ש שאסור לגנוב את ממונו. ודווקא כאשר הגוי טועה מעצמו - אמרינן שטעותו מותרת. וכ"כ בקידושין (רמז תצא) שכאשר יורשי הגוי תובעין הלואת אביהם אסור להטעותם דהוי גזל. **המהרש"ל ביש"ש (פ"י סי"ח-כ) נקט שהפקעת הלואותו שרי,** אולם להטעות לגוי בכוונה אסור דהוי כגזל בידים. אך אם הגוי טעה - אינך צריך להחזיר לו או לגלות לו את טעותו. וזו כוונתו באומרו "דרך מקח אסור" היינו שלהטעותו בדרך המקח - אסור.

ועיין מה שכתבנו בזה בסימן שסט, ו.

סעיף ג

איזהו גנב, הלוקח ממון אדם בסתר ואין הבעלים יודעים. אבל אם לקח בגלוי ובפרהסיא, אין זה גנב, אלא גזלן.

1. גנב הוא הלוקח בסתר, ואע"פ שהבעלים יודעים מזה, כיון שהוא מטמין עצמו; סמ"ע (ז). וגזלן הוא הלוקח בגלוי. הנפק"מ היא שגזלן אינו חייב בכפל ובד' וה'.

להרחיב לגבי המקור.

סעיף ד

משעה שמשך הגניבה נעשה עליה גנב. במה דברים אמורים, שמשכה חוץ מרשות הבעלים, אבל כל זמן שהיא ברשות הבעלים אינו חייב עד שיגביהנה. ואם הכניסה לרשותו, אפילו לגגו חצירו וקרפיפו, אם היא משתמרת, חייב, אף על פי שלא משך ולא הגביה. הגה: אימתי גנב חייב בכפל וארבע וחמשה, עיין בפנים, ולא כתב המחבר הזה, לפי שהוא קנס ואינו נוהג האידנא. מיהו יש נפקותא אם תפס, ועיין לעיל סימן א' סעיף ה'.

1. משעה שעשה מעשה קנין - נקרא גנב. לכן אם הגניבה ברשות הבעלים אינו חייב עד שיגביהנה, או עד שימשכנה למקום שמשיכה קונה בו (סימטא, חצר של שניהם), או עד שיכניסנה לרשותו המשתמרת (שקונה מדין חצר, אף בלא הגביה ומשיכה).

אם נכנסה לרשותו וחישב עליה לגזלה - לא קנה, **דאין גזילה במחשבה.** אלא דווקא אם עשה מעשה, כגון שנעל בפניה וכדו'; קצות (ב).

2. השו"ע השמיט את פרטי חיובי תשלומי כפל וד' וה', כיון שאינם נוהגים כיום שאין אנו דנים דיני קנסות. הסמ"ע (י) הביאם:

א. אם הודה מעצמו אינו חייב אלא קרן, ודווקא שהודאתו חייבה אותו בקרן. אולם, אם נתחייב בקרן מחמת העדאת עדים, ואח"כ הודה שמכר או טבח ומכר - אינו נפטר מהכפל ומהד' וה'.

ב. מודה בקנס פטור - דווקא שהודה בפני ב"ד של ג' מומחין, וכשהן יושבים במקומן. לכן האידנא שאין לנו מומחין - אין הודאתו הודאה לפוטרו מקנס.

3. האם מועילה תפיסה לגבי ממון שאין חיובו אלא מכח קנס: הרמ"א - כן, כדעת הרא"ש והטור, שהאדם חייב לשלם את הכפל וכו' אלא שאין לנו כח להוציא זאת ממנו. שו"ע - לא, כדעת הרמ"ה שלא תקנו חכמים לניזק לתפוס אלא כדי נזקו, אך לא כדי להרוויח על ממנו. כמוכא בס"ס שמש. ומכך שהשו"ע השמיט זאת - מוכח שסובר כרמ"ה, כ"כ הסמ"ע (יא) והגר"א (יח).

סעיף ה

תשלומי גניבה, אם יש לו מטלטלים יורדים להם; ואם אין לו מטלטלין אלא קרקעות, יורדים להם וגובין מהעידית שלו, כשאר נזקים.

1. אם יש לגנב מטלטלין – גובין מהם, ואם אין לו אלא קרקעות – יתן לו מהעידית שבנכסיו, כדין שאר נזיקין ששמין להם בעידית. ב"ק ז': "כי אתא רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע מבי רב, פרשוה: כל מילי מיטב הוא, דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתי, לבר מארעא דליתב ליה ממיטב, כי היכי דלקפוץ עלה זבינא".

סעיף ו

מי שגנב והגביה הגניבה, ובא אחר וסייע להוליכה משם, פטור זה השני.

מדובר שהראשון הגביה והגביה וקנאה בהגבתו, והיה יכול לגנבה לבדו אלא שחברו סייע לו, וממילא פטור – שהרי לא נתכוון לגנוב לעצמו אלא לסייע לחברו שכבר גנבה. כ"כ הרא"ש בתשובה (כלל סד, א).

סעיף ז

ראובן שראה שמעון שנכנס לבית לוי וגנב חפץ אחד, ובא אותו חפץ ליד ראובן והחזירו (לשמעון), אין לוי יכול להוציא ממנו בדין. הגה: ודוקא ששמעון יש לו שום טענה נגד לוי, אבל אם אין לו טענה עליהם רק גנבה וזה יודע ראובן, אם החזירה לשמעון הגנב, חייב לשלם ללוי, דהוי ליה להשיב האבידה לבעלים (מרדכי פ' הספינה וכן משמע מתשובת הרא"ש).

גניבה שהגיעה ליד אחר:

1. אם לא הייתה לו יכולת להחזירה לגנב, או שחושש שאם יחזירה יתפוס הגנב משלו, או שאינו יודע בוודאות שהיא גניבה כגון שהגנב טוען שהוא תופסה כדין על ממון אחר שחייבים לו – פטור מלשלם.

2. אם הייתה לו יכולת להשיבה לבעלים, ויודע שהיא גנובה – חייב לשלם לבעלים, ואע"פ שהוא לא גנבה, אך כיון שהיא הגיעה לידו הרי הוא מחוייב בשמירתה מדין שומר אבידה, וכיון שפשע ואבידה בדידים – חייב לשלם. כ"כ הרא"ש בתשובה (כלל קא, ז), והמרדכי (ב"ב סי' תקסד).

3. מה הדין אם הגיעה הגניבה לידו לאחר שנתייאשו הבעלים? נתיבות (ב) – חייב לשלם, דכיון שהיה מחוייב להחזיר החפץ לגנב, והגנב חייב לגנב – נתחייב הנפקד לגנב מדרי' נתן, וממילא לשיטת הש"ך בסי' פו (יד) אינו נפטר בהשבתו לגנב, אלא חייב להשיב לגנב דווקא.

סעיף ח

ראובן תבע לשמעון שנכנס לחדרו וגנב ספריו והוציאם מרשותו, והשיב שמעון: אמת היה שהוצאתים אבל כך היה המעשה שבקשתני קרובתי כלתך להוציאם כי לא יכלה שאתם ולא ידעתי של מי היו וגם לא הגבהתם אך היא הגביהתם ונתנתם לי, שמעון חייב להחזירם, כי מה לו ליכנס לחדרו להוציא הספרים, וניכר הדבר שכיון לסייע לגזול חמיה.

ומה שטוען שהיא הגביהתם ונתנתם לו, מ"מ הרי טוען שהיו כבדים ולא יכלה שאתם, וכיון שלא יכלה להוציאם משם אם לא סייעה, הוה ליה כאילו הוציאם הוא, ויגבה ראובן ממי שירצה, מכלתו שהודית לו שהם ברשותה; ואם ירצה, יגבה משמעון.

הגה: וכן אם הטמין הגנב הגניבה והוצרך לצאת מן העיר עד שאינו יכול להבריא הגניבה, ושלח אח"כ איש אחד להביא לו הגניבה, השליח חייב לשלם, דהוא עיקר הגנב, מאחר שידע שהוא גניבה (מרדכי פרק הספינה).

המראה לחבירו לגנוב או שלחו לגנוב, אין המשלח חייב (ת"ה סימן שט"ו), דאין שליח לדבר עבירה (ד"ע). מיהו אם השליח אינו בר חיובא, י"א דהמשלח חייב (מרדכי פ"ק דמציעא). ועיין בא"ע סימן פ"ו באשה שמכרה או משכנה והבעל אומר שגנבה ממנו.

1. ראובן שסייע לשמעון לגנוב מבית לוי, ושמעון לא יכל לגנוב לבדו, אע"פ שראובן אינו יודע אם שמעון גונב או נוטל את שלו – חייב לשלם ללוי. דכיון ששמעון לא יכל לגנוב לבדו – הוא עיקר הגניבה, ואע"פ

שאינו יודע של מי החפץ, אך חזקה כל מה שבביתו של אדם שלו הוא, וממילא אסור לו לסייע לשמעון להוציא מבית לוי. ואם החפץ נמצא ביד שמעון – יכול לוי לגבות או משמעון או מראובן. כ"כ הרא"ש בתשובה (כלל קא, ז).

2. אם הגנב הטמין הגניבה וברח, ולא יכל לבוא לטלה משם, וממילא לבסוף הייתה נמצאת ומוחזרת לבעלים, ובא אחר ונטלה משם והביאה ליד הגנב – חייב לשלם, דהוא עיקר הגנב, שהרי ידע שהיא גניבה, ובלעדי הייתה חוזרת לבעלים. כ"כ המרדכי בב"ב (תקסד).

הנתיבות (ג) הוסיף שמדובר אף במקרה בו הגנב טוען שהגנב חייב לו ממון אחר כנגדו, אך כיון שבלעדי השליח החפץ היה חוזר לבעלים, נמצא שהשליח הוא הגנב וחייב לשלם. שהרי אם השליח יודע שהחפץ גנב שלא כדין, בלאו הכי חייב לשלם מדינת דסעיף ז, דלא גרע משומר אבידה שפשע בשמירתו.

3. **אין שליח לדבר עבירה, ולכן אם שלח שליח לגנוב – המשלח פטור.** קידושין מב. "שאני התם, דאין שליח לדבר עבירה, דאמרין: דברי הרב ודברי תלמיד – דברי מי שומעים?"; חוץ ממעילה, שליחות יד, וטביחה ומכירה שבהם יש ריבוי מיוחד שיש שלד"ע.

4. **כאשר השליח אינו בר חיובא: רמ"א – חייב, ש"ך – פטור.** ב"מ י: נחלקו רבינא ורב סמא מדוע בחצר יש שלד"ע (למ"ד שחצר משום שליחות), רבינא אמר שאין שלד"ע היכא שהשליח בר חיובא, ואילו רב סמא נקט שאין שלד"ע היכא שלשליח יש יכולת בחירה אם לעשות את העבירה או לא. הרמ"א כאן ובריש סימן קפב נקט להלכה כרבינא, ואילו הש"ך האריך להוכיח שם שהלכה כרב סמא.

5. **כאשר השליח אינו יודע שהוא עושה איסור: מהרש"ל – יש שלד"ע, ש"ך (ו), קצות (ה) – אין שלד"ע.**

ב"ק עט. "נתנו לבכורות בנו וכו' והיה מושכו ומת ברשות הבעלים – פטור, הגביהו או שהוציאו מרשות הבעלים ומת – חייב". **פירוש רש"י** שמייירי שהכהן או השומר משך מבית הבעלים ומתחייב הגנב במשיכתו, **הקשו בתוס'** שאין שלד"ע! ותירצו שכיון שהשליח אינו יודע שהוא דבר עבירה – יש שליחות, שהרי המשלח יודע שהשליח יעשה העבירה, כיון שהוא אינו יודע שזה איסור, וממילא נפל הטעם של "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים?". (מבואר בדבריהם שהבינו שהחסרון בשלד"ע הוא מצד המשלח שחשב שהשליח לא יבצע את האיסור). **וכן פירשו רבינו פרץ ורבינו יהונתן והמהרי"ט, ובשטמ"ק בשם התוס' רא"ש.**

אולם, הנמוק"י דחה פירוש זה מכח ב' קושיות: א. מדוע הגמ' מקשה רק על מ"ד חצר משום שליחות היאך מצינו שליחות לד"ע בחצר, הרי במשנתנו לכו"ע יש שלד"ע כשהשליח לא יודע! ועוד בקידושין מג. רצה שמאי ללמוד מכך שהנביא אומר לדוד על אוריה החתי "ואותו הרגת בחרב בני עמון" שיש שלד"ע, ודוד חייב על מעשה יואב, והרי שם יואב היה שוגג וא"כ לכו"ע בכה"ג יש שלד"ע! **לכן, הוא מבאר את המשנה כפירוש הרמב"ן והרא"ה** שהשומר חייב (ולא הגנב) ומטעם שבמשיכתו את הפרה הוא נעשה שומר לבעלים הראשונים.

המהרש"ל דחה דברי הנמוק"י והכריע שבכה"ג יש שלד"ע. הש"ך מאריך לדחות דבריו ולבסס את דברי הנמוק"י. בדבריו מבואר שהחסרון בשלד"ע אינו מחמת שהמשלח מסופק האם השליח יבצע את השליחות, אלא מחמת שלשליח יש איסור לעשות זאת, ואע"פ שהוא ודאי יבצע אותה. בסוף דבריו הוא מחדש שאע"פ שבתחילה נקטו בש"ס שאין שלד"ע מסברא, אך למסקנא כיון שיש שלד"ע במעילה, שליחות יד, וטביחה או מכירה, א"כ הוי ב' כתובין הבאין כאחד שאין מלמדן, והרי זה גזה"כ שאין שלד"ע בכל שאר התורה כולה, וממילא גזה"כ זו נכונה בכל ענין, אף אם נאמר שלא שייך הטעם של 'דברי הרב ודברי התלמיד'.

הקצות מסכים עם דבריו, והוא מביא הוכחה נוספת מדיני מעילה, שרש"י בקידושין פירש שהחיוב של שלד"ע במעילה הוא רק כאשר השליח והמשלח שגגו, אולם אם המשלח נזכר – חייב השליח לבדו. וקשה הרי כשהשליח שוגג בכל התורה כולה יש שלד"ע, וא"כ מדוע בכה"ג פטור בעה"ב וחייב השליח! אלא ע"כ שאף כאשר השליח שוגג – אין שלד"ע. ואת דברי רש"י בב"ק ביאר שמייירי אף כשהשליח יודע שזה גניבה, ואפי' הכי חייב לשיטת רש"י (בב"מ ח). שכאשר השליח גונב בשבילו ובשביל חברו מהני, מטעם 'מיגו דזכי לנפשיה', ואף כאן כיון שהשומר מתכוון להיות שומר, כיון שחל קניינו לחייב עצמו בשמירה חל הקנין גם להקנות החפץ לגנב (ולא כהבנת התוס' שרש"י מייירי רק כאשר השליח שוגג).

אולם הנתיבות כתב לדחות ראיות הקצות והש"ך, ולקיים דברי התוס' שבכה"ג יש שלד"ע לחייב המשלח.

למ"ד שאין שלד"ע אף בכה"ג האם השליח חייב? דרכי משה, סמ"ע (כ) – כן, ש"ך (ו) – פטור. הסמ"ע כתב בשם הנמוק"י שבכה"ג השליח חייב, הש"ך תמה שהנמוק"י לא כתב כן, ושאלן סברא לחייבו שהרי לא ידע שהוא עושה איסור! הנתיבות (ד) ביאר שהדרכי משה מייירי כאשר השליח נתחייב מדיני שומרים, דכיון שהוא לקח את הגניבה לשומרה עבור הגנב, הוא נתחייב בשמירתה עבור הגנב (כעין 'תחזור פרה לבעלים הראשונים'). וכמו שמבואר בדברי הרמב"ן שהם מקור דברי הנמוק"י. אלא שהנתיבות התקשה דכאן לא שייך לומר כן, שהרי השומר לא מתחייב

בשמירה אלא משעת השימוש (כמו בשואל שלא מדעת) ולא במשיכה לבדה, וא"כ מדוע כאן יתחייב השליח משעת המשיכה, ונשאר בצ"ע.

6. כאשר גונב עבירו ועבור חברו: רש"י – יש שלד"ע, תוס' – אין שלד"ע. ב"מ ח. לדעת רש"י בכה"ג יש שלד"ע מטעם 'מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה', ואילו לדעת תוס' לא נאמר דין זה אלא כששניהם עושים את מעשה הקנין ביחד. **הקצות (ג)** הולך בשיטת רש"י, ומבאר שזהו דין בקנין, שכיון שהקנין חל עבור הזוכה עצמו – הוא חל גם עבור חברו, אך בדברים שאינם קניינים (כגון טביחה) לא מהני. ע"פ זה הוא מסביר גם את דברי רש"י לגבי המשנה בב"ק עט.

7. אם הראה לגנב מפורסם מקום לגנוב ממנו – פטור. תרוה"ד כתב שפטור משום גרמא בנוזקין, ואינו גרמי אע"פ שודאי שהוא יגנוב. אולם, **הרמ"א** כתב שאף אם היה גרמי היה פטור, שהרי מכך שאין שליחות לדבר עבירה, למדנו שאין לראובן אחריות על מעשים שנעשים על ידי שמעון בציוויו, וא"כ כאן שאיננו שלוחו – ק"ו שפטור. **הש"ך** (ה) כתב שאלבא דרמ"א שיש מצבים בהם יש שלד"ע, א"כ הוצרך תרוה"ד ללמדנו שאף במקרים כגון אלו – בכה"ג שאינו שלוחו אלא רק הראה לו – פטור, משום שאין זה גרמי אלא גרמא.

ב"ה יום ד' ב' סיון ה'תשע"ו

סימן שמי

דין אשה ועבד וקטן שגנבו, ובו ה' סעיפים.

סעיף א

אחד האיש ואחד האשה שגנבו חייבים לשלם, אלא שאשת איש שגנבה אם אין הקרן בעין או חלופיו - אין לה ממה לשלם עד שתתאלמן או תתגרש.

1. אחד האיש ואחד האשה שגנבו - חייבין לשלם. משנה ב"ק יד: "והנשים בכלל הנזק". ובגמ' טו. "דבי רבי אלעזר תנא: ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, השוה הכתוב אשה לאיש לכל דינין שבתורה". וכתבו הב"ח והסמ"ע שכיון שכתוב 'איש' למעוטי קטן, הוצרכנו לרבות אשה שלא יבואו למעטה מ'איש'.

2. אשת איש שגנבה, אם החפץ בעין - חייבת להחזירו, וכן חייבת להחזיר את חליפיו, דהיינו אם מכרה אותו קודם יאוש, שנמצא שהדמים שקיבלה לא נקנו לה. אולם, אם מכרה לאחר יאוש, כיון שקנתה את הדמים - נקנו לבעלה והוא אינו חייב לשלם.

אך אם אין החפץ בעין - אינה משלמת עד שתתאלמן או תתגרש. אך כבר עכשיו יכול לירד עמה לדין, ויכתבו לו פסק דין שלאחר שתתאלמן או תתגרש - יגבה ממנה.

סעיף ב

אשת ראובן השאילה לאשת שמעון חפצים, ויצא קול בעיר שגנבו, 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 (וע"ל ס"ו צ"ר).

1. אשה ששאלה חפצים וטוענת שגנבו מרשותה:

א. אם אינו מודה שבאו לרשותו - פטור, דאין הבעל חייב לשלם מה שלוותה אשתו; כ"כ הרא"ש בתשובה (כלל לט, ז).

ב. אם בעלה מודה שהחפצים באו לרשותו, אך טוען שאינו יודע מה קרה להם - צריך לישבע: שו"ע - שאינם ברשותו ושלא שלח בהם יד. טור וסמ"ע - אף שלא פשע בהם.

הרא"ש בתשובה הנ"ל כתב שצריך לישבע שלא פשע, וכן הביאו הטור. הסמ"ע ביאר הטעם מפני שאע"פ שלא קיבל עליו שמירה במפורש, אך כיון שהגיע חפץ של חברו לידו - נעשה שומר עליו, ודוקא אם יגלה דעתו שאינו חפץ לשמור (כגון שיאמר 'הנח לפניך') - לא יתחייב בשמירה. ולכן כתב שהשבעה האמורה כאן היא שבועה דאוי של שומרים. כמו כן, משמע מדבריו ששבועה שאינה ברשותו הו"א דאוי (אף אם לא היה מחויב בשמירה), דכיון שאנו יודעים שהחפץ היה ברשותו א"כ יש ריעותא בטענתו שאינו ברשותו, ובכה"ג משביעים אף בטענת ספק.

אולם, בבדק הבית כתב שכיון שלא קיבל עליו שמירה, אפי' פשע בהדיא פטור. ולכן כתב שמצא בספר 'חזה התנופה' שהשמיט שבועה 'שלא פשע', אלא רק שאינה ברשותו ושלא שלח בה יד. הקצות (ב) הסכים עמו, וכתב שלפי זה צריך לומר שהשבועות הללו הם שבועות היסת מדרבנן, שהרי לא שייכא כאן שבועת השומרים.

ובכל ענין האשה צריכה להשבע שאינם ברשותה, ויכתבו לה פסק דין שחייבת לשלם לאחר שתתגרש או תתאלמן, אך אינה צריכה להשבע שלא פשעה ושלא שלחה בהם יד - דבכל ענין חייבת לשלם, שהרי היא שואלת שחייבת אף באונסין; כ"כ הב"י.

סעיף ג

קטן שגנב, מחזירין קרן לבעלים אם הוא בעין; ואם אינו בעין, פטור אף לאחר שיגדיל.

סעיף ד

עבד שגנב, מחזירין קרן לבעליו אם הוא בעין ; ואם אינו בעין, אין בעליו חייב לשלם.
נשתחרר העבד, חייב לשלם, אם יש לו.

סעיף ה

ראוי לבית דין להכות הקטנים כפי כח הקטן על הגניבה, כדי שלא יהיו רגילים בה. וכן
אם הזיקו שאר נזקים. וכן מכים העבדים אם הזיקו מכה רבה, שלא יהיו משולחים
להזיק.

בי"ה יום ג' י"ג תמוז ה'תשע"ו

סימן שנה

דין הגונב כס בשבת, ובו סעיף אחד.

הקדמה

כתובות לא. "הגונב כס בשבת - חייב, שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור סקילה; היה מגרר ויוצא מגרר ויוצא - פטור, שהרי איסור שבת וגניבה באין כאחד". **ובעמוד ב'** "ודאפקיה להיכא? וכו' דאפקיה לצידי רשות הרבים וכו'. לעולם כר' אליעזר, וכי אמר ר"א צידי רה"ר כרה"ר דמו - הני מילי לענין חיובא דשבת וכו', אבל לענין מיקנא - קני, מ"ט: דהא לא שכיחי רבים. רב אשי אמר: כגון שצירף ידו למטה משלשה וקיבלו וכו'. רבינא מתני: לעולם דאפקיה לרה"ר, וברה"ר נמי קנה".

סנהדרין עג. "אמר רב: הבא במחתרת ונטל כלים ויצא - פטור. מאי טעמא - בדמים קננהו. אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב בששיבר, דליתנהו, אבל נטל - לא. והאלהים! אמר רב אפילו נטל. דהא יש לו דמים ונאנסו - חייב, אלמא: ברשותיה קיימי, הכא נמי ברשותיה קיימי. ולא היא, כי אוקמינא רחמנא ברשותיה - לענין אונסין, אבל לענין מקנא - ברשותיה דמרייהו קיימי, מידי דהוה אשואל".

נחלקו הראשונים בדעת רבא: רש"י, תוס', בעל המאור וכ"כ ה"ה בדעת הרמב"ם - הפטור הוא בכל מצב שהכלים אינם בעין, ואע"פ ששיברם לאחר זמן. **רמ"ה, רמב"ן, ר"ן, תורי"ד** - הפטור הוא דווקא אם שיברם בעודו במחתרת, אולם אם שיברם לאחר זמן - חייב לשלם דמיהם, כיון שגזלן אינו קונה כלל קודם יאוש או שינוי. הרמב"ן הקשה מה החילוק בין שבר לאחר זמן למצב שהחפץ בעין, הרי בשני המקרים שעת חיוב הממון אינה באה יחד עם שעת חיוב המיתה! כמו כן הביאו הרמ"ה והרמב"ן ראיה לדבריהם מדברי רבא בב"מ מג. שגזלן ששבר את החבית משלם כשעת השבירה, דכיון שיש עליו חובת השבה אינו קונה אותה קודם לכן!

ביאור מח' הראשונים:

א. הסמ"ע (ג,ה) והש"ך (א) הבינו שרש"י וסיעתו חלוקים עם הרמב"ן וסיעתו בדיני 'קים ליה'. רש"י ודעימיה סוברים שפטור 'קים ליה' נכון אף במצב בו שני החיובים אינם באים מחמת מעשה אחד, בתנאי ששניהם באים מחמת חפץ אחד, ושחיוב המיתה קודם לחיוב התשלומין. לכן, כיון שבגניבת החפץ התחייב מיתה, אע"פ שחיוב התשלומין נובע מחמת מעשה אחר (השבירה), שייך לומר 'קים ליה' כיון שא"א להתחייב ממון מחמת חפץ שהתחייבת מחמתו מיתה. לעומת הרמב"ן ודעימיה הסוברים שפטור 'קים ליה' שייך רק כאשר שני החיובים נובעים ממעשה אחד. ע"פ הבנתם לא קשה כלל קושית הרמב"ן על רש"י.

ב. פשט הסוגיא נראה שמח' אינה בדיני 'קים ליה', אלא בדיני גניבה. רב סובר שכיון שיש חיוב באונסין - סימן שהחפץ נקנה לגזלן כבר בשעה הראשונה, ואע"פ שהתורה חייבה להשיב את החפץ כאשר הוא בעין, אך זה סוג של תשלום שהתורה חייבה לשלם את החוב באופן הזה. אולם, רבא סובר שכיון שיש דין 'והשיב' סימן הוא שהחפץ לא נקנה לגזלן, ולכן כאשר הוא בעין הוא מחייב אותו להשיב אע"פ שנתחייב בנפשו. אולם, גם רבא מודה שקנין הגניבה מתחיל משעה ראשונה, אלא שהוא מעוכב חלות - מחמת 'והשיב' - עד פקיעת חובת ההשבה, וכאשר פקעה חובת ההשבה החפץ נקנה לגזלן, כעין קנין מתמשך. לכן, שייך לומר על זה 'קים ליה' שהרי כשהתחיל הקנין נתחייב בנפשו; **כך צ"ל לשיטת רש"י וסייעתו.** אלא שא"כ מדוע כאשר יתבריה או שתייה משלם כשעת השבירה? צריך לומר שהחיוב הוא על העמקת הגניבה, שהרי עד עכשיו יכלת להשיב את החפץ ולתקן בכך את הגניבה (כאילו היא לא נעשתה), ועכשיו היא נעשתה מוחלטת ושוב א"א לתקנה, נמצא שקנין הגניבה התחיל בשעה הראשונה ונסתיים עכשיו.

לעומתם אומרים הרמב"ן וסייעתו שאכן לדעת רב החפץ נקנה בשעה ראשונה בכל ענין, שהרי רב פוטר אף כאשר החפץ בעין; אולם לדעת רבא חיוב האונסין אינו מלמד על קנין החפץ, שהרי יש חיוב 'והשיב', וכיון שיש חיוב להשיב - סימן שהגזלן לא קנה. ממילא גם אם יאבדו לאחר זמן, הקנין יחול באותה שעה שאיבדו מהעולם, ועל אותה שעה א"א לומר שנתחייב בנפשו ולפטור מדין 'קים ליה'. **או שנאמר** שאף הם מודים שקנין החפץ מתחיל משעה ראשונה, אלא שאפי' הכי חייב מדין 'מזיק', כיון שרק מחמת ששיבר את החפץ והזיקו - נפטר מחובת השבתו ונקנה לו, וא"כ אפשר לחייבו על המעשה של עכשיו מדין מזיק. כך ביארו ה'קובץ שעורים' (ב"ק אות יד, משפט כהן סי' קלא, הרב מרדכי).

ג. קצות - את שיטת רש"י וסייעתו צריך לבאר כמו שכותב בעל המאור, שאף רבא מודה שכאשר אמרין 'קים ליה' פקע חיוב ההשבה מדאורי, וממילא הגזלן קונה את החפץ משעה ראשונה. ונחלקו האם מדרבנן יש חיוב השבה על הגזלן כאשר החפץ בעין. אולם, כאשר לא אמרין 'קים ליה' אף הם מודים שהחפץ אינו שייך לגזלן, שהרי יש עליו חיוב 'והשיב' מדאורי, אא"כ נעשה בו שינוי וכדו' שאז פוקעת חובת ההשבה, ומאותה שעה החפץ נקנה לגזלן.

מאידך הרמב"ן וסייעתו סוברים שרבא חולק וסובר שאף אם פקע חיוב 'והשיב' מכיון שיש 'קים ליה', החפץ אינו נקנה לגזלן, שהרי 'קים ליה' הוא רק פטור מתשלומין ואינו עושה קנין. ונמצא שיש ביד הגזלן חפץ שאינו שלו ואינו חייב להשיבו, אך הבעלים יכולים לבוא ולקחתו שהרי בעלותם לא פקעה, והווי כמו פקדון שטורח ההשבה מוטל על הבעלים.

כך גם סובר ה**נתיבות (א)** שכתב שבכה"ג הגזלן אינו קונה אף בשינוי, כיון שכל הדין ששינוי קונה נלמד מהפסוק 'והשיב', וממילא כאשר אין חיוב השבה – שינוי אינו קונה.

סעיף א

יש גנב שפטור מלשלם, ואיזה זה שבא עם התשלומין חיוב מיתה, כגון הגונב כיס בשבת ולא הגביהו ברשות הבעלים אלא היה מגררו ומוציאו מרשות הבעלים לרשות הרבים ואבדו שם, הגה: אבל אם אבדו אחר כך חייב, וכל שכן אם עדיין הוא בעין שחייב להחזירו (טור והמ"מ פ"ג דגניבה בשם י"מ ורמ"ה והרמב"ן ז"ל). וי"א שאם אינו בעין בכל ענין פטור מלשלם (המגיד פרק ג' דגניבה ובשם רש"י והרמב"ם), הרי זה פטור מתשלומין, שאיסור שבת ואיסור גניבה והיזק באים כאחד. אבל אם גנב כיס בשבת והגביהו שם ברשות היחיד, ואחר כך הוציאו לרשות הרבים והשליכו לנהר, חייב לשלם, שהרי נתחייב באיסור גניבה קודם שיתחייב באיסור סקילה; וכן כל כיוצא בזה.

1. הגונב כיס בשבת באופן שחיוב שבת וקנין הגזילה באו כאחד – פטור מתשלומין, דקים ליה בדרכה מיניה.

אולם, אם אם נתחייב קודם בקנין הגזילה, כגון שהגביה לכיס ברה"י ואח"כ הוציאו לרה"ר – חייב לשלם, דבכה"ג לא נאמר 'קים ליה'; או מפני שחיוב הגזילה ואיסור שבת לא באו כאחד, או מפני שחיוב הממון קדם לחיוב המיתה (לשיטת הסמ"ע והש"ך).

2. אם נתחייב קודם באיסור שבת, ואח"כ בא קנין הגזילה? סמ"ע, ש"ך: מח', שלחלק מהדעות פטור מדין קים ליה ולחלק חייב. כמו שנתבאר בהרחבה בהקדמה לסימן. קצות, רעק"א, גר"א – חייב, דאף בכה"ג לא נאמר 'קים ליה', ומח' היא בדיני גניבה ולא בדיני קים ליה.

3. הפטור הוא דווקא כאשר הגניבה אינה בעין, אך כאשר היא בעין – חייב להחזירה.

האם מדובר שהחפץ אבד בשעת הגניבה? **שו"ע**: לא. שהרי נקט לשון הרמב"ם כפי שביארו ה"ה שבכל ענין פטור. **רמ"א**: י"א שכן, אך אם אבדו לאחר זמן – חייב לשלם. כדעת הרמב"ן וסייעתו. י"א שלא כדעת רש"י ותוס' וסייעתם; וכפי שנתבאר בהרחבה בהקדמה לסימן. **הש"ך נקט** שאף הרמב"ן וסייעתו לא חלקו אלא ב'בא במחתרת' שלאחר שיצא מהמחתרת בחיים פקע ההיתר להרגו ושוב אין עליו חיוב מיתה. אולם, בגניבה כו"ע מודו שפטור מלשלם, דכיון שעדיין יש עליו חיוב מיתה – שוב לא יתחייב לשלם מחמת אותו הממון. **והקצות (ב)** האריך לדחות דבריו שפטור 'קים ליה' אינו אלא כששני המעשים באים יחד. **וכן הסכים רעק"א**.

4. כאשר החפץ בעין:

הקצות (ג) נקט שאף כאשר החפץ בעין, אין עליו חובה לטרוח ולהשיב החפץ לבעלים אלא יכול לומר לו 'הרי שלך לפניך'. שהרי כיון שבשעת הגניבה התחייב מיתה, שוב איננו יכולים לחייבו שום דבר נוסף על אותה שעה, וממילא אף את חיוב 'והשיב' איננו מחייבים אותו. אלא החפץ אצלו כעין פקדון, וממילא אינו צריך לטרוח ולהשיבו לבעליו.

הנתיבות (א) הבין כמו הקצות הנ"ל, והוסיף שאף אם יעשה שינוי בחפץ – לא יקנה אותו. כיון שהדין ששינוי קונה נלמד מהפסוק 'והשיב', ונמצא שבמקום שאין דין והשיב, אין את האפשרות לקנות את החפץ.

ולפי מה שהתבאר בהקדמה, לשיטת הקובץ שיעורים ודעימיה דינים אלו אינם נכונים, שהרי נקודת המבט שלהם הוא שלולי דין התורה – האדם לא מצליח לגנוב, ולכן לולי 'והשיב' לא היה יכול לקנות את החפץ, וכן לא היה חייב לטרוח ולהשיב כגזלן. אך כיון שהתורה חייבה בהשבה, היא בעצם אמרה שהצלחת לגזול. אולם, לשיטתם המבט הוא הפוך, שהאדם הצליח לגזול שהרי זאת המציאות שהחפץ אצלך ובשליטתך, ושוב אין שום משמעות לכך שהחפץ היה פעם שייך לגזלן; לכן, לולי דין תורה אפ"י אם החפץ בעין לא היה חייב להשיבו אלא לשלם את דמיו. אמנם, באה התורה ולימדה אותנו שכל עוד החפץ בעין – לא קנית אותו, ולכן יש עליך חובת השבה גמורה. נמצא שאף כאשר אמרינן 'קים ליה' אין זה מפקיע את חיוב 'והשיב' שהרי אין הוא חוב ממוני, אלא מצות עשה להשיב את החפץ, וחיוב זה בעינו עומד. כמו כן, שינוי יקנה אף בכה"ג שהרי כיון שהחפץ השתנה פקעה חובת ההשבה, ושוב אין מה שמעכב את הקנין מלחול.

ב"ה

סימן שג

נשתנה הגניבה ביד הגנב או שנתיאשו בעליה ממנה, ובו ד' סעיפים.

א שינוי השם

סעיף א

נשתנה שם הגניבה ביד הגנב, כגון שגנב טלה ונעשה איל; עגל ונעשה שור, קנאה בשינוי השם, ואין להחזיר אלא דמיה ומשלם כמו שהיתה שוה בשעת הגניבה. וכן כל שינוי כיצא בזה, שאינו חוזר לברייתו; אבל שינוי החוזר, אינו קונה אפילו מדרבנן. ובסימן ש"ס יתבאר איזה שינוי החוזר.

1. שינוי השם שאינו חוזר לברייתו, כגון גזל טלה ונעשה איל, עגל ונעשה שור **קנה**, ואין הגזלן צריך להחזיר את החפץ ואפי' הוא בעין, אלא משלם את דמיו כפי שוויו בשעת הגניבה.

ב"ק סה: "אמר רבי אילעא: גנב טלה ונעשה איל, עגל ונעשה שור - נעשה שינוי בידו וקנאו, טבח ומכר - שלו הוא טובח, שלו הוא מוכר". ר' חנינא חולק וסובר שאין זה בכלל שינוי, ואינו קונה. **הרי"ף, הרא"ש והרמב"ם פסקו כר' אילעא; והביאו ראיה מב"ק צו:** "זה הכלל: כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה. [כל] לאתווי מאי? לאתווי הא דאמר ר' אלעא: גנב טלה ונעשה איל, עגל ונעשה שור - נעשה שינוי בידו וקנאו, טבח ומכר - שלו הוא טובח, שלו הוא מוכר".

אמנם, הגמ' בסה: ממשיכה ואומרת **"מתקיף לה רבי זירא: וניקנינהו בשינוי השם!** אמר רבא: שור בן יומו קרוי שור, איל בן יומו קרוי איל; שור בן יומו קרוי שור, דכתיב: שור או כשב או עז כי יולד; איל בן יומו קרוי איל, דכתיב: ואילי צאנך לא אכלתי, אילים הוא דלא אכל, כבשים אכל; אלא לאו ש"מ: איל בן יומו קרוי איל".

הש"ך (א) הקשה שהרי בגמ' הנ"ל מבואר להדיא שיטלה ונעשה אילי אין זה בכלל שינוי השם, אלא זה שינוי הגוף!! ונקט שאזלינן בתר לשון בני אדם וכיון שבימינו איל בן יומו אינו קרוי איל - הרי זה בכלל שינוי השם. ואת הגמ' יישב שכוונתה שאולי בזמן ר' אילעאי היו קורים לו איל, כמו שמצאנו שבזמן התורה איל בן יומו היה קרוי איל. הנהיבות (א) נקט שהסבר זה דחוק בגמ', שהרי גם בהמשך הגמ' מביאה ראיות מהפסוקים בשאלה האם זה שינוי השם או לא, ומשמע שלא אזלינן בכה"ג אחר לשון בני אדם. לכן, נקט הנהיבות שיש ב' מצבים: א. שינוי השם בלא שום משמעות מעשית - בכה"ג בעינן למצוא מקור בתורה שאין זה אותו שם. ב. שינוי השם שבא מחמת שינוי מעשי (אע"פ שהשינוי המעשי איננו מספיק חשוב כדי להיחשב כשינוי) - בכה"ג סגי שבלשון בנ"א יחשב כשינוי.

ב"ק סו. "אמר רבא: טלאים - כדמעיקרא, דמים - כשל עכשיו". ופירש ר"י שאם השינוי הוא בגוף כגון טלה ונעשה איל וכדו' משלם כדמעיקרא, אולם אם השינוי הוא בשווי (יוקרא וזולא) משלם כשל עכשיו. וכן פסקו הרי"ף, הרא"ש והרמב"ם שמשלם כדמעיקרא כפי שוויו בשעת הגניבה.

2. כל שינוי כעין זה שאינו חוזר לברייתו קנה, אך אם הוא חוזר לברייתו - לא קנה אפי' מדרבנן. **ב"ק צג:** נחלקו אבבי ורב אשי בשאלה האם המשנה דיברה אפי' בשינוי החוזר לברייתו שקונה מדרבנן, וכ"ש שינוי שאינו חוזר שקונה מדאורייתא, כדעת אבבי. או שמא המשנה מדברת על שינוי שאינו חוזר לברייתו, דשינוי החוזר לא קנה, וכן סובר רב אשי. בדף צו: רב פפא פוסק "האי מאן דגזל נסכא מחבריה ועביד זוזי - לא קני, מאי טעמא? הדר עביד לחו נסכא". **הרי"ף והרא"ש פסקו כרב אשי ורב פפא ששינוי החוזר אינו קונה כלל, וכן פסק הרמב"ם.**

ב יאוש

סעיף ב

נתיאשו הבעלים מהגניבה, אינו קונה, וצריך להחזירה. ואם יש עם היאוש שינוי השם שחוזר לברייתו, י"א שקונה ואינו צריך להחזיר אלא דמיה.

1. יאוש אינו קונה. ב"ק סו. מח' רבה ורב יוסף, רבה סבר שקונה והסתפק האם מדאורייתא או מדרבנן, ורב יוסף סבר שאינו קונה אפי' מדרבנן. מסקנת הסוגיא "אמר עולא: מניין ליאוש שאינו קונה? שנאמר: והבאתם גזול את הפסח, ואת החולה, גזול דומיא דפסח, מה פסח דלית ליה תקנתא כלל וכו'. רבא אמר, מהכא: קרבנו - ולא הגזול; אימת? אילימא לפני יאוש, פשיטא, למה לי קרא? אלא לאו לאחר יאוש, **וש"מ: יאוש לא קני, ש"מ**". וכן בדף סה. נחלקו רב נחמן, רב ששת ור' יוחנן לגבי מוכר קודם יאוש אם חייב ד' וה', אך במכר לאחר יאוש כו"ע מודים שחייב, וא"כ מוכח שהם סוברים שיאוש אינו קונה, דאם קונה היה צריך להיפטר דשלו הוא מוכר; וכן פסק הרי"ף שמוכר לאחר יאוש חייב - מוכח שיאוש לא קני.

2. יאוש עם שינוי השם החוזר לברייתו – קונה. כ"כ הטור וכתב שקונה מדאו'. הב"י ציין שמקורו הוא מדברי הרא"ש והתוס' בדף סו: ד"ה מי, וכתב עליו הגר"א (אות ח בליקוט השני) ש"דבריו תמוהין והוא שגגה גדולה דשם לא מיירי ב"אוש כלל ולא בשינוי השם, אלא בשינוי מעשה החוזר וכו'. אמנם, כבר כתבו האחרונים (הגר"א ורעק"א כאן) שמקורו הוא מדברי התוס' בסוכה ל: (ד"ה וליקנייה) שהוכיחו ששינוי השם החוזר בצירוף יאוש קונה, מכך שבב"ק סו: לגבי עורות שמחשבת הגזלן מטמאתן, אע"פ שהגמ' העמידה ב'עיצבא' שאינה צריכה קיצוע, וקונה הגזלן מדין 'שינוי השם' אע"פ שהוא חוזר לברייתו, שהרי אין שם שום מעשה ואפשר מיד לחשוב הפוך! אלא ע"כ הטעם הוא שמלבד שינוי השם יש גם יאוש!

אמנם, רעק"א הוסיף שהרמב"ן ובעל המאור (בפרק הגזל ומאכיל) **חולקים על זה**, וסוברים ששינוי השם החוזר אינו קונה אף בצירוף יאוש!

השו"ע פסק כתוס' והטור שקונה, וכ"כ בסימן שסא, ב.

עין בסימן שסא סעיף ב, בדברי הנהיבות שביאר מנין למד הטור ששינוי השם החוזר בצירוף יאוש קונה מדאו'.

3. קדש אשה בגזל לאחר יאוש: רמב"ם – מקודשת, רא"ש – צריכה גט מספק. הרא"ש כתב שקי"ל שיאוש לא קונה מדאו', אך מדרבנן קי"ל כרבה לחומרא, ולכן אם קידש אשה בגזילה לאחר יאוש – צריכה גט מספק; והביאו הטור. הב"י כתב שחיפוש ולא מצא לשיטתו חבר, ומשמע דאף גט אינה צריכה. הסמ"ע (ג) תמה מדוע הרמ"א לא הזכיר את דעת הרא"ש אפי' בלשון י"א, וכתב שסמך על מה שכתב באבן העזר לגבי קידושי אשה. הקצות (א) תמה שהרי לכו"ע יאוש ושינוי רשות קונה, ואע"פ שיש כאן סתירה מובנית שהרי אינו יכול למכור דבר שאינו שלו, והקנין לא חל אלא לאחר השינוי רשות, א"כ כיצד מתבצע השינוי רשות? על כך עונה הרשב"א (גיטין נה:) שזה מדין 'באין כאחד', וא"כ אף באשה יש שינוי רשות וצריכה להיות מקודשת מדין ודאי אף לדין! וכן פסק הרמב"ם (אישות ה,ז)!

הקצות רצה לתלות זאת במח' הרמב"ם והרא"ש לגבי יאוש לאחר שינוי רשות, שלדעת הרמב"ם קנה, ולדעת הרא"ש ורוב הראשונים – לא קנה. וטעמם של הסוברים שלא קנה הוא מפני ששינוי רשות אינו מהווה מעשה קנין, אלא הוא בסה"כ יוצר את האפשרות ליאוש לקנות, דכיון ש'בהיתרא אתי לידיה' – ממילא היאוש יקנה לו. ונמצא שאם היאוש בא לאחר שינוי הרשות – אינו קונה, דכשבא לידו 'באיסורא אתי לידיה' ובכה"ג יאוש לא קונה (שהרי מסיבה זאת הגזלן עצמו לא קנה אף לאחר יאוש). אולם, לדעת הרמב"ם שאף בשינוי רשות קודם יאוש ואח"כ יאוש – קונה, א"כ מוכרחים לומר שהשינוי רשות בעצמו מהווה מעשה קנין, דומיא דשינוי שם או שינוי מעשה.

ע"פ זה תבואר מחלוקתם: שלדעת הרמב"ם שינוי רשות הוא מעשה קנין, וא"כ שייך לומר שבשעת שינוי הרשות 'באין כאחד', וכביכול הגזלן קנה את החפץ ונתנו לאשה מיד, ונמצא שכסף הקידושין הגיע מיד לידה, ומקודשת מדין ודאי. אולם, לשיטת הרא"ש שינוי רשות אינו מעשה קנין, אך כיון שבהיתרא אתי לידה – מועיל היאוש לקנותו. אך א"א לומר בכה"ג 'באין כאחד' שהרי הוא עצמו אינו יכול לקנותו, שהרי באיסורא אתי לידה! ולכן הרא"ש סובר שאינה מקודשת, ורק כיון שחושש לדעת רבה – הצריך גט מספק!

אלא שלכאף דבריו נסתרים מדברי הגמ' בסו: שהבינה שגזלן יכול להקדיש אע"פ שיאוש כדי לא קני, ואע"פ שלא ידעה עדין ששינוי השם קונה, אלא על כרחך מהני מחמת יאוש ושינוי רשות (כמו שכתבו התוס' סו: ד"ה ש"מ). וממילא צריך לומר שזה מדין 'באין כאחד' דאל"כ היאך חל על זה שם קרבן, הרי אין אדם יכול להקדיש דבר שאינו שלו! וכ"כ שם הרשב"א שהטעם שהקדש חל הוא מדין 'באין כאחד', וא"כ אף הרא"ש צריך להודות לזה. ועוד, שהרשב"א (בגיטין) כתב להדיא ש'באין כאחד' מהני אף בשינוי רשות, אע"פ שהוא סובר כרא"ש שיאוש לאחר שינוי רשות – לא מהני! וממילא חזרנו לקושית הקצות על הרא"ש מדוע שלא תתקדש האשה מדין 'באין כאחד'?! וצ"ע, וה' יאיר עינינו בתורתנו; אכ"י.

ג-ד שינוי רשות

סעיף ג

אם יש עם היאוש שינוי רשות, בין שנתיאשו ואח"כ מכר הגנב בין שנתיאשו אחר שמכר, קנה, ויש חולקין (טור ס"ו בשם הרא"ש ורש"י ומרדכי ר"פ הגזל בתרא וב"י בשם רשב"א) (וע"ל ס' ש"ו) לענין שאין הקונה צריך להחזיר גוף הגניבה אבל מחזיר דמים אם לקח מגנב מפורסם. (ויש אומרים דאין צריך ליתן לו דמים, דקנה לגמרי) (טור בשם ר"י ובשם רש"י ורשב"א). ואם לא היה גנב מפורסם, אינו נותן כלל, לא חפץ ולא דמים, מפני תקנת השוק, כמו שיתבאר בסימן שני.

1. יאוש ושינוי רשות – קונה. כן מבואר בכמה מקומות בש"ס (סוכה ל: , ב"ק סח: , קטו: , ב"ב מד:).

2. אימתי? שו"ע – תמיד, רמ"א – דוקא כאשר היאוש קדם לשינוי הרשות.

ב"ק קטו. באחת האוקימתות למח' רב ור' יוחנן - "רב זביד אמר: כגון שנתיאשו הבעלים ביד לוקח ולא נתיאשו ביד גנב, ובהא פליגי, מר סבר: יאוש ואח"כ שינוי רשות - קני, שינוי רשות ואח"כ יאוש - לא קני, ומ"ס: לא שנא". **הרמב"ם ובעקבותיו השו"ע** פסקו כרב ששינוי רשות עם יאוש לעולם קונה, **אולם הרא"ש, הרמ"ה והרשב"א** פסקו כר' יוחנן שדוקא יאוש ולאחריו שינוי רשות קנה, אך לא להיפך; **וכן פוסק הרמ"א** (אצלנו הוא רק הביא זאת בשם י"א, אולם לקמן בסימן שנו, ג הכריע כדעה זאת).

הקצות ביאר שהטעם שיש צורך שהיאוש יקדם לשינוי רשות הוא מפני שבהיתרא אתי לידיה, דכיון שהבעלים התיאשו קודם שמכרו לו, א"כ החפץ הגיע ליד הלוקח בהיתר ובכח"ג יאוש קונה, נמצא שמעשה הקנין הוא היאוש, והשינוי רשות רק מאפשר לו לקנות. אמנם, אפשר לומר שהשינוי רשות הוא עצמו מהוה מעשה קנין, אלא שאינו מספיק משמעותי ולכן אינו קונה בלא יאוש. לפי הבנה זו אפשר להבין שיש מצב ששינוי רשות יקנה גם כאשר יבוא אחריו יאוש, כיון שבכח"ג היאוש נתן משמעות לשינוי רשות וניתק אותו לגמרי מהמצב הקודם וממילא חל הקנין.

3. האם קנה לגמרי? שו"ע - לא, אלא שאין הלוקח צריך להחזיר גוף החפץ, אך צריך ליתן דמיו. אמנם אם לקח מגנב שאינו מפורסם א"צ לשלם לבעלים מפני תקנת השוק. והש"ך למד אחרת, עיין בסמוך. **רמ"א - כן,** ואין הלוקח צריך לשלם בשום ענין.

נמצא **שאם קנה מגנב מפורסם - אין הלוקח צריך להחזיר גוף החפץ,** שהרי קנאו ביאוש ושינוי רשות. אך צריך להחזיר לבעלים את דמי החפץ. **אולם, אם קנה מגנב שאינו מפורסם - אינו צריך להחזיר את החפץ ולא את דמיו,** מפני תקנת השוק כפי שיתבאר בסי' שנו.

מפשט הסוגיות משמע שיאוש ושינוי רשות קנה לגמרי, וכן פשט הראשונים. אולם, הרמב"ם כתב שהקנין הוא רק שאין צריך להחזיר את גוף החפץ, אך צריך להשיב לבעלים את דמי החפץ. באחרונים מצאנו ג' הסברים לשיטת הרמב"ם: **א. קצות החושן (ב) - שינוי השם ושינוי מעשה יוצרים קנין גמור,** אולם שינוי רשות לא הוי שינוי גמור, לכן אע"פ שהוא מחיל קנין אך הוא יוצר שינוי בקנין, וכיון שיש שינוי בקנין חייב הלוקח לשלם דמים לנגנב. **ב. נתיבות (ג) - יש ב' מבטים על יאוש: א. הפקר לכל,** אלא שאסור לאחרים ליקח אותו מהגנב שהרי הוא זקוק לו לקיים בו מצות 'והשיב'. **ב. יאוש הוא רשות לגנב לקנות,** ע"ד שישלם לבסוף, והוי כמו שינוי בקנין. הרמב"ם הבין לפי המבט השני, ולכן אף הלוקח אינו יכול לזכות בחפץ יותר מהגזלן, וכמו שהגזלן קנאו רק ע"ד שיתן דמיו, אף הלוקח כן. והביא שזו מח' אמוראים האם רשות יורש כרשות לוקח ועיין בדבריו. **ג. ש"ך (ו) - אף הרמב"ם מודה ששינוי רשות קונה לגמרי וא"צ לשלם דמיו,** אלא שבגנב מפורסם כיון שבאיסורא אתי לידיה, שהרי אסור לקנות מן הגנב, א"כ לא הוי שינוי רשות גמור, ולא קנה אלא את גוף החפץ אך לא את דמיו. אולם, כאשר קנה מגנב שאינו מפורסם קנה לגמרי, ואינו חייב לשלם את דמיו, ואין זה משום תקנת השוק כלל; ולא כפשט דברי הרמב"ם שאף בגנב שאינו מפורסם מעיקר הדין היה חייב לשלם, אלא שמפני תקנת השוק פטרנו אותו. עוד הוסיף הש"ך שאף בגנב מפורסם א"צ לשלם אלא את שווי החפץ היתר על מה ששילם, אך מה ששילם לגנב א"צ לשלם שוב לנגנב.

4. קנה מגנב שאינו מפורסם בזול, האם צריך ליתן לנגנב את המותר על מה ששילם? סמ"ע, ב"ח, רמ"א (לקמן שנו, ג) - כן, דהטעם שאינו צריך ליתן דמים לנגנב הוא מפני תקנת השוק, שהרי הנגנב יצטרך להחזיר לו מה ששילם ויאפוכי מטרטא למה ל'. אולם, כשקנה בזול את היתר על מה ששילם אין הנגנב צריך ליתן לו, וא"כ אין כאן 'אפוכי מטרטא' וצריך הלוקח ליתן הדמים היתרים לנגנב. **ש"ך (ה) - לא,** ועיין בסימן שנו, ג כי שם מקור דין זה.

סעיף ד

אין נקרא שינוי רשות אלא במוכר או נותן; אבל אם מת והורישוהו לבניו, לא, דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי. ויתבאר בסי' שס"א. ושם יתבאר עוד אי זה קרא שינוי רשות.

ב"ה

סימן שנד

השביחה הגניבה ביד הגנב, ובו ו' סעיפים.

א-ב שבח

סעיף א

היתה הגניבה ביד הגנב והשביחה מאיליה, כגון כבשה שהיתה מעוברת בשעת גניבה, וילדה; או שהיתה טעונה בשעת גניבה, וגזזה, משלם אותה ואת ולדותיה. ואם אחר יאוש ילדה וגזזה, משלם כשעת הגניבה. הוציא עליה והשביחה, כגון שפטמה, הרי השבח של גנב אפילו לפני יאוש, וכשמחזיר הגניבה נוטל השבח מהבעלים. הגה: וי"א דאפילו שבחה מאליה הוא של גנב, אפי' קודם יאוש, וכל שכן אם גנב כבשה ונתעברה אצל גנב דהשבח של גנב, אפילו תבעוה הבעלים קודם שילדה, הואיל וגנבה ריקנית (טור ס"א בשם הרא"ש והראב"ד).

1. שבח הבא מאליו: שו"ע – אם קודם יאוש הרי הוא של הנגזל, אם לאחר יאוש הרי הוא של גזלן; כשיטת הרמב"ם. **רמ"א** – לעולם השבח הוא של גזלן; כשיטת רוב הראשונים.

ב"ק צג: במשנה "גזל פרה מעוברת וילדה, רחל טעונה וגזזה - משלם דמי פרה העומדת לילד, ודמי רחל העומדת ליגזז. גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה, רחל ונטענה אצלו וגזזה - משלם כשעת הגזלה". ובדף צה. "תנו רבנן: הגזל רחל וגזזה, פרה וילדה - משלם אותה ואת גיזותיה ואת ולדותיה, דברי רבי מאיר; ר' יהודה אומר: גזילה חוזרת בעיניה; רבי שמעון אומר: רואין אותה כאילו היא שומא אצלו בכסף". הגמ' מבארת שטעמו של ר"מ שאע"פ ששינוי קונה לגבי אומן, אך בגזלן קונסים אותו שלא יקנה ויחזיר הכל לנגזל. בדעת ר' יהודה ור"ש, ביאר רב פפא ששניהם מודים ששבח שעי"ג גזילה לגזלן, אלא שלר' יהודה כולו לגזלן דקנאו בשינוי, אולם לר' שמעון הגזלן מקבל רק חלק מהשבח, כמו שנוהגים לתת למקבלי בהמות להשביחן. **הרי"ף והרא"ש פסקו כר' יהודה, וכביאורו של רב פפא. וכן הם דברי הרמ"א.**

האם שבח נחשב 'שינוי'? **רא"ש** – שינוי אף לגבי הבהמה, ולכן כשהשביחה קנה אף את גוף הבהמה, ומשלם דמיה אפי' היא בעי. **בעל המאור** – שינוי לגבי הבהמה, אלא שאינו שינוי גמור כיון שהוא חוזר לברייטו, ולכן מהני רק לקנות את הוולד או הגיזה, אך לא לקנות את הבהמה. **רמב"ן ורשב"א** – לא הוי שינוי כלל, והשבח שעי"ג הבהמה נקנה מכח תקנת השבין. אלא שלאחר הלידה הוי שינוי לגבי הולד או הגיזה, וקונה אותם מדינא.

אולם, הרמב"ם נקט ששבח שהשביחה הבהמה אינו בכלל שינוי, ואף לידה וגיזה אינם בכלל שינוי אף לגבי הגיזות והולדות; וממילא אינו קונה לגזלן. אלא שלאחר יאוש הרי הוא של הגזלן משום תקנת השבים, וכ"כ להדיא בהל' גזילה (פ"ב, ה"ב). ממילא אף כשקונה את השבח, צריך להחזיר הבהמה ושבחה לנגזל, והנגזל ישלם לו את דמי השבח, שהרי בגוף הפרה לא קנה כלום. **השו"ע פסק כרמב"ם.**

הקצות (א) הביא ראייה לשיטת הרמב"ם והשו"ע שלידה וגיזה אינם שינוי אף לגבי הולד, מהגמ' בע"ז מז. "מעיקרא בהמה והשתא בהמה, דשא הוא דאחיזא באנפח".

האחרונים התקשו מניין למד הרמב"ם שיש חילוק בין שבח שקודם יאוש לשבח שלאחר יאוש, הרי בגמ' לא הוזכר חילוק זה בשום מקום! **הראב"ד** בהל' גזילה (פ"ב, ה"ד) הביא מקצת ראייה לדבריו. וכן הגר"א האריך להביא מקור לדבריו. **החזו"א** (ב"ק סימן יז, י) נקט שהוכחתו של הרמב"ם היא מדברי הגמ' 'אנא פטימנא ואת שקלתי' שמשמע שמה שהתפטמה מאליה הוי של הנגזל, ואמאי אין זה בכלל שבח שעי"ג גזילה? אלא על כרחך שקודם יאוש – לא קנה את השבח. כמו"כ נקט בדעתו שלאחר יאוש קונה אף את השבח שהשביח קודם היאוש, וע"פ זה תירץ לקושית המ"מ שהקשה שהרי למ"ד יאוש כדי קני על כרחך הדין ששבח גזילה דגזלן הוי הוא קודם יאוש, וא"כ זה נכון גם למ"ד יאוש כדי לא קני! ותירץ החזו"א שלכו"ע מירי בשבח גזילה לאחר יאוש, אלא שאף למ"ד יאוש כדי קני – לא קנה אלא מכאן ולהבא אך לא לשעבר, ומדין 'שבח גזילה דגזלן' למדנו שהגזלן קונה את כל השבח שהשביחה משעת הגזילה אף קודם היאוש.

בדעת הרמב"ם כתב ה"ה (גניבה א, יא) שכל דבריו לא נאמרו אלא כשגנב פרה מעוברת וילדה, אולם אם גנבה ריקנית והתעברה אצלו – לא. והתקשו בדבריו שהרי בהל' גזילה (שם) כתב הרמב"ם להדיא שאפי' בכה"ג השבח לנגזל! **השו"ע כתב כלשון ה"ה**, וקשה שהרי אף הוא בסי' שסב (ח) כתב דברי הרמב"ם בהל' גזילה: **הש"ך נשאר בצ"ע על שניהם. הלחם משנה כתב ליישב** שה"ה לא כתב כן אלא משום הסיפא של דברי הרמב"ם שלאחר יאוש משלם כשעת הגניבה ואם איתא שנתעברה אצלו קודם יאוש היה צריך לשלם פרה מעוברת, שהרי השבח שקודם יאוש לנגזל, ולכן כתב ה"ה שמייירי כשגנבה מעוברת.

2. נתיאשו הבעלים ואח"כ ילדה הפרה או גזזה: אם גזלה ריקנית: מחזיר הפרה לבעלים, ומחזיק בולד או בגיזות. אך אם גזלה מעוברת או טעונה: משלם לבעלים דמי פרה טעונה או מעוברת. כ"כ הרמב"ם (גזילה פ"ב, ו-ז).

הש"ך (ג) הביא שכ"כ הטור בשם הרמב"ם, אך הקשה שהרי לסברת הרמב"ם כיון שאין זה שינוי - לא קנה את גוף הפרה! לכן חלק וכתב שבכל ענין צריך להחזיר את גוף הפרה. אולם, ברמב"ם כתב להדיא כדברי הטור "משלם דמי פרה העומדת לילד", ולכן צריך לתרץ קושיתו כדברי הט"ז. **הסמ"ע** (ב) כתב שכאשר ילדה לאחר יאוש קנה הגזלן לגוף הפרה אגב ולדה, ולא חילק בשאלה האם גזלה מעוברת או ריקנית. **הט"ז כתב שדברי הסמ"ע הם טעות סופר**, שהרי ברמב"ם מפורש להדיא שלידה וגיזה אין זה שינוי לגוף הפרה; אלא ע"כ הטעם הוא מפני שנתחייב לשלם לו פרה טעונה או מעוברת, וכרגע היא אינה במצב זה, ונמצא שאם יחזיר לו את גוף הפרה עדיין יצטרך להשלים דמים, וק"ל שאינו יכול להכריח הבעלים ליטול השברים ולהשלים דמיהם. אולם, אם הבעלים רוצים שיתן להם את הפרה וישלים דמיה - אינו יכול להחזיק בה. **השו"ע לא הזכיר חילוק זה אלא כתב בסתם "משלם כשעת הגזילה" אך אין הכרח לומר שחולק.**

3. באיזה שבח הבא מאליו מיירי? ש"ך - דווקא שבח שמשנה את הגוף, כגון לידה וגיזה, דדוקא בכח"ג פלגי על הרמב"ם שהיו שינוי או מדינא או מתקנת השבים. אולם, בסתם שינוי שבא מעצמו - לכו"ע לא קנה כלום. **סמ"ע** (שסב, ס"ק ג), **נתיבות (א)**, **ב"ח** - כל שינוי קונה, אפי' שלא משנה את הגוף. **הסמ"ע** שם (יז) כתב שאפי' אם הייתה מעוברת כשגזלה והעובר המשיך לגדול אצלו והחזירה מעוברת - צריך לשלם לגזלן את השבח שהשביח בעודה בידו; והנתיבות שם (ב) חלק עליו שבכח"ג אינו צריך לשלם כלום.

4. שבח הבא על ידי הגזלן, כגון שפיטם את הבהמה והשמינה, אפי' לפני יאוש - הרי הוא של הגזלן; ומחזיר הבהמה ונוטל השבח מהבעלים. הטעם הוא מפני שאומר לו הגנב "אנא פטימנא ואת שקלת?!" (ב"ק סה).

סעיף ב

הגניבה עצמה שהיא ביד הגנב, ולא נשתנית, חוזרת לבעלים בין לפני יאוש בין לאחר יאוש, אלא שלאחר יאוש השבח לגנב, כמו שנתבאר.

נשתנית הגניבה ביד הגנב, קנאה וקנה שבחה, אפילו לפני יאוש, ואינו משלם אלא דמים (הרא"ש). ויתבארו פרטי דינין אלו בסימן שס"ב.

1. יאוש כדי לא קני. כמו שנתבאר בס"י שנג, ב. לכן, אפי' נתיאשו הבעלים, אם לא נשתנית הגניבה והיא בעין - חוזרת לבעלים הראשונים.

2. שינוי קונה, אפי' בלא יאוש (ודוקא שינוי החפץ, או שינוי השם, אך שינוי רשות בלא יאוש אינו קונה; כמו שנתבאר בס"י שנג, ג).

ג-יוקרא וזולא

סעיף ג

גנב בהמה או כלי וכיוצא בהם, ובשעת גניבה היה שוה ארבעה ועכשיו בשעת העמדה בדין שוה שנים, משלם קרן כשעת גניבה. היתה שוה בשעת גניבה שנים ובשעת העמדה בדין ארבעה, אם שחט או מכר או שבר הכלי או אבדו, משלם כשעת העמדה בדין; ואם מתה הבהמה או אבד הכלי מאליו, משלם כשעת הגניבה.

1. הוזלו דמי הגניבה: משלם הקרן כשעת הגניבה.

ב"ק סה. "אמר רב: קרן - כעין שגנב, תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה - כשעת העמדה בדין. מאי טעמא דרב? אמר קרא גניבה וחיים, אמאי קאמר רחמנא חיים בגניבה? **אחייא לקרן כעין שגנב**". ומסקנת הסוגיא שרב דיבר על יוקרא וזולא, ובאופן הבא "כגון דמעיקרא שויה ד' ולבסוף שויה זוזא, קרן - כעין שגנב, תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה - כשעת העמדה בדין".

הרא"ש ביאר שלגבי הקרן לא איצטרך קרא, דכיון שלא מיירי שאיבדו בידים - א"כ אינך יכול לחייבו אלא על מעשה הגניבה, וכמו כן אינו שומר שיתחייב על פשיעתו, וממילא אינו חייב אלא כפי השווי שהיה שווה באותה שעה. אלא, שהתורה באה ללמדנו שדווקא קרן כעין שגנב, אך כפל וד' וה' - לא. ועוד סברא יש בדבר, שהרי בכפל וד' וה' - אי מודה בהו מפרט, א"כ על כרחך א"א לומר שהוא התחייב בהם בשעת הגניבה אלא בשעת העמדה בדין. אלא שהוסיף הרא"ש שיש חילוק ביניהם, שלגבי כפל השעה המחייבת לעולם היא שעת גמר הדין, אולם לגבי ד' וה' השעה המחייבת היא שעת

הוצאתו מהעולם, דהיינו שעת הטביחה והמכירה. ואילו המהרש"ל והע"ש חלקו ואמרו שאף בד' וה' אמרינן שהשעה המחייבת היא שעת העמדה בדין, ולא שעת הטביחה או המכירה.

2. הוקרו דמי הגניבה:

אם איבדה מהעולם מחמת מעשיו, או שמכרה – משלם כפי שוויה בשעת איבוד מהעולם, ואף אם נתייקרה אח"כ קודם העמדה בדין – אינו משלם כפי שוויה בשעת העמדה בדין. ואע"פ שבשו"ע נקט "העמדה בדין" לאו דווקא, והיינו לישנא דש"ס; סמ"ע ו. הע"ש כתב שבמקרה זה משלם את הקרן כשעת הגניבה, והסמ"ע (ח) השיגו שזה נגד המבואר בסוגיית הגמ' ובכל הפוסקים.

אם מתה מאליה או שאבד הכלי מאליו – משלם כשעת הגניבה.

ב"מ מג. "אמר רבה: האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה, מעיקרא שויא זוזא השתא שויא ארבעה, תברה או שתייה - משלם ארבעה, איתבר ממילא - משלם זוזא. מאי טעמא - כיון דאי איתה הדרא למרה בעינא, **ההיא שעתא דקא שתי ליה או דקא תבר לה קא גזל מיניה**, ותנן: כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה. איתבר ממילא - משלם זוזא. מאי טעמא - השתא לא עביד לה ולא מידי, אמאי קא מחייבת ליה - אההיא שעתא דגזלה, **ההיא שעתא זוזא הוא דשויא**".

3. האם גזלן חייב בפשיעה? קצות (ב), נתיבות (ג) – לא, שהרי גזלן אינו שומר (כמבואר בתוס' ב"ק נו: ד"ה פשיטא), וממילא אינו מחויב אפי' פשע בה, וכ"כ הרא"ש כאן להדיא. ומה שאמר השו"ע 'אבדו' היינו בידיים וחייב מדין מזיק. **סמ"ע (ז) – כן,** ומדובר שהגזילה אבדה וסתם אבידה היא פשיעה. שער המשפט ביאר שאע"פ שאינו שומר, אך חייב בפשיעה מדין 'השבת אבידה'. אע"פ שהחפץ לא בא לידו בתורת אבידה כמו שמבואר בסי' שמת, ודברי הרמ"א, שאם בא לידו ממון וידוע שהוא גזול חייב להשיבו לבעליו, ואם לא השיבו חייב לשלם. אמנם, יש לחלק דהתם לא מייירי בגזלן עצמו, אלא בסתם אינשו דעלמא דאע"פ שלא התכוון לקבל החפץ בתור 'שומר אבידה', אך התורה חייבה אותו בכך בעל כרחו. אולם, קשה לומר שהתורה חייבה את הגזלן שמתכוון לגזול החפץ שיהיה שלו – בהשבת אבידה! אדרבא היא חייבה אותו ב'השבת גזילה'! ולכן הרא"ש יכול להודות לדברי המרדכי הללו שפסקם הרמ"א, ואפי' הכי לפטור אצלנו את הגזלן בפשיעה.

4. תשלומי כפל ותשלומי ד' וה':

השו"ע השמיט את הדין של תשלומי כפל וד' וה' לגבי יוקרא וזולא, כיון שהאידנא לא דיינינן דיני קנסות. אולם, הסמ"ע כתבם כיון שיש נפק"מ אם תפס, ועיין בסימן שמח סעיף ד שלדעת השו"ע לא מהני תפיסה.

תשלומי כפל: אם אבדו בידים משלם כשעת העמדה בדין, אך אם אבד מאליו – משלם כשעת הגזילה; **סמ"ע וכן דעת רוב הפוסקים.** אולם המהרש"ל פסק כשיטת ר"י בתוס' שאף אם אבד מאליו משלם כשעת העמדה בדין; ש"ך (ו).

תשלומי ארבעה וחמשה: סמ"ע – משלם כשעת הטביחה או המכירה, ואפי' הוקרו בין טביחה להעמדה בדין – אינו משלם אלא כשעת הטביחה; כ"כ הרא"ש. **מהרש"ל, עיר שושן –** משלם כשעת העמדה בדין. **הסמ"ע (ט)** האריך לתמוה על הע"ש הנ"ל, שברא"ש מבואר להדיא שלא כדבריו; כן תמה על דבריו מסברא, שכיון שטבחו או מכרו קנאו הגנב בשינוי, וא"כ התייקרו ברשותו ומדוע שישלם כשעת העמדה בדין? **הנתיבות (ד)** דחה דבריו שהרי אף כשטבחו ומכרו את הכפל ישלם כשעת העמדה בדין, ואע"פ שקנאו בשינוי בשעת הטביחה! אלא ע"כ כך אמרה תורה שישלם כפי השווי בשעת העמדה בדין, ואין זה משנה אם קנה את החפץ או לא.

ד-כחושה והשמינה

סעיף ד

גנב כחושה והשמינה, או שמינה והכחישה, משלם כשעת גניבה. הגה: והא דגנב כחושה והשמינה משלם כשעת הגניבה, דוקא שהוציא עליה הוצאות, אבל נתפטמה ממילא הוי כאילו הוקרה, ואם שחטה משלם כשעת העמדה בדין (טור ס"ד).

1. גנב כחושה והשמינה או שמינה והכחישה:

אם השביחה או הכחישה מאליה – דינו כבסעיף הקודם לגבי יוקרא וזולא; שאם הכחישה משלם לעולם כשעת הגניבה, אך אם הוקרה: אם היא בעולם משלם כשעת העמדה בדין, ואם אינה בעולם תלוי אם אבדה מחמת מעשיו – משלם כדשתא, ואם מתה מאליה – משלם כשעת הגניבה.

אם השביחה או הכחישה ע"י מעשי הגזלן – משלם כשעת הגזילה. כאשר השביחה יכול לומר 'אנא פטימנא ואת שקלת!', וכאשר הכחישה אומר לו הנגזל "מה לי קטלא כולה מה לי קטלא פלגא?".

ב"ק סה. "דתינא: כחושה, והשמינה - משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כעין שגנב! אמרי, משום דא"ל: אנא פטימנא ואת שקלת! ת"ש: שמינה, והכחישה - משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כעין שגנב! התם נמי, משום דאמרינן ליה: מה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא". מבואר בגמ' שדוקא כאשר הגנב השביח או הכחיש את הבהמה משלם כדמעיקרא, אולם אם זה קרה מאליו – משלם כדהשתא. וכן נקטו הרא"ש והרי"ף. **אולם, תוס'** כתבו שלדינא אף בשבח הבא מאליו משלם כדמעיקרא, כיון שיכול לומר לו 'אטו שמינה גנבי מינד'?! (דהיינו אע"פ שאין זה שינוי לענין שיקנה הגנב את הפיטום, אך אין זה בכלל 'כעין שגנב' וכשמשלם את הקרן אינו צריך לשלם את הפיטום, אא"כ החפץ בעין). **הרא"ש כתב** שלדין דקיי"ל בגנב טלה ונעשה איל – נעשה שינוי בידו וקנאו, ולא אמרינן 'אטו תורא גנבי מינד' א"כ אף כאן לא אמרינן 'אטו שמינה גנבי מינד'. **הרמב"ם** כתב בסתם שאם השמינה משלם כשעת הגניבה ולא חילק בדבר, אולם **הב"י** כתב שע"פ דברי הרא"ש צ"ל שאף הרמב"ם מודה לרי"ף, ומה שאמר "והשמינה" היינו שהגנב השמינה מעצמו, אך לא שהשמינה מאלוה. ע"פ זה צריך לבאר גם את דבריו בשו"ע, וזו כוונת הרמ"א.

מה לי קטלא כולה וכו': רש"י ביאר שהכחשה היא תחילת טביחה, ולכן משלם כדמעיקרא. **תוס'** הקשו שהרי אם יכחישה עד שתמות מאלוה לא ישלם ד' וה', א"כ מוכח שאין זה נחשב כטביחה! לכן ביארו שכמו שכאשר טבחה אינו משלם כפי שוויה רגע קודם מיתתה אלא כפי שוויה בשעת הגניבה, א"כ גם כשהכחישה אינו משלם אלא כפי שוויה בשעה ראשונה.

ה-נשבר או נפחת

סעיף ה

גנב כלי, ושברו או פחתו או נשבר או נפחת מאיליו, אין אומרים יתן לבעלים השברים וישלם עליהם, אלא הוא יטול השברים ויתן לבעלים כלי שלם או דמיו (וכ"כ לקמן סי' שס"ג). ודוקא דאית ליה מעות, אבל אי לית ליה לא גריעי שברים אלו משאר מטלטלין (נ"י פ"ק דב"ק). ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור וישלם להם הפחת, שומעין להם.

1. גנב כלי ונשבר או נחסר – צריך להחזיר לבעלים כלי שלם או את דמיו, אך אינו יכול ליתן להם את שברי הכלי.

ב"ק יא. "אמר שמואל: אין שמין לא לגנב ולא לגזלן וכו'. איתמר, אמר עולא א"ר אלעזר: שמין לגנב ולגזלן, רב פפי אמר: אין שמין. **והלכתא: אין שמין לא לגנב ולא לגזלן**, אבל לשואל שמין, כדבר כהנא ורב אסי". **ב' שיטות בראשונים בביאור הגמ': א. שיטת רש"י, תוס' (במקום), רא"ש, טור והרמב"ם (גניבה א, טו)** – אע"פ שבעלמא קי"ל ששוה כסף הרי הוא ככסף, ויכול לשלם אפי' בסובין, אך גנב וגזלן שאני דכתיב "אשר גזל" – כעין שגזל, וצריכים לשלם דווקא חפץ כעין שגזלו או את דמיו, ד"מא לי הן מה לי דמיהן' שהרי באותן דמים יכול לקנות חפץ חדש (כן ביאר הרא"ש). ואפי' אין לו מעות אלא מטלטלין – צריך הגזלן לטרוח ולמכור ולהביא לגזול את דמי החפץ. והביאו ראייה מהירושלמי (קידושין פ"א, סוף הלכה ד). **וכן פסק השו"ע. ב. שיטת הרשב"ם, תוס' (ב"מ צו:), רמ"ה, סמ"ג** – אע"פ שבעלמא קי"ל שפחת נבילה לניזק, והמזיק אינו משלם אלא את הפער, אך גנב וגזלן שאני שהפחת להם, אך יכולים לבעלים את השברים כחלק מהפרעון שהרי שווה כסף הרי הוא ככסף. (אמנם לדעת הרמ"ה דין זה נכון רק כאשר אין למזיק כסף, אך אם יש לו כסף – צריך לשלם קודם מעות, דכך הדין בכל חייבי תשלומין לשיטתו. אולם לדין דקיי"ל שיכול לשלם בשוה כסף גם כאשר יש לו דמים, א"כ הוא הדין הכא).

מהי כוונת הרמ"א בהגהתו? בפשט דבריו נראה שבא לחלוק ולפסוק כדברי הרמ"ה. ההג"ה בש"ך הקשה הרי קי"ל שאף כאשר יש מעות יכול ליתן שווה כסף, א"כ מהי כוונת הרמ"א?! שהרי אם כוונתו לפסוק כרמ"ה, היה צ"ל שבכל ענין יכול ליתן לו השברים!! לכן, ביאר בדוחק שכוונתו לומר שאם הגנב מוכן שישלמו לו בשווה כסף, א"כ יכול הגנב לשלם גם את השברים. **ולענ"ד זה דוחק גדול**, ונראה שכוונתו לחלוק על השו"ע וכ"כ הגר"א (ט) וכן משמע בדרכי משה שהביא את שיטת הרשב"ם ודעימיה.

2. אם רצו הבעלים לקבל את שברי הכלי, ושישלם להם הפחת – שומעין להם; כ"כ הרמב"ם. ה"ה התקשה מדוע! הרי קי"ל שהגזלן קונה בשינוי בע"כ של גזל, וא"כ מדוע יכולים הבעלים לדרוש לקבל השברים?! מכאן למד שאפי' אם השבר אינו ברמה כזאת שזה נחשב 'שינוי', כגון שעדיין נשאר שמו עליו, אפ"ה אין הגזלן יכול לומר לו 'הרי שלך לפניך', כיון שהוא ניזוק, וחייב ליתן לו חפץ חדש.

ו-היכולת להקדיש

סעיף ו

גנב או גזל ולא נתייאשו הבעלים, אינם יכולים להקדיש לא הגנב והגזלן ולא הבעלים, אפילו אם יש להם עדי גניבה וגזילה שיכולים להוציאו בדיינים. במה דברים אמורים, במטלטלים; אבל בקרקע, אם יש לבעלים עדים שיכולים להוציא בדיינים, יכולים הבעלים להקדישו.

1. חפץ גנוב – אין הבעלים יכולים להקדישו, לפני שאינו ברשות; ואין הגנב יכול להקדישו, לפי שאינו שלו. **ב"ק סט.** "אמר רבי יוחנן: גזל ולא נתיימשו הבעלים – שניהם אינן יכולים להקדיש, זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו". ומבואר בגמ' שטעמו הוא מכיון שדרש "ואיש כי יקדיש את ביתו קדש לה'", מה ביתו שלו וברשותו, אף כל שלו וברשותו. דלא כמובא במשניות שהצנועין (היינו חסידים שמדקדקים במצוות) היו מפרשים אף על דבר שאינו ברשותם, מפני שס"ל שאדם יכול להקדיש חפץ שלו אף אם אינו ברשותו, וכן סבר ר' דוסא; ואף הם לא חלקו אלא לגבי דבר שאינו ברשותו, אולם דבר שאינו שלו – לכו"ע לא יכול לחלל; קצות (ה).

2. קרקע גזולה – אם יש לבעלים עדים ויכולים להוציא בדיינים, יכולים להקדישה, דקרקע אינה נגזלת. **ב"מ ז.** "מאי הוי עלה דמסותא? תא שמע, דאמר רבי חייא בר אבין: הוה עובדא בי רב חסדא, ורב חסדא בי רב הונא, ופשטה מהא דאמר רב נחמן: כל ממון שאין יכול להוציאו בדיינים, הקדישו – אינו קדוש. – הא יכול להוציאו בדיינים – הקדישו קדוש. אף על גב דלא אפקיה? והאמר רבי יוחנן וכו', מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן? – במסותא מקרקעי עסקינן, דכי יכול להוציאה בדיינים – ברשותיה קיימא". וביאר רש"י "דכל היכא דאיתיה ברשות מריה קיימא, דקרקע אינה נגזלת, ושפיר פשיטנא מהא, דאי הוה ליה ראייה עלה הקדישו הקדש".

3. מה הדין בחפץ שהגיע ליד אחר בטעות? קצות – חשיב כאינו ברשותו. פת"ש בשם חת"ס – יש מצבים בהם חשיב כאילו הוא ברשותו. **התוס' (סח:)** הקשו מקדושין נה: "אין לוקחין בהמה טמאה עבדים וקרקעות ממעות מעשר שני, ואם לקח יאכל כנגדן בירושלים" דמוכח שאפשר לחלל מעות מע"ש שנמצאין ביד המוכר, ואמאי הרי אינם ברשותו?! ותירצו שדין זה אליבא דצנועין, או שזה קנס בעלמא ואין זה מחלל את המעות. אולם, **הריטב"א** (קידושין נו.) תירץ שיש הבדל בין מוכר שקיבל המעות בטעות לגזלן, דבמוכר כיון שסבור שהם חולין, אם נאמר לו שהם מע"ש הוא יסכים להחליפם באחרים, וא"כ זה כמו פקדון דהוי ברשותו. משא"כ גזלן שלא ציית דינא, ואף אם נאמר לו שיחזיר הגזילה – לא ישמע לנו, ולכן חשיב כאינו ברשותו.

הקצות (ד) דחה דברי הריטב"א כיון שמבואר בסוגיא לגבי עניים שליקטו לקט בטעות דחשיב כאינו ברשותו, ואע"פ שאילו ידעו שאין זה בכלל לקט – יחזירו את הלקט; ומוכח דלא כריטב"א. וביאר שדוקא פקדון חשיב ברשות הבעלים, כיון שיכולים לבוא לקחתו מתי שרוצים, וא"א לא יאמר להם כלום; משא"כ במקח טעות שצריך להביא ראיה כדי שיוכל ליקח החפץ לידו. אולם, **הפת"ש (ד) הביא בשם החת"ס** בתשובה שהעיקר כריטב"א, ואף התוס' לא בהכרח חולקים על זה. ותירץ קושיית הקצות שדוקא במע"ש ניחא למוכר להחזיר המעות ולקבל אחרים תחתם, שהרי הוא לא צריך לבטל את המקח. משא"כ בעני שליקט בטעות שצריך להחזיר החפץ – בכה"ג לא הוי ברשותו.

ב"ה

סימן שנה

גנב שהחזיר הגניבה שלא מדעת הבעלים, ובו ג' סעיפים.

פתיחה

ב"ק קיח. משנה "הגונב טלה מן העדר והחזירו, ומת או נגנב - חייב באחריותו; לא ידעו בעלים לא בגניבתו ולא בחזירתו, ומנו את הצאן ושלימה היא - פטור". **בגמ' נחלקו רב, ר' יוחנן ורב חסדא בביאור המשנה:** רב סובר שאם ידעו הבעלים מהגניבה צריך שידעו מהחזרה, אך אם לא ידעו מספיק שימנו ויראו שלא חסר. **ר' יוחנן** סובר שאם ידעו מהגניבה מספיק מניין, ואם לא ידעו אפי' מניין אין צריך, והסיפא שהצריכה מנין מדברת על המקרה של הרישא (שידעו). **רב חסדא** מסכים עקרונית עם ר' יוחנן, אלא שסובר שבצאן כשלא ידעו הבעלים מהגניבה הדין שונה וצריך להודיעם, דכיון שנגנבה הבהמה הורגלה לילך למקומות אחרים וצריכה שימור טפי, ולכן צריך שידעו שנגנבה כדי שישמרו אותה. **הרי"ף**, **הרא"ש והרמב"ם פסקו כרב חסדא** לגבי צאן ודבר שיש בו רוח חיים, וכר' יוחנן לגבי דברים שאין בהם רוח חיים שהרי רב ור' יוחנן הלכה כר' יוחנן, ואף רב חסדא לא חלק עליו אלא בדבר שיש בו רוח חיים.

סעיף א

הגונב חפץ מבית חבירו והחזירו למקומו, ולא ידעו הבעלים שהחזירו, אם ידעו הבעלים שנגנב מהם, אף על פי שהחזירו הגנב, לא נפטר והוא באחריותו עד שידעו הבעלים, כגון שימנה חפציו וימצאם שלמים. ומיהו כשמנאם נפטר אעפ"י שלא ידעו הבעלים בשעה שהחזירו. לפיכך גנב לו מעות והבליע לו בחשבון ונתנם לתוך כיסו, אם יודע מנין המעות שלו, יצא, שאדם עשוי למשמש בו בכל שעה והרי מצא שהחזיר לו בכלל מעותיו. אבל אם זרקן לכיסו שאין בו כלום, לא יצא, וחייב באחריות הגזלה עד שיודיענו שהחזיר לכיס פלוני.

ואם לא ידעו הבעלים שנגנב מהם, מיד כשהחזירם למקומם יצא אף על פי שלא מנאום הבעלים.

1. הגונב חפץ או כל דבר שאין בו רוח חיים, והחזירו למקומו בלא להודיע לבעלים שהחזירם:

א. אם ידעו הבעלים מהגניבה - צריכים שידעו מהחזרה, אמנם א"צ שיוודעו בפירוש אלא מספיק שיחזירם למקום שיוודע להם שחזרו למקומם.

לכן אם גנב מעות והחזירם לארנק שהוא נותן בו מעותיו - יצא, דמסתמא אדם יודע כמה מעות יש לו בכיס, וממילא בהמשך ישים לב שיש לו יותר, ויוודע לו שחזרו אליו. אולם, אם נותנם לכיס שאין בו מעות, לא נפטר מחיובו עד שיודיענו, דלא יודע להם שחזרו אליהם המעות. **כדעת הרי"ף והרמב"ם.**

ב"ק קיח: "לימא, מנין פטר תנאי היא; דתניא: הגוזל את חבירו והבליע לו בחשבון - תני חדא: יצא, ותניא אידך: לא יצא; סברוה, דכ"ע אית להו דר' יצחק, דאמר: אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה ושעה וכו'. ואיבעית אימא: אידי ואידי דמני ורמא בכיסיה, הא דאית ליה זוזי אחריני בכיסיה, הא דלית ליה זוזי אחריני בכיסיה". **ברא"ש** מבואר שכאשר יש לו עוד מעות בכיסו, לא יצא כשהחזירם לו, דמדובר שהוציא מהם קצת מעות ולא ידע מנין הנותנים; אולם כשאין לו עוד מעות בכיסו יצא, דכיון שאדם עשוי למשמש בכיסו יודע לו במהרה שהחזירו לו את המעות. **וכן כתב הטור** שהחילוק הוא בין מצב שהחזיר לכיסו ויודע מנין המעות שבכיסו, למקרה בו אינו יודע את מנין המעות שבכיסו. **אולם, מדברי הרי"ף, הרמב"ם והרשב"א מבואר** שהחילוק הוא בין כיס ששומרים בו מעות, לכיס סתם שאינו שומר בו את מעותיו, דדוקא בכיס ששומרים בו מעות אמרינן אדם עשוי למשמש בכיסו ומסתמא יודע מנינם, ולכן בכל ענין שהחזיר לתוכו נפטר. משא"כ בכיס שאין מניח בו מעות לא יצא, דאינו עשוי למשמש בו ולא יודע לו שהחזיר לתוכו. **וכן פסק בשו"ע; סמ"ע (ב).**

ב. אם לא ידעו מהגניבה - א"צ שידעו מהחזרה, ולכן בכל ענין שהחזירם למקומם נפטר מחובו; כדעת ר' יוחנן וכמו שנתבאר בהקדמה לסימן.

סעיף ב

בד"א, בדבר שאין בו רוח חיים. אבל הגונב טלה מן העדר, וידעו בו הבעלים, והחזירו לעדר שלא מדעת בעלים, ומת או נגנב, חייב באחריותו. ואם מנו את הצאן והיא שלימה, פטור. ואם לא ידעו הבעלים לא בגניבתו ולא בחזרתו, אף על פי שמנו את

הצאן והיא שלימה, חייב באחריותו עד שיודיע את הבעלים כדי שישמרו את הטלה הגנוב, שהרי למדו דרך אחרת חוץ מדרך שאר הצאן שבעדר זה.

1. גנב דבר שיש בו רוח חיים, והחזירו לעדר בלא להודיע לבעלים:

א. אם ידעו הבעלים מהגניבה, ומנו את העדר – נפטר מחיובו, דשמו לב שהטלה חזר, וישמרו עליו היטב שלא יברח, שהרי יודעים שגנב. אם לא מנו את העדר – חייב, דלא ידעו שהגניבה חזרה.

מה דין טלה שיש בו סימן מיוחד? י"א שבכה"ג סגי בהחזרה וא"צ במנין, דכיון שיש בו סימן מיוחד, הבעלים ישימו לב מיד שחזר אף קודם שימנו את הצאן. כ"כ המ"מ בשם יש מי שאומר, והביאו הב"י ובהג"ה בסמ"ע (ד).

ב. אם לא ידעו הבעלים מהגניבה – צריך להודיעם; ובכה"ג לא סגי שימנו את הצאן, דכיון שגנב הרי הורגל לילך למקומות אחרים, ולא ידעו לשומרו היטב שלא יברח. כדברי רב חסדא, וכמו שהתבאר בהקדמה לסימן.

סעיף ג

בד"א שנפטר כשמחזיר למקומו, בגנב הגנוב מבית הבעלים. אבל שומר שגנב מרשות עצמו, כגון שהופקד אתו כיס או טלה ויש עדים שגנבו, אף על פי שיש עדים שהחזירו למקומו חייב באחריותו עד שיודיע לבעלים, שהרי כלתה שמירתו ואינו עוד שומר עליו והרי הוא כאילו לא החזירו עד שיודיע לבעלים.

1. כאשר שומר גונב חפץ המופקד בידו, כגון שהוא שולח יד בפקדון כדי לגזלו, **לא מהני שיחזירו למקומו הראשון,** אלא צריך להודיע לבעלים שגנב ושהחזיר להם, דכיון שגנב כלתה שמירתו ושוב אינו שומר שלהם.

ב"ק קיח: "לימא כתנאי: הגונב טלה מן העדר, וסלע מן הכיס - למקום שגנב יחזיר, דברי רבי ישמעאל, ר"ע אומר: צריך דעת בעלים וכו'. אמר רב זביד משמיה דרבא: בשומר שגנב מרשות בעלים - כ"ע לא פליגי כדרב חסדא, **והכא בשומר שגנב מרשותו** שיחזיר למקום שגנב קמיפלגי, ר"ע סבר: כלתה לו שמירתו, ור' ישמעאל סבר: לא כלתה לו שמירתו". והלכה כר"ע מחבירו.

אף השבה לבית הבעלים לא מועילה, עד שיודיעם; רעק"א בשם הרמב"ן והרשב"א, והטעם הוא מפני שהבעלים יחדו לחפץ מקום בבית השומר, וא"כ לא ניחא להם שיהא בביתם, ולכן לא מיקרי חזרה.

2. האם דין זה נכון דווקא כאשר יש עדים שגזלו? סמ"ע (ו) – כן, ש"ך (א) – לא, דין זה נכון בכל עניין.

הש"ג תמה מדוע נקט השו"ע דין זה רק כאשר יש עדים שגנבו, הרי גם כאשר אין עדים כלתה שמירתו ולא מהני שיחזיר את החפץ למקומו הראשון, שהרי שוב אין זה חשוב כרשות הבעלים! **הסמ"ע** תירץ שכאשר אין עדים והוא מחזיר את החפץ מעצמו א"כ מוכח שעשה תשובה מלאה, ובכה"ג ניחא לבעלים שיהא שומר שלהם מחדש, אע"פ שכלתה שמירתו הקודמת, ולכן בכה"ג מהני אם מחזיר את החפץ למקומו אף בלא להודיע למפקיד. **הש"ך** חלק וכתב שדין זה נכון בכל ענין, שהרי כיון שכלתה שמירתו שוב אינו שומר ואינו חשוב כיד הבעלים וממילא אין זה נחשב שהחזיר להם את החפץ! ומה שנקט השו"ע שיש עדים הוא משום סיפא שאפי' יש עדים שהחזירו לא מהני.

ב"ה

סימן שנו

אסור לקנות שום דבר מהגנב, והקונה מגנב מפורסם או אינו מפורסם, ובו י' סעיפים.

א אסור לקנות מהגנב

סעיף א

אסור לקנות מהגנב החפץ שגנב, ועון גדול הוא, שהרי מחזיק ידי עוברי עבירה וגורם לו לגנוב גנבות אחרות; שאם לא ימצא לוקח, אינו גונב. (וכן אסור לסייע לגנב בשום דבר כדי שיגנוב) (ב"י בשם ריב"ש סימן ק"ח).

1. אסור לקנות מגנב חפצים גנובים, כיון שבכך הוא גורם לו להמשיך ולגנוב.

משנה ב"ק קיח: "אין לוקחין מן הרועים צמר וחלב וגדיים, ולא משומרי פירות - עצים ופירות", והטעם שאלו דברים שאנו חוששים שמא גנבם מבעליהם, כ"ש שאסור לקנות דבר שאנו יודעים שהוא גנוב. והטעם מבואר בקידושין נו: "לאו עכברא גנב אלא חורא גנב", דהיינו אילולי שהיה לעכבר היכן להצניע הגניבה - לא היה גונב.

2. אסור לסייע לגנב לגנוב, כגון אשה שמבקשת מנפח שישכפל לה מפתח ומוכנה לשלם עבור זה מחיר יקר, דברור הוא שרוצה לגנוב מבעלה; סמ"ע (ג) בשם הריב"ש.

3. **חרם קדמונים שלא לקנות מהגויים דברים הגנובים מע"ז שלהם.** מעשה בא' שקנה מהם דברים הניכרים שהם מע"ז שלהם, ומכר לישראל אחר ובא נזק מזה לציבור כולו שהעלילו עליהם והיו צריכים לשלם קנס גדול, ופסק בשו"ת צ"צ (לו) שהראשון ודאי חייב לפצות את הקהל דהוי כרודף לקהל כיון שידם תקיפה ושכיחא וברי היזקא; ואף השני חייב, שהרי ידע שאלו דברים האסורים בקניה וילאו עכברא גנב אלא חורא גנב, ויכולים הקהל ליפרע ממי שירצו תחילה; פת"ש א.

ב קנה קודם יאוש

סעיף ב

הגונב ומכר ולא נתיאשו הבעלים (וע"ל סימן שס"ח), ואח"כ הוכר הגנב ובאו עדים שזה החפץ שמכר פלוני הוא גנבו בפנינו, חוזר החפץ לבעלים והבעלים נותנים ללוקח דמים שנתן לגנב, מפני תקנת השוק, והבעלים חוזרים ועושים דין עם הגנב.

ואם גנב מפורסם הוא, לא עשו בו תקנת השוק, (טור ס"ד בשם רי"ף ורמב"ם) ואין הבעלים נותנים ללוקח כלום, אלא חוזר הלוקח ועושה דין עם הגנב ומוציא ממנו דמים שנתן לו. הגה: וי"א דאף בגנב מפורסם עשו תקנת השוק וצריך להחזיר ללוקח מעותיו, אלא אם כן ידע הלוקח שזה הדבר שקנה גנוב, שאז צריך להחזיר בלא דמים (טור בשם הרא"ש ור"י). ואפילו הגנב אין צריך להחזיר לו מעותיו, דודאי נתן לו לשם מתנה, הואיל וידע שאינו שלו וקנאה (מרדכי פרק הגוזל בתרא). ואם אמר הלוקח: לטובה נתכוונתי, נאמן וצריך להחזיר לו מעותיו אפילו בגנב מפורסם, לכ"ע (מרדכי ותוספות פרק הנ"ל והגהות מיימוני פ"ה דגניבה).

1. עשו תקנת השוק בלוקח מגנב שאינו מפורסם. כלומר, אם קנה מגנב קודם שנתיאשו הבעלים, ובאו עדים שחפץ זה גנוב - מחזיר אותו לבעלים והם משלמים לו את הכסף ששילם לגנב, ואח"כ מוציאים את הכסף מהגנב. ואע"פ שמעיקר הדין הבעלים נוטלים את שלהם בלא דמים, והלוקח צריך לעשות דין עם הגנב, שהרי יאוש כדי לא קני, מפני תיקון השוק תיקנו חכמים שהבעלים ישלמו ללוקח והם יטרחו לירד עם הגנב בדיון.

א. אע"פ שהוכר הגנב - עשו ללוקח תקנת השוק; כדעת ר' יוחנן ולא כרב. כ"ש כאשר לא הוכר הגנב ואינו יכול להוציא מעותיו ממנו, שבכ"ג אף רב מודה שעשו תקנת השוק; סמ"ע (ד).

ב"ק קטו. "איתמר: גנב ומכר ואח"כ הוכר הגנב, רב משמיה דרבי חייא אמר: הדין עם הראשון, ר' יוחנן משמיה דרבי ינאי אמר: הדין עם השני". הגמ' מביאה כמה העמדות לביאור מחלוקתם, והאחרונה שבהם "רב פפא אמר: בגלימא - דכ"ע לא פליגי דהדר למריה, (כלומר, כיון שמדובר קודם יאוש החפץ עצמו חוזר לבעליו) והכא בעשו בו תקנת השוק קמפלגי, 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. וסבר רב: לא עשו

בו תקנת השוק? והא רב הונא תלמידה דרב הוה, וחנן בישא גנב גלימא וזבנה, אתא לקמיה דרב הונא, אי"ל לההוא גברא: זיל שרי עביטך! שאני חנן בישא, כיון דליכא לאישתלומי מיניה, כלא הוכר דמי".

ב. מדובר דוקא כשקנה קודם יאוש, דאם קנה לאחר יאוש קנאו הלוקח בשינוי רשות וא"צ להחזירו לבעלים. וכיון שקי"ל שסתם גניבה יאוש בעלים, מיירי הכא שידוע שהבעלים לא נתיאשו, כגון שהיו מרדפים אחריהם; נמוקי"י בשם הרא"ה בשם הרז"ה, וכ"כ הש"ך (ב).

ג. מדובר שיש עדי ראה, דאלי"כ אע"פ שיש עדי גניבה נאמן לטעון לקוח במיגו דהחזרתו, וטענינן ללוקח; ש"ך (ג).

ד. הגיע החפץ ליד הבעלים, האם צריכים לשלם ללוקח מעותיו? ש"ך (ד) – לא. נתיבות (א) – דוקא אם הגיע לידם קודם שבא ליד הלוקח, כגון שקנאו בקנין סודר והלכו הם והצילוהו מבית הגנב קודם שלקחו משם הקונה, והטעם שהרי בכה"ג הקנין שלו לא חל כלל. אולם, אם משך הלוקח את החפץ ואח"כ הגיע ליד הבעלים – חייבים לשלם לו דמיו, שהרי תפיסה אינה מועילה.

2. האם עשו תקנת השוק גם בגנב שאינו מפורסם? שו"ע – לא; וכן פסק הש"ך (ו). רמ"א – כן, אא"כ ידע שהחפץ גנוב; וכן פסק המהרש"ל. ודוקא כשמפורסם לגנב, אך כשמפורסם לרשע ולא לגנב לכו"ע עשו בו תקנה; ש"ך (ה).

שם "אמר רבא: אם גנב מפורסם הוא, לא עשו בו תקנת השוק. והא חנן בישא דמפורסם הוה, ועשו בו תקנת השוק! נהי דמפורסם לבישותא, לגניבותא לא מפורסם". הגמ' בסוף דבריה אומרת "והלכתא: בכולהו עשו בו תקנת השוק, לבר מגנב ופרע בחובו, גנב ופרע בהיקיפו", ונחלקו הראשונים מה הכוונה 'בכולהו': רוב ככל הראשונים סוברים שהכוונה רק על המקרים שנחלקו בהם האמוראים, אך לא על דברי רבא שלא מצינו חולק עליהם; כ"כ התוס' להדיא על הדף (לפי גרסתנו), וכן פסק הרמב"ם (גניבה ה, ב), והש"ך הביא סוללת ראשונים שס"ל הכי. אולם, הרא"ש למד שזה קאי אף על דברי רבא, וכוונת הגמ' לפסוק שאף בגנב מפורסם עשו תקנת השוק, אך דווקא כאשר לא ידע שהחפץ גנוב, דאם ידע שהחפץ גנוב ואפי' הכי קנאו – לא עשו בו תקנה. הרא"ש גרס כן גם בתוס'.

בדעת הר"י: הרי"ף הביא את דברי רבא, ואח"כ הביא את דברי הגמ' 'והלכתא'. הטור הבין בדעתו שסובר כתוס' שלפניו, שהרי אחרת לא היה לו להביא את דברי רבא. אולם הב"י הבין שאינו מוכרח, אך הסכים שפשט הסוגיא אינו כרא"ש, וא"כ מסתבר שאף הרי"ף אינו מסכים עם הרא"ש. הש"ך האריך לדחות דברי הב"י, וכתב שכדברי הטור הבינו הרבה פוסקים בדעת הר"י, ושכן הבין הנמוקי"י בדבריו.

3. קנה מגנב מפורסם וטוען קניתי כדי להוציא מידו ולהשיב לבעלים – חייבים הבעלים לשלם לו לכו"ע. ודוקא שלא יכל להוציא מהגנב באופן אחר; ש"ך (ח).

4. אם טוען קניתי לעצמי, האם חייב לשלם לו מדין נהנה? קצות (ג) – כן. נתיבות (רלו, ז) – לא. הקצות כתב שבמצב בו לא היה יכול להוציא מהגנב לולי שהלה היה קונה אותם ממנו, חייב לשלם לו מדין נהנה אע"פ שלא התכוון להציל מידו. אלא שכאשר נתכוון להציל מידו חייב לשלם לו כל מה שהוציא, ולא רק כפי הנאתו. והוכיח כן מדברי התוס' (ב"ק קיד: ד"ה המכיר) שהקשו מדוע צריך תקנת השוק הרי חייב לשלם לו מדין נהנה!! ותרצו שמיירי אף כשהיה יכול להוציא מהגנב באופן אחר, אך חייב לשלם מפני תקנת השוק. אולם, הנתיבות בסימן רלו, ז חלק על הקצות הנ"ל וכתב שבכה"ג אין דין נהנה, וכאשר לא נתכוון להציל מידו אלא עשה לטובת עצמו – אינו חייב לשלם לו כלום.

5. קנה מגנב מפורסם חפץ שידע שהוא גנוב בעה"ב נוטל החפץ בלא דמים, אך האם הגנב חייב להחזיר ללוקח את דמיו? רמ"א – לא, דכיון שידע שאינו שלו גמר ונתן הדמים לשם מתנה. ש"ך – כן, דקי"ל כרב, ואף לשמואל י"ל דבמטלטלין הדין שונה.

ב"מ טו: "הכיר בה שאינה שלו ולקחה. אמר רב: מעות - יש לו, שבח - אין לו. ושמואל אמר: אפילו מעות אין לו. במאי קמיפלגי? רב סבר: אדם יודע שקרקע אין לו, וגמר ונתן לשום פקדון. ונימא ליה לשום פקדון! - סבר: לא מקבל. ושמואל סבר: אדם יודע שקרקע אין לו, וגמר ונתן לשום מתנה. ונימא ליה לשום מתנה! - כסיפא ליה מילתא". ע"פ זה כתב המרדכי שהוא הדין הכא, וכן פסק הרמ"א. אולם, ה'באר הגולה' (ז) והש"ך (ז) ביארו כוונת המרדכי שנידוננו דומה לנידון שם, וממילא כיון שקי"ל כרב (לקמן סי' שעג) א"כ הוא הדין הכא צריך להחזיר לו מעותיו, ולא כרמ"א. הש"ך הוסיף שלעני"ד היה מחלק בין קרקע למטלטלין, דדוקא בקרקע פליג שמואל כיון שאינה נגזלת וא"א להחביא אותה, אולם במטלטלין אף שמואל מודה דדילמא סבר הלוקח שקונה את החפץ ביאוש ושינוי רשות, ועוד אולי לא ימצא הגנב מעולם ולא יוצאו מידו החפץ; ולכן ודאי שלא נתן לשם מתנה. ע"פ זה ביאר שאע"פ שבמקדש אחרות קי"ל כשמואל שהמעות מתנה, אך אם הגנב אחיו אין המעות מתנה ע"פ הטעמים הנ"ל.

6. תקנת השוק בדברים נוספים:

א. עבדים ובהמה: מהרשד"ם – לא עשו. מהר"א ששון, קצות – עשו. מהרשד"ם פסק שלא עשו בהם תקנת השוק, והביאו הש"ך (ד) וכתב שאין דבריו מוכרחים. המהר"א ששון כתב שעשו תקנת השוק בעבדים. הקצות (א) כתב שלדעת השו"ע והרמב"ם בבהמה מוכרחים לומר שעשו תקנת השוק.

ב. מתנה: ב"י – נהגו העולם שאף במתנה יש תקנת השוק. ש"ך (ד) – לא עשו תקנה. הב"י כתב שנחלקו בזה הרשב"א והרא"ש: דעת הרשב"א שלא עשו תקנה במתנה, דבכה"ג לא שייכא תקנת השוק. אולם דעת הרא"ש שאף במתנה עשו תקנה; ובסימן ס' (ז) כתב הב"י שנהגו העולם כרא"ש, וביאר שם בבדק הבית הטעם שמתנה הרי היא כמכר, דאי לאו דיהיב לי זוזיה לא הוה יהיב ליה מתנה. הש"ך האריך לדחות דבריו, וכתב שאף הרא"ש לא כתב כן אלא שם לגבי תקנת השוק שאין טורפין מטלטלין מלוקח או ממקבל מתנה, דשם מעיקר הדין לא היה יכול לגבות מטלטלין אלא שם שבעבדים בפירוש, והתקנה היא שהרי זה כאילו לא כתב לו. אולם, הכא שמעיקר הדין היה נוטל בלא דמים, והתקנה היא שיטול בדמים לא תיקנו כן אלא כאשר מכר אך לא כאשר נתן במתנה דבכה"ג אין טעם לתקן. כמו כן הוכיח מהדין של ג'נב ופרע בחובו או בהקיפו' שלא עשו בו תקנת השוק, א"כ כ"ש שלא עשו תקנה כשנתן סתם במתנה. והביא שכי"כ הראב"ה, תשו' מיימוני, ב"ח ומהר"ם אלשיך.

ג. לוקח מגוי: ש"ך (ו), ט"ז – עשו בו תקנת השוק. דעת בעל המאור שלא עשו בו תקנה, אולם הרמב"ן בשם רב שריא גאון, מרדכי בשם רבינו גרשון, ראב"ן ועוד כתבו שאף בכה"ג עשו תקנה, וכתב הש"ך שכן עיקר.

ד. לוקח מאומן: ש"ך (ו) בסופו הפנה למהר"א ששון שדן אם עשו בו תקנת השוק.

7. תקנת הספרים: קנה ספרי קודש מגנב גוי מפורסם – עשו בו תקנת השוק, מפני כבוד הספרים שלא יתבזו ביד הגוי, ודוקא מגוי אך בגנב ישראל לא, דכיון דישראל הוא בודאי יחוש לכבודו; **קצות (ג) בשם הג' אשר"י, הג' מיימוני, מרדכי בשם ראב"ה.** אע"פ שבתשובת מהר"ם משמע שאין לו תקנת הספרים.

ג קנה לאחר יאוש

סעיף ג

נתיאשו הבעלים מהגניבה, בין שנתיאשו ואחר כך מכר, בין שנתיאשו אחר שמכר, קנה לוקח ביאוש ושינוי (רשות). (ו"א דאם נתיאש לאחר שמכר לא קנה לוקח, דאין יאוש ושינוי רשות קונה אלא אם כן נתיאש קודם שמכר (טור סימן שנ"ג בשם הרא"ש), וכן נ"ל להורות). (וע"ל סימן שס"ג) ואינו מחזיר הגניבה עצמה לבעלים, אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם; או אינו נותן כלל, לא חפץ ולא דמים, אם לא היה זה המוכר גנב מפורסם. הגה: פירוש, דהרי הבעלים צריכין ליתן ללוקח דמי המקח משום תקנת השוק, ולכך המותר מדמי המקח צריך ליתן לו לפי סברא זו, אלא דיש חולקין וסבירא להו דיאוש ושינוי רשות קונה לגמרי ואין צריך ליתן לו אפילו הדמים. וע"ל סימן שנ"ג.

1. נתיאשו הבעלים מהגניבה – קנאה הלוקח ביאוש ושינוי רשות. לדעת השו"ע אף אם נתיאשו לאחר שלקחה, לדעת הרמ"א דוקא אם נתיאשו קודם שלקחה; וכבר נתבאר מח' זו בהרחבה בסימן שנג סעיף ג.

מהי משמעות קנין זה? שו"ע – א"צ להחזיר גוף החפץ, אך צריך להחזיר את דמיו. רמ"א – קנין גמור וא"צ להחזיר דמים כלל; גם זה נתבאר שם.

לדעת השו"ע: אם קנה מגנב מפורסם: צריך הלוקח להחזיר לבעלים הדמים, שהרי בכה"ג לא עשו תקנת השוק. אם קנה מגנב שאינו מפורסם: רמ"א – אם קנאה בשוויה – א"צ להחזיר דמים, כיון שיאפוכי מטרתא למה לי, שהרי מתקנת השוק יצטרכו הבעלים ליתן ללוקח את הדמים ששילם. אם קנאה בזול – צריך להחזיר לבעלים את הפער בין מה שנתן לשווי הגניבה, דבכה"ג לא שייך 'אפוכי מטרייתא'. ש"ך (שנג, ה), גר"א (יג ליקוט) – בכל ענין אינו צריך להחזיר דמים; וכן פשט השו"ע.

כתב הרמב"ם (גניבה ה, ג) "נתיאשו הבעלים מן הגניבה, בין שנתיאשו ואחר כך מכר הגנב בין שנתיאשו אחר שמכר, קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות ואינו מחזיר הגניבה עצמה לבעליה אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם, או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים מפני תקנת השוק אם לא היה זה המוכר גנב מפורסם". זו היא הג' הנמצאת בספרים שלנו, וכתב ה"ה שהיא הנוסחא האמיתית והבדוקה. אולם לטור ולראב"ד היתה ג' שונה, והם גרסו "אלא נותן להן דמיו ומנכה מהן דמיו מפני תקנת השוק אם לא היה המוכר גנב מפורסם. ואם לקח מגנב מפורסם או אינו נותן ללוקח כלום וצריך להחזיר לו הכלי בלא נכו דמים". וכתב על כך **הראב"ד** שכל זה הוא שבוש ואין לו שורש. **ובב"י** האריך לדחות ג' זו. אולם **הרמ"א בדרכי משה** כתב ליישבה, וביאר שהרמב"ם מדבר כשקנה את הגניבה בזול, וממילא אף לאחר יאוש צריך ליתן לבעלים את דמי החפץ היתרים על מה שקנאו, שהרי בכה"ג לא שייכא תקנת השוק. וכשלוקח מגנב מפורסם א"צ הבעלים ליתן ללוקח כלום, דבכה"ג אין תקנה, אלא צריך הלוקח ליתן להם כל דמי החפץ, את גוף החפץ

משאיר אצלו כיון שקנאו ביאוש ושינוי רשות, וגרס "וצריך להחזיר לו הכל" במקום "הכלי". ע"פ זה הגיה הרמ"א על דברי השו"ע אצלו.

האם השו"ע מודה לזה? הסמ"ע כתב שאף השו"ע יכול להודות לדין זה, אע"פ שלא ביאר כך ברמב"ם, וכן הבין הב"ח. אולם, **הש"ך** (בסי' שנג) דחה דבריהם, והוכיח מב"ב מד. שכאשר מכר הגזלן טלית לאחר יאוש מעיד לו עליה, שהרי אינו נוגע בעדותו שאינה חוזרת לנגזל לעולם, ואם איתא כדבריהם הרי אכתי נוגע בעדותו! ולכן כתב שמסתימת המחבר בסי' שנג ואצלו מוכח שלא ס"ל הכי, אלא שלעולם אינו נותן דמים לאחר יאוש, כאשר לקח מגנב שאינו מפורסם. וכן הסכים הגר"א אצלו.

סעיף ד

בזמן שהלוקח עושה דין עם בעל הבית, אם אין עדים בכמה קנה, נשבע הלוקח בנקיטת חפץ בכמה לקח, ונוטל מהבעלים.

סעיף ה

בזמן שהלוקח עושה דין עם הגנב, והוא אומר: בכך וכך לקחתי ממך, והוא אומר: לא מכרתי לך אלא בפחות מזה, הלוקח נשבע בנקיטת חפץ, ונוטל מהגנב.

סעיף ו

גנב ופרע בחובו, גנב ופרע בהקיפו, אין בזה תקנת השוק, אלא הבעלים נוטלים הגניבה בלא דמים וישאר חוב אלו על הגנב, כמו שהיה.

סעיף ז

משכן הגניבה, בין שמשכנה יתר על דמיה או בפחות מדמיה, הבעלים נותנים לבעל המשכון (מעותיו) וחוזרים ועושים דין עם הגנב, אלא אם כן היה גנב מפורסם, כמו שנתבאר. הגה: וכן אומן שנותנין לו כלים לתקן, והשכינם, צריכין הבעלים ליתן לו מעותיו אבל לא הריבית שעולה עליו, דלא עשו תקנת השוק על הריבית. ואפילו למאן דאמר: אומן קונה בשבח כלי, לא נאמר דהרי הוא של אומן ולא של בעלים, דמכל מקום צריך להחזירו לבעלים מכח דינא דמלכותא, דהכי נהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות מכח דינא דמלכותא. (וע"ל סימן ש"ו ס"ב) ובמקום שנהגו שיתן לו הריבית, צריך ליתן לו גם הריבית (ת"ה סימן ש"ע ש"ט/ט) וע"ש סימן קל"ו) (ועיין לקמן סי' שס"ח).

סעיף ח

הלוקח מגנב שאינו מפורסם, בין שלקח ממנו שוה מאה במאתים או שוה מאתים במאה, הרי זה נוטל הדמים מבעל הבית ואחר כך מחזיר הגניבה, מפני תקנת השוק, כמו שנתבאר.

סעיף ט

היה נושה בגנב מאה זוז, וגנב הביא לבעל חובו ונתן לו מאה אחרים, הרי הגניבה חוזרת לבעליה ואומרים (לו): לך ותבע הגנב במאתים, שלא נתת לו המאה האחרים מפני החפץ שהביא לך בלבד כשם שהאמנתו בראשונה האמנתו באחרונה. והני מילי כשנתן לו החפץ סתם, אבל אם פירש ואמר: הלויני על חפץ זה מנה, ודאי זו היא משכונא שעשו בה תקנת השוק, ויחרימו סתם שכך היה.

סעיף י

לקח מגנב שאינו מפורסם, במאה, ומכר לאחד במאה ועשרים, והוכר הגנב, בעל הגניבה נותן לזה האחרון מאה ועשרים, ונוטל גניבתו, וחוזר הבעל ונוטל מהמוכר עשרים שהרויח, ונוטל המאה מהגנב. ואם גנב מפורסם הוא, נוטל המאה ועשרים מהתגר שלקח מהגנב, והולך התגר ותובע הגנב במאה של קרן. והוא הדין אם מכר השני לשלישי והשלישי לרביעי, אפילו מאה, שהוא נוטל מכל אחד ואחד מה שנשכר, ונוטל הקרן מהגנב. וכל הדברים האלו לפני יאוש, כמו שנתבאר. הגה: ישראל שקנה מן הגנב ומכרו לישראל אחר, ובא עובד כוכבים ואמר שנגנב ממנו, והוציאו מלוקח שני בדיניהם, אם הגנב מפורסם צריך הישראל ראשון להחזיר לשני מעותיו; ואם אינו מפורסם, אין צריך להחזיר לשני מעותיו, דיכול לומר: שמא העובד כוכבים משקר (מרדכי פרק הגוזל בתרא). ועיין לעיל סימן רכ"ד.

הלכות גזילה

סימן שנט

איסור גזילה אפילו על מנת להחזיר, ומה נקרא גזילה ואיסור לא תחמוד ולא תתאוה, ובו י"ב סעיפים.

סעיף א

אסור לגזול או לעשוק אפילו כל שהוא, בין מישראל בין מעובד כוכבים; ואם הוא דבר דליכא מאן דקפיד ביה, שרי; כגון ליטול מהחבילה או מהגדר לחצות בו שיניו; ואף זה אוסר בירושלמי, ממידת חסידות.

1. אסור לגזול או לעשוק, החילוק ביניהם יתבאר בסעי' ז-ח, אפי' כל שהוא בין מיהודי ובין מגוי.

סנהדרין נז. "אלא אמר רב פפא: לא נצרכה אלא לפחות משה פרוטה". וכתב שם רש"י "הלכך גזל הוא, אלא שאין בית דין ישראל נזקקין להשיבו, דבתר הכי מחיל ליה, ובישראל בישראל נמי אסור, ומעבר לא עבר דכתיב 'לא תגזול' והשיב את הגזילה" אמר דהשבון קרי גזל ואידך לא". והוסיף הסמ"ע (ב) שהטעם הוא מפני שחצי שיעור אסור מהתורה.

גזל הגוי: ב"ק קיג. - "וגזל כנעני מי שרי? והתניא: אמר ר' שמעון, דבר זה דרש ר"ע כשבא מזפירין: מנין לגזל כנעני שהוא אסור? ת"ל: אחרי נמכר גאולה תהיה לו, שלא ימשכנו ויצא, יכול יגלוס עליו? ת"ל: וחשב עם קונהו, ידקדק עם קונהו! וכו'. אלא אמר רבא, לא קשיא: כאן בגזילו, וכאן בהפקעת הלוואתו וכו'. אמר רב ביבי בר גידל אמר ר"ש חסידא: גזל כנעני אסור, אבידתו מותרת; גזילו אסור, דאמר רב הונא: מנין לגזל הכנעני שהוא אסור? שנאמר: ואכלת את כל העמים אשר ה' אלהיך נותן לך, בזמן שהן מסורים בידך, ולא בזמן שאינם מסורין בידך". וכן פסקו הר"י, הרמב"ם והרא"ש שגזל הגוי אסור. **ועיין בס' שמח, סעיף ב שהרחבנו בדיון זה.**

האם גזל הגוי אסור מהתורה? כ"מ דייק בדברי הרמב"ם כאן שאסור מדרבנן, אולם מדברי הרמב"ם שהביא המחבר בריש סימן שמח משמע שאף גזל אסור מהתורה. ולדינא נקט המהרש"ל כשיטת רש"י שאיסורו הוא רק מדרבנן. ועיין בדברי הש"ך בס' שמח, ב. ש"ך (ב).

דבר שאנשים לא מקפידים עליו, כגון ליטול קיסם מהגדר לחצוץ בו שיניו, מותר ליטלו; ובירושלמי אסורו ממידת חסידות, שהרי אם כל אחד יעשה כן – לא ישאר לבעלים כלום. **משנה דמאי** (ג, ב) "הלוקח ירק מן השוק ונמלך להחזיר לא יחזיר עד שיעשר", ואין בכך משום גזל דלא מקפידים על דבר מועט שכזה, ובירושלמי שם הביאו שממדת חסידות להחמיר בזה.

2. גזלן חייב לשלם מעידית, ש"ך (א).

סעיף ב

אסור לגזול, אפי' על מנת לשלם דבר יפה ממנו. ויש מי שאומר דהיינו אם [אין] התשלומין בעין, שאם הם בעין כיון שהם יפים מהדבר שלוקח זכות הוא להם ויזכה אותם לבעלים על ידי אחר.

1. אסור לגזול אפי' כדי לשלם דבר שיותר יפה ממנו.

ב"ק ס: "ורבנן, ואיתימא רבה בר מרי אמרו: גדישים דשעורין דישראל הוו וגדישין דעדשים דפלשתים, וקא מיבעיא להו: מהו ליטול גדישין של שעורין דישראל ליתן לפני בהמתו, על מנת לשלם גדישין של עדשים דפלשתים? שלחו ליה: חבול ישיב רשע גזילה ישלם, אף על פי שגזילה משלם - רשע הוא, אבל אתה מלך אתה, ומלך פורץ לעשות לו דרך ואין מוחין בידו". מדברי הרא"ש שבסמוך מתבאר שהאיסור הוא שמא לא יהיה לו אח"כ במה לשלם.

2. אם החפץ שרוצה לשלם קיים אצלו, והוא עדיף מהחפץ שרוצה ליקח, יכול לזכותו לו ע"י אחר, וליקח את של חברו. כ"כ שם הרא"ש; וטעמו דמסתמא ניחא לבעלים בכך, וזכין לאדם שלא בפניו; ובכח"ג אין חשש שלא יהיה לו במה לשלם, שהרי הם בעין ומזכה לו אותם.

לדעת הש"ך (ד) – דווקא כשהחפץ שמזכה לו הוא עומד לסחורה, אך אם הוא מחפצי ביתו – לא, דבכה"ג מסתמא לא ניחא ליה. לדעת הקצות (א) – דין זה נכון בכל ענין.

אם הבעלים כאן ואינם מסכימים – פשוט שאסור ליקח מהם; סמ"ע ט.

סעיף ג

כל הגוזל את חברו, אפי' שוה פרוטה, כאילו נוטל נפשו.

סעיף ד

אפילו הוא בסכנת מות וצריך לגזול את חברו כדי להציל נפשו, צריך שלא יקחנו אלא על דעת לשלם (וע"ל סי' ש"פ ס"ג).

כ"כ שם הרא"ש "גדישין דישאל הו' ופולשתים טמונים בהו ומבעיא ליה מהו למיקלייא. אבל הא לא מיבעיא לי' אי שרי למיקלינהו להצלת ישראלים. דמילתא דפשיטא היא דאין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש אלא שלש עבירות. אלא הכי איבעיא ליה מהו למיקלינהו אדעתא דליפטר מתשלומין. ואמרו ליה אסור להציל עצמו בממון חברו אדעתא דליפטר אלא יציל עצמו וישלם".

סעיף ה

אפילו הלוקח בשאלה, שלא מדעת הבעלים, נקרא גזלן.

השואל שלא מדעת גזלן הוא. ב"ב פז: במשנה נחלקו חכמים ור' יהודה בשולח בנו אצל חנוני ובידו צלוחית ואיסור, ושיבר את הצלוחית ואיבד את האיסור, דחכמים מחייבים ור' יהודה פוטר. הגמ' בפת. העמידה למסקנה "אלא אמר רבא: אני וארי שבחבורה תרגימונה, ומנו? ר' זירא, הכא במאי עסקינן - כגון שנטלה למוד בה לאחרים, ובשואל שלא מדעת קא מיפלגי, מר סבר: שואל הוי, ומר סבר: גזלן הוי". וכתב הרשב"ם "דמר סבר - רבנן גזלן הוי וקנייה להתחייב בה עד שתבא ליד בעלים".

סעיף ו

החוטף משכון מיד הלוח שלא ברשות ב"ד, ה"ז גזלן, אף על פי שהוא חייב לו. ואין צ"ל אם נכנס לתוך בית חברו ומשכנו.

1. החוטף משכון מיד חברו, וכ"ש הנכנס לביתו למשכנו – **הרי הוא גזלן**, ואע"פ שחברו חייב לו כסף.

2. **האם נפסל לעדות ולשבועה בכך? סמ"ע (יב) – כן. ש"ך (ה): חוטף משכון – לא, נכנס לביתו – כן.** דלא משמע לאינשי שיש איסור בחטיפת משכון, כ"כ הב"י בסי' לד. אמנם בדברי הרמב"ם משמע שבכל ענין נקרא גזלן ופסול לעדות, ואף הראב"ד הודה לו אם נתברר לבסוף שלא היה חייב לו. וכן דעת רבינו ישעיה שהנכנס לבית חברו נפסל לעדות. אולם, דעת הרשב"ם והראב"ן שחוטף משכון אינו נפסל, ואף ברמב"ם אפשר לומר שקראו גזלן כדי להתחייב באחריותו, אך לא להיפסל לעדות (דלא כמו שהבינו בדבריו הטור, ה"ה והראב"ד).

3. אם ממשכן בתורת גבייה – לכו"ע אינו נפסל. **כ"כ הקצות (ב) בשם הנמוק"י ע"פ שיטת ר"ת** שהאיסור למשכן הוא רק כשנכנס לביתו בתורת משכון, אך לא כשמשכן ע"מ לגבות. הקצות הקשה איך יכול למשכן בתורת גוביינא בלא ביי"ד – הרי מאן שם לך?! ותיירץ ע"פ דברי הריב"ש (שצ"ו) שאין הכוונה שהוא גובה את זה ממש, שהרי אינו יכול לגבות בלא ביי"ד; אלא שהוא ממשכן על דעת שביי"ד ישומו ויגבו לו מהחפץ הזה, ולא כסתם משכון שהוא רק עבור בטחון החוב, אך אינו מתכוון לגבות אלא קרקע או מעות. הקצות התקשה בדבריו, דמשמע בש"ס שסתם משכון עומד לגבייה, ולא כדברי הריב"ש.

סעיף ז

איזהו גזלן, הלוקח ממון האדם בחזקה, ולמדו זאת חז"ל מכך שנאמר "ויגזול את החנית מיד המצרי", משמע שגזילה היא בכח ובחזקה כגון שחטף מידו מטלטלים, או שנכנס לרשותו שלא לרצון הבעלים ונטל משם כלים, או שתקף בעבדו או בבהמתו ונשתמש בהם, או שירד לתוך שדהו ואכל פירותיה וכל כיוצא בזה.

סעיף ח

איזהו עושק, זה שבא ממון חבירו לתוך ידו ברצון הבעלים, וכיון שתבעוהו כבש הממון בחזקה ולא החזירו, כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה או שכירות, והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה.

סעיף ט

הכופה את חבירו למכור את שלו ונותן לו דמיו - אסור, אבל אין לו דין גזלן ליפסל מדאורייתא, אלא מדרבנן, כמו שנתבאר.

ואע"פ שעבר על איסור 'לא תחמוד' - אינו נפסל בכך לעדות ולשבועה, כיון שלא משמע לאינשי איסור בהכי, שהרי נתן את דמיו.

סעיף י

כל החומד עבדו או אמתו או ביתו או כליו של חבירו או כל דבר שאיפשר שיקנהו ממנו, והכביד עליו רעים והפציר בו עד שלקחו ממנו, הרי זה עובר בלא תחמוד (שמות כ, יד). אך אם הפציר בו ולא לקחו ממנו לבסוף - אינו עובר בלא תחמוד, דכתיב "לא תחמוד כסף וזהב עליהם ולקחת לך"; סמ"ע (יז).

כל המתאוה ביתו או אשתו וכליו של חבירו וכל כיוצא בזה, כיון שחשב בלבו איך יקנה דבר זה ונפתה בלבו בדבר, עבר בלא תעשה של לא תתאוה (דברים ה, יח), ואין תאוה אלא בלב בלבד.

הסמ"ע כתב שיש נוסחא ברמב"ם שממנה משמע שדווקא בדברים שאפשר לקנות ממנו, עובר על 'לא תתאוה', דדבר שא"א לקנותו, לא שייך בו לא תתאוה, שהרי לא יוכל לבוא לבסוף לידי מעשה. אולם, הטור גרס ברמב"ם שמדובר בדברים שא"א לקנותו, וכתב הסמ"ע שדעתו שאפי' דברים שאינם יכולים לבוא לבסוף לידי מעשה - שייך בהו לא תתאוה, וכ"ש דברים שאפשר לקנותם.

סעיף יא

התאוה מביא לידי חימוד, והחמוד מביא לידי גזל; שאם לא רצו הבעלים למכור אף על פי שהרבה להם בדמים והפציר ברעים, יבא לידי גזל, שנאמר: וחמדו בתים וגזלו (מ"כ ב, ב). ואם עמדו הבעלים בפניו להציל ממנו או מנעוהו מלגזול יבא לידי שפיכות דמים, צא ולמד ממעשה אחאב ונבות.

סעיף יב

הא למדת שהמתאוה עובר בלאו אחד, והקונה דבר שהתאוה בהפצר שהפציר בבעלים עובר בשני לאוין, לכך נאמר: לא תחמוד (שמות כ, יד) ולא תתאוה (דברים ה, יח) ואם גזל, עובר בשלשה לאוין.

ב"ה

סימן שס

מצוה על הגזלן להשיב הגזילה, ואם אין בה שוה פרוטה או נשתנית, ובו י' סעיפים.

סעיף א

כל הגזלן חייב להחזיר הגזילה עצמה שנאמר: והשיב את הגזילה אשר גזל (ויקרא ה, כג). ואם אבדה או נשתנית, משלם דמיה, בין שהודה מפי עצמו בין שבאו עליו עדים שגזל.

אפילו גזל קורה ובנאה בבירה גדולה, הואיל ולא נשתנית, דין תורה הוא שיהרוס כל הבנין ויחזור הקורה לבעלים; אבל תקנו חכמים, מפני תקנת השבים, שיהיה נותן את דמיה ולא יפסיד הבנין. אפילו גזל קורה ועשאה בסוכות החג, ובא בעל הקורה ותובעה בתוך החג, נותן לו את דמיה. אבל אחר החג, הואיל ולא נשתנית ולא בנאה בטיט, מחזיר את הקורה עצמה. הגה: גזל קרקע ובנה עליה בניינים גדולים, צריך לסתור הכל ולהשיב קרקע לבעלים, דלא עשו תקנת השבים בקרקע (ר' ירוחם נל"א ח"ו).

1. גזלן חייב להשיב את החפץ הנגזל, כל זמן שהוא בעין. אבד או נשתנה – משלם את דמיו.

2. גזלן אינו משלם כפל, דדוקא גנב משלם כפל אך לא גזלן, ולכן אפי' באו עדים שגזל אינו משלם אלא קרן.

3. **תקנת השבים:** מדין תורה כל זמן שהגזילה בעין ולא נשתנית – חייב הגזלן להשיבה, ואפי' גזל קורה וקבעה בבנין צריך לפרק כל הבנין לשם כך, אך תיקנו חכמים שכאשר ההשבה כרוכה בהפסד מרובה או בטרחה גדולה – שישלם את דמיו, כדי לעודד אנשים לשוב בתשובה.

גיטין נה. במשנה "ועל המריש הגזול שבנאו בבירה – שיטול את דמיו, מפני תקנת השבים". וביאר רש"י "שאם אתה מצריכו לקעקע בירתו ולהחזיר מריש עצמו ימנע מלעשות תשובה". **בסוכה לא.** כתב רש"י "דאין כאן משום תקנת השבים שהרי לא טרח עליה לבנותה, ולא הוציא עליה יציאות".

יש לחקור האם תקנת חכמים היא עבור הגזלן או עבור הנגזל, כלומר האם המטרה שלנו היא כדי שהגזלן יחזור בתשובה ויתקן את מעשיו, או שמא המטרה שלנו היא שהחפץ או דמיו יחזרו לבעלים, ולכן אנו רוצים לעודד את הגזלן שיעשה תשובה. הנפק"מ היא האם עשו תקנת השבים בקרקע וכפי שיתבאר בסמוך.

4. **גזל קורה ובנאה בסוכה:** אם בא הנגזל ותבעו בתוך החג – משלם דמיה, דהמצוה קובעתה. אך אם בא לאחר החג – מחזיר את הקורה, כיון שלא נשתנית ולא חיברה בטיט; **סוכה לא.** "אמר רבינא: האי כשורא דמטללתא דגזולה, עבדי ליה רבנן תקנתא משום תקנת מריש וכו'." הני מילי - בגו שבעה, אבל לבתר שבעה - הדר בעיניה. ואי חברו בטינא, ואפילו לאחר שבעה נמי - יהיב ליה דמיי".

5. **אין תקנת השבים בקרקע,** ולכן אם גזל קרקע אפי' בנה עליה בניינים גדולים צריך להרסם ולהשיב הקרקע עצמה, כ"כ הרמ"א בשם רבינו ירוחם בשם הגאונים, והביאו הב"י בס"ס שעא.

מדוע לא עשו תקנה בקרקע? סמ"ע (ו) – כיון שהוא דבר קבוע לא היה לו לבנות שהרי ידע שהוא של הנגזל; **ותמהו על דבריו הט"ז, ההג"ה בבאר היטב והלבוש,** שהרי בכל גזילה יודע שהיא של הנגזל ולא היה לו להשתמש בה!! ואפי' הכי עשו תקנה! **הט"ז ביאר** שטעם התקנה כדי שהגזלן יעשה תשובה וישיב החפץ לידי בעליו, אך בקרקע כיון שהיא עומדת לעולם ועתידין בעלי זרוע ליפול – א"כ בעתיד ודאי תשוב לידי בעליה וא"צ לתקנה. **הלבוש ביאר** באופן דומה שטעם התקנה כדי שהגזלן לא יעלים החפץ, אך בקרקע כיון שא"א להעלימה, לא עשו תקנה. מדבריהם מוכח שהתקנה היא עבור הנגזל ולא כדי שהגזלן יעשה תשובה, דאם התקנה הייתה עבור הגזלן א"כ בכל ענין היה לנו לתקן כדי לעודד לגזלן שיעשה תשובה!

6. **האם יש תקנת השבים בקרקע כאשר הדבר נעשה בתום לב,** כגון שבלא ידיעתו הבנאים הכניסו חצי אמה בקרקע חבירו: **מבי"ט** – כן, דטעם הדבר שהחמירו בקרקע מפני שעבר על ילא תסיג גבול רעד', וכשלא עבר על כך לא החמירו. **משנה למלך** – בכל ענין אין תקנת השבים בקרקע. (פת"ש א).

סעיף ב

הגזלן פחות משהו פרוטה, אף על פי שעבר, אינו בתורת השבה.

אין חובת השבה על פחות משו"פ, אע"פ שאסור לגזלה. כן משמע בב"ק קה. שדוקא שוה פרוטה חייב להשיב אך פחות מכן לא, ואע"פ שהיה מקום לומר שהגמ' מדברת שם רק על החובה לילך אחריו אפי' למד, אך עצם חובת ההשבה שייכת בעל ענין, אך הטור והרשב"א והרמב"ם ביארו שהגמ' מדברת אף על עצם חובת ההשבה; כ"כ הבי"י.

סעיף ג

גזל ג' אגודות שוות שלשה פרוטות, והוזלו והרי שלשתן שוות ב' פרוטות, והחזיר לו שתים, חייב להחזיר השלישית הואיל ובתחלתה היתה שוה פרוטה.

1. אם גזל חפץ והוזל משלם כשעת הגזילה, ואע"פ שהוזל ושווה פחות מפרוטה, דכיון שאם היה בעין היה חייב להשיבו, כיון שאיבדו חייב לשלם כשעת הגזילה.

2. אפי' גזל ג' אגודות שוות ג' פרוטות והוזלו ועמדו על ב' והשיב שתי פרוטות, חייב להשיב השלישית, אע"פ שקיים מצוות השבה בב' הפרוטות הראשונות, ומפני רבותא זאת נקטה הגמ' מקרה זה ולא המקרה הראשון; תוס'.

ב"ק קה. "אמר רבא: גזל שלש אגודות בשלש פרוטות והוזלו ועמדו על שתים, אם החזיר לו שתים - חייב להחזיר לו אחרת, ותנא תונא: גזל חמץ ועבר עליו הפסח - אומר לו הרי שלך לפניך; טעמא דאיתיה בעיניה, הא ליתיה בעיניה, אף על גב דהשתא לאו ממונא, כיון דמעיקרא ממונא הוא בעי שלומי, **הכא נמי אף על גב דהשתא לא שוה פרוטה, [כיון דמעיקרא הוי שוה פרוטה] בעי שלומי**".

הרשב"א הקשה "ואיכא למידק ל"ל לאתויי ראיה מדיוקא דגזל חמץ והא משנה שנויה היא כל הגזלנים משלמין כשעת הגזלה ואפילו הזילו משלם כיוקרא דבשעת גזילה!! וכו' וי"ל דאי ממתני לא דייקין מינה הא דרבא, דמתני הוי"א דדוקא בשגזל אגודה שוה ב' פרוטות והוזלה ועמדה על פרוטה ואכלה וכו' שהרי ממון הוא וכו', אבל הא דרבא שכבר השיב השתים שהיו שוות פרוטה ונשארה השלישית שאינה שוה פרוטה ואלו היתה בעין אין בה שוה ממון ואם גזלה השתא לא ניתנה להשבון, אפילו כשאכלה הוי אמינא דלא ישלם כלום דשעת אכילתה כשעת גזלתה, קמ"ל מתניתין גזל חמץ דאע"ג דהשתא אינו שוה כלום מ"מ אלו איתא בעין הוי"ל לאהדורי כיון דבשעת הגזלה הוי ליה ממון, וכל שצריך להחזיר כשהוא בעין אם אכלו או שנאבד ואינו יכול להשיבו בעין משלם כשעת הגזילה".

סעיף ד

גזל שתים שוות פרוטה, והחזיר אחת, אף על פי שגזילה אין כאן, מצות השבת גזילה אין כאן.

1. גזל שתי אגודות שוות פרוטה, והחזיר אגודה אחת ונשאר עליו חוב השניה השווה פחות מפרוטה, אין בי"ד יכולים לכופו להשיב הגזילה מדיני ממונות, שהרי אין בי"ד נזקקין לפחות משו"פ בתחילת דין, אך יכולים לכופו לקיים מצוות השבת גזילה, מדין כפייה על המצות, שכיון שנתחייב להשיב גזילה שוה פרוטה ולא קיים מצוותו, כופין אותו עד שתצא נפשו; כ"כ הטור בשם הרמ"ה.

ב"ק קה. "בעי רבא: גזל שתי אגודות בפרוטה והחזיר לו אחת מהן, מהו? מי אמרין 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". **הרא"ש והטור ביארו בשם הרמ"ה** כפי שכתבנו. **אולם, הרמב"ם כתב** "גזילה יש כאן מצות השבה אין כאן", **והב"י** הביא גירסא אחרת בדבריו ועשאה לעיקר "גזילה אין כאן מצות השבה אין כאן" ופירש "גזילה אין כאן" היינו אין כאן השבת גזילה שהרי לא החזיר את כולה, ואע"פ כן "מצות השבה אין כאן" דכיון שנשאר בידו פחות משו"פ אינו מחויב בהשבתו. ונמצא לפי זה שהוא חולק על דינו של הרמ"ה. **המ"מ** גרס ברמב"ם כג' השניה, אך פירשה כדברי הרמ"ה.

ה-ט דין שינוי בגזילה

סעיף ה

נשתנית הגזילה, אף על פי שלא נתיאשו הבעלים, אין צריך להחזיר אלא דמיה כמו שהיתה שוה בשעת הגזילה, והוא שלא יהא שינוי החוזר לברייתו.

כיצד, הגזול עצים ודבקם במסמרים ועשה מהם תיבה, אינו שינוי, שהרי אפשר לפורקן וחוזרים לוחות כשהיו. גזל עפר ועשאו לבינה, לא קנה, שאם ידוק הלבינה תחזור עפר כשהיתה. גזל לשון של מתכת ועשאו מטבע, לא קנה, שאם יתיך המטבע יחזור לשון כשהיה; וכן כל כיוצא בזה.

סעיף ו

אבל הגזול עצים ושיפן וקצצן או חקק בהם ועשה כלים, או שגזל צמר וצבעו או נפצו או לבנו או עשאו לבדים, או שגזל לבינה ועשאה עפר, או אבנים וסתתן, או מעות והתיכן, ה"ז שינוי בידו, שאם יעשה מעות אחרות פנים חדשות הן, וכן כל כיוצא בזה. ואין נקרא שינוי אלא כ"נשתנה שם הגזילה מכח השינוי (טור סי"ד).

1. שינוי קונה, ואע"פ שלא נתיאשו הבעלים, ואינו צריך להשיב אלא דמים. ב"ק סו. "אמר רבה: שינוי קונה כתיבא ותנינא; כתיבא: והשיב את הגזלה אשר גזל - מה ת"ל אשר גזל? אם כעין שגזל - יחזיר, ואם לאו - דמים בעלמא בעי שלומי; תנינא: הגזול עצים ועשאו כלים, צמר ועשאו בגדים - משלם כשעת הגזילה; א"ל, לא הספיק ליתנו לו עד שצבעו - פטור, אלמא: שינוי קונה". **אמנם, בדף סה:** אמרה הגמ' שבית הלל למדו מהפסוק "לא־תביא אֶתֶּנְךָ זֶזְהָ וּמִתִּיר כָּלֵב וְכוּ' כִּי תִעֲבֹת ה' אֱלֹהֶיךָ גַּם־שְׂנֵיהֶם" (דברים כג, יט) - 'הם ולא שינוייהם', ששינוי קונה. **תוס' התקשה** מדוע יש ב' פסוקים!! וביאר שהגמ' בסה: דיברה לגבי שינוי שאינו חוזר, ודברי רבה נאמרו לגבי שינוי החוזר. **אולם, הקצות** (ב) ביאר שצריך ב' פסוקים כיון שהקדש מהדיוט לא גמרין, ולכן אם היה כתוב פסוק בגזל לא היינו יודעים לענין אתנן, וכן אם היה פסוק לגבי אתנן לא היינו יודעים לגבי גזל, דהו"א ש'כל מה דאמר רחמנא לא תעביד - אי עביד לא מהני', ולכן בעינן ב' פסוקים אף לגבי שינוי שאינו חוזר. וכן משמע מרש"י (ב"ק צג: ד"ה וכ"ש שינוי דאוי) שדברי רבה עוסקים בשינוי שאינו חוזר, ולא כתוס'.

2. דווקא שינוי שאינו חוזר לברייתו קונה, אך שינוי החוזר אינו קונה. ב"ק צג: נחלקו אב"י ורב אשי בהעמדת המשנה: אב"י העמיד את דברי המשנה בשינוי החוזר לברייתו, וסבר שאף שינוי החוזר קנה. אולם, רב אשי העמיד את המשנה דווקא בשינוי שאינו חוזר לברייתו, אך שינוי החוזר לא קנה. **ובדף צד:** "א"ר חייא בר אבא אמר רבי יוחנן: דבר תורה - גזילה הנשתנית חוזרת בעיניה, שנאמר: והשיב את הגזלה אשר גזל, מכל מקום; ואם תאמר: משנתנו! משום תקנת השבים. ומי אמר ר' יוחנן הכי!! וכו' לדידי מפרשא לי מיניה דרבי יוחנן: כגון שגזל עצים משופין ועשאו כלים, דהוה ליה שינוי החוזר לברייתו". **ומבואר שר' יוחנן סבר כרב אשי** ששינוי החוזר לא קני, והעמיד את משנתו בשינוי החוזר וקנה רק מפני תקנת השבים. **וכן סבר רב חסדא** (בדף סז.) לפי הלישנה השניה ששינוי החוזר אינו קונה. וכן סבר רב פפא (שיוזכר בסמוך), **וכן פסקו הראשונים.**

ב"ק צו: "אמר רב פפא: האי מאן דגזל עפרא מחבריה ועבדיה לבינתא - לא קני, מאי טעמא? דהדר משוי ליה עפרא; לבינתא ועבדיה עפרא - קני, מאי אמרת? דלמא הדר ועביד ליה לבינתא, האי לבינתא אחריתי הוא, ופנים חדשות באו לכאן. ואמר רב פפא: האי מאן דגזל נסכא מחבריה ועביד זוזי - לא קני, מאי טעמא? הדר עביד להו נסכא; זוזי ועבדינהו נסכא - קני, מאי אמרת? הדר עביד להו זוזי, פנים חדשות באו לכאן". ומדבריו מוכח שסבר שבעינן שינוי שאינו חוזר.

3. האם בעינן בנוסף גם שינוי השם? רמ"א - כן.

מהי דעת השו"ע? ש"ך (ד) - כדעת הרמ"א. תורת חיים - א"צ בשינוי השם. המהרש"ל והש"ך נקטו לדינא שצריך שינוי השם; אולם הגר"א נקט שלא תמיד צריך שינוי השם.

כמובן שאין הכוונה בשינוי השם חשוב, שהרי הוא מועיל אפי' בלא שינוי מעשה; אלא מיירי בשינוי השם כל שהוא שהוא מבטא שיש משמעות לשינוי מעשה; קצות (ה).

תוס' והרא"ש (ב"ק צג:) דיקדקו מכך שנקטה המשנה "עצים ועשאו כלים" שדווקא שינוי בכה"ג שאף משנה את שמו של החפץ - קונה, אך אם לקח עצים ושיפן ולא נעשה כלי בכך, אע"פ שהוא שינוי שאינו חוזר - לא קנה. והוכיחו כן אף מדברי רב פפא בכו. שהקוצץ דקל לא קנאו, וכן אם חתכו לחתיכות - לא קנה, כל זמן שלא נשתנה שמו. **הטור** פסק כדבריהם, והב"י לא הביא חולק על כך, **וכן פסק הרמ"א כאן.**

מהי דעת השו"ע? התורת חיים כתב שהרמב"ם והשו"ע חולקים על דין זה, שהרי לא הזכירוהו במפורש. **הש"ך** (ד) דחה דבריו דאין בכך ראיה, ועוד שהרי בסעיפים ח-י פסקו כדברי רב פפא לגבי דקל שמוכח מהם ששינוי מעשה בלא שינוי השם אינו קונה! אולם הת"ח כתב שאין ראיה מהדין של דקל וקצצו כיון ששם זה לא בכלל שינוי כיון שאינו ניכר. **וכן נקט הגר"א** ששינוי מעשה קונה אף בלא שינוי השם והוכיחו כן מ'גזל טלה ונעשה איל' דהוי שינוי מעשה ולא שינוי השם (כדמוכח בגמ' שאל בן יומו קרוי איל), וכן מפשט הגמ' שם (ב"ק סה:) משמע שאלו שני דברים שונים. ואת ההוכחה מדינו של רב פפא לגבי דקל, הביא מדברי התוס' בסוכה ל: ד"ה שינוי שכתבו שקציצת דקל אינה חשובה שינוי.

הקצות (ה) כתב שאף לדברי הסוברים שבעינן שינוי השם, אין הכוונה לשינוי השם גמור, שהרי שינוי השם גמור קונה מצד עצמו אך בלא שינוי מעשה! אלא מיירי בשינוי השם כל דהו, שהוא מלמדנו שיש משמעות למעשה שנעשה כאן, כדי להיחשב כשינוי מעשה.

4. גזל עפר ועשאו לבינה - לא קנה, שהרי אפשר לפרר הלבינה ויחזור להיות עפר, והרי זה שינוי החוזר. אך אם גזל לבינה ועשאה עפר - קנה, שהרי אף אם יחזור ויעשה ממנה לבנה חדשה, הרי זה דבר אחר ולא אותה לבנה שהייתה קודם לכן.

האם דין זה נכון גם כשצרפה בכבשן? רשב"א – לא, כיון שא"א לפורר אותה לעפר דק. סמ"ע (י) – כן, דהכי משמע מלשון הטור, והטעם הוא שעפר אינו חשוב ואין קפידא אם יחזור להיות דק וכתוש כבראשונה.

5. גזל לשון מתכת ועשה ממנו מטבע – לא קנה, שהרי אפשר להתיר המטבע ולהחזירו לקדמותו. ואע"פ שזה לא יחזור להיות בדיוק אותה חתיכת כסף, כיון שאין מקפידין על זה לא משנה. אך אם גזל מטבע ועשאו לשון מתכת – קנה, שהרי אף אם יחזור ויעשה ממנו מטבע, הרי זה מטבע שונה ד"פנים חדשות באו לכאן'.

מה הדין אם עשה ממנו כלי כסף? סמ"ע (יא): תוס' – קנה, רשב"א – לא קנה. ש"ך (א) – לכו"ע לא קנה, דאף התוס' לא אמרו כן אלא למ"ד שינוי החזור קני, א"כ לדידן לא קנה.

6. גזל צמר וצבעו שקנה, היינו דוקא בצבע שאינו יכול להעבירו, ודלא כרבינו ירוחם הסובר שאע"פ שיכול להעבירו מיקרי שינוי שאינו חוזר; ש"ך (ב). **ב"ק צג:** "ר"בא אמר: לעולם לא פליגי רבנן עליה דרבי שמעון בן יהודה (כלומר והם מודים לו שצבע לא הוי שינוי), ושאיני צבע, הואיל ויכול להעבירו ע"י צפון, וכי קתני התם לא הספיק ליתנו לו עד שצבעו – פטור, ואוקימנא כדברי הכל (וא"כ אנו רואים שצבע חשיב שינוי!!) – בקלא אילן, דלא עבר". ומבואר בגמ' שצבע שיכולים להעבירו הרי הוא שינוי החוזר ואינו קונה.

7. האם ליבון לבדו קונה? פשט השו"ע – כן. אולם, הלבוש, הש"ך (ג) והגר"א כתבו שט"ס יש בשו"ע וצריך לגרוס "ולבנו", דדוקא ניפוץ וליבון יחד קונה, אך לא ליבון לבד. וכדברי רבי חייא בר אבין שאמר "הא דחוריה חזורי, הא דכבריה כבויי", דהיינו שרק ליבון יחד עם גפרית קונה, אך סתם ליבון לא מהני.

סעיף ז

הגזל מעות ישנות ושיפן וחדשן, לא קנה, שהרי מתישנן וחוזרים כשהיו. גזל מעות חדשים וישנן, קנה, שאם יחדשם פנים חדשות הם. (גזל אבנים וסתתן, קנה. צמר, וצבעו או לבנו בענין שאינו חוזר לברייתו, קנה) (טור שם).

ב"ק צו: "שחימי ועבדינהו חדתי – לא קני, חדתי ועבדינהו שחימי – קני, מאי אמרת? הדר עביד להו חדתי, מידע ידיע שיחמייהו".

והעירו הסמ"ע (טז) והש"ך (ה) שדברי הרמ"א כבר נתבארו בדברי השו"ע בסעיף הקודם, והם מיותרים.

סעיף ח

גזל דקל מחובר וקצצו, לא קנה; אפילו כרתו חוליות חוליות. עשאו קורות, קנה.

סעיף ט

גזל קורות גדולות ועשאו קטנות, לא קנה. קצצן לוחות עד שנשתנה שמם, קנה.

1. גזל דקל וכרתו – לא קנה, ואפי' חתכו לחוליות חוליות. אולם אם עשה ממנו קורות – קנה. פשט הדברים מפני שלא סגי בשינוי מעשה לבד, אלא צריך שיהיה לשינוי גם משמעות והיינו שישתנה שמו ע"י המעשה. וכבר נתבאר זה בסעי' ה-ו מס' 3, שהחולקים סוברים שאין זה חשוב שינוי מעשה כיון שאין משמעות לכך שחתכו.

2. גזל קורות גדולות ועשאו קטנות – לא קנה, אא"כ עשה מהן לוחות ונשתנה שמן. כנ"ל.

ב"ק צו. "אמר רב פפא: האי מאן דגזל דיקלא מחבריה וקטליה, אף על גב דשדיא מארעא לארעא דידיה – לא קני, מאי טעמא? מעיקרא דיקלא מיקרי והשתא נמי דיקלא מיקרי; דיקלא ועביד גובי – לא קני, השתא מיהת גובי דדיקלא מיקרי; גובי ועבדינהו כשורי – קני; כשורי רברבי ועבדינהו כשורי זוטרי – לא קני, עבדינהו קצוצייתא – קני".

סעיף י

גזל לולב והפריד עליו, קנה העלין. גזל עלים ועשאו חופיא, קנה. (טלה ונעשה איל, עגל ונעשה שור, קנה) (טור שם).

ב"ק צו. "אמר רבא: האי מאן דגזל לוליבא ועבדינהו הוצי – קני, דמעיקרא לוליבא מיקרי והשתא הוצי; הוצי ועבדינהו חופיא (פי' כעין מטאטא) – קני, מעיקרא הוצי והשתא חופיא; חופיא ועבדיה שרשורא (פי' כעין חבל) – לא קני, מאי טעמא? דהדר סתרי ליה והוי חופיא".

ב"ה

סימן שסא

דין יאוש, ואם יש עמו שינוי השם או שינוי רשות, ובו ח' סעיפים.

סעיף א

יאוש לחוד לא קנה.

נתבאר בסי' שסג סעיף ב.

מהו יאוש? הקצות (א) הביא שלדעת רש"י משמע שיאוש קונה מתורת הפקר, אולם התוס' (ב"ק סו) כתבו שיאוש אינו מתורת הפקר, דאם לא כן מדוע שלא יועיל אע"פ שבאיסורא אתי לידיה.

סעיף ב

יאוש עם שינוי השם גרוע שחוזר לברייתו, י"א שקונה ואינו צריך להחזיר אלא דמיה.

1. שינוי השם גרוע שאינו מועיל מצד עצמו, אם הוא בא לאחר יאוש – קונה, וא"צ להחזיר אלא דמי הגזילה. כ"כ הטור כאן ובסי' שנג, ופסקו השו"ע בב' המקומות.

עין בסימן שנג סעיף ב, שם ביארנו את מקור דין זה.

הטור כתב שדין זה הוא מדאורייתא. הנהיגות (א) תמה מנין למד זאת הטור?! הרי מהדרשה "אשר גזל" אם כעין שגזל יחזיר ואם לא – דמים בעלמא בעי שילומי" למדנו ששינוי שאינו חוזר קונה, משא"כ שינוי החוזר; וא"כ שינוי החוזר בצירוף יאוש מנלן שקונה?! **לכן ביאר שדברי רבה (ב"ק סו.) הם אליבא דהלכתא, ומיירי בשינוי החוזר לאחר יאוש**, שהרי גם רב חסדא העמיד (ב"ק קיא:) את הפסוק לאחר יאוש, נמצא ששינוי החוזר לאחר יאוש קונה. הטעם הוא מפני שהחזרון בשינוי השם החוזר מפני שאינו משמעותי, שהרי כשיחזור החפץ לנגזל ישנה את שמו בחזרה לדבר המקורי. אולם, לאחר יאוש השינוי משמעותי, שהרי הגזלן לא יחזיר את שמו למה שהיה קודם. **ע"פ זה חידש הנתיבות ששינוי השם החוזר שקונה הוא דווקא אם נשתנה ע"י הגזלן, וכלשון הגמ' 'מחשבה של גזלן מטמאתו'; שהרי אם אחר ישנה את שמו, הגזלן יחזירם למצב הראשון. לעומת שינוי מעשה שקונה אפי' אם נשתנה ממילא, או ע"י אחרים.**

ע"פ זה ביאר שכל הדינים שבסוף הסימן הקודם, שעסקו בשינוי מעשה החוזר שאינו קונה, כגון גזל נסכא ועשאה זוזי, מדובר דווקא כשעשאו אחר, אך אם הגזלן עשאה זוזי לאחר יאוש, אע"פ שאפשר להחזירם למצבם הקודם, אך כיון שנשתנה שמם עם היאוש – קנה. ואע"פ שהשו"ע לא הזכיר דין זה, הוא מפני שסמך על מה שכתב כאן אצלנו.

סעיף ג

בד"א, בידוע שנתייאשו הבעלים. אבל סתם גזילה לא הוי יאוש בעלים.

אמנם לגבי גניבה אמרינן שסתם גניבה הוי יאוש בעלים. הטעם לחלק ביניהם הוא מפני שבגזילה יודע מי גזל ממנו, ויוכל לתבוע אותו בדין לאחר מכן ולהוציאו מידו, משא"כ גניבה שאינו יודע מי הגנב ולכן מתייאש ממנו; סמ"ע ד.

סעיף ד

יאוש עם שינוי רשות, קנה, ונתבארו משפטיו בסימן שנג.

סעיף ה

לא הוי שינוי אלא אם כן מכרו או נתנו לאחר. (י"א (נ"י פ' חז"ה) דאם מכרו באחריות או נתנו בטעות או בעל כרחו, לא מקרי שינוי רשות) (תשובת רשב"א סימן תתקס"ח), 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. ואם פרעו השני לראשון, או שהגזלן הראשון מחל לשני, אינו כלום, כי אין דינו של שני אלא עם הבעלים, ל"ש אם ידע השני שהוא גזול ביד הגזלן ל"ש שלא ידע; ואפילו אם אכלו השני, חייב לשלם לבעלים.

1. שינוי רשות הוא דווקא אם מכרו או נתנו לאחר, אך אם בא אחר וגזלו ממנו בין אם ידע שהראשון גזלו ובין אם לאו – אינו קונה, והרי זה כאילו גזלו מבית הבעלים, ושוב אין הראשון יכול למחול לשני, וכן אין מועיל פרעון מהשני לראשון.

ב"ק קיא: "אמר רב חסדא: גזל ולא נתייאשו הבעלים, ובא אחר ואכלו ממנו, רצה - מזה גובה, רצה - מזה גובה; מאי טעמא? כל כמה דלא נתייאשו הבעלים, ברשותיה דמריה קאי". הנמוקי יוסף הקשה הרי גם אם גנב מהראשון לאחר שנתייאשו הבעלים, יכולים הבעלים לגבות מהשני מדינא דר"נ? ותיירץ שהרבותא היא שאפי' אם הגנב הראשון מוחל לשני, או שהשני פרע לראשון – אינו כלום, ועדיין יכול הנגזל לבוא ולגבות ממנו, כיון שחיוב הגנב השני כלפי הבעלים הוא כאילו גנבו ישירות מהם.

2. מכירה באחריות: רמ"א – לא הוי שינוי רשות בהכי; כ"כ הרשב"א בתשובה. ש"ך (ב) – הוי שינוי רשות, דלא מצאנו בשום מקום שחילקו בהכי, ואין שום סיבה לחלק; כ"כ בס"י לו ס"ק כט.

3. נתינה בטעות או בעל כרחו: רמ"א – לא הוי שינוי רשות בהכי; כ"כ הרשב"א בתשובה. ש"ך: אם התבלבלו בין שלו לשל אחר – חשיב שינוי רשות לרוב השיטות, ולדעת בעל המאור בכל ענין הוי שינוי רשות, וצ"ע.

קשה על הרמ"א שהרי בסימן שסח מבואר שהמציל מיד הגזלן, אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו, וכאן מבואר שאם לקחו ממנו בע"כ לא הוי שינוי רשות? נתיבות (ב) – יש לחלק בין יאוש קודם שבא ליד הגזלן, שבכה"ג מהני אף בלא שינוי רשות, ובהכי איירי התם. לבין נתיאש לאחר שבא החפץ ליד הגזלן, שבכה"ג לא מהני בלא שינוי רשות, בהכי איירי הרמ"א הכא. הט"ז (שסח) תירץ שמייירי שהציל מיד הגזלן בדרך שכנוע והסכמה, ולא חטף ממנו בע"כ.

סעיף ו

בד"א, שלא נתייאשו. אבל אם נתייאשו ובא אחר ואכלו, פטור; נהי שאם היה בעין היה חייב להחזירו, עתה שאכלו, פטור.

אם נתיאשו הבעלים ובא אחר וגנבו ואכלו – פטור, אך אם הוא בעין – חייב להחזיר. הראשונים התקשו איך יכול להיות שכאשר הגזילה בעין חייב להשיבה, אך אם יאכלה יפטר מהשבתה? הרא"ש תירץ דהוא גזירת הכתוב, שהרי דרשינן ליה מקרא ד'אשר גזל', וכ"כ התוס' בתחילת דבריהם. אולם, למסקנת התוס' דין זה הוא מסברא, שכיון שהבעלים התיאשו מהגזילה, והוי קצת שינוי רשות – קנאו בכך. אלא שאם החפץ בעין תיקנו חכמים שצריך להחזירו מפני כבוד אביהם, כיון שמדובר על חפץ מסוים שניכר שאביהם גנבו.

סעיף ז

מת והוריש הגזילה לבניו, לא הוי שינוי רשות, אלא הוי כאילו אביהם קיים, שאם הוא בעין ולא נשתנית צריכים להחזירה אפילו נתיאשו הבעלים; ואם נשתנית והיא קיימת, נותנים דמיה. אבל אם אכלוה, בין בחיי האב בין לאחר מותו, אם קודם יאוש אכלוה חייבים לשלם; לאחר יאוש פטורים, אם לא הניח אביהם נכסים; אבל אם הניח אביהם נכסים, אפילו אכלוה אחר יאוש חייבים לשלם. וכן אם מכרה האב או נתנה לאחר, אם הניח נכסים חייבים לשלם. ואין חילוק בזה בין גדולים לקטנים. ואם אמרו הגדולים: יודעים אנו שעשה אבינו חשבון עמך ולא נשאר לך כלום בידו, נאמנים. וי"א דהני מילי כשאין ידוע שגזלה אביהם, אלא על פיהם; אבל אם היו עדים שגזלה, אינם נאמנים.

1. רשות יורש לאו כרשות לוקח, ולכן ירושה אינה חשובה כשינוי רשות. לכן, אם היא בין ולא נשתנית – צריכים להחזירה לבעלים, אפי' לאחר יאוש. אך אם נשתנית והיא קיימת – משלמין את דמיה.

ב"ק קיא: במשנה "הגזול ומאכיל את בניו, והניח לפניהם - פטורין מלשלם, ואם היה דבר שיש בו אחריות - חייבין לשלם". ובגמ' "אמר רמי בר חמא, זאת אומרת: רשות יורש כרשות לוקח דמי; (שהרי המשנה אומרת שאם הוריש להם את הגזילה פטורים מלשלם). רבא אמר: רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, והכא במאי עסקינן – כשאכלום וכו'. אמר לך רבא, הכי קאמר: אם הניח להם אביהם אחריות נכסים - חייבין לשלם". **ופסקו הראשונים כרבא.**

עיין בנתיבות ס"י שנג ס"ק ג באמצע דבריו שרצה לתלות מח' זו בשאלה האם יאוש הוי הפקר או לא.

2. אם היורשים אכלו את הגזילה: אם קודם יאוש – חייבים לשלם מממונם, כדין הגזול מהגזלן הראשון קודם יאוש, שדינו כאילו גזל ישירות מהבעלים. אך אם לאחר יאוש: פטורים, כמו שנתבאר בסעיף הקודם. אך אם הניח אביהם נכסים חייבים לשלם מהם, כיון שנכסיו השתעבדו לנגזל משעת הגזילה, וכמו שיתבאר.

3. אם הגזילה אינה בעין, כגון שאכלוה היתומים לאחר יאוש, או שמכרה אביהם או נתנה לאחר, **אך הניח האב אחריו נכסים אחרים, גובים מהם**; שהרי נשתעבדו נכסיו בשעת הגזילה; ואע"פ שמדינת דגמי גובין רק מנכסים משועבדים, אך האידנא גובין גם ממטלטלי דיתמי, או מחמת תקנת הגאונים (לשיטת הרמב"ם), או מדינת דגמי דהוי כגמלי דערביא שעיקר סמיכתו עליהם (לשיטת הרא"ש); כמו שנתבאר בסי' קז סעיף א. אך אם לא הניח – אין גובין מהיתומים חוב אביהם.

4. דין זה נכון בין מיתומים גדולים, ובין מיתומים קטנים.

ב"ק קיב. "ת"ר: והשיב את הגזילה אשר גזל – מה ת"ל אשר גזל? יחזיר כעין שגזל, מכאן אמרו: הגזול ומאכיל את בניו – פטורין מלשלם. הניח לפניו (דהיינו שהגזילה קיימת) – בין גדולים בין קטנים חייבין; משום סומכוס אמרו: גדולים חייבין, קטנים פטורין". **ופסקו הראשונים כרבנן דסומכוס.** טעמו של סומכוס מפני שאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד, וקטן כשלא בפניו דמי. אולם, לרבנן מיירי הכא כשידוע שהדבר הזה גזול ובכה"ג נזקקין לנכסי הקטנים. **וכן פסק השו"ע.**

5. אם היתומים טוענין שאביהן שילם לגזול ונפטר מחובו:

א. אם טוענין בברי – נאמנים, אפי' אם טוענין 'אבינו אמר לנו כן'; ש"ך ה.

ב. אם טוענין בשמא: סמ"ע (יב) – מוציאין מהו, דלא טוענין טענות שאין שכיחות. ש"ך (ד) – טענין להו, נחלקו הרא"ש והרמב"ם האם טוענין מידי דלא שכיח, דדעת הרא"ש דלא טענין, אך דעת הרמב"ם דטענין. וקיי"ל דדין זה הוא ספיקא דדינא, וא"כ אין מוציאין מהיתומים מספק. (וכ"ש שדעת הש"ך שדברי הרמב"ם נראין עיקר).

ב"ק קיב. "ת"ר: הגזול ומאכיל את בניו – פטורין מלשלם, הניח לפניו – גדולים חייבין לשלם, קטנים פטורין מלשלם, ואם אמרו גדולים אין אנו יודעין חשבונו שחשב אבינו עמך – פטורין. משום דאמרי אין אנו יודעין פטורים? אמר רבא, הכי קאמר: גדולים שאמרו יודעים אנו חשבונו שחשב אבינו עמך, ולא פש לך גביה ולא מידי – פטורין".

דקדקו הראשונים מדברי רבא שמיירי דווקא בטוענים ברי, אך בטענת שמא אינם נאמנים, והתקשו מדוע לא טענין להם!! **הרא"ש תירץ** שכל טענה שאינה שכיחה לא טענין ליתמי, וטענת קניית בגזל אינה שכיחה **וכ"כ הרז"ה. אולם, הרמ"ה והרמב"ם** (הובאו בנמוק"י) חולקים וסוברים שטענין אף טענות שאין שכיחות, ולכן גם בטענת שמא נטען להם. אלא שהעמידו שבגמ' מדובר שיש עדים וראה לאחר מיתת האב, אך אין ראה בשעת העמדה בדין, ולכן אם יטענו בברי שידועים שאביהם קנה – נאמנים במיגו שיכלו לומר החזרנו. אולם, אם אינם יודעים לא נטען עבורם, כיון שאביהם לא יכל לטעון קנייתו שהרי אין לו מיגו דהחזרתי, שהרי ראינו את החפץ לאחר מיתתו; ובטענין אנו טוענים רק טענות שהאב יכל לטעון ולא טענות שהיתומים יכולים לטעון.

6. האם דין זה נכון לכו"ע? פשט השו"ע, סמ"ע (יג), לבוש – לא, אלא יש החולקים וסוברים שמיירי דווקא כשאין עדים על הגזילה כלל, אך כשיש עדים על הגזילה אע"פ שלא ראו החפץ ביד היתומים – אינם נאמנים ואע"פ שיש להם מיגו שיכלו לטעון 'החזרנו לך', אך הרי זה 'מיגו דהעזה', שהרי הם מעדיפים לטעון 'אבינו עשה עמך חשבון', מלטעון 'החזרנו לך'. **ש"ך (ז) – כן.** שהרי קיי"ל שמיגו דהעזה בכה"ג אמרינן לכו"ע, כמו שנתבאר בסי"ס פב בכללי מיגו (דמיגו דהעזה להחזיק ממון אמרינן ורק לאפטורי משבועה לא אמרינן). וכוונת השו"ע שכתב דין זה בלשון י"א מכיון שאין זה מפורש בש"ס, ובש"ס היה אפשר לטענות שטענת 'אבינו עשה עמך חשבון' היא טענה טובה בפני עצמה, קמ"ל שאינה טענה אלא מכח מיגו דהחזרנו. וכן כוונת הרא"ש, שהוא מקורו של הטור, שמדובר שיש עדים שהגזילה באה ליד אביהן ועודה בידו. וכן מוכח בנמוק"י וברמב"ם וברשב"א שאע"פ שיש עדים נאמנים כל זמן שלא ראינו את החפץ בידיהם ממש.

אמנם, הרשב"א שם מביא בשם הראב"ד שאפי' כשיש עדים וראה הם נאמנים לומר שאביהם עשה עמו חשבון ושילם לו את דמי החפץ, אלא שכתב שזה דווקא לשיטת הראב"ד בסוגיית 'בן גזלן יש לו חזקה' (ב"ב מז.). הסובר שבן גזלן נאמן לטעון שהוא קנה את החפץ מהגזול, אף כשיש עדים וראה, וא"כ הם נאמנים לומר אבינו לקחה ממך במיגו דאנחנו קנינו ממך.

סעיף ח

הגזול את חברו בעדים, יש אומרים שאינו צריך להחזיר לו בעדים, ויש אומרים שצריך.

קיי"ל שהמלוה מחברו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים, ובפשטות הוא הדין גם בגזול את חברו. אולם, בדעת הרמב"ם כתב הרב המגיד שלגבי גזלן צריך להחזיר לו בעדים, ולא דמי למלוה שמתחילתו לזה כדי לפרוע משא"כ גזלן שאינו גזול ע"מ להשיב. אולם, הש"ך העלה לדינא כדעה ראשונה, וכתב שאף הרמב"ם אין הכרח לומר שחולק על זה, ועוד שרבו החולקים על הרמב"ם בדין זה; וכן עיקר.

סימן שסב

השביחה הגזילה ביד הגזלן ממילא, ובו י"ג סעיפים.

סעיף א

הגזילה שלא נשתנית, אלא הרי היא כמו שהיתה, אף על פי שנתיאשו הבעלים ממנה ואף על פי שמת הגזלן והרי היא ביד בניו, הרי זו חוזרת לבעליה בעצמה. ואם נשתנית ביד הגזלן, אף על פי שעדיין לא נתיאשו הבעלים ממנה, קנאה בשינוי, ומשלם דמיה כשעת הגזילה.

כמו שנתבאר בסי' שס שינוי קונה, ובסי' שסא שיאוש לבדו אינו קונה.

סעיף ב

נתיאשו הבעלים ממנה ולא נשתנית, קנה הגזלן כל השבח שהשביח אחר יאוש, ואינו משלם אלא כשעת הגזילה; ודבר זה מדבריהם, מפני תקנת השבים. וכשמחזיר לו הגזילה שמין לו השבח ונוטל מן הנגזל.

אם השביחה הבהמה קודם יאוש – השבח לנגזל.

אם השביחה הבהמה לאחר שנתיאשו הבעלים – קנה הגזלן השבח שהשביח לאחר היאוש, ולכן צריך להחזיר את הבהמה עצמה ואת שבחה, ונוטל את דמי השבח מהנגזל; ודין זה הוא מדרבנן מפני תקנת השבים.

ב"ק צה. - ופסק כדעת הרמב"ם, ודלא כרוב הראשונים, וכמו שנתבאר בהרחבה לעיל בסימן שסד סעיף א. הרמ"א המתין להשיג על השו"ע עד סעיף ח, כיון שכל דבריו עד שם הם ע"פ שיטת הרמב"ם, ודלא כשאר הראשונים. ושיטתם נתבארה שם שכל השבח הולך לגזלן, ואין חילוק אם בא קודם יאוש או לאחר יאוש. עוד הבאנו שם שנחלקו הראשונים האם דין זה הוא מפני תקנת השבים, או שהשבח עצמו נחשב כשינוי וקונה מדינא; עיי"ש.

סעיף ג

מכרה הגזלן או נתנה במתנה, אף על פי שלא נשתנית הגזילה, אינה חוזרת בעצמה מיד הלוקח, הואיל ונתיאשו הבעלים, בין לפני מכירה ונתינה בין לאחר מכירה ונתינה, קנאה הלוקח ביאוש ושינוי רשות. (ויש חולקין, ועיין לעיל סימן ש"ג). (טור סי' ש"ג בשם הרא"ש).

1. יאוש ושינוי רשות קונה, ולכן אם מכרה או נתנה הגזלן – אין הלוקח או המקבל צריכים להחזיר את הגזילה.

2. האם בעיני יאוש קודם לשינוי רשות או לא? שו"ע – לא, כדעת הרמב"ם. רמ"א, ש"ך (א) – כן, ובעיני יאוש קודם לשינוי רשות. וכמו שנתבאר בהרחבה בסימן ש"ג סעיף ג.

סעיף ד

הגזל והשביח ומכר או הוריש לפני יאוש, מה שהשביח הוריש, ומה שהשביח מכר, וקנה לוקח או יורש את השבח, ונוטל דמי השבח מנגזל, ומחזיר הגזילה, וחוזר הנגזל ונוטל דמי השבח מהגזלן, שהרי לא נתיאש. וכן אם השביח הלוקח או היורש, נוטל השבח מהנגזל.

1. **אם השביח הגזלן לפני יאוש ואח"כ מכר או הוריש** – קנה הלוקח את השבח, ומחזיר הגזילה ונוטל דמיה ודמי שבחה מהנגזל, וחוזר הנגזל ונוטל דמי הגזילה והשבח מהגזלן.

2. **אם מכר או הוריש לפני יאוש, והשביחה ביד הלוקח:** לבוש, קצות (ב), נתיבות (א) – הלוקח נוטל דמי השבח מהנגזל, אך הנגזל אינו חוזר על הגזלן. מפני שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, או כשעת הוצאה מרשותו או מהעולם. דבשעה שמכר את החפץ, באותה שעה הוא דאזיקה וממילא אינו חייב אלא כפי שוויה באותה שעה ולא יותר מכן. סמ"ע (י) – אף בכה"ג יכול הנגזל לחזור על הגזלן, כיון שיכול לומר לו אם לא היית גוזל ממני, היה החפץ משביח בידי, ונמצא שהפסדתני אף את השבח.

ב"ק צו. "אמר רבא: גזל והשביח ומכר, וגזל והשביח והוריש - מה שהשביח מכר, מה שהשביח והוריש. בעי רבא: השביח לוקח, מהו? בתר דבעיא הדר פשטה: מה מכר ראשון לשני? כל זכות שתבא לידו". לדעת הרמב"ם אע"פ שקודם יאוש אין הגזלן קונה את השבח, אך בלוקח שאני, דהתקינו חכמים כן לטובתו.

ה-ו השביח ביד לוקח גוי

סעיף ה

מכר הגזלן לעובד כוכבים, והשביח העובד כוכבים, השבח חוזרת לבעלים.

סעיף ו

מכר העובד כוכבים לישראל אחר שהשביח, הואיל והגזלן ישראל וזה שבידו ישראל, קנה השבח. ואם תפס הנגזל, אין מוציאין מידו.

1. אם מכר קודם יאוש לגוי – אין הגוי קונה את השבח, דבכה"ג לא תיקנו לו חכמים.

2. אם הגוי הלך ומכר אח"כ לישראל – קנה השבח, אך אם תפס הנגזל את השבח – אין מוציאין מידו; איבעיא בגמ' ולא איפשיטא, ולכן אין מוציאין מיד המוחזק, ואינו צריך לשלם לנגזל, אך מאידך אם תפס הנגזל – לא נוציא מידו.

ב"ק צו. "בעי רבא: השביח עובד כוכבים, מהו? א"ל רב אחא מדפתי לרבינא: תקנתא לעובד כוכבים ניקו ונעבוד? אמר ליה: לא צריכא, כגון דזבניה לישראל. סוף סוף הבא מחמת עובד כוכבים הרי הוא כעובד כוכבים! לא צריכא, כגון דגזל ישראל וזבנה ניהליה והשביחה עובד כוכבים, והדר עובד כוכבים וזבנה לישראל, מאי? מי אמרין: כיון דמעיקרא ישראל והדר ישראל - עבדי רבנן תקנתא, או דלמא כיון דאיכא עובד כוכבים באמצע - לא עבדו ליה רבנן תקנתא?! תיקו".

הקצות (ג) תמה על דברי הבי"י שכתב שבכל ספק מהניא תפיסה, הרי כתב ה"ה בדעת הרמב"ם שבספק תקנה אוקמוה אדינא ולא מהני תפיסה, וא"כ כאן כיון שמעיקר הדין השבח לנגזל אלא שמשום תק"ח הוא לגזלן, א"כ כיון שהוא ספק מדוע לא נאמר שהשבח לנגזל ואפי' לא תפס – נוציא מיד הלוקח?! ותיירץ שאולי כאן שהלוקח הוא 'מוחזק מעיקרא' בכה"ג לא אמרין שלא מהניא תפיסתו, אלא הרי הוא מוחזק ולא נוציא מידו.

ז-ח שבח הבא מאליו לאחר יאוש

סעיף ז

כבר נתבאר שהגזילה שהשביחה אחר יאוש או אחר שנשתנית, השבח לגזלן אף על פי שהשביחה מאליה. כיצד, גזל פרה ונתעברה אצלו, בין שילדה קודם שתבעו בדין בין שעדיין לא ילדה, גזל רחל ונטענה אצלו, בין שגזזה קודם שתבעה בדין, בין שעדיין לא גזזה, הואיל ונתיאשו הבעלים משלם כשעת הגזילה. ואם ילדה וגזזה, הגזות והולדות של גזלן. ואם עדיין לא ילדה ולא גזזה, שמין לו, ונוטל השבח מהנגזל ומחזיר הבהמה עצמה.

סעיף ח

גזל פרה מעוברת, ונתיאשו הבעלים ואחר כך ילדה; רחל טעונה ונתיאשו הבעלים ואחר כך גזזה, משלם דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזז. ואם לפני יאוש וקודם שנשתנית ילדה או גזזה, הרי הגיזות והולדות של בעלים, ואעפ"י שנתעברה או נטענה ביד הגזלן, הואיל ולא נתיאשו הבעלים ולא נשתנית הגזילה היא ברשות בעליה אף על פי שהגזלן חייב באונסים. הגה: כל אלה דברי הרמב"ם, אבל יש חולקין, וכמו שנתבאר ריש סימן שנ"ד ושנ"ו. ואפילו שינוי החוזר לבריותיו, כגון עפר ועשאו לבנים, אף על גב דלא קנה כדלעיל סימן ש"ס, שבח מיהא קני, וצריך להחזיר לו שבחו (טור ס"א).

1. אם השביחה הגזילה מעצמה קודם יאוש – הכל לנגזל.

2. אם השביחה לאחר יאוש – הגזילה חוזרת לבעליה, אך הגזלן נוטל את דמי השבח מהגזלן, שהרי בכה"ג השבח לגזלן, כמו שנתבאר בסעיף ב.

3. אם גזל בהמה והשביחה וילדה אצל הגזלן או שגזזה – אין הגזילה עצמה חוזרת לבעליה, אלא משלם להם את דמי הבהמה כפי שהייתה שווה בשעת הגזילה, ונוטל הבהמה והשבח לעצמו. נתקשו האחרונים מדוע כאן אינו מחזיר את גוף הבהמה, הרי לדעת הרמב"ם לידה וגזיה אינם חשובים כשינוי! הסמ"ע תירץ שכיון שזכה בגזיה זכה גם בבהמה. והט"ז תירץ שכיון שילדה שוב אין זה מה שגזל, וגזלן אינו יכול לשלם בשברים ולהשלים עליהם ממון, ולכן חייב לשלם את כל דמיה.

ועיין בסימן שנ"ד סעיף א' ששם נתבארו כל דינים אלו בהרחבה.

סעיף ט

במה דברים אמורים, בשבח הבא מאיליו, כגון גיזות וולדות. אבל אם היתה כחושה והוציא עליה ופטמה, אפילו לפני יאוש, נוטל מהנגזל שבח הפטום, וכן כל כיוצא בזה משבח שיש בו הוצאה.

אם הוציא הוצאות כדי להשביחה – השבח לגזלן. וכמו שנתבאר בסי' שני"ד סעיף א.

אם נתפטמה מאליה – הרי זה כאילו הוקרה, דאף לאחר יאוש השבח לנגזל; ש"ך (ד).

י-יא יוקרא וזולא

סעיף י

גזילה שלא נשתנית והוקרה, אף על פי שנתיאשו הבעלים ממנה, הרי זו חוזרת לבעלים ואין לגזלן בה כלום, שלא תקנו לגזלן את השבח אחר יאוש אלא כגון שבח גיזות וולדות, אבל שבח היוקר, אם היתה הגזילה חוזרת בעיניה אינו זוכה בה.

הגזל חבית של יין מחבירו והרי היא שוה דינר בשעת הגזילה, והוקרה אצלו ועמדה בארבעה: שיבר החבית או שתה אותה או מכרה או נתנה במתנה אחר שהוקרה, משלם ארבעה כשעת הוצאה מן העולם, שאילו הניחה היתה חוזרת בעצמה. נשברה מעצמה או אבדה, משלם דינר כשעת הגזילה.

סעיף יא

היתה שוה בשעת הגזילה ארבעה, ובשעת הוצאה מן העולם דינר, משלם ארבעה כשעת הגזילה, בין ששברה או שתאה בין שנשברה או אבדה מאיליה, וכן כל כיוצא בזה.

1. אם לא נשתנית הגזילה, אע"פ שנתיאשו הבעלים:

אם התייקרה – התייקרה לבעלים, וחוזרת בעיניה. לכן, אם שיברה או איבדה לאחר שנתייקרה – משלם כשעת היוקר, דחיובו הוא על שעת השבירה או האיבוד. אך אם נשברה או אבדה מאליה – משלם כשעת הגזילה, שהרי א"א לחייבו אלא על שעת הגזילה.

המהרש"ל הבין שהטור חולק וסובר שאם הוקרה לאחר יאוש – התייקרה לגזלן. וכתב הש"ך (ה) שהג"י בטור היא ט"ס ואף הטור אינו חולק על שאר הראשונים; וכ"כ הב"ח.

2. **אם הוזלה – משלם כשעת הגזילה.**

גם דינים הללו נתבארו בהרחבה בסי' שני"ד סעיף ג.

3. **מה דין סתם אבידה? סמ"ע (כ) – הרי זה פשיעה, ומשלם כשעת היוקר.** ט"ז – הרי זה כנשברה מאליה ומשלם כשעת הזול. ודווקא אם איבד את החפץ בידיים, כגון שהניחו במקום שאינו משתמר – חייב לשלם.

סעיף יב

הגזלן אשכול של תמרים, ובו ג' תמרים, ואם ימכרו כולם ביחד אינו שוה אלא מ"ט פרוטות ואם ימכרו כל אחת בפני עצמה ישוה חמשים, אינו משלם אלא מ"ט.

ב"מ צט: "אמר שמואל: האי מאן דגזיל חביצא דתמרי מחבירו, ואית בה חמשים תמרי, אגב הדדי - מזדבנן בחמשים נכי חדא, חדא חדא - מזדבנן בחמשים. להדיוט - משלם חמשים נכי חדא וכו'. מתקיף לה רב ביבי בר אבבי: להדיוט

אמאי משלם חמשים נכי חדא? נימא ליה: אנא חדא חדא הוה מזבנינא להו! - אמר רב הונא בריה דרב יהושע: שמיין בית סאה באותה שדה תנן". ומקור הדין הוא מב"ק נח: "אמר רב מתנה, דאמר קרא: ובער בשדה אחר, מלמד, ששמיין על גב שדה אחר". דהוא גזה"כ שאנו מקילין גבי גזלן ומזיק שלא לשום את הנזק בעצמו, אלא כחלק מכל השדה.

סעיף יג

הגוזל כלי ושברו, אין אומרים יתן השברים וישלים עליהם, ודינו כמו שנתבאר בסימן שנ"ד (ס"ה ע"ש).

גם זה נתבאר לעיל בסי' שנה סעיף ה.

סימן שסג

הגזל בהמה ועבדים והזקינו, והדר בחצר חבירו שלא מדעתו, ובו י"א סעיפים.

סעיף א

גזל בהמה והזקינה או כחשה כחש שאינו יכול לחזור, כגון חלאים שאין להם רפואות תעלה, או שגזל מטבע ונסדק או פסלו המלך (ו"א דמטבע אפילו פסלה המלך אומר לו: הרי שלך לפניך) (טור ס"א בשם הרא"ש), או שגזל פירות והרקיבו כולם, או שגזל יין והחמיץ, הרי זה כמו שגזל כלי ושברו, ומשלם כשעת הגזילה. אבל אם גזל בהמות וכחשו כחש שאפשר לחזור, או שגזל עבדים והזקינו, או שגזל מטבע ונפסל במדינה זו והרי הוא יוצא במדינה אחרת, או שגזל פירות והרקיבו מקצתם, או תרומה ונטמאה, או שגזל חמץ ועבר עליו הפסח, או בהמה ונעבדה בה עבירה או נפסלה מליקרב, או שהיתה יוצאת ליסקל, אומר לו: הרי שלך לפניך, ומחזיר אותה בעצמה.

1. גזל חפץ והתקלקל מאליה באופן שאין לו תקנה – משלם כשעת הגזילה. לכן אם גזל בהמה והזקינה או שהכחישה כחש שאינו יכול לחזור. וכן אם גזל מטבע ונסדק, או גזל פירות והרקיבו כולן או רובן – משלם כשעת הגזילה.

2. אך אם גזל חפץ והתקלקל במקצת, או שניזוק באופן שאינו ניכר היזקו – אומר לו: 'הרי שלך לפניך'. ולכן אם גזל בהמה והכחישה כחש החוזר, או מטבע ונפסל במדינה זו אך יוצא במדינה אחרת, או שגזל פירות והרקיבו מקצתן, או תרומה ונטמאת, חמץ ועבר עליו הפסח, בהמה ונעבדה בה עבירה או שנתחייבה מיתה – אומר לו הרי שלך לפניך.

ב"ק צו: במשנה "גזל בהמה והזקינה, עבדים והזקינו - משלם כשעת הגזלה, רבי מאיר אומר: בעבדים - אומר לו הרי שלך לפניך. גזל מטבע ונסדק, פירות והרקיבו, יין והחמיץ - משלם כשעת הגזלה. מטבע ונפסל, תרומה ונטמאת, חמץ ועבר עליו הפסח, בהמה ונתעבדה בה עבירה, או שנפסלה מעל גבי המזבח, או שהיתה יוצאה ליסקל - אומר לו הרי שלך לפניך". ובגמ' שם.

3. מה הדין כאשר גזל מטבע ופסלו המלך, שאינו יוצא בהוצאה כלל, והוא בעין? שו"ע – דינו כמו נסדק, שהרי א"א להשתמש בו בשום מקום, ואינו יכול לומר לו 'הרי שלך לפניך'; כשי' הרי"ף והרמב"ם. רמ"א – יכול לומר לו 'הרי שלך לפניך', דסו"ס הוא אותו מטבע; כשי' הרא"ש.

ב"ק צז. "גזל מטבע ונסדק [וכו.]. אמר רב הונא: נסדק - נסדק ממש, נפסל - פסלתו מלכות; ורב יהודה אמר: פסלתו מלכות נמי היינו נסדק, (וחייב לשלם לו אחר) אלא ה"ד נפסל? שפסלתו מדינה זו ויוצאה במדינה אחרת". הרי"ף הביא את ב' הדיעות ולא הכריע, הרמב"ם (גזילה פ"ג, ג) פסק כרב יהודה, וכ"כ הנמוקי"י שהלכה כרב יהודה. אולם, הרא"ש כתב שהלכה כרב הונא שהוא רבו של רב יהודה, ועוד דמוכח בגמ' דרב ושמואל ורבה סוברים כרב הונא. **השו"ע פסק כרמב"ם, והרמ"א הביא בשם י"א את דעת הרא"ש.** הש"ך (ה) הביא שכדעת הרא"ש פסקו תוס', הטור, רבינו ירוחם, שלטי"ג והמהרש"ל.

נפק"מ הנובעת מדין זה:

גזל אתרוג לפני סוכות האם לאחר סוכות יכול להשיבו ולומר הרי שלך לפניך? פת"ש (א) הביא מח' בזה: הפמ"ג הסתפק בזה, דאע"פ שאינו ניכר אך כיון שזה שכיח אולי חשיב כגרמי וחייב. הב"ש הביא שחייב ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך, כיון שכונ"ע יודעים שאתרוג אחרי סוכות אינו שוה כלום; ודמי לגזל מטבע ופסלתו מלכות שאינו יוצא בשום מקום. משא"כ בחמץ ועבר עליו הפסח שא"א לא יודע לזהות האם זה חמץ מלפני הפסח או מלאחריו. **הפת"ש** עצמו דחה דבריו, שכל זה נכון לשיטת השו"ע. אך לשיטת הרמ"א והפוסקים כרא"ש, אף במטבע שפסלתו מלכות אומר לו הרי שלך לפניך דחשיב שאינו ניכר.

4. עבד הרי הוא כקרקע ואינו נגזל, לכן אם גזל עבדים אפי' אם הזקינו או שהכחישו כחש שאינו חוזר – אומר לו 'הרי שלך לפניך'.

נחלקו רבנן ור"מ במשנה בדין זה. ובגמ' "רבי מאיר אומר: בעבדים - אומר לו הרי שלך לפניך. אמר רב חנינא בר אבדימי אמר רב: הלכה כרבי מאיר. ורב שביק רבנן ועביד כרבי מאיר? אמרי: משום דברייטא איפכא תניא. **ורב שביק מתניתין ועביד כברייתא? רב, מתניתין נמי איפכא תני וכו'.**" הראשונים פסקו **כרבנן אליבא דרב**, שעבד הרי הוא כקרקע, אולם

הרי"ף בסוף ימיו חזר בו ופסק כרבי מאיר, וטעמו שהרי מצאנו בכמה מקומות שעבד הוא כמטלטלין, לענין שאין ב"ח גובה מהעבדים, וכן לענין פרוזבול וקנין אגב. **הרא"ש דחה דבריו וכתב בשם הרשב"ם** שמדאורי' עבד כקרקע שנאמר "והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם לרשת אחוזה" – הקישן הכתוב לאחוזה. אולם במילי דרבנן הרי הם כמטלטלין, ולכן לגבי קנין אגב, ופרוזבול הרי הם כמטלטלין. וכתב שכ"כ הראב"ד והרמ"ה. וכן פסקו השו"ע והרמ"א שעבד הרי הוא כקרקע.

הש"ך (ב) האריך בדין זה, ושיטתו שעבד כקרקע מדאורי' לכל מילי, אלא שלענין שיעבוד כיון שעבד יכול לברוח ולהיעלם אינו משועבד, דאין המלוה סומך עליו, ולכן אין בעל חוב גובה מהעבדים. לכן, גם אין עושים קנין אגב על הקרקע כי אין הלוקח סומך דעתו על זה, שהרי לא משך את המטלטלין, וכן לענין פרוזבול. אך לכל שאר הדברים עבד הוא כקרקע אף למילי דרבנן, דכל דתקון רבנן כעין דאורי' תקון. ועוד שהרי לדעת הרבה פוסקים שעבודא דאורי' ואפ"ה אין גובין מהעבדים!! והרי הרמב"ם והרמב"ן פסקו להדיא דשעבודא דאורי' והכא פסקו שעבד כקרקע!! אלא ע"כ כמו שכתבנו.

5. האם עבד אינו נגזל כלל? ש"ך (ג) – כן, לכן אפי' אם מתו או נשרפו – פטור; דברשותא דמרייהו קיימי. נתיבות (א) – לא, דמהני יאוש בעבדים, ולכן לאחר יאוש נקנה לגזלן, ואינו יכול לומר לו 'הרי שלך לפניך' כשנשרף או אבד.

הש"ך כתב בשם הראב"ד (גזילה, פ"ט) שעבדים נקנים ביאוש, כמו שלמדו בגיטין מהפסוק 'וישב ממנו שבי', ולכן כשנשרף או נאבד חייב לשלם. אולם, הש"ך חלק עליו וכתב שכיון שהוקשו לקרקע הוקשו לגמרי, וכמו שאין יאוש בקרקע כך אין יאוש בעבדים. לגבי הגמ' בגיטין תירץ שמדובר בקניין מלחמה. אולם, הנתיבות חלק עליו וטעמו שהסיבה שאין יאוש בקרקע הוא כדברי הרמב"ן שא"א להתיאש מדבר שנמצא ברשותו. לכן, בקרקע שאינו יכול להוציאה בדיינים, דחשיב שאינה ברשותו – מהני בה יאוש. אם כן, גם בעבדים אם ברח העבד ונתיאש ממנו – מהני שהרי אינו ברשותו, וכן אם נגזל ממנו ונתיאשו ממנו – מהני. וממילא דברי הראב"ד נכונים, דהעבד נקנה לגזלן לאחר יאוש וממילא חייב אם נשרף או אבד.

6. הגוזל עבד ולא נשתעבד בו, האם חייב לשלם לרבו מה שביטלו ממלאכתו? קצות (ב) – כן, מדין 'שבת'. נתיבות (ב) – אם העבד יכל לעבוד לעצמו – לא. אם לא יכל לעבוד, או שהשתעבד בו לעצמו – חייב לשלם. הקצות (ב) והנתיבות (ב) התקשו הרי מבואר שאדם שמנע מחברו לעשות מלאכתו (אהדקיה באנדרוניא) חייב לשלם לו מדין 'שבת', וא"כ מדוע הגוזל עבד מחברו אומר לו 'הרי שלך לפניך' ואינו משלם לרבו דמי שבת? (הקצות התקשה בשאלה אחרת) הנתיבות ביאר שאין דין שבת לרב, אלא החיוב הוא לעבד, אלא שרבו זוכה בזה מדין 'מה שקנה עבד קנה רבו', וממילא כשלא ביטל את העבד ממלאכת עצמו – אינו חייב לשלם לו. אולם, מדברי הקצות מתבאר שאין הכי נמי, אע"פ שאומר לו 'הרי שלך לפניך' – חייב לשלם לו דמי נזקו.

7. היזק שאינו ניכר – אומר לו 'הרי שלך לפניך', ולכן אם גזל תרומה ונטמאת, חמץ ועבר עליו הפסח, בהמה ונעבדה בה עבירה או שנתחייבה מיתה – יכול להשיבה ולומר לו 'הרי שלך לפניך'.

האם גם שומר יכול להפטר בהיזק שאינו ניכר בטענת הש"ל? מהרש"ל – לא, דדוקא גזלן פטור, משא"כ שומר. ש"ך (ז), נתיבות (ג) – כן. **הש"ך תמה על המהרש"ל** ודחה ראיותיו מהש"ס, ועוד כתב שאין סברא לחלק בדין זה בין שומר לגזלן. **הנתיבות הסכים עם המהרש"ל** שיש סברא לחלק, שהרי גזלן אינו שומר, אולם שומר חייב לשמור שהחפץ לא ינזק, ואם ניזק בהיזק שאינו ניכר – הרי לא שמר וצריך להתחייב בתשלומין. **אלא שהסכים עם הש"ך לדינא**, כיון שקי"ל שהמזיק בהיזק שאינו ניכר בשוגג – פטור, ושומר אף אם פשע אין זה מזיד אלא שוגג, ולכן לדינא פטור. אלא שהוסיף שאומן שניזוק לו החפץ בהיזק שאינו ניכר – אינו מקבל שכרו, כיון שאע"פ שלא יתחייב בתשלומין מדין שמירה, אך סו"ס אין מגיע לו שכרו, שהרי חלק ממלאכתו זה גם השמירה על החפץ שלא ינזק, ואת זה לא עשה; וכמו שנתבאר בדברי הנתיבות בסי' שה ס"ק א.

8. גזל חמץ ורוצה להשיבו בתוך הפסח? חק יעקב – חייב לשלם, ואינו יכול לומר הש"ל, דכיון שהכל מצוין לשורפו הרי הוא כשורף ועומד; ודווקא לאחר הפסח יכול לומר הש"ל. **קצות (א) – אם השיב נפטר בכך**. דאם תאמר שבתוך הפסח הוא היזק ניכר, א"כ כבר קנאו בשינוי בפסח והיאך יכול להשיבו לאחר מכן?! ועוד שכל האחרונים חלקו על הרמ"א לגבי גט, דלא קי"ל שכל העומד להשרף כשורף דמי. אלא שאולי בתוך הפסח אין הגזלן רשאי להשיב החמץ, כיון שהוא מחויב לשורפו כדי לקיים מצוות ביעור, דהרי בשבילו הוא דבר הגורם לממון דכממון דמי. אך אם לא שרפו אלא השיבו – נפטר בהשבתו.

סעיף ב

במה דברים אמורים, בשהחזיר הגזילה. אבל אם נשרפה הגזילה או אבדה אחר שנאסרה בהנאה, חייב להחזיר לו דמיה כשעת הגזילה.

ב"ק קה. "ותנא תונא: גזל חמץ ועבר עליו הפסח - אומר לו הרי שלך לפניך; טעמא דאיתיה בעיניה, הא ליתיה בעיניה, אף על גב דהשתא לאו ממונא, כיון דמעיקרא ממונא הוא בעי שלומי".

סעיף ג

הגזול 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 שהשיב בהמה ומשלם לנגזל.

1. הגזול בהמה ועשה בה מלאכה והחזירה לאחר מכן – אינו חייב לשלם על השימוש בה. דכיון שגזלה הרי היא ברשותו, ובשלו הוא משתמש. ואע"פ שעבר על איסור גזילה אינו חייב לשלם על השימוש בה.

ב"ק צז. "ומי אמר רב עבדא כמקרקעי דמי? והאמר רב דניאל בר רב קטינא אמר רב: התוקף בעבדו של חברו ועשה בו מלאכה – פטור, ואי ס"ד עבדא כמקרקעי דמי, אמאי פטור? ברשותא דמריה קאי!". ומבואר שאם עבד כמטלטלין דמי, הרי הוא ברשות הגזולן ומובן מדוע פטור לשלם לבעלים. אע"פ שודאי עשה איסור בכך שגזלו.

2. אם הוכחשה הבהמה מחמת מלאכתו: א. אם הוכחשה כחש שאינו חוזר – חייב לשלם דמי הבהמה, ואינו יכול להשיבה ולומר הש"ל, דקנאה בשינוי. ב. אם הוכחשה כחש החוזר: סמ"ע (ז) – יכול לומר הש"ל. אך אין חיוב מדין מזיק, דגזול אינו מזיק. נתיבות (ד) – תלוי במח' בסי' שז האם זה מוגדר נזק. אע"פ שכחשא דהדר אינו מוגדר כשינוי לקנות הגזילה, אך הרי הוא בכלל מזיק כיון שהכחישה בידיים ולכן זה תלוי במח' בסי' שז האם פטור כיון שאין 'שבת' בהמה, או שחייב דכיון שעומדת לימכר בכל שעה, ואם תימכר יקבל עליה פחות הרי זה בכלל 'נזק'.

3. אם אדם זה הוחזק לגזול ולהשתמש ולהשיב לבעלים – יש לבי"ד לקונסו לשלם, ואפי' בחו"ל; כמבואר בסי' ב' דבי"ד מכין ועונשין לצורך שעה כאשר פרוצין בעבירות. והיינו דוקא גדול או הדור או טובי העיר, כמבואר שם; סמ"ע ט.

ב"ק צו: "ההוא גברא דגזול 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 וכו'. א"ל: סוף סוף גזילה הוא, וקא הדרה בעינא, דתנן: כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה! אמר ליה וכו' האי אינש גזלנא עתיקא הוא ובעינא דאינקנסיה".

סעיף ד

התוקף עבדו של חברו ועשה בו מלאכה, ולא בטלו ממלאכה אחרת, פטור, שנוח לו לאדם שלא ילמד עבדו דרכי הבטלה. ואם בטלו ממלאכה אחרת, משלם לו כפועל.

1. התוקף עבדו של חברו ועשה בו מלאכה:

א. אם ביטלו ממלאכת רבו – משלם לו כפועל. כיון שעבד כקרקע דמי ואינו נגזל, וממילא חייב לשלם לרבו על כך שביטלו ממלאכתו.

ב. אם לא ביטלו ממלאכתו – פטור, דניחא לרבו שיעבוד ולא יתרגל להתבטל.

ב"ק צז. "ומי אמר רב עבדא כמקרקעי דמי? והאמר רב דניאל בר רב קטינא אמר רב: התוקף בעבדו של חברו ועשה בו מלאכה – פטור, ואי ס"ד עבדא כמקרקעי דמי, אמאי פטור? ברשותא דמריה קאי! הכא במאי עסקין? – שלא בשעת מלאכה וכו'. ה"נ ניחא ליה, דלא ליסתרי עבדיה".

2. האם דין זה נכון אף אליבא דהרי"ף שעבד כמטלטלי דמי? ! סמ"ע (יא) – כן, כאשר לא נתכוון לזכות בו אלא רק לעשות בו מלאכתו. **ש"ך (ט) – לא,** והרי"ף כתב דין זה קודם שחזרו בו כשסבר שעבד כמקרקעי דמי. **נתיבות (ה) – לא,** דדינו של הסמ"ע נכון רק כאשר משתעבד בו לעשות מלאכתו ע"ד לשלם לבסוף לבעליו, אך כאן מייירי שאינו מתכוון לשלם, וא"כ בכל ענין הרי הוא גזול. **קצות (ב) – כן,** דאע"פ שעבד כמטלטלין דמי ונגזל, אך החיוב לשלם הוא מדין 'שבת', שמפסיד לבעה"ב ממלאכתו של העבד.

3. האם גזולן יתחייב אף בדיני נזיקין? קצות (ב), נתיבות (בד), כן. הקצות והנתיבות נקטו שכל זמן שהגזולן לא קנה את הגזילה לגמרי, אלא רובץ עליו עדיין חיוב השבה בעין, אם הזיק את הגזילה או את הבעלים – חייב לשלם. הקצות כתב כאן דין זה לגבי עבד, שאע"פ שעבדא כמטלטלי ונגזל (לשיטת הרי"ף), וממילא הגזולן קונה את השבח (דהיינו את העבודה שעושה לו העבד) ואינו חייב לשלם עליה (כמו שראינו בסעיף ג), אך הוא חייב לשלם לבעליו מדיני נזיקין, כיון שהפסידו ממלאכת עבדו, והרי זה בכלל 'שבת'. הנתיבות כתב כן בסעיף ג' שאם הגזולן הכחיש את הבהמה בידיים – חייב לשלם מדין 'מזיק', אע"פ שאין זה בכלל 'שינוי' לקנותה בכחש זה, ויכול לומר לו 'הרי שלך לפניך!!' אך אין חיובו מדין גזול אלא מדין מזיק; וכ"כ בס"ק ב לגבי 'שבת' של עבד. **ש"ך (ח), סמ"ע (ג) – לא.** כן משמע מדבריהם ב' המקומות הנ"ל, שגזולן קונה את הגזילה לגמרי אלא שיש עליו חיוב השבה כאשר היא בעין. ממילא,

א"א לחייבו מדין מזיק, שהרי את שלו הוא מזיק. אולם, הקצות והנתיבות הבינו שהגזלן אינו קונה את החפץ מיד, ולכן אע"פ שאת השימוש הוא קונה (מדין שבח שנקנה לגזלן אף קודם יאוש – לרוב הראשונים), אך החפץ עצמו עדיין שייך לגזלן וממילא שייך לחייב לגזלן מדין 'מזיק'. בדברי הרשב"א (ב"ק צז.) מוכח שהוא סובר כסמ"ע וכש"ד שגזלן אינו מתחייב מדין מזיק, שכתב שאפי' הכחיש את הבהמה בידיים, אך כיון שהיא עדיין ראויה למלאכתה הראשונה לא הוי שינוי, ואומר לו 'הרי שלך לפניך' ואינו חייב מדין 'מזיק'. ועיין בזה בסעיף הבא במקור הדין.

סעיף ה

התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, אם אינה עשויה לשכר, שמין כמה פחתה ומשלם. 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. הגה: ואם שכרה הגזלן לאחר, צריך להחזיר השכר לבעלים, הואיל ועומדת להשכר (טור ס"ה בשם הרמ"ה. וע"ל סוף סי' ש"ח מדין אלו).

1. הלוקח חפץ מחברו ומשתמש בו:

א. אם אינו עומד להשכרה - שמין כמה נפחת בשימוש ומשלם לו. הנמוק"י הביא בשם הרמ"ה שאפי' אם השתמש בו ע"ד לשלם לו שכר – אינו חייב לשלם לו שכר, אלא רק את הפחת. והקשה החזו"א מדוע שיפטר מהשכר, הרי מסתמא ניחא להו לבעלים לקבל שכר?! ותירץ שאולי כיון שמראש הבעלים לא התכוונו לקבל שכר, שוב אין פה חיוב.

ב. אם עומד להשכרה:

1. אם לקחו בתורת גזל – שמין כמה נפחת בשימוש ומשלם לו.

2. אם השתמש בו ע"מ לשלם – תלוי ברצון הבעלים, או שיטלו את שכר השימוש, שהרי הוא ירד ע"מ לשלם כמו כל שוכר. או את הפחת, שהרי סו"ס הוא השתמש בו שלא מדעת הבעלים, והוי גזלן.

ב"ק צז. "איתמר: התוקף ספינתו של חברו 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 דגולנותא". **ופסקו הרמב"ם והטור כרב פפא וכב' הלישונות.**

הראב"ד (הובא בשטמ"ק) הקשה מדוע נוטל פחתה, הרי אם הפחת חשיב שינוי – יטול הגזלן לעצמו את הספינה וישלם לגזלן דמי כולה, ואם אינו חשוב שינוי – יאמר לו הרי שלך לפניך ומדוע צריך לשלם פחתה?! **ועוד הקשה (וכן הקשה הרשב"א)** הרי קי"ל שאין שמין לא לגנב ולא לגזלן (ב"ק יא.) וא"כ אי חשיב שינוי צריך לשלם לו דמי כולה ואינו יכול להחזיר לו הספינה ולהשלים את הפחת?! ותירצו למסקנה שהדין של 'אין שמין' נאמר רק כאשר השברים אינם ראויים למלאכתן הראשונה, אך כאשר הם ראויים למלאכתם הראשונה – שמין. פשט דבריהם משמע שבאמת איירי הכא בפחת שחשיב שינוי, וממילא הגזלן חייב לשלם דמי כולה, אלא שיש לנו חידוש בדין 'אין שמין' שבכה"ג יכול הגזלן ליתן את השברים ולהשלים עליהם הפחת, כיון שחזו למלאכתן הראשונה. כמו כן, מתבאר בסוגיא שאף הגזלן יכול לדרוש את הפחת, דהיינו לקבל את הספינה ושישלימו לו פחתה, ולא שיתן לו רק כסף. **וכן נקט החזו"א (ב"ק סימן כ, ב-ג). אולם, הביא שם שמדברי הגר"א (סי' שנד, יג) נראה שהבין שהרשב"א מדבר אף במצב שהפחת אינו חשוב כשינוי, וממילא את גוף הבהמה חייב להשיב ואומר לו 'הרי שלך לפניך', והסיבה שאינו נפטר מהפחת היא מפני שהפחת ניכר, וממילא לגבי הפחת חשיב שינוי וחייב לשלם אותו.** ע"פ זה יוצא נפק"מ לדינא האם הדין שלנו הוא רק בפחת גדול שחשיב שינוי או אף בפחת שאינו חשיב שינוי? למשל אם קטע את אוזן הבהמה (דלא חשיב שינוי כמבואר בב"ק עח:), לדעת החזו"א פטור מלשלם, אלא מחזיר את הבהמה ואומר לו 'הרי שלך לפניך'. אולם, לדעת הגר"א בכה"ג מחזיר את הבהמה ומשלם לו את דמי הפחת, דאע"פ שאין זה שינוי לגבי גוף הבהמה כמבואר שם, אך לגבי האוזן ודאי דחשיב שינוי וחייב לשלם כמה שנפחתו דמיה. לענ"ד מפשט דברי הפוסקים שלא חילקו, משמע שהבינו כגר"א.

עוד יש לשאול: מדוע שלא יתחייב מדין 'מזיק'? שהרי גם אם נאמר שיכול לומר לו 'הרי שלך לפניך', אך סו"ס הוא הזיק את הספינה בידיים, שהרי מחמת כך שהוא העמיס עליה והפליג בה נפחתו דמיה, וא"כ אף אם לא חשיב שינוי מדוע שלא יתחייב לשלם מדיני נזיקין?! החזו"א הנ"ל הוכיח מדברי הרשב"א והראב"ד הללו שהם סוברים שגזלן אינו חייב בדיני נזיקין, והטעם דכיון שהוא גזל אותה – הרי היא ברשותו לענין זה שאת שלו הוא הזיק. ודלא כדברי הקצות והנתיבות שסוברים שגזלן חייב אף מדיני נזיקין. אמנם, המהדיר על הקצות הביא ג' ראשונים שמוכח מדבריהם שגזלן חייב אף בדיני נזיקין, הלא המה המרדכי, רבינו יהונתן והרמב"ן. המרדכי הוכיח מהדין של סעיף ג שהגזלן אינו מחויב לשלם לבעה"ב על כך שהוא מבטלו ממלאכתו – שאין דין 'שבת' בבהמה; ומבואר דעתו שאם היה דין 'שבת' בבהמה, היה הגזלן חייב לשלם את ביטול מלאכת בעה"ב; ואע"פ שהוא גזלן חייב בדיני נזיקין ולא אמרינן בשלו הוא משתמש.

וכן כתב שם רבינו יונתן (בשטמ"ק). ועיי"ש בהערה 19 שהוכיח כן מדברי הרמב"ן. ועיי"ן מה שכתבנו בזה הסעיף הקודם, סעיף 3.

2. הגזול חפץ מחברו והשכירו לאחר: ב"י – השכר לגזול. רמ"א – השכר לנגזל.

הטור כתב בשם הרמ"ה שבכה"ג השכר לנגזל, כיון שהגזול לא קנאה קנין גמור אלא להתחייב באונסיה, ונמצא שהחוב של השוכר הוא כלפי הבעלים. אולם, הב"י כתב שפסק הרמ"ה תמוה בעיניו, שהרי קי"ל שכל הגזולנין משלמין כשעת הגזילה ואפי' עשו בה מלאכה, וא"כ מה לי הוא מה לי אחר! ועוד, כשמשכירה לאחר קונה מדין 'שינוי', דשכירות ליומיה ממכר הוא! הדרכי משה חלק על הב"י וכתב להוכיח מהדין של 'אין הלה עושה סחורה בפרתו של חברו' שאע"פ שהוא עצמו יכול להשתמש בה, אך אם הרויח הנוסף הולך לבעליה. ועוד שאין הגזול קונה את הפרה בשינוי רשות של הלווקח, וכיון שלא קנאה – השכר לנגזל.

ו-יא זה נהנה וזה אינו חסר (הדר בחצר חבירו שלא מדעתו)

יסוד דין נהנה:

ב"ק כ. כא. הגמ' דנה בשאלה האם זה נהנה וזה אינו חסר חייב לשלם או לא. ומנסה להביא ראיות לכאן או לכאן ודוחה אותם. למסקנתה אומרת הגמ' שפטור מלשלם. לאחר מכן אומרת הגמ' "אמר רב סחורה אמר רב הונא אמר רב: הדר בחצר חבירו שלא מדעתו - אין צריך להעלות לו שכר, משום שנאמר: ושאיה יוכת שער. אמר רב בר רב אשי: לדידי חזי ליה, ומננח כי תורא. רב יוסף אמר: ביתא מיתבא יתיב. מאי בינייהו? איכא בינייהו, דקא משתמש ביה בציבי ותיבנא".

בגמ' מבואר שבמקרה בו 'זה אינו נהנה וזה אינו חסר' ודאי שפטור, ובמקרה בו 'זה נהנה וזה חסר' לכו"ע חייב לשלם, אך לא מבואר מדוע חייב לשלם כאשר חברו חסר. בגמ' מוכח שהחוב אינו מדיני נזיקין, שהרי מדובר על 'שן ברה"ר' שפטורה מדיני נזיקין ואפי' הכי חייבת מדין נהנה! ולענ"ד נראה שחוב נהנה הוא גדר חוב עצמי, ויסודו הוא מדין 'ממוני גב', דהיינו קיבלת ממני וממילא אתה צריך לשלם, שהרי ממוני גב!

אלא שא"כ צריך לדון מדוע זה משנה האם אתה חסר או לא? הרי כיון שאני נהנתי ממך, א"כ ממונך אצלי ואני מחויב לשלם לך! על כך אפשר לענות ב' כיוונים: א. מעיקר הדין חייב לשלם תמיד, אלא שיש סיבה חיצונית לפטור והיא 'מידת סדום'. כמובן שצריך להוסיף ש'מידת סדום' אינה אמירה מוסרית, דהיינו שאין זה ראוי להתנהג כך, שהרי בסוגיא אנו רואים שהגמ' מנסה להוכיח שזה נהנה וזה לא חסר חייב מכך שבהקדש מעל, ואם הפטור הוא מצד מידת סדום, א"כ אין ראיה מהקדש שהרי ודאי שיש חוב ממוני, אלא שאנו אומרים שזו מידת סדום לתבוע אותו, ובכה"ג לא שייך לומר לגבי הקדש! אלא, ודאי גם אם נאמר שזה מדין מידת סדום, היינו שכיון שזה מידת סדום לתבוע את זה, א"כ מבחינתנו זה כלל לא ממוני! בישראל אין תביעה על ממוני כזה, וממילא שוב אין הוא מוגדר כתביעת ממוני. ב. כיון שאתה לא חסר כלום, א"כ נכון לומר שאני לא קיבלתי ממך אלא מההפקר. דהיינו, אע"פ שאני דרתי בחצרך, והחצר הזאת שלך, ואף הדירון היו שלך, שהרי ודאי שלכתחילה אתה יכול למחות ולא להרשות לי לדור בחצר. אך לאחר מעשה, כיון שאתה לא השתמשת בחצר ואף לא מנעת ממני, א"כ הדירון הללו בכל מקרה היו הולכין לפח, ושוב לא נכון לומר שאני נהנתי ממך, אלא אני נהנתי מההפקר! מהדירון שלך שהלכו לאיבוד, ואני ניצלתי אותם שלא יאבדו.

סעיף ו

הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שאמר לו: צא, ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו. ואם לא אמר לו: צא, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר. (אף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית והוא דר בו (מרדכי פרק כיצד הרגל). ואפילו היה רגיל להשכיר, רק שעכשיו לא עבד למיגר, בתר האי שעתא אזלינן) (נ"י פ' הנ"ל), אף על פי שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה אינו חסר.

הגה: ודוקא שכבר דר בו, אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, אף על פי דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר, הני מילי בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות. אבל בכי האי גוונא דאי בעי בעל חצר ליהנות ולהרויח להשכיר חצירו היה יכול, אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות בחנם (מרדכי ונ"י פרק הנ"ל).

ואם החצר עשויה לשכר, אף על פי שאין דרך זה לשכור, צריך להעלות לו שכר, שהרי חסרו ממוני. הגה: מיהו אם לא היה דר בו, אלא שגזלו ממנו, פטור לשלם השכירות (טור ס"ו) בשם הרא"ש ולאפוקי מהרמ"ה. וסתם בתים בזמן הזה קיימי לאגרא ואף על גב דעדיין לא השכירו מעולם (מרדכי פרק כיצד הרגל והגהות מיימוני פ"ג דגזילה ועיי"ן בת"ה סימן שי"ז).

הדר בחצר חבירו שלא מדעתו:

1. אם אמר לו מלכתחילה שלא ידור – חייב לשלם לו כל שכרו, אפי' בחצר שאינה עומדת להשכרה. כ"כ התוס' (ב"ק כ: ד"ה הא איתהנית) והטור.

2. אם לא אמר לו כלום:

א. אם החצר אינה עומדת להשכרה – פטור מלשלם לו, אף שנהנה בכך שלא היה צריך לשכור דירה אחרת, שהרי 'זה נהנה וזה אינו חסר – פטור'. כן היא מסקנת הסוגיא.

הגמ' (ב"ק כא.) אומרת שהדר בחצר חברו שלא מדעתו א"צ להעלות לו שכר מפני שניחא ליה לבעה"ב בכך, או משום שנאמר 'ושאיה יוכת שער' או מפני שביתא מיתבא יתיב. הראשונים התקשו מדוע יש צורך בכך שניחא ליה לבעה"ב בהכי, הרי בלאו הכי פטור מדין זה נהנה וזה לא חסר? **הרא"ש** תירץ שאין הכי נמי, אך לרווחא דמילתא אמרו כן. **הרשב"א** תירץ שבביתים יש חסרון מועט של דריסת הרגל, אלא שכנגד זה יש את הריח הנזכר ולכן זה בגדר אינו חסר. **הגר"א** (טז) נקט שהעיקר כרשב"א, כיון שבדף צז. לגבי עבד משמע שבבית דווקא מחמת הסיבות הללו הוא פטור מלשלם. והוסיף שבמקום בו אין חסרון כלל, פשיטא שא"צ שיהא ניחא ליה.

ב. אם החצר עומדת להשכרה – חייב לשלם לו בכל ענין, ואפי' אינו נהנה כגון שאין דרכו לשכור, שהרי חסרו ממון. כשיטת הר"ף והרא"ש, ודלא כתוס' והרשב"א. בפשטות משמע שהחוב הוא מדין מזיק, אולם הרשב"א והגר"א הבינו שאף המחייבים חייבו מדין נהנה.

הסוגיא לא הזכירה מה הדין כאשר האחד אינו נהנה וחברו חסר. התוס' (כ.) כתבו שבכה"ג פטור שהרי לא נהנה, ואע"פ שחברו חסר אין זה אלא גרמא בעלמא ופטור. הרמ"ה (הובא בנמוק"י) כתב שחייב בכה"ג בכל ענין ואפי' לא דר בחצרו, אלא רק מנע ממנו להשכיר אותו, וחיובו הוא מדין 'שבת'. אולם, הרא"ה כתב שכל הגאונים כתבו שחייב לשלם, ולא דמי לימבטל כיסו של חברו וליאהדקיה באנדרונא' שהם רק גרמא, אך כאן הרי הוא דאוכל פירותיו של חברו שודאי חייב אע"פ שלא נהנה בכך! מפשט הדברים משמע שחיובו הוא מדין 'מזיק', דומיא דאוכל פירותיו שהוא ודאי מזיק. הר"ף פסק לדינא שחייב, וביאר הרא"ש טעמו משום שאכל חסרונו של חברו, ומשמע ג"כ שהוא מדין מזיק. הרא"ש הביא ראיה לכך מדברי הגמ' "שלחוה בי רבי אמי, אמר: וכי מה עשה לו? ומה חסרו? ומה הזיקו?", אלמא אם הזיקו פשיטא דחייב.

אולם, הרשב"א כתב כתוס' והביא ראיה לדבריו ממשנת 'הבית והעליה' (ב"מ קיז.) שלדעת ר' יהודה אם העליון בונה רק את הבית חייב לשלם לחברו משום שחרוריתא דאשיתא, אך אם הוא בונה אף את העליה אך דר בבית – פטור, משום שאינו נהנה ואע"פ שחברו חסר את שחרוריתא דאשיתא!! וכתב הגר"א (כא) שצ"ע היאך פסק הר"ף נגד משנה מפורשת! אם נאמר שהר"ף ודעימיה מחייבים מדין מזיק, לא מובנת ראייתם! שהרי שחרוריתא אינו מזיק, דאין זה אלא גרמא בעלמא, אלא שכאשר יש שחרוריתא חייב לשלם מדין נהנה כיון שחברו מוגדר כחסר! אלא, מוכח שהבינו שאף הר"ף ודעימיה לא חייבו מדין מזיק אלא מדין נהנה, דכיון שאכל חסרונו של חברו חייב לשלם, ואע"פ שאין לו הנאה! דכל מה שאנו מחפשים שהאדם יחנה זה רק כאשר אין חברו חסר, אך כאשר חברו חסר חייב לשלם בכל ענין שהרי לקח ממנו את חסרונו, וממילא בכה"ג תמיד יש תביעת ממנו גבד! ולכן הקשה הרשב"א הרי גם שם יש שחרוריתא וחברו חסר, וא"כ מה בכך שאינך נהנה!! וכתב הגר"א שאפשר לתרץ בדוחק שכאשר ההנאה היא מועטת (כגון שחרוריתא) בכה"ג אף הר"ף מודה שאין מגלגלין עליו את הכל, ולא חייב אלא כאשר החסרון הוא גדול.

ולכאוי' קשה מדוע הגר"א לא הבין בדעת הר"ף שהוא מחייב מדין מזיק, וכך כל תמיהותיו היו מיושבות! וצ"ל שאם החיוב הוא מדין מזיק שאכל פירותיו של חברו, א"כ אף בחצר שלא קיימא לאגרא זה נכון, שהרי אדם שאוכל פירות חברו חייב לשלם מדין מזיק, ואינו יכול לומר הרי בלאו הכי לא היית מצליח למכור אותם. א"כ הוא הדין הכא, ומכך שכאשר אינו חסר אינו חייב מדין מזיק, א"כ אף כאשר הוא חסר אין זה מזיק אלא גרמא בעלמא. ולכן מוכרחים לומר שאף הר"ף ודעימיה שחייבו זה מדין נהנה, שכיון שאכל חסרונו של חברו חייב לשלם לו את חסרונו.

3. אפי' הוציא את בעה"ב מביתו ודר בו, אם הוא בית שאינו עשוי להשכרה – פטור; כ"כ המרדכי והביאוהו הב"י והרמ"א לדינא. הקושיא הגדולה היא הרי לכאוי' זה לא גרע ממקרה שבעה"ב אמר לו צא! שהרי לכאוי' אין צורך באמירת המילה 'צא' כדי לחייבו לשלם, אלא מספיק שגילה בדעתו שאינו מרשה לו לדור שם! ובדוחק צריך לומר שמדובר במקרה בו הוא גירש את בעה"ב בעל כרחו, אך לאחר מכן כשנכנס לדור שם – לא מחה בו בעה"ב כלל. וממילא על כך שגירש את בעה"ב א"א לחייבו – דאין זה אלא גרמא בעלמא, שמנע ממנו לדור בביתו. ועל כך שדר שם לאחר מכן – הרי זה נהנה וזה לא חסר, כיון שמדובר בבית שאינו עשוי להשכרה. ולא אמרינן שגילה דעתו שלא ניחא ליה שידור שם, שהרי לא מיחה בו שלא ידור לאחר מכן.

4. אם מנע מאחרים לדור בחצרו, אך לא דר בה – פטור, דאין זה אלא גרמא בעלמא. כך דעת רוב הראשונים, חוץ מהרמ"ה שמחייב בכה"ג מדין 'שבת'.

הב"ח התקשה מדוע כאן פטור, ואילו כאשר אהדקיה באנדרונא חייב! ותירץ שבאהדקיה התחיל ההיזק מיד, אולם הכא הנזק התחיל לאחר זמן שלא יכל להכניס שוכרים מפני חברו שדר בתוכו. הקצות (ג) דחה דבריו וכתב שאף שם הנזק מתחיל לאחר זמן שלא יכל לילך ולהשכיר עצמו, אלא טעם החילוק הוא מפני שבנוקי אדם באדם התורה

חידשה שחייב אף על 'שבת' שלא במקום נזק, משא"כ בנוקי אדם בממון. ולכן גם התקשה על הרמ"ה שחייב כאן וראיתו מכך שחייב כאשר אהדיקה באנדרונא, הרי שם החיוב הוא משום שבת ובגלל שזה נזקי אדם באדם!!

5. השאלה האם החצר עומדת להשכרה, נקבעת ע"פ אותה שעה; רמ"א.

6. **האם כופין על מידת סדום אף לכתחילה**, כגון במקום שאינו יכול למצוא שוכרים, וזה רוצה לדור בחצרו בחינם? **פשט רמ"א** – כן. **פת"ש (ג) בשם בית אפרים** – לא, וכן דעת הנודע ביהודה (ח"מ תנינא סי' כד).

מדברי **המרדכי שהביא הרמ"א** משמע שדווקא בגלל שבעל החצר יכול להרויח בחצרו אין כופין אותו לכתחילה, אך אם לא יוכל להרויח נכפה אותו. **אולם הבית אפרים** כתב שדין זה נכון רק למרדכי, אולם בהרבה ראשונים משמע שלעולם אין כופין לכתחילה אף משום מידת סדום, **דכן איתא להדיא בתוס' ב"ב (יב:) בשם הריצב"א**, ובשטמ"ק שם בשם **רבינו ישעיה**, וכן בנמוק"י (ב"ק כ:). בשם **הרא"ה**. וכן דעת הנוב"י בתשובתו הנ"ל, שאף הרמ"א לא דיבר אלא אליבא דשיטת הרמב"ם (בסי' קעד, א) דכופין על מידת סדום לכתחילה, לגבי אחין שחלקו ואחד מהם רוצה שיתנו לו חלקו על המצר הסמוך לשדו, אולם לדעת הרא"ש שם שייכולין לומר 'מעלינא ליה כנכסי דבר מריון' אף כאן אין כופין. וקשה שהרי הרמ"א שם סובר כדעת הרא"ש ולא כרמב"ם!! ועוד שלכאן אפטר לומר שאף הרא"ש לא חלק אלא שם שייכולים לומר שהם רוצים שהוא ישלם להם על חלקו, אולם במקרה בו חבירו לא עתיד לשלם לו כלל – אף הרא"ש יודה שכופין!! ויותר נראה שאף לאידך גיסא שאף הרמב"ם שם שאמר שכופין, היינו דווקא שם באחין שלכל אחד מגיע חלק ולא הוברר עדיין מה חלקם, ולכן אפשר לכופו אותם לוותר על הזכות שלהם לדרוש גורל. אולם, הכא שהוא ממונו הגמור, לעולם לא נכפה על האדם לתת לחבירו להשתמש בשלו לכתחילה, אף משום מידת סדום! וכמו שאומר הרא"ה שאין כופין על האדם ליתן להשתמש בשלו.

באופן דומה נחלקו הטור והר"י מברצלוני בשאלה האם מותר לאדם להכניס זיו קטן בכותל חבירו (סי' קנג, ד), הרי"י התיר והטור אסר מהטעם שאין כופין על האדם לתת לחבירו משלו. הרמ"א פסק כטור לאסור, אך כתבו האחרונים שטעמו מפני שהזיו מזיק לכותל, ומשמע הא לאו הכי שרי. וכן לגבי העמדת סולם קטן בחצר חבירו פסק השו"ע (סי' קנג, יג) כרמב"ם להתיר לאדם להעמיד סולם קטן בחצר חבירו כיון שאין זה מזיק לו, ואע"פ שהוא משתמש בשל חבירו – כופין על מידת סדום! ומבואר שכופין אף להרשות להשתמש בשלו, כרמ"א כאן. אמנם יש לחלק ולומר שדווקא שם בהלכות שכנים אמרינן הכי, דסו"ס כל מה שהאדם עושה הוא עושה גם עם השלכה כלפי חבירו, ולכן בכה"ג אמרינן הכי, אך בסתמא לא.

7. **סתם בתים בזמן הזה עומדים להשכרה**; מרדכי.

סעיף ז

יש אומרים דכשאין החצר עומד לשכר דאמרינן דאינו צריך להעלות לו שכר, אם חסרו אפילו דבר מועט, כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו, אף על פי שאין הפסד אותו שחרורית אלא מועט, ע"י מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה. (ואם כן אם אין דרך זה לשכור, פטור, דהא לא נהנה ויש חולקים) (ר' ירוחם נ"ב שתי הדעות).

כאשר חסרו דבר מועט:

1. **אף כאשר אין החצר עומדת להשכרה**, שבכה"ג אין הבעלים חסרים כלום, **אם חסרו דבר מועט**, כגון בית חדש שהשחירו הכתלים וכדו', **חייב לשלם את כל הנאתו**. כן נקטו רוב הראשונים, לאפוקי הרמ"ה שסבר שאינו חייב לשלם אלא מה שחסרו.

ב"ק כ: ית"ש רבי יהודה אומר: אף זה הדר בחצר חבירו שלא מדעתו - צריך להעלות לו שכר, ש"מ זה נהנה וזה לא חסר - חייב! שאני התם, משום שחרוריתא דאשייתא". וכתב הרשב"א שמכאן מוכח שאע"פ שהפסידו דבר מועט חייב לשלם לו כל מה שנהנה, שהרי ר"י מחייבו לשלם לו כל שכרו. וכן מוכח מ'קילקלתא דיתמי' דבסמוך בדף כא. וכ"כ התוס' והרא"ש לגבי 'קילקלתא דיתמי'. ומבואר שאין חיובו מדין 'מזיק', שהרי המזיק אינו חייב לשלם אלא מה שהזיק ולא יותר! אלא חיובו הוא מדין נהנה, שכיון שחברו חסר שוב אין את הפטור של 'זה נהנה וזה אינו חסר'. בטעם הדין: אם טעם הפטור הוא מדין 'מידת סדום', א"כ כאשר החבר חסר שוב אין בכך מידת סדום לתבוע את כל ההנאה, ואע"פ שהחסרון הוא מועט. אך גם אם הטעם הוא מפני שכאשר אינו חסר א"כ אני לא נהניתי ממך, אלא כביכול ההנאה באה לי מההפקר. א"כ כאשר ההנאה שלי מחסרת אותך אפי' דבר מועט, א"כ מוכח שההנאה שלי באה ממך ולא מההפקר, וא"כ יש לך עלי תביעה של 'ממוני גבך'. אמנם מדברי הרמ"ה מבואר שס"ל שחיובו הוא מדין מזיק, ולכן חייבו לשלם רק כפי מה שחסר.

האם 'שחרוריתא דאשייתא' מוגדר כנזק בידים או רק כגרמא? דעת הרמ"ה שהוא מזיק בידים, ולכן חייבו לשלם את הנזק. **אולם, הקצות (ד)** הקשה עליו מהמשנה בב"מ קי'. בה מבואר שכאשר אינו נהנה אינו חייב לשלם את השחרוריתא, והוכיח משם שאין זה אלא גרמא בעלמא. (וכבר הבאנו למעלה שאין זה הוכחה, כיון שלשיטת התוס' מיירי שאין העליון דר בבית התחתון, וממילא לא מוכח מידל). הקצות נימק שזה גרמא כיון שאפשר ללבנו ע"י צביעה, ודימה זאת לזורק

מטבע לים שאינו מזיק כיון שאפשר להוציאו משם. והוא הולך לשיטתו שאין ריפוי בכלים, ולכן כלי שאפשר לתקנו או לצבעו אין זה בכלל נזק, ומה שצריך להוציא הוצאות עבור זה הרי זה גרמא, כמו במטבע שצריך לשלם לאמודאי¹². עוד י"ל שאין זה אלא גרמא, כיון שהשחרת הכתלים נעשית מאליה במשך הזמן, ולא ע"י מעשה אחד ישיר.

האם ניתן להוכיח מדברי הראשונים שחייבו בשחרוריתא לשלם את כל ההיזק, שאין זה בכלל מזיק? לכאור' כן, שהרי אם הוא מזיק אינו חייב אלא כפי שהזיק ולא יותר. אולם נראה שאין מכך כל ראייה. כיון שאף אם הם יסברו שהוא בגדר מזיק, אך כאן יש סיבת חיוב נוספת מדין זה נהנה וזה חסר, והיא מחייבת את כל ההנאה (שזה הרבה יותר מההיזק), ושוב גם תשלום הנזק בכלל. כך נראה בדברי הריב"ש (סי' תנן) שהוכיח מסוגייתנו ששחרוריתא דאשיתא' מיקרי היזק ויכול האחד למנוע חברו מלהשחיר את כתליו, ובתוך דבריו מוכח שסבר שבשחרוריתא מגלגלין עליו את הכל. ואם נימא שחייבו הוא מדין מזיק, א"כ מדוע לגלגל עליו את הכל? אלא ע"כ שסובר שהוא מזיק, ולכן אפשר לעכב בזה במקרים אחרים, ואעפ"כ במקרה שנהנה חייב לשלם מדין נהנה אף יותר ממה שהזיקו.

2. האם דין זה נכון גם כאשר הוא גברא דלא עביד למיגר, ואינו נהנה? י"א שלא, שהרי לא נהנה, ומה שחסרו שחרוריתא אין זה בכלל נזק. י"א שכן, דאע"פ שלא נהנה, סו"ס בעה"ב חסר. היה מקום לומר שהם מחייבים מדין מזיק, אולם ברבינו ירוחם (מישרים נ"ב) מבואר שאף הם מחייבים לשלם את כל השכירות בכה"ג, ומוכח שאין זה מדין מזיק, אלא נראה שהם סוברים שאע"פ שהוא לא עביד למיגר אך סו"ס הוא קיבל מחברו דבר ששוה כסף, וממילא הוא מחויב לשלם על כך, אלא שכאשר חברו אינו חסר כלל – פטרנו. ועל דעה זו קשה קושיית הרשב"א, שהרי בב"מ קיז. מבואר שכאשר הוא נהנה וחברו חסר דבר מועט – חייב לשלם הכל, אך אם הוא לא נהנה – פטור, ואע"פ שמחסרו שחרוריתא דאשיתא? וצ"ל שהם יפרשו כפי התוס' שמירי שהוא דר בעליה ומונע מבעה"ב לדור בביתו, וממילא הוא לא נהנה ולא מחסר את בעה"ב כלל.

סעיף ח

יש אומרים דהא דאמרינן דכשהחצר אינו עומד לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, דוקא שלא גילה הדר בדעתו שהיה רצונו ליתן לו שכר אם לא יניחנו לדור בו בחנם. אבל אם גילה בדעתו כן, צריך ליתן לו שכר.

אף בחצר שאינה עומדת להשכרה, **אם גילה בדעתו בשעה שנכנס שרצונו לשלם – חייב לשלם שכרו.** **ב"ב ד:** במשנה "המקיף את חבירו משלש רוחותיו, וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית – אין מחייבין אותו; רבי יוסי אומר: אם עמד וגדר את הרביעית – מגלגלין עליו את הכל". וכתבו התוס' (ב"ק כ:): "וא"ת ואי זה נהנה וזה לא חסר פטור אפילו עמד ניקף נמי? וי"ל שאני עמד ניקף דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה, ולא דמי לדר בחצר חבירו דלא גלי אדעתיה אלא בחנם".

ט-י שכר בית ונמצא שאינו של המשכיר

סעיף ט

י"א דהא דאמרינן דבחצר שאינו עומד לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, אפילו אם שכרו מאחר שהיה סבור שהוא שלו, ונמצא שאינו שלו, אין צריך ליתן לו שכר, אף על פי שנכנס על דעת ליתן לו שכר. ואפילו אם נתנו לזה ששכרו ממנו, צריך להחזירו. ואם נתן לו השכר (פי' הסמ"ע והנתיבות שהכוונה היא: שהרי אפי' אם נתן הרי ברור שזה טעות), כיון שהוא ברור שבטעות יחב ליה, חייב להחזירו.

1. אם שכר את החצר, ולאחר מכן נמצא שהיא שייכת לאחר ואינה עומדת להשכרה – פטור מלשלם, ואע"פ שנכנס על דעת לשלם, דכיון שהשכירות בטעות אינה מחייבת כלום, אף כלפי בעה"ב האמיתי.

מדוע שלא יתחייב לשלם ע"פ הדין של הסעיף הקודם, שהרי גילה דעתו שנוח לו בהוצאה זו? כתב **הסמ"ע** (כב) דלא מהני הגילוי דעת אלא שגילה דעתו כלפי הבעלים האמיתיים.

ב"ק כא. "אתמר נמי וכו' הדר בחצר חבירו שלא מדעתו – אינו צריך להעלות לו שכר, והשוכר בית מבני העיר – מעלה שכר לבעלים. בעלים מאי עבדיתייהו? הכי קאמר: נמצאו לו בעלים – מעלין להן שכר. תרתי? (דהיינו הרי זה סותר את הרישא?) הא דקיימא לאגרא, הא דלא קיימא לאגרא". ודקדק **הרמ"ה** (הובא בנמוק"י) מכך שהגמ' לא תירצה 'הא דנחית אדעתא דאגרא, הא דלא נחית אדעתא דאגרא' שזה לא תלוי בזה כלל, ואפי' נחית אדעתא דאגרא אם החצר לא קיימא לאגרא – פטור. וביאר הטעם "דכי היכי דגבי משכיר מקח טעות הוא ולא מיחייב למיתב ליה מידי שהרי נתברר

¹² ע"י סימן שפו, י שכתב כן. אך הנתיבות בסי' שמ, ג חלק עליו וחייב בכה"ג.

שאינו שלו לגבי שוכר נמי מקח טעות הוא וכמאן דלא אוגר דמי כיון דכי אגר לאו ממאן דאית ליה זכותא בגויה אגר לא משתעבד מכח האי שכירות לחד מיניהו.

2. אף אם שילם כבר למי ששכר ממנו – חייב להחזיר לו דמיו, דשכירות בטעות היא ואינה כלום.

ביאר הרמ"ה "ולא דמי למוכר פירות דקל לחבירו דלא קנה לוקח, ואפילו הכי אי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה כדאיתא פרק איזהו נשך [ב"מ דף סו ב]. דהתם איכא למימר דאי נמי הוה ידע דלא קנה לוקח פירי מדינא אפ"ה מחיל, דאי זביני נינהו מחמת דשקיל זוזי ואי מתנה היא מחמת דניחא ליה למיקם בהימנותא וכו'. אבל הכא אנן סהדי דאי הוה ידע האי לוקח שיצאו עליו עסיקין או האי שוכר דמידי דלאו ידיה זבין ליה או אוגר ליה לא הוה יחייב ליה זוזי הלכך ודאי מקח טעות הוה והדר, וכן הסכימו הרא"ה והריטב"א ז"ל".

סעיף י

יש אומרים שזה שאמרנו בחצר העשויה לשכר חייב להעלות לו שכר, אפילו שכרו מראובן ונתן לו השכר, ונמצאת שאינו שלו אלא של שמעון, צריך ליתן לשמעון שכרו. הגה: ודוקא ששמעון או שלוחיו בכאן שהיו משתדלין להשכירו. אבל אם אינו בעיר ואין מי שמשתדל להשכירו, הוי כחצר דלא קיימא לאגרא, ואף על פי ששכרו מראובן אין צריך ליתן לשמעון כלום, וכמו שנתבאר (הגהות מיימוני פרק ג' דגזילה), ויחזור ויתבע מראובן מה שנתן לו. ואפילו שכרו מראובן בפחות מכדי דמיו, צריך ליתן לשמעון כל השכר הראוי ליתן לו, ויחזור ויתבע מראובן מה שנתן לו. ואם שכרו מראובן בדמים יקרים, ונמצא הבית של שמעון, לא יפרע לו אלא כפי מה ששוכרים אחרים. ואפילו אם נתן כבר לראובן, אינו נוטל שמעון אלא כפי מה ששוכרים אחרים. ומיהו אם באו הדמים ליד שמעון, והוא טוען שלא היה שוכרה בפחות, מספיקא לא מפקינן מיניה.

הגה: ישראל שברח מן העיר, ולקח (השר) ביתו והשאלו לישראל אחר, אין צריך להעלות שכר לבעלים, דהא לא קיימא לאגרא, דאי לא הו' דר בו ישראל השני דר בו עובד כוכבים (הג"מ פ"ג דגזילה ומרדכי פ' כיצד הרגל).

השוכר בית מחבירו וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו, אם היה לו רשות להשכירו לאחרים בענין שנתבאר לעיל סי' שט"ז, המותר הוא שלו. ואם לא היה לו רשות להשכירו, המותר לבעלים (נ"י פ' הנ"ל).

האומר לחבירו: דור בחצרי, אין צריך ליתן לו שכר (ב"י בשם הרשב"ץ).

שני שותפין בבית, והשכיר אחד מן השותפין כל הבית שלא מדעת שותפו, צריך השוכר ליתן לשותף השני חלקו (ב"י בשם הרשב"א); אבל אם לא שכר כל הבית, רק חלק השותף שהשכיר לו, אין צריך ליתן לשני כלום (ד"ע).

1. שכר את החצר ונמצא שאינה של המשכיר, והיא חצר העומדת להשכרה:

א. אם שכרה במחיר רגיל, או בפחות מדמיה - צריך לשלם לבעלים האמיתיים כפי השכר הראוי לה. אפי' אם שילם כבר למשכיר, יחזור וישלם לבעלים ויתבע את הראשון ששייב לו דמיו.

ב"ק כא. "אתמר נמי וכו' הדר בחצר חבירו וכו', והשוכר בית מבני העיר - מעלה שכר לבעלים. בעלים מאי עבידתייהו? הכי קאמר: נמצאו לו בעלים - מעלין להן שכר. תרתי! הא דקיימא לאגרא, הא דלא קיימא לאגרא". **וכתב נמוק"י בשם הרא"ש שדקדק ר"י** מכך שכתוב 'מעלה שכר' ולא 'משלם', שאפי' שכרו בפחות מדמיו, צריך לשלם לבעלים כל השכר הראוי להם, ואינו יכול לומר לא נכנסתי בה אלא על דעת שאשלם מעט. **וכ"כ הריטב"א.**

הקצות (ז) הקשה מאי שנא מהדין של "הניח להן אביהן פרה שאולה - משתמשין בה כל ימי שאלתה, מתה - אין חייבין באונסה; כסבורין של אביהם היא, וטבחוה ואכלוה - משלמין דמי בשר בזול" (כתובות לד:). מהטעם שיכולים לומר אילו ידענו שאינה שלנו לא היינו אוכלין אותה, ואי"כ הוא הדין הכא! ונשאר בצ"ע. **הנתיבות** (ח) כתב לתרץ ולא זכיתי להבין דבריו.

ב. אם שכרה ביותר מדמיה - א"צ ליתן אלא כפי ששאר האנשים משלמים. אף אם כבר שילם לראובן כפי שסיכם עמו, אינו משלם לשמעון אלא כפי הראוי לו. דהשכירות שעשה עם ראובן הייתה בטעות והיא בטילה, וא"צ לשלם לשמעון אלא כפי מה שנהנה. אולם הגיע הכסף ליד שמעון, וטוען שלא היה משכיר בפחות - אין מוציאין מידו. כ"כ הנמוק"י מדעת עצמו, וכתב ב' טעמים מדוע אין מוציאין: א. מספיקא לא מפקינן

ממונא, ונראה שהספק הוא שהרי ההוא שדר היה מוכן לשלם סכום כזה, אע"פ שהוא יותר מהרגיל, ואף בעה"ב אומר שלא היה משכיר בפחות, א"כ אולי באמת זה שווי ההנאה בחצר הזאת. ב. 'לא מצאנו מחילה בטעות בכי האי גוונא', ונראה שהוא סובר כשיטת הריב"ש (שלה) שלא אמרין מחילה בטעות אלא כשטעה במציאות אך לא כשטעה בדין. ובמקרה שלנו כיון שהספק הגיע ליד בעה"ב האמיתי, א"כ הטענה היא שטעה בדין שחשב שהוא חייב לו סכום זה, ובאמת אינו חייב לו שהרי המקח בטל, וכיון שהוא טעות בדין – הוי מחילה. **הגר"א** (כח) כתב שהטעם השני אינו ברור, ולכן כתב השו"ע רק את הטעם הראשון, שמירי שהמשכיר טוען שלא היה משכיר בפחות.

2. גוי שאנס ביתו של ישראל והשאלו לישראל אחר – פטור מלשלם, דהוי כחצר שלא קיימא לאגרא, שהרי אם לא היה דר בו היה משאלו לישראל אחר; רמ"א בשם המרדכי.

3. השוכר בית מחברו והלך והשכירו לאחר יוקר: אם היה רשאי להשכירו כפי שנתבאר לעיל בסי' שט"ז – המותר שלו. אך אם לא היה לו רשות להשכירו – המותר לבעה"ב; נמוק"י. וטעמו דכשאין לו רשות להשאל אמרין 'כיצד הלה עושה סחורה בממונו של חברו'. **הקצות** (ח) הקשה שהרי בשומר (ב"מ לו) שהוא מקור הדין מבואר שאפי' כאשר היה רשאי להשאל אמרין שאין הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, וא"כ מדוע הכא לא? ותיירץ דהתם השואל משלם עבור גוף הפרה דהוא של המשכיר, שלא קנאה השוכר; משא"כ הכא שהתשלום הוא עבור השימוש בבית, ושימוש זה קנוי לו, וכיון שיש לו רשות להשכיר א"כ הוא עושה סחורה בממונו שלו ולא של חברו!

4. אם הרשהו לדור בחצרו, האם יכול לתבוע שכר לאחר מכאן? פשט רמ"א – לא, ע"פ דברי התשב"ץ (קעג). אך בסי' רמו, יז מבואר ברמ"א שחייב ב"ח, ש"ך (יג), קצות (ט) – ספק והמע"ה. גר"א (לא) – אין מח', לכו"ע חייב לשלם, והרמ"א איירי במקרה שחברו אינו חסר.

התשב"ץ כתב ש"האומר לחברו: דור בחצרי, אין צריך ליתן לו שכר" והביאוהו הב"י והרמ"א. **האחרונים הבינו שדבריו נכונים אף היכא שחברו חסר, וכתבו שתורה"ד (שיז) בשם מהרי"ח בשם רבינו אפרים חולק על זה וסובר** שאע"פ שהרשהו לדור שם, אין זה אומר שהוא מוחל לו על השכירות, אלא חייב לשלם לו. וכן דעת **הרשב"א** (נדרים לג:), **והנמוק"י** (כתובות סג. מדפי הרי"ף), שאדם העושה לחברו טובה בסתם אין זה בחינם, אלא הרי זה כעין הלואה; והוכיחו כן מדין יורד לשדה חברו ומהירושלמי. **וכן פסק הרמ"א בסימן רמו, יז:** "האומר לחברו אכול עמי, צריך לשלם לו, ולא אמרין מתנה קא יהיב ליה". **הקצות** כתב שאת הראיה מהירושלמי אפשר לדחות ולומר שדווקא התם שהוא חייב לו כסף – ליכא למימר מתנה הוא דיהיב ליה, אך היכא שאינו חייב לו כלום – אמרין שנתן לו במתנה. **אלא שלדבריהם קשה** שהרי הרמ"א בסי' רמו פוסק שחייב, ואצלנו פסק שפטור!! **ולכן מוכרחים לומר כדברי הגר"א (לא)** שאף הרמ"א לא דיבר אלא בחצר שאינה עומדת להשכרה (שהרי בתשובה מדובר שהיה דר בחצרו בזמן שהלך למדה"י) וממילא הדין הוא שאף אם היה נכנס בלא רשות היה פטור שהרי חברו אינו חסר, כ"ש היכא שנתן לו רשות מתחילה; וכן מבואר בדברי הרשב"ץ שהביאם הב"י.

5. בית של שותפין והשכיר אחד מהם הבית ללא ידיעת השני: אם השכיר כל הבית – צריך השוכר לשלם לשותף השני את חלקו. כ"כ הרשב"א בתשובה (ח"ג קלח). אולם אם השכיר רק חלקו – השכר לו, כ"כ הדרכי משה, וכתב שהוא פשוט אלא שכתבו כיון שבא מעשה לפניו, ורצה חכם אחד להוכיח מדברי הרשב"א הנ"ל, ודחה דבריו.

סעיף יא

מי שהיה לו צמר וסמנים שרויין, ובא אחד וגזלן וצבע הצמר בסמנים, והוזל צמר הצבוע בענין שאינו שוה אלא כמו שהיה שוה בהיותו לבן, ושואל הנגזל מהגזלן דמי סמנים, פטור. ואם תפס הנגזל, אין מוציאין מידו.

1. אם גזל מראובן צמר וסמנים שרויין, דאם הוא שרה אותם במים – קנאם בשינוי מעשה, וחייב לשלם דמיהם. **וצבע את הצמר בסמנים:**

א. אם הושבח הצמר בענין שדמי הצמר הצבוע מכסים גם את שווי הסמנים – יכול להשיב ולומר לו 'הרי שלך לפניך', והשווי היתר של הצמר עולה לו בדמי הסמנים שחייב לו.

ב. אם הוזל מחיר צמר צבוע, וכן אם הושבח קצת אך אין השבח מכסה את מחיר הסמנים הגזולים – פטור מלשלם לו את דמי הסמנים; דהוא ספיקא דש"ס, והמע"ה. אך אם תפס – אין מוציאין מידו.

ב"ק קא. "איבעיא להו: יש שבח סמנין על הצמר, או אין שבח סמנין על הצמר? היכי דמי? וכו' **אלא** הבע"כ כגון דגזל צמר וסמנין דחד וצבעיה להווא צמר בהנך סמנין, וקא מהדר ליה ניהליה לצמר, יש שבח סמנין ע"ג הצמר וקא מהדר ליה סמנין וצמר (רש"י: דחזותא מילתא היא וקמהדר ליה צמר וקמהדר ליה סמנים כלומר בהך השבח דצמר קמהדר), או דלמא אין שבח סמנין על גבי צמר, וצמר מהדר ליה, סמנין לא מהדר ליה? אמרי: תיפוק ליה דאייקור ליה ניהליה בדמי! לא צריכא, דזל ציבעא. ואיבעית אימא: כגון שצבע בהו קופא. (כלומר צביעה מכוערת שלא השביחה; תוס').

רבינא אמר: הכא במאי עסקינן - כגון דצמר דחד וסמנין דחד, וקאתי קוף וצבעיה לההוא צמר בהנך סמנין, יש שבח סמנין על גבי צמר, דאמר ליה: הב לי סמנאי דגבך נינהו, או דלמא אין שבח סמנין על גבי צמר, ואמר ליה: לית לך גבאי כלום?" ולא אפשר.

הנמוק"י כתב שלדידן חייב לשלם מדינא דגרמי, כיון שהזיקו בכך שהניח את הסמנים במקום שהוא לא יכול ליטלם. **אולם, הש"ך (טז)** כתב שמדברי **המאור והרמב"ן** במלחמות מוכח שהבינו שהגמ' הסתפקה אף אליבא דמאן דדאין דינא דגרמי, והטעם הוא שבשעה שצבע את הצמר הוא השביח אותו, ורק לאחר זמן הוזל הצמר, וא"כ מעשה הצביעה אינו נחשב למעשה נזק, וחיובו אינו אלא מדין גזלן. והוסיף שאולי אף הנמוק"י לא כתב כן, אלא מכיון שהבין שמיירי שכבר בשעה שצבעו הוזל מחיר צמר צבוע, ולכן חייב מדינא דגרמי.

האם תפיסה הכא מועילה לכו"ע? סמ"ע – כן, דאף הרא"ש מודה שמועילה תפיסה בספיקא דתלמודא. ש"ך – לא, דלדעת הרא"ש והטור אפי' תפס מפקינן מיניה; והטור לפום ריהטא נקט דעת הרמב"ם. וכה"ג נחלקו לעיל בסימן שסב,ו.

2. אם גזל מחברו סמנים בלבד, וצבע בהם צמר – חייב לשלם דמי הסמנים; סמ"ע (כח), ש"ך (יז). והוא פשוט, דדוקא במקרה הקודם שגזל גם את הצמר ולכן הוא משיב אותו, הסתפקנו האם זה נחשב השבה גם לסמנים הבלועים בצמר. אולם, בכה"ג כיון שהצמר אינו גזול ולא ישיב אותו, לא יצא חובת השבת הגזילה עד שישלם דמי הסמנים; והכי מוכח בגמ' הנ"ל "אמרי: ואי אין שבח סמנין על גבי צמר, מי מצי אמר ליה לית לך גבאי ולא מידי? נימא ליה: הב לי סמנאי דאפסדתינהו!".

ב"ה

סימן שסד

הנכנס בבית פלוני והוציא כלים או חטף מידו זהובים, ובו ט' סעיפים.

סעיף א

מי שהעידו עליו שנכנס לביתו של פלוני בפניו ונטל כלים, ואין ידוע כמה נטל, נתבארו משפטיו בסימן צ'.

תקנת נגזל היינו כשראו עדים שנכנס לבית חברו, בעודו בביתו, ונטל משם כלים; ונתבארו דיניו בסימן צ'.

סעיף ב

ראוהו עדים שנכנס לתוך בית חברו, שלא בפני בע"ה, ונטל משם כלים, אף על פי שהוציאם מגולים, ואף על פי שהבעל הבית הזה עשוי למכור את כליו, אם טען ואמר: דרך גזל לקחם, והלה אומר: ברשותך באתי ואתה מכרתם לי או: נתתם לי, או: בחוב שיש לי אצלך תפסתם, אינו נאמן, שכל הנכנס לבית חברו שלא בפניו ונטל כלים משם והוציאם בפני עדים הרי זה בחזקת גזלן; לפיכך מחזיר הכלי לבע"ה ואין כאן שבועה, שהרי העדים ראו מה גזל; ואחר שיחזיר חוזר ותובע את בע"ה בכל מה שיטעון, והדין ביניהם.

ראוהו עדים שנכנס לבית חברו, בזמן שחברו לא היה שם, ונטל משם כלים – אין משמעות למוחזקות שלו בהם, ולכן אם בעה"ב טוען שגזלם ממנו, מוציאין ממנו הכלי, ויחזור ויתבע את בעה"ב מה שהוא רוצה.

אלו דברים פשוטים, והאריך הרי"ף (שבועות כח. מדפי הרי"ף) להוכיח דין זה, לאפוקי מדעת הגאון שפסק בעסק 'חד טוענא דכיתנא' שדימה זאת לדין של תקנת נגזל; והרי"ף הוכיח כדבריו מהדין של 'גודרות' (ב"ב לו.), וכן מ'הנהו עיזי דאכלי חושלא' (ב"מ קטז.), שלא כל תפיסה אוט' מועילה, אלא דווקא תפיסה שמבטאת בעלות, אך תפיסה שאין לה משמעות כזאת כיון שזה דבר שעשוי להשאיל ולהשכיר, או שזה בא אליך מעצמו (גודרות), או שראינו כיצד זה הגיע אליך (לקחת אותו לא בפני בעה"ב) אינה כלום.

סעיף ג

וכן אם היה שם עד אחד בלבד, ובעל הבית טוען שגזול הוא כלי זה בידו, והלה אומר: לקוח הוא בידי, או: בחוב גביתו, או: שלי היה ופקדון הוא אצלך, הרי זה חייב להחזיר הכלי לבעליו בלא שבועה, שאילו היו שני עדים היה חייב לשלם, ועכשיו שאין שם אלא עד אחד חייב שבועה, ואינו יכול לישבע שהרי אינו מכחיש את העד, וכל המחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם. לפיכך אם כפר ואמר: לא נכנסתי לביתו ולא נטלתי כלום, הואיל ואין שם אלא עד אחד והוא מכחישו, הרי זה נשבע שבועת התורה שלא לקח מביתו כלום, ונפטר. (ע"ל סי' צ' o"ג).

אם יש עד אחד שנכנס לבית חברו שלא בפניו ונטל כלים:

1. אם הוא טוען שלי לקחתי או בחובי וכדו' – הרי זה מחויב שבועה דאו' להכחיש את העד, שהרי אילו היו ב' עדים היו מחייבים אותו ממון, ואינו יכול להשבע, להכחיש את העד שהרי מודה לו, ולכן חייב לשלם ולהחזיר את מה שנטל.

2. אך אם הוא מכחיש את העד ואומר שלא נכנס ולא נטל – נשבע שבועה דאו' ונפטר.

סעיף ד

חטף לשון כסף מיד חברו בפני עד אחד, ואמר: חטפתי ודידי חטפתי, חייב להחזיר.

דין זה הוא 'נסכא דר' אבא' המבואר בב"ב לד., ונפסק בשו"ע בסימן עה סעיף יג.

סעיף ה

חטף ממנו זהובים בפני עד אחד, והוא אומר: שלי חטפתי ועשרים היו, אף על פי שאין העד יודע כמה חטף, הרי זה משלם העשרים, שהרי ידע בודאי שזהובים חטף, ונמצא שהוא מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע, ומשלם.

סעיף ו

אמר החוטף: עשרים חטפתי ושלי הם, והנגזל אומר: מאה חטף, משלם העשרים שהודה בהם, ועל השאר נשבע היסת.

1. עד א' מחייב שבועה אע"פ שאינו ידוע כמה חטף, אלא ע"פ הודאתו של החוטף.

2. אם בעה"ב טוען שחטף מאה, והוא מודה שחטף עשרים, חייב לשלם העשרים מדין 'מחוייב שבועה' ואינו יכול לישבע, ולהשבע שבועת היסת על השאר, כדין כופר בכל. הרמב"ם הביא שיש הסוברים שחייב שבועה דאורייתא של מודה במקצת, כדין כופר בכל שעדים מעידים שחייב מקצת. (והקצות והש"ך – בסי' עה – כתבו שזוהי דעת הגאונים), אולם הרמב"ם כתב שנראה לו שאין כאן שבועה דאורייתא, והטעם מפני שאע"פ שאנו מחייבים אותו על העשרים, אך זה לא מפני שנתברר לנו שהוא חייב עשרים, אלא מכיון שדינו הוא 'משואל' מ'.¹

3. הגוזל את חברו בעדים וטוען החזרתי שנאמן, צ"ע האם נשביע אותו היסת על כך; קצות (א). והטעם שכיון שגזל את חברו בעדים הרי הוא חשוד, ונפסל בכך לעדות ולשבועה, ואינו נאמן לומר שעשה תשובה עד שיבואו עדים על כך. ואע"פ שקי"ל הגוזל בעדים א"צ להחזיר בעדים, דילמא אין זה אלא לפוטרו מהממון.

סעיף ז

נכנס לביתו של חברו 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.

אם מודה שנטל עשרה כלים, ובעה"ב טוען שמא נטלת יותר – מחזיר העשרה שהודה עליהם, מדין 'מתוך' כמו שנתבאר לעיל, ואינו נשבע היסת, דאין נשבעים אלא בטענת ברי.

הראב"ד חלק על הרמב"ם וכתב שבכה"ג אף את העשרה אינו צריך לשלם, דכיון שבעה"ב טוען בשמא, אין כאן אף שבועת עד א', וכיון שאין שבועה אין דין מתוך?! אולם, הרמב"ם סובר ששבועת עד א' נשבעין אף בטענת שמא של בעה"ב, כיון שהעד מעיד בברי; לעומת שבועת מוב"מ שאין משביעין בטענת שמא. ועיין בסימן עה סעיף כג בדיון זה, וכתב הש"ך שהלכה רווחת כרמב"ם שמשביעין שבועת ע"א בטענת שמא, וא"א לטעון 'קים לי' כנגד זה.

סעיף ח

(כפול לעיל סי' ע"ה ס"ח) האומר לחבירו: גזלתני מאה, אם אמר: לא גזלתי, נשבע היסת; ואם הודה שגזלו חמשים, משלם חמשים, ונשבע שבועת התורה על השאר, כשאר הנשבעים, שהרי לא הוחזק גזלן בעדים.

סעיף ט

וכן הטוען את חברו שנכנס לביתו וגזלו כלים, והוא אומר: דרך משכון לקחתי בחובי שיש לי אצלך, ובעל הבית אומר: אין לך בידי כלום, אף על פי שהודה שמשכנו שלא ברשות, הואיל ואין שם עדים מעידים שגזל, הרי זה נשבע וגובה חובו מהמשכון.

אם תובע את חברו שגזל ממנו כלים מביתו, והלה מודה שנטלם אלא שטוען שבחובו נטלם, ואין על כך עדים, – נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ונשבע בנקיטת חפץ, כדין כל הנשבעין ונוטלים, וגובה עד כדי דמיהם.

ב"ה

סימן שסה

הגזול ואינו יודע ממי גזל, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

הגזול אחד מחמשה ואינו יודע לאיזה מהם גזל, כל אחד מהם אומר: אותי גזל, אף על פי שאין שם עדים שגזל, הרי כל אחד מהם נשבע שזה גזלו, ומשלם גזילה לכל אחד ואחד.

1. גזל אחד מחמשה ואינו יודע מי הוא, וכל אחד מהחמשה טוען בברי שהוא הנגזל: שו"ע – כל א' נשבע בנק"ח שבועת הנשבעין ונוטלין, שהוא הנגזל – והגזלן משלם לו. כיון שהלכה כר"ע מחבירו. ש"ך – הגזלן יכול לטעון 'קים לי' שאיני חייב לשלם, כבעל המאור, שהלכה כר"ט שאינו צריך לשלם אלא לאחד מהם, ולכן יכול להניח גזילה ביניהם ולהסתלק.

יבמות קיח: במשנה "גזל אחד מחמשה ואין יודע מאיזה גזל, כל אחד אומר אותי גזל – מניח גזילה ביניהם ומסתלק, דברי רבי טרפון; רבי עקיבא אומר: אין זו דרך מוציא מידי עבירה, עד שישלם לכל אחד ואחד". ובגמ' מבואר שנחלקו ת"ק ורשב"א, שלדעת ת"ק דין זה נכון גם במקרה בו לקח מקח מאחד מחמשה בני אדם; אולם רשב"א סובר שבמקח ר"ע מודה לר"ט, כיון שמעיקר הדין ודאי שאינו חייב אלא לאחד מהם. אולם, בגזל כיון שהוא עשה איסור, אנו קונסים אותו לשלם לכל אחד מהם. ופסק הרמ"א בב"מ כר"ע אליבא דרשב"א.

ב"ק קג: הגמ' דנה כמי המשנה "הגזול את חברו שוה פרוטה ונשבע לו, יוליכנו אחריו למדי", ומשמע שדווקא בגלל שנשבע לשקר יש חובת השבה אף למדי, הא לאו הכי לא! ורוצה להעמיד כר' טרפון ולא כר"ע. **מסקנת הגמ' היא:** "אלא אמר רבא: שאני מתני', דכיון דידע למאן גזליה ואודי ליה וכו', הלכך: נשבע אף על גב דקאמר ליה יהיו לי בידך, כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטי לידיה, הא לא אישתבע, הוי גביה פקדון עד דאתי ושקיל ליה". **פשט הגמ' שהמשנה אתיא אליבא דכו"ע** דכיון שהוא יודע מי הנגזל, הרי זה כפקדון בידו שהרי לבסוף יגיע ליד הנגזל, ולכן אינו חייב לטרוח אחריו לחי"ל, אלא יכול לחכות עד שישבו; וא"כ נשבע לשקר. משא"כ במקרה בו אינו יודע למי גזל, וא"כ החפץ לא עתיד להגיע לידו לעולם, ככה"ג דעת ר"ע שחייב לשלם לכולם. **כך הבינו רוב הראשונים, ולכן פסקו הרמ"א והרמב"ם כר"ע.**

אולם, בעל המאור (ב"ק לו: מדפי הרמ"א) השיג על הרמ"א, ופסק כר' טרפון. טעמו שהבין שתירוצו רבא אינו דוחה את ההבנה הקודמת שמשנתנו היא רק אליבא דר"ט, ולכן לא גרס 'אלא'. וכתב שכן דעת רב האי גאון. **הרמב"ן במלחמות** מאריך להשיג על דבריו, וכותב שאף לגרסאות שלא גרסו 'אלא', אין זה מפני שכוונתן אחרת, אלא מפני שמצאנו מקומות בש"ס שאף בלא 'אלא' התירוץ הנוסף אינו בא כקומה נוספת אלא דוחה לגמרי את התירוץ הקודם. והוכיח שאף רב האי אינו חולק על הרמ"א. ועוד שקי"ל שהלכה כר"ע מחברו, ור"ט חברו הוא. **הש"ך** (ב) מאריך לדחות את ראיות הרמב"ן, וכותב שיש מקום לדבריו של בעל המאור, ושהמעין היטב בדברי רב האי יראה שבעל המאור צודק. ועוד שכן דעת בה"ג. כמו כן הוסיף שאף אם נעמיד את המשנה גם אליבא דר"ע, אין זה אומר שהלכה כר"ע. ואע"פ שקי"ל הלכה כר"ע מחברו, אין זה בהכרח נכון בקנסות, וכאן טעמו של ר"ע הוא משום קנס. ואולי זוהי כוונת הנמוקי"י בשם הראב"ד שאמר שכיון שטעמו של ר"ע משום קנס – האידנא לא דיינינן דיני קנסות! ואע"פ שקנס כזה דיינינן! אלא כוונתו שבכה"ג אין הלכה כר"ע מחברו (ולעני"ד זהו דוחק לפרש כן כוונת הנמוקי"י, וצ"ע). **לכן הכריע הש"ך שהגזלן המוחזק יכול לטעון 'קים לי' כבעל המאור ורב האי גאון ובה"ג והראב"ד שפסקו כר"ט.**

סעיף ב

אמר לשנים: גזלתי את אחד מכם ואיני יודע איזהו, אינו נותן אלא מנה, והם חולקים ביניהם, מאחר שהם לא היו יודעים שנגזלו, אלא על פיו; ועם כל זה אם בא לצאת ידי שמים, חייב לשלם כל הגזילה לכל אחד ואחד. אבל שנים שתבעו את אחד, וכל אחד מהם אמר ליה: גזלתי מנה, והוא משיב: אמת שגזלתי את אחד מכם מנה אבל איני יודע לאיזה מכם, חייב לשלם לכל אחד מהם מנה. הגה: וכן אם גזל לשנים, לאחד מנה ולאחד מאתיים, וכל אחד מהם תובעו מאתיים, והוא אינו יודע למי גזל מאתיים, נותן לכל אחד מאתיים. גזל לאחד, ואינו יודע אם החזיר לו, אף על פי שאין תובע אותו, חייב לשלם לו אם בא לצאת ידי שמים. אבל אם אמר לאחד: איני יודע אם גזלתיך אם לאו, אפילו בבא לצאת ידי שמים אינו חייב לשלם לו (טור).

1. אם אינם תובעים אותו, כלומר שהם טוענים שמא, דאם מעצמו בא והודה, ואז הם נזכרים הרי זה חשוב כאילו הם תובעים אותו. אלא הוא אומר להם גזלתי מאחד מכם ואיני יודע ממי:

א. מעיקר הדין אינו חייב אלא כפי שגזל מאחד. ומה יעשה בו? **ש"ך (ב) – יחלוקו**, כיון שאין אחד מהם רמאי. **קצות (א) – יהא מונח בידו עד שיבוא אליהו**, אא"כ הם מתרצים ביניהם לחלוק. דאכן שיטת רש"י בריש מצינא, שכאשר ליכא רמאי הדין הוא יחלוקו. אולם, שיטת התוס' והרא"ש שאף כאשר ליכא ודאי רמאי, אך כיון שאין החלוקה יכולה להיות אמת, כגון הכא שלא גזל אלא מאחד מהם, הדין הוא 'יהא מונח'. אא"כ הוא דררא דממונא או ספיקא דדינא (דחשיב כ'דררא'), שאז ג"כ הדין הוא 'יחלוקו' של פשרה.

ב. אם בא לצאת ידי שמים – נותן לכל אחד ואחד.

ב"מ לו. "אמר לשנים: גזלתי לאחד מכם מנה, ואיני יודע איזה מכם. או: אביו של אחד מכם הפקיד לי מנה ואיני יודע איזה הוא – נותן לזה מנה ולזה מנה, שהודה מפי עצמו". והקשטה הגמ' מהדין של הסעיף הקודם בו מבואר שאף ר"ע לא חייב אלא מדין קנס, ור"ט פוטר! ותירצה "התם דקא תבעי ליה, הכא – בבא לצאת ידי שמים".

דין זה הוא נכון דווקא בגזילה, אך לגבי פקדון (שאינו יודע מי הפקיד בידו) אמרינן שאינו חייב אף לצאת ידי שמים, והטעם הוא מפני שאף על המפקיד עצמו מוטל לזכור שהפקיד אצלו.

2. אם הגזלן יודע שהנגזל ידע מהגזילה, אך עכשיו אינם יודעים מהגזילה, האם חייב לצאת ידי שמים? ש"ך (ה) – לא, דומיא דפקדון, דהוה לנגזל לידע שגזלו, וכיון שאינו. קצות (ב) – כן.

מדוע בגזלן אינו פטור לצאת ידי שמים, כאשר הנגזל אינו זוכר שנגזל ממנו? הש"ך הביא בשם המעדני מלך שבגזילה הנגזל סובר שהגזלן גברא אלמא הוא, ולא שכיח שיחזיר את הגזילה ולכן אינו תובעו. הש"ך הקשה שאע"פ שאינו תובעו, אך כשהגזלן חוזר בתשובה יש לו להיזכר. לכן כתב שבאמת מיירי הכא שמייירי שאינו יודע שהנגזל ידע מהגזילה, אך אם ברי לו שהנגזל ידע מהגזילה ועכשיו אינו זוכר – פטור מלשלם אף לצאת ידי שמים. הקצות, כתב לבאר דברי המעדני מלך שכוונתו שמטעם זה אין הנגזל שם על ליבו לזכור ולדקדק מי גזל מאיתו, ולכן גם עכשיו כשהלה בא ומודה לו – לא יזכר. אולם, כתב לחלוק על דבריו של הש"ך מהטעם שדווקא לגבי נפקד שיסוד חיובו הוא מכיון שלא דקדק לזכור מי הפקיד בידו, ולכן חייב לצי"ש. וממילא כאשר גם המפקיד אינו זוכר שהפקיד – הנפקד פטור, דאין הנפקד צריך לדקדק יותר מהמפקיד. אולם, לגבי גזלן החיוב שלו הוא מפני שעשה איסור וגזל, ולכן זה בכלל לא משנה שהיה על הנגזל לדקדק ולא דקדק, וכיון שהגזלן עשה איסור – מוטל עליו החיוב לשלם לנגזל לצי"ש.

3. גזל משנים, מאחד מנה ומהשני מאתיים:

א. אם שניהם תובעים אותו – נותן לכל אחד מאתיים, אחר שישבע כל אחד כמו שנתבאר בסעי' הקודם; ש"ך (ו).

ב. אם שניהם תובעים אותו מנה, אך אינם יודעים מהמאתיים – יהא מונח בידו עד שיבוא אליהו, או שישכימו שניהם לחלוק; ש"ך (ז). כאן אף הש"ך מודה שלא עושים יחלוקו, כיון שחיישינן לרמאי, שהרי כל אחד תובע מנה, א"כ מדוע הוא יודע שחייב לו מנה אך אינו יודע מהמנה השני?!

ג. אם אינם תובעים אותו כלל: קצות – יהא מונח. ש"ך – יחלוקו; דבכה"ג ליכא למיחש לרמאי. וכבר נתבאר מח' לעיל 1א.

4. גזל ואינו יודע אם החזיר, והנגזל אינו תובעו – חייב לשלם לצאת ידי שמים. אך אם אינו יודע אם גזל כלל – פטור אף לצי"ש. וכבר נתבאר דין זה בסימן עה סעיף י.

ב"ה

סימן שסו

גזלן שבא לעשות תשובה אם מקבלין ממנו, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

גזלן מפורסם (שעסקיו בכך ותשובתו קשה) הבא לעשות תשובה מעצמו, אם אין הגזילה קיימת אין מקבלין ממנו, כדי שלא ימנע מלעשות תשובה; ואם רצה לצאת ידי שמים והחזיר, אין מוחין ביד הנגזל מלקבלו. הגה: וכן אם לא בא לעשות תשובה מעצמו, רק שהנגזל צריך לתבעו, מחייבים אותו להחזיר (טור ס"א).

1. גזלן מפורסם כלומר שרוב עסקיו בכך, שבא לעשות תשובה מעצמו:

א. כאשר אין הגזילה קיימת: אם רוצה לשלם את חובו אין מקבלים ממנו, כדי שלא ימנע מלעשות תשובה, שיחשוב בליבו שאם ירצה לשוב יצטרך לשלם הרבה כסף ולא ישאר לו ממון, וימנע ולא יעשה תשובה. לכן תקנו חז"ל שגזלן כזה שבא לשוב – פטור מלשלם. אך אם רצה לשלם חובו כדי לצאת ידי שמים – אין מוחין ביד הנגזל מלקבל ממנו.

ב"ק צד: "תנו רבנן: הגזלנין ומלוי ברבית שהחזירו – אין מקבלין מהן, והמקבל מהן – אין רוח חכמים נוחה הימנו. אמר רבי יוחנן: בימי רבי נשנית משנה זו; דתניא: מעשה באדם אחד שבקש לעשות תשובה, א"ל אשתו: ריקה, אם אתה עושה תשובה, אפילו אבנט אינו שלך! ונמנע ולא עשה תשובה; באותה שעה אמרו: הגזלנין ומלוי רביות שהחזירו – אין מקבלין מהם, והמקבל מהם – אין רוח חכמים נוחה הימנו וכו'. תא שמע וכו' אלא למה מחזירין? לצאת ידי שמים וכו'. והשתא דאמר רב נחמן וכו' לא קשיא כאן בגזילה קיימת, כאן בשאין גזילה קיימת".

הראשונים הקשו הרי מצאנו בהרבה מקומות בש"ס שכופים גזלנים להשיב ולשלם דמי הגזילה!! בדברי הראשונים מצאנו ג' תירוצים: א. תירוצ' ר"ת – זוהי תקנה מיוחדת רק לדורו של רבי, ולא לדורות. וכל הקושיות שהגמ' הקשתה הם רק מבריינות שנשנו בדורו של רבי. ע"פ זה היום אין לדין זה מקום. **ב. תירוצ' ר"י –** דין זה הוא דווקא בגזלנים שרוב עסקם ומחיתם בכך, ולכן אם יבואו לשוב ימנעו ולא יעשו תשובה. אולם בסתם בני אדם לא עשו תקנה זו. **ג. תירוצ' הרא"ה בשם רבותיו –** תקנה זו היא רק בגזלן שבא ועושה תשובה מעצמו, אך אם אינו עושה תשובה בי"ד כופין אותו לשלם חובו. תוס' דחו תירוצ' זה בטענה שאם כן כל אדם יערים ויאמר שהוא עושה תשובה ויפטר מלשלם חובו!! **הנמוק"י** כתב שמכח קושיא זו צ"ל שדעת הרא"ה שמיירי בגזלן שרוב עסקו בכך וגם עשה תשובה, אך אם לא בא לעשות תשובה – לא תקנו עבורו. **והוסיף שכן נראית דעת הרא"ה** ש' שהביא את ב' התירוצים, שכוונתו לומר שבעיני תרתי. וכ"כ הב"ח בדעת הרא"ה, וכן נראה שהבין הטור אף את דעת ר"י עצמו.

לדינא, הרמב"ם כתב שדין זה מייירי בכל גזלן שבא לעשות תשובה, אולם השו"ע והרמ"א נקטו שבעיני תרתי, גם גזלן מפורסם וגם שעושה תשובה.

ב. כאשר הגזילה קיימת: אם אין הפסד גדול בהשבתה – מקבלים ממנו. אך אם יש הפסד גדול בהשבתה, כגון שגזל קורה וקבעה בבנין – צריך לשלם דמיה, מדין תקנת השבים.

ב"ק צה. "וכל היכא דגזילה קיימת, לא עבוד רבנן תקנתא? והרי מריש דגזילה קיימת היא, ותנן: על המריש הגזול שבנאו בבירה – שיטול דמיו, מפני תקנת השבים! שאני התם, דכיון דאיכא פסידא דבירה, שויהו רבנן כדליתא". הסמ"ע (ב) הביא שאם השיג גבול רעהו לא עשו בו תקנת השבים, דאין תקנת השבים בקרקע, ואפי' בגזלן מפורסם. (וכמו שנתבאר דין זה בסימן שס, א).

3. אם לא עשה תשובה, כגון שהנגזל תובעו לדין, בי"ד כופין אותו לשלם.

4. אם אינו גזלן מפורסם, אלא שגזל בצורה חד פעמית, מקבלים ממנו.

סעיף ב

הרועים והגבאים והמוכסים, תשובתן קשה מפני שגזלו את הרבים ואין יודעים למי יחזרו, לפיכך יעשו בו צרכי רבים, כגון בורות שיחין ומערות.

הגה: גזלן שהחזיר, אם צריך דעת בעלים, דינו כמו בגנב (טור ס"ג). ועיין לעיל סימן שנ"ה.

1. כל הגוזלים את הרבים, כגון הרועים מפני שמרעין בהמתם בשדות זרים, רש"י; או מפני שגוזלים גיזה וחלב מהבעלים, תוס'; והגבאים והמוכסים - **תשובתן קשה,** שהרי גזלו את הרבים ואינם יודעים למי להשיב. **ומה תקנתם? יעשו בהם צרכי רבים,** כגון לבנות ולתקן את הבורות שיחין ומערות, ובכח"ג הנגזל יהנה מדברים אלו שנעשו מדמי הגזילה.

2. האם דין זה נכון רק כשהגזילה קיימת? ב"ח – כן, שהרי התבאר בסעי' הקודם שכאשר אין הגזילה קיימת, יש תקנה שאין מקבלים מהם כדי שיעשו תשובה. פת"ש (ב) בשם שו"ת שיבת ציון – לא, אלא דין זה נכון בכל ענין.

ב"ק צד: "ת"ש: הרועים, והגבאים, והמוכסים - תשובתן קשה, ומחזירין למכירין וכו'. ושאר מכירין - יעשה בהן צרכי ציבור, ואמר רב חסדא: בורות, שיחין ומערות!". הגמ' למסקנתה העמידה שמירי בגזילה קיימת, שהרי כשאין גזילה קיימת אין מקבלים מהן משום תקנת השבים. **וכ"כ הרא"ש** שמירי הכא בגזילה קיימת! **הב"ח תמה** על השו"ע והטור שכתבו דין זה בסתם ולא הזכירו שמירי כשהגזילה קיימת! וכתב שצ"ל שסמכו על כך שזה המשך של הסעיף הקודם. **אולם, הפת"ש (ב) הביא בשם שו"ת שיבת ציון** (ק"ב) שתקנת חז"ל לא באה לפטור את הגזלן מלהשיב, אלא לחייב את הנגזל למחול לו. ממילא כאשר אינם יודעים ממי גזלו, שוב אין הנגזל יכול למחול להם, ואין להם תקנה אלא לעשות בהם צרכי ציבור. לכן דין זה נכון גם כאשר אין הגזילה קיימת. ע"פ דבריו צ"ל שהגמ' העמידה בגזילה קיימת, משום הרישא של הברייתא שאמרה 'מחזירין למכירין', אולם לגבי הסיפא שכאשר אין מכירין יעשו בהם צרכי ציבור – לא דיברה הגמ'.

3. דיני השבת גזילה ללא דעת הבעלים נתבארו בסימן שנה.

סעיף ג

היה כלי ביד בנו של בעל הבית או ביד עבדו, ולקחו אחד מהם ונשתמש בו, הרי זה שואל שלא מדעת ונעשה ברשותו ונתחייב באונסין עד שיחזירנו לבעלים. לפיכך אם החזירו לקטן שהיה בידו, ואבד ממנו או נשבר, חייב לשלם.

1. היה כלי ביד בנו או ביד עבדו, ולקחו אחר ונשתמש בו – הרי הוא שואל שלא מדעת וחייב באונסין, עד שיחזירנו לבעלים עצמם.

ב"ב פז: במשנה "השולח את בנו אצל חנווני ומדד לו באיסר שמן ונתן לו את האיסר, שבר את הצלוחית ואבד את האיסר - חנווני חייב; רבי יהודה פוטר, שעל מנת כן שלחו". **ובדף פח.** "אלא אמר רבא: אני וארי שבחבורה תרגימונה, ומונז' ר' זירא, הכא במאי עסקינן - כגון שנטלה למוד בה לאחרים, ובשואל שלא מדעת קא מיפלגי, מר סבר: שואל הוי, ומר סבר: גזלן הוי". וכתב הרשב"ם "גזלן הוי וקנייה להתחייב בה עד שתבא ליד בעלים דבעינן והשיב את הגזילה, והשבה ליד תינוק לאו השבה היא".

הסמ"ע כתב שבנו היינו אפי' בנו גדול, והט"ז כתב שאינו מבין דבריו, שהרי ברישא דין זה נכון אף אם נטל מאחר, שהרי דינו כשואל שלא מדעת שהוי גזלן. אלא מה שנקט בנו היינו משום הסיפא, ובסיפא ודאי מדובר רק בבנו קטן, כמו שכתב הסמ"ע עצמו, שהרי בבנו גדול, או באחר, סגי בכך שהחזיר למקום שנטל ממנו? וא"כ אף הכא מיירי בבנו קטן.

2. אם החזירו ליד בנו הקטן או העבד, שהרי עבד דינו כקטן, סמ"ע (ח). – לא מהני, ואם נשבר או אבד ממנו – חייב לשלם.

3. אם החזירו ליד בנו הגדול: סמ"ע (ח) – מהני, דאע"פ ששואל שלא מדעת הוי גזלן, אך אינו גזלן ממש, וממילא סגי בהשבה למקום שנטלו משם. כמו שפסק הרמ"א בסימן רצב, א. ודוקא בדבר שאין הבעלים מקפיד על השימוש בו, כמו שכתבו שם הסמ"ע והנתיבות. ש"ך – לא מהני, הש"ך שם חלק על הרמ"א, וכתב ששואל שלא מדעת הוי גזלן גמור, ולא סגי אלא בהשבה ליד הבעלים ממש.

סעיף ד

הגוזל את חברו בישוב, ובא להחזיר לו במדבר, לא יצא; ואם ירצה הנגזל לא יקחנו עד שיגיע ליישוב; אבל אם מחזירו ביישוב, אפילו אינו באותו מקום שגזלו, יצא.

1. הגוזל את חברו בישוב, אינו יכול להכריחו לקבל ממנו את הגזילה במדבר, דאינו מקום המשתמר, אך אם הסכים וקיבל ממנו, שוב אינו חייב באחריותו. אך אם הוא בישוב אחר, יכול להכריחו לקבלו ממנו, ואע"פ שאין הוא אותו המקום שגזלו ממנו.

ב"ק קיח. במשנה "הגוזל את חברו, או שהלוה הימנו, או שהפקיד לו בישוב - לא יחזיר לו במדבר". ודקדק מכאן הב"י שדווקא במדבר לא יחזיר לו, אך בישוב יכול להחזיר לו ואפי' אינו המקום בו גזלו.

סימן שסז

גזלן שבא להחזיר את הגזילה והגזל את אביו, ובו ו' סעיפים.

פתיחה לסימן

מקור דיני סימן זה הוא במשנה בב"ק קג. "הגזל את חברו שוה פרוטה ונשבע לו, יולכנו אחריו למדי. לא יתן לא לבנו ולא לשלוחו, אבל נותן לשליח בית דין. ואם מת - יחזיר ליורשיו. נתן לו את הקרן ולא נתן לו את החומש, מחל לו על הקרן ולא מחל לו על החומש, מחל לו על זה ועל זה חוץ מפחות שוה פרוטה בקרן - אינו צריך לילך אחריו".

סעיף א

הגזל את חברו, אף על פי שכפר בו, הואיל ולא נשבע, אם חזר והודה אינו חייב לרדוף אחר הבעלים להחזיר להם, אלא יהא בידו עד שיבואו, (ויודיע אותם) (טור ס"א) ויטלו את שלהם. אבל אם נשבע על שוה פרוטה ומעלה, חייב לרדוף אחר הבעלים עד שיחזיר להם, אפילו הם באיי הים, מפני שכבר נתיאשו מאחר שנשבע, ואינם באים עוד לתובעו.

האם מוטלת על הגזלן חובת השבת הגזילה לידי בעליה?

1. אם לא נשבע לשקר, אפי' כפר בו בב"ד – אינו חייב לילך אחריו כדי להשיב לו, אלא יהא מונח בידו עד שיבואו הבעלים ויתבעו את שלהם.

ב"ק קג. במשנה "הגזל את חברו שוה פרוטה ונשבע לו, יולכנו אחריו למדי". ומבואר שאם לא נשבע לו, אינו חייב לילך אחריו ולהשיב לו. הגמ' דנה כמי המשנה, ולמסקנתה "אלא אמר רבא: שאני מתני', דכיון דידע למאן גזליה ואודי ליה, כיון דאפשר לאהדורי ממונא למריה הוה ליה כמאן דאמר ליה יהיו לי בידך, הלכך: נשבע אף על גב דקאמר ליה יהיו לי בידך, כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטי לידיה, הא לא אישתבע, הוי גביה פקדון עד דאתי ושקיל ליה".

מדוע אינו חייב לרדוף אחריו ולהשיב לו את הגזילה? סמ"ע (ב) – תקנת השבים. ש"ך (ב) – כך הוא דין תורה, שהרי הפסוק לימדנו שרק כאשר נשבע לשקר חייב להשיב לידו ממש, אלמא דכל שלא נשבע לשקר – אינו חייב להשיב לידו.

האם חייב לשלוח אחריו ולהודיע לו? ש"ך (ב) – כן, דכו"ע מודים בזה, אלא שאינו צריך לרדוף כדי לשלם לו. סמ"ע: שו"ע – לא, רמ"א – כשהגזלן מגיע לעירו של הנגזל, צריך לשלוח ולהודיעו.

הטור כתב שאע"פ שאין צריך לילך אחריו אך צריך לשלוח אחריו ולהודיעו, אלא שאין צריך לשלוח את הממון עצמו, ולקחת סיכון שיאבד ויצטרך לשלם שוב. וכן משמע פשט דברי הרמ"א שהגיה 'ויודיע אותם'. אמנם, **הרמב"ם** סתם ומשמע שאף להודיעו אין צריך; **וכ"כ הסמ"ע, הב"ח והמהרש"ל בדעתו**. הסמ"ע רצה לומר שאף הרמ"א לא התכוון להגיה ולחלוק לגמרי, אלא לומר שכאשר יגיע הנגזל לעיר צריך להודיעו אך א"צ לשלוח אחריו מחוץ לעיר כדי להודיעו. **אולם, הש"ך** כתב שאף הרמב"ם מודה לטור שצריך לשלוח אחריו ולהודיעו, אלא שאינו צריך לרדוף אחריהם ולהשיב את ממון הגזילה. הש"ך למד כן את פירוש דברי הגמ' בצד. "כיון דידע למאן גזליה ואודי ליה, כמאן דאמר ליה יהיו לי בידך דמי", שהכוונה "ואודי ליה" היינו והודיע לו. ומכאן שרק בגלל שהודיע לו אמרינן שהרי זה כאילו פקדון גביה, וא"צ לרדוף אחריו. **אולם הקצות** (א) ביאר שאין הכוונה 'אודי ליה' שיוודיע לו, אלא שכיון שהוא הודה שהוא גזל והוא מוכן להשיב, א"כ הרי זה כאילו הודיע לנגזל ואמר לו הנגזל שישאיר את זה אצלו בפקדון עד שישב לו את הגזילה.

2. אם כפר בו בב"ד ונשבע לשקר – חייב לילך אחריו ולהשיב לו את הגזילה, אפי' למדינת הים. דהתורה אמרה "אז מכל אֲשֶׁר־שָׁבַע עָלָיו לְשָׁקֶר וכו' לֵאשֹׁר הוּא לוֹ יִתְּנֶנּוּ בְּיוֹם אֲשַׁמְתּוֹ", ואינו יוצא ידי חובה עד שיתנו לו. כן מבואר בגמ' (ב"ק צג:) וכ"כ הסמ"ע (ד) והקצות (ב). אמנם, הש"ך (ה) השיג וכתב שהטעם הוא מפני שבעי כפרה ולא סגי ליה עד שיחזירו לידו ממש. אך כבר כתב הקצות, שטעמו של הסמ"ע מבואר בגמ' להדיא, שבגלל הפסוק הזה למדנו שלא יתכפר לו שעד שיחזירו לידו.

האם צריך לשלוח אחריו ולהשיב לו הגזילה, או שמספיק להודיעו שרוצה לשלם לו? מהרש"ל – מספיק להודיעו. ש"ך – צריך לשלם לו. הרמב"ם נימק הטעם שכיון שנשבע לשקר, נתיאשו הבעלים ולא יבואו עוד לתובעו, ולכן הוא צריך לרדוף אחריהם אפי' למדינת הים. המהרש"ל הבין שלפי זה מספיק אם ירדוף אחריו ויודיעו שהוא רוצה לשלם לו, אך א"צ לרדוף ולשלם לו. אולם, הש"ך כתב שאף לטעמו של הרמב"ם צריך לרדוף ולשלם לו ולא מספיק להודיעו, דסבור הנגזל שאולי עדיין לא ישלם לו ולא יקיים דבריו שהרי נשבע לשקר.

הש"ך תמה מדוע הוצרך הרמב"ם להמציא טעם זה מליבו, ונשאר בצ"ע גם על השו"ע שהביא דבריו. והקצות (ג) האריך לתרץ דברי הרמב"ם, ולא זכיתי להבין דבריו. וה' יאיר עינינו, אכ"ר.

אם שלח אחריו והודיעו, ואמר לו הנגזל 'יהיו לי בידך עד שאבוא' – לא מהנני, דצריך לעשות השבה מעליא; כ"כ הש"ך (ו) בשם מהרש"ל. **אך אם הודה בפניו ורצה להשיב לו**, ואמר לו הנגזל 'יהיו לי בידך' – מהנני, דכיון שהניחו בידו והלך הרי הוא כהפקידו בידו. כ"כ התוס' להדיא בדף צד.

סעיף ב

אפילו החזיר הגזילה כולה, חוץ משוה פרוטה, חייב הגזלן להוליכה אחר הנגזל. ולא יתן לא לבנו של נגזל ולא לשלוחו, אלא אם כן עשה הנגזל השליח בעדים. וכן אם עשו בית דין שליח בעדים, ונתן לו, יצא; ואין צריך לומר אם נתן לבית דין, שיצא.

1. כאשר כפר בו והוצרך לילך אחריו ולהשיבו, **אפי' נשאר עליו חוב רק של שוה פרוטה** – חייב לילך אחריו, דדין פרוטה כדין מאה.

2. **לא יחזיר את הגזילה לידי בנו או שלוחו** כלומר שכירו ולקיטו, והטעם שאין זה השבה עד שיגיע לידו, ואם יאבד בדרך – יצטרך לשלם שוב. דין זה נכון בכל השבת גזילה; סמ"ע, ה. אך יכול להשיבה לידי שלוחו אם עשאו בעדים, דבכה"ג אפי' נאנסו בדרך פטור הגזלן.

כל דינים הללו כתובים במשנה שהבאנו בפתיחה לסימן. לגבי שליח שעשאו בעדים – **ב"ק קד.** "איתמר: שליח שעשאו בעדים – רב חסדא אמר: הוי שליח, רבה אמר: לא הוי שליח. רב חסדא אמר הוי שליח, להכי טרחי ואוקמיה בעדים דליקו ברשותיה וכו'. רבי יוחנן ורבי אלעזר דאמרי תרווייהו: שליח שעשאו בעדים הוי שליח, וא"ת: משנתנו! בממציא לו שליח וכו' א"י, כדרב חסדא: בשכירו ולקיטו". ופסקו הפוסקים כרב חסדא, שר' יוחנן ורבי אלעזר קיימי כוותיה. ונתבאר דיניו בסימן קכא.

3. **יכול להשיב הגזילה לידי שליח בי"ד, או להניחה בידי בי"ד.** דין זה הוא משום תקנת השבים, כדי שלא יצטרך להוציא הרבה הוצאות כדי להשיב לידו את הגזילה; כ"כ רש"י שם והביאו הסמ"ע, ו.

סעיף ג

החזיר לו כל הגזילה, או שמחל לו עליה, חוץ מפחות שוה פרוטה, אינו צריך להוליך אחריו אלא יבא הנגזל ויטול השאר, ואף על פי שהגזילה עצמה קיימת אין חוששין שמא תתייקר ונמצא הנשאר שוה פרוטה.

1. **אם נשאר לו חוב פחות משו"פ** – אינו חייב להוליכה אחריו, אע"פ שכפר בו, ואע"פ שהגזילה קיימת. גם זה מבואר במשנה הנ"ל "חוץ מפחות שוה פרוטה בקרן – אינו צריך לילך אחריו". **ובדף קה.** "אמר רב פפא: לא שנו אלא שאין גזילה קיימת, אבל גזילה קיימת – צריך לילך אחריו, חיישינן שמא תייקר. איכא דאמרי, אמר רב פפא: לא שנו גזילה קיימת, ולא שנו שאין גזילה קיימת – אינו צריך לילך אחריו, **לשמא תייקר לא חיישינן**". וכתב הב"י שידוע שהלכה כלישנא בתרא, וכן פסקו **הרא"ש והרמב"ם**.

2. **אם התייקרה הגזילה ושוה פרוטה** – חייב לילך אחריו להשיבה; כן משמע מסתימת השו"ע. נחלקו רבינו יונה והרמ"ה בדין זה. רבינו יונה סובר שאפי' התייקרה ושוה פרוטה אינו צריך לילך אחריו, כיון שבתחילה לא הייתה שוה פרוטה. אולם, דעת הרמ"ה שאם התייקרה צריך לילך אחריו להשיבה. **וכתב הב"י** שכן הוא פשט הגמ', **ושכן נראה מסתימת הרמב"ם**.

סעיף ד

מת הנגזל, כשבא הגזלן לעשות תשובה יחזיר ליורשיו, אם הגזילה בעין. ואם אינה בעין (או שנשתנית), יחזיר להם דמיה כשם שהיה מחזיר למורישם.

1. אם מת הנגזל – יחזיר ליורשיו את הגזילה עצמה, אם היא בעין. או את דמיה, אם נשתנית או שאינה בעין.

סעיף ה

(טור הביאו בס"ח) הגוזל את אביו ונשבע לו, מת האב, אם אין הגזילה קיימת או נשתנית עושה חשבון עם אחיו על הקרן; ואם הגזילה קיימת, חייב להוציא הגזילה עצמה

מתחת ידו, לפיכך נותן הגזילה לאחיו ועושה עמהם חשבון. (וי"א דאינו נוטל כלום נגד הגזילה. ואם הוא עני ולא יכול לוותר חלקו, לזה מאחרים והם באים ונפרעים מחלקו) (טור ס"ה). ואם אין לו אחים, שנמצא זה הגזול לבדו הוא היורש, מוציא הגזילה מתחת ידו לבניו. ואם אין בנים לזה הבן הגזול, נותנם לבעל חובו בהלואתו או לצדקה, הואיל ויצאה גזילה עצמה מתחת ידו נפטר אף על פי שנתנה מתנה או פרעה בחובו, והוא שיודיעם ויאמר: זה גזל אבא. (ויש חולקין וסבירא להו דאם אין לגזלן אחים נותן לאחי אביו) (טור).

הגזול את אביו ונשבע לו ומת האב:

א. שיטת הרמב"ם והשו"ע: לעולם אין הגזול מפסיד חלק ירושתו בגזילה, ולכן:

1. **אם אין הגזילה קיימת:** אם יש לו אחים, ונמצא שאף להם יש חלק בירושת הגזילה, עושה עמהם חשבון, ואומר להם טלו כל אחד ואחד חלקו מממון הגזילה, או טלו כנגד זה ממקום אחר. אך אם אין לו אחים, ונמצא שהוא היורש היחיד – אינו חייב לשלם לאף אחד, שהרי אין הגזילה בעין תחת ידו.

2. **אם הגזילה קיימת:** חייב להוציא הגזילה מתחת ידו, ונותנה לאחיו, ועושה עמהם חשבון שלא יפסיד חלקו. אם אין לו אחים נותנה לבניו. אם אין לו בנים נותנה לבעלי חובותיו בחובו, או לצדקה או במתנה, והוא שיודיעם ויאמר להם "זה גזל אבא".

ב. שיטת רוב הראשונים והרמ"א: הגזול מפסיד חלק ירושתו בגזילה, ואין חילוק בשאלה האם הגזילה קיימת או לא, ולכן:

1. **אם יש לו נכסים ואינו עני:** אם יש לו אחים, דהיינו שהם הבנים של הנגזל – נותן הגזילה או דמיה לאחיו, והוא מפסיד חלקו. ואם אין לו אחים – נותן הגזילה או דמיה לאחי אביו, שהם אחיו של הנגזל; וכן על זה הדרך על פי דיני הירושה.

2. **אם אין לו נכסים, או שהוא איש עני,** ואינו רוצה להפסיד חלקו בירושה: לווה מאחרים כנגד חלקו בירושה, ונותן את הגזילה כולה או את דמיה לאחיו או לאחי אביו, ובעל חוב הולך וגובה חובו מהגזילה (והיינו כנגד חלקו ששל הגזול בה). ונמצא שנשאר ממון כנגד שווייה של הגזילה ביד הגזול.

ב"ק קח: במשנה "הגזול את אביו ונשבע לו ומת - הרי זה משלם קרן וחומש ואשם לבניו או לאחיו, ואם אינו רוצה או שאין לו - לזה ובעלי חוב באין ונפרעים". **כן היא גי' רוב הראשונים**, ומצאנו ב' הבנות ב'בניו או לאחיו': **א. דעת רש"י**, **הרא"ש והטור** – מדובר בבניו או אחיו של הנגזל. **ב. דעת התוס'** – מדובר בבניו או אחיו של הגזול. אך לכו"ע יש על הגזול חובה להוציא את הגזילה מתחת ידו, ולכן הוא צריך לפרוע לבניו או לאחיו או לשאר יורשים, ואינו נוטל את חלקו מהגזילה כלל. ואם אין לו כסף, או שאינו רוצה להפסיד חלקו יכול ללות כנגד חלקו בגניבה, ולתת הגניבה ליורשים והבע"ח יבוא ויגבה מהם כנגד חלקו בגניבה.

אולם, הרמב"ם גרס "משלם קרן וחומש ואשם לאחיו או לבניו", וכן לא גרס "ואם אינו רוצה" (כ"כ הבי"ח והגר"א), והבין שמדובר בבניו או אחיו של הגזול (כתוס'), ולכן כתב שקודם כל צריך לפרוע לאחיו, ואם הוא היורש היחיד צריך ליתן לבניו. כמו"כ הבין שאע"פ שהוא מוציא את הגזילה מתחת ידו, אך הוא לא מפסיד את חלקו בירושה בגלל זה, ולכן עושה עמהם חשבון ומשלמים לו כנגד מה שקיבלו ממנו. ונמצא שלשיתנו יש חילוק בשאלה האם הגזילה קיימת או לא, דאם אינה קיימת שוב אינו צריך להוציאה מתחת ידו. אולם לשיטת שאר הראשונים אין חילוק בשאלה זאת, דלעולם הוא צריך להפסיד כנגד שווי הגניבה.

כמו כן אמרה הגמ' בדף קט. "אמר רב יוסף: אפילו לארנקי של צדקה". דהיינו שאף כאשר אין יורשים ואין לו למי ליתן, צריך להוציאה מידו וליתן לצדקה. "אמר רב פפא: וצריך שיאמר זה גזל אביו", דהיינו שכאשר הוא נותן להם – צריך להודיעם שהוא משיב את גזילת אביו.

הגמ' הקשתה מדוע אינו יכול למחול לעצמו על הגזילה, הרי שנינו שאם הנגזל מחל לגזול על הגזילה, פטור מלשלם לו אע"פ שנשבע לשקר? רב ששת רצה לומר שמשנתנו כר' יוסי הגלילי, כיון שלר"ע אינו יכול למחול אף לאחרים, אך לר"י יכול למחול לאחרים ולא לעצמו. ורבא חלק ואמר שאף לר"ע יכול למחול לאחרים, אלא שאינו יכול למחול לעצמו, ולר"י הגלילי יכול למחול אף לעצמו.

האם דין זה הוא דווקא כשנשבע? הבי"ה הסתפק בדבר, אך הדרכי משה פשט שכן, וכן דעת הרבה אחרונים. הבי"ה הסתפק אולי דין זה נכון בכל גזל אביו, אף כשלא נשבע לשקר. ומה שנקטה הגמ' 'ונשבע' היינו

להודיעך כוחו דר"י הגלילי שאף כשנשבע יכול למחול לעצמו ואינו חייב להוציאה מתחת ידו. אולם, הדרכי משה הקשה א"כ מדוע נקטו הפוסקים 'ונשבע' הרי קי"ל כר"ע שאינו יכול למחול לעצמו?! ולכן כתב שדווקא כאשר נשבע קנסוהו להוציאה מידו, ושלא יוכל למחול לעצמו. וכן כתב הב"ח, והגר"א (ח), והביא הפת"ש עוד אחרונים שסוברים כן.

סעיף ו

הגוזל את הגר ונשבע לו, ומת הגר בלא יורשים, אפילו הודה לגר וזקפו עליו במלוה, אף על פי שזכה בגזילה, חייב להוציאה מתחת ידו.

1. הגוזל את הגר ונשבע לו ומת בלא יורשים, חייב להוציא הגזילה מתחת ידו.

2. אפי' הודה לגר שהוא חייב לו, וזקפו עליו במלוה בפירוש, ששוב אין כאן גזילה אלא חוב בעלמא, וזכה בו מההפקר במיתת הגר – חייב להוציאה מתחת ידו. כדעת ר"ע ולא כר"י הגלילי, דהלכה כר"ע מחברו.

ב"ק קט. "ואם אין לאיש גואל להשיב האשם" - וכי יש אדם בישראל שאין לו גואלים? אלא בגזל הגר הכתוב מדבר. הרי שגזל הגר ונשבע לו, ושמע שמת הגר, והיה מעלה כספו ואשמו לירושלים, ופגע באותו הגר וזקפו עליו במלוה, ומת - זכה הלה במה שבידו, דברי רבי יוסי הגלילי; ר' עקיבא אומר: אין לו תקנה עד שיוציא גזילו מתחת ידו".

סימן שסח

דין המציל או הקונה מלסטים ישראל או עובד כוכבים, ובו סעיף אחד.

סעיף א

המציל מיד לסטים ישראל, הרי אלו שלו, מפני שסתם הדבר שנתיאשו הבעלים. ואם ידע שלא נתיאשו, חייב להחזיר.

אבל המציל מיד לסטים עובד כוכבים או מוכס עובד כוכבים, חייב להחזיר, שסתם הדבר שלא נתיאשו הבעלים; ואם נתיאשו, הרי אלו שלו. ומפני מה אמרו: סתם לסטים ישראל נתיאשו הבעלים וסתם עובד כוכבים לא נתיאשו, מפני שהבעלים יודעים שעובדי כוכבים מחזירין מיד הגזלן אף על פי שאין שם עדים שגזל אלא בראיות רעועות ובאומד הדעת.

הגה: וסתם גניבה הוי' יאוש אפילו בעובד כוכבים, ואם כן הקונה מן הגנב לא היה צריך להחזיר הגניבה אלא אם כן ידעין דלא נתיאש, דהא קנאה ביאוש ושינוי רשות, כמו שנתבאר לעיל סי' שנ"ג. מיהו נהגו להחזיר כל גניבה (ת"ה סי' ש"ט), ואין לשנות מן המנהג (טור), וכמו שנתבאר לעיל סימן שנ"ו. ואין חלוק בזה בין גנב לגזלן, דבכל ענין מחזיר דמיו ונטל את שלו, כן נראה ל'. ועיין לעיל סימן רל"ו הקונה קרקע גזולה.

1. המציל ממון חברו מיד ליסטים ישראל – הרי אלו שלו, דסתם ליסטים ישראל הבעלים מתיאשים, כיון שדייני ישראל אינם מוציאים ממון מהליסטים אלא בראיות ברורות; וקנאו ביאוש ושינוי רשות. **אבל המציל מיד ליסטים גוי** – חייב להחזירו לבעליו, דסתם ליסטים גוי אין הבעלים מתיאשים, דסוברים שיתבענו לדין, ודייני עכו"ם מוציאים ממון מהליסטים אף באומד הדעת ובלא ראיות מוכרחות (כלשונא בתרא של רש"י).

באיזה ליסטים מדובר כאן? טור, רמ"א, סמ"ע, ט"ז – גזלן, ודווקא בגזלן יש חילוק בין ישראל לגוי, אך בגנב אין חילוק וסתם גניבה הוי' יאוש בעלים אפי' בגוי, כיון שאינו יודע מי גנב ממנו שיתבענו לדין. **מהרש"ל, ב"ח, ש"ך, גר"א, קצות** – גנב, דדווקא בגנב יש חילוק בין ישראל לגוי, אך סתם גזילה אין בה יאוש בעלים אף בישראל, וכן מוכח בש"ס בראיות ברורות, ולא מצאנו ראשונים שחלקו על כך במפורש, ודברי הטור – והרמ"א בעקבותיו – כשגגה היוצאת מפי השליט.

ב"ק קיד. במשנה "נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר, נטלו לסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת – הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתיאשין מהן. המציל מן הנזה או מן הגייס או מן תלסטין, אם נתיאשו הבעלים – הרי אלו שלו". ובגמ' "אמר רב אשי: לא שנו אלא לסטים עובד כוכבים, אבל ליסטים ישראל לא, סבר: למחר נקיטנא ליה בדינא. מתקיף לה רב יוסף: אדרבה, איפכא מסתברא, עכו"ם דדייני בגיתי (ב' פירושים ברש"י: א. בגאווה ובחוזק, דהיינו שמכין ועונשים וכופין אותו להשיב. ב. דנים בלא ראיות אלא באומד הדעת) – לא מייאש, ישראל כיון דאמרי מימר – מייאש! **אלא אי איתמר אסיפא איתמר:** המציל מן העכו"ם ומן הלסטים, **אם נתיאשו הבעלים – אין, סתמא – לא; לא שנו אלא עכו"ם, משום דדייני בגיתי, אבל לסטים ישראל, כיון דאמרי מימר – מייאש."**

"תנן התם: עורות של בעה"ב וכו', **של גזלן – אין מחשבה מטמאתן** (דסתם גזילה אינה יאוש בעלים), **ושל גנב – מחשבה מטמאתן** (דסתם גניבה הוי' יאוש בעלים); ר"ש אומר: חילוף הדברים וכו'. אמר עולא: מחלוקת בסתם, אבל בידוע – דברי הכל יאוש קני; רבה אמר: בידוע נמי מחלוקת וכו'". **כתבו הפוסקים שהלכה כת"ק, ואליבא דעולא. והאריך הרא"ש להביא ראיות שהלכה כעולא,** ותורף דבריו הוא שלפי רבה לא מצאנו יאוש שמועיל בגזלן, אולם מצאנו בהרבה מקומות בש"ס שיאוש מועיל בגזלן.

בהמשך הגמ' נאמר: "תנן: נטלו מוכסין חמורו כו'; מני? אי רבנן, קשיא גזלן! אי ר"ש, קשיא גנב! (היכן מוזכר במשנה גנב? פירשו הראשונים (רש"י, תוס', בעל המאור) שליסטים היינו גנב, ומוכס היינו גזלן.) בשלמא לעולא דאמר: בידוע – קני, הכא נמי בידוע ודברי הכל, אלא לרבה דאמר: בידוע – נמי מחלוקת, הא מני? לא רבנן ולא ר"ש! בלסטים מזויין, ור"ש היא. אי הכי, היינו גזלן! תרי גווי גזלן". **מבואר בגמ'** שהבינה שהמשנה שלנו מדברת גם על גנב וגם על גזלן, דאי לאו הכי קושיא מעיקרא ליתא! ועוד, שרק רבה בתירוצו מעמיד את המשנה רק בגזלן, אך לעולא שהלכה כמותו המשנה מדברת גם בגנב. **ונמצא שרב אשי ורב יוסף שדיברו על ליסטים, וחילקו בין ישראל לגוי, דיברו על גנב!** כן הוא פשט הגמ' וכן למדו רש"י והתוס' (בעמוד ב'), וכן כתב בעל המאור להדיא, והרמב"ן לא השיג עליו.

אולם, **הטור** הביא דעה זו בשם יש מפרשים, אך כתב שאביו **הרא"ש** חולק עליה, וסובר שהחילוק בין ישראל לגוי נאמר דווקא לגבי גזלן, אך לא לגבי גנב. ופירש שליסטים האמור בש"ס היינו גזלן. דברי הטור יותר מובנים מסברא, שדווקא

לגבי גזלן שייך לחלק בין ישראל לעכו"ם, דכיון שהוא יודע מי גזלו חושב בליבו – למחר אתבענו לדין. אולם, בגנב כיון שאינו יודע מי הגנב – מתיאש. אולם, כפי שהבאנו פשט הסוגיא לא מסתדר עם דברי הטור, דא"כ מה הגמ' מקשה על רבה מהמשנה, דבמשנה לא הוזכר אלא גזלן. ומדוע צריך רבה להדחק ולהעמיד בליסטים מזוין שהוא גזלן?! כמו כן הקשו שהרא"ש רק הביא את דברי הגמ', אך לא פירש אם מיירי בגנב או בגזלן.

עוד הקשה הש"ך, שלפי דבריו יוצא שמח' ת"ק ור"ש לגבי סתם גניבה וגזילה היא דווקא בגוי, שהרי בישראל אף בגזלן מתיאש; והרי מח' היא לגבי השאלה האם מחשבה מטמאת או לא, וכיצד שייך לומר שמחשבת הגזלן הגוי תטמא?! (על כך אפשר לתרץ שאע"פ שאין דיני טומאה לגוי, אך כיון שחישב על העורות למלאכה מסוימת, א"כ נתן להם שם כלי ושוב יקבלו טומאה בישראל). והאריך הש"ך להביא ראיות ש'ליסטים' בכל הש"ס היינו גנב, ושכן מוכח מהרבה ראשונים. גם **הגר"א** הסכים עמו, וכתב ששגיאה גדולה בדברי הטור. וכן הסכימו המהרש"ל והקצות.

מהי דעת הרמב"ם והשו"ע? השו"ע הביא את לשון הרמב"ם שלכא"ו אין בה הכרע, כיון שנקט 'ליסטים' ולא ביאר במה מדובר. אמנם כשנימק את החילוק בין ישראל לגוי כתב "מפני שהבעלים יודעים שעובדי כוכבים מחזירין מיד **הגזלן** אף על פי שאין שם עדים שגזל", ומשמע **קצת שדיבר על גזלן ולא על גנב, ונמצא שהבין כטור. כן גם נראה שהבין הרמ"א** שהוסיף על דבריו "והסתם גניבה וכו'", משמע שהבין שעד עכשיו דיברנו על גזילה. כן גם משמע מכך שסימן זה הובא בהלכות גזילה ולא בהלכות גניבה! וכן משמע שבסימן הבא השו"ע מדבר במפורש על גזלן, ובכותרת ובסעיף ו הוא מכנה אותו בשם 'ליסטים'. וכ"כ בשלטי **גיבורים** שדעת הרמב"ם כדעת הרא"ש. **כך גם הבינו הסמ"ע** (בסעיפים א, ד) **והט"ז**. וצ"ע כיצד יתרוצו הטור ודעימיה את ראיות החולקים עליהם! **אולם, הש"ך והגר"א נקטו** שאף הרמב"ם והשו"ע שדברו על ליסטים, כוונתם לגנב ולא לגזלן. וצ"ע וה' יאיר עינינו.

2. באיזה מקרה מדובר כאן? ט"ז – שלקחו מידו בדרך פיוס והסכמה. **נתיבות** – אף שלקחו בעל כרחו, אם נתיאשו הבעלים קודם שבא החפץ ליד הגזלן. האחרונים התקשו הרי הרמ"א פסק בסימן שסא, ה שאם לקחו ממנו בעל כרחו אין על זה שם שינוי רשות, וא"כ מדוע המציל מיד הליסטים הרי אלו שלו, הרי יאוש כדי לא קני?!! הט"ז תירץ שמיירי הכא שלקחו מידו בהסכמת הגזלן והוי כמו מכירה, וחשיב שפיר שינוי רשות. אולם, הנתיבות (שסא, ב) כתב מכא קושיא זו לחלק בין מקרה בו התיאשו הבעלים לאחר הגזילה, דיאוש כזה לבדו לא מהני, שהרי כבר נתחייב הגזלן בהשבה. ליאוש שנתיאשו קודם שבא החפץ ליד הגזלן, כגון שראו את הליסטים באים והתיאשו עוד קודם שלקחו מהם, דבכה"ג הוי כיאוש דאבידה ומהני, ובכה"ג איירי הכא.

מציל היינו שמוציא מידו בדרך פיוס והסכמה, דאי לאו הכי אין על זה שם 'שינוי רשות', ויאוש כדי לא קני; ט"ז.

3. המנהג להחזיר כל גניבה, אע"פ שנתיאשו הבעלים, ואין חילוק בין גנב לגזלן – ואין לשנות מן המנהג; רמ"א בשם תרוה"ד (ש"ט).

סימן שסט

אסור לקנות מגזול ולסטים וליהנות מממונם, ודינא דמלכותא כיצד, ובו י"א סעיפים.

סעיף א

אסור לקנות דבר הגזול מהגזול, ואסור לסעדו על שינויו כדי שיקנהו, שכל העושה דברים אלו וכיוצא בהם מחזיק ידי עוברי עבירה ועובר על ולפני עור לא תתן מכשול. והלוקח ממנו מטלטלין, דינו כלוקח מהגנב, שנתבאר בסימן שני"ו.

1. אסור לקנות מהגזול חפצים גזולים, שהרי בכך הוא מחזיק ידי עוברי עבירה, ועובר על 'לפני עור', שהרי אם לא היו קונים מידו את הדברים הגזולים – לא היה גזול. וכבר נתבאר בסימן שנו סעיף א. ואסור לסייע לו לקנות את הגזילה, כגון שיקנה אותה בשינוי גמור, או בשינוי רשות.

2. הלוקח מטלטלין מהגזול – עשו בו תקנת השוק, ודינו כלוקח מגנב, שיש חילוק בשאלה אם לקח מגנב שאינו מפורסם שעשו בו תקנת השוק, ללקח מגנב מפורסם שלא עשו בו תקנת השוק, וצריך להשיב לנגב הממון ולרדת לדין עם הגנב שמכר לו. כפי שנתבאר בסימן שנו סעיף ב.

הראשונים בדברי רב חסדא (ב"ק קיא:) שגזל ולא נתיאשו ובא אחר ואכלו שיכולים הבעלים לגבות ממי שירצו, הרי לאחר תקנת השוק אין הבעלים יכולים להוציא מיד השני, שהרי הם צריכים לשלם לו מעותיו!! לכן היו שרצו לומר שלא עשו תקנת השוק בגזול, כיון שקול יוצא לגזילה, וכל גזול הוא כגנב מפורסם. והביא הרשב"א דבריהם (ב"ק קטו). אולם, הרשב"א תירץ שהנ"מ בדברי רב חסדא היא באותם מקרים בהם אין תקנת השוק, כגון במתנה או שמכר בזול או בגנב ומכר בחובו או בהקפתו; ונמצא שאין ראייה, ואף בגזול עבדין תקנת השוק. וכ"כ הטור והרמב"ם, והשו"ע בשם רבינו ירוחם, הרא"ה, המרדכי והראב"ד. וכן פסק השו"ע בלא חולק. שלא כנראה מדברי הריב"ש (שצג) שמסכים לדעת החולקים.

סעיף ב

אסור ליהנות בדבר הגזול, ואפילו לאחר יאוש, והוא שידע בודאי שדבר זה הוא הגזילה עצמה. כיצד, ידע שבהמה זו גזולה, אסור לרכוב עליה או לחרוש בה; גזל בית או שדה, אסור לעבור בתוכה או ליכנס בה בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים, ואם דר בה חייב להעלות שר לבעלים אם היתה עשויה לשכר; גזל דקלים ועשה מהם גשר, אסור לעבור עליו, וכן כל כיוצא בזה. (מיהו אם מסרו לרבים, מותר ליהנות ממנו, דהא הוי יאוש עם שינוי רשות) (המגיד פ"ה).

אבל מלך שכרת אילנות של בעלי בתים ועשה מהם גשר, מותר לעבור עליו, אפילו שצוה המלך לעבדיו לחרות מכל אחד ואחד דבר ידוע, והלכו הם וחרתו הכל מאחד, מותר. וכן אם הרס בתים ועשה דרך או חומה, מותר ליהנות בה, וכן כל כיוצא בזה, שדין המלך דין; והוא שיהא מטבעו יוצא באותם הארצות, שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתם שהוא אדוניהם והם לו עבדים, שאם לא כן הרי הוא כגזול בעל זרוע.

1. אסור ליהנות מהדבר הגזול אפי' לאחר יאוש, כיון שיאוש כדי לא קני, ודווקא אם הוא יודע בוודאות שדבר זה גזול בידו. אולם, אם היה עמו יאוש ושינוי רשות, או שינוי גמור – מותר ליהנות ממנו, דקנאו בכך.

ב"ק קיג: "גופא, אמר שמואל: דינא דמלכותא דינא. אמר רבא: תדע, דקטלי דיקלי וגשרי גישרי ועברין עליהו. א"ל אבבי: ודלמא משום דאייאוש להו מינייהו מרייהו! אמר ליה: אי לא דינא דמלכותא דינא היכי מייאשוי?!" מבואר שלולי דינא דמלכותא היה אסור ליהנות מהגזילה. וכן מבואר שאם היה יאוש המועיל לקנות היה מותר להשתמש. רש"י ביאר שרבה עונה לאבבי שאע"פ שיש שם יאוש, אך אין עמו שינוי רשות או שינוי מעשה (כיון שאע"פ שקצצום לא נשתנה שמם בכך). אולם, תוס' ביארו שאע"פ שיש שם שינוי רשות או שינוי מעשה, אך לולי דינא דמלכותא לא היו מתיאשים, כיון שהיו תובעים את האנשים לדין.

השו"ע הביא את לשון הרמב"ם. הטור תמה על הרמב"ם שהרי מבואר בדברי אבבי שאם היה יאוש – היה מותר להשתמש!! אולם, הב"י הביא בשם הרב המגיד שהרמב"ם מייירי ביאוש כדי שאינו קונה, ואב"י דיבר על יאוש המועיל.

2. דינא דמלכותא דינא, ולכן אם המלך הפקיע ממון של אחרים לטובת הציבור – מותר ליהנות ממנו. ואפי' אם ציוה המלך לקחת מכל אחד ואחד סך ידוע, והלכו העבדים ולקחו הכל מאחד – מותר.

ב"ק קיג: הנ"ל. ובהמשך "והא לא קא עבדי כדאמר מלכא, מלכא אמר: זילו וקטלו מכל באגי, ואינהו אזלו וקטלו מחד באגא? **שלוחא דמלכא כמלכא, ולא טרח, ואינהו אפסיד אנפשייהו,** דאיבעי להו דאינקוט מכוליה באגי ומשקל דמיי".

סעיף ג

אסור ליהנות מהגזלן (שהוחזק ממנו שבא בגזילה) (טור ס"ה). ואם היה מיעוט שלו, אף על פי שרוב ממנו גזול, מותר ליהנות ממנו, עד שידע בודאי שדבר זה גזול בידו.

ב"ק קיט. "איתמר: גזלן, מאימת מותר לקנות הימנו? רב אמר: עד שתהא רוב משלו, ושמואל אמר: אפילו מיעוט שלו". והלכה כשמואל בדיני, ועוד שאמרין בגמ': "אורי ליה רב יהודה לאדא דיילא, כדברי האומר: אפילו מיעוט שלו". הטור הביא שהרא"ש והרמב"ם פסקו כשמואל, וכמו שביארנו. אולם ר"ח פסק כרב, ותמה הב"י מהו טעמו של ר"ח.

סעיף ד

בני אדם שחזקתם גזלנים וחזקת כל ממונם גזל מפני שמלאכתם מלאכת גזלנים, כגון המוכסים והלסטים, אסור ליהנות מהם, שחזקת מלאכה זו שהיא גזל. ואין מצרפים דינרים מהתיבה שלהם, שהכל בחזקת גזילה. אבל ממה שיש לו בבית או בשוק שלא בתיבת המוכסים, מותר לצרף. ואפילו מתיבתו, אם הוא חייב לתת לו חצי דינר ואין לו אלא דינר, נותנו לו ולוקח ממנו חצי דינר אפילו מתיבת המוכסין, מפני שהוא כמציל מידו.

1. **בני אדם המוחזקים כגזלנים,** או שמלאכתן היא מלאכת גזלנות, כגון מוכסים, **אסור ליהנות מממונם,** שחזקתו בתורת גזל. כדעת הרמב"ם, ולא כטור הסובר שרק מגזלנים אסור, אך ממוכסין מותר. ועיין בסמוך בסעיף ו באיזה מוכס מדובר.

2. **אסור לפרוט מהמוכסין מתיבתן שבשוק,** שבה הם מניחים את מעות המכס, אולם מותר לפרוט מהממון שאינו בתיבה זו, או מממונם שבבית. ואע"פ שאסור ליהנות אף מממונם שבבית, הכא שאני שאינו נהנה כ"כ שהרי נותן לו מעות כנגד; סמ"ע ע"פ התירוף השני בב"י.

ב"ק קיג. במשנה "אין פורטין לא מתיבת המוכסין ולא מכיס של גבאין, ואין נוטלין מהם צדקה, אבל נוטל הוא מתוך ביתו או מן השוק". ובגמ' "תנא: אבל נותן לו דינר ונותן לו את השאר".

בטעם האיסור לפרוט כתבו התוס' שכיון שסתם גזילה אין בה יאוש, א"כ אסור ליקח שהרי הוא נהנה בממון שאינו שלו. ואף אם נאמר שאיכא יאוש ונמצא שקנאו בשינוי רשות, אך אסור משום דדבר מגונה הוא. **הרשב"א כתב** שאע"פ שאין יאוש מעצם החוב, אך ודאי שהבעלים התיאשו מהמעות עצמם, שהרי אין בהם סימן ולעולם לא יחזרו אליהם, אלא "להרחקה בעלמא ולגדור שלא לקנות מן המוכסין והגזלנים אסור לכתחלה".

הרמב"ם כתב שאסור ליהנות מכל ממונם, לפי שהוא בחזקת גזל. **הטור תמה** שהרי זה נכון דווקא לגבי ליסטים, אך לגבי מוכסין מבואר במשנה שמותר ליטול מתוך ביתם או מהשוק? **הב"י** כתב לתרץ ב' תירוצים: א. התירו דווקא מעות, לפי שבהם אין חוששין לגזל אלא מתוך קופת המוכסין, משא"כ בדברי מאכל שחזקתם שכל הנמצא בידיהם גזול. ב. דוקא לפרוט התירו מהממון שאינו בקופתם, כיון שאינו נהנה מהגזל ממש, שהרי הוא נותן לו מעות אחרים כנגדו. אך הנאה ממש אסורה בכל ענין. **וכתירוף זה כתבו הב"ח והסמ"ע (ז).**

3. **כאשר הוא חייב לשלם למוכס,** ואין לו אלא מטבע גדול יותר, **מותר לו לקבל ממנו עודף,** מפני שהוא כמציל מידו. כן מבואר בגמ' הנ"ל. ה"ה תמה על הרי"ף והרמב"ם מדוע השמיטוה.

סעיף ה

נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת, הרי אלו שלו, מפני שזו כמכירה היא וחזקתה שנתייאשו הבעלים ממנה, ואינו יודע בודאי שזו גזילה. ואם היה ותיק ומחמיר על עצמו, מחזירו לבעלים הראשונים. (ובידוע שלא נתיאשו הבעלים, צריך להחזירו לבעלים (בחנם) (מרדכי ר"פ הגוזל בתרא).

נטל המוכס ממנו חפץ והחזיר לו חפץ אחר:

1. אם בשעה שקיבל ממנו לא ידע שהוא גזול ורק לאחר מכן נודע לו - קנה החפץ ביאוש ושינוי רשות. ואינו צריך להחזיר דמים לנגזל, אף לדעת הרמב"ם והשו"ע שבד"כ צריך להחזיר דמים, הכא שאני דעשו בו תקנת השוק, כדין הלוקח מגנב שאינו מפורסם. (סמ"ע, ח. גר"א, יב).

2. אם בשעה שניתן לו הכיר בו שהוא גזול: סמ"ע (ח), גר"א (יב) - קנה, וצריך להחזיר דמי החפץ לנגזל, דבכה"ג לא עשו תקנת השוק. ב"י - לא קנה, וצריך להחזיר החפץ עצמו לנגזל, דבכה"ג ב'איסורא אתי לדידה' ולא חשיב שינוי רשות.

ב"ק קיד. "נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר, נטלו לסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת - הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתייאשין מהן". ובגמ' איכא תרי לישני, הראשון שצריך להחזיר לבעלים הראשונים, כיון שאינה שלו. והשני סובר שא"צ להחזיר לבעלים כיון שקנאה ביאוש, מיהו אם הוא חסיד שאינו רוצה ליהנות מממון חברו - מחזיר לבעלים הראשונים. וכתבו רוב הראשונים שהלכה כלישנא בתרא, כיון שהיא מתאימה לדברי המשנה.

תוס' (ב"ק סז): ביארו שמיירי בידוע שנתיאשו הבעלים בעוד החפץ ביד המוכס, ונמצא שקנה המקבל ביאוש ושינוי רשות. הרמב"ם כתב "מפני שזו כמכירה היא וחזקתה שנתיאשו הבעלים ממנה, ואינו יודע בודאי שזו גזילה". הב"י הבין שזהו טעם הדין, דאע"פ שיש כאן יאוש ושינוי רשות אינו מועיל לקנות, כיון ש'באיסורא אתי לדידה', ודווקא בצירוף טעמו של הרמב"ם שאינו יודע בוודאי (בשעה שנטלה מן המוכס, שהרי עכשיו הוא יודע שהיא גזולה) שזו גזילה, וכן שאינו מקבל בחינם אלא תמורת החפץ שלו והרי זה כמכירה - אין בעיה של 'באיסורא' וממילא חל הקנין. ונמצא שאם נתן לו המוכס במתנה, או שידע בשעה שקיבל ממנו שהוא גזול בידו - לא קנה.

אולם, **הסמ"ע והגר"א** כתבו שהרמב"ם מודה לתוס' שעצם הקנין מועיל מפני היאוש ושינוי רשות. אלא שהרמב"ם הולך לשיטתו שאפי' הכי חייב להחזיר דמים, והכא שאני מפני שלא ידע בודאי שהיא גזולה, ועוד שלא קיבלו בחינם, פטור מלשלם לנגזל משום תקנת השוק.

ודברי הב"י צריכים לי עיון, בדבריו מבואר שהלוקח חפץ מגזול מפורסם, אע"פ שהיה יאוש ושינוי רשות - לא קנה כלל וצריך להשיב גוף החפץ, דבאיסורא אתי לדידה. אולם, בס"י שנג, **סעיף ג** נתבאר שאף בכה"ג קנה לכו"ע ואינו צריך להשיב החפץ עצמו, אלא שצריך ליתן דמיו כיון שלא עשו בו תקנת השוק. אף הש"ך שם שביאר הטעם שצריך ליתן דמיו הוא מפני שלא קנה, דבאיסורא אתי לדידה, לא אמר כן אלא לגבי היתר מדמיו (דהיינו שאם קנה בזול - צריך לשלם לנגזל את הפער בין המחיר ששילם למחיר האמיתי), אך את גוף החפץ עצמו לא מצאנו מי שאמר שצריך להשיב! וה' יאיר עינינו בתורתו, אכ"י.

3. אם ידוע שהנגזל לא התייאש - חייב להחזיר להם החפץ בחינם; רמ"א בשם המרדכי.

קשה, הרי קי"ל שסתם גזילה אינה יאוש בעלים, א"כ מדוע כתב השו"ע "וחזקתה שנתייאשו הבעלים ממנה"? **סמ"ע (שסח, ג), גר"א (יג)** - מיירי הכא שהנגזל עומד ורואה שהמוכס נותן לחברו, ובכה"ג אף בגזול מתיאש. **רשב"א, ט"ז** - מיירי במוכס ישראל, דבכה"ג בסתמא מתייאש, ועיין בסימן שסח שדין זה הוא מח' בין האחרונים. וכן מבואר להדיא בדברי הרשב"א **"ובבא דסיפא** דהיינו המציל מן הגייס ומן הליסטים - בגייס ולסטים גוים דאין הבעלים מתייאשין מהן מן הסתם דכיון דדייני בגיני לא נתייאשו שעוד יזעקו אל המלך או אל השופט ויחזירו את אשר לו, אבל מציעתא בישראל דאמרי מי יימר אפילו מן הסתם מתייאשין מהן".

4. האם מותר ליטול ממנו לכתחילה כשיודע שהחפץ גזול? רשב"א - כן, כיון שנתיאשו הבעלים והוא מציל מיד המוכס. **נתיבות** - לא, א"כ מתכוין להשיבו לבעלים הראשונים, דאע"פ שהוא מציל מידם, אך כיון שהגזול עדיין לא קנאו, א"כ אסור לו לסייע ליצור את הקנין ע"י השינוי רשות. נראה שהנתיבות לא ראה את דברי הרשב"א כאן, בדבריו (ק"ג. ד"ה מתני') מבואר להדיא להיפך וז"ל "ואפשר שבוזה שהוא מציל מידם אפילו לכתחלה נוטל חמור אחר וטלית אחרת ואינו חושש כיון שנתייאשו הבעלים עד שלא יבא לידו".

סעיף ו

בד"א שהמוכס כלסטים, בזמן שהמוכס עובד כוכבים, או מוכס העומד מאליו, או מוכס העומד מחמת המלך ואין לו קצבה אלא לוקח מה שירצה. אבל מוכס שפסקו המלך ליטול דבר קצוב, (ואפילו צוה שישאל יתן יותר מעובד כוכבים, מכל מקום מקרי דבר קצוב לכל איש) (מהרי"ק שורש קצ"ד), והעמיד מוכס ישראל לגבותו למלך, ונודע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך, אינו בחזקת גזול, משום דדינא דמלכותא דינא. ולא עוד אלא שהמברח ממכס זה, עובר (על לא תגזול) מפני שהוא גזול מנת המלך, בין שהיה מלך ישראל בין שהיה מלך עובד כוכבים. וכן אם ישראל קנה המכס מהמלך, המברח עצמו הרי זה גזול ישראל שקנאו. (ו"א דאפילו ידוע דהישראל לוקח יותר מן הקצבה, מ"מ אסור להברח ממנו דבר הקצוב, דהוי כגזול מן הגזול, דאסור) (ב"י). אבל אם קנאו עובד כוכבים, מותר, משום דהוי כהפקעת הלואתו דשרי במקום דליכא

חלול השם. הגה: ו"א דאפילו המוכס ישראל, אם לא קנאו לעצמו רק גובה למלך עו"ג, אף על גב דאסור להבריה מכח דינא דמלכותא, מ"מ אם אדם מבריה אין למוכס לכופ אותו ליתן, דהוי כהפקעת הלוואתו דשרי. מיהו אם יש בזה משום יראת המלך, ודאי יכול לכופ אותו (ר"ן פרק ארבעה נדרים).

1. דינא דמלכותא דינא ולכן חובה לשלם את המכס, והמבריה את המכס הרי הוא גזלן, שגזל ממון המלך.

ב"ק קיג, נדרים כח, גיטין י, ב"ב נה. "אמר שמואל: דינא דמלכותא דינא". ולא מצאנו חולק על כך בכל הש"ס.

2. מה שאמרנו בסעיף ד **שחזקת המוכסים הם כגזלנים, היינו במוכס גוי**, דאע"פ שמינהו המלך סתמו שנוטל יותר ממה שציוהו. או במוכס ישראל שלא מינהו המלך אלא עומד מעצמו, או שנוטל יותר מקצבתו. אולם אם המוכס ישראל נאמן שאינו נוטל יותר ממה שקצב המלך – אינו בחזקת גזלן.

ב"ק קיג. במשנה "אין פורטין לא מתיבת המוכסין" ובגמ' "והאמר שמואל: דינא דמלכותא דינא!! אמר רב חנינא בר כהנא אמר שמואל: במוכס שאין לו קצבה; דבי ר' ינאי אמרי: במוכס העומד מאלין. איכא דמתני לה אהא: לא ילבש אדם כלאים אפי' על גבי עשרה בגדים להבריה בו את המכס וכו'. ואיכא דמתני אהא: נודרין להרין ולחרמין ולמוכסין - שהיא של תרומה וכו' אף על פי שאינה של תרומה וכו'. רב אשי אמר: במוכס כנעני, דתניא: ישראל וכנעני אנס שבאו לדין וכו' וגזל כנעני מי שרי!! וכו' אלא אמר רבא, לא קשיא: כאן בגזילו, וכאן בהפקעת הלוואתו". פשט הגמ' שרב אשי לא מבאר את המשנה, שהרי במשנה מבואר שהמוכס הוא כגזלן, ואילו רב אשי רק מבאר מדוע מותר להבריה מהמכס, מפני שזה הפקעת הלוואתו. לכן ביארו הראשונים שרב אשי קאי על המשניות בכלאים ובנדרים שעסקו בהברחת המכס, אך הוא לא בא לתרץ את המשנה. הרשב"א הקשה, שהרי אף אם מותר להבריה את המכס משום הפקעת הלוואתו, אך אסור לנדור למוכס כדי להבריה את המכס, שהרי רק משום אונס התרנו לנדור!! ולכן כתב שצריך להפוך את הסדר ולשנות לבסוף את המשנה של כלאים, ועלה קאי רב אשי.

אולם, הרמב"ם הבין שרב אשי דיבר על המשנה, ותירוצו הוא שסתם מוכס גוי אנס הוא, ולכן אסור ליהנות ממנו, ולכן גם מותר להבריה ממנו. ע"פ זה אומר הגר"א (טו) שהרמב"ם לא גרס 'ידתניא' לאחר דברי רב אשי, שמשמע שזהו טעמו של רב אשי משום הפקעת הלוואתו, אלא זהו דין אחר העומד בפני עצמו.

3. כאשר המוכס נוטל יותר מקצבתו, האם מותר להבריה עצמו ממנו לגמרי? **רמ"א** – לא, אלא חייב לשלם לו כדי קצבתו, כ"כ הב"י מסבירא דנפשיה וטעמו "דאטו מפני שהוא עושה שלא כדין לגזול יגזלו בני אדם חקו". **קצות (א)** – כן, דכן מבואר ברא"ש (נדרים כח) שכאשר נוטל יותר מחוקו הרי הכל גזל, דאין המלך חפץ בזה כלל, והביאוהו הטור והשו"ע ביו"ד רלב.

אם אינו יכול להציל את עצמו אא"כ יבריה עצמו ממנו לגמרי – מותר, דאינו מחויב להפסיד משלו כדי שהמוכס לא יפסד, ואיהו דאפסיד אנפשיה. אך מ"מ ישתדל להבליע לו בחשבון באופן אחר את מה שחייב לו; ט"ז.

4. גזל הגוי אסור, אך הפקעת הלוואתו מותרת, ולכן גוי שקנה את המכס מהמלך, ואח"כ הולך וגובהו מישראל – מותר להבריה ממנו; כ"כ הטור ובעקבותיו השו"ע.

מה שדיברנו עד עכשיו היינו בישראל או גוי שהם רק פקידים של המלך, וגובים את המכס למלך. אולם, כאן אנו עוסקים בגוי שקנה מהמלך את המכס, ונמצא שהמלך קיבל את שלו, ומה שהגוי גובה הולך לכיסו. א"כ אע"פ שיש לגוי סמכות לגבות את המכס מכח דינא דמלכותא דינא, אך הרי זה ככל הלוואה, דקיי"ל שמותר להפקיע הלוואתו.

5. האם ההיתר להפקיע הלוואתו נאמר גם לגבי דינא דמלכותא? שו"ע – לא. שהרי זהו יסודו של דינא דמלכותא, לכן מגבאי המלך הממונים לגבות המס אין היתר להבריה המכס, אא"כ הם עושים שלא כהוגן, וכמו שנתבאר לעיל. כמו כן, מישראל שקנה את המכס אין היתר להבריה. **רמ"א בשם י"א** – כן, ואף מהמלך עצמו או מיהודי שגובה עבורו מותר להבריה, דלא גרע מהפקעת הלוואתו, אא"כ יש כאן משום יראת המלך.

אך לכו"ע אם ישראל קנה מהמלך את הזכות לגבות – אסור להפקיע ממנו.

הפקעת הלוואתו: ב"ק קיד. "רב אשי אמר: במוכס כנעני, דתניא: ישראל וכנעני (אנס) שבאו לדין, אם אתה יכול לזכהו בדיני ישראל - זכהו ואמור לו: כך דינינו, בדיני כנענים - זכהו ואמור לו: כך דינכם, ואם לאו - באין עליו בעקיפין, דברי ר' ישמעאל; ר"ע אומר: אין באין עליו בעקיפין, מפני קידוש השם. ור"ע, טעמא דאיכא קידוש השם, הא ליכא קידוש השם - באין, וגזל כנעני מי שרי? **אלא אמר רבא, לא קשיא: כאן בגזילו, וכאן בהפקעת הלוואתו**". פשט הדברים שרבא ביאר את דברי רב אשי, וטעמו של רב אשי שמותר להבריה המכס מכל מוכס גוי משום הפקעת הלוואתו. לעומת בי התירוצים הראשונים שאסור להבריה המכס מסתם גוי, הסוברים שאין חילוק בין גזילו להפקעת הלוואתו. וכתבו הר"ף והרא"ש שקיי"ל כרב אשי דהפקעת הלוואתו שרי.

הרמב"ם לא הזכיר בשום מקום שהפקעת הלואתו שרי, ואדרבא כתב שאסור להבריח המכס ולא חילק. לכן היו שהבינו שהרמב"ם פוסק שאסור להפקיע הלואתו (מהרש"ל, 'חוט המשולש' לגר"ח מולאזין), וזה מבואר שהרי לשיטת הרמב"ם רב אשי לא דיבר כלל על הפקעת הלואתו, אלא זהו מדברי רבא ואדרבא משמע שאביי חולק על זה. אולם, בפשטות הבינו האחרונים שהפקעת הלואתו שרי לכו"ע, ואף הרמב"ם לא חולק (אדרבא הב"י תמה עליו כאן (בבדק הבית) ובעוד מקומות, כיצד אסר להפקיע המכס - הרי הפקעת הלואתו שרי! ומשמע שהבין שאף הוא לא חולק על כך).

הטור כתב שאסור להבריח המכס שהרי דינא דמלכותא דינא, ולאחר מכן כתב שבישראל שקנה את המכס אסור להבריח ממנו, אך מגוי שקנה את המכס מותר דהפקעת הלואתו שרי. **הב"י** בבדק הבית תמה על הרמב"ם מדוע אסור להבריח המכס מהמלך שהרי הפקעת הלואתו שרי, ועוד תמה על הטור שהביא בתחילה דברי הרמב"ם ואח"כ כתב לחלק בין ישראל שקנה המכס לגוי שקנה המכס דמותר להפקיע הלואתו ולהבריח המכס, והרי זה סותר את תחילת דבריו!! וכתב דשמא יש לחלק בין המלך עצמו שאסור להבריח ממנו שמא יבוא לידי סכנה, משא"כ כשמבריח מהגוי שקנה ממנו שליכא למיחש להכי. **המשנה למלך תירץ שמלך שאני** מטעם שכיון שדינא דמלכותא דינא, והמלך גזר שלא להבריח המכס, א"כ לא שייך להתיר כאן משום הפקעת הלואתו דזהו גופא דין המלך. משא"כ כשהגוי קנה את המכס דשרי. **וכן צריך לומר בדעת השו"ע**, שפסק להדיא שאסור להבריח המכס ורק כאשר הגוי קנה זכות זאת מהמלך - מותר. **אולם, הרמ"א** הביא בשם י"א שאם הישראל לא קנה את הזכות הזאת אלא הוא רק גובה עבור המלך - מותר להבריח ממנו, דאף מהמלך מותר להבריח דהוי הפקעת הלואתו. וצ"ל שלשיטתם האיסור להבריח מישראל שקנה מהמלך הוא מפני שזהו דין המלכות, דמעיך הדין ישראל הבא מכח גוי הרי הוא כמוהו. **הגר"א דייק מלשון הרא"ש** **והר"ן** בפירושים לנדרים (כח.), שכתבו שדינא דמלכותא ולכן אסור להפקיע מישראל שקנה מהמלך, ומשמע שאם לא קנה או מהמלך עצמו - מותר.

סעיף ז

וכן מלך ששם מס על בני העיר או על כל איש ואיש, דבר קצוב משנה לשנה; או על כל שדה ושדה דבר קצוב, או שגזר שכל מי שיעבור על דבר זה ילקחו כל נכסיו לבית המלך, או כל מי שימצא בשדה בשעת הגורן הוא יתן המס שעליה בין שהיה הוא בעל השדה בין שאינו בעל השדה, וכל כיוצא בדברים אלו, אינו גזל, וישראל שגבה אותם למלך אינו בחזקת גזלן, והרי הוא כשר, והוא שלא יוסיף ולא ישנה ולא יקח לעצמו כלום.

ב"ק קיג: "אמר רבא: מאן דמשתכח בבי דרי, פרע מנתא דמלכא. וה"מ שותפא, אבל אריסא - אריסותיה הוא דקא מפיק". וביאר רש"י שאם היו כמה שותפים בגורן ובא המלך וגבה מאחד מהם עבור כולם, חייבים לשלם לו חלקם, "ואם גבאי זה ישראל הוא שקנה מן המלך את המס אין כאן משום גזל דדינא דמלכותא דינא, ואם כותי הוא מותר לקנות ממנו". ודווקא אם יש לו בעלות באחת השדות, אך אם הוא רק אריס - אינו גובה ממנו. ומה שכתב הרמב"ם 'בין שאינו בעל השדה' הכוונה שהוא בעל שדה אחרת. וכמו שכתב הרמ"א בסעיף י; סמ"ע יא.

עוד שם: "ואמר רבא: בר מתא אבר מתא מיעבט. (רשות ביד ישראל גבאי המלך למשכן בן העיר על מס בן עיר חבירו דדינא דמלכותא דינא), וה"מ דברלא ארעא וכרגא דהאי שתא, אבל שתא דחליף, הואיל ואפייס מלכא חליף". **רש"י** ביאר שרק כאשר שילם עבורו את המס של שנה זו יכול לחזור ולגבות ממנו, אך אם כבר עברה השנה - אינו גובה ממנו חזרה, דכיון שכבר פרע למלך את כל המס, שוב אין לו כח למשכן את חברו על כך; **וכ"כ הטור, והסכים עמו הב"י**. אולם, **הנמוק"י הביא בשם הרא"ש** שדין זה נכון דווקא במקום שזהו דין המלכות, שכל מי שלא גבו ממנו באותה שנה נפטר מהמס. אך לולי זה, ודאי שיכול למשכן אותו גם על המס של שנים עברו. השו"ע כתב כאן לשון הרמב"ם שלא הזכיר חילוק זה, ונראה שהבין כרא"ש שהכל תלוי בדיני המלכות.

סעיף ח

וכן מלך שכעס על אחד מעבדיו ושמשיו מבני המדינה ולקח שדהו או חצירו, אינו גזל, ומותר ליהנות בה; והלוקחה מהמלך הרי היא שלו, ואין הבעלים מוציאים אותה מידו. אבל מלך שלקח שדה או חצר של אחד מבני המדינה שלא בדינים שחקק, הרי זה גזלן, והלוקח ממנו מוציאים הבעלים מידו. כללו של דבר, כל דין שיחקק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו, אינו גזל; וכל שיקח מאיש זה בלבד, שלא כדת הידוע לכל, אלא חמס את זה, הרי זה גזל. הגה: ואם המלך חקק לבעל אומנות אחד, כגון שחקק למלוה בריבית איזה דבר, י"א דלא אמרינן ביה דינא דמלכותא דינא, הואיל ואינו חקוק לכל (מהר"ק שורש ס"ו). י"א דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במסים ומכסים התלויים בקרקע, כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה, אבל בשאר דברים, לא (הרא"ש פ' ד' נדרים בשם הר"מ ומרדכי פרק הגוזל בתרא). ויש חולקין וסבירא להו דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא (מרדכי שם בשם התוס' ות"ה ס' ש"ט), ולכן המלוה על המשכון יכול למכרו אחר שנה, הואיל וכן דינא דמלכותא (שם בשם ר"י בר פרץ); וכן הוא עיקר, וכמו שנתבאר לעיל סימן שנו"ס סעיף ז'.

1. מה שהמלך מחוקק חוקים כללים על כל בני מלכותו, או על ציבור מסוים - אינו גזל, אולם אם הוא לוקח מאדם אחד בפני עצמו - הרי זה גזל; דדינא דמלכותא אמרינן ולא חמסנותא דמלכותא.

2. אם חקק דין מיוחד לבעלי אומנות מסוימת – לא אמרינן בו דינא דמלכותא, כיון שאינו חקוק לכל; רמ"א בשם המהרי"ק (סו). וצ"ע הרי הרמ"א כתב בסעיף ו שגם כאשר חקק המלך דין מיוחד רק לישראל הרי זה דין, כיון שהוא שיויוני לכל ישראל, וא"כ מדוע כאן אינו דין? ועוד קשה, הרי שם כתב זאת בשם המהרי"ק (קצד), ואף כאן מקור הדין הוא המהרי"ק?!, וכן תמה הגר"א (לג).

3. האם אמרינן דינא דמלכותא בכל דבר? רמ"א בשם י"א – לא, אלא במיסים ומכסים התלוים בקרקע, וטעמם שהתוקף של דינא דמלכותא הוא בגלל בעלות המלך על הקרקע, וכמו הדיוט שיש לו קרקע שיכול להתנות שלא יהנה אדם מהקרקע אא"כ יתן לו כך וכך, כך גם המלך. כ"כ הרא"ש בנדרים (אינו לפנינו) והמרדכי בשם הרא"ש. ע"פ זה כתבו שדינא דמלכותא הוא דווקא בחוצה לארץ במלכי הגויים, אך לא בא"י שכל ישראל שייכים בה ואינה של המלך. וכ"כ הר"ן בנדרים. י"א – כן, וכן הסכים הרמ"א לדינא. וטעמם שהתוקף של דינא דמלכותא שייך אף במלכי ישראל ובא"י, ואינו מפני שהקרקע שייכת למלך אלא מפני שהציבור קיבלו את המלך עליהם, וכמו שכתב השו"ע בשם הרמב"ם בסו"ס ב"ש שהרי הסכימו בני אותה הארץ וסמכה דעתם שהוא אדוניהם והם לו עבדים. וכן נראה שהסכימו רוב הראשונים שלא הזכירו דין זה.

4. האם דינא דמלכותא הוא רק בחו"ל? רא"ש, ר"ן – כן, והטעם כמו שנתבאר בסעיף הקודם. רמ"א – לא, וכמו שנתבאר.

סעיף ט

לפיכך גבאי המלך ושוטריו שמוכרים השדות במס הקצובה על השדות, ממכרן ממכר. אבל מס שעל כל איש ואיש, אינו גובה אלא מן האדם עצמו. ואם מכרו השדה במס שעל הראש, הרי זה אינו ממכר אא"כ היה דין המלך כך. (וע"ל סימן ס"ח מדינא דמלכותא, גם בסי' ק"ד סעיף ב' מדין זה).

1. אדם שלא שילם את מס השדות, כלומר מס שמוטל רק על בעלי השדות, ומכרו את שדהו – ממכרן ממכר, שכן הוא דין המלך.

2. אולם, אם מכרו את שדהו בגלל שלא שילם את מס הראש, דהיינו המס המוטל על כל אדם ואדם, אין ממכרן ממכר, כיון שהשדה אינה משעובדת למס זה. אא"כ היה דין המלך כך.

ב"ב נה. "אמר רבה, הני תלת מילי אישתעי לי עוקבן בר נחמיה ריש גלותא משמיה דשמואל: דינא דמלכותא דינא, ואריסותא דפרסאי עד מ' שנין, והני זהרורי דזבין ארעא לטסקא - זבינהו זביני. וה"מ לטסקא (מס הקרקע), אבל לכרגא (מס הראש) לא; מ"ט: כרגא אקרקף דגברי מנח".

3. אם הלך מעצמו ופרע את מס הראש של חברו, האם חברו חייב לשלם לו? יש"ש – לא, ואפי' שילם מממון חברו שהיה בידו. דהרי הוא כפורע חובו של חברו, ולא כל כמיניה לפרוע בעדו. קצות (ב) – כן, אפי' שילם מממון עצמו. אם שילם מממון חברו פשיטא שחייב, דבכה"ג אינו בכלל 'הפורע חובו של חברו'. ובענייני מיסים כיון שכולם משעובדים יחד, הרי הם כעריבים בעל כרחם אחד לשני, ועוד הרי הם כשותפים שלוו, ולכונ"ע אי יכול לפרוע עבור חברו.

סעיף י

מלך שהיו דיניו שכל שלא יתן המס שעל השדה תהיה השדה לנותן המס, וברח בעל השדה מפני המס ובא זה ונתן מס שעליה למלך ואכל פירותיה, אין זה גזל, אלא אוכל פירות ונותן המס עד שיחזרו הבעלים, שדין המלך דין הוא, כמו שאמרנו. הגה: וכן הוא חוק המלך שכל מי שימצא בשדה יתן בעד בני הבקעה והוא יחזור ויגבה מהם או שיכול לגבות מס השנה מאחר (טור ס"ט).

1. האם דין זה הוא רק בזמן שהקרקע שייכת למלך? סמ"ע – כן, דין זה הוא דווקא בימיהם שגוף הקרקע הייתה שייכת למלך, ולכן יכל להתנות עליה. אולם, כאשר גוף הקרקע קנוי לישראל – אין המלך יכול להפקיעה מחמת המס. ט"ז – לא, דאף בימיהם היתה הקרקע שייכת לבעלי השדות, ואפי"ה יכל המלך להפקיעה מידו מחמת שלא נתן המס.

ב"ב נה: "אמר רבה, הני תלת מילי אישתעי לי עוקבן בר נחמיה ריש גלותא משמיה דשמואל: דינא דמלכותא דינא, ואריסותא דפרסאי עד מ' שנין, והני זהרורי דזבין ארעא לטסקא - זבינהו זביני. וה"מ לטסקא, אבל לכרגא לא; מ"ט: כרגא אקרקף דגברי מנח". וכן בב"מ עג: "אמר ליה: ארעא לטסקא משעבדא, ומלכא אמר: מאן דיהיב טסקא - ליכול ארעא".

2. מקור דברי הרמ"א הוא מב"ק קיג: שהבאנו לעיל בסעיף ז.

סעיף יא

וכן מלך שגזר שכל מי שיתן מס הקצוב על האיש ישתעבד בזה שלא נתן, ובא ישראל ונתן המס שעל ישראל זה העני, הרי זה עובד בו יותר מדאי, שדין המלך דין, אבל אינו עובד בו כעבד.

הגה: ישראל שהיה חייב לעובד כוכבים, והעובד כוכבים מכר השטר לישראל, אעפ"י שאסור לדון עם ישראל חבירו בפני עובד כוכבים, ואף על פי שבא מכח עובד כוכבים, מכל מקום דייני ישראל יפסקו לישראל זה מה שהיה העובד כוכבים מרויח לפני דייני עובד כוכבים, הואיל וישראל זה בא מכחו הרי הוא כמוהו בכל מה שהיה יכול לזכות לפני דייני עובדי כוכבים שהוא דינא דמלכותא (תשובת הרא"ש כלל י"ח סי' א' וכן"ל ס"ס כ"ו).

הנושא אשה במקום שדיני בדיני עובדי כוכבים, ומתה אשתו, לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר: כל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא ונדון הדבר בדיני עובדי כוכבים דאם מתה לא יורשה בעלה או כדומה לזה, וליכא בזה משום דינא דמלכותא (ב"י בסימן כ"ו בשם תשובת הרשב"א), דלא אמרין דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עובדי כוכבים, דאם כן בטלו כל דיני ישראל (מהרי"ק שורש קפ"ז).

1. מלך שגזר שכל שלא יתן מס הגולגולת – יכול אחר ליתן עבורו ולהשתעבד בו – דינו דין. **ב"מ עג:** "הכי אמר רב ששת: מוהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח, ומלכא אמר: מאן דלא יהיב כרגא לשתעביד למאן דיהיב כרגא". ויכול להשתעבד בו יותר מהרגיל, אך אסור לעבד בו עבודת עבד. כגון לחלוץ מנעליו או להוליך כליו אחריו לבית המרחץ; סמ"ע יח. ואע"פ שדין זה לא נאמר אלא בישראל שנמכר לע"ע, אך אם לא נמכר לא! הכא כיון שבדינא דמלכותא משתעבד בו, הרי זה כאילו נמכר; ב"י והביאו הסמ"ע הנ"ל.

2. ישראל שקנה מגוי שטר שהיה לו על ישראל אחר, יפסקו לו הדיינים כל מה שהיה הגוי מוציא בשטר זה לפני דייני העכו"ם, דישראל הבא מכח הגוי הרי הוא כגוי, וכל מה שהגוי יכול לזכות מכח דינא דמלכותא, יש לישראל הבא מכוחו; שו"ת הרא"ש (יח,א).

ה"ה אם נתן הגוי לישראל במתנה; ש"ך (ט). האם צריך על כך עדים וראיה? ש"ך – כן. נתיבות (ג) – לא, דבסי' סו, כה פסקנו שישראל קונה מגוי שטר בכתובה ומסירה, וק"ל כרבא שלמ"ד שאותיות נקנות במסירה לא חיישינן לנפילה ופקדון, וא"כ סגי בכך שהשטר יוצא מתחת ידו.

3. **דינא דמלכותא דינא, הוא דווקא למשפטי המלוכה ותקנות בני המדינה, אך לא כדי להחליף את משפט התורה.** כ"כ המהרי"ק בשורש [קפ"ז], דאפילו לסוברים שבכל ענייני ממון אומרים דינא דמלכותא, "פשיטא דהיינו דוקא לענין ארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים וכו', אבל דין שבין אדם לחבירו פשיטא דלא דאם כן בטלת כל דיני תורה חס ושלום". וכ"כ הרשב"א "אבל דינים שדנים בערכאות אין אלו ממשפט המלוכה אלא הערכאות דנין בעצמן כמו שמצאו בספרי דייניהן, שאם אי אתה אומר כן ביטלתם ח"ו דיני ישראל".

לכן, אע"פ שנשא אשה במקום שנוהגים לדון בדיני הגוים, אין הולכים אחר דיניהם לענייני ירושה וכדו'; כ"כ הרמ"א בשם הרשב"א.

קשה שהרי בסימן רמח, א פסק הרמ"א בשם הריב"ש לענין ירושה, שאם ערך צואה במקום שנוהגים לדון בדיני הגוים, הולכים אחר דיניהם ולא אחר דיני ישראל! **הקצות** (שם, ג) הביא בשם התשב"ץ שחולק על הריב"ש הזה, וכתב שהסכים עמו המהרי"ט שאף שם אין לילך אחר דיני הגוים. **הסמ"ע** (כאן, כ), **הנתיבות** (שם) ו**החת"ס** (הובא בפתי"ש שם) ביארו שאין הכוונה שנדון בדיני הגוים, אלא ששם בגלל שכל הציבור הולכים אחד דיני הגוים, א"כ ברור שמשמעות לשונו היא למתנה ולא לירושה, וא"כ אף בדינינו כשהוא נותן מתנה הדין כן. אך ח"ו שנלך אחר דיני הגוים בגלל דינא דמלכותא ונעזוב דיני ישראל.

ב"ה

סימן שע

דברים שהם גזל מדבריהם כגון מפריחי יונים והמשחקים בקוביא, ובו ז' סעיפים.

פתיחה

סנהדרין כד: במשנה "ואלו הן הפסולין - המשחק בקוביא והמלוה בריבית, ומפריחי יונים, וסוחר שביעית". ובגמ' "משחק בקוביא מאי קא עביד? - אמר רמי בר חמא: משום דהוה אסמכתא, ואסמכתא לא קניא. רב ששת אמר: כל כי האי גוונא - לאו אסמכתא היא. אלא: לפי שאין עסוקין ביישובו של עולם. מאי בינייהו? - איכא בינייהו דגמר אומנותא אחריתי". **ובבבא:** "מאי מפריחי יונים? הכא תרגומה: אי תקדמיה יונך ליון, רבי חמא בר אבא אמר: ארא. (פירוש שמתעה יונים לבוא אליו על ידי יונה מאולפת וכדו') מאן דאמר אי תקדמיה יונך ליון - מאי טעמא לא אמר ארא? - אמר לך: ארא - מפני דרכי שלום בעלמא. ומאן דאמר ארא, מאי טעמא לא אמר אי תקדמיה יונך ליון? - אמר לך: היינו משחק בקוביא. ואידך: תנא תולה בדעת עצמו, ותנא תולה בדעת יונו וצריכא וכו'".

סעיף א' עוסק במפריחי יונים ע"פ הפירוש של 'ארא', שאיסורו הוא משום גזל מדבריהם, שהרי אין בעל השובך זוכה ביונים הבאים לשובכו מעצמם אלא מפני דרכי שלום. סעיפים ב' ו' עוסקים במשחק בקוביא ובמפריחי יונים ע"פ הפירוש הראשון (שאף הם בגדר משחק בקוביא). רוב הראשונים למדו שהעיקר כתירוצו של רב ששת שמשחק בקוביא אין בו משום גזל, דכח"ג לאו אסמכתא היא שהרי הוא יודע שהכל תלוי במזל, וגמר ומקני בלב שלם. אלא שהוא נפסל לעדות מפני שאינו עוסק ביישובו של עולם, ולכן כאשר יש לו אומנות אחרת - אינו נפסל לעדות. ונמצא שדין זה אינו שייך לסימן שלנו העוסק בדברים האסורים משום גזל מדבריהם. אולם, הרמב"ם נקט שאף משחק בקוביא אסור משום גזל מדבריהם, ויתבאר בסעיף ב'.

א- מפריחי יונים

סעיף א

יש דברים שאסרו חכמים משום גזל, והעובר עליהם הרי זה גזלן מדבריהם: מפריחי יונים ומשחקים בקוביא. מפריחי יונים כיצד, לא יפריח אדם בתוך היישוב, שהרי לוקח ממון אחרים שלא כדין, מפני שמשלח זכר ויביא נקבה משובך אחר, או נקבה ותביא זכר; ולא יונים בלבד, אלא כל העושה כזה בשאר עופות או חיה או בהמה, הרי זה גזלן מדבריהם.

מפריחי יונים, שמשלח יונה והולכת ומביאה יונים נוספות עמה משובכים של אחרים, הרי אלו גזלנים מדבריהם, דמדא' אינו גזל שהרי היונים האחרות אינם קנויות לבעליהם, אלא מדרבנן מפני דרכי שלום.

ב-ג משחק בקוביא

סעיף ב

המשחקים בקוביא כיצד, אלו שמשחקים בעצים או בצרורות או בעצמות, ועושים תנאי ביניהם שכל הנוצח את חבירו באותו שחוק יקח כך וכך. וכן המשחקים בבהמה או בחיה או בעופות ועושים תנאי שכל שתנצח בהמתו או תרוץ יותר יקח מחבירו כך וכך, וכל כיוצא בדברים אלו, הכל אסור, וגזל מדבריהם הוא.

סעיף ג

(טור הביאו בס"י) יש מי שאומר שהמשחק בקוביא עם העובד כוכבים אין בו משום גזל, אבל יש בו איסור עוסק בדברים בטלים, שאין ראוי לאדם שיעסוק כל ימיו אלא בדברי חכמה ויישובו של עולם. וחלקו עליו לומר שאינו פסול אלא אם כן אין לו אומנות אחרת. הגה: אבל אם יש לו אומנות אחרת, אפילו משחק עם ישראל אינו פסול (טור). וע"ל סימן ר"ז סעיף י"ג. וכבר פשט המנהג כסברא האחרונה לשחוק בקוביא, ואין פסול אלא מי שאין לו אומנות אלא הוא. ואם שחק עמו באמנה אם חייב לשלם, ע"ל סימן ר"ז סעיף י"ג.

1. האם אסור לשחק בקוביא? רמב"ם - כן, דהוי גזל מדבריהם. רמ"א - לא, אא"כ אין לו אומנות אחרת, דאינו עוסק ביישובו של עולם.

2. המשחק בקוביא עם גוי אין בו משום גזל מדבריהם לכו"ע, דאע"פ שגזל הגוי אסור, אך כאן אין זה גזל גמור שהרי הוא נותן לו את הממון מדעתו. אך כאשר אין לו אומנות אחרת – אסור, משום שאינו עוסק בישובו של עולם.

כבר הזכרנו בפתיחה שרוב הראשונים פסקו כרב ששת שאין במשחק בקוביא משום אסמכתא, דאסמכתא היא רק כאשר הוא סבור בליבו שהוא ינצח, ולכן הוא לא באמת התכוון להתחייב בתשלום. אולם, כאשר מראש הוא לא סומך על חכמתו וכשרונו, והוא יודע שאין זה תלוי בו – הוא גומר בליבו ומקנה בלב שלם. ונמצא שאין פה משום גזל, אך כאשר אין לו אומנות אחרת הרי הוא פסול לעדות.

על הרמב"ם קשה שהרי משמע שהוא פסק כרמי בר חמא, שיש כאן אסמכתא ולכן זה אסור משום גזל, וא"כ לכאורה אין זה תלוי כלל בשאלה אם יש לו אומנות אחרת או לא. אך מאידך בהלכות עדות (י, ד) פסק שהמשחק בקוביא אינו נפסל לעדות אלא אם אין לו אומנות אלא היא! הכס"מ כתב ב' תירוצים: א. מייירי כשמשחק עם הגוי, דכאשר הוא משחק עם ישראל הרי הוא נפסל לעדות בכל ענין. ב. מדובר כשהוא משחק עם ישראל אך לא על מעות, ולכן אינו פסול משום גזל. אולם כאשר אין לו אומנות אחרת, א"כ ממה הוא מתפרנס?! על כרחך שהוא גם משחק במעות ולכן הוא פסול מסתמא משום גזל.

הסמ"ע (ג) הלך בדרך אחרת ממפרשי הרמב"ם, וביאר שהרמב"ם אף הוא פסק כרב ששת, שטעם הפסול לעדות הוא מפני שאינו עוסק בישובו של עולם, ולא כרמי בר חמא.

ד – מצודות חיה ועופות ודגים

סעיף ד

הפורש מצודה שאין לה בית קבול, וצד חיה או עוף או דגים, ובא אחר ונטלה, הרי זה גזל מדבריהם. (ואם יש לו בית קבול, הרי זה גזל דאורייתא) (טור ס"ט).

גיטין נט: במשנה "מצודות חיה ועופות ודגים יש בהן משום גזל, מפני דרכי שלום, ר' יוסי אומר: גזל גמור". **ובגמ' דף ס:** "באוזלי ואוהרי כולי עלמא לא פליגי (רש"י: דכיון דיש להם תוך קנה לו כליו והוי גזל גמור), כי פליגי - בלחי וקוקרי". ומבואר בגמ' שאף לר' יוסי זהו גזל מדרבנן, אלא שאפשר להוציאו בדיינים, אך לרבנן א"א להוציאו בדיינים.

ה – עני המנקף בראש הזית

סעיף ה

עני המנקף בראש הזית זתים של שכחה, ונפלו לארץ, עד שלא נטלם בידו אם בא אחר ונטלם הרי זה גזל מדבריהם. (ואם כבר באו לידו) (הרי זה גזל גמור ומוציאין מידו) (טור ס"ז).

גם זה שם בדף סא. "עני המנקף בראש הזית - מה שתחתיו וכו'. תנא: אם ליקט ונתן ביד - ה"ז גזל גמור".

ו – נחיל של דבורים

סעיף ו

הגוזל נחיל דבורים או שמנעם מבעליו, אם באו לרשותו הרי זה גזל מדבריהם.

1. הגוזל נחיל של דבורים – הרי זה גזל מדרבנן.

ב"ק קיד. במשנה "נאמנת אשה, או קטן לומר מכאן יצא נחיל זה". ובעמוד ב בגמ': "מאי וכן? הכי קאמר: **אפילו נחיל של דבורים, דקנין דרבנן הוא** וכו'. קמ"ל: אם נתייאשו הבעלים - אין, אי לא - לא". ובהמשך "אמר רב יהודה אמר שמואל: הכא במאי עסקינן - כגון שהיו בעלים מרדפין אחריהם, ואשה וקטן מסיחין לפי תומם ואומר מכאן יצא נחיל זה. אמר רב אשי: אין מסיח לפי תומו כשר אלא לעדות אשה בלבד וכו'. **שאני נחיל של דבורים, דקנין דרבנן הוא**".

לגבי נאמנות האשה והקטן, ברש"י מבואר שאף אם הבעלים מרדפין ואח"כ אומר הקטן – נאמן. אך היש"ש כתב דבכה"ג לא מקרי מסיח לפי תומו; והביאם הקצות. עוד תמה הקצות מדוע לא הזכירו הפוסקים שצריך שיאמרו כן אלתר? והסיק שדין זה הוא מח' בין ראב"ן וראב"י, וכיון שהוא ספק אמרינן ביה 'כל דאליס גברי'.

2. מותר להכנס לשדה חברו ליטול את הדבורים שלו. כן מתבאר במשנה שם.

3. האם רשאי לקצוץ ענף של חברו שישבו עליו הדבורים שלו, כדי ליטלם ולהביאם לרשותו? שו"ע – לא, כדעת הרי"ף והרמ"ה ורוב הפוסקים. השו"ע השמיט דין זה ולא הביאו כלל, ומוכח שפסק כרי"ף ודעימיה. רמ"א (בסי' רעד) – הביא את ב' הדיעות ולא הכריע.

במשנה שם "ומהלך בתוך שדה חבירו להציל את נחילו, ואם הזיק - משלם מה שהזיק, אבל לא יקוף את סוכו על מנת ליתן את הדמים; ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה אומר: אף קוצץ ונותן את הדמים". ובגמ' "תניא, ר' ישמעאל בנו של רבי יוחנן בן ברוקה אומר: תנאי ב"ד הוא, שיהא יורד לתוך שדה של חבירו וקוצץ סוכו של חבירו להציל את נחילו, ונוטל דמי סוכו מתוך נחילו של חבירו וכו'. שע"מ כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ". הרי"ף כתב שיש שפסקו כר' ישמעאל אולם לדעתו אין הלכה כמותו, שהרי רבנן במשנה חלקו עליו, וכן בדף פא: הגמ' לא מונה אותם עם י' דברים שהתנה יהושע עם ישראל כיון שביחידא לא קמיירי, וכן שבמשנה בדף קטו. מבואר שאין לו אלא שכרו, אך אינו נוטל דמי יינו משל חברו. אולם, הרא"ש כתב לדחות ראיותיו שבמשנה מדובר שעשה כן מעצמו, אך אם הבעלים תובעים אותו שישפוך יינו כדי להציל את דובשו חייב לעשות כן. וכן אע"פ שזה יחידא מאן לימא דלא כהלכתא ניהו. וכתב שתנא דמתניתין סבר שר' ישמעאל דיבר מדינא ולכן חכמים חולקים עליו, אך תנא דברייתא סבר שאף ר' ישמעאל לא אמר כן אלא מכח תקנת יהושע ולכך אף חכמים מודים. מדברי הרא"ש לא מוכרח כמי הוא סובר, אך הטור כתב שדעתו לפסוק כר' ישמעאל. הב"י בסימן רעד כתב שהרמב"ם הסכים עם הרי"ף. ונראה שלכן השמיט דינים הללו. אולם, הרמ"א הביא דין זה בסימן רעד בהגה.

ז האם מוציאים בדיינים?

סעיף ז

כל מי שיש בידו גזל מדבריהם אינו יוצא מידו בדיינים.

שם בסא. מבואר שלרבנן אינו יוצא בדיינים, והלכה כמותם.

סימן שעא

קרקע אינה נגזלת אפילו נתיאשו הבעלים, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

קרקע אינה נגזלת לעולם, אלא ברשות בעליה עומדת. אפילו נמכרה לאלף, זה אחר זה, ונתיאשו הבעלים, הרי זה חוזרת לנגזל בלא דמים. וכל מי שיצאה מתחת ידו, חוזר על זה שמכרה לו וחוזר המוכר השני על המוכר הראשון עד שיחזור הלוקח מהגזלן על הגזלן ויטול ממנו. (וע"ל סימן רל"א אם לקחה מעובד כוכבים גזלן מה דינו).

1. קרקע אינה נגזלת לעולם, ואף יאוש אינו מועיל בה, ודלא כהתוס' והרא"ש (ב"ב מד.) שפסקו כהירושלמי שיאוש מועיל בקרקע, אלא שאין דרך להתיאש מהקרקע.

ב"ק קיז: במשנה "שטפה נהר, אומר לו הרי שלך לפניך". ובגמ' איתא שדין זה הוא מח' בין ר"א לחכמים ומשנתנו כחכמים. ומח' תלויה בשאלה האם דורשים כלל ופרט וכלל או ריבוי ומיעוט וריבוי, ולרבנן דרשין כלל ופרט וכלל, ולכן "מה הפרט דבר המיטלטל וגופו ממון, אף כל דבר המיטלטל וגופו ממון, יצאו קרקעות שאין מטלטלין וכו'".

ב"ב מד. "תנו רבנן: מכר לו בית, מכר לו שדה - אין מעיד לו עליה, מפני שאחריותו עליו; מכר לו פרה, מכר לו טלית - מעיד לו עליה, מפני שאין אחריותו עליו". והעמידה הגמ' בגזלן שמכר, כיון שבכה"ג יש חילוק בין קרקע למטלטלין, דבקרקע אע"פ שמכרה יכול הנגזל להוציאה מיד הלוקח. אולם במטלטלין אינו יכול להוציאם מיד הלוקח לאחר שנתיאש, כיון שקנאם ביאוש ושינוי רשות. **פשוט הסוגיא, וכן נקטו הרשב"ם, הטור והרמב"ם** שבקרקע מדובר אף לאחר יאוש, כיון שאין יאוש מועיל בקרקע. **אולם, התוס' והרא"ש** דחקו שבקרקע מדובר קודם יאוש ובמטלטלין לאחר יאוש, כיון שאף בקרקע מועיל יאוש כמבואר בירושלמי, אלא שבד"כ אדם אינו מתיאש מהקרקע שלו, דאע"פ שאינו יכול להוציאה מיד הגזלן, יוציאה מיד בנו. **השו"ע והרמ"א פסקו כטור ורמב"ם**. הש"ך (ב) כתב שדין זה אינו מבואר במשנה בב"ק קיז, דשם אין מבואר להדיא מה יקרה כאשר יתיאשו הבעלים, ודין זה מוכח רק מהגמ' שלנו.

א. קשה מסימן רלו, ט שאם גוי אנס מישאל את שדהו, ויש שופטים בארץ והיה יכול לקבול עליו ולא עשה כן, מוכח שנתיאש והלוקח מהגוי זכה בקרקע! **כן הקשו הש"ך (שם), והכפות תמרים (סוכה ל: בשם מהרשד"ם).** **קצות בשם אחיו** (מהר"ר יהודה) - מיירי כשהגוי אנס הישראל למכור לו, ולא חטף ממנו בחזקה, ואע"פ שתלויה ויהיב לא הוי מתנה, אך בכה"ג כן, דמוכח שגמר והקנה בלב שלם. **נתיבות** - הטעם שאין יאוש מועיל בקרקע הוא לפי שאין יאוש מועיל בדבר שהוא ברשותו, וכיון שהארץ לעולם עומדת ואינה נגזלת - לא יצאה מתחת ידו ואינו יכול להתיאש ממנה (וכ"כ בתרומת הכרי). אמנם, בב"מ (לגבי מסותא) מבואר שאף בקרקע אם אינו יכול להוציאה בדיינים חשיבה כאינה ברשותו, ואינו יכול להקדישה, וממילא בכה"ג מועיל יאוש ובהכי מיירי בכל המקומות שמצאנו שמועיל יאוש. (וכיון שיש ב"ד ולא הלך לקבול לפנייהם, כנראה אין לו איך להוכיח את בעלותו, וממילא בכה"ג מהני יאוש).

ב. כאשר נשתקע שם הבעלים: נתיבות, תרומת הכרי - מועיל יאוש מדאורייתא, כן מבואר בירושלמי. הנתיבות ביאר שמיירי שנתיאשו מכיון שאינם יכולים להוציאו בדיינים. תרומת הכרי ביאר שהטעם הוא מפני דהוי כזוטו של יס, שבכה"ג היא אבודה ממנו ומכל אדם ושוב אינה נחשבת כברשותו, ולכן אין מניעה ליאוש לחול. מאידך, שאר האחרונים לא ראינו שהביאו דין זה, ונראה שהם סוברים שהירושלמי לשיטתו שמועיל יאוש בקרקע, וכשיטת התוס' והרא"ש.

ג. הבנות האחרונים בגדרי יאוש: א. קצות: יש ב' סוגי יאוש: יאוש דגזילה, יאוש דאבידה. יאוש דגזילה מועיל רק במקום שהדבר נגזל, ולכן בקרקע, עבדים ושטרות שנתמעטו מדיני גזילה, לא יועיל בהם יאוש זה. אולם, אף בהם יועיל יאוש דאבידה, (חוץ מקרקע). מבואר בדבריו שהבין שיאוש דגזילה הוא פחות יאוש מאשר באבידה. ולא זכיתי להבין חילוק זה לעומק. **ב. נתיבות:** כל יאוש הוא מדין יאוש באבידה. לכן התקשה מדוע שלא יועיל אף בדברים שנתמעטו מדין גזילה, ותיירץ שכיון שאינם נגזלים הרי הם ברשותו ואין יאוש מועיל בהם. **ג. ש"ך:** נראה שהבין שיאוש מועיל רק מכיון שהתורה חידשה דין גזילה, ולכן בדברים שאינם נגזלים לא יועיל בהם יאוש כלל, ודלא כקצות ונתיבות.

2. קנה קרקע ונמצאת גזולה והוציאוה מידו, חוזר על המוכר ונוטל דמיו, והמוכר חוזר על המוכר עד שייגע לגזלן ויטול ממנו דמיו. אך הנגזל אינו צריך ליתן דמים ללוקח, דלא עשו תקנת השוק בקרקע, דבסתמא יודעים של מי הקרקע ואם היא גזולה; סמ"ע א.

סעיף ב

לפיכך אם אירע בה קלקול הבא מאיליו, כגון ששטפה נהר, אין אחריות ההפסד על הגזלן, שבחזקת בעליה עומדת, ואומר לו: הרי שלך לפניך. אבל אם הפסידה הגזלן בידו, כגון שחפר בה בורות, שיחין ומערות, או שקצץ את האילנות ושחת את המעיינות והרס את הבנין, חייב להעמיד לו בית או שדה כמו שהיו בשעת הגזילה, או ישלם דמי

מה שהפסיד. הגה: וכשם שהקרקע בחזקת הנגזל שיכול לומר: הרי שלך לפניך, כן הוא ברשותו לטובתו, דאע"ג דלגבי מטלטלין אינו משלם אלא כשעת גזילה, גבי קרקע אינו כן, אלא אם נשתמש ואכל פירותיה צריך לשלם מה שנהנה ממנה (טור).

1. אם הקרקע נפסדה מאליה, אין הגזלן חייב באחריותה, שהרי ברשות בעליה עומדת. ב"ק קיז: "שטפה נהר, אומר לו הרי שלך לפניך". וכמו שנתבאר בסעי' הקודם.

2. אם הגזלן קילקל את הקרקע בידים, חייב לתקן את ההיזק או לשלם דמיו. כן מוכח בב"מ ה. שמזיק בידים חייב אף בקרקע, "ולמאן דאמר הילך פטור, אמאי איצטריך קרא למעוטי קרקע משבועה? הא כל קרקע הילך הוא! - אמר לך: איצטריך קרא היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות".

3. אם השתמש בה הגזלן ואכל פירותיה, חייב לשלם לנגזל כפי מה שנהנה; רמ"א בשם הטור שהביא כן מדברי הרא"ש בתשובה. ויתבאר לקמן בסימן שעג סעיף ב.

סעיף ג

גזל שדה ונטלוה מציקין בכח המלך, אם מכת מדינה היא כגון שלקח המלך שדות או בתים של כל אנשי המדינה, אומר לו: הרי שלך לפניך, ואם מחמת הגזלן נלקחה, חייב להעמיד לו שדה אחרת.

סעיף ד

אנס המלך את הגזלן ואמר לו: הראה לנו את כל מה שיש לך, והראהו שדה זו שגזל בכלל שדותיו, ונטלה המלך, חייב להעמיד לו שדה אחרת כמותה, או נותן דמיה.

ב"ק קטז: במשנה "הגזל שדה מחבירו ונטלוה מסיקין, אם מכת מדינה היא - אומר לו הרי שלך לפניך, אם מחמת הגזלן - חייב להעמיד לו שדה אחר. ובגמ' "אם מחמת הגזלן - חייב. היכי דמי? אילימא דאנסוה לארעא דידיה ולא אנסוה כולי ארעתא, הא מרישא שמעת מינה: אם מכת מדינה היא כו', אי לא - לא! לא צריכא, דאחוי אחוויי. (כלומר שהלך מעצמו והראה את הקרקע למלכות). לישנא אחרינא: הב"ע - כגון דאנסוה עכו"ם ואמרי ליה אחויי ארעתי, ואחוי ההוא בהדיהו". **ופסקו הרמב"ם, הרי"ף והרא"ש כלישנא בתרא**, שאע"פ שאנסוהו להראות קרקעותיו, אם הראה להם גם את הקרקע הגזולה - חייב, שהרי פשע בכך שהראה אותה בכלל קרקעותיו דאינה שלו; סמ"ע (ג).

וכתב הש"ך (ו) שדין זה הוא קנס מחמת דינא דגרמי, והנ"מ שלא קנסו בנו אחריו.

סימן שעב

גזלן שהפסיד השדה ואכל פירות כיצד גובה אותם הנגזל, ובו ג' סעיפים.

סעיף א

גזל קרקע והפסידה בידו או שאכל פירותיה, כשבעל השדה גובה דמי מה שהפסיד הגזלן או דמי פירות שאכל גובה מנכסים בני חורין, מפני שהיא כמלוה על פה.

ואם עמד הגזלן בדין ונתחייב לשלם, ואחר כך מכר, גובה מנכסים משועבדים. ואם לא עמד בדין אלא על אחד מהם, אינו מועיל לשני להיות טורף ממשעבדי.

כן מבואר בב"מ יד:, ובגיטין מח: שאין מוציאין לאכילת פירות ממשועבדים מפני שאין להם קול.

סעיף ב

והוא הדין אם גזלוהו מהגזלן מחמתו, שחייב להעמיד לו שדה, כמבואר בב"ק קטז:, אם עמד בדין ואחר כך מכר, גובה הנגזל ממה שמכר.

סעיף ג

גזל שדה והשביחה, והנגזל בא לטורפה, שמין לו וידו על התחתונה, אם השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה בלבד מהנגזל; ואם ההוצאה יתירה על השבח, אין לו מההוצאה אלא שיעור השבח.

ב"ה

סימן שעג

דין מכרה הגזלן והשביח הלוקח מה דינו של לוקח עם הגזלן, ובו ג' סעיפים.

סעיף א

גזל שדה ומכרה והשביחה הלוקח, אם השבח יותר על ההוצאה נוטל ההוצאה מבעל השדה, וי"א אפילו לא היתה עדיפא מבשעה שגזלה, כגון שהכסיפה הגזלן, אפילו הכי נוטל היציאה מהנגזל (נ"י בפ"ק דמציעא בשם הר"ן, ויש חולקין, שם בשם רש"י), והקרן עם שאר השבח נוטל מהגזלן. הקרן, גובה מנכסים משועבדים, ושאר השבח מנכסים בני חורין. ואם הכיר בה שהיא גזולה כשלקחה, אינו נוטל מהגזלן אלא הקרן בלבד, ומפסיד שאר השבח היתר על ההוצאה.

היתה ההוצאה יתירה על השבח, בין שהכיר בה שהיתה גזולה בין שלא הכיר, אין לו מההוצאה אלא שיעור השבח, ונוטלו מבעל השדה וי"א דהואיל וידע שאינו שלו הפסיד אפילו ההוצאה (טור ס"א בשם ר"י והרא"ש). וי"א דאם קבל אחריות בהדיא צריך ליתן כפי מה שקבל עליו (שם בשם הרמ"ה ותשובת הרשב"א בסימן אלף קנ"ה וכן כתב הריב"ש בסימן ר"ן בשמו והמ"מ פ"ט דגזילה בשם יש אומרים). ויש חולקין (שם בשם אביו הרא"ש והמגיד פרק ט' דגזילה ונ"י פרק קמא דמציעא וגם הר"ן כתב דלא מחזור בעיניו). והקרן נוטל מהגזלן מנכסים משועבדים.

1. ידע בשדה שהיא גזולה, והשבח יתר על ההוצאה: שו"ע – נוטל מבעל השדה את הוצאתו, והיתר מכך הפסיד, דבכה"ג אין הגזלן כותב לו שבח; כשיטת הרי"ף. רמ"א – הפסיד אף את הוצאתו, כשיטת הרא"ש ע"פ הבנת הרמ"א. ש"ך – אין מח' בדין זה, אלא לכו"ע נוטל את הוצאתו מהנגזל, דלא גרע מיורד שאינו ברשות שנוטל הוצאה. והטור לא הבין את דברי הרא"ש, שהרא"ש הבין שדעת הרי"ף שנוטל אף יתר מהוצאתו, ועל כך חלק עליו. אך כנגד ההוצאה ודאי שנוטל.

2. אם קיבל אחריות בהדיא: י"א שצריך הגזלן לשלם לו, אע"פ שידע שהיא גזולה; כן דעת הרמ"ה. י"א שלא; כן דעת הרא"ש. הסמ"ע תמה שהרי אף הרא"ש מודה שאם קיבל אחריות ויש לו קרקע – חייב לשלם לו כפי שקיבל עליו.

סעיף ב

הפירות שאכל לוקח בעוד שהיתה בידו, צריך לשלם אותם לנגזל, ודינו בהם עם הגזלן כדינו של שבח, שאם לא ידע שהיתה גזולה גובה אותם מהגזלן מנכסים בני חורין, ואם ידע שהיתה גזולה אינו גובה מהם כלום.

סעיף ג

אם טען המוכר שהלוקח ידע שהיתה גזולה, והלוקח טען שלא ידע, על המוכר להביא ראיה.

ב"ה

סימן שעה

היורד לשדה חבירו או לתוך חורבתו ונטעו או בנאו, ובו ט' סעיפים.

ב"מ קא. "איתמר, היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות, אמר רב: שמין לו, וידו על התחתונה. ושמאל אמר: אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה. **אמר רב פפא: ולא פליגי; כאן בשדה העשויה ליטע, כאן בשדה שאינה עשויה ליטע וכו'.** איתמר, היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות, ואמר לו: עזי ואבניי אני נוטל, רב נחמן אמר: שומעין לו, רב ששת אמר: אין שומעין לו וכו'. מאי הוי עלה? **אמר רבי יעקב אמר רבי יוחנן: בבית שומעין לו, בשדה אין שומעין לו.** בשדה מאי טעמא - משום ישוב ארץ ישראל. איכא דאמרי: משום כחשא דארעא. מאי בינייהו? איכא בינייהו חוצה לארץ."

סעיף א

היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע, אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה, ונוטל מבעל השדה. ואם אינה עשויה ליטע, שמין לו וידו על התחתונה. הגה: סתם כרם עשוי ליטע (ריב"ש סימן תתקט"ו/תקט"ו).

העושה טובה לחבירו שלא ברשות, עיין לעיל סימן רס"ד. וכן הלומד עם חבירו בלא דעת האב, ע"ל סימן של"ה סעיף א'.

היורד לשדה חבירו שלא ברשות ונטעה:

1. אם היתה עשויה ליטע – נוטל כשאר שתלי העיר.

2. **אם אינה עשויה ליטע – שמין לו וידו על התחתונה,** דהיינו שאם הוציא יותר ממה שהשביח – נוטל הוצאותיו כנגד השבח, ואם השביח יותר מהוצאותיו – נוטל רק כנגד הוצאותיו.

נחלקו הראשונים בביאור 'שמין לו וידו על העליונה' או 'על התחתונה': רש"י והרא"ש ורוב המפרשים פירשו שידו על העליונה, היינו כמו שנוטלים שאר שתלי העיר, דהיינו קבלנים, אע"פ שזה הרבה יותר מהמחיר שעולה לשלם לפועל שכיר יום כדי שיעשה עבודה זו. **אולם, הר"ה והרשב"א** התקשו מדוע שיטול יותר מהוצאותיו, ועוד מדוע שיקבל כאריס או שתל? **ולכן ביאר הר"ה** שידו על העליונה הכוונה כמעולה שבשכירות, כפי שמוכן אדם לשלם לפועל כדי שהוא לא יצטרך לדאוג לכולם; וידו על התחתונה היינו כפחות שבשכירות. **באופן דומה ביאר רב האי** בספר המקח, שידו על העליונה היינו מעט יותר מהשומה שישומו הבקיאים, וידו על התחתונה היינו מעט פחות ממה ששמו הבקיאים. **אולם, הרמב"ן** הוכיח מדברי שמואל "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה" כפירוש רש"י, שהרי למסקנה אין מח' בין רב לשמואל. והכי מוכח בתוספתא בכתובות שאמרה להדיא שנוטל אף את השבח היתר על ההוצאה, וכן מב"ב (מב): "שותף כיורד ברשות" שנוטל בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע, דמשמע שאין הבדל בין יורד ברשות ליורד שלא ברשות בשדה העשויה ליטע, ששניהם נוטלים כדן אריס. **וכן פסק השו"ע. וביארו הריטב"א והנמוק"י** הטעם שנוטל יותר ממה שהוציא "דכיון דשדה העשויה ליטע וידעו הבעלים ושתקו ודאי ניחא להו במאי דעבד וכאלו ירד מדעתם דמי".

סעיף ב

אמר ליה בעל השדה: עקור אילנך ולך, שומעין לו. אבל אם אמר הנוטע: הריני עוקר אילני, אין שומעין לו, מפני שמכחיש הארץ. הגה: מיהו אם א"ל תחלה: עקור אילנך ולך, יכול בעל האילן לעשות, אף על פי שחוזר בעל השדה אחר כך (נ"י פרק השואל). הג"ה זו נדפסה בסעיף ג, אך כבר העירו הסמ"ע והש"ך שמקומה כאן.

1. בעל השדה יכול לומר לנוטע: עקור אילנותיך ולך. כדעת הרא"ש והבנת הב"י ברמב"ם, ודלא כרמב"ן והרשב"א והבנת ה"ה ברמב"ם.

אימתי יכול בעל השדה לומר עקור אילנותיך ולך? הרי"ף כתב שדין זה אינו מבואר בגמ', אולם שלחו ממתבתא שכמו שהיורד יכול לומר כן, הכי נמי בעל השדה יכול לומר; ולא כמו שכתב רב האי בספר המקח שזה ספק. **הרמב"ן והרשב"א** כתבו שדין זה נכון רק בשדה שאינה עשויה ליטע, אך בשדה העשויה ליטע אף בעל השדה אינו יכול לומר 'טול עצים ואבניך', דמסתמא הוא רוצה בזה ואינו נאמן לומר שאינו רוצה. **וכתב הנמוק"י שכן הסכימו האחרונים. אולם, הרא"ש** כתב להדיא שאף בשדה העשויה ליטע יכול לומר לו טול עצים ואבניך. וכתב הב"י שכן משמע מסתימת הרמב"ם שלא חילק בזה, אע"פ שה"ה כתב שהרמב"ם מייירי רק בשדה שאינה עשויה ליטע.

מח' תלויה בהבנת המקרה שבא לפני רב, שלדעת הרא"ש מיירי התם בשדה העשויה ליטע, ומוכח שאף בכה"ג יכול לומר 'עקור אילנותיך ולך'. אולם, הרמב"ן והנמוק"י ביארו שמייירי התם שרב לא ידע אם היא עשויה ליטע או לא. ויתבאר בסעיף הבא.

2. הנוטע אינו יכול לומר לבעל השדה 'עצי ואבני אני נוטל', מפני שמכחיש את הקרקע, דכיון שהשרישו האילנות בקרקע, הרי הכחישו קרקעו ונמצא מזיקו בכך. **ופסקו הרי"ף, הרמב"ם ורוב המפרשים כלישנא בתרא**, שדין זה נכון אף בחו"ל ולא דווקא בא"י.

3. אם אמר בעל השדה עקור אילנותיך וחזר בו, יכול בעל האילנות לעקורם. כ"כ הנמוק"י, וטעמו דכיון שמתחילה נתן לו רשות בבי"ד לעקורם – שוב אינו יכול לחזור בו.

סעיף ג

היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטע או בנה, ואח"כ בא בעל השדה והשלים הבנין, או ששמר הנטיעות וכיוצא באלו הדברים שמראה שדעתו נוטה למה שעשה זה וברצונו בא הדבר, שמין וידו על העליונה.

1. אף בשדה שאינה עשויה ליטע, אם גילה בעל השדה בדעתו שניחא לו במה שעשה חברו, וניכר מדבריו שהיה רוצה בהם אף לכתחילה – **יד היורד על העליונה**, דבכה"ג הוי כמו שדה העשויה ליטע. כהבנת רוב הראשונים ולא כרא"ש.

ב"מ קא. "והא דרב לאו בפירוש איתמר, אלא מכללא איתמר. דההוא דאתא לקמיה דרב, אמר ליה: זיל שום ליה! אמר ליה: לא בעינא. אמר ליה: זיל שום ליה, וידו על התחתונה. אמר ליה: לא בעינא. לסוף חזייה דגדרה וקא מנטר לה. אמר ליה: גלית אדעתך דניחא לך - זיל שום ליה, וידו על העליונה".

הרא"ש ביאר שמייירי בשדה העשויה ליטע, וטענת בעל השדה היתה 'טול עציך ואבניך', אך כיון שלבסוף התברר שניחא לבעל השדה בנטיעות הללו – פסק רב שיד היורד על העליונה, שהרי היא שדה העשויה ליטע. מכאן הוכיח הרא"ש שאף בשדה העשויה ליטע יכול בעל השדה לומר טול עציך ואבניך.

אולם רוב הראשונים ביארו שמדובר בשדה שאינה עשויה ליטע, ולכן יכל לומר 'טול עציך ואבניך', ומה שאמר רב 'שום ליה' ולא פירט באיזה צורה לשום, הוא מפני שלא ידע אם היא עשויה ליטע או לא, ולכן בתחילה כשבעל הקרקע סירב לשלם הבין שאינה עשויה ליטע ופסק שידו על התחתונה. לאחר שרב ראה שניחא ליה בנטיעות הללו – פסק שיד היורד על העליונה, דהוי כשדה העשויה ליטע.

הרא"ש דחה דבריהם בטענה שאע"פ שעמד וגדר אין זה מוכיח שהוא רוצה בזה לכתחילה, אלא רק בדיעבד הוא כבר מתרצה לזה, ומדוע לחייבו כשדה העשויה ליטע?! **הב"י תירץ** שכיון שבתחילה הוא אמר 'טול עציך ואבניך' ולבסוף ראינו שהוא מתרצה בהם, א"כ מוכח שבאמת היא הייתה שדה העשויה ליטע. אמנם, בדברי הנמוק"י מבואר שרב לא ידע בודאות אם היא עשויה ליטע או לא, וכיון שראה שהוא התרצה בהם א"כ הבין שהיא שדה עשויה ליטע. ובהכי מיירי הדין של הסעיף שלנו, שמוכח ממעשיו שהוא התרצה מלכתחילה למה שעשה היורד, וא"כ מוכח שהיא שדה העשויה ליטע. אך באמת אם מעשיו אינם מוכיחים כן – אינו חייב לשלם אלא כשדה שאינה עשויה ליטע. **וכן מבואר בלשון השו"ע** (שמקורו ברמב"ם) "שמראה שדעתו נוטה למה שעשה זה וברצונו בא הדבר".

סעיף ד

היורד לשדה חבירו ברשות, אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע, שמין לו וידו על העליונה, שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה; ואם השבח יתירה על ההוצאה, נוטל השבח. (ואם בעל השדה הוא עצמו אריס, חזר להיות דינו כאינו עשוי ליטע, רק ששמין כמה רוצה ליתן שלא יצטרך לטרוח בעצמו) (נ"י פרק האשה שנפלו). הג"ה זו שייכת לסעיף הקודם, דביוור ברשות אין חילוק בזה. ערוך השולחן.

1. היורד ברשות לעולם ידו על העליונה, דהיינו שנוטל כשאר שתלי העיר, ואע"פ שהוציא יותר ממה שהשביח, שהרי ירד ברשות.

2. יורד שאינו ברשות, בשדה העשויה ליטע, האם נוטל יותר ממה שהשביח? **סמ"ע (ז)** – כן. שהרי אף בעל השדה היה מוציא הוצאה זאת. **גר"א (ט)** – לא. דוקא כשירד ברשות נוטל כל הוצאתו, אך כשירד שלא ברשות אינו נוטל יותר ממה שבעל השדה קיבל.

3. אם ירד שלא ברשות לשדה העשויה ליטע, אך בעל השדה הוא אריס – דינו כשדה שאינה עשויה ליטע, שהרי אין בעל השדה עשוי לשכור פועלים לעשות מלאכה זו, אלא שצריך לשלם לו כפי שהיה רוצה אדם לשלם

ולישב בטל ולא להתאמץ; רמ"א בשם הנמוקי". הג"ה זו מקומה בסעיף הקודם, שהרי ביורד ברשות בכל ענין חייב לשלם לו כל שכרו.

סעיף ה

בעל בנכסי מלוג אשתו קטנה, והשותף בשדה שיש לו חלק בה, כיורד ברשות הן ושמין להם וידם על העליונה. (וע"ל ס"ס קע"ח וס"ס ת"ד).

1. בעל בנכסי מלוג של אשתו קטנה – הרי הוא כיורד ברשות.

2. שותף כיורד ברשות דמי, דשמין לו וידו על העליונה. **ב"ב מב:** "שותף כיורד ברשות דמי".

סעיף ו

היורד לתוך חורבתו של חברו ובנאה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה. ואם אמר בעל הבנין: עצי ואבני אני נוטל, שומעין לו. אמר ליה בעל הקרקע: טול מה שבנתי, שומעין לו. הגה: ודווקא אם החורבה אינה עשויה לבנות; אבל אם עשויה לבנות, או במקום שסתם חורבה עומדת לבנות, דינו כמו חצירות, שיתבאר בסמוך (ב"י בשם תלמידי רשב"א והרמב"ם פ"ו דגזילה ומרדכי פרק השואל).

סעיף ז

החצרות הרי הם ראויים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות, לפיכך הבונה בחצר חברו הרי זה כנוטע שדה העשויה ליטע, ושמין לו כמה אדם רוצה ליתן בנין זה לבנותו, והוא שיבנה בנין המועיל הראוי לאותה חצר כמנהג אותו מקום. הגה: ולא יוכל הבונה לומר: בניני אני נוטל. השכירה הבונה לאחרים וקבל שכר, מנכין לו מהוצאותיו, אף על גב דלא עביד למיגר. (רשב"א ונ"י פ' השואל). ואם דר בה הבונה, אם חסר לבעל הקרקע דבר מועט, צריך ליתן לו כל מה שנהנה, כמו שנתבאר לעיל סימן שס"ג (מישרים נל"א ח"ב). ראובן שהיה לו בית רעוע ויצא מן העיר, ובא שמעון ודר בו והוציא הוצאות להציל הבית מן הנפילה וסיידו וכיירו, כל מה שהיה לצורך שלא יפול צריך ראובן להחזיר לשמעון, אבל א"צ ליתן לו מה שסיידו וכיירו, כי יוכל לומר: איני צריך לזה, וכשיתן ראובן מה שחייב ליתן לשמעון, יצא מן הבית (טור ס"ח בשם הרא"ש).

סעיף ח

כל מי ששמין לו, בין שהיתה ידו על העליונה בין שהיתה ידו על התחתונה, אינו נוטל כלום עד שישבע בנקיטת חפץ כמה הוציא. ואם אמר: יבואו הדיינים ויעשו שומת ההוצאה והרי היא גלויה לעיניהם וישערו העצים והאבנים והסיד ושכר האומנים בפחות שבשעורים, שומעין לו ונוטל בלא שבועה. וכן זה שנוטל השבח בלבד, והיתה ידו על העליונה, אינו צריך שבועה.

סעיף ט

כל ששמין לו ונוטל, שטען בעל השדה ואמר: נתתי, והיורד אומר: לא נטלתי, היורד נאמן, ונשבע שלא נטל כלום, ונוטל, שהרי אומרים לבעל השדה: עדיין לא שמו לך ולא ידעת כמה אתה חייב ליתן היאך נתת. אבל אם שמו לו ואמרו לבעל השדה: תן לו, ואמר: נתתי, אף על פי שעדיין לא נשבע היורד, הרי בעל השדה נאמן, וישבע היסת שנתן, ויפטר, שהקרקע בחזקת בעליה.

הלכות נזיקין

מסיכומי אריאל שטראוס הי"ו (שעט-תכז)

סימן שעט

דין זה בא בחביתו וזה בא בקורתו ונשבר החבית, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

שנים שהיו מהלכים בר"ה, זה בא בחביתו וזה בא בקורתו, ופגעו זה בזה ונשברה חבית בקורה, פטור, שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך.

ב"ק לא: "מתני'. זה בא בחביתו וזה בא בקורתו, נשברה כדו של זה בקורתו של זה - פטור, שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך". ונפסק בשו"ע: "שנים שהיו מהלכים בר"ה, זה בא בחביתו וזה בא בקורתו, ופגעו זה בזה ונשברה חבית בקורה, פטור, שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך".

לב. "גמ'. בעא מיניה רבה בר נתן מרב הונא: המזיק את אשתו בתשמיש המטה, מהו? כיון דברשות קעביד - פטור, או דלמא איבעי ליה לעיוני? א"ל, תניתוה: שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך. אמר רבא, ק"ו: ומה יער, שזה לרשותו נכנס וזה לרשותו נכנס, נעשה כמי שנכנס לרשות חבירו וחייב, זה שלרשות חבירו נכנס לא כל שכן! אלא הא קתני: שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך! התם תרוייהו כהדדי נינהו, הכא איהו קעביד מעשה". רש"י "תרוייהו... שניהן שוין בשבירתן שאף בעל חבית סייע בשבירתה". תוס' וטור: לכן אם עמד ובעל קורה נתקע בו חייב כיון שעשה כל ההיזק. סמ"ע (א).

תוס' (הובא בב"י) - לרש"י קשה ל"ל הטעם שלשניהם רשות להלך, אפילו אין רשות לשניהם פטור בעל הקורה מטעם זה. ותרץ: (1) בא למעט אם היה בעל קורה רץ ובעל חבית הולך אע"פ שבעל חבית עצמו הטיח החבית, ואע"פ שבמשנה אחד רץ ואחד מהלך פטור היינו כי סבר שיש לו לרוץ ברה"ר אבל כשנושא קורה על כתפו אין רשאי לרוץ או שבמשנה מדובר בע"ש כדהעמידוה בגמ'. ב"ח - מדויק בטור ששניהם הולכים. (2) בא למעט במקום שאין לבעל הקורה להלך כגון בחצר בעל החבית שכיון שאין לו רשות אין לבעל החבית להזיזו ממנו. ב"ח - מדויק בטור שכתוב ברה"ר.

סעיף ב

היה בעל קורה ראשון ובעל החבית אחרון, ונשברה החבית בקורה, פטור. ואם עמד בעל הקורה לנוח מכובד משאו, חייב. ואם הזהיר לבעל החבית ואמר לו: עמוד, פטור. ואם עמד לתקן משאו, אף על פי שלא הזהירו, פטור, שטרוד היה ולא היה יכול להזהירו (וע"ל ר"ס תי"ג).

בב"ק לא: "היה בעל הקורה ראשון ובעל חבית אחרון, נשברה חבית בקורה - פטור בעל הקורה, ואם עמד בעל קורה - חייב, ואם אמר לבעל חבית עמוד - פטור".

ב"ק לא. "מתני'. שני קדרין שהיו מהלכין זה אחר זה, ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון - הראשון חייב בנזקו שני. גמ'. אמר רבי יוחנן: לא תימא מתני' ר' מאיר היא, דאמר נתקל פושע הוא וחייב, אלא אפילו לרבנן דאמרי אנוס הוא ופטור, הכא חייב, שהיה לו לעמוד ולא עמד; רב נחמן בר יצחק אמר: אפילו תימא לא היה לו לעמוד, היה לו להזהיר ולא הזהיר. ורבי יוחנן אמר: כיון דלא היה לו לעמוד לא היה לו להזהיר, דטריד. תנן: היה בעל קורה ראשון ובעל חבית אחרון, נשברה חבית בקורה - פטור, ואם עמד בעל קורה - חייב; מאי לאו שעמד לכתף דאורחיה הוא, וקתני חייב, דהוה ליה להזהיר! לא, כשעמד לפוש. אבל עמד לכתף מאי? פטור, אדתני סיפא: ואם אמר לו לבעל חבית עמוד - פטור, לפלוג וליתני בדידה: בד"א - כשעמד לפוש, אבל עמד לכתף - פטור! הא קמ"ל, דאע"ג דעמד לפוש, כי קאמר לו לבעל חבית עמוד - פטור". א"כ לר' יוחנן אם עמד לפוש חייב אף בלא היה לו לעמוד כיון שהיה לו להזהיר, ואם עמד לכתף כיון שטרוד חייב רק אם היה לו לעמוד. לרב נחמן בכל מקרה צריך להזהיר. הרי"ף (יד): והטוש"ע פסק כר' יוחנן. הרא"ש (ס"ט) הקשה שלכאן הלכה כרב נחמן בר יצחק שהיה תלמידו של רבה ובתרא הוא ועוד שהקשו על ר' יוחנן ותרץ תירוצים דחוקים. סמ"ע (ב) - בעמד לנוח חייב שלא היה לו לנוח בדרך שדרך בני אדם לבוא אחריו ולהלך בו, ואם היה מוכרח לפחות היה לו להזהיר להבא אחריו שיעמוד ואל יפגע בקורתו.

הרמ"א הפנה לסימן תיג. הגר"א (ב) - שם הטור והרמ"א הביאו דעת הרא"ש שהלכה כרב נחמן בר יצחק. וכאן סתמו כר"ף והרמב"ם שהלכה כר' יוחנן. באר הגולה (שם) - גם הרמב"ם (ב"י שם) א"ז ומהר"י"ח (הגהות אשרי) הסכימו לר"ף והרא"ש גם לא החליט לפסוק כן אלא אמר שלכאן משמע ולכן פשוט שכך הלכה. וכ"כ ב"ח שם שכל הפוסקים נגד הרא"ש. סמ"ע (שם) - סברו שטרוד סדר על הכתף מרובה מטרדת הקדר שהנפל ולכן חילקו ודווקא שם חייבו וכאן פטרו, וסברו שגם הרא"ש חשב לחלק ביניהם והמשנה איירי דווקא בעמד לנוח.

ב"ק לב. "היה בעל קורה ראשון כו'. אמר ר"ל: שתי פרות ברה"ר, אחת רבוצה ואחת מהלכת, בעטה מהלכת ברבוצה - פטורה, רבוצה במהלכת - חייבת. לימא מסייע ליה: היה בעל קורה ראשון ובעל חבית אחרון, נשברה חבית בקורה - פטור, ואם עמד בעל קורה - חייב; והא הכא דכרבוצה במהלכת דמי, וקתני חייב. ותסברא הא סייעי בעיא? לא מסתייא דלא מסייעי אלא מקשה נמי קשיא, טעמא דבעטה, הא הוזקה ממילא - פטור, והא מתני' דממילא, וקתני חייב! מתני' - דפסקה לאורחא כשלדא, הכא - כגון דרבעה בחד גיסא, איבעי לה לסגויי באידך גיסא".

הרא"ש (ס"י) כתב שלכאוי צריך להעמיד המשנה דרמא כשלדא כדי שלא יקשה על ר"ל אך הרי"ף לא הביא כל הסוגיה אלא המשנה בלבד ומשמע שאפילו לא עמד כשלדא חייב ולכאוי משום שאין הלכה כר"ל בעיקר דבריו ממילא לא צריך להוציא המשנה מפשטה. וכן הלכה וכ"פ הטור וכן נראה בשו"ע שלא חילק. הגר"א (א) - משום שרבה חלק על ר"ל אף בזה שהרי רבוצה הוי שלא ברשות ומהלכת ברשות ואמרו במח. - ששלא ברשות חייב אף בהוזקה, ודברי הרא"ש דחוקים ולא מובנים.

סעיף ג

היה בעל החבית ראשון ובעל הקורה אחרון, ונשברה חבית בקורה, חייב. ואם עמד בעל החבית לנוח, פטור. ואם הזהיר לבעל הקורה שיעמוד, חייב. ואם עמד לתקן משאו, חייב בעל הקורה, אף על פי שלא הזהירו בעל החבית. וכן זה בא בנרו; וזה בא בפשתנו.

ב"ק לב. "היה בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון, נשברה חבית בקורה - חייב, ואם עמד בעל חבית - פטור, ואם אמר לבעל קורה עמוד - חייב".

ב"י - נתבאר ע"פ דברי ר' יוחנן שעמד לכתף דרכו הוא ואע"ג דלא הזהיר פטור ועמד לפוש הוי משונה וחייב והיכא דהזהיר אע"ג דעמד לפוש פטור ולפי"ז כתבו טוש"ע שמדובר במשנה בעמד לפוש, שאם הזהיר בעל קורה חייב ואם לא פטור, אבל בעמד לכתף גם אם לא הזהיר בעל קורה חייב.

שי"ך (א) - היש"ש פסק בעמד לכתף שבעל קורה פטור אא"כ ידע שעמד לכתף. ואינו מובן שמי"ש ממ"ש בסעי' ב שאם בעל הקורה ראשון ועמד לכתף פטור אף דגם שם לא ה"ל למידע לבעל חבית שיעמוד הראשון. ועיין בחכמת שלמה שבשלמא בסעי' ב שבעל קורה ראשון ועמד לכתף איך נוכל לחיבו משום שלא ידע בעל חבית שהוא עומד לכתף שמה אכפת לבעל קורה מזה מי"מ הוא לא פשע שהרי אנוס שהוצרך לעמוד לכתף ולא היה יכול להזהירו שהיה טרוד ואינו נחשב פושע, אבל כאן בבעל חבית ראשון לחייב את בעל הקורה כפושע שהיה לו לעמוד שפיר שיכול לפטור עצמו מכוח שלא ידע שבעל החבית עומד לכתף וסבר שעמד לפוש ולא הוי פושע א"כ א"א ללמוד מסעי' ב ולהפך השי"ך הוא התמוה.

ב"ק לב. "וכן, זה בא בנרו וזה בפשתנו". וכ"פ שו"ע.

סעיף ד

הרי שמילא חצר חבירו כדי יין ושמן, אפילו הכניס ברשות, הואיל ולא קבל עליו בעל החצר לשמור, ה"ז נכנס ויוצא כדרכו, וכל שישתבר מהכדים בכניסתו וביציאתו הרי הוא פטור עליהם. ואם שברם בכוונה, אפילו הכניסם בעל הכדים שלא ברשות, ה"ז חייב.

בב"ק כח. בסוגיית עביד איניש דינא לנפשיה כתוב: "ת"ש: הממלא חצר חבירו כדי יין וכדי שמן - בעל החצר משבר ויוצא משבר ונכנס! אמר ר"נ בר יצחק: משבר ויוצא - לב"ד, משבר ונכנס - להביא זכויותיו". להלכה פסקו הרמב"ם ושו"ע בסי' ד שעביד איניש דינא לנפשיה במקום פסידא ולכן יוצא ונכנס זה לא רק לב"ד.

הרמב"ם ושו"ע הוסיפו שאפילו הכניס ברשות אם לא קיבל עליו לשומרן פטור בדרך הליכתו. אם התכוון לשבור חייב אף בשלא ברשות.

הראב"ד וטור תמהו מדוע במכניס ברשות פטור המשבר. המ"מ הסביר שהרמב"ם כשיטתו שאף ברשות כשאינו מתכוון להזיק כיון שזה ברשותו פטור. והסכים לראב"ד. סמ"ע (ד).

וקשה, הטור סותר עצמו שבסימן שעח סתם כרמב"ם? (1) דרכי משה - הטור סבר שיוצא ונכנס נקרא שובר בכוונה. (2) ב"ח - הטור לא הסביר שם שיטת הרמב"ם כמ"מ, אלא שם הוא שלא ברשות ולזה הסכים הטור וכאן שמיייר ברשות השיג על הרמב"ם. (3) גר"א (ד) - ט"ס בטור וסבר שם כרש"י.

מסיכומי אריאל שטראוס הי"ו

סימן שפא

דין חמשה שישבו על ספסל אחד, ובו סעיף אחד.

סעיף א

חמשה שישבו על הכסא ולא נשבר, ובא אחרון וישב עליו ונסמך עליהם ולא הניחם לעמוד ונשבר, אף על פי שהיה ראוי לישבר בהם קודם (שישב), הואיל וקרב שבירתו, האחרון חייב, שהרי אומרים לו: אילו לא נסמכת (עלינו) היינו עומדים קודם שישבר. ואם ישבו כאחד ונשבר, כולם חייבים. וכן כל כיוצא בזה. הגה: ו"א דסתם ספסל היא שאולה לסתם בני אדם ואם נשברה תחתיהן הוי כמתה מחמת מלאכה ופטורים מלשלם (טור ס"ב בשם הרא"ש תוס' פ"ק דב"ק), אא"כ היושבים הם משונים ושמנים וכבדים משאר בני אדם, אז אם ישבו עליה ביחד ונשברה תחתיהן כולם חייבים לשלם; ואם ישבו בזה אחר זה, אם לא היתה נשברת בלא ישיבת האחרון, הוא לבד חייב לשלם. ואם היתה נשברת בלא האחרון, הוא פטור. ואם לא היתה נשברת רק תוך ב' שעות, ועמו נשברה תוך שעה, אז רואין אם סמך עליהן ומנען לעמוד, הוא לבד חייב לשלם; ואם לאו, כולן חייבין (הכל טור בשם הרא"ש).

במשנה בב"ק ט: איתא: "הכשרתי במקצת נזק, חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו". הגמ' מנסה לברר מהי המציאות שבה מדובר, הביאה ברייתא שהביאה מקרה אחד, ושאלה שיש עוד מקרים, ובי. מעלה אפשרות כזו: "מתקיף לה רב פפא, והא איכא הא דתניא: ה' שישבו על ספסל אחד ולא שברוהו, ובא אחד וישב עליו ושברו - האחרון חייב, ואמר רב פפא: כגון פפא בר אבא (שהיה בעל בשר!) היכי דמי? אילימא דבלאו איהו לא איתבר, פשיטא! אלא דבלאו איהו נמי איתבר, מאי קעביד. סוף סוף מתניתא (דספסל) היכא מתרצא (הואיל והקשת כד)? לא צריכא, דבלאו איהו הוי מיתבר בתרי שעי, והשתא איתבר בחדא שעה, דאמרי ליה: אי לאו את, הוי יתבינן טפי פורתא וקיימין. ולימא להו: אי לאו אתון, בדידי לא הוה מיתבר! לא צריכא, דבהדי דסמיך בהו תבר. פשיטא! מהו דתימא כחו לאו כגופו דמי, קמ"ל דכחו כגופו דמי, דכל היכא דגופו תבר, כחו נמי תבר (ואילולי כן גרמא הוא הואיל וגם זולתו היה נשבר, סמ"ע ד)."

נחלקו הראשונים בהסבר הסוגיה:

(1) **רשב"ם** (תוס' י. 'כגון', רא"ש, מרדכי רמז ט) **רא"ש** (פ"א סי' י) כתבו שסתם בני אדם שיושבים על ספסל ונשבר פטורים (בין ישבו יחד בין בזה אחר זה, **טור**) כיון שהוא שאל להם לשיבה לסתם הנכנס לחצר הוי מתה מחמת מלאכה, ולכן נאמר "כגון פפא בר אבא" שהיה משונה וכבד מהרגיל לאנשים כאלה אין הספסל שאל וצ"ל שהכוונה שכל היושבים היו כך ולכן באמצע נאמר לולא שישבת היינו נשברים קצת ועומדים משמע שאם היה נשבר היו חייבים (אם ישבו כולם כאחד, ואם ישבו זה אחר זה ובלא ישיבת האחרון לא היה נשבר רק הוא חייב ואם היה נשבר מיד אף אם לא ישב זה עליו אז פטור, טור ונמו"י ד: 'איהו', וכן הוא מסקנת תוס' י: 'מאי ולפי"ז תוס' בגא. 'בור' צ"ל שלמסקנה אינו כפי שכתב, גר"א ה). ולמסקנה שסמך עליהם רק אחרון חייב (כשהיה נשבר בלעדיו אחר שעתיים ומחמתו שעה, ואם לא מנעם כולם חייבים, **טור**. שיכול לומר היה לכם לעמוד כשבאתי לישב שגם לי יש רשות לישב כמותם, **סמ"ע** ה). ורשב"ם פטר למעשה בארבע שישבו על ספסל של אלמנה שלא היו כבדים. **הדרכי משה** (קצר א) **והגר"א** (ג) הבינו שכך מסקנת התוס'. וכ"פ **הרמ"א** בשם י"א ככל דברי הטור. **הסמ"ע** (ב) כתב שבשמן אפילו אחד אם נשבר חייב שבעה"ב מקפיד עליו כיון שמשונה הוא.

(2) **רבי עזריאל** (תוס', רא"ש) חייב ארבעה שישבו על ספסל האלמנה לשלם. וכתבו **תוס'** **ורא"ש** שיפרש **כר"ת** (ספר הישר סי' תקנו) **ור"י** (סמ"ג עשין ע, הגהות אשרי) שנקטו "כגון פפא בר אבא" בגלל המסקנה שכחו כגופו ודווקא באדם כבד שנסמך עליהם ומנעם מלעמוד אבל שאר אנשים שאינם כבדים כ"כ אין סמיכתם מעכב מלעמוד אז גם האחרים פשעו שלא עמדו וכולם חייבים. ולפי"ז צ"ל בגמ' שרב פפא עצמו בא לתרץ מה שהקשה "ותו ליכא" ותרץ "כגון פפא בר אבא" והגמ' הסבירה את התירוץ. וכן הסכים **המרדכי** (רמז ט) והבין הוא שכך מסקנת התוס'. **הב"ח** כתב שכל החילוקים שכתב הטור ע"פ הגמ' בשיטת הרא"ש בדין שמנים נכונים בשיטה זו בסתם בני אדם שהאחרון חייב דווקא שסמך עליהם ולא יכלו לקום אבל יכלו לקום כולם חייבים אם ישבו כאחד אבל בזה אחר זה אם לא היה נשבר וכו'.

הרא"ש הקשה על ר"ת: א. אין משמעות הסוגיה סובלת פירוש זה (שרב פפא תרץ לעצמו, **גר"א** ג). ב. מדוע נצטרך לומר "כגון פפא בר אבא" שהיה יכול לסמוך כולם, ממילא ידענא שאם היו יכולים לעמוד ולא עמדו פשעו כולם.

הרמב"ם (חובל ו טו) **ושו"ע** לא הזכירו שהיו שמנים ואף שהיה נשבר בלעדיו כיון שקירב שבירתו חייב שאומרים לו אילולא שנסמכת עלינו היינו עומדים קודם שנשבר. **המ"מ** כתב שסבר **כרש"י** שכתב שנסמך באופן שלא יכלו לעמוד, ואם ישבו כולם כאחד ונשבר כולם חייבים וכן כל כיוצא בזה וכן הבינו **הב"ח** **והגר"א** (ג). **הסמ"ע** (ב) כתב שכיון שברמב"ם ובטור בשמו לא הוזכר שנסמך עליהם ולא הניחם לעמוד, שכוונתו אינה כרש"י ורא"ש אלא שאומרים לו אילולא שנסמכת על הספסל והתקרב וישבת היינו עומדים ולכן אינו יכול האחרון לומר לראשונים היה לכם לעמוד כשישבת שמדובר שכבר נשבר עד שלא ידעו עדיין שרוצה לישב ומיד שבא אצלם התחיל לסמוך על הספסל ונשבר. ובכס"מ נדפס אילו לא נסמכת עלינו והוא כמ"מ שפירש כרש"י וכן בלבוש.

מסיכומי אריאל שטראוס הי"ד

סימן שפב

הקוצץ אילן של חבירו והמונע חבירו מלעשות מצוה, ובו סעיף אחד.

סעיף א

שור שהיה עומד להריגה מפני שהוא מזיק את הבריות, ואילן העומד לקציצה מפני שהוא מזיק את הרבים, וקדם אחד ושחט שור זה וקצץ אילן זה שלא מדעת הבעלים, חייב לשלם לבעלים כמו שיראו הדיינים, שהרי הפקיעם מלעשות מצוה. ואם טען ואמר: אתה אמרת לי להרגו ולקצצו, הואיל והוא עומד לכך, הרי זה פטור. (אבל שאר מזיק אינו נאמן לומר שהוא נתן לו רשות (טור), אפילו יש לו מיגו לומר: לא הזקתי, כגון דליכא עדים שהזיקו, דהוי כמיגו במקום חזקה דלא הוי מיגו (מרדכי ונ"י פרק החובל). אבל נאמן לומר: (אתה אמרת לי וכו') במיגו דלא היה שלך מה שהזקתי אלא שלי (היה) (מרדכי שם). וכן מי ששחט חיה ועוף, ובא אחר וכיסה הדם שלא מדעת השוחט, חייב ליתן כמו שיראו הדיינים. ויש מי שהורה שהוא נותן קנס קצוב, והוא י' זהובים. וכן הורו שכל המונע הבעלים מלעשות מצות עשה שהם ראויים לעשותה, וקדם אחר ועשאה, משלם לבעלים י' זהובים. (היה לו בן למול, ובא אחר ומלו, חייב ליתן לו י' זהובים. אבל נתנו לאחר למול, ובא אחר ומלו, פטור) (רבינו ירוחם נ"א ח"ד). ובזמן הזה אין מגבין אותו, אבל אם תפס לא מפקין מיניה.

1. מניעת נזק מהבריות

ב"ק צא: "תני רבה בר בר חנה קמיה דרב: שורי הרגת נטיעות קצצת, אתה אמרת לי להורגו אתה אמרת לי לקצצו - פטור. א"ל: א"כ, לא שבקת חיי לברייתא! כל כמיניה? א"ל: איסמיה? א"ל: לא, תתרגם מתניתך: בשור העומד להריגה (רש"י: שהמית¹³), ובאילן העומד לקציצה (אשירה או עץ הנוטה לרה"ר ומתיירא שמא יפול על אדם וימות). אי הכי, מאי קא טעין ליה? דא"ל: אנא בעינא למיעבד הא מצוה (וכי טעין ליה ההוא אתה אמרת לי להרגו מסתמא אמת אמר שכיון שלכך עומד לא מקפיד כולי האי ושכח) דתניא: ושפך וכסה - מי ששפך יכסה, ומעשה באחד ששחט וקדם חבירו וכסה, וחייבו ר"ג ליתן לו עשרה זהובים". וכ"פ **בטושי"ע**, ששור העומד להריגה מפני שהוא מזיק את הבריות, ואילן העומד לקציצה מפני שהוא מזיק את הרבים, וקדם אחד ושחט השור וקצץ האילן שלא מדעת הבעלים, חייב לשלם לבעלים כמו שיראו הדיינים, שהרי הפקיעם מלעשות מצוה. ואם טען ואמר: אתה אמרת לי להרגו ולקצצו, הואיל ועומד לכך, הרי זה פטור" (י"ל שירא שיזיק ולא היה לו זמן לעסוק בכך והרשה ושכח, **סמ"ע** ב).

קנס/ממנו: הרי"ף (לב:): כתב שיש מ"ד שר"ג חייבו מקנס ולא לומדים מזה לדין אחר. ודחה שהגמ' עצמה רצתה ללמוד מזה לדין "נטיעות קצצת אתה אמרת לי לקצצו פטור" שדווקא משום שאמר כן, אך בלא אמר כן חייב. **הרא"ש** (ח טו) הוסיף שאם זה אינו דין מה שייך לקנס האדם הרי למצוה התכוון. ועוד **בחולין פז**. (יובא לקמן) הסתפקו אם שכר מצוה/ברכה ונימ לכוס של ברכה, משמע שזה לא רק בדין כאן.

הרמב"ם והשו"ע כתבו בדיננו שחייב לשלם לבעלים כמו שיראו הדיינים, ובדין שחט ובא חברו וכסה כתבו חייב ליתן כמו שיראו הדיינים, ויש מי שהורה שהוא נותן קנס קצוב והוא עשרה זהובים, וכן הורו שכל המונע הבעלים מלעשות מצות עשה שהן ראויין לעשותה וקדם אחר ועשאה משלם לבעלים עשרה זהובים. ונחלקו בהסבר דעתם:

א. **המ"מ** הבין שאלה שתי הדעות שבר"ף וכתב שהרי"ף הכריע כדעה שהוא קצוב, משמע שהבין שהרמב"ם לא הכריע.

ב. **הש"ך** (א) כתב שמשמע **הרמב"ם סמ"ג ושו"ע** שכתבו שישלם כפי שיראה לדיינים בדין השור והאילן שהוא קנס, שאם היה דין פשוט שחייב לתת לו י' זהובים כמו שחייב ר"ג בכיסוי וכדמשמע מהפוסקים שיובאו שדין אחד לכולם, אלא שזה קנס של ר"ג לפי ראות עיניו וא"כ הכל כפי שיראו הדיינים. וכ"מ ממ"ש הרמב"ם ושו"ע לגבי כיסוי י"ש מי שהורה שהוא נותן קנס קצוב וכו' הכוונה שפסיקתנו היא כך ויש מי שהורה, וכן ממ"ש "וכן הורו שכל המונע" וכו' הכוונה אלה שהורו שנותן קנס קצוב בכיסוי הורו שזה לכל המצוות שהרי זה דין ולא קנס ואפשר ללמוד ממנו. **השלט"ג**

¹³ כתבו **היש"ש** (ב"ק ח ט) **והגר"א** (א) שלא מדובר בשור שהמית בזמן סנהדרין שא"כ אסור להרגו שצריך לדון ב23 לכו"ע, ואף ר"א שסבר בסנהדרין ב. שכל הקודם להרגו זכה זה רק 55 חיות ואפ"ה חלקו עליו, אך בבהמה כולם מודים. אלא מדובר שהמית בזה"ז. ואף בלא המית אלא הוא נחן ומועד להזיק שאסור להשהותו משום "לא תשים דמים בביתך" כדברי ר' נתן ב"ק טו: , וכן פירשו **הרמב"ם** (חובל פ"ז הי"ג "שהיה עומד להריגה מפני שהוא מזיק את הבריות") **שו"ע** ו**רא"ש** (סי יד "כגון שהוא נחני").

(לב: אות ג) כתב שמהלשון "וכן הורו" בכל המצוות נראה שדין ולכן לומדים מזה וכן הבין **הדרישה ברמב"ם וטור**, אך לש"ך לא נראה כן מהרמב"ם. וקושיית הרי"ף על מ"ד קנס שא"כ איך למד רב מזה לשור ואילן, חתני תרץ שרב לטעמו בגיטין נב. במטמא מדמע ומנסך שלומדים מקנס (ולשמואל לא לומדים, וסבר האיכא מ"ד שבר"ף שקי"ל כשמואל בדיני ולא לומדים מקנס וכמ"ש הרמב"ן בדיני דגרמי. ובשפה ס"ק א הבאתי ראיות שלומדים מקנס). **והגר"א** (ג) הוסיף שכך ניתן לתרץ את הרא"ש שהקשה מחולין מכוס ברכת המזון, שגם זה לשיטת רב שלומדים מקנס. ומכוח סוגיה זו פסק הרמב"ם כרב שלומדים מקנס וכ"כ ברפ"ז בהדיא וכן בשפה ב וכן **ברשב"א בב"ק קנז**. כדיחוי הגמ' שגם מקנס לומדים, אך **רב האי הרי"ף והרמב"ן** פסקו כרב שלא לומדים מקנס ואף שהגמ' בב"ק קנז. דחתה שתלוי בקנסומון אם לומדים מזה אבל זאת האמת וכמו שנחלקו רב ושמואל במפורש בגיטין נב. וזו הדעה השנייה שבשו"ע של יש מי שאומר שכאן זה דין.

ג. הש"ך מציע אפשרות שלכו"ע דין הוא ואע"פ שבברכה חייבו ר"ג ליתן י' זהובים במצווה אפשר שאינו נותן כך רק כפי מה שיראה לדיינים ואח"כ כתב שיש שהורה כן בכל המצוות והלשון "קנס קצוב" הכוונה שהוא כשאר קנסות שבתורה שהם קצובים והם דין תורה ולא קנס דרבנן שאינו קצוב וכן נראה **במ"מ** וכ"מ **ברי"ו** (תולדות נט"ו ח"ד לגבי כיסוי) שהביא שהרמב"ם ועוד סברו שהברכה שווה י' זהובים אבל המצווה בלא ברכה לא, ואחרים סברו שכל מצווה שווה י' זהובים וכ"פ הרי"ף. ואינו מוכרח שאפשר שהרמב"ם כני"ל. עכ"פ מה שכתבו הרמב"ם והשו"ע "ויש מי שהורה... וכן הורו" וכי קאי על כל מה שהזכירו קודם דהיינו שור ואילן ג"כ וכ"מ **ברי"ף ורא"ש** שדין אחד לכולם י' זהובים וכ"פ **יש"ש** (סי' ס) **ורשב"א ור"ן** (חולין).

וצ"ע על הטור שכתב שחייב כפי שיראו הדיינים, הרי הרא"ש פסק שדין הוא, ועוד שהוא עצמו כתב לגבי כיסוי שחייב לתת י' זהובים וכן הדין בכל מצות עשה שעליו לעשות וקדם אחר ועשאה ומנעה ממנו, א"כ מדוע כאן כתב כפי שיראו הדיינים הלא זה גם מצות עשה כדאיתא תכז ח וצ"ע. **ותרץ הדרישה** שהטור כתב ע"פ לשון הגמ' שבמקרה של השור לא נכתב כמה ובכיסוי כן נכתב.

משמעות יראה הדיינים: הסמ"ע (א ובדרישה) כתב שגודל הקנס לפי ראות הדיינים: א. כמה זה שביטלו ממנו מדקדק בשאר מצוות, שכלל שמדקדק יוגדל הקנס. ג. טרחת הקיום, שפעמים אדם מונע עצמו מהטרחה ונוח לו שאחרים יעשו.

שאר מזיק שטוען שקיבל רשות: הטור כתב אבל שאר מזיק לא נאמן לומר שקיבל רשות (גמ' כל כמיניה:). **הנמו"י** (לב): 'לא שבקתי' **והמרדכי** (רמז צו)¹⁴ כתבו שאפילו שאין עדים שהזיקו לא נאמן לומר שצוהו להזיק במיגו שלא הזיק שהיו כמיגו במקום חזקה (סמ"ע ג-שאין אדם מצוה לאחר לעשות דבר שמזיק ממונו. ט"ז וגר"א ו- אע"פ שתוס' ב"ב ה: ובסימן עח א פסקו שאומרים מיגו במקום חזקה, הכא חזקה אלימתא, והט"ז הוסיף שהיו כאנן סהדי ובאמת זה לשון המרדכי מטעם הסמ"ע) ולא נאמן. והסביר המרדכי שאם הגמ' היתה מדברת בעדים ועל זה הקשתה, היה אפשר לתרץ שאין עדים, אלא משמע אף כשאין עדים לא נאמן. וכ"פ **הרמ"א**. אמנם **הט"ז** העיר **שבמרדכי** (רמז צח) אח"כ בשם ראב"ה משמע שאומרים כאן מיגו והעמיד שיש עדים שהאילן שלו והוא קצצו שאל"כ נאמן במיגו שלא קצצתי. וצ"ע אם יש להוציא ממון נגד זה.

המרדכי הוסיף שבאין עדים שהשור שהזיק הוא של הבעלים נאמן לומר לא הזקתי במיגו שלא היה השור שלך. וכ"פ **הרמ"א**. **הקשה הסמ"ע** (ד), מניין שלא נאמן בטענת לא הזקתי בלא מיגו כשאין עדים. וגם לפני זה כתב רמ"א שאפילו יש לו מיגו לומר לא הזקתי כשאין עדים לא נאמן בטענת אמרת לי להזיקו, ש"מ שהיה נאמן לטעון לא הזקתי במקום שאין עדים אף בלא מיגו! **תירוצים**: 1) סמ"ע כתב שע"פ המרדכי עצמו הכוונה שטען "מה שעשיתי היה ברשותך" וממילא נמצא שאינו מזיק, בזה אינו נאמן בלא מיגו שלא היה שלך וכן מוכח בדרכי משה. וזו גרסתנו ברמ"א אתה אמרת לי וכו'. **הט"ז** הקשה, מדוע מועיל מיגו בזה, הרי אנן סהדי שמשקר. 2) **ש"ך** (ב, **והגר"א** ז הפנה אליו) כתב שהכוונה שטען "לא הזקתיך במעשה שלי" כגון שפטר חובותיו ואומר שבלא"ה גם לא היו משלמים ובה צריך מיגו. 3) **ט"ז**- צריך להגיה: "נאמן לומר במיגו דלא הזקתי שלא היה שלך מעולם אלא שלי הוא", כלומר אף בידוע בעדים שזה האילן של אבותיו מעולם מ"מ יכול לומר קניתי ממך ושלי הזקתי מיגו שיכל לומר לא הזקתי כלל.

2. מצות כיסוי שחיטה ושאר מצות עשה שביטל מחברו

בב"ק צא: איתא: "דתניא: ושפך וכסה - מי ששפך יכסה, ומעשה באחד ששחט וקדם חבירו וכסה, וחייבו ר"ג ליתן לו עשרה זהובים". **ובחולין פז**: איתא: "תניא אידך: ושפך וכסה - מי ששפך הוא יכסנו, מעשה באחד ששחט, וקדם חבירו וכסה, וחייבו ר"ג ליתן לו י' זהובים. איבעיא להו: שכר מצוה, או שכר ברכה? למאי נ"מ - לברכת המזון, אי אמרת שכר מצוה - אחת היא, ואי אמרת שכר ברכה - הויין ארבעים, מאי? ת"ש... א"ל (רבין): כוס של ברכה אתה שותה, או ארבעים זהובים אתה נוטל? אמר לו: כוס של ברכה אני שותה, יצתה בת קול ואמרה: כוס של ברכה ישוה ארבעים זהובים". וכגמ' פסקו **הרי"ף** (ב"ק לב:) **רמב"ם** (חובל פ"ז הי"ד) **רא"ש** (ב"ק ח טו, חולין ו ח) **טוש"ע**.

כמות הברכות בברכת המזון: התוס' (חולין) הקשו צריך לשלם י' זהובים שהרי יש ברכת הגפן. תירוצים:

¹⁴ בשם מהר"ם ד"ק סימן יג. המקרה שם באחד שהיה לו שותפות בחוב ומחל ואמר שחברו ציווה לו למחול אינו נאמן במיגו דלא מחלתי, אבל אם לא היו עדים על החוב נאמן לומר שציווה למחול במיגו דלא היה חייב לו כלום עיי"ש.

(1) תוסי' כתבו שסברה הגמ' כמ"ד (פסחים קג:) שאין צריך לברך על כוס של ברכה אלא על כוס ראשונה בלבד. **הש"ך** (ג) הקשה: א. נאמר שם "אמר ליה רבי כוס של ברכה אתה שותה או ארבעים זהובים אתה נוטל" מדקרא לו כוס של ברכה משמע שהיה מברך על הכוס, ודוחק לומר שקראה כך משום שמברכים עליו ברכת המזון. ב. בגמ' נחלקו אמוראים לגבי כוס ברכה ויקשה מרבי לאותו אמורא שסבר שצריך לברך, ודוחק לומר ששם תלמידי דרב סברו שצריך ורב תנא ופליג.

(2) **הש"ך** תרץ שחייב י' זהובים הוא רק במצווה דאוי ולא במצווה דרבנן **וכיש"ש** (ב"ק ח ס) שנראה שפטור, והטוב והמטיב ביבנה תקנה והוי מדרבנן. א"כ עם ברכת הגפן יש רק ד' ברכות. וכן מוכרח **לרי"ף ולרא"ש** שפסקו שצריך לברך על כוס ברכת המזון ובחולין כתבו שחייב מ' זהובים וא"כ א"א לתרץ כתוסי'. וכ"כ **רי"ו** (תולדות נט"ו ח"ד בשם ה"ר צמח). **הקצות** (א) הקשה, א"כ למה משלם עבור ברכת הגפן הרי גם היא רק מדרבנן ככל הברכות חוץ מברכת המזון שמן התורה, וברכת התורה לקצת פוסקים (עי' או"ח מז א בנ"כ). וכן הקשה **בארעא דרבנן** תרכז ובהג"ה כתב ליישב קצת, פת"ש א). לכן נראה שאף ליש"ש היינו דווקא במצווה דרבנן הוא שאינו משלם אבל בעד ברכה משלם אף בברכה דרבנן וכדמוכח מברכת הכיסוי שגם היא מדרבנן. וחילוקו בין מצוה דאוי לדרבנן אינו מובן כיון שמצאנו שמשלם בעד ברכה דרבנן והוא ברכת הכיסוי.

(3) **רי"ו** (מישרים דיני נזיקין נל"א סו"ד) כתב ברכת הגפן אינה מן המניין כי היא ברכת הנהנין. **הש"ך** כתב לפי"ז הטוב והמטיב מן המניין וגם בזה מתורצים הרי"ף והרא"ש.

מצוה בלא ברכה: הרי"ן כתב שבשכר מצוה גם משלם עשרה זהובים ונאמר בגמ' שכר ברכה כי אם יש הרבה ברכות משלם לפי כמות הברכות. **הלחם המודות** (חולין ו ח) הקשה א"כ בכיסוי דרי"ג היה צריך לשלם עשרים זהובים שיש גם מצוה וגם ברכה וצ"ע. **הש"ך** (ג) כתב שכר"ן מוכח בגמ' ב"ק ותוסי' והרבה פוסקים שכתבו במפורש שבשכר מצוה גם משלם י' ובכיסוי לא משלם אלא י' וכ"כ **היש"ש** (ב"ק ח ס), והטעם בכיסוי שהוא רק י' זהובים ולא כ', שכיון שא"א לברכה בלא המצוה אין משלם על המצווה.

דנו הפוסקים על מצוות נוספות: א. מילה- כתב **הרא"ש** (חולין) **ורי"ו** (נל"א ח"ד צט ע"ג) שכשהאב רצה למול ואחר גזלה חייב, אך אם אמר למוהל למול וקדם אחר פטור משום שכשהאב לא רוצה למול המצווה על כל ישראל למול ובדיבור שאמר האב למוהל לא זכה במצווה לחייב אחר אם קדמו. וכ"פ **הרמ"א**.

ב. שחיטה- **הפרישה** דן מדוע הגמ' הביאה דוגמא בכיסוי ולא בשחיטה, ותרץ: א. הכוונה שאף בכיסוי שאין ברור שהיה השוחט מקיימו לולא שחברו קדמו שאולי היתה הרוח מכסה ולא היה הוא מכסה ואפ"ה בקדם חברו וכיסה חייב ב. שחיטה אינה מצוה מחויבת אלא רק אם רצה לאכול ולכן אם קדם חברו לא חשיב חוטף משא"כ כיסוי שברגע ששחטו חייבים לכסות. ולפי"ז גם ברי"ת שלקמן שאמר יביאו תרגולת לשחוט וכו' הכוונה לשחוט ולכסות. וזה יותר נראה **ובסמ"ע** (ה) הביא רק תירוצי זה.

ג. שאר מצוות- **הרמב"ם וטושו"ע** כתבו שה"ה בכל מצוות עשה שעליו לעשות וקדם אחר ועשה ומנע זה מלעשותה חייב לתת עשרה זהובים. ועיין לעיל אם הוי ממווןקנס.

פתרונות נוספים: ר"ת (תוסי' ב"ק יוחייבו', רא"ש חולין) כתב שבאחד שקראו ש"צ לקרות בספר תורה ואחר קדם וקרא שפטור מטעמים: (1) יכול לתת לו תרגולת לשחוט ויברך על שחיטה וכיסוי תחת אותם שתי ברכות שהפסיד. ר"י (תוסי' ב"ק תוסי' (חולין יוחייבו') **רא"ש** (חולין) **ורבינו חזקיה** (טור י"ד כח) חלקו שא"כ למה חייבו ר"ג י' זהובים. והוסיפו שזו כבר מצוה אחרת, והמצוה קודמת אבדה ומעוות לא יוכל לתקון. (2) משום שיענה אמן וגדול העונה אמן יותר מהמברך. הרא"ש ורבינו חזקיה כתבו שלטעם זה אף אם תפס מפקין מיניה, ואם לא ענה אמן הפסיד את עצמו. (3) בזה"ז לא נוהג ולפי"ז מועיל תפיסה, ועיין בהמשך.

מתי אמן פוטור: ע"פ ר"ת, ודברי הרא"ש לגבי מילה, דנו הפוסקים מתי מועיל לענות אמן:

(1) **הסמ"ע** (ז, פרישה י"ד כח מ) כתב שחילוקו של הרא"ש בין אב שרצה למול לאחר שאמר לו האב למול, שעל האב מוטלת המצווה ולכן אף שהאב יכול לענות אמן אחר המברך מ"מ המצווה מיוחדת על האב ולא פוטרים האחר מכוח עניית אמן בכה"ג, משא"כ באחר שאמר לו האב. ואמן פוטור רק במילה שנתקנה בציבור ובקול רם שבזה ודאי ישמע הברכה, משא"כ בברכת השחיטה, ובה הפטור נובע מדלא רמיא עליה דאינשי מצוה זו וכדעיל.

הש"ך (ד) הקשה: א. אין מסתבר לחלק בעניית אמן בין האב לאחר. ב. מוכח **ברי"ו** שהוא מקור הדין שכשיכול לענות אמן אף באב שמוטלת המצווה עליו פטור שכתב על כל המקרים כולל האב שע"י אמן נפטר. וכן מוכח **ביש"ש** (ב"ק ח ס) שאין חילוק בין אב לאחר. ג. **המעדני מלך** (חולין ו אות ה) ו**הפרישה** עצמו כתבו שבכיסוי דרי"ג המברך בדרך בשקט שכך הדרך ולכן חייבו המכסה ולא פטרו מטעם הברכה, משמע שאם בדרך בקול היה פטור משום שהיה לו לענות אמן, ושם מצות כיסוי מוטלת עליו כמו מילת הבן על האב שכתבו "ושפך וכיסה- מי ששפך יכסה".

(2) **הש"ך** אומר שהטעם **כעיר שושן** (הפרישה דחאו מכוח י"ד שכתב שאמן פטור ומ"מ באב חייב) שהחילוק בין אב לאחר שעל האב מוטל מן התורה המצווה. וכשלא רצה האב ונתן לאחר וחטף פטור מהאבא שלא לקח לו המצווה ומהאחר שלא זכה במצוה שאף קניין מהאבא לא מועיל בזה. וכן מבואר **ברא"ש** (**וברי"ו** שהעתיקו) שכתב שמתחילה ר"ת רצה לפטור משום שלא גובים בזה"ז ועוד שהיה לו לענות אמן ואח"כ הוסיף שגם בלא טעמים אלו נראה לפטור המוהל כיון שאינו דומה לכיסוי הדם המוטל על השוחט ולאב שרוצה למול שחייב אבל כאן שכל ישראל חייבים בדיבור

לא זכה במצווה, ובתשובה (כלל יב ג, יו"ד רסד רמ"א) מבואר שגם קניין לא מועיל שהוא קניין דברים. ומה שכתב הטור שפטור מטעם שהיה לו לענות אמן משמע שבלא זה חייב, כבר כתבו **הב"י והפרישה** שאינו מהטור ואחד הוסיפו, שפטור בלא"ה וכרא"ש שלא זכה האחר, ואם היה רואה הסמ"ע את הרא"ש היה מסכים וכ"פ **היש"ש**. ו**הרמ"א והלבוש** שאמרו שבחטף מהאבא חייב, הם דיברו במקרה שלא היה יכול לענות אמן כגון שדחפו או שבירך בשקט וכה"ל.

היש"ש דחה אפשרות זו שבר"ת שבכיסוי דר"ג כיסהו בלא דעת חברו ואמר הברכה בנחת שלא ישמע חברו או שדחפו ממנו שלא היה יכול לשמוע, כי הגמ' דיברה בסתמא בלא חילוק ומסתמא בך כדרך המברכים ופשוט שלא מדובר ברשעים שמנע חברו מלענות.

3) **היש"ש** כתב שאמן מועיל דווקא בכעין ברכת ספר תורה ותפילה שמנע ממנו רק הברכה, אך בכיסוי הדם ומילה אף שענה אמן וגדל העונה חייב מכיון שביטל ממנו גם מצוה שאין הברכה בה מעכבת ומצוה לבד ג"כ חשוב י' זהובים כנ"ל, ואף שלא אומרים מצוה לחוד וברכה לחוד לענין י' זהובים מ"מ על מצוה לבד ג"כ דנים ב"י זהובים כמו שור ואילן. ולכן נראה שאם תפס בזה"ל י' זהובים לא מוציאים ממנו, ולמרות שכן פסק אילן גדול ונתלו בו עמודי עולם **התוס'** **הרא"ש מה"ר חזקיה המרדכי** (חולין) ו**הר"ן**.

הש"ך דחה דבריו והסכים לראשונים: א. הרי בגמ' הסתפקו בדברי ר"ג אם שכן מצוה הברכה ופשוט ששכר ברכה מברכת המזון בעובדא דרבי שהיה מ' זהובים, אלמא שאע"כ שבכיסוי ומילה יש ברכה ומצוה מ"מ עיקר החיוב הוא על הברכה. ב. מה בכך, ס"ס כיון שהעונה אמן גדול מהמברך ונוטל שכר י' זהובים א"כ הרי זה שקדם ומל לא הפסידו כלום שהרי מ"מ יש לו ה' זהובים ולמה יחייב. א"כ יוצא ע"כ שבכיסוי דר"ג לא היה חברו יכול לענות אמן ולכן שילם י'. ואינו דוחק שנכון שלא מדובר ברשעים כמ"ש המהרש"ל שאמר בכוונה בנחת שלא ישמע חברו או שדחפו אלא מדובר שעשה הברכה לפי תומו בשקט וכ"כ **במעדני מלך ובפרישה** שמה שפטר ר"ת במוהל משום שבמילה מברך בקול רם וכדשלה רב צמח גאון שבמקום שאפשר עושים בעשרה אבל בכיסוי הדם דרכו לברך בשקט.

* **המעדני מלך** הקשה על פטור ר"ת משום שהיה לו לענות אמן, שהרי אמרו **בברכות נג': ובנדרים סו'** "אמר ליה רב לחיאיא בריה: חטוף וברך" (כשמושיטין כוס ברכה תחזר לקבלה ולברך) ומה בין ברכה לעניית אמן, א"כ רואים שרב לא סבר כן. ודחק וכתב **שרש"י** (חולין) שפירש שכר ארבע ברכות שעונה אחריהם אמן לא סבר כר"ת שגדול העונה וכו'. ודחה **הש"ך** שאדרבה אף לרב מוכח כן שהרי אמרו שסבר כתנא שאמר "אחד המברך ואחד העונה מן במשמע, אלא שממהרין למברך יותר מן העונה אמן", א"כ אף לדעתו יש לעונה שכר כמברך, אלא שנחלקו אם ממחרים למברך תחילה. א"כ פשוט שדין ר"ת אמת ומוכרח ולכו"ע פטור, וא"א שיחלוק רש"י על זה. וכוונת רש"י משום שלשון רבי שאמר לאותו מין כוס של ברכה אתה שותה לא משמע שהמין יברך שא"כ היה לו לומר ברכת המזון אתה מברך וכן משמע במפורש **בתוס'** שכתבו בשתייה לחוד לא היה לו שכר אלא רצה לדחות המין ע"ש וכן מסתמא רבי לא היה נותן למין לברך על סעודתו, אלא ודאי כך אמר לו כוס של ברכה תשתה עמנו וא"כ כי אמר לו מ' זהובים היינו שכר ברכות שעונה המין אמן, וא"כ אדרבה רש"י סבר כר"ת.

סיכום: 1. הסמ"ע סבר שאמן מועיל רק בברכת מילה וכמותה שנתקן ברבים ומברך בקול. 2. **הש"ך** סבר שתמיד עניית אמן מועילה כששומעים הברכה. 3. **היש"ש** סבר שעניית אמן מועילה במקום שיש רק ברכה ללא מצוה, אך כשיש גם מצוה אינו פוטר. 4. **המעדני מלך** כתב שרב ורש"י סברו שאמן לא מועיל כלל. אך **הש"ך** דחה.

י' **זהובים דווקא בברכה שבפני אחרים: הש"ך** (ד) כתב שרגילים לומר שהמכבד חברו בברכת המזון מכבדו במ' זהובים וכן שמעתי בשם כמה גדולים, וכ"כ **בשלט"ג** (ב"ק לד.) שמי שהזמינוהו לברך ברכת המזון ובא אחר וחטף וברך חייב לתת לו מ' זהובים וכמבואר בחולין. וכ"כ **רי"ו** (מישרים ונל"א סו"ח ד) גזל מחברו חייב לתת לו י' זהובים ובכוס של ברכה מ' זהובים, וכן כוונת הגמ' בחולין, ודחק לומר שכוונתה שני"מ למי שמברך ברכת המזון אם יש לו שכר מ' זהובים ולא קאי על חטיפה, שלשון מאי נ"מ לא משמע כך. **אך קשה**, שכבר נתבאר שהעונה אמן גדול מהמברך ולכן פטורו ר"ת הרא"ש המרדכי ורש"י כשקדם ומל שהיה לו לענות אמן וכדלעיל ופירשתי שצ"ל שבכיסוי דר"ג בך בנחת, אבל בברכת המזון אם לא היה זה מכבדו והיה עונה אמן היה ג"כ מ' זהובים, וא"כ כיצד נמצא שכשחטף מחברו יחויב במ' זהובים. וגם **רי"ו** עצמו כתב זולתי בשיכול לענות אמן, אלמא שפטור כשיכול לענות וא"כ כיצד חייב מ' זהובים בברכת המזון שמברכים בקול רם, ואף אם תאמר שהחוטף עשה שלא כדין וברך בנחת, הרי הנחטף חייב לברך ג"כ בפניו כיון שאין חברו מוציא וא"כ הרי יש לו המ' זהובים שלו (נראה לי שלמ"ד שמברך על הגפן יש לו רק ל' כי לבד לא יברך על הגפן). ונראה שאין לאדם שכר ברכה י' זהובים אלא על ברכה שמברך בפני אחרים אבל בינו לבין עצמו לא. וא"כ בגמ' ושלט"ג ורי"ו מדובר בעניין שלא יוכל לענות אמן כגון שחטף מחברו כוס ברכה ודחפו חוץ לבית וסגר בפניו עד שברכו והלכו להם וכה"ל וא"כ אף שזה יברך אח"כ לעצמו כיון שיברך בינו לבין עצמו לא יהיה לו שכר י' זהובים על הברכה. ולפי"ז בכיסוי דר"ג צ"ל שחייבו על הברכה לפי שהשוחט רצה לברך בקול רם בפני אחרים וזה קדם וברך בנחת. ולפי"ז מה שרגילים לומר אינו, שאין מכבדו בכלום כיון שבלא"ה יכול לענות אמן. ואפשר שר"ל שמכבדים מה שממהרים לשלם למברך תחילה וכמ"ש לעיל ועדיין צ"ע.

ובברכת ספר תורה כתב **הרא"ש ומרדכי** בשם **ר"ת** שפטור ע"י עניית אמן, ו**היש"ש** כתב שעתה שקונים המצוות בדמים אם קנה אחד עליה וקדמו אחר חייב לתת לו י' זהובים אם תפס ואין דבריו מוכרחים.

חיוב זהובים בזה"ל: כתבו **ר"ת** (תוס' ב"ק 'וחייבו') **הרשב"א** (ב"ק 'וחייבו', חולין 'ומיהו') שלא מגבים זהובים בבבל שכן נאמר בב"ק פד: שלא עבדין שליחותיהו בדבר שאינו חסר ממון, אך אם תפס לא מוציאים ממנו. וכ"כ **ריב"ש**

(תקן) בשם הרשב"א והאחרונים **והטור** (יו"ד כח) שאין גובים זאת בזה"ז. הרשב"א (חולין) כתב שמשום שאם תפס לא מוציאם כתבו הרי"ף גם לזה"ז. וכ"פ **השו"ע** שבזה"ז אין מגבים ואם תפס לא מפקינן מיניה. **והגר"א** (ח) כתב שזה כסברה האחרונה של תוס' הנ"ל בלבד (שלסברה שהיה יכול לענות אמן אם תפס מפקינן מיניה), וכ"כ תוס' בחולין ולכן נ"מ לתפס. וכן משמע ברא"ש שברמ"א לגבי המילה שכתב שכשהאב ויתר לא זכה המוהל בדיבור משמע שאם היה זוכה היה חייב החוטף ולמאי נ"מ בזה"ז אם לא לתפיסה.

בסמ"ק (שחיטה קנו- ט"ז, הגהות מימוניות שחיטה פ"ד- דר"מ יו"ד כח) כתב שמ"מ לא טוב עשה וצריך לפייסו.

עיי' **ביש"ש** שהובא לעיל שכתב שנראה לו כן לחייב בזה"ז על מצוה כמו באילן.

אחד שהיתל בחברו: החת"ס (חו"מ קעו, פת"ש ג) כתב לגבי שוחט שהיתל בחברו שהזמינו למול בנו ונסע כמה זמן בשביל כך ובסוף הייתה נקבה והיה לצחוק, שיש כאן: א. דין אונאת דברים (ס' רכח ד): "היו חמרים מבקשים לקנות תבואה לא יאמר להם לכו אצל פלוני והוא יודע שאין לו למכור" ב. גם דיני ממונות (שלד ד) לגבי שוכר מלמד לבנו שאם הבן רגיל בחולין והמלמד לא ידע כגון שאינו מהעיר שנותן לו שכרו משלם שיותר נוח למלמדים ללמד מלישב בטל, וגם כאן יותר נוח למול ולקבל שכר שמים של פסיעות מלישב בטל וא"כ צריך לשלם לו שכרו משלם, ושכר מילה עשרה זהובים ושכר פסיעות א"א לשער. ג. אמנם בזה"ז אין גובים וחזר הדבר למ"ש בסימן א ה-ו שאף שאין דנים דיני קנסות אפשר לנדות, ואף שאין רשות לנדות אמנם מהדין המבואר ביו"ד (שלד ו ברמ"א ובש"ך ס"ק יט) פשוט שיכולים להעבירו מאומנותו שהיה שוחט עד שיפייס את האיש הנ"ל בכל מה שראוי לפי הנ"ל, ולקבל תשובה על חוצפתו ולא של אונאה, ועד אז אני מסכים להעבירו אם קיבלו ביו"ד טענת ב' הצדדים, ע"ש.

שליחות למילת האב: הש"ך (ד) כתב **שמהרא"ש** מוכח שמוהל אינו רשאי לתת בנו לאחר למולו וחייב בעצמו למול כמו בכיסוי שהשופך יכסה. וכן משמע **מהרמב"ם** (ריש מילה) שמצות עשה זו מוטלת על האב תחילה. וכן משמע מפשט הגמ' קידושין כט. "האב חייב בבנו למולו מנלן דכתיב וימל אברהם את יצחק בנו והיכא דלא מהליה אבואה מחייבי בי דינא לממהליה...". והמכבדים אחרים למול מבטלים מצות עשה גדולה של מילה ויש לבי"ד לבטל מנהג זה.

בתבואות שור (ס' כח ס"ק יד) הקשה: א. לא ברור הראיה מהרא"ש וכי לא ידענו שהמצוה על האב וכן בכיסוי מי ששחט יכסה ואעפ"כ יכול לעשות שליח ששלוחו של אדם כמותו. **הקצות** (ב) כתב שכן מוכח ברא"ש שלא מועיל שליחות במצות מילה שעל האב. שאם נאמר ששליח של אדם כמותו בזה א"כ כמו שבאב עצמו שרצה למולו ובא אחר וקדמו שחייב לשלם עשרה זהובים ה"נ בנתן לשלוחו כיון שהוא כמותו ומצוותו עליו נתקיים ע"י שלוחו ועתה שבא אחר וקדמו ואינו שלוחו הרי ביטל מצוותו ובדין שישלם עשרה זהובים. על כרחך שלא מועיל שליחות במצות האב למולו ולכן בנותנו לאחר וקדם אחר פטור שאינו מפסיד לאב כיון שאינו שלוחו בזה ואת האחר גם לא הפסיד כיון שטרם זכה בה.

ב. בדרכי משה (יו"ד רסד א) הביא **אור זרוע** (הל' מילה ס' קז) שכתב שבאב מוהל אסור לכבד אחר ותמה שקי"ל בכל מקום ששלוחו של אדם כמותו. **הקצות** תמה על הרמ"א שכתב כרא"ש שאם נתנו לאחד למולו ובא אחר וקדמו פטור, והרי סבר ששלוחו כמותו א"כ מה לי שהאב בעצמו רצה למולו או נתנו לשלוחו שעדיין מצוותו נתקיים ע"י שלוחו כמותו, וכשבא אחר וקדמו שאינו שלוחו ולא הוי כמותו הפסיד מצות האב. ואפשר שכשגילה כבר האב שרוצה לעשותו ע"י שליח א"כ בקדמו אחר הוי שליח דאב. ומה שאמרו בחולין יב. שהאומר לשלוחו צא ותרום לי ושמע אדם אחר והלך ותרם אין תרומתו תרומה שהי' תורם שלא מדעת י"ל ששם שאני וכמ"ש **בתרוה"ד** (קפח) משום שדעת בעה"ב ששלוחו דווקא יתרום משום שידע ומכיר באיזו מידה רגיל בעה"ב לתרום בעין יפה ובינוניתורעה, וכן אם דרכו לומר "כלך אצל יפות" וכו'. א"כ כאן שפיר מתקיים שליחות ע"י האחר שקדמו. אך כשהאב רוצה למולו ומשום שמצוה בו יותר מבשלוחו קפיד לעשות בעצמו אז אין האחר שקדמו נעשה שלוחו כלל. ועיי' **במל"מ** (בכורות פ"ד סוה"א) שאם גילה לאחד לעשות איזו פעולה ובא אחר ועשה שהי' שלוחו ע"י. אמנם נראה שאף במקום שאין קפידא אינו שלוחו אם לא עשאו בפירוש מגיטין סו: באומר לשנים כתבו ותנו ט לאשתי ואמרו לסופר כתוב תצא ואמרו בגמ' משום שמילי לא מימסרי לשליח, ושם ודאי אין קפידא כלל וכמ"ש תוס' (והאמר) שאם משום בזיון הבעל א"כ אפילו נימי מילי מימסרי לשליח גם לא יכול להשוות שליח שלא מדעת בעל כיון שמקפיד, וכיון שאין קפידא נהי דמילי לא מימסרי לשליח ולא הוי שליח של העדים מ"מ שיהיה שליח הבעל עצמו כיון שכבר גילה לאדם לכתוב לו הגט. ואין לומר שגט שאני שצריך שישמע קולו של הבעל, שהרי אם נאמר שבגילה לאדם לעשות לו הפעולה רשאי גם האחר לעשות שליחותו א"כ הוי ליה כשמיעת קולו. ומה שכתב בשו"ע (אבה"ע לה ד) שאף בלא מינהו שליח במפורש אלא שגילה דעתו שחפץ באישה פלונית ואמר לו לשדכה והלך השדכן וקידשה בלי מינוי שליחות שמקודשת והוא **מהרא"ש** (קידושין ב ז) ומשמע מזה שאפילו אדם אחר וכמ"ש **תרוה"ד** (רלז) בשם **אור זרוע** (ס' תשס"ד) בשם **רבינו שמחה**, נראה ששם מטעם זכיה כיון שגילה דעתו שחפץ באישה פלונית וזכין לאדם שלא בפניו, וכתבתי (רמג ס"ק ח) שזכיה לא שייך אלא במה שזוכים לו מעלמא בדבר חדש אבל דבר שהוא של הבעלים לא שייך בו זכיה אלא שליחות, א"כ בדבר שליחות במקום שלא שייך זכיה לא נעשה שליח אלא זה שמינה במפורש ולכן לגבי גט שלא שייך זכיה אלא שליחות וכיון שמילי לא מימסרי לשליח לא נעשה שלוחם ושליח הבעל גם לא הוי ממילא. וכן במצות האב למולו לא שייך זכיה אלא שליחות. ועוד שראינו שמקפידים אנשים הרבה לכבד אוהבו וקרובו וא"כ אחר שקדמו לא הוי שלוחו כלל (ועיי' אבני"מ לה ס"ק ח). ולגבי קושיית הדרכי משה שבכל מקום קי"ל שלוחו כמותו, נראה לפי **תוס' רי"ד** (קידושין מב: "שאני") שהביא שמקשים שלכל דבר מצוה יועיל שליח ויאמר אדם לחברו שם בסוכה והנח תפילין עבורי ואינו שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו איך יפטר ע"י שליח ואינו עושה כלום בוודאי בקידושין וגירושין מועיל כי הוא המגרש ולא השליח שכותב בגט אני פלוני פטור פלונית וכן האישה מקודשת לו והיא אשתו וכן בפסח הוא אוכלו ועל שמו ישחט ויזרק הדם אבל בסוכה יכול אמנם לומר לשלוחו עשה לי סוכה אבל הוא צריך לשבת בה ואם ישב בה חברו לא קיים הוא כלום וכן לולב ציצית וכל המצוות. וקבע לי מזוזה במנחות לג. (גם משם הוכיח התבואות שור) הוי כעושה שליח לעשות לו סוכה והוא יושב בה כך במזוזה

הוא הדר בבית שיש בו מזוזה, אבל במצות כיסוי שהתורה הטילה על מי ששפך אם מכסהו שלוחו לא קיים הוא כלום וזה גם טעם מילה שדומה לתפילין וסוכה וציצית שאינו בשליחות.

ג. אל תשיבני מיבמות מ. לגבי "מצות תאכל במקום קדוש" שקמ"ל שלא תאמר רצה כהן העובד אוכלה רצה כהן אחר אוכלה, שאני שם שכבר כתוב "ואכלו אותם" וגו' ומשם משמע שכהן מחויב לאכול ומסתמא המצווה מוטלת על הכהן העובד שהרי עובדתה היינו אכילתו כמ"ש בב"ק קט: ולכן שנו בו לעכב וכו'. **הקצות** כתב שאינו צריך לזה שוודאי בדבר של אכילה שצריך שיאכל כדרך הנאתן ואם שלוחו אוכל אין לו הנאה וכבקיודשין מג. אף למ"ד יש שליח לדבר עברה מודה באומר צא ובעול ערוה שלא מצאנו זה נהנה וזה מתחייב עי"ש וה"ה באכילת חלב שאין המשלח חייב וה"ה באכילת מצה לא שייך שליחות.

ד. עוד ראייה מיבמות לט. "מצוה בגדול ליבם" ואפ"ה אי בעי שאחד ייבם את קצתם הרשות בידו וכדאיתא ביבמות מג: "אם רצה הגדול לייבם את כולם הרשות בידו" אלמא שאי בעי שאחד ייבם את קצתם רשאי. וכן מוכח שם לט. דתנן "לא רצה מהלכין אצל האחין". **הקצות** איך עלה בדעתו שאחד ייבם הוא מטעם שליחות, והרי אף בחליצה אמרו ביבמות קו. רש"י 'על מנת' שאין בו משום שליחות ומכ"ש ייבום, ובכתובות עד. הקשו והרי ביאה שאינה בשליחות ואפ"ה מועיל בה תנאי ועי"ש. אלא כיון שהגדול אינה רוצה מחזירים על שאר האחיים ואפילו אם הגדול אינו רוצה שייבמו אחד מאחיו ומשום שיבום הוא בכל האחיים ומצוה בגדול ואם לא רצה הרי מצוותו היא בשאר האחיים.

סיים **הקצות**, שגם **בכלבו** (ברכות הריח, סוף הספר) כתב בשם י"א שכל מצוה שא"א לעשותה ע"י שליח והיא להבא כגון ציצית ומקצת הברכות מברך בלמד, וכל מצוה שאפשר לעשות ע"י שליח כשחיטה וביעור מברך בעל כו' וכיסוי הדם שא"א לעשותו ע"י שליח ומברך בעל כו'. נראה שגם סבר שבכיסוי הדם לא מועיל שליחות וה"ה במילה. וכיון שבאור זרוע כלבו וע"פ הרי"ד נראה שבכיסוי לא מועיל שליחות ולדברנו גם ברא"ש מוכח כן א"כ מי שיכול להיות מוהל בעצמו ראוי לו לעשותו בעצמו מלבד מציצה שאינה אלא לרפואה בזה יכול לכבד אחר.

כבוד קטן למול: הקצות (ב) כתב שראה שבקצת מקומות מכבדים לקטן במצוות מילה. נראה שכשהאב ישנו למולו שמצוותו עליו הרי מה שמכבד לאחר הוא משום שליחות וכמ"ש **בדרכי משה** ששליח אדם כמותו, וכיון שקטן אינו בתורת שליחות א"כ אינו נעשה מצות האב כלל. ואף כשאין האב יכול למולו מתקיים מצוותו ע"י שליחות כמ"ש דרכי משה, א"כ אינו רשאי לכבד אלא לגדול שישנו בשליחות. **והשו"ע** (יו"ד רסד א) שכתב שהכל כשרים למול אפילו עבד אשה וקטן הכוונה שכיון שהם ישנם במצות מילה לא יצטרכו לחזור ולהטיף דם ברית, שכשמל מי שאינו במצוה זו חייבים לחזור ולהטיף ממנו דם ברית וכמ"ש **הב"י** (שם 'ומ"ש רבינו בשם סמ"ג') או במקום שהאב לא קיים, אבל כשישנו לאב שהוטלה המצוה עליו כדכתיב "וימול אברהם" וכו' וצריך לעשות שליח במקומו קטן אינו בשליחות. ואף בהגיע קטן לכלל שנים לא מועיל עד שידוע שהביא שערות כי בדבר שמן התורה צריך בדיקה כמו בכתובת סת"מ וגיטין (ע' מג"א או"ח לט ס"ק א). לכן ראוי להיזהר עכ"פ במקום שישנו לאב אף שלא יכול למול בעצמו שלא לכבד רק לאיש הידוע בגדלות שאז מתקיים מצוותו לפי מ"ש הרמ"א ע"י שלוחו כמותו.

מסיכומי אריאל שטראוס הי"ד

סימן שפג

דין אדם המזיק לבהמת חבירו, ובו ה' סעיפים.

סעיף א

הניח גחלת על לב שור חבירו כשהוא כפות, ונשרף; או שדחפו לים, חייב. ואם הניח גחלת על לב חבירו ונשרף, יתבאר בסימן תי"ח.

בב"ק כז. איתא: "ואמר רבה: הניח לו גחלת על לבו ומת - פטור, על בגדו ונשרף - חייב. אמר רבא: תרוייהו תננהי; על לבו, דתנן: כבש עליו לתוך האור או לתוך המים, ואינו יכול לעלות משם ומת - חייב, דחפו לתוך האור או לתוך המים, ויכול לעלות משם ומת - פטור; בגדו, דתנן: קרע את כסותי שבר את כדי - חייב, על מנת לפטור - פטור. בעי רבה: הניח גחלת על לב עבדו, מהו? כגופו דמי או כממונו דמי? אם תמצא לומר כגופו דמי, שורו מהו? הדר פשטה: עבדו כגופו, שורו כממונו." עפ"י פסקו **טושו"ע** שאם הניח גחלת על לב שור חבירו ונשרף או שדחפו לים או לאור חייב כאילו עשה כן לבגד חבירו. אך אם הניח גחלת על לב עבד חבירו ונשרף פטור שהיה לו לסלקה.

כפות: **רש"י** (כאן וסא): 'והיה' באיכא דאמרי, גר"א תיח לט כתב שסא כתבו הרשב"א ונמו"י שחילקו בין על ליבו לבין היה אש לידו ולכן קאי בשיטה זו) **והרמב"ם** (חובל ומזיק פ"ד כב) כתבו שמדובר באינו כפות ואעפ"כ בשור חייב שאין בו דעת להסירו.

רשב"ם (תוס' כב: 'והיה', טור תיח) **ראב"ד תוס' רא"ש** (ס' יז) **וטור** (כאן, תיח יד) כתבו שמדובר בכפות שהשור לא יכול לנער, ואעפ"כ בעבד פטור כי האדון לידו ואמור להצילו כי חייב בקצת מצוות, אבל בממונו סמך על שיקבל כסף. ואם אינו כפות אפילו בשור פטור, משום שיכול לנער הגחלת מעליו ויש בו דעת לברוח מהאש (ומזל הניזק גרם שלא ניערו, **לבוש**). ובדחפו לים כתב הטור שחייב אפילו בשור שאינו כפות, והסבירו **הב"י** **והפרישה** שבזה אינו שייך הטעם. **הט"ז** (תיח) הקשה מדוע שור גרע מעבד הרי קי"ל (רעב) שצער בע"ח דא"י כמו שסומך עצמו שלא יניח הרב לשרוף עבדו ה"ה שלא יניח הרב בהמתו ויעבור על איסור דא"י של צער בע"ח וצ"ע.

השו"ע כאן כתב שמדובר בשור כפות ובסימן תיח בדיני האש לא כתב שמדובר בכפות. **הסמ"ע** (א-ב) כתב שפסק שצריך כפות, וסמך שם על מה שכתב כאן. ובדחפו לים מיירי אף באינו כפות, והשלים דיני העבד. **באר הגולה** (ב) לעומתו כתב שפסק שאין צריך כפות, וכאן זה טעות שכתב כן, שאם לא כן היה מזכיר שם שצריך כפות.

עבד קטן: **הנמו"י** (יב, דר"מ ובי"ח) כתב שמדובר דווקא בעבד גדול שפטור, אבל עבד קטן דינו כשור. **הסמ"ע** (תיח כח ודרישה שם) **הב"ח** (תיח) **והגר"א** (תיח לט) כתבו שזה מתאים לדעת רש"י שכתב שבעבד פטור שהיה לו דעת לסלקה א"כ עבד קטן אינו בר דעת לסלקו הוי כשורו וחייב, אבל לתוס' ורא"ש שאף בשור שאינו כפות פטור שדרכו לברוח מהאש ה"ה בעבד קטן פטור וכיון שבעבד כפות אם רבו אצלו פטור משום שעבד חייב במצוות ודאי רבו יסירנה מעליו עבד קטן נמי פטור שיגיע לחיוב מצוות כשיהיה גדול (והט"ז) תיח כתב זאת כקושיה על הרמ"א שחילק בעבד קטן מדוע הרי יגיע למצוות). **הסמ"ע** העיר שבאמת **הרמ"א** (תיח יח) כתב על דברי השו"ע שלא הזכיר כפות ש"א שעבד קטן דינו כשור ואח"כ הביא השיטה שצריך כפות שלשיטתם אין חילוק בין עבד גדול לקטן ובשניהם פטור בין לא כפות בין כפות ובעליו עמו וקיצר הרמ"א שלא הביא דין העבד וכשאין בעליו עמו חייב אם הזיקו ואם הרגו חייב על מיתתו ופטור מנזקו ולנמו"י אפילו בעליו עמו אם הרגו חייב. אמנם קצת קשה שהשו"ע ע"כ מיירי בכפות וכמו בשפג וא"כ כיצד כתב עליו הרמ"א דין עבד קטן ואפשר שמ"מ כיון שהשו"ע לא כתב כאן כפות כתב עליו הרמ"א כן. ועי"ש.

סעיף ב

שור שעלה על גב שור להורגו, ברשות הניזק שהוא בעל התחתון, בין שהיה תם בין שהיה מועד, ובא בעל התחתון ושמט את שורו להצילו, ונפל עליון ומת, הרי זה פטור. דחפו לעליון ומת, אם היה יכול לשומטו ולא שמטו, הרי זה חייב. ואם לא היה יכול לשומטו, הרי זה פטור. הגה: וכן ראובן שלקח כלי של שמעון וסמך בו חביתו של י"ן שלא יפול, ובא שמעון ונטל כלי שלו ונשבר חביתו של י"ן, שמעון חייב, דה"ל לסמכו בדבר אחר (תשובת הרא"ש כלל ק"א סימן ג').

בב"ק כז. נחלקו אמוראים אם במקום שאין הפסד אדם עושה דין לעצמו, לרב יהודה אין אדם עושה דין לעצמו ולרב נחמן אדם עושה דין לעצמו. על זה איתא **בבב"ת** "ת"ש: שור שעלה ע"ג חבירו להורגו, ובא בעל התחתון ושמט את שלו ונפל עליון ומת - פטור; מאי לאו במועד, דליכא פסידא (שאם ימות ישלם לו כל נזקו מהעליה)! לא, בתם, דאיכא פסידא (שאם ימות ישלם לו רק חצי נזק מגופו). אי הכי, אימא סיפא: דחפו לעליון ומת - חייב; ואי בתם, אמאי חייב? שהיה לו לשמטו ולא שמטו."

רשות השור הניזק: **הרמב"ם** (חובל ומזיק ו ו) **ושו"ע** הוסיפו שמייירי ברשות השור שהיה אמור להניזק, וכתב **המ"מ** שאם היה ברשות העליון היה חייב בהשמטתו. והסבירו **הב"י** שדעת הרמב"ם בפרק ו לפטור המזיק ברשותו אף כשהניזק

הכניס שם כליו מדעתו. וכן נאמר בשעט ב, ואף ששם מיירי באדם המזיק שלא בכוונה כששמו בחצרו כלים שיכול לשברם בדרך כניסתו ויציאתו י"ל ששור בכוונה שעולה על שור אחר דומה לזה ופטור ברשותו וממילא אם הזיקוהו הוא שלא כדין וחייבים על כך. וכתב **הדרישה** אבל זו סברה רעועה שאם זה ברשות הנזק אדם יראה שורו ניזק ולא יהיה לו רשות להצילו במאי דאפשר ואפשר שלכן **הטור** שמטו. **ובסמ"ע** (ג) הוסיף שגם בשעט **הטור** חלק בזה על הרמב"ם.

הלכה: פסקו **הרמב"ם וטושו"ע** (גירסת ב"י ופרישה) שמדובר בין בתם בין במועד. יש גרסה בטור שלא גרסה כן **ובכנס"ה** (הגב"י א) כתב שסבר שלרב נחמן שקי"ל כוותיה מדברת הברייטא במועד דווקא, ובתם שיש הפסד בהול עליו כמ"ש **תוס'** ויפטר אף ביכול לשומטו. מ"מ **הב"ח** כתב שכך מצא בדפוסים מדויקים.

סמ"ע (ו ובפרישה) כתב שדווקא כשדחפו בידיים יש חילוק אם היה יכול לשומטו בנחת ולא בכוח, אך כשנוטל את שלו כדי להצילו פטור אף אם היה יכול לשומטו יותר בנחת.

חבית על אבן חביר: **הרא"ש** (כלל קא ג) למד מדין דחפו כשהיה יכול לשומטו שחייב, לאדם סמך חבית שמן ברה"ר על אבן חביר שמצאה ובא חבירו ולקח אבנו שאם לא שם אבן אחרת במקום חייב שאין זה גרמא שהרי ברי היזקא שתגלגל החבית כשאין לה על מה להיסמך ומה שהחבית שלו אינו פטור שאע"פ שעבד אינש דינא לנפשיה במקום שיש הפסד וכמו אצלנו שמדובר אף בתם ויש הפסד מ"מ יש לו לשמור את של חבירו בעניין שלא יזק. ואם הניח אבן אף קטנה יותר רק שיכלה לסמוך החבית ישבע ויפטר. וכ"פ **הרמ"א** רק את הדין שחייב **והסמ"ע** (ח) השלים שאם סמכה נפטר, **והסמ"ע** (ז) **והש"ך** (ד) העירו שלשון הרמ"א וכן משום שלמד כן מהדין הקודם, **והסמ"ע** העיר שאינו דומה לדין ששטמו שפטור אף שהיה לו לשמוט יותר בנחת ששם בהול להציל שורו שלא ימיתנו העליון אך כאן אין החבית מזיק לאבן.

שתיים שהיכנו זה את זה: **הש"ך** (ב) **שהמרדכי ותרומה"ד** (פסקים רח) למדו מדין היה לו לשומטו שאם שנים היכו זה את זה ובא אחר ודחף האחד מן חבירו חייב לעשות לו דין שהיה לו לשומטו בנחת.

סעיף ג

שנים שהמיתו את הבהמה כאחד או שברו את הכלי כאחד, משלמים ביניהם.

סעיף ד

ה' שהניחו ה' חבילות על הבהמה כאחד, ולא מתה, ובא זה האחרון והניח חבילתו עליה ומתה, אם היתה מהלכת באותם החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה, האחרון חייב; ואם מתחלתה לא היתה מהלכת, האחרון פטור. ואם אין ידוע, כולם משלמין בשוה.

ג ד- כמה בני אדם שהמיתו בהמה או שברו כלי ביחד

הגמ' **בב"ק י**. דנה בדברי המשנה: "הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו". הברייטא הביאה דוגמא ועליה הקשו אמוראים שיש עוד דוגמאות וביניהם: "והא איכא: מרבה בחבילה! היכי דמי? אי דבלאו איהו לא אזלא, פשיטא! אלא דבלאו איהו אזלא, מאי קא עביד?". **המ"מ** (חובל ומזיק ו יד) כתב שזו גרסת **רש"י והערות** והכוונה שהאש הלכה והזיקה, אך **הרמב"ם וטושו"ע** גרסו "מרבה בחבילות אי דבלאו איהו אזלא פשיטא" דהיינו בלעדיו הבהמה היתה הולכת ועכשיו שהוסיף עליה חבילתו עומדת פשוט שחייב "אלא דבלאו איהו נמי לא אזלא" בלעדיו גם לא הלכה "מאי קא עביד" והיינו פטור.

עפ"י והמקרה בסימן שפא בחמישה שישבו על ספסל, פסקו **הרמב"ם** (חובל ומזיק ו יג-יד) **וטושו"ע** ששנים שהמיתו בהמה או שברו כלי כאחת משלמים ביניהם. חמשה שהניחו חמשה חבילות על הבהמה ולא מתה ובא האחרון והניח חבילתו עליה ומתה, אם היתה מהלכת באותן החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה האחרון חייב (ולא יכול לומר היה לכם לקחת חבילתכם כשהנחתו שלי כמו בה' שישבו על ספסל, ששם גם זולת האחרון היה נשבר לאחר זמן ולכן אומר להם כיון שהייתם צריכים לעמוד עכ"פ לאחר זמן היה לכם לעמוד מיד משא"כ כאן ובטעינת ספינות בש"פ, **סמ"ע** י, ואם מתחלה לא היתה מהלכת האחרון פטור, ואם אין ידוע כולם משלמים בשוה. (ולגרסת משלשין הכוונה ביי"ד נעשים להם שליש, דו"פ). **הסמ"ע** (ט) כתב שהחדוש שאף שיש בהכאת כל אחד כדי להמית אין כל אחד מהם משלם כולה.

הקצות (א) הקשה מדוע משלמים בשוה הרי כל אחד יכול לומר אני לא הזקתי אלא האחרון וכן האחרון יאמר שמא הוזק בראשון ואיד נוציא ממון מספק. אלא שיש ראיה **מב"מ פ**. "מתני'. השוכר את הפרה לחרוש בהר וחרש בבקעה, אם נשבר הקנקן (יתד המחרשה)- פטור... גמ'. היכא דלא שני בה (ואין לבעל הפרה טענה עליו), מאן משלם (המנהיג והאוחז הקנקן היו שכירים, ומי פשע בשבירת הקנקן)? - אמר רב פפא: דנקיט פרשא משלם (שאחז המרדע ולא כיוון הפרה יפה וע"י שעיוות השורה של המענה נשבר). רב שישא בריה דרב אידי אמר: דנקיט מנא משלם (שהעמיקו יותר מדי בארץ). והלכתא: דנקיט מנא משלם. ואי דוכתא דמחזקי גונדרי (שידוע שההר מעלה אבנים וצונמא וטרשים)- תרוייהו משלמין". ופירש **רש"י** שהיה להם לזוהר מאוד ובדבר מועט שעיוות אף המנהיג הוא נשבר והוי דבר המוטל בספק. משמע ששנים שהזיקו ביחד והספק ביניהם שמשלמים ביניהם בשוה וה"ה כאן באינו יודע. אלא **שבתוס'** דחה

שאינן הלכה כסומכוס אלא כרבנן והמע"ה (ב"ק לה:) ואי הוה ספק שניהם פטורים, ופירשו ששם שניהם פשעו וכו', וא"כ לשיטתו בחבילות אם אינו ידוע מי הזיק כולם פטורים. וא"כ תימה על סתימת טושו"ע כרמב"ם כיון שנשמע מתוס' שכה"ג פטורים. ועוד אף לרש"י נראה שכן פטורים שודאי אגן קי"ל כרבנן ודלא כסומכוס, אלא שיש מקומות בש"ס שפסקו דין חלוקה בממון המוטל בספק ואפילו במוחזק וכמ"ש תוס' (ב"ב סב:) 'איתמר להאי גיסא' במקומות שהיה נראה לחכמים שיחלוקו ובמקום שאיתמר איתמר ובמקום שלא מפורש בגמ' יש לנו לומר המע"ה וא"כ פירוש רש"י בגונדרי שאמרו בגמ' ששניהם משלמים שהוא מספק היינו משום שכך נראה לחכמים בגמ' שכה"ג חולקים וא"כ היינו דווקא שם דאיתמר אבל במקום שלא איתמר אין הדין כן ויש לנו להעמיד על הכלל שהמע"ה. ואפשר שכמו בגונדרי שגילתא הגמ' ה"ה לשאר נזיקין שבספק משלמים שניהם. ומ"מ קשה מתוס' שפטורים ולא איתמר כלל גם כאן צריכים להיפטר וצ"ע ועיי' שפח ס"ק י.

סעיף ה

הכובש בהמת חבירו במים, או שהניחה בחמה וצמצם עליה המקום כדי שלא תמצא צל עד שהרגתה החמה, חייב. הגה: ודוקא שאחזה בידו, אבל סגר עליה הדלת שלא תצא יש אומרים דפטור מדיני אדם (טור).

בסנהדרין עו: איתא: "ההוא גברא דמצמצמא לחיותא דחבריה בשימשא, ומתה... רבינא מחייב: ק"ו, ומה רוצח שלא עשה בו שוגג כמזיד ואונס כרצון - חייב בו את המצמצם, נזקין שעשה בהן שוגג כמזיד ואונס כרצון - אינו דין שחייב בהן את המצמצם? רב אחא בר רב פוטר. אמר רב מרשיא: מאי טעמא דאבוה דאבא דפוטר - אמר קרא מות יומת המכה רצח הוא, ברוצח הוא דחייב לן מצמצם, בנזקין - לא חייב לן מצמצם". ופסקו **הרמב"ם** (חובל ו יב) **הרמב"ן** (קונטרס דיני דגרמי) **הרא"ש** (ס' ב) **וטושו"ע** כרבינא משום שהוה דינא דגרמי. ושם לגבי אדם התבאר שה"ה לצמצמו במים, ואפילו היתה כבר במים רק שלא נתן לה לעלות חייב, רמב"ם טור.

כתבו **הטור והרמ"א** שדווקא שאחזו בידו (וכך הוא לשון מצמצם, ב"י וב"ח), אבל סגר עליה הדלת שלא תצא נראה שפטור מדיני אדם, **ב"י ופרישה** - שהוה גורם בעלמא, אבל בדיני שמים חייב שלא גרע מב"ק נה:

מסיכומי אריאל שטראוס הי"ו

סימן שפד

דין אדם המזיק שלא בגופו, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

אחד המזיק בידו (או בשאר גופו) (טור ס"א) או שזרק אבן או ירה חץ והזיק בו או שפטר (פי' שפתח) מים על חבירו או על הכלים והזיק או שרק ונע והזיק בכיחו (פי' רוק עב היוצא בכח) וניעו (פי' רוק דק שהולך ומתנועע) בעת שהלכו מכחו, ה"ז כמזיק בידו והם תולדות של אדם. אבל אם רק הרוק והניח על הארץ, ואחר כך נתקל מהם אדם, הרי זה חייב משום בורו, שכל תקלה תולדות בור הוא.

1. בב"ק ג': נחלקו רב ושמואל בפירוש "מבעה" שהוא מד' אבות נזיקין שלרב הוי אדם ולשמואל הוי נזק שן דבהמה, ובד' נאמר: "ושמואל מ"ט לא אמר כרב? אמר לך: אי סלקא דעתך אדם, הא קתני סיפא: שור המועד, ושור המזיק ברשות הנזק, והאדם. וליתני ברישא! בנזקי ממון קמייירי, בנזקי גופו לא קמייירי. ורב נמי הא קתני אדם בסיפא! אמר לך רב: ההוא למחשביה בהדי מועדין הוא דאתא... הצד השוה שבהן - שדרכן להזיק... אדם דרכו להזיק? ביטן. ישן דרכו להזיק? כיון דכייף ופשיט (רגליו) אורחיה הוא". מכאן שאדם חייב על הזיקו ואפילו ישן.

2. ב"ק כו': "אמר רבה: היתה אבן מונחת לו בחיקו ולא הכיר בה, ועמד ונפלה, לענין נזקין - חייב...".

3. סנהדרין עז': "אמר רב פפא: האי מאן דכפתיה לחבריה ואשקיל עליה בידקא דמיא - גירי דידיה הוא, ומיחייב". וה"ה לדיני ממונות.

4. ב"ק ג': "לרב, דאמר מבעה זה אדם, מאי אבות ומאי תולדות... אכחו וניעו. היכי דמי? אי בהדי דאזלי קמזקי, כחו הוה! אי בתר דניח, בין לרב בין לשמואל היינו בור!". סמ"ע (א) - נ"מ לפטור כלים שנשברו ולמיתת אדם שדרשו ב"ק נג: שור ולא אדם חמור ולא כלים.

ע"פ כל זה פסק השו"ע: "אחד המזיק בידו (או בשאר גופו) (טור ס"א) או שזרק אבן או ירה חץ והזיק בו או שפטר (פי' שפתח) מים על חבירו או על הכלים והזיק או שרק ונע והזיק בכיחו (פי' רוק עב היוצא בכח) וניעו (פי' רוק דק שהולך ומתנועע) בעת שהלכו מכחו, ה"ז כמזיק בידו והם תולדות של אדם. אבל אם רק הרוק והניח על הארץ, ואחר כך נתקל מהם אדם, הרי זה חייב משום בורו, שכל תקלה תולדות בור הוא".

סעיף ב

היה מכה בפטיש ויצא גץ (פי' שביב יוצא מתחת הפטיש כשמכין בו על הסדן) מתחת הפטיש והזיק, ה"ז חייב.

ב"ק סב: "מתני'. גץ שיצא מתחת הפטיש והזיק - חייב".

סעיף ג

הבנאי שקבל עליו את הכותל לסותרו, ושבר את האבנים או הזיק, חייב. היה סותר מצד זה ונפל מצד אחר, פטור. ואם מחמת המכה, חייב.

ב"ק צח: "מתני'. והבנאי שקיבל עליו לסתור את הכותל, ושיבר את האבנים או שהזיקן - חייב לשלם; היה סותר מצד זה ונפל מצד אחר - פטור, ואם מחמת המכה - חייב".

סעיף ד

החצב (פי' שחוצב אבנים מההר) שחצב אבן ונתנו לסתת (פי' הפוסל אבני גזית ומרבעה ומחליקה רש"י), והזיק בו, הסתת חייב. מסרה הסתת לחמר, החמר חייב. מסרה החמר לכתף, הכתף חייב. מסרה הכתף לבנאי, הבנאי חייב. מסרה הבנאי למסדר המסדרו על שורת הבנין, המסדר חייב. ואם אחר שסדרו על שורת הבנין נפל והזיק, אם הם קבלנים וכולם שותפים במלאכה, כולם חייבים. ואם הם שכירי יום, האחרון חייב וכולם פטורים.

ב"מ קיח': "ת"ר: החצב (חוצב אבן מההר לעקרה מחיבורה) שמסר לסתת (מרבעה ומחליקה שתהא ראויה לקובעה בכותל) - הסתת חייב, הסתת שמסר לחמר (נושאה מההר שסותתה למקום הבניין) - החמר חייב, החמר שמסר לכתף

(שנושאו על החומה) - הכתף חייב, הכתף שמסר לבנאי (העומד על מעמד החומה העשוי להילוך אומנין) - הבנאי חייב, הבנאי שמסר לאדריכל (אבי האומנין שמדקדק בהנחת האבן לצדדה על מושבה בשה שלא תמוש ולא תטה ולא תהא בולטת חוץ לדימוס) - אדריכל חייב. ואם הניח אבן על הדימוס והזיקה - כולן חייבין לשלם. והתניא: אחרון חייב וכולן פטורים! - לא קשיא: כאן - בשכירות, כאן - בקבלנות. רש"י: "חייב - זה שהיא בידו חייב בנזקה, אם תפול מידו ותזיק את אחרים או תשבר היא - הוא חייב לשלם, ואע"ג דמוקמינן להא לקמן בקבלנות, וכולן שותפין במלאכה - אין חייב אלא מי שהיתה מסורה לו, דכיון דכחו הוא - הנזק מוטל עליו כל היכא דמיתרמי... כולן - אלו שהיו שותפין במלאכה אחת, ומשהניחו אבן על הדימוס, היא שורת הבנין, נפלה והזיקה, הואיל ולא כחו דאדריכל הוא, שלאחר שהניחה נפלה וליכא לחיוביה משום גירי דיליה - כולן חייבין יחד, שכולן שותפין בדבר ועליהן המלאכה לעשות, וקיבלו אחריות הנזק יחד. בשכירות - האחרון חייב. בקבלנות - כולן חייבין היכא דלא נפלה מיד אחד מהן, ועל כולן לשמור שתהא מיושבת יפה".

ט"ז - ראובן ביקש משמעון שימכור לו חפץ אחד ומיאן, והניח ראובן המעות לפני שמעון, וזרק שמעון המעות ונאבדו פטור. ראיות: 1) קידושין יג. "אם איתא דלא ניחא לה לישדינהו", משמע אי זרקתם פטורה. 2) ב"ק מח. מובא ב**טור** (שעח ד), "נהי דיש לך רשות להוציא, אין לך רשות להזיקו", משמע שאם הוזק ע"י הוצאתו פטור.

מסיכומי אריאל שטראוס הי"ו

סימן שפה

דין היזק שאינו ניכר כגון מנסך יינו של חברו, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

המזיק את חברו היזק שאינו ניכר, כגון שעירב יין נסך ביינו, מן התורה הוא פטור, אבל חכמים קנסוהו לשלם נזק שלם מהיפה שבנכסיו, כדין כל המזיקים. לפיכך אם מת המזיק קודם שישלם, אין קונסין בנו אחריו לשלם. וכן אם היה שוגג או אנוס, פטור, שלא קנסו אלא מזיד.

דינים פשוטים שבגמרא

גיטין נב: "מתני'. המטמא, והמדמע, והמנסך, בשוגג - פטור, במזיד - חייב". **גיטין נג:** "אמר חזקיה: דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד - חייב; מאי טעמא? היזק שאינו ניכר שמים היזק, ומה טעם אמרו בשוגג פטור? כדי שיודעו. אי הכי, אפילו במזיד נמי! השתא לאו זוקי קא מכין, אודועי לא מודע ליה? ור' יוחנן אמר: דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד - פטור; מאי טעמא? היזק שאינו ניכר לא שמים היזק, ומה טעם אמרו במזיד חייב? שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חברו, ואומר פטור אני... מתיב רב פפא: גזל מטבע ונפסל, תרומה - ונטמאת, חמץ - ועבר עליו הפסח, אומר לו הרי שלך לפניך; ואי אמרת היזק שאינו ניכר שמים היזק, האי גזלן הוא, ממונא מעליא בעי שלומי! תיובתא". **ב"י** - וקיי"ל כר' יוחנן שאמר לא שמים היזק. ופסקוהו **הרי"ף** ו**הרמב"ם** **טוש"ע**, והוסיף הרמב"ם שגם באונס פטור כבשוגג, וכתב **ב"י** - פשוט.

גיטין מד: "אמר אביי, נקטינן: טימא טהרות של חברו ומת - לא קנסו רבנן בנו אחריו; מ"ט? היזק שאינו ניכר לא שמים היזק, וקנסא דרבנן היא, לדידיה קנסוהו רבנן, לבריה לא קא קנסו רבנן". ופסקוהו הנ"ל.

מח' הראשונים אם לומדים מכאן

גיטין נב: "גמ'. איתמר: מנסך - רב אמר: מנסך ממש, ושמואל אמר: מערב. מ"ד מערב, מ"ט לא אמר מנסך? אמר לך: מנסך קם ליה בדבריה מיניה. ואידך? כדרכי ירמיה, דא"ר ירמיה: משעת הגבהה הוא דקנה, מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך. ולמאן דאמר מנסך, מ"ט לא אמר מערב? אמר לך: מערב היינו מדמע. ואידך? קנסא הוא, ומקנסא לא לפינן. ולמאן דיליף קנסא מקנסא, כל הני למה לי?...". ונחלקו הראשונים כמי לפסוק:

הרמב"ם פסק כרב שלומדים מכאן, ולכן כתב כלל "כל המזיק ממון חברו" וסיים "וכן כל כיוצא ב", ולשמואל דווקא שלשתם, וכ"כ **המ"מ** ממה שפסק שמנסך היינו מנסך ממש לע"ז. לעומתו **רב האי**, **רי"ף** **הרמב"ן** **הרא"ש** כתבו שמקנס לא לומדים וא"כ הלכה כשמואל, ולדבריהם חייבים דווקא בשלשתם.

ראיות **הש"ך** (א) לרמב"ם: (1) **חולין מא**. הקשו ממנסך ע"פ דעת רב שהוא מנסך לע"ז וכדאיתא **בתוס'**, ולכא"י מה הקושיה אולי ההוא סבר כשמואל, אלא שודאי קי"ל כרב. (2) **ב"ק צא:** "ומעשה באחד ששחט וקדם חברו וכסה, וחייבו ר"ג ליתן לו עשרה זהובים". נראה שזה קנס **כמ"ד ברי"ף ובריא"ז** שהרי בשום מקום פסק שהחוטף מצוה לברכה מחברו חייב י' זהובים, ועוד מה המקור דווקא ל' זהובים. וקושית הרי"ף אם זה קנס איך למד מזה רב לדין אילן המסוכן שקצצו חברו אינה קשה שלשיטתו שלומדים מקנסות. אלא שהאיכא מ"ד סבר שהוא קנס והלכה כשמואל, הרמב"ם סבר כמותו שהוא קנס אבל פסק כרב, ולכן **בחולין פז**. יש איבעיא אם שכר מצוה או שכר ברכה ומאי נ"מ לברכת המזון, ומאי נ"מ בספק הרי לא לומדים מקנס? אלא סבר הש"ס שלומדים. וכן הוכחתי בשפ"ב לענין כיסוי שהוא קנס ובשפ"ו פוסקים שסברו שגרמי הוא קנס ומקנס לומדים.

דינים והערות נוספים

יפה שבנכסיו - **הש"ך** (ב) כתב ע"פ **הרא"ש** שאע"פ שזה דין מחכמים הם תקנו כעין דא"י לשלם ממיטב. **הסמ"ע** (א) כתב שבמטלטלים כולם הוי מיטב.

קנס בגני - **הסמ"ע** (ב) כתב שאפילו עמד אביהם בדין, וכן בשו"ע קח ב, משא"כ במסור שמת שפח ב.

הש"ך (ג) כתב שמסימן שפח ברמב"ם וש"ע פסקו שמסור הוא דין ולא קנס ולכן גובים מיורשים אפילו לא עמד בדין, והי"א סברו שהוא קנס ולכן דווקא אם עמד בדין גובים מיורשים, וא"כ ה"ה כאן וכן מוכח **מהמרדכי** בשם **מהר"ם** בעל דעה זו וכן הוא בשו"ת מהר"ם א"כ כתבו שבמטמא מדמע ומנסך לא קנסו בנו. ומה שבסימן קח כתוב שם נתחייב קנס לא קנסו בנו היינו בחיבוהו יתר על מה שהפסיד, ואדבריה השו"ע כתב שהמתחייב עבור מלשונות ומת גובה מהיורשים ומזה מוכח כנ"ל.

תחב כפ איסור למאכל חברו- הפת"ש (א) הביא בשם הפמ"ג שאם שוגג פטור, אבל באינו מינו אולי זה היזק ניכר כי משנה את הטעם וצ"ע.

סעיף ב

המנסך יין חבירו לעבודה זרה, לא נאסר, שאין אדם מישראל אוסר דבר שאינו שלו. ואם היה לו בו שותפות, או שהיה מומר שהרי הוא כעובד כוכבים, או שהתרו בו וקבל ההתראה שהרי הוא מומר, הרי זה אוסר היין וחייב לשלם אף על פי שהוא מתחייב בנפשו; מפני שמשעה שהגביהו נתחייב לשלם, ואינו מתחייב בנפשו עד שינסך.

גיטין נב: "גמ'. איתמר: מנסך - רב אמר: מנסך ממש, ושמאל אמר: מערב. מ"ד מערב, מ"ט לא אמר מנסך? אמר לך: מנסך קם ליה בדרכה מיניה. ואידך? כדרכי ירמיה, דא"ר ירמיה: משעת הגבהה הוא דקנה, מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך".

חולין מא: "ת"ש: ב' אוחזין בסכין ושוחטין, אחד לשום אחד מכל אלו ואחד לשום דבר כשר - שחיטתו פסולה! הב"ע - דאית ליה שותפות בגוה... ורב נחמן ורב עמרם ורב יצחק אמרי: אפי' למ"ד אדם אוסר דבר שאינו שלו - ה"מ כותי, אבל ישראל לצעוריה קא מיכוין. ת"ש: ב' אוחזין בסכין ושוחטין, אחד לשום אחד מכל אלו ואחד לשום דבר כשר - שחיטתו פסולה! הב"ע - בישראל מומר... אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי: התרו בו וקבל עליו התראה, מאי? אמר ליה: התיר עצמו למיתה קאמרת? אין לך מומר גדול מזה".

שו"ע: "המנסך יין חבירו לע"ז, לא נאסר, שאין אדם מישראל אוסר דבר שאינו שלו (אין מדרכו לאסור לכן אף שמעו מפיו שכוונתו לנסך אמרינן לצערו מכוון ולא גמר בדעתו לנסך. סמ"ע ג). ואם היה לו בו שותפות, או שהיה מומר שהרי הוא כעכו"ם, או שהתרו בו וקבל ההתראה שהרי הוא מומר (ובהם מסתמא דעתו לנסך כיון שהוא כזה סמ"ע ה), הרי זה אוסר היין וחייב לשלם אף על פי שהוא מתחייב בנפשו; מפני שמשעה שהגביהו נתחייב לשלם, ואינו מתחייב בנפשו עד שינסך".

שנתפוט - ביו"ד ד לעניין שחט בהמת חברו לע"ז גם אמרו לצערו מכוון והיה לו שותפות עם חברו בבהמה כתב הטור שלרמב"ם אסור וכמו כן ביין והרא"ש סבר שאינו נאסר וכאן סתם הטור שנאסר. ונראה לחלק שאני כאן שראוי ועומד לחלוק והיה לו ליטול ואח"כ הוי ליה לצער חברו באמרו שניסכו ולכן לא אומרים שלצערו מכוון משא"כ בשחיטת בהמה לע"ז שא"א לחלקה בחייה. סמ"ע ד. דברי הסמ"ע תמוהים וכבר הקשה בש"ך שם עליו שהוא נגד הגמ' שם אלא שסתם כאן כרש"י ורמב"ם. הגר"א ד.

העמדה בגוי - תקצות א הביא ב"י ביו"ד במה שהעמידו בש"ס בישראל מומר ולא בגוי שלא ציית דינא. ואפשר עוד, שבעירובין סב. "אמר ר' יוחנן בן נח נהרג על פחות משוה פרוטה ולא ניתן להשבון" ופירש"י: "משום דאזהרתן היא מיתתן וקים ליה בדרכה מיניה מש"ה לא ניתן להשבון", וא"כ במנסך כיון שהטעם שחייב אינו אלא משום דכי אגביה קנייה, ובן נח בהגבהתו נמי קים ליה בדרכה מיניה. ולתוס' שם כתבו שגבי בן נוח לא אומרים קלב"מ שלא נאמר אלא בישראל א"כ עדין נוח שהעמידו בישראל שבגיטין נג. עשו צריכותא למטמא מדמע ומנסך אי תנא מטמא ומדמע הו"א משום שלא קלב"מ וכו' קמ"ל כדרי' ירמיה וכו' ואם לא מדובר בישראל יקשה מנסך למה לי כיון שלא שייך בו קלב"מ.

מסיכומי אריאל שטראוס הי"ו

סימן שפו

חילוק שבין גרמא בנזקין לדינא דגרמי, והזורק כלי מראש הגג, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

קיימא לן כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי. (ודוקא באדם חייב דינא דגרמי, אבל בבהמה, לכולי עלמא פטור) (נ"י פ' הפרה). לפיכך הדוחף מטבע של חבירו עד שירד לים, חייב, אף על פי שלא הגביהו. וכן הפוחת מטבע של חבירו והעביר צורתו, חייב, אף ע"פ שלא חסרו. והמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו, דקיי"ל שהוא מחול, צריך לשלם ללוקח, כמו שנתבאר בסימן ס"ו.

בסוגית המראה דינר לשולחני ונמצא אח"כ רע, נאמר **בב"ק ק**. "ר"ל אחוי ליה דינרא לרבי אלעזר, אמר: מעליא הוא, אמר ליה: חזי דעלך קא סמכנא. א"ל: כי סמכת עלי מאי למימרא? דאי משתכח בישא בעינא לאיחלופי לך, והא את הוא דאמרת: ר"מ הוא דדאין דינא דגרמי, מאי לאו ר"מ ולא סבירא לן כוותיה! א"ל: לא, ר"מ וסבירא לן כוותיה". וכ"פ **טושו"ע** שדגים דינא דגרמי, והגדיר הטור שאינו עושה שום מעשה (נזק שעל ידו חל עליו שם אדם המזיק) אלא שבגרמתו בא הנוק לחברו.

גרמי- דין דא' או קנס דרבנן

* **הש"ך** (א): **הדעות- הרמב"ן** כתב שגרמי הוא דאור, ונ"מ שבנו חייב לשלם ושגם בשוגג חייב. **הטושו"ע** (סו לב) פסקו שכשמוחל שטרות ישלמו יורשיו, והיינו משום שדין דגרמי חייב, כ"כ **תרומות** (שער נא ח"ו) ושכן דעת **ראב"י וראב"ד**, ו**ב"י וד"מ** לא הביאו חולק, וכ"פ **מהרש"ל** (ב"ק פ"ט ס' כו).

הריצב"א (תוס' ב"ב כב: ז"א, כתובות לד. 'סבר') כתב שדין דגרמי הוי משום קנס כדמוכח בירושלמי כו' (מובא ברמ"א בסעי' ג ע"ש) וכן **במרדכי** (ב"ק ט קיט) **אגודה** (ב"ב ב ג) **תשובות מיימוניות** (נזיקין ד) **ר"י תוס'** (סב: 'יצאוי') ועוד. **בתרוה"ד** (שז, שטז) הסתפק. **מהר"י בן לב** (ח"א סו"ס כג) כתב שיכול המוחזק לומר קים לי כהני שסברו שדינא דגרמי הוא קנס ומשמע שהם המועטים ולא ראה כל פוסקים אלה **וכן נראה עיקר שדרבנן**. וכן דעת הי"א ברמ"א שפ"ח סעיף ב' שדוקא שעמד בדין כו' והוא **מוהר"מ** (מרדכי ב"ק פ"ח) ששמע שכן פסק **ריצב"א** וכן **מהר"ל ומהרי"ו** וא"כ קשה על הרמ"א והעיר שושן שבשפח הביאו החולקים ובסימן סו לא.

גרמא במקור למחלוקת: הש"ך הביא ע"פ הרמב"ן **מב"ק קיז**. "אמר ליה רב הונא בר חיאי דינא או קנסא אמר ליה מתני' היא אם מחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה אחר". **לפוסקים** שהיו דינא הכוונה שפשוט מהמשנה שדין הוא, וכ"כ **ברמב"ם** (חובל ח א) לגבי מסור וכ"כ **המ"מ** שנראה מגמ' זו **ורבינו האי** (שערי שבעות דף יט). וכ"כ **הרמב"ן הרשב"א וראב"ן**. **והפוסקים** שהיו קנס סברו כדכתב הרמב"ן שאפשר שמהמשנה לא פשוט ורק אמר שעובדה זו היא משנתנו. וכך נראה, שאל"כ כיצד פשוט מהמשנה דילמא היא עצמה קנס, ועוד **שבירושלמי** (פ"י ה"ו) מפורש על המשנה: "א"ר יוחנן והלא אמרו אין קרקע נגזלת ולמה אמרו חייב להעמיד לו שדה קנס קנסוהו" וכן משמע מגמרתנו: "לבתר דנפק אמר ליה מאי נפקא לך מינה אי דינא או קנסא" ואם פשוט מהמשנה היה לו לשאול מאי נפקא לך מינה אי דינא וזהו.

ראונת לדאג: (א) מהרש"ל **מב"ק ק**. "מחיצת הכרם שנפרצה" שאין כוונתו להזיק ולמה יקנסוהו הרי לא שייך הטעם של מטמא וחבריו שלא יהיה כל אחד הולך ומטמא וכו' שהרי מזיק גם שלו, ובוודאי דרך עצלות ושגגה נתייאש הימנה ולא גדר. **דחה הש"ך**, שכבר הרמב"ן כתב שקשה ממראה דינר ויש מי שדחה שהואיל וצריך ללמוד וראה פושע ומזיק הוא, וא"כ ה"ה כאן כיון שלא גדרה פושע הוא ומזיק.

(ב) הרמב"ן כתב **שק"ל שמקנס לא לומדים וא"כ דין הוא**. 1. ראייתו העיקרית שקי"ל כשמואל בדיני והוא סבר בגיטין נב--נג. שמקנס לא לומדים לגבי מנסך היינו מערב וכו'. **דחה הש"ך**, **הרמב"ם** (חובל ז ב) משמע שפסק כרב וכמ"ש **המ"מ**. 2. סוגיין כוותיה דשמואל שהקשו "העושה מלאכה במי חטאת פטור ואי ס"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק אמאי פטור" ואי אמרת בשלמא לא שמיה היזק ניחא שאף במזיד פטור שמקנסא לא גמרינן, וכ"כ ר"ח. **דחה הש"ך**: אי המקשה לא רצה להקשות כן משום שאפשר לדחות שמקנס לא לומדים, אך אפשר שלפי האמת סברו שמקנס לומדים. ב' ר"א הוא שהקשה שם ודילמא כשמואל סבר ואנן קי"ל כרב מכוח שסתם הש"ס משמע שסבר כמותו עיין סי' שפה. ע"ש עוד.

(ג) הרמב"ן והתרומות כתבו שזה נקרא "דינא דגרמי" ולא "קנסא דגרמי". **דחה הש"ך**, אדרבה מדאמרו בכל מקום ר"מ דאין דינא דגרמי או מאן דדאין ולא אמרו ר"מ סבר גורם להיזק חייב או לשון דומה אלמא שלא חייב ממש אלא שדין דין גרמי לחייבו מדרבנן.

(ד) הרמב"ן כתב שאם הוא קנס מסר או שרף שטרות ומת לא נקנס בנו אחריו כדאמרו במטמא וחבריו. **דחה הש"ך**, אה"נ שלא קנסו בנו וכדחבתי הרבה פוסקים.

ראיות לדברנו בש"ד: א) הירושלמי כתב במראה דינר לשולחני (כלאים ז) ומקדש שטרותיו של חברו שהם קנס. הרמב"ן כתב שהירושלמי לא דן דינא דגרמי, ובאלו קנסו שהם מצויים ולא לומדים מזה. דחה הש"ד, שדוחק, שהרי אמר ר"ל (כלאים שם) "קנסיה דר"מ" והובא ברמב"ן, והרי ר"ל בבבלי אמר שקי"ל כר"מ.

(ב) ב"ק סב. "עשו תקנת נגזל באשו. בעי אמימר עשו תקנת נגזל במסור או לא? אליבא דמ"ד דלא דיינינן דינא דגרמי לא תיבעי לך, דמסירות נמי לא דיינינן, כי תבעו לך- אליבא דמ"ד דיינינן דינא דגרמי..." אם גרמי דאוי' מה התביעו יותר מאשו, וכ"כ תוס' (ב"ק נד). שאמר שהוא דרבנן כדמוכח בגמרתנו שהתביעו ואי דאוי' למה לא עשו תקנת נגזל במסור כבנגזל. המהרש"ל דחה, שאפילו את"ל דאוי' מבעיא שאולי לא עשו רבנן תקנה רק במזיק גוף הממון ולא בדינא דגרמי. הש"ד דחה, פשוט שגם תוס' הרגישו בזה אך לא נראה שאם זה דאוי' מה לי גוף הדבר מה לי גרמי? ודחה הקצות (א), שכבר הרגישו בו הראשונים וכתבו שאפ"ה כיון שאינו אלא בדיבור בעלמא הסתפקו אי עשו תקנת נגזל במוסר. ולדברי (שפח ו) שהסתפקו רק בטוען המוסר ברי על הסכום שכה"ג במזיק ממש גם לא עשו תקנת נגזל אלא רק בטוען שמא, והסתפקו במוסר אי למזיק דומה ואין בו תקנת נגזל בטוען ברי, או לנגזל ממש דומה, וא"כ הסתפקו אי חמור יותר ממזיק או לא, אך להקל ממזיק ממש לא הסתפקו, א"כ ודאי ניחא שאף שדין דגרמי דאוי' הסתפקו אי חמור יותר ממזיק.

(ג) בב"ק קיז. פטרו מוסר שאנסוהו גויים להראות ממון חברו משום שהוא אנוס, ואם דין גרמי הוא דאוי' בכל דבר של תורה מתחייב אנוס כרצון. ואף שנראה שהרמב"ן קצת הרגיש וכתב שהקלו חכמים בדיבור ולא עשו כרצון, דוחק הוא, שמדוע יעקרו רבנן דין תורה, וכן הרי כשנשא ונתן ביד שעשה מעשה וחייב מדאוי' זה אף באנוס. וכ"כ מרדכי (ב"ק י צג) ועוד שהוא דרבנן.

(ד) ב"ק צח: אחרי ששקלו וטרו ששורף שטר מח' ר"ש ורבנן "אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליי". ואם דין גרמי מדאוי' הרי מעיקרא חילקו שם שאף לר"ש שסבר דבר הגורם לממון כממון דמי מדאוי' מודה בשטר שאין עיקרו ממון שפטור, א"כ מנא ליה לאמימר שמאן דדאין דינא דגרמי מחייב בשטר אולי סבר כר"ש, ודוחק לומר שאמימר חלק על השקלא וטריא שלפניו, ועוד שא"כ לא היה לו לומר "אמר אמימר" אלא "אמימר אמר" ועוד שא"כ למה לו לומר למאן דדן דינא דגרמי שיאמר בקיצור מאן דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי וכו', אלא ודאי שכל השקלא וטריא שמעיקרא הוי מדין דאוי' ואמר אמימר דבר אחר שלמאן דדן דינא דגרמי מקנס דרבנן מגבה בו שטר מעליא שפשוט שיש לקנוס יותר בשורף שטר ממוסר ומחיצת הכרם שנפרצה. הקצות דחה, שיש לחלק בין דבר הגורם לממון לגרמי, שר"ש לא אמר אלא דבר הגורם לממון כממון וככיס מלא מעות ובהזיקו בידיים חייב כמזיק ממש בשאר ממון, אך דיני דגרמי הוא דבר אחר שאינו מזיק ממש בגוף הממון אלא ע"י גרמי, והוא ממחיצת הכרם שנפרצה שאין ההזיק אלא ע"י גרמי, שהרי הממון שהוא הגפנים הוי ממון ממש אלא שאין ההזיק שעושה בגפנים אלא ע"י גרמי ואפ"ה חייב, ולכן דן אמימר שה"ה שורף שטר שהו"ל הזיק ע"י גרמי (שאין מזיק גוף הכסף) שחייב. וכן מבואר ברמב"ן שכתב שר"ש הוא שחולק במחיצת הכרם על ר"מ ופוסט, דתנן (כלאים פ"ז מ"ד): "ר"י ור"ש אומרים אין אדם מקדש דבר שאינו שלו", וחלק גם על ר"מ בדיני דגרמי, ואף שר"ש ס"ל דבר הגורם לממון כממון אפ"ה פוסט בהזיק גרמא. ולכן ר"ש מחייב דווקא במזיק שור הנסקל ושורף חמץ כי דבר הגורם לממון והוי ככיס מלא מעות.

(ה) בזה נוח שלא צריך לדחוק ככל החילוקים שהובאו בתוס' בכמה מקומות שלא נזכרו בגמ' וגם העיר המרדכי (ב"ק ט קיט) ועוד שהם לא מתיישבים בכל המקומות. ולריצב"א שדינא דגרמי דרבנן וקנסו במקום שנראה להם כגון בדבר השכיח הכל שפיר וא"צ ליכנס בחילוקים אחרים. וע"ע ראיות בש"ד וקצות.

גורם דגורם

א. מח' הראשונים- התרומות (שנ"א ח"ו ח) ומהר"מ (ד"פ תתמד) כתבו שגורם דגורם פטור, וראה משבועות לב. "והכל מודים בעדי סוטה- שפטור בעדי קינוי, דהוה גורם דגורם". הרמב"ן (דינא דגרמי) חלק וכתב שגורם לשורף שטרות חברו חייב, ואין לדמותו לגמ' ששם לא חייבה תורה שבועה אלא על שבועת העדות המחייבת ממון או גורמת אך גורם דגורם כפירת דברים הוא ואין ממון אף בכובש עדות גמור.

ב. ע"פ גדר דינא דגרמי- הש"ד (ג) כתב שלדעתו שדינא דגרמי הוא קנס יש לפטור. הקצות (ג) כתב שנראה שאף למ"ד שהוא מהתורה גורם דגורם פטור כיון שמדמים לסוטה שהוי דאוי'.

ג. שלח בערה ביד חש"י- התרומות כתב שלכן השולח בערה ביד חש"י ושרפו שטרות פטור שהוי גורם דגורם. הקצות הקשה מב"ק נט: מהמח' שר"ל בשם חזקיה אמר לא שנו דמשלח פטור אלא שמסר גחלת וליבה אך מסר לו שלהבת חייב שמעשיו גרמו לו ולר"י אף במסר שלהבת פטור ולא חייב עד שימסור סילתא ושרגא שוודאי מעשה שלו גרם, ונפסק כר"ל, וא"כ מסר לו גחלת וליבה אף בשרפה כלים פטור ואם מסר שלהבת אין בו משום גורם אלא מזיק ממש ואשו הוא שחייב אליבא דכר"ע אף למי שלא דן דינא דגרמי וא"כ מדוע פטר בשורף שטרות, הרי המחייב זה מתורת אש ולא מדין גרמי והוי כהדליק אש והלכה ברוח מצויה שחייב ובוודאי התורה חייבה בנזק אש לא משום גרמי וצ"ע. ונראה שבכלו חיציו כמו בהיה לו לגודרה ולא גדרה שחייב באשו משום ממון (טושו"ע תיח יז) בזה נראה ששרף שטרות כה"ג פטור לרמ"א כאן שאינו חייב בגרמי אלא בנזקי גופו ולא בנזקי בהמתו, וכיון שכלו חיציו הוי כנזקי ממון ופטור בשטרות. (הש"ך העמיד שמדובר במסר להם שלהבת דווקא כבסי תיח ז, ולא התייחס לכל הסוגיה).

ד. סוחר גוי כשלח- הנוד"ב (קמא חו"מ לו, פת"ש א) דן במי ששלח סחורת חברו לסוחר גוי בעיר אחת והזיק בהבאת הרשימה למכס, שלכאוי' הוי גורם דגורם כיון שבעצם שליחת שמעון לסוחר הגוי אין היזק אלא רק במה שאח"כ מראה לבעל המכס. אך כיון ששליחות היהודי עשה ולכן אינו גורם דגורם, ואף שאינו בדין שליחות הוי כחצר שעושה בע"כ

וכדאמרו בב"מ י: בשלד"ע שמחייב השולח וכאן הגוי לא בוחר אלא מחויב להראות הסחורה למוכס ונחשב שלוחו כמותו.

ה. קים לי- **הנוד"ב** כתב שאם הניזק מוחזק הוא יכול לומר קים לי כרמב"ן שגורם דגורם חייב.

גרמא לרמב"ם

הסמ"ע (א) כתב **שהרמב"ם** (חובל ז ז-יא) שסבר שבכל ד' המקרים של רבה בב"ק צח. חייב, **והמ"מ** (יא) כתב שרבה פטר כיון שלא דן דין גרמי אבל המפרשים כתבו שלדידן שדנים חייב בכולם וכן **בר"ח רי"ף** (ב"ק לה.) **ונמו"י**. ואממר דיבר רק על שורף שטרות שיש בו רבותא שאף שהשטר לאו ממונא הוא מתחילה ועד סופו אפ"ה חייב בו לר"מ שדן דין דגרמי, ק"י לאחרים שהם ממונ [משא"כ לשיטת ר"י והרא"ש שהוא דווקא וכדלקמן]. ולשיטתם אין חילוק בין גרמי לגרמא בנזיקין וכל מקום בגמ' שפטור הוא לרבנן שחלקו על ר"מ ופטרו בגרמי. ולכן פתח הרמב"ם: "כל הגורם להזיק ממונ חברו חייב" שכלל כולם לחייב. ולכן השו"ע התחיל בלשון שקי"ל כר"מ ולכן חייב בכל מקרי רבה. ומוזה נלמד לכל הגרמות, ונקט השו"ע מקרים אלו שרבה סידרם וכן מימרתו בזורק כלי מראש הגג בב"ק כו: ודלא **כעיר שושן** שגם לרמב"ם בגרמא פטור.

הש"ך (ד) הצדיק את העיר שושן שגם לרמב"ם יש גרמא בנזיקין שפטור, ומפורש **ברשב"א** (ג עו, ב"י מחודש א) **וברמב"ן** ומשמע שכן דעת הר"י, וכן מוכח דעתו, וא"כ גם **השו"ע**, וכ"מ **בתוס'** בכמה מקומות **והרא"ש והטור** ושי"פ, אלא שכל מה שהזכיר השו"ע שחייב גרמי הם ובשאר גרמא בנזיקין פטור. וכ"כ **רי"י** (נלי"א ח"ב). וגם מלשון השו"ע שרשם בתחילת הסימן מהנושא: "שפ"י חילוק שבין גרמא לנזיקין לדינא דגרמי". וכ"כ **מהרש"ל**, אך מה שרצה לומר שלרש"י יש חילוק ושהרמב"ן לא הבינו זה אינו, ובכמה מקומות שכתוב דיני גרמי לרבה שפטור כתב רש"י משום שגרמא בנזיקין פטור ומשמע שלא חילק ביניהם ולדידן יהיה חייב בכולם. (ובתניח ט הוכחתו שהוא דעת הרמב"ם וראב"ן).

הקצות (ב) גם הצדיק את העיר שושן שודאי גם לרמב"ם מצאנו שס"ל שגרמא בנזיקין פטור, שהרי בשולח את הבעירה ביד חש"י (ב"ק נט:), ואינך שם פורץ גדר בפני בהמת חבירו, והכופף קמתו בפני הדליקה, והמבעית חבירו, והנותן סם המות לפני בהמת חבירו, ושיסה בו הכלב (ב"ק כג: נה: נו:). וכל הנך להרמב"ם גם פטור כמבואר בדבריו, אלא שס"ל דדוחף ופוחת וזורק בכלל גרמי שחייב.

גרמי בבהמה

הנמו"י (ב"ק כא. בדפ"ה) **בשם הרא"ה בשם רבו** כתב שדווקא באדם חייב בדין גרמי אבל בבהמה לכו"ע פטור. שהרי לא חייבה תורה על הכשר נזקי בהמה כדכתיב "איש בור" ולא שור בור (ב"ק יט:). וה"ה לשאר נזיקין. וכ"פ **הרמ"א**. **הש"ך** (ה) הקשה **שהרמב"ן** רבו של הרא"ה הסיק שחייב מסבא כגון שור שהדליק אש ושרף שטרות חברו וקרעו ומחכן שכן זה מעשה שורו ורק בריח שממילא בא פטור. ולשיטתו שדינא דגרמי הוא קנס ובדבר לא שכיח לא קנסו א"כ בבהמה פטור ועיין שלט"ג ב"ק כג ריא"ז. וכ"פ **הגר"א** (ב) שתמיד גרמי של בהמה הוא גרמא כיון שאינו עושה בעצמו.

{ הגר"א ב- מקור הדיון ב"ק מח: "נפל לבור והבאיש מימיו - חייב... אלא אי איתמר הכי איתמר, אמר רבא: לא שנו אלא שהבאיש מגופו, אבל הבאיש מריחו - פטור; מ"ט: גרמא בעלמא הוא, וגרמא בעלמא לא מיחייב". **הרי"ף** השמיטו, כתב **הרמב"ן** משום שגרם רבה וא"כ רבה לשיטתו שפוטור מגרמי ואנן לא קי"ל כן כמ"ש **הרי"ף** (ספ"ב, פ"ט צח:). וכ"כ הנמו"י בהתחלה אבל בכל הנוסחאות כתוב רבא ויש לו דין דגרמי קיז. "אמר רבא אם הראה" וכי' אלא שדינא דגרמי דווקא באדם (וכן הוא ברמב"ן לפני שהחליט שחייב) וכ"כ הנמו"י בשם הרא"ה בשם רבו. ולשיטת תוס' ושי"פ שמחלקים בין גרמי לגרמא בלא"ה לא קשה }.

גרמי באונס ושוגג

הש"ך (ו)- **יש"ש** (ב"ק י סו"ס מז) כתב שכל גרמי פטורים באונס, ומשמע שה"ה שורף שטרות באונס. אך **הרמב"ן** לא כתב כן אלא שמוסר ומוחל שטר וכה"ג שבדיבור בעלמא הקלו רבנן ולא עשו בו אונס כרצון אך השורף שטרות באונס חייב שהרי לאו מחילה היא. אמנם **לדעת** שכל גרמי זה קנס דרבנן פשוט שבאונס פטור וכדאיתא בגיטין וסימן שפ"ה לגבי מטמא מדמע ומנסך שכיון שהם קנס פטור באונס וכן שוגג פטור כמותם והרמב"ן שמחייב גרמי אף בשוגג זה משום שסבר שהוא דאורי. **החוות יאיר** (ס' מה, פת"ש ב) נסמך על הש"ך לדינא ששוגג פטור כיון שהוא קנס דרבנן.

דוחף מטבע חברו לים והמעביר צורתו ומוחל שטר חוב לחברו

בב"ק צח. איתא: "אמר רבה: הזורק מטבע של חבירו לים הגדול - פטור; מ"ט: אמר: הא מנח קמך, אי בעית שקליה. והני מילי בצלולין דקא חזי ליה, אבל עכורין דלא קחזי ליה - לא; והני מילי דאדייה אדווי, אבל שקליה בידיה - מיגזל גזליה, השבה בעי מיעבד... ואמר רבה: השף מטבע של חבירו - פטור; מ"ט: דהא לא עבד ולא מידי. וה"מ דמחייא בקורנסא וטרשיה, אבל שייפא בשופינא - חסורי חסריה".

לרמב"ם ודעימיה שסברו שכל דיני רבה לשיטתו שאין דין גרמי, אבל לדידן יש גרמי חייב כאן. ולכן פסק **השו"ע**: "לפיכך הדוחף מטבע של חבירו עד שירד לים, חייב, אע"פ שלא הגביהו. וכן הפוחת מטבע של חבירו והעביר צורתו, חייב, אע"פ שלא חסרו". **ב"י וסמ"ע** (ב)- שאם הגביהו פשוט שחייב מדינא בלא גרמי שמרגע שבא לרשותו צריך השבה

מעליא. סמ"ע- והיה לו לכתוב שאפילו המים צלולים ורואה המטבע לפניו אלא שצריך לשכור אדם היודע לשוט תחת המים ולהביאו.

הש"ך (ז) כתב **שלר"י רא"ש מהרי"ח** (הג"א ט יג, תשובות מימוניות נזיקין יט) ועוד רבים פטור ויובא **ברמ"א** (ג), שבכולם הלכה כרבה חוץ משורף שטרותיו של חברו וכ"פ **מהרש"ל** וכן עיקר. ודווקא לפי תנאי הגמ'.
המרדכי (ב"ק קיד, הגה"מ ריג) כתב שגם לר"מ פטור בזרק אף שגורם לו לתת שכר להעלותו, וכמו מכה בהמת חברו שמשלם נזק אך אם רפאה אינו משלם לו אף שגורם לתת לו שכר הרופא, שדווקא במזיק גוף אדם חייב לתת לו ריפוי ושבת לבד הנזק שע"כ יש לו לתת לרופא ובזה הפחיתו מכספו אבל במזיק ממונו והוא בעין רק שמחמת אותו ממון נפסד ממון אחר כחובל בבהמה ומחמת זה נפסד ממון אחר שצריך לתת לרופא פטור וה"נ בזרק מטבע שמחמת ממון מפסיד ממון אחר בזה מודה ר"מ ואף שאינו שווה עתה למכור כמו שהיה וכן בשף מטבע בקורנס אף שצריך לתת שכר לצורף. ובשורף שטרותיו מזיק החוב עצמו וכן בנתיאש ולא גדר נאסרו הזרעים וכן מראה דינר לשלחני שעל ידו קיבל הדינר שאינו יוצא. **הקצות** (י) כתב שמ"מ בדחף מטבע לים ונפלה על אבן וניזק קצת נזק שלא חוזר, צריך להעלותו מהים על הוצאותיו, שכיון שגילה הפס' בבור (ב"ק יא:) שעל בעל הבור להעלותו במקום נזק, וכן גבי שומרים שהוא אדם המזיק שצריך להביא עדודה לבי"ד וכמ"ש בנמו"י (ב"ק ד: בדפ"ה) וכאבא שאול שם. ועיין בטושו"ע (תג ג וסמ"ע ח) שה"ה לזור שהזיק. וכיון שעל המזיק להביא השברים לבי"ד א"כ כל שהיה קצת נזק מחויב המזיק להביא השברים לבי"ד ומחויב להעלותו מן הבור, ולא נפטר דוחף מטבע לים אלא במקום שלא היה נזק כלל. משא"כ בריפוי שאף במקום נזק שאינו בכלל יביא עדודה לבי"ד כיון שהבהמה לפניו.

לגבי מים צלולים: **הש"ך** כתב שפטור דווקא במים צלולים שחזי ליה. **הקצות** (ט)- **תוס'** (ד"ה עכורין) ו**הרא"ש** (פ"ט ס"י יג) כתבו שאורחא דמלתא נקט שמחלק בין צלולים לעכורים ולאו דווקא אלא כשיכול בר אמורא להוציאו פטור ואם לאו חייב. **ולנמו"י** (ב"ק לו.) לגבי האיבעיא בקא. אם יש שבח סימנים על גבי צמר וכגון שגזל צמר וסימנים וכו' וצבע בהו קופא, כתב שהסוגיה למי שלא דן גרמי אבל מי שדן וכך קי"ל חייב שהרי הושיבו במקום שלא יכול לקחתו והוא **מהרמב"ן** שהסכים **לבעה"מ** שהעמדה שצבע בהו קופא אינה לדין דקי"ל שדנים דין גרמי. ולתוס' והרא"ש שאף בצלולים אם לא יכול בר אמורא להוציאו חייב אף לרבה שלא סבר דין גרמי, א"כ כיצד משכחת האוקימתא שצבע בהו קופא, ואם מדובר שאפשר להבעירו ע"י צפון הרי צפון מעבירו ואין צבע וכדאיתא שם וצ"ע. מ"מ מדברי נמו"י רמב"ן בעה"מ למדנו שבכל מקום שרואה חפצו כמו בצבע בהו קופא פטור למי שלא דן דין גרמי וא"כ ה"ה בצלולים שלרבה פטור אף שלא יכול להביאו.

לגבי הגביה בפוחת: **הש"ך** כתב שמדובר שלא הגביהו, שאם הגביהו חייב. **הקצות** (יא) כתב שאף בהגביה פטור ממה שלא אמר רבה "והני מילי דאדייה אדויי אבל אגביה חייב" אלא בזרק לים לבד, משמע שבאחרים אף הגביה פטורי. וכן הוכיח **הש"ך** (יג) נגד דברי מהרש"ל (ב"ק פ"ט ס"י י"ט) בשורף שטר. והטעם ע"פ **תוס'** (ב"ק צח.) 'השף' שרבה סבר פסלתו מלכות לא הוי כנסדק שאי הוי כנסדק א"כ כ"ש ששף מטבע הוי כנסדק והרי חסרו טובא ומדוע פטור, ולפי"ז כיון ששף מטבע לא הוי כנסדק אלא כפסלתו שיוכל לומר הרי שלך לפניך (צו:) כמ"ש תוס' וא"כ אפילו הגביה גס פטור. אך קצת קשה **ברמב"ם** (חובל ז יא) שפסק שמרקע דינר והעביר צורתו חייב לשלם משום גורס, וכיון שפסק (גזלה ג ד) שפסלתו מלכות לא יכול לומר הרי שלך לפניך א"כ תיפוק ליה שחייב משום מזיק ממש בשף מטבע כיון שהוי כנסדק. וכן קשה **בשו"ע** (שסג א) שפסק שפסלתו מלכות לא מצי אמר הרי שלך לפניך וא"כ למה כתב לחייב פוחת משום גורס? ונראה שסברו **כרשב"א** (צח.) ד"ה אמר רבה השף) שהקשה בדברי רבה שפוטר פוחת, שהרי קי"ל (צו:) גזל מטבע ועשה נסכא שהו"ל שינוי, שמעיקרא מטבע והשתא נסכא, וא"כ שף מטבע נמי מעיקרא מטבע והשתא נסכא והו"ל שינוי ממש, ותרץ שאעפ"כ פטור לענין מזיק משום שאומר לו מאי חסרתך וע"ש. וא"כ ניחא שפסלתו מלכות לא יכול לומר הרי שלך לפניך ומשום שהו"ל כנסדק, ולענין מזיק פטור משום שאמר ליה מאי חסרתך ואין החיוב אלא משום גורס. ולפי"ז אפשר שאף **לרמ"א** (שסג א) שבפסלתו יכול לומר הרי שלך לפניך ולא הוי כנסדק, אפי"ה בפוחת כיון שמעיקרא מטבע ועתה נעשה נסכא שלא יכול לומר הרי שלך לפניך במקום שהגביהו כיון שנעשה שינוי, ומה שפטור בלא הגביהו היינו משום שאומר לו מאי חסרתך. אלא **שבתוס'** משמע שתלוי זה בזה שבמקום שלא יכול לומר הרי שלך לפניך חייב על היזקו, וא"כ לדעת תוס' אף בהגביהו בפוחת אומר לו הרי שלך לפניך. **והיש"ש** (ב"ק ט יז) העלה שהגביהו חייב בפוחת משום שהוי שינוי שמעיקרא מטבע ועתה נסכא וטעמא דרבה משום שעדיין אינו אלא גרמא בנזקין, וכ"כ **צפת פנח**. ולפינו הרשב"א פירש כן. <- ומ"מ מידי ספיקא לא נצא כיון שמדברי תוס' משמע שתלוי זה בזה א"כ מספק לא נוציא ממון ואף בהגביה מצי אמר הרי שלך לפניך.

חסר המטבע: **הקצות** (יב) כתב שאם חסרו אפילו קצת חייב על כל הקלקול, כ"כ **תוס'** (ב"ק צח.) 'מתיב'.

הכה בכלי זהב: כתב **מהרש"ל** בשם **צפת פנח** שאף בהכה על בתי נפש או שכר כלי כסף וזהב או על טבעת ופחתה הוי כמטבע ממש ופטור והוא **בראב"ן**. **ש"ך**- אפשר לחלק שדווקא במטבע שאין אלא צורה אבל בכלי מעיקרא כלי הוי והשתא אינו כלי ולכן לא הוזכר בש"ס ופוסקים רק מטבע וצ"ע.

אופן ההשבה: ליש"ש מספיק לשלם לבר אמוראי, ולש"ך לא נפטר עד שיעשה השבה מעליא.

היש"ש כתב שאף במקום שהגביה בדוחף שהוי גזלן וצריך לעשות השבה יוצא במה שמשלם שכר בר אמוראי ולא צריך להיטפל בה יותר וכ"מ מתוס' לגבי יש שבח בסימנים ע"ג צמר. **הש"ך** (ח) חלק שכיון שצריך לעשות השבה לא יוצא עד שמחזירה למקום שנטלה, ומתוס' ריש קא לא משמע שלא דיברו מזה אם מקפיד בכך משום ששם מונח הצמר לפניו אבל אם מקפיד מקפיד.

מכר שטר חוב ומחלו: עוד בשו"ע: "המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו, דק"ל שהוא מחול, צריך לשלם ללוקח, כמו שנתבאר בסימן ס"ו" סעיף לב. והוא מכתובות פנ.

סעיף ב

וכן השורף שטר חוב של חבירו, חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר, שאע"פ שאין גוף השטר ממון, הרי גרם לאבד ממון, ובלבד שיודה לו המזיק ששטר מקויים היה וכך וכך היה כתוב בו ומחמת ששרפו הוא אינו יכול לגבות החוב; אבל אם לא האמינו, אינו משלם לו אלא דמי הנייר בלבד. (ומיירי שאין עדים שיודעים כמה היה כתוב בו, שאם היו עדים אינו חייב לו כלום, שהם יעשו לו שטר אחר, כמו שנתבאר בסימן מ"א) (טור).

בב"ק צח.: "ואמר רבה: השורף שטרו של חבירו - פטור, דאמר ליה: ניירא קלאי מינך. מתקיף לה רמי בר חמא: היכי דמי? אי דאיכא סהדי דידעי מאי הוה בשטרא, ליכתבו ליה שטרא מעליא! ואי דליכא סהדי, אגן מנא ידעינן? אמר רבא: תהא במאמינו... אמר אמימר: מאן דדאין דינא דגרמי - מגבי ביה דמי שטרא מעליא, ומאן דלא דאין דינא דגרמי - מגבי ביה דמי ניירא בעלמא. הוה עובדא, וכפייה רפרם לרב אשי, ואגבי ביה כי כשורא לצלמא". ע"פ זה פסק **השו"ע**: "וכן השורף שטר חוב של חבירו, חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר, שאע"פ שאין גוף השטר ממון, הרי גרם לאבד ממון, ובלבד שיודה לו המזיק ששטר מקויים היה וכך וכך היה כתוב בו ומחמת ששרפו הוא אינו יכול לגבות החוב; אבל אם לא האמינו, אינו משלם לו אלא דמי הנייר בלבד. (ומיירי שאין עדים שיודעים כמה היה כתוב בו, שאם היו עדים אינו חייב לו כלום, שהם יעשו לו שטר אחר, כמו שנתבאר בסימן מ"א)". **הרמב"ם וטור** הם שהוסיפו שמאמינו גם על הקיום שבלא זה לא היה יכול לגבותו.

עדים יעשו שטר אחר: **הסמ"ע** (ד) כתב שלא דוקא הם יעשו שהרי כבר עשו שליחותן ואינם יכולים לכתוב לו שוב שטר אחר, אלא הכוונה שהם יאמרו הדבר לפני ביי"ד וביי"ד יכתבו לו שטר אחר ונתבאר בסימן מא א. **ש"ך** (טז) - וכן פירש **הנמו"י** (פ' גט פשוט) לשון הגמ' וכ"כ **התרומוות** (סוף שני"ז) בשם **הראב"ד**.

שטר לכל המוציא: **הנוד"ב** (קמא חו"מ לו, פת"ש ד) כתב שאף בשט"ח שנכתב לך ולכל המוציא שאז לא צריך כתיבה רק מסירה לחוד ומי שבידו גובה (כמבואר סו א רמ"א) אפ"ה השורפו חייב רק מדין גרמי.

מודה במקצת ומשויאל"מ: **התרומוות** כתב שאם בעל השטר אומר מנה היה בו והשורף אומר לא כי אלא נ' ישבע כדין מודה במקצת, ואי אומר על השאר איני יודע הוי משויאל"מ. והובא **בב"ב ד"מ ב"ח ועיר שושן** בסתם. והעיר **הש"ך** (י) **שצ"ע** שקי"ל (סו לט, צה א) שאין נשבעים על שטרות לא שומרים ולא מודה במקצת ממשנה **בשבועות מב**; והיה אפשר לדחוק שהיינו למי שלא דין גרמי או שלא גורם היזק במה שאינו מחזיר השטרות רק שתובע גוף השטרות לאיזה טעם שיש לו, אך מסתימת כל הפוסקים שכתבו בסתמא משמע אף שמכוח כפירתו לא יוכל התובע להוציא חובו אין נשבעים. וכך מוכח **מתוס'** (שבועות לו: 'מיעט') שכתבו שמיעוט שטרות משבועה אתי שפיר יותר לר"מ שמחייב בשורף מדינא דגרמי כו'. **ונראה שהתרומוות** סבר שדין גרמי ודבר הגורם לממון כממון דמי הכל אחד והלכה כר"ש, וא"כ לדין שלא קי"ל כר"ש ליתנהו לדבריו. ומשמע להדיא מדבריו שאי קי"ל כרבנן לא היה נשבע זה השורף וא"כ הרי רוב הפוסקים פסקו כרבנן: **הרמב"ם וברטנורא** וכ"מ **ברי"ף** (שבועות כג: **וברא"ש** (שבועות ו כד) שהשמיטו דברי ר"ש מהמשנה, וכ"פ **הרמב"ם והמ"מ** וכן מוכח עוד דעת הרבה פוסקים ועיקר. ומ"ש שאמימר דין דין גרמי משום שקי"ל כר"ש לא נהירא ומשמע בצח: שאף אמימר סבר כרבנן, וכן מפורש **ברמב"ן** שאין נשבעים שבועת התורה על שריפת שטרות כי לא קי"ל כר"ש אף שאם הזיקן חייב לשלם, ומשמירתה פטור כי דין גרמי הוא רק במזיק ויש מי שאומר שפושע מזיק הוא ומשלם. ונראה ממנו שבכל דין גרמי לא נשבעים שבועת התורה, אך על זה חלקו **הרשב"א ותשובות מימוניות ורמב"ם** שבמסור שייך שבועת התורה אף שהוא רק גרמי, ומודים בשטרות שהתורה מיעטה ורק במקום שהתורה גילתה מיעטנו שבועה.

קצות (ד) - נראה כתרומוות. ודחה ראיות הש"ך, והעיקריות: (1) מה שהוכיח ממיעוט הפס' משבועה משום שאין גופן ממון מסתמא מיעטם אף שגורם לו היזק במה שאינו מחזיר לו השטרות כגון שאומר לא הפקדת אצלי אלא אחד ומחמת זה לא יוכל המלוה להוציא חובו פטור משבועה שכיון שאין גופן ממון אין נשבעים עליהם, אינו ראיה, שוודאי במקום שישנו בעין אע"ג שמחמת זה לא יוכל המלוה לגבות חובו פטור משבועה שמה שתובע זה שטרות שהרי אף בתבעו למלא החפירה הו"ל תביעת קרקע לראב"ד (טוען פ"ה) ומכ"ש בתובעו להחזיר השטרות שוודאי פטור, אך אחר ששורפן הולכים בתר בסוף ולראב"ד חייב שבועה. (2) מה שטען שדין גרמי אינו אלא מדרבנן ולכן אין בו שבועה דאז, כבר כתבתי (פז לב) שאף בממון דרבנן נשבעים שבועת התורה כיון שהפקר ביי"ד הפקר הו"ל ממון ממש ובטוען איני יודע הוי משויאל"מ.

סיכום: התרומוות הראב"ד (בתרומוות) ויש"ש מחייבים שבועה בשורף שטרות. הש"ך פסק שפטור בשורף שטרות וכן נראה ממי שפסק כרבנן במח' עם ר"ש, אך חייב בשאר גרמי ע"פ הרמב"ם רשב"א ותשובות מימוניות. והש"ך ברמב"ן כתב שפטור בכל גרמי.

סכום החיוב: הש"ך (יד) כתב שהלשון "כל החוב" משמעותה ששמים כמה היה שווה למכור כמו במחילת שטרות (סו לב) שאין סברה לחלק בין מוחל לשורף. וגם **ברא"ש** (כלל סט יא) משמע במפורש שכך הדין גם בשורף. וכ"כ **מהרשד"ם** (סי' לב).

נאמנות לומר פרעתי: **המהר"י בן לב** (ח"א סו"ס קסג) כתב שהשורף אינו נאמן לומר פרעתי לו ההיזק למי"ד דין גרמי דא"י, אלא שיכול לומר קים לי כמאן דאמר דרבנן. **הש"ך** (יד) כתב נראה שנאמן לכו"ע.

הגביהו בידיים: ליש"ש גם לרבה חייב ויש תקנת נגזל אם השטר שווה פרוטה, לש"ך וקצות פטור.

יש"ש (בי"ק ט יט) כתב שמדובר שלא נטלו בידיים שלא היה עליו גזלן או שהיה בידו כבר בפיקדון, אך בלקחו בידיו והגביהו היו גזלן לכו"ע והשבה צריך לעשות וחייב אף לרבה שלא גרע דין גרמי מגרמא בנזיקין שהסקנו שבלקח בידיו הוא גזלן וחייב כ"ש כאן וא"כ שישבע הנגזל על סכמו שיש תקנת נגזל ודווקא בשטר ששווה הנייר פרוטה לצור ע"פ הצלוחית שהיו בוודאי גזלן אך אם לא הוא אינו ודאי גזלן ואולי אין כאן דיני גזלה ואין כאן תקנת נגזל.

הש"ך (יג דחה: 1) רבה בסתם אמר ומשמע אף בלקחו בידיים והגביהו ושרפו פטור. 2) לפני כן אמר רבה זורק מטבע לים הגדול והני מילי שאדיי אדויי אבל לקחו בידיים גזלו וצריך השבה מעליא ואח"כ אמר בסתם השורף שטר חברו פטור מ"ט נייר בעלמא שרפתי לך, משמע שבשורף שטר של חברו אף בלקחו בידיים פטור. ועיין בש"ך הביא עוד שני ראיות. וכתב שלמסקנה אם אחר שגזלן נשרפו מעצמן פטור הגזלן, ואם שרפו בעצמו חייב רק משום דין גרמי משום קנס חכמים. **והקצות** (ו) כתב שהעיקר כש"ך שאינם נגזלים ואף במקום שאינם בעין פטור.

שורף שטר ואינו יודע שהיה מקוים: למהרש"ל אין תקנת נגזל, לש"ך יש תקנת נגזל.

למהרש"ל (בי"ק ט יט) כתב שאם המזיק לא יודע אם השטר היה מקוים וכו' שלא אומרים שכנגדו נשבע ונטל שלגבי שורף שטרות חברו גרע ממסור ולכו"ע לא עשו תקנת נגזל כיון שנייר בעלמא שרף לו. **הש"ך** (טו) כתב שמשמע שמקורו **מהרא"ש ונמו"י**. אך לא נראה לחלק בדיני גרמי בין זה לזה שנראה שלכולם דין אחד וכשהתביעו בב"ק סב. אם עשו תקנת נגזל במסור או לא בכולם הסתפקו וכך משמע מהגמ' שאמר אליבא דמאן דלא דין גרמי לא תסתפק שמסורות גם לא דנים אלא הספק הוא למי שדן דין גרמי וכו', ומה שאמרו לגבי שורף "אי דליכא עדים מנא ידעינן" ולא אמר שישבע ויטול היינו משום שוודאי רבה לא מדבר בדבר שהסתפקו בגמ'. וגם מהנמו"י לא מוכח שלא אמר רק שלא אומרים בפשיטות שנשבע ונטל אלא כמו שהסתפקו במסור ה"ה בשורף ומידי ספק לא יוצא ע"ש. וגם ברא"ש יש לדחות שאמר כן רק לס"ד של הגמ' שלא דנים דין גרמי ע"ש, וגם אם דבריו כפשוטו לענין דינא אינו כן, וכן מפורש **בתשובת מימוני** בשם **רב האי גאון** ששורף שטר חברו ומסור דין אחד להם לענין תקנת נגזל וכמו שהסתפקו במסור ה"ה לשורף, ונודע שאין לחלוק על גאון אלא בראיה ברורה ומכ"ש שפשט הגמ' משמע כמותו. **ובמרדכי** (בי"ק) כתב שתקנת נגזל במסור עלתה בתיקו פי' ר"י לקולא ורב האי פסק יחלוקו אבל בתשובתו פסק כיון שאשו ומסור עלו בתיקו המע"ה ובספרים גדולת מרדכי מחק המילה אשו ומהר"מ מטיקטין נדחק בה כי התקשו שהרי באשו פשוט בש"ס שעשו תקנת נגזל ולענ"ד הכוונה בשורף שטר וכנ"ל וגם התשובת מימוני כתב שבבתשובה הנ"ל חור בו. א"כ גם במרדכי רמזוה תשובה זו.

דינים נוספים:

מזיק בגרמי דבר שאדם היה נפטר בו - למהרש"ל פטור, לרמב"ן ולש"ך חייב.

הרמב"ן (דינא דגרמי) כתב על דינו שה"ה בגזל חמץ ועבר עליו הפסח שיכל היה להחזירו לנגזל ולומר לו הרי שלך לפניך ובא אחר ושרפו חייב לשלם לגזלן מדין גרמי שגרם לו להפסיד ממון מכיסו. **המהרש"ל** (בי"ק ט יט) הקשה מהגמ' **צ"ח**: שאמר השורף חמץ באנו למח' ר"ש ורבנן וכו' ומאחר שהלכה כרבנן א"כ משמע במפורש שפטור. **הש"ך** (יא) תרץ שסבר כ"מ **שבתוס'** (בי"ק עא:) שתירוצו ראשון (שאפשר שר"מ מחייב דווקא בשורף שטר וכה"ג שראוי לכל העולם, אך שור נסקל וקודשים שאינו ראוי אלא לזה שיפטר בו) כלל לא מסתבר עיין ס"ק א שמה לי שווה לכל העולם או שווה לו סו"ס גרם לו היזק, וכ"כ **בריטב"א** (כתובות) שתירוצו הי"מ (שר"מ לא מחייב אלא קרן אך לא שמענו שמחייב כפל) הוא הנכון. וא"כ הרמב"ן פסק כב"ק וכתובות שחייב קרבן על שור הנסקל שהוא סוגיא דסתם גמ' ולא כרבה שאמר השורף וכו' באנו למח'. ובאמת הרמב"ן הביא הגמרות הנ"ל ולמד מזה שלא לתלות אחת בחברתה. ומהרש"ל לא הביא דבריו אלו רק קיצרם ולא דקדק. ומ"מ כיון שדין גרמי הוא קנס דרבנן כאן פטור שלא שכח וכס"ק א.

עושה עבדו אפותיקי ושחררו - לרמב"ם רא"ש רמב"ן ר"ן ועוד חייב באפותיקי מפורש (לב"י וד"מ לרי"ו באינו מפורש, ובמפורש פטור וש"ך חלק), לראב"ד פטור. ובאחר שהזיק באפותיקי לא מפורש חייב מדין שעבודא דר"נ.

הרמב"ם (חובל ז יא) כתב שבעשה עבדו אפותיקי ושחררו חייב המשחרר לבע"ח שהרי הפקיע שעבודו וגרם לאבד ממנו. **הראב"ד** כתב **שהרב** חלק שהרי זו סברת רשב"ג, ורבנן חלקו (**גיטין מ:**) וקי"ל כמותם, ואינו דומה לשורף שטר חברו ששם בשל חברו עשה מעשה אך כאן אמר בשל עצמי אני עושה.

המ"מ כתב שלא ברור מי הרב, אם הרי"ף כדרכו לא נמצא כן באף מקום, ובקצתן נמצא כרשב"ג, וכיון שכן חוזרים לכלל כל מקום ששנה רשב"ג במשנתו הלכה כמותו וזו משנה שם, וכ"ש כאן שהכרחי לפסוק כמותו שהרי טעמו שמזיק שעבודו של חברו חייב ואנו שקי"ל כדן גרמי כ"ש במזיק זה שחייב שהוא אלם כמוכח במפורש בב"ק לג: לגבי שחטו בשרו מותר.

הש"ך (יב- אינו מוכח: 1) לראב"ד היה נסחים שלא נכתב בהם הלכה כרשב"ג וממילא הלכה כרבנן וכמ"ש הרי"ף (גיטין כ:) במפורש במשנת עבד שנשבה וכו' (גיטין לו:) שחלקו רשב"ג ורבנן, שראינו גאון פסק כרבנן שקי"ל יחיד ורבים הלכה כרבים וא"כ משמע שה"ה כאן. ועוד כתב **הרי"ף** (בי"ב פא.) שהכלל שאמר רבה בר חנה בשם ר' יוחנן כל מקום

וכו' אינו אלא עד שיש טעם וכ"כ רשב"א (גיטין פ"ז) והר"ן בשם הר"ף (ב"ב פ"י) ונראה שטעמו משום שאמרו בכתובות עז. שאמוראי ניהו בזה אליבא דר' יוחנן. 2) לא מוכח מב"ק שם לפי חילוק הראב"ד שאינו דומה לשורף שטר חברו ששם בשל חברו עשה וכו' ונראה שהראב"ד עצמו הרגיש בגמ' וכתב ששורף שונה. ומה שהקשו שגם רבה אמרה שאמר השורף שטר של חברו פטור, הקשו מכוח כ"ש כיון שאפילו בדחבריה פטור כ"ש בדידיה ותרצו שאפשר ששם נייר בעלמא שרף לו וכו' א"כ נהי שמזיק שעבודו אלים טפי לפי המסקנה היינו כמו שדנים דין דגרמי בשורף שטר של חברו שחייב ה"ה באחר שהזיק שעבודו של חברו אבל בלווה עצמו שהזיק שעבודו לא שמענו וא"כ י"ל שהלכה כרבנן לגבי לווה עצמו שהזיק שבשלו עשה.

ומ"מ דעת הרא"ש (ב"ק פ"ג וגיטין פ"ד) הרמב"ן והר"ן (גיטין פ"ד) וש"פ וכ"פ מהרש"ל (ב"ק ג כח) טור (קז ו) רי"ו (ב"י ודר"מ כאן), והוסיף בשם הרא"ש שאף במחל לו המלווה למזיק בעל הקרקע תובעו למזיק.

כתבו ב"י וד"מ בשם רי"ו כתב שאם היה אפותיקי מפורש אין הבע"ח גובה מהמזיק כמו שאינו גובה משאר נכסי הלווה. ותמה ה"ש שהעתיקוהו בסתם שהוא תמורה אדרבה באפותיקי מפורש הוא שגובה הבע"ח מהמזיק אך באפותיקי סתם יכול המזיק לומר לבע"ח מה עשיתי לך הלא תגבה משאר נכסים ומה דמיון הוא שכתב כמו שאינו גובה משאר נכסי הלווה אדרבה כיון שאינו גובה משאר נכסי הלווה הבע"ח גובה מהמזיק כיון שהזיק שעבודו וכדק"ל המזיק שעבודו של חברו חייב, וכן התוס' הר"ן (גיטין מא). הרמב"ם מ"מ (מלוה יח, חובל ז) וטור (קז) וש"פ פירשו במפורש שדברי רשב"ג שמזיק שעבודו של חברו חייב היינו באפותיקי מפורש ואף שתוס' והפוסקים דיברו כשהזיקם הלווה עצמו מ"מ פשוט שדין אחד להם לענין שיהא חייב משום מזיק וכן משמע במפורש ברשב"א (גיטין פ"ד) ואדרבה כשהזיקם אחר גרע טפי וכמ"ש לעיל לדעת הראב"ד וגם מדברי רי"ו עצמו (נל"א סוח"ב) נראה כן.

ואחר שהזיק שעבודו לא רק משום מזיק שעבודו חייב אלא גם מדברי נתן וכ"כ המוד"ק (ב"ק ג לא-לב) בשם הר"י מוינא ששם מדובר שהבעלים בעצמם עשו לו ההזיק שאל"כ בלא"ה חייב מדר"נ שהרי החופר בקרקע בורות מן הדין חייב לפרוע לבעל הקרקע שהפסידו וכיון שחייב לו יתחייב לבעל חובו מדר"נ.

הקצות (ה) הבין שהש"ך הסיק כראב"ד שבמקום שבנפשו הוא עושה פטור. וכתב שמתוס' (ב"ק ק. 'מחיצת') נראה כרמב"ם, שעל הגמ' שר"מ הוא שדן דינא דגרמי, הקשו ומי התנא שחולק עליו שהרי ר' יוסי ור"ש חלקו רק משום שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ותרצו שזה התנא בב"ק לג: "שחטו תם מה שעשה עשוי" שמשמע שיש לפטור יותר בשורף שטרות מבשחטו תם ולמי שדן גרמי אמרו לעיל שמגבה דמי שטרא מעליא ע"כ. ואם במקום שעשה בשלו פטור א"כ אין ראייה משחטו תם ששם בשלו הוא שעשה.

וכתב שבעושה קרקע אפותיקי ובא אחר וחפר בה בורות אף לראב"ד חייב כיון שלא בשלו עושה אלא בשל חברו, ובמרדכי הנ"ל כתב שבוה חייב גם לולא דין גרמי יהיה חייב מדר"נ. אך קשה, שכיון שעשאו אפותיקי ואמר לו לא יהא לך פרעון אלא מזו דומיא דשחטו תם שהו"ל אפותיקי מפורש, א"כ אין הלווה חייב כלום למלווה משאר נכסים ואיך שייך בזה שעבודא דר"נ כיון שהמלווה אינו יכול לתבוע כלל את הלווה. וזה ההסבר בב"י וד"מ שכתבו בשם רי"ו שאם היה אפותיקי מפורש אין הבע"ח גובה מהמזיק כמו שאינו גובה משאר נכסי הלווה, שנראה שלא דיבר רי"ו מדין גרמי אלא מדין שעבודא דר"נ שבאפותיקי מפורש כיון שאין הלווה חייב משאר נכסים אין בו משום ר"נ כנ"ל, אך באפותיקי סתם שגובה משאר נכסים א"כ הלווה חייב למלווה וגובה משעבודא דר"נ.

ולפי"ז שבאפותיקי מפורש אין בו ר"נ, מה שמזיק שעבודו של חברו פטור (ב"ק לג:) אין צריך לפרש שהבעלים בעצמם הזיקו אלא אף אחר ונ"מ כשהזיקו בשוגג שלפוסקים שדינא דגרמי אינו אלא קנסא ובשוגג פטור, וכן במת לא קנסו בנו אחרי, ואילו מחמת שעבודא דר"נ מדינא חייב, אך באפותיקי מפורש אין בו משום שעבודא דר"נ.

שורף חמץ חברו בחג כשהיה מותר להשהותו בחמץ נוקשה (או"ח תמב-) **הקצות** (ז) כתב שנראה שפטור כיון שלא שווה כלום עתה ואף שאח"כ ישווה, מפסחים כט. ששינו: "האוכל חמץ של הקדש במועד מעל וי"א לא מעל, מאן י"א... הכא בהא קמפלגי בדבר הגורם לממון כממון דמי מ"ד מעל סבר דבר הגורם לממון כממון ומ"ד לא מעל סבר דבר הגורם לממון לאו כממון" ופרש"י (דכו"ע): "מ"ד מעל סבר אע"ג דהשתא לא חזי כיון דלקמיה חזי גורם לממון הוא וכממון דמי". א"כ בנידוננו גם כיון שעתה תוך הפסח אינו שווה דבר אף שבעתיד יהיה שווה כיון שקי"ל לרוב הפוסקים כרבנן דר"ש (ב"ב עד:) ודבר הגורם לממון לא כממון פטור (ודלא כתרומות (שני"א ח"ו ח) בשם הראב"ד שסבר כר"ש). **ובבעה"מ** (פסחים ז:) פירש שמדובר באוכל חמץ של הקדש שהקדישו הבעלים ובאחריות, ולכן הו"ל דבר גורם לממון וע"ש, וא"כ אינו ענין לענינו בדבר שעתה לא ראוי ולעתיד ראוי, שכבר עכשיו מפסיד הבעלים כיון שיש לו אחריות. אלא שלא ירדנו לכוונה במה ששנו "מעל", ומה ענין מעילה לזה כיון שההפסד הוא לבעלים שהקדישו באחריות, והלשון שמעל משמע קרן וחומש ואשם שהוא להקדש. ועיין מ"ש בסימן קע"ו סק"ז.

ויש להקשות ממה שלמ"ד דבר הגורם לממון כממון זה אף שעתה לא ראוי כיון שבעתיד יהיה ראוי, מב"ק צ. "תני המוכר עבדו לאחר ופסק עמו שישמשנו שלושים יום ר"מ אומר הראשון ישנו יום או יומים מפני שהוא תחתיו, ר' יהודה אומר שני מפני שהוא כספו" ופירשו בגמ' שר"מ סבר קניין פירות כקניין הגוף. וכיון שר"מ סבר כר"ש שדבר הגורם לממון כממון וכדאמרו בב"ק עא לגבי שור הנסקל, א"כ אף שקניין פירות הוא כקניין הגוף הרי לאחר 30 של השני הוא וא"כ תוך 30 גם הוי דשני מחמת דבר הגורם לממון. ונראה שע"כ לא אמר ר"ש דבר הגורם לממון כממון אלא שיתחייב בהיזקו כיון שע"י היזק זה יפסדו הבעלים ממון כמו בקודשים שחייב באחריותם שחייב מה"ט לר"ש בהיזקו וגניבתו, אך כל זמן שישנו בעין אינו ממון הוא כלל. וגבי חמץ של הקדש שמעל נמי כיון שמפסיד ממון הקדש שהיה להקדש בו אחר הפסח הוי עתה דבר הגורם לממון ומעל בו. וכן מוכח מפסחים ה:ו. "אמר רבא בעירו חמירא דבני חילא כיון

דאילו מינגב או מיתבד ברשותיכו קיימי ובעי שלומי כדילכון דמי, הניחא למי"ד דבר הגורם לממון כממון אלא למי"ד לאו כממון דמי מאי איכא למימר שאני הכא דאמר קרא לא ימצא. איכא דאמרי הניחא למי"ד לאו כממון היינו דאצטריך לא ימצא אלא למי"ד כממון לא יצא למה לי אצטריך סד"א הואיל וכי איתיה הדר בעינא לאו ברשותיה קאי קמ"ל". ופירש"י: "הואיל וכי איתיה הדר בעינא היא גופה למרה וזה עדיין לא נאבד וכי אמר ר"ש להאי היכא דאינו בעין כגון גבי גונב קודשים שהיו הבעלים חייבין באחריות אמר ר"ש אע"פ שאין כפל בהקדש דכתיב רעהו ולא של הקדש הכא חייב כיון דזה חייב באחריות רעהו קרינן ביה דהאי גרם לו להתחייב ממון". ומבואר שר"ש לא אמר במקום שישנו בעין, וגבי חמץ לימד הפסוק לעבור בבל יראה שהרי אף לדין שאין לנו דבר הגורם לממון כממון שאני חמץ דכתיב "לא ימצא" אבל אם נאמר דלר"ש הוי כממון אפילו במקום שישנו בעין אי"כ יקשה "לא ימצא" למה לי. וכ"כ **הצמח צדק** (סימן לא) והביא הראיה מפסחים ורש"י שם.

ובני הקשה מסנהדרין קיב: "היו בה קדשים קדשי מזבח ימותו ואמאי ימותו ירעו עד שיתאבדו וימכרו ויפלו דמיהן לנדה? ר"ל אמר ממון בעלים הוא והכא בקודשים שחייב באחריות ור"ש היא דאמר ממון בעלים הוא". ופירש"י: "הלכך לענין עיד הנדחת נמי ממון בעלים הוא ודיינינוהו לפי חרב כשאר בהמות שבתוכה והלכך אסירי דמיהן בהנאה, והאי דקאמר ימותו ולא אמר שיחרימו אותה עמהם משום כבוד שמים". מוכח שאף בישנו בעין אמר ר"ש כממון וצ"ע.

מיהו נראה שאף אם נאמר שר"ש סבר שדבר הגורם לממון כממון אף כשישנו בעין, מ"מ במכירה ודאי אינו, וראיה שהמקבל פקדון מחברו באחריות היעלה על הדעת שיוכל הנפקד למכור דבר שאינו שלו וא"כ ה"ה בקודשים שחייב באחריותם ודאי שאינם במכירה ודלא כפנ"י. ומהתוספתא ב"ק פ"ד ה"א צ"ע.

סעיף ג

וכן הזורק כלי שלו מראש הגג, והיו תחתיו כרים וכסתות שאם יפול עליהם לא ישבר, וקדם אחר וסלקם, ונחבט הכלי בארץ ונשבר, חייב המסלק; וכן כל כיוצא בזה. הגה: וי"א דזה מקרי גרמא בנזקין ופטור. וכן בדוחף מטבע של חבירו או פחת צורתה, פטור, דהוי גרמא בנזקין. ולכן אפילו זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות, וקדם בעצמו וסלקו, אפ"ה פטור, דעל הזריקה לא מיחייב דלא היו ראויים לישבר, ומה שסלקן הוי גרמא בעלמא (טור בשם הרא"ש ור"י פ' לא יחפור). סופר שכתב שטר וכתב מנה במקום מאתים, או המזיק לחבירו בעצתו שיעץ לו, או שליש שהחזיר שטר שלא היה לו להחזיר, כולם פטורים, דלא היו אלא גרמא בנזקין. מיהו משמתינן ליה עד דמסלק היזיקא. וכן בכל גרמא בניזקין (תשו' רשב"א ס' אלף נ"ב ותשובת רמב"ן ס' ר"מ ור"י ונ"י פ' לא יחפור). י"א דבכל גרמא בנזקין, אם הוא דבר שכיח ורגיל, חייב לשלם משום קנס (תוס' פרק לא יחפור בשם ריצב"א). ולכן יש מי שכתב דראובן שמכר מקח לעו"ג, ובא שמעון ואמר ליה לעו"ג שאינו שוה כל כך, חייב לשלם לו (מהר"ם מריזבורג). ואפשר דכי האי גוונא הוי כמסור, דחייב, כדלקמן ס' שפ"ח. ראובן שהלוה מעות לעובד כוכבים על משכונות, ובא שמעון ואמר לעובד כוכבים להלות לו בפחות, והחזיר לראובן מעותיו, פטור, דהוי גרמא בנזקין, מיהו מקרי רשע (רבינו ירוחם נ"א ח"ב). וע"ל ס' קנ"ו ס"ה. דין (נ"י המבטל) המגביה כיסו של חבירו, ע"ל סימן רצ"ב.

זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות

ב"ק נו: "ואמר רבה: זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים או כסתות, בא אחר וסלקן או קדם וסלקן - פטור, מאי טעמא? בעידנא דשדייה פסוקי מפסקי גיריה". כתב הר"ף (יא): מסתבר שאין הלכה כרבה משום שסבר שלא דנים דין גרמי בב"ק צח. גבי שורף שטר חברו שפטור מדיני אדם וק"ל שאין הלכה כד שאמרו כפיה רפרם לרב אשי ואגביה וכו' וכ"פ הרמב"ם (חובל ז-ח) ושו"ע. **הסמ"ע** (ה) העיר שלרמב"ם אם הכלי של הזורק אז המסלק חייב לו הכל, ואם הכלי של אחר כל אחד משלם חצי והשו"ע קיצר בדבריו. ואם הכלי של בעל הכרים וסילקם הוא עצמו הזורק חייב הכל. אמנם **הטור** תמה איך אפשר לחייב את הראשון הרי הגמי אמרה במפורש שאלו חיצים מופסקים אלא ודאי פטור לעולם אם סילקן אחר, **והב"י** תרץ שלרמב"ם המימרא הזו אינה להלכה וכמו לר"ף. **המ"מ** כתב שאפשר שרבה דיבר רק בלפטור את הזורק כאשר המסלק בעל הכרים הוא בעל הכלי ופטור הזורק ולא דיבר אם המסלק הוא אחר שאז אולי גם רבה חייבו ובה אמר הר"ף שאין הלכה כרבה לגבי הראשון שאף הוא חייב כיון שהיה גורם ולולא זריקתו לא היה הכלי נשבר.

הראב"ד כתב שיש חולקים כיון שלא עשה שום מעשה בגוף הכלי, וגם **הרא"ש** (ב טז) כתב שר"י (ב"ב כב: יז"א) חלק שהוא גרמא בנזקין שלא עשה מעשה בגוף הדבר הניזוק ומסתבר. ועוד שלא ברי היזקא שבזמן שזרק לא היה אמור להישבר. ופסקם **הרמ"א**. **הש"ך** (יח) כתב שכן דעת הרבה פוסקים וכ"פ **מהרש"ל** וכן נראה עיקר וכמ"ש בס"ק א.

סילקן בעצמו: מקרה זה מובא בגמ' "או קדם וסילקן" הוא עצמו. **הטור** כתב שאם הזורק סילקם בעצמו **לר"ף** חייב, **ולר"י רא"ש ולראב"ד** פטור על הזריקה ועל הסילוק, שבזריקה לא עשה כלום שלא היה אמור להיזק, ובסילוק לא עשה מעשה בגוף הכלי עצמו והוי גרמא, והביא **הרמ"א**. **הש"ך** (כ) כתב שזה דווקא כשלא הגביה הכלי רק דחפו מהגג לארץ, אך אם הגביהו הרי הוא גזלן וצריך לעשות השבה וחייב כמו בדוחף מטבע לים בסע' א ע"י"ש.

מקרים נוספים של גרמא שהובאו ברמ"א ונידוי הגורם עד שישלם הנזק

1. סופר שטרות- כתב הר"ן (ב"ב כא: 'סופר מתא') ונמו"י (ב"ב י: 'פסידא') סופר שכותב שטרות העיר שכתב מאה במקום מאתיים פסידא שאינה חוזרת היא והסביר רבינו יונה שאינו משלם ההפסד שגרמא בעלמא הוא.

2. מזיק חברו בעצתו- כתב הרשב"א (ח"א צט) שהמזיק חברו בעצתו כגון שאמר לעבדו להתגייר פטור שאף השוכר עדי שקר פטור. הרשב"א לא הזכיר שזה מדין גרמא, אך הרמ"א החשיבו כן.

3. שליש שהחזיר השטר למלווה- כתב הרשב"א (ח"א אף נב) ששליש שהחזיר למלווה שטרו הוי גרמא בנזיקין. הש"ך (כא) כתב שה"ה אם החזיר שטר פרוע לגוי והגוי הוציא פטור שהוי גרמא (רשב"א ג עו, ב"י מחודש א) ומהרש"ך (ח"א כז) הקשה על הרשב"א מאי שנא משורף שטרות של חברו ומהריב"ל (ס' לד) תרץ ודבריו פשוטים וגם מהר"ם אלשיך (ס' קיב) ומהר"ם מלובלין (ס' סא) הביאו דברי הרשב"א לפסק הלכה וגם מדברי משאת בנימין (ס' פה) מתיישב קושית מהרש"ך.

אם החזיר שטר שאינו פרוע ללווה, כתב הש"ך (כב) בשם המשאת בנימין (ס' פה) שזה מיקרי גרמי וחייב והוכיח כן מתשובת הרא"ש (כלל לט ס' ב, ב"י סו"ס סז מח' מו) ופשוט הוא שזה הוי כשורף.

נדדו כשאפשר לסלק ההיזק: הרשב"א כתב שאם עוד לא גבה המלווה חובו מנדים את השליש עד שישלם היזקו וכן בכל גרמא בנזיקין מחייבים לגורם לסלק היזקו. וכ"כ הרמב"ן (מיוחסות רמ) והר"ן (ב"מ קח: 'אלא') וכ"פ הרמ"א. בד"מ (קצר ד) ציין שהרשב"ץ (קנו) חלק על זה.

הסמ"ע (ח-ט) כתב שהנידוי הוא רק לפני שנעשה ההיזק או גבה מהלווה, וכמ"ש ברמ"א (נה א ע"פ הרשב"א הנ"ל) לגבי שליש שהחזיר שטר שלא כדין ולא נודע לב"ד עד שהוציא מהלווה כל השטר שהשליש פטור והוי גרמא בנזיקין. ומה שהסיק שם הרמ"א שם שבדבר השכח ורגיל קונסים אותו וחייב לשלם זה מדבר אף כשכבר גבו ונעשה הנזק. ולכן כתב הרמ"א כאן בתחילה שכולם פטורים שזה כשכבר נעשה הנזק, וכדעת הראב"ד (ב"ק קיד). 'משמתין', נמו"י ב"מ סד: מדפ"ה) והר"ן (הנ"ל) שכתבוהו על המוכר שדהו לגוי בצד שדה ישראל שמנדים אותו עד שמסלק היזק חברו, ודלא כרא"ש (ב"מ ט כח) שהצריך לשלם הכל. ועוד נראה מדבריהם שאפילו מת קודם שקיבל עליו לסלק היזקו שפטור.

מקרים נוספים: הש"ך (כג) הביא מקרים נוספים של גרמא: (1) משסה כלב חברו ס' שצה. (2) פורץ גדר לפני בהמתו ס' שצו ד. (3) שולח את הבערה ביד חש"י ס' תיח ז. (4) ליבה וליבתו הרוח תיח ט. (5) כופף קמתו של חברו לפני הדליקה תיח יא. (6) תקע באוזן חברו תכ כח. (7) הנותן סם המוות לפי בהמת חברו כתבו הטור והפוסקים פטור מדיני אדם משום שהוי גרמא וכ"כ הרמב"ם (נזקי ממון רפ"ד) ותימה שלא כתבו המחבר בשום מקום. וב"ק מט: איתא דלא מבעיא אכלה סם המוות אלא אף אכלה עשב מאכל בהמה שהיא סם המוות לה פטור ונראה שה"ה כשעירב סם המוות במאכל הראוי לה שפטור.

2 הדעות הנוספות לכל אורך הסימן

1. ר"י (תוס' ב"ב כב: ז"א, טור) רא"ש (וע"פ הסמ"ע א הרמ"א התכוון אליהם בתחילתו שהביא י"א שבכל גרמא בנזיקין פטור) כתבו שיש חילוקים בין גרמי שחייב לגרמא שפטור: א. גרמי זה במקום שהוא עצמו עושה היזק ממון לחברו וברי היזקא, כגון: שורף שטר (ב"ק צח). או מוחלו (כתובות פו). ומראה דינר לשולחני (ב"ק צט:). שבאמירתו שטוב הוא מזיקו, וכן אחווי אחווי (ב"ק קטז:). שהראה לגוי ממון חברו וברי היזקא כאילו נתנו למלכות ואין מעשה גדול מזה, וכן בכלאים נתיימש ולא גדרה (ב"ק ק:). כיון שמעורב שלו בשל חברו ונתיימש הוי כעושה מעשה בשל חברו, וכן דן את הדין וחייב הזכאי לתת ופטר החייב וציווה לתת הנבלה והטריפה לכלבים (בכורות כח:). הוי כעושה מעשה. אבל שיסה בו הכלב והנחש (ב"ק כג:). לא ברי היזקא כמו מסור ששמה לא ישכו בו, והמסלק כרים וכסתות (ב"ק כו:). אף שברי היזקא לא עשה מעשה בגוף הממון, ואינו דומה לאחיו אחיו שמסור כמאן דשרפו ועשה מעשה בגוף הממון, והשולח בערה ביד חש"י (ב"ק נט:). אינו עושה מעשה אלא החרש, ופורץ גדר בפני בהמת חברו (ב"ק נה:). ממילא יוצאת, וכ"ש טומן קמת חברו (ב"ק נו:). שאינו עושה כלום, ומבעית חברו הוא שהפסיד לעצמו ולא עשה בו מעשה. ב. כשבשעת מעשה נעשה ההיזק נקרא דינא דגרמי כגון שורף שטר או מוחלו ומראה דינר לשולחני ואמר שהוא טוב מיד סומך עליו ונעשה לו ההיזק ופטר אותו שנתנו לו, ומסור בעידנא דאחיו ליה כמי ששרפו דמי, וכן נתיימש בשעת היאוש נעשה מיד כלאים אלא אינו אסור עד שיוסיף מאתים, וכן דן את הדין מיד בא לו ההיזק. אבל כל השאר לא בא ההיזק מיד, המסלק הכרים לא נשבר הכלי עד שיגיע לארץ, וכן שיסה עד אחר השיסוי לא ינשך, וכן השולח בעירה בשעה שנותן האש לחש"י אינו מזיק, וכן פורץ גדר, ומבעית חברו אחר שהבעיתו הוא מתפתח והולך כו'. וכן הביא במרדכי (ב"ק ט קיט) אלא שכתב שלא יכל לעמוד על כל החילוקים. ותוס' הקשה מבכורות כח: טיהר את הטמא ובעה"ב בעצמו עירב פרותיו שהוא עצמו לא עשה ההיזק וגם ההיזק לא בא מיד בשעה שטיהר.

2. ריצב"א (תוס' ב"ב שם) וריב"א (מרדכי) כתבו שכולם שווים אלא שגרמי הוא מדרבנן ודבר ששכיח קנסו בו חכמים וקנס ודבר שלא שכיח לא קנסו, וכן בירושלמי שבועות פ"ו ה"ו: "המקרה שטר של חברו שלא מדעתו, רבי חנינא ורבי אבא, חד אמר חייב וחד אמר פטור, מאן דאמר חייב משום קנס כו". וטעם הקנס שלא יהיה כל אחד הולך ומזיק חברו בעין וכמו בהיזק שאינו ניכר ויתכן שלר"מ שחייב שם בשוגג גם פה יחייב. הסמ"ע (א)- הרמ"א קיצר בכל הפרטים שכתבו הרא"ש והטור לפטור ולחייב, כי סבר כדעה זו שכולם פטורים אי לאו בהני דשכיחי דקנסו בהן ואפילו בגרמא בניזקין.

העיר שושן רצה לתת טעם לשמות ש"גרמי" הוא בניין כבד כמו משבר שהגרמא בא מהמזיק עצמו לעומת "גרמא" הקל. והעיר הסמ"ע (א) שזה אינו לדעת הי"א שהוא המרדכי שדווקא בדבר שכיח קנסו. זה מתאים לר"י והרא"ש שהרמ"א

התחיל בהם. ונראה שבגרמות שפטרו חכמים מלשם קראום "גרמא בנזיקין" וכאילו אמרו שבאו מכוח הניזקין וכאילו מעצמם ולא מכוח אדם המזיק ואלה שחייבו "דיני גרמין" ר"ל הגרמות לא באו מעצמן אלא מאדם המזיק שגרמם, וזה טוב גם למדכי שאף ששום מ"מ בדבר השכיח קנסו וקראוהו גרמות על שם המזיק ובמה שלא שכיח לא קראו גרמות על שם המזיק ואולי זה כוונת הע"ש.

המשאת בנימין (ס' כח, פת"ש א) הוכיח בדעת הרא"ש ושאר רבונותא שכל דבר ששכיח קנסו חכמים למזיק בכל עניין וכו' ובדבר שאינו שכיח חילקו חכמים בין גרמא לגרמי שכל דבר שבעצמו עושה ההיזק וגם ההיזק בא מיד בשעת מעשה נקרא גרמי וחייב לשלם מהתורה כאילו עשה ההיזק בידיים ובמזיד וכל מה שחסר אחד מהתנאים הוא גרמא בנזיקין ופטור. והטעם שצריך שניהם שלא פסיקא לן מילתא איזה חילוק הוא אמת ועוד אפשר שגם חכמי התלמוד לא חייבו מדין גרמי עד שיש את שניהם והסתפקו איזה חילוק הוא העיקר וגם שמא לא נקרא גרמי עד שישנם שניהם לכן אין כוח בדינו לחייב עד שיש את שניהם. והרא"ש כתב שצריך גם ברי היזקא וגם שעושה מעשה בגוף הדבר הניזק.

אם יש להוסיף גרמא על מה שכתוב בגרמא: הש"ך (כד) העיר על לשון הרמ"א אם הוא שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס, שלא מצא מ"ד שגרמא בנזיקין חייב בכל שהוא שכיח משום קנס ומי יפס איזה שכיח ואיזה לא, אבל הריצב"א ועוד התנסחו שדין גרמי אינו אלא משום קנס ואותם שהיו נראים לחכמי הש"ס שהוא שכיח ורגיל לבוא קנסו. וגם דברי הסמ"ע (ח) שלפי הגדרת הרמ"א הוא א"כ גם בשלישי שהחזיר השטר קנסו וכו' לא נהירא דווקא מה שמצאנו בש"ס שקנסו אומרים משום שהיה נראה להם ששכיח קנסו אך בזה מי יאמר לנו ששכיח הוא וכיון שדינא דגרמי אינו אלא קנס דרבנן הבו דלא לוסף עליה.

הפחית במחיר מקח שקנה הגוי: **מהר"ם מריזנבורג** כתב שראובן שמכר מקח לגוי ובא שמעון ואמר לגוי שאינו שווה כ"כ חייב לשלם לראובן. **והד"מ** (קצר ב) אמר שלכאוף הוא גרמא שהרי אין ההיזק בא לו מיד וגם לא עשה ההיזק בגופו. ואפשר שהיו דבר השכיח בימי מהר"ם ופסק כריצב"א שבמקום ששכיח קנסו או מטעם שהיו כמוסר. וכ"פ **ברמ"א** אחרי שהביא דעת הריצב"א שבמקום השכיח והרגיל קנסו וחייב ולכן יש מי שחייב במקרה זה ואפשר שכה"ג הו' כמוסר שחייב וכבס' שפח.

הש"ך (כה) הוסיף ששמעון היה שם ואמר כן אחר שנגמר המקח וקבל הגוי המקח. וכתב שצ"ע על דין זה כקושיית הדרי"מ ומה שכתב שהיו כמוסר אינו נראה כי מסור מזיקו ומחסרו ממון אבל כאן אינו מחסרו ממון שהרי הגוי מחזיר לו את שלו. ובמהר"ם המקרה היה שונה שהיה לשמעון עור וראובן לקחו והביאו להגמון ושאל בגימור דבר כמה סוף דמיו אמר לו לא פחות מליטרא כסף וקבלו מיד בכך והיה שם לוי ואמר עור זה רע ודמיו יתרים וראובן טוען שהפסידו לו ה' דינרים אם יש עדים שכך היה כיון שקבל ההמון העור אף שלא פירש בכך אני נוטלו נתקיימה המכירה בקבול העור מיד ראובן ע"כ. נראה שמדובר שהעור לא היו דמיו ידועים שאפשר שהיה שווה ליטרא כסף ואם לא שנתקיימה המכירה מתחילה לא הפסידו לוי כלום שהרי מעולם לא קנהו ההגמון בליטרא כסף אבל עתה שנתקיימה המכירה א"כ הרי העור נמכר בליטרא כסף ונמצא שראובן מוכרח לשלם לשמעון ליטרא כסף וע"י דיבורו של לוי פחת ההגמון ה' דינרים והחזיק בעור לעצמו ונמצא שהפסיד לוי לראובן ה' דינרים מכיסו שחייב לשלם לשמעון. אבל הרמ"א שהרי לא כתב כאן שראובן לקח דבר זה משמעון והביאו להגמון. ומ"מ נראה שגם הרמ"א לא דיבר אלא כשהגוי מחזיק המקח לעצמו ומחסר לראובן בשביל דבורו של לוי שלא כדין בכך כי המקח שווה באמת כ"כ כמו שמכרו ראובן אבל במקום שהגוי מחזיר לראובן את שלו אף שמתוך כך מוכרח למוכרו לאחר בפחות אין שמעון חייב לשלם לו מה שהפסיד שהרי אינו מחסרו כלום.

הלואה ומקח של גוי העוברים מישראל לישראל: כתב **רי"י** (נל"א ח"ב צה ע"ד) בשם **מהר"ם** (ד"פ קמח, ד"ק נט, ד"ל שעה) שראובן שהלוה לגוי מעות בריבית ובא שמעון ואמר לגוי הילך בפחות ופרע לראובן פטור שמעון מראובן שלא ברי היזקא אלא ספק גרמא ששמה לא יוכל להלוות מעותיו בריבית כ"כ מהר דמיו למבטל כיסו של חברו. ויש לקרותו רשע מדין עני המהפך בחררה (קידושין נט.). וכ"פ **הרמ"א** שהיו גרמא בנזיקין ונקרא רשע. הסמ"ע (ו) כתב שמשמע ברי"י שאף באמר שמעון לגוי להחזיר לראובן מעותיו פטור.

הסמ"ע הביא מקרה בגוי שעשה מקח עם ישראל לקנות ממנו כמות של יין שרף כל מידה בסכום כסף ונגמר המקח ביניהם כדין התגרים שמכים כף אל כף אח"כ הלך הגוי אל ישראל אחר הדר בשכונתו של הראשון ורצה לעשות ג"כ מקח ולא גילה שדיבר עם הראשון וכוונתו שאם יזיל לו ישראל השני שיקח ממנו ויניח הראשון, והראשון הרגיש שלכך הלך ושלח לשני שלא ימכור לו כי כבר עשה עמו מקח ולא השגח השני ועשה המקח ומכוח זה לא קנה הגוי מהראשון. ופסק פשוט שאם אין ערמה בדבר לפי ראות הדיינים שאין עונשים לשני מאחר שהגוי מעצמו בא אליו לקחת ממנו יין שרף אף למ"ד שאסור לקחת מערופיא של חברו (רמ"א קנו ה) היינו דווקא בגוי הרגיל להיות עסק עמו וישראל השני מחזר אחר הגוי שישראל הראשון עסק עמו. ואף ששלח אליו הראשון וביקש שלא יעשה עמו מקח לאו כל כמינה לעשות לנפשו היזק עבורו. וגם שם הסיקו שאם עבר ועשה אין מוציאם מידו וכ"ש וק"ו כאן שאין כל הצדדים הללו. ועוד יכול השני לטעון שאולי הגוי יקנה גם ממך ועושה איתי מקח נוסף. וגדולה מזו כתב **רי"י** הנ"ל וקראו רשע בגלל שישראל השני חיזר אחרי הגוי אחר שלוה מהראשון ואמר לו קח מעות ממני ופרע לראשון משא"כ כאן שהגוי מעצמו בא אצל השני והשני לא אמר לו שלא יקח מהראשון. כך נראה לאפוקי מהמורה שפסק והוציא כל הריווח מהשני ונתנו לראשון.

דאג עבור חברו לעכב ספינת חברו להברית מגיס: **החוות יאיר** (ס' מה, פת"ש ב) כתב על מקרה שראובן היה חייב לשמעון אלף ר"ט בכתב ידו עם נאמנות ובזמן שפשוטו חיל מלך צרפת באשכנו והחריבו כפרים ושללו ובזזו יינות ותבואות מילא ראובן ספינה ביינותיו וביקש להברחים רחוק שלא תגיע ידם ונודע לשמעון ועיקל הספינה ע"י השררה עד שיפרע לו ראובן או שיעמיד לו ערב מספיק ובינתיים בא גדוד צרפתים ושרפו העיר ושללו מה שמצאו וגם הספינה. אח"כ תבע שמעון חובו והשיב ראובן שגרם לו נזק בעיקול הספינה שהיו מבריחו ל"האללאנד" ושם היה מוכר יינו בעד אלף ר"ט

סכום חובו. וכתב שלא הוי רק ספק גורם ולא ברי היזקא ולכו"ע פטור. וגם אין סברא לחייבו שמאחר שהוא שעת חירום הוי מה שעיקל כמזיק בידיים ככופף קמת חברו לפני הדליקה במקום שבאה רוח מצויה שחייב (ב"ק נו. שו"ע תיח יא) שאינו דומה שכאן ודאי הוי כרוח שאינה מצויה שלא פסוק הדבר שימהר ויחיש הגדוד לבוא. ואין לומר שבכופף גם ברוח שאינה מצויה חייב עכ"פ בדיני שמים וא"כ כאן שראובן הניזק חייב לשמעון הוי ליה כתפס שזה אינו שכבר כתב היש"ש (ב"ק ו ו, הובא בש"ך כח ב, ושי"ש הריב"ש שצב וע' בש"ך עה כו) שלא מועילה תפיסה בידי שמים. ועוד שכאן ודאי אף בדיני שמים פטור שדוקא בשאין לו שום שייכות בדבר השייך לחברו משא"כ זה כיון להצלת חובו אינו מחויב להימנע מחשש היזק חברו הבלתי רגיל וכו' ועיי"ש עוד סברות.

סעיף ד

הזורק כלים מראש הגג, ואין תחתיהם כרים וכסתות, ובעודם באויר בא אחד ושברם במקל, הזורק חייב והמשבר פטור, דחשבינן ליה כשבור משעה שזרקו.

ב"ק נו: "ואמר רבה: זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל - פטור, מאי טעמא? מנא תבירא תבר". **טוש"ע** הוסיפו שמדובר שאין תחתיהם כרים וכסתות ולכן הכלי כשבור וגם במימרא הבאה דבר רבה כשיש תחתם כרים וכסתות משמע שבמימרא זו אין. שלוש שיטות בראשונים בפסיקת ההלכה:

(1) **טוש"ע** פסקו שהזורק חייב. **הקצות** (יד) למד שכן פסקו **הרי"ף** (יא): **הרמב"ם** (חובל ז יב) שהראשון חייב אע"פ שלא כתבו כן במפורש וכן הבין **הרא"ש** (ב א) ברי"ף כי הביאו את רבה שהזורק פטור כי כלי שבור שבר משמע משום שבתר מעיקרא אזלינן ע"פ הגמ' ביז: ולא הביאו רבא ועוד שרבא תלמידו של רבה. וכ"כ **הגר"א** (יד) להסביר פסק השו"ע שלא נעזב מה שפשוט לרבה מפני הספק של רבא.

(2) **הקצות** הביא **רמב"ן** שסבר שהולכים בתר תבר מנא ולכן הזורק ודאי פטור אלא שהמשבר גם פטור כיון שאין לכלי זה דמים, רבה רק בא לפטור השובר ולא דיבר בזורק ובגמ' אמרו שנפשוט ממנו שבתר תבר מנא הולכים ממה שלא אמר שהזורק חייב והסיקו שלרבה פשוט ולרבא ספק וק"ל כרבה ששניהם פטורים וכך סבר **ברי"ף**.

(3) **ש"ך** (כו) הביא **נמו"י** בשם **הריטב"א** בשם **רבו** שכתב שכיון שהסתפק רבא **ביז**: "בעי רבא: דרסה על כלי ולא שברתו, ונתגלגל למקום אחר ונשבר, מהו? בתר מעיקרא אזלינא וגופיה הוא, או דלמא בתר תבר מנא אזלינא וצרויות נינהו? תפשוט ליה מדרבה, דאמר רבה: זרק כלי מראש הגג, ובא אחר ושברו במקל - פטור, דאמרינן ליה: מנא תבירא תבר! לרבה פשיטא ליה, לרבא מבעיא ליה" לדינא שניהם פטורים והמע"ה, והובא **בב"ח** ובשלט"ג ופלפל וכ"כ **בעה"מ** שאע"ג שלרבה פשוט כיון שלרבא ספק חוששים אלא שפסק שהו"ל ממון המוטל בספק וחולקים וא"כ לדידן שקי"ל שבכל ספק המע"ה ה"ה כאן שניהם פטורים משום המע"ה **והרמב"ן** השיב על בעה"מ ואין דבריו מוכרחים. נראה שהש"ך מכריע כך.

זרק חץ אבו על הכלי וקדם אחר ושבר: **הש"ך** (כח) כתב שכאן הזורק פטור והמשבר חייב, כ"כ **תוס'** ו**נמו"י** בשם **הרא"ש** והובאו **בב"ח** ופסק כך וכ"כ **הגהות מימוני** חובל פ"ז וכ"כ מהרש"ל (ב"ק ב סי' ד ולו).

סימן שפז

שמין השברים לניזק ומשלם לו עליהם, ובו סעיף אחד.

סעיף א

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.

ב"ק יא. "אמר שמואל: אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין... והלכתא: אין שמין לא לגנב ולא לגזלן, אבל לשואל שמין". **ז:** "ת"ר: תשלומי נזק - מלמד, שהבעלים מטפלין בנבילה. מנא הני מילי? אמר ר' אמי, דאמר קרא: מכה נפש בהמה ישלמנה, אל תקרי ישלמנה אלא ישלימנה. רב כהנא אמר, מהכא: אם טרף יטרף יביאהו עד הטרפה לא ישלם, עד טרפה ישלם, טרפה עצמה לא ישלם. חזקיה אמר, מהכא: והמת יהיה לו, לניזק. וכן תנא דבי חזקיה: והמת יהיה לו, לניזק... וצריכא; דאי כתב רחמנא מכה בהמה ישלמנה, משום דלא שכיחא, אבל טרפה דשכיחא - אימא לא, צריכא; ואי אשמועינן טרפה, משום דממילא, אבל מכה בהמה דבידים - אימא לא; ואי אשמועינן הני תרתי, הא משום דלא שכיחא והא משום דממילא, אבל והמת יהיה לו דשכיחא ובידים - אימא לא; ואי אשמועינן המת יהיה לו, משום דממונא קא מזיק, אבל הכא דבגופא מזיק - אימא לא, צריכא. א"ל רב כהנא לרב: אלא טעמא דכתב רחמנא והמת יהיה לו, הא לאו הכי, הוה אמינא נבילה דמזיק הויה, השתא אי אית ליה לדידיה כמה טריפות יהיב ליה, דאמר מר: ישיב - לרבות שוה כסף ואפילו סובין, ידיה מבעיא? לא נצרכא, אלא לפחת נבילה". מכאן שהמזיק בידיו בגופו שמין לו ואינו מפסיד את פחת הנבלה משעת הנזק לשעת העמדה בדיו. וכ"פ **רמב"ם טוש"ע**: "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".

המ"מ שלמדו מזיק בידו משמין לשואל וכמפורש **בב"מ צו: וברי"ף, והגר"א** כתב שמה שמדובר בנזיקין היינו מזיק בידו כמו גנב וגזלן וכמו בשואל ששבר בידיו.

אפשר לתקן הכלל - הש"ך (א) כתב שמחויב המזיק לתקנו כדכתב בסו"ס צ"ה, וכאן מיירי שלא יכול לתקן.

סימן שפח

דין ניזק נשבע ונוטל, ובו ט"ז סעיפים.

סעיף א

המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק, נשבע הניזק ונוטל. כיצד, לקח כיס חבירו והשליכו למים או לאש או שמסרו ליד אנס, ונאבד, בעל הכיס אומר: זהובים היה מלא, והמזיק אומר: איני יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא, הרי הניזק נשבע בנקיטת חפץ ונוטל. והוא שיטעון דברים שהוא אמוד בהם או אמוד להפקידם אצלו ודרכן להניחם בכיס וכיוצא בו. (ארנקי בשק, אם הוא שבת ויו"ט, מקרי דרכו בכך, וכל כיוצא בזה) (מרדכי פרק הכונס). אבל אם אין דרכם להניחם בכלי זה, הוא פשע בעצמו (ופטור המזיק). כיצד, הרי שחטף חמת או סל מלאים ומחופים והשליכם לים או שרפם, וטען הניזק שמרגליות היו בתוכם, אינו נאמן. (ו"א דאפילו היו עדים שהיו שם, פטור, הואיל ופשע, כמו שנתבאר) (המגיד פ"ז דחובל בשם תוס'). ואם תפס, אין מוציאין מידו. (ויש חולקין) (טור בשם הרא"ש). וישבע שמרגליות היה בתוכם, ונוטל מה שיש אצלו, וכן כל כיוצא בזה. ואם ידע המזיק שהכיס היה בו זהובים, אבל אינו יודע כמה היו, אם הניזק אומר: אלף, נוטל אלף בלא שבועה, והוא שיהיה אמוד, שהרי המזיק מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע. (ו"א דנשבע הניזק ונוטל, וכן עיקר) (טור סימן צ' בשם הראב"ד והמגיד פרק הנ"ל והרא"ש).

בבב"ק סב. איתא: "ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה, שדייה בנהרא, אתא מריה ואמר הכי והכי הוה לי בגוה; יתיב רב אשי וקא מעיין ביה, כה"ג מאי? א"ל רבינא לרב אחא בריה דרבא, ואמרי לה רב אחא בריה דרבא לרב אשי: לאו היינו מתניתיך, דתנן: ומודים חכמים לר' יהודה, במדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכו, שכן דרך בני אדם להניח בביתם? אמר ליה: אי דקא טעין זוזי הכא נמי, הביע דקא טעין מרגניתא, מאי? מי מנחי אינשי מרגניתא בכספתא, או לא? תיקו. א"ל רב יימר לרב אשי: טעין כסא דכספא בבירה, מאי? אמר ליה: חזינא, אי אינש אמיד הוא דאית ליה כסא דכספא, א"נ אינש מהימנא הוא דמפקדי אינשי גביה - משתבע ושקיל, ואי לא - לאו כל כמיניה".

1. **דברים שדרכם להניח:** ע"פ הגמ' שאמרה אם טען זוזי ה"נ, וכן מכסא דכספא, פסקו **הרמב"ם** (חובל זי-יח) ו**טושו"ע** שהמזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק, נשבע הניזק ונוטל (בטור כמו שהנגזל נשבע ונוטל, טור). כיצד, לקח כיס חבירו והשליכו למים ולאש (**תוס'** לר"י, גר"א ב), או שמסרו ליד אנס, ונאבד, בעל הכיס אומר: זהובים היה מלא, והמזיק אומר: איני יודע מה היה בו שמא עפרותבן היה מלא, הרי הניזק נשבע בנקיטת חפץ ונוטל. והוא שיטעון דברים שהוא אמוד בהם או אמוד להפקידם אצלו ודרכן להניחם בכיס וכיוצא בו.

הפקידו אצלו: כתב **המהרש"ל** שצריך לברר טענתו מי הפקיד אצלו, ש"ך (ג).

ארנק בשק בשבת ויו"ט: כתב **המרדכי** (סה) בשם **ראב"ה** שדרך להניח בשבת וביו"ט ארנק בשק. וכ"פ **הרמ"א** וכתב וכן כל כיוצא ב.

יודע מה הזיק ומכחיש: **הש"ך** (א) דקדק שכתוב שאינו יודע מה הזיק אז נשבע הניזק ונוטל, משמע שאם המזיק יודע מה הזיק והכחישו אין הניזק נשבע ונוטל. ועיין תיח יג ומקור.

פשיעה ומזיק בשוגג: לראב"ה וש"ך בפשיעה חייב, ולש"ש פטור, ולכו"ע בשוגג פטור.

הראב"ה (מרדכי ב"ק פ"ו) כתב שכל המפסיד לחברו בפשיעתו ויש לו עדים שאבד על ידו ממנו ישבע כמה הפסידו ויטול. **והיש"ש** (שם ס' לב) כתב שלא נראה כן בפשיעה, שלא עשו תקנת נגזל אלא כעין נגזל במזיק בידיים אבל בפשיעה שאינו מזיק בידיים לא, ויותר מזה אף במזיק בידיים בשוגג לא עשו תקנה שלא הוי דומיא דנגזל שמזיק בכוונה, וכן נראה **מהרמב"ם** שכתב המזיק ממון כיצד לקח כיס חבירו והשליכו למים. **הש"ך** (ב) כתב שנראה כראב"ה ומזיק בפשיעתו היינו מזיק במזיד בפשיעה שלא תאמר דווקא משליכו בידיים למים אלא אף זרקו לארץ ומכוח זריקתו נתגלגל ונפל למים או שהיה ביד חברו ודחפו מיד חברו וממילא נפל למים וכה"ג חייב והיינו שאמרו בגמ' "דבטש בכספתא דחבריה שדייה בנהרא" ולא אמרו בקצור "דשדייה כספתא דחבריה בנהרא" משמע שלא השליכו בידיים לנהר אלא בטש בו ומכוח דחיפתו שדייה בנהרא. וכן יש לפרש ברמב"ם שזה הכוונה השליכו למים. וגם **בהגהות מימוני** (סופ"ז) הביא את הראב"ה על הרמב"ם. מיהו במזיק בשוגג נראה כיש"ש ונראה שאף הראב"ה מודה.

2. **דברים שאין דרכם להניח:** בפירוש הבעיא בגמ' יש שני פירושים: 1) **הרי"ף** (כו). **והרא"ש** (ו טז) פירשו שהבעיא אם היה ראוי להניחו שם אם לאו, אך פשוט שבאין דרכו להניח אינו נוטל בשום צד. **המ"מ** כתב שלשון הגמ' נוטה לפירוש זה "מי מנחי אינשי". 2) **הרמב"ם וטושו"ע** פירש שהבעיא בדבר ידוע שאין דרכו להניח שם וזה טוען שהניחו. **המ"מ** כתב שמסברא יותר מובן שלא התבייעו על דרך בני אדם שהרי אפשר לברר. **הסמ"ע** (ג) הסביר ש"מי מנחי" לשיטתם

הוי תמיהה, והכוונה כיון שאין דרך להניח שם והיה הסל מכוסה שלא ראוהו פטור שלא עלתה על דעת המזיק שיש שם מעות או שנאמר שנאמן הניזק בשבועה שהניח שם מעות וחייב המזיק משום שמה הוי לזה להשליך הכלי למים.

טעם הפסד הניזק- אי סבירות או אי נאמנות: כתבו הרמב"ם ושו"ע שכיון שאין דרך להניח כן הרי זה פשע בעצמו ופטור המזיק וכגון שחטף חמת או סל מלאים ומחופים והשליכם לים או שרפס וטען הניזק שמרגליות היו בתוכם אינו נאמן.

הש"ך (ד) כתב שלכאוי משמע מלשון "הוא פשע בעצמו" שהטעם משום שלא היה לו למזיק להעלות על דעתו שיש שם דברים אלו וכ"כ בלבוש. אך קשה א"כ ההמשך שכתוב "אינו נאמן" וכן בלח"מ הניח בצ"ע. ושתי אפשרויות להבין: (1) צ"ל שאינו נאמן וגם אינו מועיל שבועתו, וכן משמע ברמב"ם שסיים "ואין משביעים אותו על כך שאין דרך בני אדם" וכו' שאם לא כן הוא כפל לשון. ומה שכתב אח"כ "ואם תפס" וכו' הוא משום שגם זה בכלל הבעיא שאולי אין זה נקרא פשיעה ומועילה שבועתו. וכן נראה מהסמ"ע הנ"ל בהסבר הגמ' לדעת הרמב"ם. (2) מהמ"מ נראה שהבין ברמב"ם שכשיש עדים חייב וכ"כ יש"ש (ב"ק ו לב) במפורש בדעת הרמב"ם וכן נראה מהרמ"א שכתב וי"א וכו'. וצ"ל לדבריהם ש"פסע בעצמו" הכוונה שהרי לעולם לא יאמינו לו שעשה כן. הגר"א (ח) תיקן הלשון ל"הרי זה ספק" בגלל המ"מ שמדובר דווקא כשאין עדים ובגלל הלשון בהמשך "אינו נאמן". ולכן ברמ"א הביא דעה חולקת.

מקום שלא מניחים בו אף כספים: הרמב"ם ושו"ע כתבו שהבעיא היא אף בחטף חמת או סל מלא מחופה. המהרש"ל כתב שבחמת וכה"ג פשוט שאינו נאמן והתביעו דווקא בארגז שמניחים בו כספים וטען היה בו מרגליות וכרש"י. ש"ך (ה).

יש עדים- הרשב"א (מי מנחי) כתב שביש עדים שהניח שם דבר שטען אף שאין דרך להניח גובים מהמזיק ונותנים לניזק בלא שבועה ולכן לשון הגמ' שבא הבעלים ותבע כך וכך יש לו בלא נאמר שתבע הבעלים מה שיש לו בתוכו, וכן הסכים המ"מ ודלא כתוס' (מי מנחי) שכתבו שהספק אף ביש עדים משום שלא היה לו להעלות על דעתו שזה מונח שם ולא אומרים מאי הוי ליה גביה שהזיקו כיון שלא רגילים אנשים להניח שם זאת כלל וזה נאמר רק במקום שלפעמים כן עושים כן כגון בדינר זהב ואמר לה של כסף שנוהגים לעשות כן כדי שיקבל שמירתו. והרמ"א הביא דברי תוס' ש"א שאף בהיו שם עדים פטור הואיל ופשע.

הש"ך (ו) כתב שלכאוי מלשון הרמב"ם ושו"ע "אינו נאמן" משמע לכאוי שאם יש עדים מה היה בתוכו חייב ולכן כתב הרמ"א וי"א שאפילו היו עדים פטור כדעה חולקת. אך מהמ"מ שכתב על הרמב"ם בפשטות שאם יש עדים וכו' נותנים לניזק בלא שבועה לרשב"א, נראה שכן הבין ברמב"ם וכ"כ יש"ש (ו לב) וכן נראה דעת הרא"ש והטור וראב"ה (הגהות מימוניות חובל פ"ז, מרדכי) ובשלט"ג (ב"מ פו:) וכ"פ יש"ש וכן נרה עיקר וכן מוכח בירושלמי.

תפיסה- הרמב"ם ושו"ע כתב שאם תפס אין מוציאים מידו אלא נשבע ומחזיק. והרא"ש (ב"ק ב ב, ו טז) כתב כיון שספיקא דדינא הוא אין מועיל בו תפיסה, ומבואר בסימן צ' וכ"פ הרמ"א.

הש"ך (ז-ח) כתב שהמח' היא בתפיסה בעדים, אבל בלא עדים פשוט שנאמן.

הקצות (א) כתב שכיון שלרא"ש טור ורמ"א הבעיא בגמ' היא אף ביש עדים, א"כ אף בלא עדים ויש לו מיגו אינו מועיל המיגו כיון שאף אם נאמין לו מסתפקים אנו אם מחייב בזה, וכיון שסבר הרמ"א שבספק לא מועיל תפיסה א"כ כה"ג אף בלא עדים לא מועילה תפיסה. וכ"כ הדגמ"ר (פתי"ש א) שכיון שאין הספק כאן מחמת נאמנות אלא הספק האם חייב זה אפילו בלא עדים. ונראה שהש"ך לשיטתו (ו) שהכריע שלא כר"י, ואמר שהספק הוא כשאין עדים אך אם יש עדים פשוט שיתחייב.

3. ידע המזיק שהכיס מלא זהובים ולא ידע כמה: הרמב"ם (חובל ומזיק ז יט) כתב שבידע המזיק שבכיס היו זהובים אך לא ידע כמה והניזק אמר אלף נוטל בלא שבועה אם אמוד (ב"ק סב.) שהרי המזיק הוי משואיל"מ כמו שיתבאר בעניין הפקדון. הראב"ד חלק שזה כמעשה דשק צרור וכו'. ועיין בסימנים צ ורח"צ.

השו"ע פסק כרמב"ם, והרמ"א הביא דעת הראב"ד וכתב שכן עיקר. הש"ך (י) הסביר שבדבר שלא הוי לי לידע לא אומרים שהוי משואיל"מ. אך כבר העלה הש"ך (עב יב ס"ק נא) שבכל גוונא הוי משואיל"מ וא"כ העיקר כאן כרמב"ם ושו"ע וגם ר"י (נל"א ח"ב) כתב כן בסתם.

סעיף ב

המוסר ממון בידי אנס, בין אנס עובד כוכבים בין אנס ישראל, חייב לשלם מהיפה שבנכסיו כל מה שלקח האנס, אף על פי שלא נשא המוסר ולא נתן בידו אלא הרגיל בלבד. ואם מת, גובים מיורשיו כשאר כל המזיקים. וי"א דדוקא שעמד בדיון; אבל אם לא עמד בדיון, אין היורשים חייבים לשלם. ואשה שמסרה לאנסים, משמתין לה. ואם יש לה ממון שאין לבעל רשות בו, משלמת. ואם יש לה נכסי מלוג, הבעל אוכל פירות כל ימי חייה, ואם מתה חייב לשלם לנמסר, וכן לשאר ניזק, ואין הבעל לענין זה רק כיורש שחייב לשלם. (מרדכי פ' החובל). בד"א, כשהראה המוסר מעצמו. אבל אם אנסוהו עובד כוכבים או ישראל אנס להראות, והראה, הרי זה פטור מתשלומין. (ואם אנסו להראות שלו והראה (שלו ושל) חבירו,

(ח"ב) (טור ס"א). ואם נשא ונתן ביד, אף על פי שהוא אנוס, חייב לשלם, שהמציל עצמו בממון חבירו חייב. כיצד, הרי שגזר המלך להביא לו יין או תבן וכיוצא בדברים אלו, ועמד מוסר ואמר: הרי יש לפלוני אוצר יין או תבן במקום פלוני, והלכו ולקחוהו, חייב לשלם. הגה: ואפילו יסרוהו, ולא א"ל על מה, והראה ממון חבירו, חייב (טור שם); ולא מקרי אנוס, אלא הכאות ויסורין, אבל לא אנוס ממון (מרדכי פרק הגזל בתרא ותשובת מיימוני דנזיקין סי"ב ונ"י). היה רואה נזק בא עליו, מותר להציל עצמו אף על פי שע"י זה בא הנזק לאחר (נ"י פ' השותפין).

גדר חיוב המוסר

התניב-בב"ק ת. איתא שמוסר שהוא המלשין שמוסר ממון חברו לא נשנה באבות נזיקין של רבי חייא (ד: משום שהוא דיבור עי"ש, א"כ אף שלא נשנה אך גם עליו ברור שחייבים. וכן בקטז:-ק"ז. מבואר שחייב. הש"ך (יא) כתב שה"ה בקרקע שייך דין מוסר וכבס"ס שעא.

האדם- הוסיפו **הרמב"ם** (חובל ח א) ו**טושו"ע** שחייב בין שמסר הממון לגוי או ליהודי. **הגר"א** (יב) הסביר שאף שבגמ' ובירושלמי שנו גוי, לאו דווקא הוא אלא בהווה. ראיות שבהם נשנה בסתמא: 1) **בקנז**. "אמר לו אנס...". 2) **בתוספתא ס"פ**: "גנבים שנכנסו במחתרת ועשו תשובה כולן חייבין להחזיר, עשה אחד מהן תשובה אין חייב לשלם אלא על חלקו בלבד אם היה מוציא ונותן לפניהם חייב לשלם על הכל".

כמויק לכל דבר- הטור כתב שדינו כשאר מוזהר לכל דבר. **הב"י** (הסביר: 1) התכוון **לתשלום ממיטב** כבב"ק ה וי"פ **הרמב"ם ושו"ע**. **הסמ"ע** (ד) כתב שזה בקרקעות, אך במטלטלין אפילו סובין הרשות בידו שהם הוי מיטב. **הש"ך** (יב) הסכים וכן בשם **המ"מ** ופשוט ובסי' טיט, והוסיף שאף שדיני דגרמי הוא רבן תקנו כעין דאוי וע"י שפה ב לגבי מטמא מדמע ומנסך. **הקצות** (ב) כתב שכן דעת **התוס'** (כריתות ב: 'למעוטי מפגל') ודלא **כרש"י** (כריתות ב: 'ומפגל'). 2) התכוון שאם **מת גובה מירשיו**. וכ"כ **הרמב"ם והמ"מ** בשם **רב האי** (משפטי שבועות ח"ב שער כ) **רמב"ן** (קונטרס דינא דגרמי) **והרשב"א** וכ"פ **שו"ע**. **המ"מ** והב"ח נימק שאינו כהיזק שאינו ניכר שפטרו היורש מלשלם (שפה א). **הש"ך** (יד-טו) נימק שסברו שמוסר דין הוא ולא קנס דרבנן וכ"כ **המ"מ** וא"כ אף בלא עמד בדן גובה מירשיו, **והרמ"א** שהביא י"א שסברו שדווקא עמד בדן הוא **מהר"מ** (ס' תקצט) לדעת **ריצב"א** (מרדכי ב"ק פ"ח צא) סברו שמוסר חייב משום דינא דגרמי דרבנן הוא והוא קנס וכמ"ש בר"ס שפ' ולפי"ז במוסר שנשא ונתן ביד גם להי"א גובים מהיורשים אף שלא עמד בדן ופשוט וע"י שפה ס"ק ג. וכן **הגר"א** (טז) כתב שזה כדעה שדינא הוא וכ"כ **הרשב"א** שפשוט לו שדינא הוא.

אישה שמסרה: **המרדכי** (ב"ק פ"ח ז) כתב שאסרה המוסרת לאנשים אף שפגיעתה רעה שאין לה מה לשלם מיהא מנדים אותה (ב"ק ק"ז). אלא אמר רבא משמתינן וכו', גר"א יט. כשאין לה ממון, סמ"ע ו וכדבהמשך) כי השווה הכותב אישה לאיש לכל עונשים שבתורה וה"ה לענין ממון. וביש לה ממון על מנת שאין לבעל רשות בה מוציאים ממנה ונותנים לנמסר (משמע מב"ק פט, גר"א כ) ואפילו נכסי מלוג יחליטו הגוף ביד הנמסר והבעל יאכל פירות עד יום מותה אפילו תמות בחי בעלה לא יירשנה בעלה אלא הנמסר ייקח הכל קרן ופרי שבעל בנכסי אשתו יורש ולא לוקח שלא אמרו שעשו או כלוקח לטוב לו אלא במקום שאין הפסד לאחרים, ולא דמי לאשה שמכרה בנכסי מלוג בחי בעלה ומתה שהבעל מוציא מהלקוחות שעשו או רבן כלוקח ראשון משעה שנשאה ששם הם הפסידו עצמם שלא היה להם לקנות מאישה שיושבת תחת בעלה כדאיתא ב"י אבל כאן הנמסר לא פשע אלא היא הזיקה אותו ולכן לא עושים לבעל כלוקח אלא יורש. וכ"פ **הרמ"א** שאשה שמסרה לאנשים מנדים אותה ואם יש לה ממון שאין לבעל רשות בו משלמת. ואם יש לה נכסי מלוג הבעל אוכל פירות כל ימי חייה ואם מתה חייב לשלם לנמסר וכן לשאר ניזק ואין הבעל לענין זה רק כיוורש שחייב לשלם. **הש"ך** (יז) כתב שיש חולקים וסוברים שבעל לוקח הוי גם לענין זה ופטור לשלם וכ"פ **יש"ש** (ב"ק פ"ח ל).

האחרונים הקשו מאי שנא כאן מחבלה באחרים שכתבו הטור והרמ"א (תכד טור יג ורמ"א ט, שו"ע י בחבלה בבעלה) שצריכה למכור בטובת הנאה ולשלם ממנו דמי החבלה? 1) **הסמ"ע** (ו) תרץ שאפשר מסירה שלא הזיקה בידיים הקלו ששם קנס עליו. ולטעם זה במת קודם שעמד בדן אמר הרמ"א שאין היורשים חייבים. אך בלא שאינו קנס כהלואה ושאלה ונישאת וגניבה וחבלה מוכח שאם יש לה נכסי מלוג צאצאן ברזלותוספת כתובה על כתובה דאוי שמחוייבת למכרה בטובת הנאה ולשלם (וכ"כ שמו ס"ק ל, דרישה כ). 2) **הט"ז** כתב ששניהם אחת וכיון שיתנו לו ב"ד כתב חתום שמהיום הגוף של נכסים הוא של הנמסר ויקחם הרי הם שלו ומה לי שתמכור היא או הוא, ופשוט (וכ"כ **גר"א** כב, וע"ע). שהרי אם לא תוכל למכור היא כגון שלא תמצא קונה צריך הוא לקחת אותו הזכות לעצמו, כן נראה פשוט. 3) **הש"ך** (טז) תרץ שוודאי גם כאן אם הוא רוצה שתמכור נ"מ שלה בטובת הנאה מחוייבת בכך וכמ"ש הסמ"ע עצמו (תכד סוס"ק טז) בהלואה והשאלה ובכל דבר הדין כן אף שלא הוזכר שם כן וא"כ ה"ה כאן. ואדרבה כאן השמיענו גדולה מזה, שנכסים מיד בחזקת הנמסר רק שהבעל אוכל פירות כל ימי חייה וחייב לשלם אחר מיתתה (וכ"כ **הגר"א** כא, וע"ע). ואדרבה קשה הפוך, שכאן חייב לשלם אחר מיתתה ושם לא מחייבים לה אלא למכור נ"מ בטובת הנאה פי' אם תמות יירשנה הבעל כמ"ש הטור שם הרי שאין הבעל חייב לשלם לאחר מיתתה. ונראה לתרץ **שהתוס'** (ב"ב קלט: סוד"ה התם) הקשו הרי אפילו לאחר תקנת אושא אמרו שבמקום פסידא לאחרים הוי הבעל יורש וא"כ תמכור נ"מ שלה ותתן לו. ותראו בשם **רשב"א** שכיון שתקנו שלקוח הוא לא חילקו אפילו כשיש הפסד כיון שלא שכיח שיהא הפסד לאחרים וכן תירץ **הרמב"ן** בחי' שמשום שחבלות דבר שאינו שכיח הוא לא חילקו רבנן בתקנתם א"כ י"ל שמסירה שכיח שהרי דיני חבלות לא דנים בזה"ז משום שאינם שכיחים ודיני מסור דנים וכמ"ש בסי' א. מיהו ודאי אם היא רוצה למכור נ"מ שלה בטובת הנאה לשלם לנמסר מספיק בכך אלא שאדרבה אפילו אין כאן מי שרוצה לקנות או שלא יעלה כ"כ מחויב הבעל לשלם

אפילו מתה ואם אינו רוצה לשלם אז גוף הקרקע והפירות לנמסר וכבמרדכי ודלא כסמ"ע שבמסורות הקלו שאדברה החמירו. ועוד שכתב הרמ"א שה"ה לשאר ניוק. וצ"ל שהכוונה דומיא דמסורות ששכח. ומיהו לתירוץ ראשון שכתב הרמב"ן שם ש"ל לפסידא שלו חששו רבנן ותקנו כך ולכל מי שיבוא אחר הבעל לא חששו משמע אף בהפסד שכח הוא כלוקח וכן יש לכוון דברי תוס' שם ע"ש וא"כ במסור אין הבעל חייב לשלם כי יש לו דין לוקח רק תמכור נ"מ שלה בטובת הנאה ותשלם. ואף לתירוץ אחרון ברמב"ן אפשר שמסירה כחבלות דנים אותה לעניין זה. ומהר"ם במרדכי שפסק שהבעל חייב לשלם י"ל שסבר כתירוץ ראשון דתוס' שהיה יכול לומר ולטעמך וכו'. והש"ש (ב"ק פ"ח ל) פסק כרשב"א בתוס' הנ"ל והעלה שבין חבלה ובין מסירה בעל לוקח הוא ולא יורש ואינו חייב לשלם לאחר מותה רק שכופים למכור כתובתה בטובת הנאה אם יש מי שיקנה. - א"כ יוצא שלרוב התירוצים שבתוס' כאן הבעל כלוקח וא"כ יש חיוב רק למכור בטובת הנאה, רק למרדכי צריך להגיד כתירוץ של ולטעמך.

כללי החיוב

א. באינו אנוס- חייב לא רק בנשא ונתן ביד אלא אף בהראה. בב"ק קיז. "דתניא: ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חבריו - פטור, ואם נטל ונתן ביד - חייב. אמר רבה: אם הראה מעצמו, כנשא ונתן ביד דמי". רש"י - בלא אנוס. וכ"פ טושו"ע (ב) שחיוב מוסר הוא אע"פ שלא נשא ונתן ביד אלא הרגיל בלבד. וביארו הסמ"ע (ה) והש"ך (יג) שהכוונה הראה או דיבר. הגר"א (טו) הוסיף מב"ק ה. שכתוב שהוא בדיבור מתחייב וציון לעוד דינים שמתחייבים בדיבור (מוכר שטר חוב לחברו ומחלו, דן את הדין וזיכה את החייב, מראה דינר לשולחני וע"ע).

בב"ק קטז: איתא: "ההוא גברא דאחוי אכריא דחטי דבי ריש גלותא, אתא לקמיה דרב נחמן, חייביה רב נחמן לשלומי... מתניתין היא, דתנן: אם מחמת הגזלן - חייב להעמיד לו שדה, ואוקימנא דאחוי אחווי". ורש"י הסביר ששמע שהמלך מבקש לגזול שדות והראה להם קרקע של פלוני. דהיינו לא אנסוהו להביא ממון. וכ"פ הרמב"ם (חובל ח ג) ושו"ע, שבגזל המלך להביא לו יין או תבן וכיוצא בדברים אלו, ועמד מוסר ואמר: הרי יש לפלוני אוצר יין או תבן במקום פלוני, והלכו ולקחוהו, חייב לשלם. וכן ביארו הסמ"ע (ט) הש"ך (יט) והגר"א (כו) שעל זה קאי דברי השו"ע שלא חשיב אנוס כיון שאין ייסורים. והעיר הש"ך (כ) שמדובר בעניין שאין בו דינא דמלכותא כגון שגזר על איש ידוע וכה"ג וכדלעיל שסט ח וע"ש.

ב. כשאנוס להראות של חברו והראה פטור, ואם נשא ונתן ביד חייב. בב"ק קיז. איתא: "רב הונא בר יהודה איקלע לבי אביוני, אתא לקמיה דרבא, א"ל: כלום מעשה בא לידך? א"ל: ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חבריו בא ליד וחייתיו, א"ל: אהדר עובדא למריה, דתניא: ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חבריו - פטור, ואם נטל ונתן ביד - חייב".

הרי"ף (מג. -): כתב שהיה מי שאמר שכמו שישאל שאנסוהו גויים והראה ממון חברו פטור כך גם מי שאנסוהו גויים להביא ממון חברו והלך והביא פטור. וכשתענין בסוגיה אינו נכון שהרי כתוב שאם נשא ונתן ביד חייב ובמה עוסקים אם באנוס הרי אמרת שפטור ואם מעצמו אף בלא נשא ונתן ביד אלא הראה גם חייב. אלא כך אמר ישראל שאנסוהו גויים והראה ממון חברו פטור ודווקא הראה אבל נשא ונתן ביד חייב ואף שאנוס לא שנא אנסוהו להראות או להביא אם הלך והביא חייב. ואף שגם הראה וגם נשא ונתן אנוסים זה גרמא וזה בידיים. וכ"פ הרמב"ם (חובל ח ב) הרא"ש (ס' כז) הרשב"א (י"א נשא) וטושו"ע. ודלא כראב"ד (שם ד) בשם הגאון שכתב שפטור שאין לך דבר העומד בפני פיקוח נפש. החולקים סוברים שאמנם מותר לו להציל עצמו ואע"פ המציל עצמו בממון חברו חייב (וע' בגר"א כד-כה בראיות ובדין מציל הנ"ל).

ג. אנסוהו להראות שלו והראה שלו ושל חברו חייב. בב"ק קטז: איתא: "מתני'. הגזל שדה מחבריו ונטלוהו מסיקין, אם מכת מדינה היא - אומר לו הרי שלך לפניך, אם מחמת הגזלן - חייב להעמיד לו שדה אחר... גמ'... אם מחמת הגזלן - חייב. היכי דמי?... לישנא אחרינא: הבי"ע - כגון דאנסוהו עכו"ם ואמר ליה אחויי ארעתי, ואחוי ההוא בהדיה" וכו"כ הטור (כאן א, ובס' שעא ה) והרמ"א. ש"ך (יח) הדגיש אף שהראה זה בכלל שלו וכבסו"ס שעא. הגר"א (כג) שזה לפי גירסת התוס' (לא צריכא) וע' סו"ס שעא.

ד. ייסרו אותו ולא אמרו לו על מה והראה ממון חברו חייב. כ"פ הטור והרמ"א.

הש"ך (כא) כתב שלא ידע מקור הטור ומן הסברא נראה שפטור שיכול לומר שהיה בור שמוסרים אותו להראות להם ממון ואולי האמת כך היה ולא יהיה אלא ספק מדוע יתחייב מספק וכן בגמ' איתא ישראל שאנסוהו גויים והראה ממון חברו פטור ולא הוזכר שאנסוהו להראות ממון. והב"י כתב שמקורו מקצו: "ההוא גברא דהוה מפקיד ליה כסא דכספא, סליקו גנבי עילויה, שקלה יחבה להו, אתא לקמיה דרבה, פטריה. א"ל אביי: האי מציל עצמו בממון חבריו הוא! אלא אמר רב אשי: חזינו, אי איניש אמיד הוא - אדעתא ידידיה אתו, ואי לא - אדעתא דכספא אתו". ולא נהירא ששם נטל ונתן ביד וכן השיג הב"ח. והב"ח כתב שהוציא כן מקטז: שאמרו מחמת הגזלן חייב והעמידוהו באחויי אחווי. אך גם מזה אין ראיה שמי יאמר לנו ששם אנסוהו. ונראה לומר שהטור דיבר כשניכרים הדברים שלא יסרוהו מתחילה בשביל ממון.

הגר"א (כז) כתב שהוציא כן מבב"ק קיז. "דתניא: ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חבריו - פטור, ואם נטל ונתן ביד - חייב. אמר רבה: אם הראה מעצמו, כנשא ונתן ביד דמי". והרשב"א פירש שמדובר בכה"ג, שאם מדובר סתם במראה מעצמו בלא אנוס מאי קמ"ל מתני' היא בקטז: מחמת הגזלן וכו'. לפי דבריו אולי אפילו בספק חייב ודלא כש"ך.

ה. היה רואה נזק בא עליו יכול להציל עצמו אף שעייזו חברו ינזק. כ"כ הנמו"י (ב"ב ה:). והוסיף שאם כבר בא עליו וגרמו לחברו חייב. את החלק הראשון פסק הרמ"א והחלק השני בסמ"ע (י). מקורות בפת"ש.

מקורו בירושלמי (ב"ק פ"ג ה"א) "ראה אמת המים שוטפת ובאת לתוך שדהו עד שלא נכנסו המים לתוך שדהו רשאי לפנותו למקום אחר (כלומר רשאי לסתום גדר שדהו שלא יכנסו שם) אע"פ שנכנסין לשדה חברו אבל אם נכנסו המים לתוך שדהו אינו רשאי לפנותם למקום אחר" אלמא כיון שמוטל הנזק על זה לאו כל כמיניה לסלקו מעליו ולהטילו על חברו. עיין שהביא גם מהמשך הירושלמי.

גדר אונס: כתבו המרדכי (ב"ק פ"י קצג) ותשובות מימוניות (נוזקין כ) שאנסוהו גוים להראות ממון חברו פטור היינו מחמת אונס נפשות אבל מחמת אונס ממון חייב. והב"י כתב שפשוט הוא, ושנראה שאונס מחמת מכות הוי כמחמת נפשות. וכ"פ הרמ"א שרק הכאות וייסורים הוי אונס ולא אונס ממון. הגר"א (כח) הסביר את הסברא, שהטעם שבמקום אונס פטור הוא שאינו אלא גרמא בעלמא וחיובו משום קנס כריצב"א וכה"ג לא קנסוהו אבל באונס ממון אמרו בכתובות פ"ב שהוי רשיעי. ואף שהראב"ד העמיד כל הסוגיה באונס ממון כבר חלקו עליו כנ"ל.

הש"ך (כב) העיר שאף שהב"י כתב שהוא פשוט ברשב"א (תתקפ) לא משמע כן שכתב שהסוגיה מדברת באונס ממון, ואף שכתבו (סד ס"ק כד) שאין נראה כך בסוגיה היינו במה שמפרש את הסוגיה דווקא באונס ממון אלא הסוגיה מדברת אף באונס נפשות אבל מ"מ במה שסבר שהראה פטור אף באונס ממון אין הכרח בש"ס ופוסקים נגדו וגם בחינוד (מצוה רמג, קדושים) שלא סוף דבר באנסוהו בגוף אלא אף אנסוהו שיקחו לו ממון אם לא יראה ממון חברו והראה פטור וחייב רק במראה מעצמו וכ"כ הרמב"ם. ומ"ש דכ"כ הרמב"ם צ"ע שאף שפתח בהראה מעצמו מ"מ בסוף דבריו כתב הרי זה פטור שאם לא יראהו יכהו או ימיתוהו משמע דווקא באונס הגוף פטור ואולי היתה לו גרסה אחרת מ"מ כיון שידוע שמורו של הרמב"ם הוא הרא"ה והוא בעל החינוך א"כ הרמב"ם הרשב"א והרא"ה סברו שבאף באונס ממון פטור כשהראה ונראה שיכול לומר קים לי כוותיהו. הגר"א כתב שלשיטה זו צ"ל שאף שנקראו רשעים למרות שזה רק גרמא מ"מ פטורים כל מקום שהוא בגרמא.

הט"ז כתב שאם לא הזכיר האנס שיתן ממון עצמו אלא שרוצה להכותו שיראה ממון חברו והוא מרגיש שיכול לפטור עצמו בממונו גם זה נקרא אונס מחמת מכות כיון שלא אמר האנס בפירוש שיתן לו ממונו.

סעיף ג

אנסו המלך למוסר זה עד שיראה לו ממון חברו שהוא בורח מלפניו, והראה לו מפני האונס, הרי זה פטור, שאם לא יראה לו יכהו או ימיתוהו.

כתב הרמב"ם (חובל ח ג) שבאנסו המלך למוסר זה עד שיראה לו אוצרות יין ואתבן ממון פלוני שהוא בורח מלפניו והראה לו מפני האונס הרי זה פטור, שאם לא יראה לו יכהו או ימיתוהו (משמע כרמ"א ב בהגדרת אונס, גר"א ל). השו"ע הביאו בקיצור שבאנסו המלך למוסר זה עד שהראה לו ממון פלוני שהוא בורח מלפניו וכו'. הסמ"ע (ט) העיר שמוזה שהעתיק את תחילת הרמב"ם משמע ש"ברח מלפניו" הוא לאו דווקא אלא אורחא דמילתא נקט שאין דרך האנסים לאונס להראות לו ממון אחרים סתם אם לא שיש לו טענה על אחד מהם כגון שברח מלפניו שאז דרכו לפרטו בשמו ומאנס לו עד שיראה לו ממונו דאיתו פלוני. מקורות בש"ך ורעק"א.

בין ממון לאוצרות יין ושמן: היש"ש (ב"ק י מז) דקדק מדלא כתב אצל יין ושמן של פלוני ש"מ שדווקא באנסוהו להראות ממון והראה ממונו של חברו הוא שחייב שהיה לו להראות ממון שלו וא"כ הוי כמציל עצמו בממון חברו, אבל אנסוהו להראות אוצרות יין ושמן אף בהראה אוצרות פלוני פטור ואין צריך לפייסו בממון שלו מאחר שלא אנסוהו ממון. הט"ז כתב שמשמע שגם בממון באין לו ממון של עצמו פטור כשמראה ממון פלוני אף שיש לו שווה כסף שאין צריך לסלקו בזה וכמו שמסיים אח"כ לעניין יין ושמן.

אנס שרצה את גוף חברו: הסמ"ע (יא) כתב שאם אין לאותו איש ממון ואנס לזה שיראה לו האיש ורצונו לתופסו עד שיפדנו הקהל קרוביו, וזה הנאנס היה יכול לפטור נפשו ג"כ מהאנס מייסורים אם ירצה לתת לו ממון כזה, נראה שאסור לגרום היזק לקהל או ליחידים שהם קרוביו.

הט"ז כתב שלא מצאנו שום היתר להראות על גוף חברו אף שחברו יוכל לסלקו בממון, מ"מ כיון שרוצה להכותו עד שייתן ממון נאמר מאי חזית דדמא דידך סומק טפי מחברך, שלא מצאנו שום היתר באונס אלא להראות ממון חברו אך בהזכיר לו שיראה גוף של חברו אין היתר כיון שגם הוא יכול לסלקו בממון עצמו.

לכתחילה: לסמ"ע לא, לט"ז כן.

הסמ"ע (יב) כתב שיש לדקדק מלשון הרמב"ם ושו"ע שכתבו לשון "פטור" ולא "מותר" להראותו כיון שנאנס על זה, שלכתחילה לא יראהו אלא שאם הראהו פטור מתשלומים.

הט"ז תמה שהרי סיימו שאם לא יראהו יכהו וימיתוהו וזה פשוט שאף לכתחילה יעשה כדי להינצל מסכנת מות, וכי תאמר שיתן ממון וינצל מסכנה א"כ קשה מה הועיל בטעם שכתב שאם לא יראהו וכו'. אלא פשוט שאין על ממונו שום חיוב ממון כיון שלא הזכירו המאנס. ועוד בב"ב כב: בגרמא בניזקין פטור א"ר טובי בר מתנה ז"ל גרמא בניזקין אסור,

והרי לפנינו שלא שום אונס הו"א שמותר לכתחילה עד שהוצרכו להשמיענו בפירוש שמ"מ אסור לכתחילה, א"כ כאן שאונס הוא ודאי מודה שאף לכתחילה.

סעיף ד

נשא ממון חברו בידו ונתנו לאנס, חייב לשלם מ"מ, אף על פי שהמלך אנסו להביא.
(ב' שותפין שהיה להן חוב ביחד, ואנס שר לאחד לפטור החוב, פטור, דזה לא מקרי נתן ביד)
(מרדכי פרק הגזול בתרא). בד"א שאם אנסו להביא והביא חייב, כשלא הגיע הממון
לרשות האנס; אבל אנס שאנס את ישראל עד שהראהו, ועמד האנס על הממון ונעשה
ברשותו (דהיינו שיוכל לשלוט עליו וליטלו) (המגיד פ"ח דחובל), ואנס את ישראל עד שהוליכו
למקום אחר, ואפילו הוליכו זה המוסר שהראהו, הרי זה פטור, שכיון שעמד האנס
בצד האוצר כבר אבד כל מה שיש בו, וכאילו נשרף.

1. אנסו לשאת ולתת ביד את של חברו. לרמב"ם בעה"מ רא"ה רא"ש רמב"ן שו"ע ועוד חייב, רב האי ור"ח ורבינו אפרים
הגאונים ועוד ושו"ך פטור.

פסקו הרמב"ם (חובל ח ד) וטושו"ע שבנשא ממון חברו בידו ונתנו לאנס חייב לשלם מ"מ אע"פ שהמלך אנסו להביא.
הראב"ד בשם רב האי (משפטי שבועות ח"ב שער כ) חלק שאין לך דבר העומד בפני פיקוח נפש ואין צריך למות בשביל
ממון חברו הואיל וייחדו בפירוש.

הש"ך (כד) הביא שהמ"מ כתב שראיות הרי"ף נכונות וכן העלה הרשב"א וגם הודה לו בעה"מ והרמב"ן הוסיף ראיות
וכן דעת הרא"ה הרא"ש הסמ"ג המרדכי ושו"פ וכ"כ מהרש"ל (ב"ק י מז) והב"ח. אבל דחיתי כל ראיות הרי"ף ודעימיה
והעלתי שדווקא אם אנסוהו על ממון סתם אז אף שאנסוהו להביא חייב כשנשא ונתן ביד שזה נקרא מציל עצמו בממון
חברו ודומה לנרדף ששבר כלים (שפ ג) אך כאן שאנסוהו להביא ממון פלוני א"כ האונס הוא מתחילה על אותו פלוני
ואין זה נקרא מציל עצמו בממון חברו אלא שמוכרח לעשות כדברי האנס ואם לא יעשה יציל הוא ממון חברו בנפשו
ואין לך דבר העומד בפני פיקוח נפש. וכן דעת רב האי גאון ור"ח גאון ופשוט שאין לחלוק על דברי הגאונים אם לא
בראייה ברורה מהגמ' וכ"ש כאן שנראה כדבריהם וכן דעת ה"ר אפרים ובעל התרומות וגם הנמו"י כת' שדברי הראב"ד
נ"ל נכון מאד וכ"כ הרשב"א (תתקפ, אמנם מ"ש שהסוגיה מיירי באונס ממון אין נראה) וגם הירושלמי (ב"ק סופ"ח)
אף שדחקו הרמב"ן והרא"ש מפרשו בדרכים אחרים נראה עיקר שדיבר כפשוטו שבאנסוהו להביא ממון פלוני פטור כנ"ל
וכ"כ מהר"א שטיין (ביאור על הסמ"ג) שכתב שראב"ה (אלף ומ) הביא דברי רי"ף וראיותיו והביא דברי רשב"ט
שסתם וגם הביא הירושלמי ופי' ר"ח שהכל חולקים על הרי"ף. וכ"כ בפסקי מהר"מ רקנטי (סי' תעג בשם ראב"ה
ורשב"ט). [עיי' בש"ך שהסביר גמרות].

ובמהרשד"ם (סני"ה) כ' כיון שדבר זה פלוגתא דרבוותא היא קמאי ובתראי לא מוציאים ממון. וגם בשל"ט"ג (ב"ק פ"י)
משמע שספיקא דרבוותא הוי ע"ש. ולי אינו ספיקא הוא אלא העיקר כפוטרים.

השו"ה מנפקד שבאו עליו גנבים: הסמ"ע (יג) כתב שאינו דומה לב"ק קיז: (רצב טור יב, שו"ע ח) שהמפקד אצל חברו
ממון וכלים ואינו אמוד הנפקד ובאו עליו גנבים וקדם ונתן להם הפקדון להציל עצמו שכיון שאינו אמוד חזקה שלא באו
אלא בשביל הפקדון ופטור, וכ"ש כאן שאנסוהו במפורש ליתן ממון חברו, ששאני שם כיון שאינו אמוד מסתמא אונס
שנולד לו לא היה אלא בשביל הפקדון ואם לא היה אצלו לא היו באים עליו, אבל כאן שמאנסים אותו שיביא ממון
ראובן מבית ראובן רע מזלו של הנפקד שגרם לו זה שאל"כ איך באים אצלו שיתן מעות ראובן שאינו בידו ולכן נסתחפה
שדהו וחייב אף באנסוהו גם על ההבאה. כ"כ נמו"י (ב"ק מג: -מז. בדפ"ה).

2. שותפים שנאנס אחד מהם.

המרדכי (ב"ק פ"י קפט) כתב ששני שותפים שהיה להם חוב והיה להם ערב בעד החוב ואנס השר אחד מהם לפטור הערב
ועשה שפטור שזה אינו אלא גרמא בעלמא ולא נקרא נושא ונותן ביד אלא כאנסוהו להראות ממון חברו והראה שפטור,
ואם עשה מדעתו בלא אונס חייב כמו שורף שטרותיו של חברו. ואף שאמרו בב"ק לג: כיון שאמר לו פטור אתה כמי
שנשא ונתן ביד דמי הרי הקשו על כך. ואם ישבע ראובן שלא נתפש אלא בשביל חוב זה ושנאנס לפטורו פטור. וכ"פ
הרמ"א לגבי נאנס, והסמ"ע (יד) השלים בעשה מעצמו.

היה להם משכון בשותפות: לש"ך חייב, לקצות פטור.

הש"ך (כה) כתב שאם היה להם משכון בשותפות על החוב ואחד נתנו לשר זה נקרא נשא ונתן ביד וכן מוכח מהמרדכי
הנ"ל שהביא מב"ק שם שאחר שאתותב תרץ רבי שמדובר בשנשא ונתן ביד ומה שזיכה את החייב מדובר כגון שהיה לו
ביד משכון ונטלו ממנו שהיו כנשא ונתן ביד ע"ש.

הקצות (ג) כתב שנראה שאף במשכון גם לא הוי מזיק ממש אלא משום דינא דגרמי כיון שגוף המשכון אינו אלא כמזיק
שעבודו וכמו בשחטו תם (ב"ק לג:). כיון שיכול לסלקו בדמים הוי מזיק שעבודו, וכיון שהגוי גרמי באונס פטור. ואין
לחלק במשכון משום שבע"ח קונה משכון כיון שישאל מגוי לא קונה משכון ועוד אפילו ישראל מישאל עדיין אינו
אלא שעבוד כיון שיכול לסלקו בדמים. וכן משמע מתשובת מימוני (נזיקין יא) בשם ר"ת (ספר הישר תשובות פח-פט)

סוס שהיה ממושכן לשנים והפקידוהו לגוי אחד לשומרו ובא שלישי ואמר לגוי שישאיל לו הסוס ולא רצה עד שיאמר לו אחד מהם להשאיל והוליו השלישי ונגזל ממנו, נראה שהמרשה הזיק שעבודו של ראובן וכרב נחמן (ב"ק קטז): ורשב"ג (גיטין מא). שמזיק שעבודו של חבירו חייב, וגם אם היה רוצה ראובן היה חוזר על לוי ורצה מזה גובה רצה מזה גובה וכו'. והרי במפורש שלא בא עליו בהיזק משכון אלא מדבר נחמן ודרשב"ג ואינו אלא מחמת מזיק שעבודו. ומה שאמרו בב"ק שהיה לו משכון שהו"ל כנשא ונתן ביד ומשמע שם שחייב אפילו למי שלא דן דינא דגרמי עיין ס' כה ס"ק ח.

אינו נחשב מזיק בדיבור: הקצות (ד) העיר, שאף לדעת תוס' (ב"ק ק. יטיהר) שזיכה את החייב כיון שקם הדין בדיבורו הוי מזיק ממש ומה שזיכה את החייב העמידוהו בהיה לו משכון אינו אלא אגב גררא, אפ"ה כאן פטור שלא הוי מזיק בדיבור אלא כשדיבורו עושה מעשה ממש וכהאי דשיקול הדעת שקם דינא ממש ע"י דיבורו והוי זיכה את החייב, אבל כאן אף שמחל לא נפטר מחובו, ששותף שמחל לא נמחל חלק חברו ואין לו כוח למחול חלק שותפו, ועוד שהוי תלווה ויהיה וכאן ע"י אונס הוי, וכיון שבאמת החוב לא נמחל על ידו אלא שהלוה אינו רוצה לשלם עבור זה אי"כ לא הוי אלא גורם. ועי' כה ס"ק ב.

3. היה האנס אצל הממון.

בב"ק קיז. איתא: "ההוא גברא דאנסוהו עובדי כוכבים, ואחוי אחמרא דרב מרי בריה דרב פנחס בריה דרב חסדא, א"ל: דרי ואמטי בהדן, דרא ואמטי בהדיה; אתא לקמיה דרב אשי, פטריניה. א"ל רבנן לרב אשי, והתניא: אם נשא ונתן ביד - חייב! א"ל: הני מילי היכא דלא אוקמיה עילויה מעיקרא, אבל היכא דאוקמיה עילויה מעיקרא - מיקלי קלייה". וכ"פ הרמב"ם (חובל ח ד) וטושו"ע, שמה שחייב באנסו להביא והביא חייב זה כשלא הגיע הממון לרשות האנס, אבל אם האנס שאנס ישראל עד שהראהו ועמד האנס על הממון ונעשה ברשותו ואנס ישראל עד שהוליו לו למקום אחר ואף בהוליו זה המוסר שהראה פטור מלשלם שכיון שעמד האנס בצד האוצר כבר אבד כל מה שיש בו וכאילו נשרף. הסמ"ע (טו) הביא שלשון הטור שעל מה שהראה לו פטור כיון שהוא אנוס ולא עשה מעשה, ועל מה שנטלו ונתנו לו אח"כ פטור שכיון שראהו האנוס ויכול ליטלו חשיב כאילו נטלו.

גדר נעשה ברשותו: כתב הרשב"א (ק"ז 'ואם נשא', מ"מ) שהכוונה שיוכל לשלוט עליו וליטלו גם אם לא רואהו כיון שיכול לחפש ולמצוא, ולמדו כן מההוא כסא דכספא שאם לא אמיד על דעת הכסא בא ונפטר משום שיד האנס שולט בו. וכ"כ הרמ"א.

הראה חפץ חברו לשר והחזיר בפני עבדו: מהר"ם מריזבורק (בסוף שו"ת מהרי"ו עמ' קעחוט, סמ"ע טו) כתב בראובן שלקח חפץ משמעון למוכרו לשר ואח"כ החזירו לשמעון בפני עבד השר ואח"כ לקח השר החפץ משמעון בחזקה בלא דמים, שראובן חייב לשלם לשמעון שהיה לו להחזיר בינו לבין עצמו ולא מועיל מה שלא התכוון להזיקו.

סעיף ה

בעלי דין שהיתה ביניהם מריבה על הקרקע או על מטלטלין, זה אומר: שלי, וזה אומר: שלי, עמד אחר מהם ומסרה ביד אנס, מנדין אותו עד שיחזיר הדבר לכמות שהיה ויסלק אנס מביניהם ויעשו דין בישראל. הגה: מכל מקום אין לו דין מסור, אף על פי שהפסיד חבירו ע"י זה הרבה, דלא מקרי מסור אלא במתכוין להזיק, אבל לא במתכוין להוציא את שלו (תשובת מ"י דנזיקין סימן כ"א ומרדכי פרק הגוזל בתרא בשם ר' אליהו). ויש חולקין וס"ל דמקרי מסור וחייב לשלם לו כל הזיקו, אם לא היה חבירו סרבן; וכ"ש אם התרו בו תחלה שלא ידונו בפני אנשים, ועבר, שיש לו דין מסור (מרדכי פרק הגוזל קמא בשם מהר"ם ופרק המניח ותשובת הרא"ש כלל י"ז ס' ד' ומהרי"ק שורש קנ"ד וקס"א).

בב"ק קיז. איתא: "ההוא שותא דהוו מנצו עלה בי תרי, האי אמר ידיה הוא והאי אמר ידיה הוא, אזל חד מנייהו ומסרה לפרהגא דמלכא, אמר אביי: יכול לומר אנא כי מסרי ידי מסרי. א"ל רבא: וכל כמיניה? אלא אמר רבא: משמתין ליה, עד דמיתתי ליה וקאי בדינא". וכ"פ הרמב"ם (חובל ח ה) וטושו"ע, שבעלי דין שהיתה ביניהם מריבה על קרקע ומטלטלין, זה אומר: שלי, וזה אומר: שלי, ועמד אחד מהם ומסרה ביד אנס, מנדין אותו עד שיחזיר הדבר לכמות שהיה ויסלק אנס מביניהם ויעשו דין בישראל.

אי מקרי מסור: ה"ר אליעזר מטול (תשובות מימוניות נזיקין כא, מרדכי ב"ק פ"י קצג) כתב שמ"מ אינו נקרא מסור, שהנדידו הוא תקנת חכמים שלא יהיה כל אחד רגיל בכך ולכן אמרו מנדים ולא אמר מחייבים אותו. ואפילו אם תקפה ע"י גויים לעצמו ואפילו הפסיד אותו שתקפה מידו הרבה כגון שהעלילו הגויים עליו ולקחו לו יותר או שהענישוהו. ואף שאין לו לעשות כן שמה שדן איש דינא לנפשיה היינו בדבר המבורר שהוא שלו. והטעם שאינו נקרא מסור אלא במתכוון להזיק אבל אם מתכוון להוציא את שלו אינו נקרא מסור. ודמי לנסכא דרבי אבא דאמר אין חטפי ודידי חטפי (שסד ד), ואם יש עדים שתקף ע"י גויים לאו כל כמיניה אבל אם אין עדים נאמן במיגו.

אבל המרדכי (ב"ק פ"ט קיח) כתב שאף בכה"ג הוי מסור וכן דן מהר"ם למעשה אם לא היה הנתבע סרבן. והרא"ש (כלל יז ס' ד) כתב שאם התרו בו שלא יתבע חברו בפני גויים ועבר יש לו דין מסור.

הרמ"א הביא את שתי הדעות ובדעה שהי מסור כתב שחייב לשלם כל היזקו ואת הראי"ש הביא בכ"ש שאז נחשב מסור.

המהר"ם מלובלין (סי' כו) כתב שהלכה כמ"ד שאינו מסור אף שיש חולקים. **הש"ך** (כו: חלק: 1) לא נהירא להכריע נגד מהר"ם בן ברוך שלא היה בדורו כמותו כדיתא **בתרוה"ד** (קמב). (2) הסברה הראשונה היא סברת יחיד של ר"א מטול, **ובמרדכי** (בי"ק פ"ג לו) משמע שרבוותא חולקים עליו שכתב שם מעשה היה בקולינא"ה שהפקיד אצל חברו פקדון לימים כפר לו ולקח המפקיד את שלו בידי גויים ומתוך כך העלילו על הנפקד והפסיד הרבה ופסק הרב שאם אפשר למפקיד להציל שלו בעיין אחר חייב כמו היה לו לשומטו ולא שמטו (שפג ב) וכ"פ **רבינו יקר** ע"כ. וכ"כ **באגודה** שם שכן פסקו הגדולים. וכן **בד"מ** מסיק כפוסקים אלו. וגם **יש"ש** (בי"ק פ"י מט) כתב שאין נראה דברי ר"א מטול לעניין פטור ממון וחלילה להורות כן שיבוא כמה חילול השם מזה ע"ש. ונראה שאף ר"א מטול לא אמר אלא כשלא היה אפשר לו להציל בעיין אחר ואפ"ה כתב שם שכשארין לו מגו לאו כל כמינה והיינו מטעם שכיון שהוא מחויב להחזיר א"כ שלא כדין עשה מה שתפס ולא יוכל לומר להציל שלי נתכוונתי והיינו שהמרדכי והאגודה אע"פ שכתבו כפסק הגדולים כתבו בפ"י בסתם את דברי ר"א מטול. ועיין עוד מקורות, ועיין גר"א לד.

דג"מ (נוספים: 1) **הריב"ש** (סי' פ) כתב באחד שביזה חכם ועמד החכם ונתן העונש שלו לשר העיר הוי קרוב למסירה. הובא **בדרכי משה** (ארוך ב קצר ג) **ובסמ"ע** (טז). **באר הגולה** (ק) כתב שביאר שם כיון שעדיין לא נתברר זכותו בדיני ישראל אם הוא חייב או לא. (2) **בתשובות מיימוני** (נזיקין יד) כתב על אחד שרצה לתפוס את חברו ולהכריחו למשפט ומתוך שלא רצה להניח לתפוס עצמו הכהו והרגו השופט, ודן **מהר"ם** על התובע דין רוצח, ועיין מהר"י סי' קיא. הובא **בדרכי משה** (ארוך ו, קצר יא) **ובסמ"ע** (יז).

סעיף ו

מי שנתפס על חבירו, ולקחו אנשים ממון ממנו בגלל חבירו, אין חבירו חייב לשלם. אין לך מי שנתפס על חבירו ויהיה חברו חייב לשלם לו, חוץ מהנתפס מפני המס הקצוב על כל איש ואיש בכל שנה, או הנתפס על התשורה שנותן כל איש למלך בעוברו עליהם או חיילותיו, הרי זה חייב לשלם לו; והוא שיקחו ממנו בפירוש בגלל פלוני, בפני עדים; ונתבאר עוד בסימן קכ"ח.

ירושלמי ב"ק פ"י ה"ו: "ר' יהושע בן לוי אמר אין אדם נתפס על חבירו וחייב ליתן לו אלא בארנון וגולגולת. רב אמר כיכל מימר ליה את שרי עביטיך מיני (התרת חובך על ידי שאחרת היית צריך לשלם)".

ע"פ זה פסקו **הרמב"ם** (חובל ח ו) ו**טושו"ע** שמי שלקחו ממנו גוים ממון בגלל חוב חברו אין חברו חייב לשלם, חוץ מן הנתפס מפני המס הקצוב על כל איש ואיש בכל שנה, או הנתפס על התשורה שנותן כל איש ואיש למלך כשיעבור עליהם הוא או חיילותיו הרי זה חייב לשלם לו, והוא שיקחו ממנו בפירוש בגלל פלוני בפני עדים. **המ"מ** כתב שפסק כריב"ל אף שרב חלק. ופירוש ארנון ארנון האמור בבבלי (ב"ב ח). ופירושו סעודה וארוחה ומשאת.

טעמים: טעם הפטור בחוב רגיל כתב **הסמ"ע** (יח) שריע מזלו שגרם שיהא נתפס עבור חברו, ואף שנפטר חברו בכך מחובו יכול לומר הייתי מפייסו עד שיפטרני בלא דמים.

טעם החיוב במיסים אלו כתב המ"מ שמחוקי המלך למשכן מחמת דברים אלו איש על חבירו (כי אין עליו לטרוח לגבות מכל אחד בפני"ע, סמ"ע יט) וא"כ אינו בדין שיפסיד זה. וכבר מבואר בס' קצח ב, ושס"ב ז. מקורות בש"ך כז ורעק"א.

סעיף ז

מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו, כגון שהראה מעצמו או שנאנס, ונשא ונתן ולא ידעו העדים כמה הפסידו במסירתו, והנמסר אומר: כך וכך הפסידני, והמוסר כופר במה שטענו, אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו, אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפס. וי"א דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה (טור בשם הרא"ש). ואם לא תפס, אין מוציאין מן המוסר אלא בראייה ברורה. (ואם לא ידעו ברור הדברים, רק שהוצרך להתפשר עם האנס בכך וכך, הנמסר נשבע ונוטל). (מרדכי פרק הגזל בתרא) ויש מי שאומר שאם המוסר אומר: איני יודע כמה הפסדת ע"י, ישבע הנמסר ויטול. הגה: וכל זה במוסר ממון; אבל מסר גופו של חבירו לאנשים, הנמסר נשבע ונוטל. וכן אם גרם לו תפיסה, דהוי כמזיק בידים וצריך לשלם לו כל הזיקו (מרדכי פרק הגזל בתרא). האומר לחבירו: מסרתי, והוא כופר, ישבע לו היסת (הגהות אשירי). וי"א דצריך לישבע לו לפני האנס שלא מסרו לו (מרדכי פרק הגזל בתרא). ואין צריך לעשות נקיות זו אלא על פי אחד המעיד שמסרו, אבל אין העובדי כוכבים נאמנים בכך (מרדכי פרק החובל ופרק הפרה ופסקי מהר"א סימן פ"ג ותשובת רשב"א סימן אלף צ"ח). שנים שמסרו ביחד, כל אחד משלם החצי, ואם בזה אחר זה, האחרון פטור, דכל זמן שלא נפטר ממסירה הראשונה הנזק בא מגרם הראשון (מרדכי פרק הפרה). ואפילו לא מסרו, רק ראה אנס או עובד כוכבים שיגידו להאנס (מהר"מ מרזבורג). י"א דאדם המוכה מחבירו יכול לילך לקבול לפני העו"ג, אף על

פי דגרים למכה היזק גדול (מרדכי הנ"ל ומהרי"ו סימן כ"ח ותשובת מימוני דנזיקין סימן ט"ו ומהר"ם מרזבורג).

סעיף ח

אין משביעין את המוסר שהראה מעצמו, לא שבועה חמורה ולא שבועת היסט, מפני שהוא רשע ואין לך פסול יותר מזה. (ואפילו לא מסרו עדיין, רק שאומר: אלך ואמסור, אם אומר כך בפרהסיא נפסל לעדות, ולא אמרין בכה"ג עבד אינש דגזים ולא עבד) (מרדכי פ' הגוזל בתרא). ויש חולקין א"כ מוחזק בכך, (מרדכי בפ' הנשבעין). (ואפילו לא יודעין אם רגיל בכך או לא, מ"מ יוכל זה שכנגדו לעמוד ולהציל עצמו ע"י עובד כוכבים, אף על פי שיגיע נזק לזה) (מהר"ם מרזבורג ותשובת רשב"א סי' קפ"א והרא"ש כלל ט"ז). אבל המוסר שאנסוהו להראות או להביא, ונתן ונשא ביד, אעפ"י שהוא חייב לשלם, אינו רשע, ובן תשלומין הוא בלבד, (ומשביעין אותו) כשאר הכשרים. הגה: וכן אם הודה שמסר, ואין עדים בדבר, אף על פי שאינו נפסל בהודאת עצמו, מכל מקום חייב לשלם (מרדכי פרק הגוזל בתרא).

הרמב"ם (חובל ח ח) וטושי"ע פסקו שאין משביעים את המוסר שהראה מעצמו לא שבועה חמורה ולא שבועת היסט, מפני שהוא רשע ואין לך פסול יותר מזה, אך המוסר שאנסוהו להראות או להביא ונשא ונתן ביד, אף שהוא חייב לשלם אינו רשע אלא בן תשלומים הוא בלבד ומשביעים אותו כשאר הכשרים. **הב"י** כתב שפשוט הוא. **הגר"א** (מז-מח) ציין לסימן צב בדין הפסולים לשבועה מחמת עבירה בסעי' א שהוא גם לשבועת היסט וסעי' ג פירוט סוגי העבירות ובסימן לד כב לענין עדות. ולכן יש התביעות בגמ' אם עשו תקנת גזול אף שהמוסר כופר ויכול להישבע לפי הרי"ף והרמב"ם.

הסמ"ע (כו) הציע שני פירושים בשו"ע: 1) אנסוהו להראות אף שנשא ונתן אח"כ ביד כדמסיק שאז חייב לשלם אפ"ה אינו נקרא רשע. **הש"ך** (נ) כתב שכן עיקר. וכן נראה **בגר"א** (נג) שכתב על נשא ונתן ביד, אבל בהראה ע"י אונס אצ"ל שכשר, משמע שזה לא הוזכר בפירוש ועיין הפניות בגר"א. 2) לא מבעיא באנסוהו להראות והראה ולא נשא ונתן ביד שאינו נקרא רשע שהרי בכה"ג אפילו אינו בר תשלומים, אלא אף באנסוהו להביא והוצרך לישא וליתן באונס אף שבר תשלומים הוא אפ"ה אינו נקרא רשע.

הגר"א (נב) ציין שבאנסוהו להראות ויש סכנת נפשות לכתחילה מותר להראות על מנת לשלם וכדנפסק בגזילה (שנט ד) ואמרו ביומא שחכם אחד שאחזו בולמוס "קפחיה לרועה" כפה את הרועה לתת לו לאכול וכו'.

אמר שימסור: בב"ק קיז. איתא: "ההוא גברא דהוה בעי אחוויי אתיבנא דחבריה, אתא לקמיה דרב, א"ל: לא תחוי ולא תחוי, א"ל: מחוינא ומחוינא. יתיב רב כהנא קמיה דרב, שמטיה לקועיה מיניה".

מרדכי (ב"ק קפה-קפו) כתב שלא רק מוסר גמור אלא אף הרב עם חברו ואמר בפרהסיא אלך ואמסור ממונך לכותים הואיל ומעזי פניו בפרהסיא/בפני עדים נחשב רשע ופסול לעדות ולשבועה. והוסיף (קפת, וכן בשבועות פ"ז תשעז) שמדובר במוחזק לכך ולכן לא נאמר שעבד אינש דגזים ולא עבד.

מהר"ם מריזנובורק (סוף שו"ת מהרי"ו מהד' י-ט תשמח עמ' קעח אות סג) כתב שמה שאמרו עבד אינש דגזים ולא עבד זה בצנעא אבל בפרהסיא לא. ומותר לחברו להציל עצמו ממנו באיזה דרך שיוכל אפילו ע"י גויים.

ברשב"א (ס' קפא) כתב שאם רגיל לעשות כן כל שאומר לעשות הרי הוא כאילו עשה והוא בכלל הבא להורג וכו' וראיה מברכות נח. במקרה של רב שילא שבא לעשות כן פעם שניה, ואף מי שלא רגיל בכך אם הכרנו בו שרוצה לעשות הרי הוא כאילו ידענו בבירור שיעשה. וכב"ק. ואף באחרים מותר להציל בנפשו של רודף ולא אומרים שמא יחזור בו ולא יעשה אשר זמם לעשות.

הרמ"א הביא את שני הדעות שאף כשלא מסר רק שאמר בפרהסיא אלך ואמסור נפסל לעדות ולא אומרים עבד אינש וכו' ויש חולקים שדווקא אם מוחזק לכך. ואפילו לא יודעים אם רגיל או לא, מ"מ יכול ההוא לעמוד כנגדו ולהציל עצמו ע"י גוי אף שיגיע היזק לזה. **הגר"א** (נ) הסביר שנחלקו בסיפור בגמ' אם היה מדובר במוחזק או אפילו לא במוחזק והפנה לסעי' י ולדבריו שם ולסעי' יא.

הודה שמסר: המרדכי (ב"ק י קפ) כתב שהמודה שמסר אף שאינו נפסל לעדות כי אין אדם משים עצמו רשע מ"מ צריך לשלם כמה שהודה שגרמי הוא קנס דרבנן ובו לא נאמר שהמודה בקנס פטור שהוא פטור מן התורה. וכ"פ **הרמ"א**.

הש"ך (נא) הביא **שהיש"ש** (ב"ק י סו"ס ג) כתב שכיון שדינא דגרמי אינו קנס (יש"ש ב"ק ט כו) א"כ ממילא המודה חייב לשלם וכן נמצא בשם **הסמ"ק** במפורש. והעיר הש"ך שלא דייק שגם אם הוי קנס מ"מ לא אומרים מודה בקנס פטור רק בקנס דאורייתא ולא בקנס דרבנן וכן משמע בפוסקים וכ"כ **מהרי"ל** (ס' צ) גבי מסירה של שנים כתב שהוי מדרבנן ואפ"ה סיים שם מודה אחד מהם ישלם וכן הוא במרדכי הנ"ל והוא פשוט.

הקצות (יא) כתב **שבשיטמ"ק** (ב"ק צא: בשם ר' יונתן מלוניל) משמע שגם בקנס דרבנן אם מודה נפטר, לגבי מי שהודה שחטף מצווה מחברו שאם זה קנס פטור ואם זה תקנה שיהיו המצוות חביבות על בעליהם אף שהודה שלא מחמת פחד עדים חייב לשלם. ומיהו מה שהעמידו בב"ק צח: שורף שטר תהא במאמינו א"כ למ"ד שגרמי הוא קנס כיצד מתחייב במאמינו בלא עדים ועיין לח ס"ק א.

בשיבת ציון (קט, פת"ש ה) כתב **שבראב"ן** (שו"ת צב) גם כתב שגם בקנס דרבנן מודה פטור, גם נראה להוכיח כן **מהרמב"ם** (חובל ז ד) וכו'. וכן נראה **במעיל צדקה** (סו"ס סא, פת"ש ה) שפסק בקהילה שהנהיגה שמי שיעבור על אחת מתקנותיהם יקנס ח"י זהובים לקופת הקהל ואירע שבעה"ב אחד נחשד שעבר ובחקירתו העיז נגד המנהיגים ואמר שכמה פעמים עבר, וכתב שקנס תקנת הקהל כקנס דרבנן, ונראה דלא כש"ך. א"כ פשוט שכך הלכה ולכל הפחות אין להוציא ממון מיד עובר על תקנה כי יכול לטעון קים לי כהנך רבוותא שסברו שפטור במודה מעצמו. ואין לומר שאף שפטור מצד הדין חייב בקנס מצד תקנת הקהל וקבלת המנהג (כביו"ד ריד ב) שדבר זה אינו מפורש בתקנה שיתחייב קנס ע"פ הודאת עצמו, וסתמא דמילתא משמעות התקנה לחייב קנס על פי דין היינו שיבורר בעדים שעבר על התקנה, ואף ביש ספק במשמעות התקנה אין להוציא ממון מספק. א"כ אין ביד הקהל לתבוע קנס הנכתב בפנקס, אמנם יש ביד ראשי העדה לקונסו מפני העזה שהיה לזה נגד הפרנסים להיות כמתפאר עצמו ונקל בעיניו לפרוץ נגד התקנות, אך יהיו מתונים בדין כו'.

הגר"א (נה) דייק שכתב ואין עדים, שאלו באו עדים אפי' אח"כ לא הוי מודה בקנס כמ"ש **הרא"ש** בספ"ק **והטור** בסי' שמח משום שעתה אין ב"ד לקנס וחוף לבי"ד לאו הודאה הוא כמ"ש בב"ק עד: "שאני ר"ג דלא בפני בי"ד אודי". גר"א נד נו.

סעיף ט

אסור למסור לישראל ביד עובדי כוכבים אנשים, בין בגופו בין בממונו; ואפילו היה רשע ובעל עבירות; ואפילו היה מיצר לו ומצער. הגה: ודוקא בדברים בעלמא; אבל אם מסרו, מותר למסור, דהרי יוכל להרגו בד"ן במקום שיש חשש שיחזור וימסרנו לאנשים (הרא"ש כלל י"ז סי' א', וב' ותשו' רשב"א סי' קפ"א); או אם אי אפשר להציל עצמו בדרך אחר; אבל אם אפשר להציל עצמו בדרך אחר; הוי כשנים שמסרו זה את זה וכל מי שהפסיד חבירו יותר חייב לשלם המותר בנזק שלם (מרדכי פ' הנ"ל ותשובת מיימוני לס' נזיקין סימן ט"ו). וכל המוסר ישראל ביד עובד כוכבים, בין בגופו בין בממונו, אין לו חלק לעולם הבא.

בגיטין ז. איתא: "שלח ליה מר עוקבא לר' אלעזר: בני אדם העומדים עלי ובידי למסרם למלכות, מהו? שרטט וכתב ליה: אמרתי אשמרה דרכי מחטוא בלשוני אשמרה לפי מחסום בעוד רשע לנגדי, אע"פ שרשע לנגדי אשמרה לפי מחסום. שלח ליה: קא מצערי לי טובא, ולא מצינא דאיכוס בהו! שלח ליה: דום לה' והתחולל לו, דום לה' והוא יפילם לך חללים חללים, השכם והערב עליהן לבהמ"ד והן כלין מאליהן". וכתב **הרי"ף** (ב"ק מג:): ששמענו מכאן שאף במקום צער אסור למסור בן ישראל למלכות גויים לא שנא גופו ולא שנא ממונו.

בתוספתא סנהדרין יג א הובא בר"ה יז. "המסורות... יורדין לגיהנום ונידונים בה לדורי דורות".

ע"פ זה פסקו **הרמב"ם** (חובל ח ט) ו**טושו"ע** שאסור למסור ישראל ביד גויים, בין בממונו בין בגופו, ואפילו היה רשע ובעל עבירות ואפילו היה מיצר לו ומצער. וכל המוסר ישראל ביד גוי בגין בגופו בין בממונו אין לו חלק לעוה"ב. **הש"ך** (נג) כתב שבהמשך (ס"ק ס) בשם התוס' והג"א הוכיחו שגרועים מהמשומדים. וביו"ד (ב ט רמ"א) נתבאר שיש פוסלים שחיטת מוסר כשחיתת מומר. ושם (רפא ג) נתבאר שס"ת שכתבו מוסר גוי או ישראל מומר שפסול.

מי שאחר מסרו: הרא"ש (כלל יז ב) כתב שאם אחר הלשין עליו אפילו בידיים מותר להרגו כמו בב"ק קיז. שרב כהנא שמת לקויעה. והמעשה בגיטין שם בגניבא באדם גדול בתורה שלא היה מסור אלא מצער ומקניטו בדברים ולכן לא יכול היה להורגו. וכ"כ **הרשב"א** (ח"א קפא) ששם צערו בדברים ונזקים אחרים אבל לא היה מסור שאם היה יכול להורגו ומצוה. וכ"פ **הרמ"א** שמה שאמר השו"ע שאסור למסור וכו' זה דווקא שצערו בדברים בלבד אבל אם מסרו מותר למוסרו שהרי יכול להורגו בד"ן במקום שיש חשש שיחזור וימסרנו לאנשים. **הגר"א** (נט) העיר כמ"ש בסעי' י-יא, ואע"ג שקי"ל ממון המוסר אסור לאבדו כמ"ש בסעי' יג ולא אמרו שלא יהיה ממונו חביב עליו מגופו וכו' שם בשאין יכול להציל את הנמסר עצמו בזה אבל להציל עצמו ודאי מותר שהרי מטעם רודף הוא ואמרו בב"ק קיז: ונרדף וכו' שלא יהיה ממונו חביב עליו מגופו ועיי' תוס' סנהדרין עד. 'שלא'.

ר"מ התשובות מימוניות (מרדכי ב"ק י קצה, תשובות מימוניות נזיקין טו) כתבו שזה דווקא כשלא יכול להציל עצמו בדרך אחרת, אבל אם יכול הוי כשנים שמסרו זה את זה וכל מי שהפסיד חבירו יותר חייב לשלם המותר בנזק שלם כמ"ש בב"ק פ' ג שנים שחבלו זה את זה. וכ"פ **הרמ"א** מה שנאמר קודם שיכול למוסרו זה דווקא כשא"א להציל בדרך אחרת אך כשאפשר הוי כשנים וכו'. **הגר"א** (סא) כתב וכי"ש במקום שאין חשש שימסרנו אין צריך להציל ועיי' תכא יג. ועיין גר"א ס.

סעיף י

מותר להרוג המוסר אפילו בזמן הזה. ומותר להורגו קודם שימסור, אלא כשאמר: הריני מוסר פלוני בגופו או בממונו, אפי' ממון קל, התיר עצמו למיתה, ומתיר בו ואומרים לו: אל תמסור, אם העיז פניו ואמר: לא כי אלא אמסרנו, מצוה להורגו, וכל הקודם להרגו, זכה. הגה: ואם אין פנאי להתרות בו, אין צריך התראה (המגיד פ"ח דחובל). וי"א דאין להרוג המוסר אלא אם כן אי אפשר להינצל ממנו באחד מאיבריו, אבל אם אפשר להצילו באחד מאיבריו, כגון לחתוך לשונו או לסמות עיניו, אסור להורגו, דהרי לא גרע משאר רודף (תשובת מיימוני הנ"ל ומרדכי הנ"ל בשם מהר"מ).

בב"ק קנז. "ההוא גברא דהוה בעי אחוויי אתיבנא דחבריה, אתא לקמיה דרב, א"ל: לא תחוי ולא תחוי, א"ל: מחוינא ומחוינא. יתיב רב כהנא קמיה דרב, שמטיה לקועיה מיניה".

ע"פ זה פסק הרמב"ם (חובל ח י) וטושו"ע שמוטר להרוג המוסר בכל מקום ואף בזה"ז שאין דנים דיני נפשות, ומותר להרוג קודם שימסור אלא כשאמר הריני מוסר פלוני בגופו ובממונו ואף ממון קל הרי התיר עצמו למיתה, ומתיר בו ואומרים לו אל תמסור, אם העיז פניו ואמר לא כי אלא אמסרנו מצוה להרוגו וכל הקודם להרוגו זכה. הש"ך (נד) שמוטר להורגו קודם שימסור וכו' היינו כשניכר שיעשה כן (וכבגמ' שכבר עשה כן פעם אחת). הסמ"ע (כט) נימק שמסור אף שאינו מזיק ממון חברו בידיים גרע ממזיק, ולמדו בקצו. מדכתב "בניד עלפו שכבו בראש כל חוצות כתוא מכמר, מה תוא זה כיון שנפל במכמר שוב אין מרחמין עליו, אף ממון של ישראל, כיון שנפל ביד עכו"ם אין מרחמין עליו" ומעלילין עליו עלילות כ"כ עד שהרבה פעמים יבוא ע"י לידי סכנת נפשות, ולכן יש למסור דין רודף. ומ"מ לא גרע מרודף שאחר שעבר עבירה אין הורגים אותו בלא התראה ובדין ב"ד דוקא, כן המסור אחר שמסר, אם לא שהוחזק למסור וכדמסיק השו"ע בסעיף י"א.

אין פנאי להתרות: המ"מ הפנה גם לברכות נח. ברב שילא ששם היה מוסר נפשות. וכתב שגם שם צריך להתרות ורב שילא או שהזהירו אף שלא כתוב או שלא פנאי שאז אפשר גם בלי להתרות. וכ"פ הרמ"א.

אפשר להצילו באחד מאיבריו: בתשובות מיימוניות (נזיקין טו) ובמרדכי (ב"ק פ"י קצה) כתבו שאם יכול להציל באחד מאיבריו חתיכת לשונו או סימיו עינו אסור להורגו וההורג חייב מיתה.

הבי' תמה שמשני הגמ' הנ"ל נראה שהיו יכולים להציל בחתיכת לשונו או רגליו. הדרכי משה תמה עליו מי אמר לו שהיה אפשר שם שכתב כן בפשטות ודחה דברי תשובת מיימוני בלא טעם וראיה. הרמ"א הביא דעתם בשם י"א. הגר"א (סז-סח) העיר שסברו שאין הורגים את המוסר אלא מטעם רודף ועיי' סעי' יא, וכמו שברודף בסנהדרין עד. הדין כן ביכול להצילו באחד מאיבריו ה"ה כאן.

מסור בכלא: כתב הריב"ש (רלו, סמ"ע כח, ש"ך נח) שהנתפס בעד גופו לדונו משום מסור או שאמר דברים שמתחייב בנפשו ורצה לתת ערבים שלא יברח, לא מקבלים ממנו שמה נעשה לערבים אם יברח!!

סעיף יא

עשה המוסר אשר זמם, ומסר, אסור להורגו אלא אם כן הוחזק למסור, שהרי זה יהרג שמא ימסור אחרים.

פסק הרמב"ם (חובל ח יא) וטושו"ע שבעשה המוסר אשר זמם ומסר יראה שאסור להרגו. אא"כ הוחזק למסור שאז יהרג שמא ימסור אחרים. המ"מ כתב שכן לא מצאנו בגמ' היתר אחר מעשה ועוד כעין ראיה מרודף אחר חברו להרוגו וזכור ונערה מאורסה שניתן להצילו בנפשו אחר מעשה אין נהרגין אלא בב"ד והתראה כדאמר שם נעבדה בהם עבירה אין מצילים אותם. הגר"א (סט) כתב שהטעם שאין הריגתו אלא משום להציל חברו כמו ברודף אבל לא משום רוצח שהרי בגרמא פטור כמ"ש בעו: "שיסה בו" וכו' וכן בעדים זוממים "הרגו אין נהרגים" וכ"ש בזה"ז.

אם יש חולק: רבינו שמחה (מרדכי ב"ק י קצו) רצה להוכיח שהרי"ף חלק, שהרי הביא ראיה שממון מסור אסור לאבדו בידיים מדאיבעיא בב"ק סב. אם עשו תקנת נגזל במסור או לא, ואם סבר כרמב"ם שאחר מעשה מעשה אינו נהרג כמו ברודף א"כ ה"ה בממונו וא"כ אין ראיה לרי"ף שמא שם כבר עשה המסור לאנס כאשר זמם ואז אסור לכו"ע לאבד ממונו שהרי מה שאמרו שמוטר לאבד בידיים זה מק"ו מגופו. היש"ש (ב"ק י ג) השיב על זה, והש"ך (נה) כתב שבספרו השיגו והוכיח שהעיקר מהגמ' כרבינו שמחה שאף בפעם אחת נקרא מוסר ומותר להרגו וכן משמע מתוס' ופסקיהם, אך הרבה פוסקים נמשכו לרמב"ם בזה. הגר"א (סט ליקוט) כתב בשם המרדכי (שם קצד בשם רבנו ברוך) שבלא"ה אין ראית הרי"ף מוכרח שאפשר שמדובר שם שעשה תשובה.

הוחזק למסור: לש"ך והרבה ראשונים מותר להורגו בידיים, לרא"ש ויש"ש רק להורידו.

הרמב"ם ושו"ע כתבו שאם הוחזק למסור שאז יהרג שמא ימסור אחרים. המ"מ כתב היינו ברייתא בע"ז כו: "האפיקורסים והמסורות מורידין ולא מעלין".

הרמב"ם סיים: "ומעשים בכל זמן בערי המערב להרוג המוסרים שהוחזקו למסור ממון ישראל ולמסור את המוסרים ביד הגוים להרגם ולהכותם ולאסרם כפי רשעים". והובא **במרדכי** (ב"ק י קצה) **ובסמ"ג**. כתב **הש"ך** (נו) שמשמע מזה שהורגים אותו בידיים וכן משמע מלשון **פסקי תוס'** (ע"ז פ"ב ס' מא) "מוסר מותר להרגו אפילו מסר כבר". וכן מוכח במפורש מתשובת **מהר"ם ב"ב** לרשב"א (ב"י סו"ס) וכ"פ **הרשב"א** במפורש (ב"י מחודש ח) שכתב שאף הורגים אותם בידיים במוסר מוחזק וכן העיד הרמב"ם ומורידים ולא מעלים. והרמב"ם וסיעתו לא מפרשים מורידים ולא מעלים **כרא"ש** בתשובה בשם **ר"ח** שהובא בטור שדווקא מורידים ולא הורגים בידיים אלא ה"ה שהורגים בידיים ואמר מורידים במקום שא"א להורגו ויש לסבב הריגתו ע"י הורדה וכן נראה ברמב"ם (רוצח פ"ד וע"י יו"ד קנח ב) וכן נראה עיקר בגמ' שנחלקו ממון מוסר חד אמר מותר לאבדו ביד לא יהא ממון חמור עליו מגופו משמע שגופו מותר לאבדו ביד, **וביש"ש** (ב"ק י ג) כתב שאפשר לפרש שכך אמר מאר שמוטר להרוג המוסר ע"י הורדה א"כ כ"ש שהממון מותר לאבדו בידיים ולא נראה שמ"מ מאי ק"ו הוא זה ועוד שלשון הגמ' לא משמע כך וגם מה שכתב שמהרי"ף נראה קצת שאוסר להרוג המוסר בידיים כיון שהשמיט מעשה דרב כהנא ששמיטה לקועיה וכו' אלמא שסובר שרב כהנא שלא כדין עשה שהרגו וכו' לא נהירא שחלילה שהרי"ף יחשוב על רב כהנא שעשה שלא כדין וגם פשט הגמ' לא משמע כך אלא מאחר שהרי"ף הביא בסוף הפרק לא יהא ממון חמור מגופו לא הוצרך להאריך ולהביא הסיפור.

גדר מוחזק- **רשב"א** (ב"י מחודש ח) כתב שכל שנודע לרבים שהוא כן ולא שהוחזק בבי"ד של כ"ג ושקבלו עדיו בפניו שא"כ אין לך מוחזק עכשיו שאין לנו מומחים והרי החכמים מחברי הספרים העידו וכתבו שהמוסר המוחזק הורגים אותו בכל זמן וכל הנעשה ענותן ומרחם על אלו נעשה אכזר על דורו.

מהר"ם ב"ב (ב"י סו"ס) השיב לרשב"א שהוחזק ג' פעמים שהיו חזקה בין לרבי בין לרשב"ג ולא הרגשנו בו צד תשבה כל הקודם להורגו וזה שגדולה חזקה שהרי סוקלים ושורפים על החזקות. וכן בתשובת **הרא"ש** (טור סו"ס) ושו"ע בסעי' טו "מי שמוחזק ששלשה פעמים מסר" וכו'. **הש"ך** (נו) כתב לעי' ביבמות סוף סד וסנהדרין פא: במי שלקה ושינה שלישית מכניסים אותו לכיפה וכו' וברמב"ם סנהדרין יח ד.

סעיף יב

כל המוסר הצבור ומצערן, מותר למסרו ביד עובדי כוכבים אנסים להכותו ולאסרו ולקנסו; אבל מפני צער יחיד אסור למסרו. הגה: (וע"ל ס' תכ"ה ס"א). מי שעוסק בזיופים וכדומה, ויש לחוש שיזיק רבים, מתרין בו שלא יעשה, ואם אינו משגיח, יכולין למסרו ולומר שאין אחר מתעסק בו אלא זה לבד. מי שרוצה לברוח ולא לשלם לעובדי כוכבים מה שחייב, ואחד גילה הדבר, אין לו דין מסור, שהרי לא הפסידו רק שהוצרך לשלם מה שחייב, מכל מקום ברעה עשה דהוי כמשיב אבידה לעובד כוכבים; ואם גרם לו היזק, חייב לשלם לו מה שגרם לו (מהר"ם מרוזבורג).

כתב **הרמב"ם** (חובל ח יא) **וטור** שכן כל המיצר לציבור ומצערן מותר למוסרו ביד גויים להכותו ולאסרו ולקנסו, אבל מפני צער יחיד אסור למסרו. והסביר **הגר"א** (עב) שהטעם שהמצער רבים הוא כמו מסור כדיתא בר"ה יז. "אבל המינים והמסורות... ושנתנו חיתתם" וכו'.

בשו"ע נדפס כל המוסר לציבור, ותקנו **הש"ך** (נט) **הגר"א** (עא), והסביר **הגר"א** שהרי מסיים מפני צער היחיד אסור למסרו, ובמוסר אף בשביל היחיד מותר כבסעי' ט ברמ"א שהבדילו בין מוסר למצער ביחיד וכן העיר **הסמ"ע** (ל) שבמוסר ממון כתוב שם שמותר כ"ש אם יסרו במכות ועונשי הגוף אז מותר למסרו.

והש"ך (ס) כתב שאולי יש נ"מ בין מוסר יחיד לציבור וזו כוונת השו"ע, במקום שכבר מסר שאין הורגים אותו אא"כ הוחזק במוסר אפשר שבמוסר לציבור אפילו לא הוחזק מותר למסרו ביד גוי.

עוסק בזיופים: כתב **המהר"ם מריזנבורג** שמי שעוסק בזיופים וכד' ויש לחוש שיזיק רבים מתרים בו שלא יעשה ואם לא משגיח יכולים למוסרו ולומר שאין אחר מתעסק בו אלא זה לבד. וכ"פ **הרמ"א**. **הגר"א** (עד) כתב שגם הוא רודף ואף שאין מתכוון כמ"ש בב"ק קיז: בההיא חמרא ובסנהדרין עב: לגבי תינוק שהוציא ראשו וכו', ואף שאינו רק גרמא כמו במוסר שאף ע"י ממון קל כמו תיבנא, ואף שאינו רק חששא כמו במוסר וכן במחירת וכיוצא. ולגבי ההתראה כתב **הגר"א** (עה) כמו בסעי' י.

רצה לברוח מלשלם לגוי: כתב **מהר"ם מריזנבורג** שמי שרוצה לברוח ולא לשלם לגוי חובו, ואחד גילה הדבר, אין לו דין מסור, שהרי לא הפסידו רק שהוצרך לשלם מה שחייב, מ"מ ברעה עשה שהיו כמשיב אבידה לגוי. ואם גרם לו היזק, חייב לשלם לו מה שגרם לו וכ"פ **הרמ"א**.

הגר"א (עז) ציין לב"ק קיג: שהפקעת הלוואתו מותרת והוי כאבידה. ועיין סנהדרין עו: דבר חמור על המחזיר לגוי וזה במקום שאין חילול ד' אם לא יחזיר כמ"ש בב"ק ועי' שמח ב ברמ"א.

גרם לו היזק: **הסמ"ע** (לא) הסביר שהכוונה שגרם לו היזק יותר מהחוב לגוי, ע"י שגילה לגוי מבריתו, אבל בכדי מה שחייב לו אינו נקרא היזק. וכ"כ **באר הגולה** (ע) שכך מבואר שם, וכ"כ **הש"ך** (סא).

סעיף יג

אסור לאבד ממונו של מוסר אף על פי שמותר לאבד גופו, שהרי ממונו ראוי ליורשיו. ויש אומרים דמותר ליטול ממונו לעצמו, דאינו אסור אלא לאבדו (מרדכי פ' הגוזל בתרא).

בב"ק קיט. איתא: "ממונו מסור - רב הונא ורב יהודה, חד אמר: מותר לאבדו ביד, וח"א: אסור לאבדו ביד. מ"ד מותר לאבדו ביד, לא יהא ממונו חמור מגופו; ומ"ד אסור לאבדו, דלמא הוה ליה זרעא מעליא, וכתוב: יכין רשע וצדיק ילבש". **הרי"ף** (מו). **הרמב"ם** (חובל ח יא) **וטושי"ע** פסקו שאסור לאבדו ממונו של מוסר אף שמותר לאבד גופו שהרי ממונו ראוי ליורשיו. הרי"ף הביא ראיה מדהבתייעו בסב. אם עשו תקנת נגזל במסור שישבע ויטול או לא ונגמר בתיקו וש"מ דכ"ש שאסור לאבדו ביד (אם לאבדו היה מותר כ"ש שישבע ויטול).

במרדכי (ב"ק י קצד) כתב שלא נחלקו אלא על לאבדו ביד אבל לעכב לעצמו הסכימו שמותר שהיין צדיק ילבש. והביא **הרמ"א** בשם וי"א. **הסמ"ע** (לג) נימק שלא עדיף ממונו מגופו שהוא הפקר, והרי עדיין לא זכו בניו בחייו בממונו. **הש"ך** (סג) כתב שהרי"ף ודעימיה בע"כ לא סברו כך מהראיה שהביאו, וכן משמע במרדכי שם שבעל סברא זו חולק על הרי"ף שדחה ראיתו. **ויש"ע** (ב"ק י ג) פסק שאסור ליטול לעצמו וכן עיקר וכן משמע להדיא מתשובת **רש"י** שבמרדכי (קידושין פ"א). **החת"ס** (ח"מ קנד, פת"ש ו) כתב שדברי המהר"ם נכונים שק"ו טוב הוא השתא גופו ממונו לא כ"ש ומה שכתוב וצדיק ילבש והרי לא כתוב בפס' איזה צדיק ילבש והרי זה המעכב הוא הצדיק הראשון ולמה יוציאנו מידו לתת לצדיק אחר אפילו כבר היו לו בנים טובים, ובזה נדחו דברי הש"ך שהרי"ף ודעימיה חולקים וכו' וגם מתשובת **רש"י** אין ראיה. וסיים מ"מ אין חולק על רבינו ברוך וסברנו נכונה ורמ"א קבע דעתו בשו"ע א"כ מי יוציא מהלווה והנפקד נגד זה.

לאבד בגרמי ולמסור ממונו לגוי: **הטור** כתב בשם **העיטור** שמותר לאבד ממונו בגרמא או גרמי, רק ביד אסור. ומהרי"ן (קס, ש"ך סב) כתב שלמסור ממונו לגוי אסור כ"כ **מהרש"ל** (ב"ק י ג) והביא ראיה ממסירות ר' יואל ור' אפרים במרדכי ולפי"ז משמע שאם חזר ומסר ממונו חייב לשלם לו מה שהפסידו כמ"ש במרדכי שם באותו מקרה וכבסע' ט ברמ"א.

נשמעים דברינו מחמת עושרו: כתב מהרי"ן ונראה שהמוחזק למסור ונראה שאין דבריו נשמעים רק מחמת עשרו וכשיעני לא ישמעו מותר לאבד ממונו או למסור לגוי שהרי במה שמאבדים ממונו מצילים אחרים. **החזקת אבדתו**: **בתוס'** (ע"ז כו:). הסתפקו אם משיבים אבדתו וכתבו שמוסר גרע ממומר ובכל מקום שונה מוסר אצל מין ולא התרבה אצל אבדה ושמא מי שסובר שממון מוסר אסור לאבדו ביד סבר גם שמשיבים אבדתו ומטעם יכין רשע וצדיק ילבש. **ובהגהות אשרי** (ב"מ פ"ב) כתבו שמוסר הוי כמומר להכעיס שאסור להחזיר אבדתו. ש"ך (סב).

סעיף יד

מוסר, מקבלים עדות שלא בפניו. הגה: ואין צריכין לכין העדות כל כך (טור).

הרא"ש (כלל יז א) **והטושי"ע** כתבו שמקבלים עדות על המוסר שלא בפניו. **והריב"ש** (רלז) הביא ראיה מסנהדרין מה שמעון בן שטח תלה 80 נשים באשקלון.

עוד כתב **הרא"ש וטור** שאם היה צריך לדרוש ולחקור בדינו לעולם לא יעשה ממנו דין כי יציל ע"י גוי כיון שהם מקרבים אותו להנאתו וכו' ויסכן כל ישראל שאף כשאינו בסכנה מוסר יחידים ורבים כ"ש כשיראה עצמו בסכנת גופו וכו'. **והרמ"א** כתב שאין צריך לכוון עדותו כ"כ. והסביר **הש"ך** (סד) שף שדיני נפשות צריכים דרישה וחקירה במוסר אין מדקדקים כ"כ.

סעיף טו

מי שמוחזק ששלשה פעמים מסר ישראל או ממונו ביד אנשים, היו מבקשים עצה ותחבולה לבערו מהעולם. הגה: על ידי גרמא, אף על פי שאסור להורגו (בידים). מי שמדבר בפני קהל ועדה דברי מסירות, ועל ידי זה נשמע לאנס וגרם היזק, אף על פי שאין לו דין מסור מכל מקום מענישין אותו לפי ראות עיני הדיינים (ריב"ש סימן רל"ט ותשובת רמב"ן סימן ר"מ). מי ששלח שליח למסור, אם השליח הוחזק לעשות, חייב המשלחו, ואין לומר אין שליח לדבר עבירה, הואיל והוחזק בכך. וכן אם מסר שטר פרוע לעובד כוכבים, ויודע שיתנו לשר ויכוף הישראל לפרוע שנית, חייב לשלם (בית יוסף בשם תשב"ץ ומהר"ם מרזבורג).

הריב"ש (רלט) כתב שמי שמוחזק ששלשה פעמים מסר ישראל או ממונו ביד גויים מבקשים עצה ותחבולה לבערו מן העולם. וכ"פ **השו"ע**. **הרא"ש** (כלל יז ס' א) בשם **ר"ח וטור** שאפשר להרוג אותו בגרמא אף שא"א להורגו בידיים. וכ"פ **הרמ"א** שזה כוונת השו"ע.

הסמ"ע (לה) הביא שהכוונה שלא בשעת מעשה אף שהוחזק למסור אינו מותר אלא בגרמא והיינו שמורידים אותו לבור ושם ימות מעצמו ואם כבר ירד בסולם לבור מעצמו מסלקים הסולם משם וכיוצ"ב. וכן מותר להשתדל מיתתו ע"י גוי שהיו כהורדה לבור. וכן גם דעת **העיטור**. **ולרמב"ם** (חובל ח יא) **ורבי אשר מלונל** מותר להורגו אפילו בידיים לאחר שהוחזק להיות מוסר ג' פעמים ואף שלא בשעת מעשה.

וכ"כ הש"ך (סה) שהכוונה ע"י בור או גוי ויש"ש (ב"ק י ג) חלק ופסק שע"י גוי הוי כהורגו בעצמו שהגוי יש שליח לדבר עבירה לחומרא ודווקא הורדה לבור מותר. ואין דבריו מוכרחים וכן שאר דבריו.

הש"ך (סו) תמה שאמנם הרמ"א מביא דברי הרא"ש בשם ר"ח וטור אבל תימה שכתב כן בפשיטות שהרי מהשו"ע יא מבואר שיש להורגו וכן דעת הרבה פוסקים שהבאתי שם והבאתי ראיות לדבריהם. והעיטור שהביא הסמ"ע לענ"ד דיבר רק על ממון. גר"א (פד) גם העיר שהרמב"ם והרשב"א חלקו.

דיבר בפני קהל דברי מסירות: כתב הרמב"ן (מיוחסות רמ) והריב"ש (רלט) כתבו שהמדבר בפני קהל ועדה דברי מסירות וע"י זה נשמע לאנס וגרם היזק אף שאין לו דין מסור מ"מ מענישים אותו לפי ראיות עיני הדיינים. וכ"פ הרמ"א. הגר"א (פה) כתב שכבשי יב המצער את הציבור וכן למיגדר מילתא כבשי ב.

שליח למסור: לרשב"ץ ורמ"א ושבות יעקב וחת"ס חייב המשלח, לש"ך ולקצות פטור.

כתב הרשב"ץ (ח"א קנו) ומהר"ם מריזנבורג כתבו שמי ששלח שליח למסור, אם השליח הוחזק לעשות, חייב המשלחו, ואין לומר אין שליח לדבר עבירה, הואיל והוחזק בכך. וכ"פ הרמ"א.

הרשב"ץ כתב שלא תאמר אין שליח לדבר עבירה שלא נפטר מטעם זה אלא בישראל אבל הוחזק במוסר ובאנס לא ישראל הוא וכמ"ש הרמב"ם (עדות) שהמוסרים פחותים מגויים וכיון שכן אין למשל טענה לפטור משום דברי הרב וכו' שזה מפורסם שאינו שומע דברי הרב.

הש"ך (סז) דחה דבריו: (1) לא מבעיא לפסיקת הרמ"ה רא"ש נמו"י ושא"ר הרבה פוסקים כרב סמא בב"מ י: שלעולם אין שלד"ע אפילו השליח לא בר חיובא כיון דאי בעי עביד ואי לא בעי לא עביד א"כ פשוט שכאן פטור המשלח שהרי גם כאן אם רצה המוסר עביד אי בעי לא עביד, תדע שהרי הפוסקים הנ"ל כתבו שלעולם לא משכחת שלד"ע אלא חצר ואם איתא הרי משכחת מוחזק בכך. (2) אף לרבינא שסבר שהיכא שהשליח לאו בר חיובא מחייב שולחו כאן פטור שסו"ס זה ישראל הוא ובר חיובא הוא ולא כתב הרמב"ם שהם פחותים מגויים אלא לענין שפסולים לעדות בלבד ומה בכך שהוחזק במוסר וכן מוכח מדברי כל הפוסקים בכמה מקומות וסתמו אין שלד"ע ולא חלקו בין שליח מוחזק בכך או לא. (3) הרמ"א לטעמו בר"ס קפב שהכל תלוי כשהשליח בר חיובא אבל חלקתי עליו. ואף הרשב"ץ לא פסק כן אלא משום שצירף עוד טעמים. ביניהם שזה דומה לשליחות יד שחייבה התורה ע"י שליח ועוד יש לחייבו כאילו מסור אל האנס עצמו ואין צריכים לבוא עליו מדין שליח כיון שהוחזק הזקן מוסר המוסר בידו כמוסר ביד האנס. וגם זה לענ"ד אינו נכון שנהי ששליחות יד חייב אף ע"י שליח היינו בשולח יד בממון אבל כאן מה שליחות יד שייך ועוד ששולח יד הוי גולן וכבר כתבתי (שפו יג) ששטרות התמעטו מגולה ועוד שכיון שכתבתי לקמן בס"ק שאח"ז שאפילו מסר הוא עצמו השטרות לגוי פטור שלא עשה כלום א"כ כ"ש כשמסר למסור שימסרם לגוי.

הקצות (יב) גם התקשה שנקטו הפוסקים הטעם שאין שלד"ע משום שסבור שלא ישמע אליו, שהרי דעת רש"י (מובא במרדכי ב"מ שלח) לגבי ריבית שמותר ע"י שליח ומשום שאין שלד"ע, ואיך שייך הטעם לומר סבור הייתי שלא ישמע אליו כיון שאנו מתירים אותו לכתחילה ע"י שלוחו וצ"ע. ומוכח שאין זה עיקר הטעם וכמ"ש הריטב"א (קידושין מב: 'שאני התם') שעיקר הטעם אינו משום דברי הרב וכו' אלא משום שכן הוא גזה"כ וא"כ אפילו בהוחזק השליח גם אין שלד"ע.

השבות יעקב (ח"א קסד, פת"ש ז) סבר כרמ"א ואין דברי הש"ך מוכרחים. שם דיבר באחד ששלח לגוי לבייש חברו ברבים וכן עשה אם קונסים אותו כאילו בייש בעצמו או אין שלד"ע. והעלה שחייב המשלח. (א) כיון שהשליח לא בר חיובא אף שהלבנת פנים כאילו שופך דמים (ב"מ נח: ובר נח מצווה על שפי"ד מ"מ לא הוי ממש לחייב על זה בן נוח כמוכח מסנהדרין נז. ב) הגוי הוי מוחזק בכך ובמוחזק לעשות אף שהוא בר חיובא חייב שולחו. (ג) בכלל מוסר יחשב שמוסר גופו של חברו ואף אם הגוי עושה הדבר מאילו מצוה להצילו מהלבנת פנים שהוא בכלל לא תעמוד על דם רעך מכ"ש לצוות על זה שהוי בכלל מסור שמוסר גופו לצערור לביישו ברבים ודינו חמור ויש לביי"ד לקנסו כפי מיגדר מילתא ויקר פדיון נפשו וכו'.

החתם סופר (ח"מ קפה, פת"ש ז) גם נ"ל כרמ"א להלכה, אך לא מטעם התשב"ץ אלא שהוא גופיה מסור שהרי מסר חבירו ביד אנס, מה לי אנס ישראל מה לי אנס גוי כו', אלא שמלשין לגוי אנס חייב אף שלא מסר אלא ממנו שממילא הוי נפשות כתוא מכמר, משא"כ מלשין לישראל, דוקא מוסר גופו לאנס, וכאן שמסר לישראל המוסר לגוי ומפילו לתוא מכמר, הראשון עצמו מסור הוא אפילו יעשה ע"י גרמא דגרמא ושליח שליח, ורוב מוסרים לשלטון גוי אין השלטון בעצמו עושה מעשה אלא ע"י זה מסתעף וע"י שלוחיו, מ"מ ה"ל מסור, וה"ה כאן. הפת"ש (ז) תמה שלא הזכיר שהרשב"ץ עצמו כתבה. וכנראה שגם הש"ך לא השיג עליו בזה רק בנידון דידיה שדיבר במסר שטרות ע"ש וצ"ע.

מסר שטר פרוע לגוי: רשב"ץ רמ"א גר"א מחייבים, רשב"א ש"ך ועוד פוטרם.

כתב הרשב"ץ וכן אם מסר שטר פרוע לגוי, ויודע שיתנו לשר ויכוף הישראל לפרוע שנית, חייב לשלם. וכ"פ הרמ"א. הסמ"ע (לו) הוסיף מהרשב"ץ שאפילו מסרו בין שאר שטרות ואמר שלא ידע מזה חייב שה"ל למידע.

הש"ך (סח) תמה שאפילו מסרו לשר עצמו פטור שאין כאן גרמי. וגם סוף דברי הרשב"ץ שגדולה מזאת שאפילו היה ראובן המלוה ושמעון מסר שטרו ביד מוסר והפסיד חובו חייב שמעון מדין מוסר קשה, אדרבה הפוך מסבתו שראובן שהוא המלוה דווקא הוא חייב ולא מטעם מוסר אלא מטעם שכיון שהוא הפקידו אצלו והוא מסרו למוסר שרף את

השטר והוי כשורף שטרות חברו שחייב מדין גרמי וברא"ש (כלל לט ב, סו ס"ק קכז, שפו ס"ק כב) אבל כשסמור שטרות פרועים שלו לגוי אין כאן גרמי וכמ"ש **הרשב"א** במפורש (ב"י שפו מחודש א). **ובדור"מ** כתב רואה אני לפטור את שמעון אם עבר והחזיר השטר לגוי וכל שאינו זוכה מיד אינו קרוי דין דגרמי אלא גרמא בנזיקין ופטור וכ"כ **מהריב"ל** (לד) **ומהר"ם אלשיך** (ק"ב) את הרשב"א לפסק הלכה וכן **מהר"ם מלובלין** (ס' סא) **ומשאת בנימין** (ס' פה) והדר"צ הפנה לס' שפו שיש חולקים בזה ונראה שהתכוון לרשב"א. א"כ כ"ש שיש לתמוה על הרמ"א כאן שכתב בסתם כרשב"ץ וגם לענין דינא נראה הרשב"א עיקר.

וכן **הגר"א** (פו) הביא שברשב"א חלק וכשיטת ר"י שאין מתחייב מיד ואינו אלא גרמא. אך להלכה כתב שנראה שכאן מראה ממון חברו הוא ומסור ממש וגם במעיד אינו מתחייב מיד עד שיפסוק הדין וכ"ש **לריצב"א** משום קנס כמו בכל מסור. והפנה לס' כח.

סעיף טז

הוצאות שעשו לבער מוסר, כל הדרים בעיר חייבים לפרוע בהם, אפילו אותם שפורעים מס במקום אחר.

כתב **הרא"ש** (כלל ו ס' כב) שעל הוצאות שהוציאו לבער המסור הכל חייבים בתשלום הוצאת ביעור הרע מקרבם כי היא תקנת ישוב העיר כי הנשארים ישמעו ויראו ולא יצאו עוד מקרבם בני בליעל וכמו שאפשר לכפות לבנות דלתות וכו' וכל דבר שהוא צורך העיר ואין צורך העיר כזה וכל דרי העיר חייבים בין שפורעים מס במקום אחר בין שפורעים בעיר ואין מי שיכול להסתלק. וכ"פ **בשו"ע**. מקורות בגר"א

סימן שצה

המשסה את הכלב בחבירו או בעצמו, ובו סעיף אחד.

סעיף א

המשסה (פי' משלח ומקניט) כלבו של חבירו בחבירו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים; ובעל הכלב חייב חצי נזק, שכיון שהוא יודע שאם שסה את כלבו להזיק נושך, לא היה לו להניחו. ואם שסהו בעצמו, בעל הכלב פטור, שכל המשנה ובא אחר ושינה בו, פטור.

בסנהדרין עו: איתא: "משנה. ואלו הנהרגין... שיסה (מגרה משלח ומקניט) בו את הכלב, שיסה בו את הנחש – פטור". ובבב"ק כג: "ת"ש: שיסה בו את הכלב, שיסה בו את הנחש – פטור; מאן פטור? משסה פטור, וחייב בעל כלב, ואי אמרת כחצר המזיק דמי, לימא ליה: מאי בעי ידך בפומיה דכלבאי! אימא: פטור אף משסה. ואיבעית אימא: דאפקיה לניביה וסרטיה". ב"ק כד: "אבעיא להו: המשסה כלבו של חבירו בחבירו, מהו? משסה ודאי פטור, בעל כלב מאי? מי אמרינן מצי א"ל: אנא מאי עבידנא ליה, או דלמא אמרינן ליה: כיון דידעת בכלבך דמשסי ליה ומשתסי, לא אבעי לך לאשהוייה?... ת"ש: שיסה בו את הכלב שיסה בו נחש – פטור; מאי לאו פטור משסה, וחייב בעל כלב. לא, אימא: פטור אף משסה. אמר רבא, את"ל: המשסה כלבו של חבירו בחבירו – חייב, שיסהו הוא בעצמו – פטור, מאי טעמא! כל המשנה ובא אחר ושינה בו – פטור. א"ל רב פפא לרבא: איתמר משמיה דר"ל כוותיקך...".

משסה: רש"י (כג: כד:): "פטור משסה – דגרמא בנזקין פטור". הרמב"ם וטושו"ע כתבו שמשסה כיון שפטור מדין גרמא, זה בדיני אדם אבל חייב בדיני שמים. הגר"א (ב) כתב כ"ש מקידושין מג. ולא גרע מכל המובאים בנו.

בעל הכלב: הב"י כתב שבגמ' נאמר שחייב, ואע"פ שדחו אימא אף משסה זה רק כדי להעמיד שפי פרה כחצר המזיק איתמר ולא קי"ל כד. ולכן פסקו רמב"ם וטור שחייב. ויש להוסיף שבכד: יש את"ל שחייב. הרמב"ם כתב שחייב חצי נזק, ונימק הטור משום שהוי שינוי. המ"מ כתב שהראב"ד סבר שאם הועד משלם נזק שלם אך חלק שכיון שלא עשה מעצמו אלא ע"י שיסוי וכדאמרו ב"ק לט. בדין מיתת האדם שור האצטדין פטור לכן סתם הרמב"ם ולא כתב שמועד משלם נזק שלם. וכן השו"ע סתם והעתיק טעם הגמ' שחייב שלא היה לו להניח כלב שיכול לנשוך ע"י שיסוי. הסמ"ע (ב) הביא רק דעת המ"מ.

שיסהו בעצמו: פסק הטושו"ע שפטור שכל המשנה ובא אחר ושינו בו פטור כגמ'. הסמ"ע (ג) כתב שהשינוי הראשון הוא מה ששיסה הכלב והשינוי השני הוא שבא הבעלים עם כלבו המשוסה ושינה בו.

סימן תכו

חייב אדם להציל את חברו בין בגופו בין בממונו, ובו סעיף אחד.

סעיף א

הרואה את חברו טובע בים, או לסטים באין עליו, או חיה רעה באה עליו, ויכול להצילו הוא בעצמו או שישכור אחרים להציל, ולא הציל; או ששמע עובדי כוכבים או מוסרים מחשבים עליו רעה או טומנים לו פח ולא גילה אוזן חברו והודיעו; או שידע בעובד כוכבים או באנס שהוא בא על חברו, ויכול לפייסו בגלל חברו ולהסיר מה שבלבו ולא פייסו, וכיוצא בדברים אלו, עובר על לא תעמוד על דם רעך (ויקרא יט, טז).

סנהדרין עג. "גופא: מנין לרואה את חברו שהוא טובע בנהר או חיה גוררתו או לסטין באין עליו שהוא חייב להצילו ת"ל לא תעמד על דם רעך. והא מהכא נפקא? מהתם נפקא: אבדת גופו מניין – ת"ל והשבתו לו! – אי מהתם הו"א: הני מילי – בנפשיה, אבל מיטרח ומיגר אגורי – אימא לא, קמ"ל". הרמב"ם הוסיף: "כל היכול להציל ולא הציל... שמע גוים או מוסרים מחשבים עליו רעה או טומנים לו פח ולא גלה אוזן חברו והודיעו, או שידע בגוי או באנס שהוא קובל על חברו ויכול לפייסו בגלל חברו ולהסיר מה שבלבו ולא פייסו, וכל כיוצא בדברים אלו, העושה אותם עובר על לא תעמוד על דם רעך" וכ"פ השו"ע.

יש לחברו ממנו: הרא"ש והטור שאם יש לו ממון להציל עצמו חייב הוא לשלם לחברו שהוציא עליו, הוכיח הרא"ש מעד. "נרדף ששיבר את הכלים של רודף פטור של כל אדם חייב" ואם היה מחויב להציל את הנרדף בממונו א"כ יפטור משבירת הכלים שהרי ממון חבו מחויב להציל וברשות שברם כדי להינצל. הסמ"ע (א) תמה מדוע השמיטו השו"ע והרמ"א. הש"ך (א) כתב שהרמ"א פסקו במק"א¹⁵.

להיכנס לספק סכנה כדי להציל חברו: הגהות מימוניות כתב שבירושלמי הסיק שצריך אפילו להיכנס בספק סכנה כדי להציל חברו. ב"י – נראה משום שחברו ודאי והוא ספק. סמ"ע (ב) – ומה שהשמיטוהו שו"ע ורמ"א משום שהפוסקים הרי"ף הרמב"ם הרא"ש והטור לא הביאוהו. הפת"ש (ב) בשם אגודת אוזב שסברו שהבבלי חולק, והרדב"ז¹⁶ כתב בפשיטות שספק שלו עדיף מודאי של חברו, וצריך לשקול היטב אם יש בו ספק סכנה ולא לדקדק ביותר כמו בב"מ לג. גבי שלך קודם לכל אדם שכל המדקדק בעצמו סוף בא לידי כך ונפסק בשו"ע רסד א.

גואל הדם: פת"ש (א) הביא צ"צ (קיא) שיש לכוף לקרוב הנרצח לרדוף אחר הרוצח להעמידו בדין שמצוה מוטלת על גואל הדם להמית הרוצח ואם לא יכול בעצמו חייב ע"י אחר אף שיוציא ממון ככל מצוה שבתורה וגדר קרוב כל שאין יותר קרוב ממנו ממשפחת אביו שראוי ליורשו. ונראה שאין לחייבו יותר מהרגילות לפי החוק הקבוע ליתן לשופטים ושוטרים וסרדיט הדן אותו, אבל שכר מליצים ועוד אין לחייבו. והנכון שהוצאות יתרות אלו יוציאו הקהל לגדור הפרצה שלא יהיה דמי בני ברית הפקר. וכן נהגנו הרבה עם פרנסי הדור שהעמידו גואלים לרדוף אחר הרוצחים, ואפילו שהיינו יודעים שלא נוכל להוציא מכח אל הפועל להנמק מן הרוצח היינו מעמידים גואלים לרדוף אותם בדין שיהא מפורסם שאין דמן של בני ברית הפקר.

¹⁵ יו"ד רנב יב בשם המרדכי (ב"ק נח, כתובות רעד): "הפודה חברו מן השביה, חייב לשלם לו אם אית ליה לשלם, ולא אמרינן דהוא מברח ארי מנכסי חברו". הפנה גם לב"י שם: "מצאתי כתוב (שו"ת מהר"י וויל ס"י קמח קמט)... אין אדם חייב לפדות נפש חברו בממונו היכא דאית ליה ממון לניצל וכיון דמחוייב להצילו בממונו של נרדף ישבע כמה הוציא ויטול דומיא דרועה שקידם ברועים ובמקלות (ב"מ צג:)... דדינא חרוץ ופשוט הוא שמחוייב לפרוע אין לפודה לירד עמו לדין אלא זה יפרע מיד... ועוד שאם היינו דוחים אותו עד שיוציא הוצאה לטעון עמו אין לך אדם שמציל את חברו דומה להא דסנהדרין עד. רודף שהיה רודף להציל את חברו ושיבר כלים בין של נרדף בין של כל אדם פטור".

¹⁶ ח"ג סימן תרכז. כתב שקטיעת איבר להצלת חברו זו מידת חסידות בלבד, ולגבי ספק סכנה נפשות כתב שהוא חסיד שוטה.

סימן תכז

מצות עשה להסיר כל מכשול שיש בו סכנת נפשות ועשיית מעקה לגגו, ובו י' סעיפים.

סעיף א

מצות עשה לעשות אדם מעקה לגגו, שנאמר: ועשית מעקה לגגך (דברים כב, ח). והוא שיהיה בית דירה; אבל בית האוצרות ובית הבקר וכיוצא בהן, אינו זקוק לו.

בספרי "לא תשים דמים בביתך, אין לי אלא בית מנין לבונה בית התבן בית הבקר בית העצים בית האוצרות ת"ל ולא תשים דמים בביתך יכול אף הבונה בית שער אכסדרה ומרפסת תלמוד לומר בית, מה בית מיוחד שהוא בית דירה יצאו אלו שאינם בית דירה."

רמב"ם ושו"ע פסקו: "מצות עשה לעשות אדם מעקה לגגו שני ועשית מעקה לגגך, והוא שיהיה בית דירה אבל בית האוצרות ובית הבקר וכיוצא בהן אינו זקוק לו". **הסמ"ע** (ב) כתב שהמקור כסעי' ג שנאמר בתורה גגך להוציא בתים שאינם עשויים לדירה. **הראב"ד** השיג שמהספרי מרבה כולם למעקה ואינו ממעט אלא בית שער ואכסדרה ומרפסת. וכ"פ **הסמ"ג**.

סיבת הפסק שלא כספרי: **הכס"מ** תרץ שלגבי מזוזה מצאנו **ביומא יא**. מחלוקת תנאים אם יש חיוב ופסק **הרמב"ם** כפוטרים וסבר שה"ה לענין מעקה שאינו נקרא ביתך, ובספרי שחייבו סברו כתנא שגם במזוזה חייב ואין הלכה כמותו. הטעם: (1) **באר הגולה** (ב) הסביר שהפוסק הוא ת"ק ועל המחייב הלשון בברייתא "ויש מחייבין" משמע שהם המיעוט. (2) **הגר"א** (א)- המסקנה כפוטרים שאע"ג שאיתותב רב יהודה מדאמרו שם תני רב שמואל בר יהודה קמיה דרבא כו' ומ' דרבא קבל מיניה דלא הקשה אלא פתחת כו' ולא איתותב ר"י אלא במ"ש דסתמא ד"ה פטור.

סתירה בשו"ע: **הסמ"ע** הקשה שכאן פסק כרמב"ם, ובהלכות מזוזה (יו"ד רפז ב) כתב שרפת בקר ולולין ובית אוצרות שמן ויין חייבים כר"י ורא"ש כרב כהנא שסתמא חייב, הרי דין מעקה נלמד ממזוזה? ונראה שסבר שלענין מעקה כיון שאין דרך בני אדם להיות להם בית תשיש על גג בית הבקר האוצר ובית העצים לכן אף אם לפעמים יקרה שידור שם מ"מ אין יוצאים ונכנסים כ"כ שם לחוש שיפול משם ולהצטרך מעקה, משא"כ מזוזה שחייבה התורה בשביל הדר להיות מצות ד' נגד עיניו בביאתו וביציאתו בזה פסק שהדר שם צריך לקבוע מזוזה באותו פתח. **הגר"א** נשאר בצ"ע.

ברכה: פסק **הרמב"ם**: "עשה מעקה מברך בשעת עשייה אשר קדשנו במצותיו וצונו לעשות מעקה... אבל אם קבע מזוזה לאחרים... עשה להם מעקה מברך על עשיית מעקה".

1. שהחיינו- כתב **הרמב"ם** שמברכים. **הפת"ש** (א) כתב **שהנשמת אדם** כתב שלשיטתו שגם על ציצית ותפילין מברכים שהחיינו, אבל קי"ל בשו"ע (או"ח סימן כ"ב) לגבי ציצית שאין מברכים, ה"ה במעקה.

2. חוליאכיסוי- **בחי אדם** כתב שדוקא בעשה מעקה מברך, אבל עשה חוליאכיסוי לבורו אין מברך.

3. עשה ע"י אומן גוי- **מחנ"א** מצדד שיכול לברך כיון דיד פועל כיד בעה"ב ומשמעות דבריו שיש חילוק אם עשה ע"י אומן דקבלנות, אפילו ע"י אומן ישראל לא יברך הבעה"ב, **ולכנסת הגדולה** בשם רבותיו, יברך האומן המתקנו, אבל אם עשה ע"י אומן פועל יום, אפילו האומן גוי יכול בעה"ב לברך עליו, שחשיב כאילו הוא עצמו עשהו.

מעקה בשוכר: **פת"ש** (ב) כתב שבסימן שי"ד ב כתוב שהשוכר חייב לעשות מעשה, **ובארעא דרבנן** הביא **שהכנס"ה** כתב ששוכר חייב במעקה מדרבנן והוא עצמו סבר שחייב אף מדאורי.

סעיף ב

כל בית שאין בו ד' אמות על ד' אמות, פטור ממעקה.

ספרי: "בית מיכן אמרו בית שאין בו ארבע על ארבע פטור מן המעקה". והובא **בסוכה ג**. "דת"ר: בית שאין בו ד' אמות על ד' אמות, פטור מן המזוזה ומן המעקה...". **ופסקו רמב"ם ושו"ע**: "כל בית שאין בו ד' אמות על ד' אמות, פטור ממעקה". **סמ"ע** (ג)- שאינו בית תשמיש ולא ראוי לדירה.

סעיף ג

בית של שני שותפים, חייבים במעקה, שנאמר: כי יפול הנופל ממנו (דברים כב, ח), לא תלה אלא בנופל. אם כן למה נאמר: גגך (דברים כב, ח), למעט בתי כנסיות ובתי מדרשות, לפי שאינם עשויים לדירה.

ברצף שמועות שרבי אלעא מודה לרבא נאמר **בחולין קלג**. "מעקה אע"ג דכתב רחמנא לגגך - דידך אין דשותפות לא, כתב רחמנא כי יפול הנופל ממנו (כל שראוי ליפול הימנו ואפילו בשותפות, סמ"ע ד- כיון שזה הטעם מה לי הבית של אחד או של שנים), אלא גגך למאי אתא? למעוטי בתי כנסיות ובתי מדרשות (שאין לאחד חלק מהן בו שאף לבני עבר

הים הוא ועוד שאינו בית דירה). **באה"ג** (ד) **וגר"א** (ב) - אע"ג שבהמשך "אמר רב ביבי בר אבאי: ליתנהו להני כללי" ופירש"י "דאמר בא דמודי ר' אלעאי בכל הני" מ"מ סבר **הרמב"ם** שהוא רק על חלק מהשמועות ופסק כאן וכן **בשו"ע**: "בית של שני שותפים, חייבים במעקה, שנאמר: כי יפול הנופל ממנו, לא תלה אלא בנופל. אם כן למה נאמר: גגך, למעט בתי כנסיות ובתי מדרשות, לפי שאינם עשויים לדירה".

סמ"ע (ה) - אפילו למחייבים בית בקר ובית אוצרות במעקה ע"י סע' א, כאן מודים שבית כנסת אין שום גג שייד בו שאף של הבאים מעבר לים הוא וכברש"י. **ט"ז** כתב שת"ר בזה שלא יקשה על מה שכתוב בסמוך ששל שותפים חייב, ששאני התם שמ"מ אפשר לפסוק על שותפים לסלק ההיזק משא"כ ברה"ר כדאיתא ב"ב ס. (ועיין שם כג.) שבני רה"ר מאן פייס ומאן ישבוק.

שנתפגג: **הש"ך** (ב) כתב **שביש"ש** בחולין פסק שחייב, אמנם לפי **הרמ"א** (יו"ד רפ"א) שפסק שבמזוזה פטור אפשר שה"ה במעקה. **ולמרדכי** בע"ז יש להסתפק.

סעיף ד

היתה רשות הרבים גבוה מגגו, אינו זקוק למעקה, שנאמר: כי יפול ממנו. (דברים כב, ח).

בספרי: "כי יפול הנופל ממנו, ולא לתוכו שאם היה רשות הרבים גבוה ממנו עשרה טפחים ונפל ממנו לתוכו פטור שנאמר ממנו ולא לתוכו". והובא **בב"ק נא**. "איתיביה: כי יפול הנופל ממנו, ממנו - ולא בתוכו, כיצד? היתה רה"ר גבוה ממנו עשרה טפחים ונפל מתוכה לתוכו - פטור". ופסקו **הרמב"ם והשו"ע**: "היתה רשות הרבים גבוה מגגו, אינו זקוק למעקה, שנאמר: כי יפול ממנו". **סמ"ע** (ז) - אינו זקוק כלומר לא תאמר שיעשה מעקה ע"ג גגו מלמטה למעלה עד שיהא י' טפחים גבוה מרה"ר שכיון שבני רה"ר קדירא דבי שותפי ניהו פשוט שאין עליהם לעשות מעקה לרה"ר.

התידוש בפס': סמ"ע (ח) - קשה למה צריך לימוד הרי יכול בעה"ב לומר אם לא היה ביתי מכ"ש היה נחבט וניזק או מת מנפילתו מגבהות רה"ר לארץ. ובדוחק י"ל שהו"א שהיו צריכים למלא במקום ביתו בעפר כדי להשוותו מלמטה לרה"ר. **הט"ז** תרץ ששם בגמ' דימוהו לדין בור ולכן לולא הפס' הו"א שחייב כמו בקונה קרקע עם בור שבתוכו שחייב אע"ג שלא הוא כרה הבור מ"מ עתה היא שלו ה"ה גם כאן חייב לסלק ההיזק הבא ע"י נפילה לקרקעו שהרי בהבל שלו וחבטה שלו ניזק הנופל, קמ"ל שפטור.

סעיף ה

גובה המעקה, אין פחות מ' טפחים, כדי שלא יפול ממנו הנופל. וצריך להיות המחיצה חזקה, כדי שישען אדם עליה ולא תפול.

גובה: בספרי: "כמה הוא מעקה מעגילו שלשה טפחים בית דורסו עשרה". ופסקו **הרמב"ם והשו"ע**: "גובה המעקה אין פחות מעשרה טפחים כדי שלא יפול ממנו הנופל". **הראב"ד** השיג: "דוקא ממקום דרסו והוא מקום הנמוך שבו אבל שאר צדדין שלשה טפחים".

הסבירו **כס"מ ובאה"ג** (ו) שהרמב"ם פירש **כס"מ** ג שמעגילו הכוונה בבור ג' טפחים ובבית עשרה. והראב"ד פירש אחרת. בכס"מ - וטעמו שמאחר שמצד אחד הוא גבוה עשרה ע"י כך נזהרים בשאר צדדים שאין גובהם אלא ג' טפחים. **הסמ"ע** (ט) הבין שהסמ"ג כראב"ד. **הגר"א** (ג) הסביר את דברי הסמ"ע, שהרמב"ם פסק לפי מקורות אחרים: **בב"ב סא**. **ובירושלמי פ"ד ה"א**: "המוכר את הבית - לא מכר... ולא את הגג בזמן שיש לו מעקה גבוה עשרה טפחים", **ובתוספתא ב"ק פ"ו**: "חפר כראוי וכסה כראוי עשה לה חוליא גבוה י"ט... פטור... עשה לה חוליא פחותה מ"ט... חייב" וכ"פ בהמשך, וא"כ בשניהם מצריך הרמב"ם י' טפחים ולכן הוא לא כסמ"ג והוא חולק על הספרי שפירשו כראב"ד כי הבבלי חולק.

חוזק: רמב"ם ושו"ע: "וצריך להיות המחיצה חזקה כדי שישען האדם עליה ולא תפול". **כס"מ** - פשוט.

סעיף ו

כל המניח גגו בלא מעקה ביטל מצות עשה ועבר על לא תעשה, שנאמר: ולא תשים דמים בביתך (דברים כב, ח).

בספרי: "ועשית מעקה לגגך, מצות עשה. ולא תשים דמים בביתך, מצות לא תעשה". פסקו **הרמב"ם ושו"ע**: "וכל המניח גגו בלא מעקה ביטל מצות עשה ועבר על לא תעשה שני ולא תשים דמים בביתך". הרמב"ם הוסיף: "ואין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה".

סעיף ז

אחד הגג ואחד כל דבר שיש בו סכנה וראוי שיכשול בה אדם וימות, כגון שהיתה לו באר (או בור) בחצירו, בין שיש בו מים בין שאין בו מים, חייב לעשות חוליה גבוהה י' טפחים, או לעשות לה כיסוי, כדי שלא יפול בה אדם וימות.

ספרי: "ועשית מעקה לגגך, אין לי אלא גג מנין לרבות בורות שיחים ומערות חריצים ונעיצים תלמוד לומר ולא תשים דמים בביתך, אם כן למה נאמר גג...". **ופסקו הרמב"ם ושו"ע**: "אחד הגג ואחד כל דבר שיש בו סכנה וראוי שיכשול בו אדם וימות כגון שהיתה לו באר או בור בחצירו בין שיש בהן מים בין שאין בהן מים חייב לעשות להן חוליה גבוהה עשרה טפחים או לעשות לה כסוי כדי שלא יפול בה אדם וימות". **גר"א** (ה-) וכן בתוספתא הנ"ל שצריך י' טפחים ודלא כסמ"ג כנ"ל.

סעיף ח

וכן כל מכשול שיש בו סכנת נפשות, מצות עשה להסירו ולהשמר ממנו ולהזהר בדבר יפה, שנאמר: השמר לך ושמור נפשך (דברים ד, ט). ואם לא הסיר והניח המכשולות המביאים לידי סכנה ביטל מצות עשה ועבר בלא תשים דמים (דברים ד, ט).

ח- מצוה להסיר מכשולות המביאים לידי סכנה

רמב"ם ושו"ע: "וכן כל מכשול שיש בו סכנת נפשות מצות עשה להסירו ולהשמר ממנו ולהזהר בדבר יפה יפה שני השמר לך ושמור נפשך, ואם לא הסיר, והניח המכשולות המביאים לידי סכנה, ביטל מצות עשה ועבר על לא תשים דמים".

באה"ג (כ) ציין שהמקור ללמוד מהפס' "רק השמר לך ושמור נפשך" שמדבר על סכנה פיזית (ולא רק רוחנית כמשמעות הפס' המקורית) הוא **ברכות לב**: "ת"ר: מעשה בחסיד אחד שהיה מתפלל בדרך, בא הגמון אחד ונתן לו שלום ולא החזיר לו שלום, המתין לו עד שסיים תפלתו. לאחר שסיים תפלתו אמר לו: ריקא, והלא כתוב בתורתכם רק השמר לך ושמור נפשך וכתביב ונשמרתם מאד לנפשותיכם, כשנתתי לך שלום למה לא החזרת לי שלום? אם הייתי חותך ראשך בסייף מי היה תובע את דמך מיד?" והמקור ללמוד מ"לא תשים דמים" הוא **בב"ק טו**: "דתניא, רבי נתן אומר: מניין שלא יגדל אדם כלב רע בתוך ביתו, ואל יעמיד סולם רעוע בתוך ביתו? ת"ל: לא תשים דמים בביתך" ומכאן גם שצריך להסיר מכשולות.

* **הרמב"ם** שיש מצות עשה מדבריהם ללוות אורחים וכל שאינו מלווה כאילו שופך דמים (סוטה מו:). וכופים ללוויה כדרך שכופים לצדקה ובי"ד מתקנים שלוחים ללוות אדם העובר ממקום למקום ואם נתעצלו בדבר מעלה עליהם הכתוב כאילו שפכו דמים. אפילו המלוה לחבירו ארבע אמות יש לו שכר הרבה וכמה שיעור לויה שיתחייב אדם בה הרב לתלמידו עד עיבורה של עיר והאיש לחבירו עד תחום שבת ותלמיד לרבו עד פרסה ואם היה רבו מובהק עד שלש פרסאות. **הדרכי משה** כתב שמקורו ברכות פ"א ופ"ט **ובילקוט מהר"ש** מצא שעתה אין נוהגים ללוות תלמיד לרבו עד פרסה משום שבזה"ז מוחלים על כבודם ויש ללכת עמו או עם חברו עד לפני שער העיר או לכל הפחות ד' אמות. עוד כתב **הרמב"ם** גמילות חסדים שבגופו שאין להם שיעור כגון בקור חולים ונחום אבלים והוצאת המת והכנסת כלה והלוויית אורחים אף על פי שכל מצות אלו מדבריהם הרי הן בכלל ואהבת לרעך כמוך כל הדברים שאתה רוצה שיעשו אותם לך אחרים עשה אתה לאחרך בתורה ובמצות ושכר הלוויית אורחים מרובה מן הכל והוא החוק שחקקו אברהם אבינו עליו השלום ודרך החסד שנהג בה מאכיל עובדי דרכים ומשקה אותן ומלווה אותן וגדולה הכנסת אורחים מהקבלת פני השכינה (שבת קכז, שבעות לה:). שנאמר וירא והנה שלשה אנשים וירץ לקראתם ולווייתם יותר מהכנסתן (וכן במדרש וירא). הובא **בסמ"ע** (יא) **ובבאה"ג** (ל).

סעיף ט

הרבה דברים אסרו חכמים מפני שיש בהם סכנת נפשות, וקצתם נתבארו בטור יו"ד סי' קט"ז, ועוד יש דברים אחרים ואלו הם: לא יניח פיו על הסילון המקלח וישתה, ולא ישתה בלילה מהבארות ומהאגמים, שמא יבלע עלוקה והוא אינו רואה. הגה: וכבר כתבתי דברים אלו סימן קט"ז ביורה דעה וע"ש.

סעיף י

כל העובר על דברים אלו וכיוצא בהם, ואמר: הריני מסכן בעצמי ומה לאחרים עלי בכך, או: איני מקפיד בכך, מכין אותו מכת מרדות, והנזהר מהם עליו תבא ברכת טוב.

ט- דברים שאסרו חכמים מפני סכנת נפשות והעובר ילקה במרדות

רמב"ם ושו"ע: "הרבה דברים אסרו חכמים מפני שיש בהם סכנת נפשות, וקצתם נתבארו בטור יו"ד סי' קט"ז, ועוד יש דברים אחרים ואלו הם: לא יניח פיו על הסילון המקלח וישתה, ולא ישתה בלילה מהבארות ומהאגמים, שמא יבלע עלוקה והוא אינו רואה (ע"ז יב-). ועיין תוס' ד"ה הבולע בשם הערוך פירוש עלוקה). הגה: וכבר כתבתי דברים אלו סימן

קט"ז ביורה דעה וע"ש. כל העובר על דברים אלו וכיוצא בהם, ואמר: הריני מסכן בעצמי ומה לאחרים עלי בכך, או: איני מקפיד בכך, מכין אותו מכת מרדות" **סמ"ע** (יב)- מדכתיב השמר לך ושמור נפשך מאוד (המובא בהלכה קודמת לעניין מניעה מנזקים). **גר"א** (ח)- ע' פ"י דפסחים ובפ"ק דחולין חמירא סכנתא כו' ובשבת קיג ב' אף בחול אסור

גדרם: באה"ג (ע) **בשם ב"י** (יו"ד קטז): סבר שהם דרבנן והסמיכים על הפסוק ומ"מ מכים עליהם כמו שאר מצוות דרבנן או קים לו שהוא דאורי' אך אין לוקים כמו חצי שיעור שאסור מהתורה ואין לוקים עליו.

טעם שמירת הנפש: באה"ג (צ) כתב שהטעם שהזהירה תורה לשמור הנפש כי ד' ברא העולם בחדו להטיב לנבראים שיכירו גדולתו ולעבוד עבודתו בקיום מצוותיו ותורתו כדאמר הכתוב "כל הנקרא בשמי לכבודי בראתיו" וכו' ולתת להם שכר טוב בעמלם והמסכן עצמו כאילו מואס ברצון בוראו ואינו רוצה לא בעבודתו ולא במתן שכרו ואין זלזול והפקרות יותר מזה.

השו"ע סיים: "והנזהר מהם עליו תבא ברכת טוב". **באה"ג** (פ)- לסיים בדבר טוב. **ט"ז**- זה נכלל בפסוק חכו ממתקים [שיר השירים ה טז] פירשו חז"ל [שיר השירים רבה פרשה ו] יש חיד מתוק מזה, ה"נ לא די לאדם שיציל עצמו מהיזק אלא עוד נותנין לו שכר על זה.