



אבן אל אבן

חושן משפט ג'

כרך א'

סימנים קפ"ט – ר"צ

עם תשובות לשאלות

ממבחי ההסמכה לדיונים

של הרבנות הראשית



הערות ותיקונים יתקבלו בשמחה מרובה

לרכישה ופרטים: **fisherh21@gmail.com**

חגי 050-7371337



<https://www.evenleven.co.il>

מהדורה שניה אלול תשפ"ד

כל הזכויות שמורות למחבר



אבן אל אבן

סיכום טור שו"ע ונו"כ

חושן משפט ג'

כרך א'

סימנים קפ"ט – ר"ע

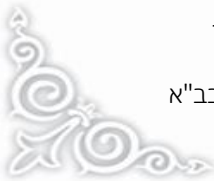
הלכות מוקח וממוכר, אונאה ומוקח טעות,
מתנה, מתנת שכיב מרע, אבידה ומציאה,
הפקר, נחלות ואפוטרופוס

עם תשובות לשאלות
ממבחני ההסמכה לדיינות
של הרבנות הראשית

בסיעתא דשמיא

חגי צבי פישר

פעיה"ק ירושלים תובב"א





לעילוי נשמת

מרת יונה סומר ז"ל

נלב"ע יי אייר ה'תשפ"ב

שזכתה לעלות לארץ ישראל
ולהקים דורות של צאצאים
ההולכים בדרך התורה והמצוות

ת.נ.צ.ב.ה



לעילוי נשמת סבי מורי

ר' שמואל משה פישר ז"ל

נלב"ע כ"ב סיוון ה'תשס"ט

לעילוי נשמת סבתי מורתי

מרת שושנה פישר ז"ל

נלב"ע י"ט מנחם אב ה'תשע"ד

לעילוי נשמת סבי מורי

ר' חיים וולף וייס ז"ל

נלב"ע י"ג סיוון ה'תשנ"ה

לעילוי נשמת סבתי מורתי

מרת אלטע חיה וייס ז"ל

נלב"ע ה' אלול ה'תשע"ח

אודים מוצלים מאש

שזכו לעלות לארץ ישראל

ולהקים דורות של צאצאים

ההולכים בדרך התורה והמצוות

ת.נ.צ.ב.ה



לעילוי נשמות בנות דודותיי היקרות

אדוה צפורה פישר הי"ד

בת מנחם ורויטל יבלחט"א

נרצחה בפיגוע בצומת גהה

בא' טבת ה'תשס"ד

והיא בת כ' שנים

פנינה שירה כהן ז"ל

בת נחום אורי ופריבה איזלר יבלחט"א

נפטרה בדמי ימיה

בי"ז כסלו ה'תשע"ח

ת.נ.צ.ב.ה



לעילוי נשמת

מלכה (מלי) תורג'מן ז"ל

נפטרה בדמי ימיה

בי"ב ניסן ה'תשפ"ג

ת.נ.צ.ב.ה

תוכן סימנים

9	סימן קפט - דין אין המקח נגמר בדברים
10	סימן קצ - דין קניית קרקע בכסף
21	סימן קצא - דין קניית קרקע בשטר
25	סימן קצב - דין קניית קרקע בחזקה
32	סימן קצג - המחובר לקרקע דינו כקרקע
33	סימן קצד - גוי שמכר קרקע לישראל וקבל כסף ולא כתב שטר
37	סימן קצה - דין קניית קרקע בחליפין
45	סימן קצו - דין קניית עבד כנעני
46	סימן קצז - דין קניית בהמה גסה ודקה
49	סימן קצח - דין קניית מטלטלין איזה במשיכה ואיזה במסירה ומה דינו במעות שבידו
56	סימן קצט - יש דרכים שמעות קונות ויש זמן שמעות קונות
59	סימן ר - דין קניית מטלטלין על ידי חצירו וכיצד קונה כליו
68	סימן רא - דין רשם על החבית והתוקע כפו לחבירו
70	סימן רב - דין קניית מטלטלין אגב קרקע, או עבדים וקרקע או עבד ומטלטלין או בהמה וכלים שעליה
76	סימן רג - כל מטלטלין נקנין בחליפין ומטבע אין נקנה בחליפין
82	סימן רד - אימתי מקבל החוזר בו מי שפרע ומתי נקרא מחוסר אמנה
86	סימן רה - דין מוכר מחמת אונס ומסר מודעא ובטלה
98	סימן רו - דין כשאמכור אמכור לך במאה ומכר לאחר ביותר או שאמר אמכרנה לך כמו שישומו אותו ב"ד
101	סימן רז - המוכר נכסיו על תנאי ודיני אסמכתא והמחייב עצמו בדבר שאינו חייב בו
117	סימן רח - מקח שנעשה בצד איסור
119	סימן רט - המקנה דבר שאינו מסויים או שלא בא לעולם
126	סימן רי - המקנה לעובר שלו או לעובר אחר
130	סימן ריא - דין דבר שלא ברשותו והכותב נכסיו לבנו לאחר מותו
133	סימן ריב - דין מקנה דירת בית או חצירו או מקדיש דבר שלא בא לעולם
140	סימן ריג - פירות כוורת ופירות שובך באיזה ענין קנה
140	סימן ריד - המוכר בית סתם מה נמכר עמו
146	סימן רטו - המוכר חצר ובית הבד ומרחץ ועיר מה מכר בכלל
149	סימן רטז - המוכר שדה ואמר חוץ מדקל פלוני או חוץ מהאילנות או קרקע לזה ואילנות לזה
153	סימן ריז - המוכר בתוך שדהו אמת השלחים או דרך יחיד או דרך רבים או מקום לעשות קבורה
154	סימן ריח - המוכר בית כור עפר ויש בו סלעים ובקעים

סימן ריט - כיצד מסיימין המצרים ואם לא סיים אותם.....	159
סימן רכ - המוכר את הספינה וקרן וצמד בקר ופרה וחמור ושפחה.....	160
סימן רכא - מוכר שאומר במאתים ולוקח אומר במנה.....	163
סימן רכב - שנים חלוקים על המקח ושאר טענות שבין המוכר והלוקח.....	164
סימן רכג - המחליף פרה בחמור וילדה, או מי שיש לו ב' עבדים או ב' שדות.....	168
סימן רכד - המחליף פרה בחמור או שקנה ונמצא נקב בבית הכוסות.....	170
סימן רכה - אם קבל עליו כל אונס שאירע או התנה בפירוש שלא יהיה עליו אחריות.....	173
סימן רכו - המוכר שדה שלא באחריות או יצא עליו קול ערעור.....	177
סימן רכז - עד כמה הוה מחילה או חזרת האונאה ושליח שטעה ואחים שחלקו וטעו.....	178
סימן רכח - אסור להונות בדברים ולגנוב דעת הבריות ולרמות במקח וממכר.....	198
סימן רכט - המוכר לחבירו חטים או שעורים או פירות כמה פסולת צריך לקבל הלוקח....	201
סימן רל - המוכר לחבירו מרתף של יין והלוקח יין והחמיץ.....	201
סימן רלא - שלא לרמות במדה ובמשקל וכיצד יעשה אותם וכיצד ישקול וחייבין להעמיד ממונים על המדות ועל השערים.....	203
סימן רלב - המוכר דבר במדה ובמשקל וטעה או שטעה במנין המעות ומוכר דבר ונמצא בו מום.....	210
סימן רלג - המוכר מין ונמצא מין אחר או רע ונמצא יפה.....	225
סימן רלד - המוכר דבר איסור ואכלו הלוקח.....	226
סימן רלה - קטן וחרש ושוטה ושכור מתי מוכר מטלטלין והקונה בשבת וביום טוב.....	228
סימן רלו - גוי שאנס קרקע מישראל או בעלילות דברים.....	238
סימן רלז - המחזר אחר דבר לקנותו וקדם אחר וקנאו.....	242
סימן רלח - כותבין שטר למוכר ולא ללוקח.....	244
סימן רלט - מי שבא ואמר אבד שטר קנייתי כיצד כותבין לו שטר אחר.....	246
סימן רמ - שני שטרי מכר היוצאים על שדה אחת מזמן אחד.....	247
סימן רמא - מתנה במה תתקיים וכן המחילה והנותן דבר שאינו מסויים.....	250
סימן רמב - דין מתנה באונס ומסירת מודעא ומתנה טמירתא.....	261
סימן רמג - דין המזכה לחבירו על ידי אחר ורוצה הנותן או המקבל לחזור בו.....	264
סימן רמד - האומר לשנים לכתוב שטר מתנה לפלוני.....	277
סימן רמה - הכותב נתתי שדה פלוני לפלוני והאומר נתתי שדה פלוני לפלוני והוא אומר לא נתת לי.....	279
סימן רמו - השומע שמת בנו וכתב נכסיו לאחר.....	283
סימן רמז - השולח חפצים לבני ביתו ולא פירש היאך יחלקום.....	290
סימן רמח - הנותן מתנה לחבירו ואמר ליה ואחריך לפלוני.....	293
סימן רמט - הנותן מתנה וחוזר בו או הנותן לעבד ואשה.....	300
סימן רנ - דין מתנת שכיב מרע במקצת או בכולה בלא קנין ובקנין.....	301

סימן רנא - דין מתנת שכיב מרע או בריא.....	316
סימן רנב - מתנת שכיב מרע מוציאין ממנו למזון האשה והבנות.....	318
סימן רנג - איזה לשון מועיל לשכיב מרע ושכיב מרע שאמר תנו מנה לפלוני ומאתים לפלוני ושלוש מאות לפלוני.....	324
סימן רנד - שכיב מרע שביקש שיעשו קנין במתנות.....	343
סימן רנה - שכיב מרע שאמר יש לי מנה ביד פלוני או של פלוני בידי.....	343
סימן רנו - גוי שנתגייר שנתן מתנת שכיב מרע או ששחרר עבדו.....	348
סימן רנז - הכותב נכסיו לבנו או לאחר מהיום ולאחר מותו, ומתנת בריא שכתבו בה מהיום ולאחר מיתה.....	351
סימן רנח - מתנה שכתוב בה לאחר מיתה אם יש בו זמן.....	355
סימן רנט - השבת אבידה מאיזה מקום חייב להשיבה.....	356
סימן רס - המוצא דבר שמוכח שהונח שם.....	362
סימן רסא - דין המוצא במקום שניכר שאינה אבדה.....	370
סימן רסב - על איזה דבר חייב להכריז ואיזה דבר הוא של מוצאו.....	372
סימן רסג - המוצא אבידה שמתבייש להשיבה.....	380
סימן רסד - אבידתו קודמת לכל אדם אבידת רבו ואבידת אביו של מי קודמת.....	382
סימן רסה - אין ליטול שכר על האבידה.....	388
סימן רסו - דין אבדת עוברי עבירה.....	389
סימן רסז - כיצד מכריז וכיצד מטפל בה בעודו בידו.....	391
סימן רסח - דין קנייה בחצירו ובד' אמותיו.....	399
סימן רסט - המגביה מציאה לחבירו ואם הגביהו חרש ופקח.....	404
סימן ער - מציאת חרש שוטה וקטן ובנו ובתו ועבדו ושפחתו ואשתו ופועלו.....	406
סימן רעא - מציאת בהמה ושטר חוב ושובר וגט אשה.....	408
סימן ערב - דין בהמות או ספינות שפגעו זה בזה.....	409
סימן רעג - דין הזוכה מן ההפקר והפקר כיצד ובמה.....	415
סימן רעד - עוד יש איזה דברים של חבירו שמותרים אף על פי שאינם הפקר.....	421
סימן ערה - דין הזוכה בנכסי עובד כוכבים שנתגייר ומת בלא יורשין.....	422
סימן רעו - סדר נחלות כיצד הוא.....	430
סימן רעז - הבכור נוטל פי שנים ואיזה הוא בכור לנחלה וספק בכור.....	433
סימן רעח - אין הבכור נוטל פי שנים לא במלוה ולא בשבח ואם מכר חלק בכורה.....	438
סימן רעט - דין האומר זה בני או אחי או עבדי וחוזר ואומר איפכא.....	448
סימן רפ - אמר אחד זה אחינו או שבא אחד ואמר אני אחיך.....	451
סימן רפא - המעביר נכסיו מבניו ליתנם לאחד.....	455
סימן רפב - שלא להעביר נחלה ממי שראוי לירש.....	464
סימן רפג - דין ירושת גוי וגר וישראל מומר.....	466

- סימן רפד - אין צריך עדות ליורש שהוא קרוב וצריך עדות שמת המוריש 469.....
- סימן רפה - שבוי שברח והיוצא לדעת מה יעשו בנכסים 471.....
- סימן רפו - יתומים גדולים וקטנים היאך ניזונים מנכסיהם 475.....
- סימן רפז - מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים 477.....
- סימן רפח - היאך שמין מה שעל בניהם ובנותיהם כשחולקים 479.....
- סימן רפט - אחים גדולים וקטנים ורוצים לחלוק 481.....
- סימן רצ - דין אפוטרופוס מי ימנו וכיצד יתנהג וכל משפטיו 482.....



"רק כאשר מקדים האדם ללמוד הדק היטב את כל המקורות בדברי הגמרא ומעמיק בדברי הראשונים והאחרונים באותו ענין אז אח"כ יכול להתבונן בדברי ההלכה הפסוקה ואז יבין וישכיל ויזכה לרדת לעומקם של דברים בהבנה אמיתית.. ועובדא ידענא על אחד שחיבר ספר מפיצורי הלכות שבא אל זקה"ק הדברי חיים זי"ע לבקש הסכמה על אותו חיבור ואף שעל חיבור אחר נתן לו זקה"ק הסכמתו עליו, מ"מ על זה החיבור לא נתרצה להסכים עליו, ולדעתי היה טעמו ונימוקו משום שהמחבר לא הביא בחיבורו זה את מראי המקומות להלכות שבספרו, שכן אם יתרגלו לפסוק הלכה מתוך ספרי קיצורים הרי שסופה חורבן ותוצאותיה מי ישורנה ובעוה"ר בדורנו זנחו את דרך הלימוד המסורה לנו מפי ראשונים כמלאכים ולא זו בלבד שאין שורשי ומקורות ההלכות מאירים וניצבים לנגד עיניו, אלא אף בשעה שרוצה לתור אחריהם אינו יודע אפילו באיזה מסכתא עליו לעיין ולמצוא את אשר תבקש נפשו ומכך נגרם כי מדמה מקרה אחד למשנהו ונכשל ח"ו באיסורי תורה החמורים.. דרך מוטעית זו גם גורמת למיעוט התמדה בלימודו כי מתברך בלבבו לאמר שיכול להורות הלכה אף מתוך ספרי קיצורים ולמותר הוא רוב עמלו בתורה, אבל כאשר יודע שחובתו לדעת על כל הלכה את מקור מוצא הדברים הרי ינדד שינה מעיניו ויקיים בעצמו הכתוב 'לא ימוש ספר התורה הזה מפיד והגית בו יומם ולילה.. ואז תשכיל' וזה נתכוונו חז"ל לרמוז באומרם עתידה תורה שתשתכח מישראל (שבת קל"ח) היינו שלא יהא מי שיורה הוראה את הדרך אשר ילכו בה ואת המעשה אשר יעשו" (האדמו"ר מקלויזנבורג-צאנז, פרשת 'ויגש' תשמ"ג, הובא בספר 'מרכה תורה' עמ' קצ"ט)



"גם תזהרו מאד בניי ללמוד מקטנותכם ד' שו"ע הקטנים עם באר היטב כדי שיהיה אצלכם גירסא דינקותא ותהיו בקיאים בהם להלכה ולא למעשה כי זה עיקר תוה"ק לדעת דיני התורה, ואח"כ תהיו מעלין בקדש ללמוד ד' שו"ע הגדולים עם חמור לארכה ולרחבה תתאמצו מאד בניי בזה כי היצה"ר אינו מסכים לזה ובאמת זה הכרח גדול... כי מה יענה ליום פקודה בבואו לעלמא דאתי והוא צורבא מרבנן ויודע כמה דרושים וישאלוהו דין בשו"ע ולא ידע" (רחמי האב סימן ל"ג)



"פי מַפְּךָ הַכֹּל וּמִיָּדְךָ נִתְּנוּ לָךְ". תודתי והערכתי מעומק הלב לראשי מכון 'ארץ חמדה' שליט"א, אהלה של תורה, מקום לימודי. חלק גדול מהשאלות נלקחו מאתר המכון, ובזה יש להכיר תודה לרב עקיבא כהנא ג"ר על מלאכתו בזה והערותיו המועילות שם. עליהן נוספו שאלות מהעשור האחרון באמצעות המבחינים שהועלו לאתר 'סמיכה', ועליהן נוספו [בסוגריים מרובעות] שאלות שטרם נשאלו כדי להועיל לשינון [ושלא מן הנמנע שיופיעו במבחינים בעתיד]. בתודה עצומה להורי ולרעייתי היקרה שירה חי"ו, וברכות תודה לחמי וחמותי (זון) ג"י.

הלכות מקח וממכר

סימן קפט - דין אין המקח נגמר בדברים

סעיף א

האם ישנם דברים שיכולים להעביר בעלות בדיבור בעלמא ומבלי מעשה קנין? באר ונמק.

ב"מ מט. "דברים - רב אמר אין בהן משום מחוסרי אמנה ורבי יוחנן אמר יש בהם משום מחוסרי אמנה". ביאר הב"י שמדובר שהסכימו זה ליקח בכך וכך וזה למכור באותו סך - "ומ"מ אליבא דכולי עלמא אין המקח נגמר בכך", והלכה כר' יוחנן - ראה סימן רדז.

וז"ל השו"ע ע"פ הרמב"ם וכלשון הטור "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 הווי 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, אפילו לא היו עדים בדבר (דלא איברו סהדי אלא לשקרי כמבואר בקידושין ס"ה, כלומר לא הצריכה תורה עדים בדיני ממונות אלא לכופר אבל המוכר או הנותן וכיו"ב אין צריך עדים אם קנה הקונה בדרך אחד מן הדרכים שקנין בהן, ואם לא היה קנין לא קיימא מילתא אף בעדים וכנ"ל, ה"ה)".

כתב בבד"ה דאם היה הפקדון ביד הנפקד כיון שפסקו ביניהם שיקנה קנה לו רשותו מיד, ודלא כנשמע בטור והגיה בדבריו, וראה בסמוך ברמב"ם.

כתב הרמב"ם בהלכות מכירה ה/יא "יש דברים הרבה שאינן צריכין קנין ואין לקנין בהם טעם, כגון המשחרר את עבדו, והמגרש אשתו, או עושה שליח, או המוסר מודעה, או המבטל מודעה, או המוחל לחבירו חוב או פקדון שיש לו בידו, וכל כיוצא בדברים אלו", וכתב ה"ה דאלו דברים פשוטים שלא מצינו בהם קנין בשום מקום ובאמירה הם גמר הדברים, ודין המחילה שאינה צריכה קנין יש ראייה לדבר מקידושין ט"ז "זאת אומרת ע"ע גופו קנוי דאי לא לימא ליה באפי תרי זילי" אלמא דמתחילת השעבוד אם לא היה גופו קנוי באמירה בפני שנים סגי, וראה לקמן סימן רמא/ב.

< כתב הרשב"א (דרכ"מ) שמי שיש לחבירו שטר מכירה על שדהו נאמן לומר פרעתי לך המעות דלענין הפרעון אינו אלא כמלוה על פה (גבי מש"כ הדרכ"מ בענין חזרה מקנין תוך כדי דיבור ראה סימן קצה/ו).

< כתב בבד"ה שיש ללמוד מהטור שכתב בסימן קצ"ד שאם כתב לו השטר אחר שקיבל המעות והחזיק בו כמה שנים ולא לשם קניה כי היה סבור שיספיק שטרו ובא אחר והחזיק בו זכה, דאם משך או הגביה מטלטלין ולא נתכוין לקנות לא קנה, "וכן יש ללמוד" זה מהראב"ד בסימן רח שאפילו מדד לוקח על החמורים לא קנה שלא נתכוין למשיכה ולקנות במדידה זו, והביאו ערוה"ש (ב), דבלא כוונת קנין הוי מעשה קוף בעלמא ובמה ישתנה החפץ או הקרקע מרשות לרשות.

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

קודם?

כתב בתה"ד דאם נקנה המקח באחד מדרכי הקניה (כגון ראובן קנה משמעון בית או שדה בקנין גמור, סמ"ע) אפילו מחלו אחר כך זה לזה על הקנין - אינו כלום והמקח קיים ואם רוצים לחזור צריך הלוקח לחזור ולהקנות למוכר בקנין, וכ"פ הרמ"א "ואפילו מחל זה לזה אחר כך, לא מהני, אלא צריכין לחזור ולהקנות זה לזה", והוסיף הסמ"ע (א) דה"ה בשכירות.

סימן קצ – דין קניית קרקע בכסף

סעיף א

מה הם הקניינים ששדה נקנית בהם?

משנה קידושין כו. "נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף בשטר ובחזקה".

קידושין ג. "ולרב הונא דאמר חופה קונה מק"ו למעוטי מאי למעוטי חליפין ס"ד אמינא הואיל וגמר קיחה קיחה משדה עפרון מה שדה מקניא בחליפין אף אשה נמי מקניא בחליפין קמ"ל", ופירש רש"י "דכתיב (רות ד) וישלוף נעלו והתם שדה הוא".

וז"ל השו"ע "קרקע נקנה באחד מארבעה דברים בכסף, בשטר, בחזקה ובקנין סודר {וכדין המקח כך דין שכירות קרקע כל ימי השכירות (גר"א): כמבואר בב"ק דף ע"ט וב"מ דף ע"ו} ועיין לקמן סוף סימן קצ"ה".

גבי קנין סיטומתא בקרקעות ראה מש"כ הש"ך בסימן רא/א, וגבי אגב ראה רב/ו.

קיימא לן במקום שרגילים לכתוב שטר לא קנה קרקע בכסף לחוד, איך הדין בקנין חליפין לחוד במקום שכותבין שטר, האם קונה?

בבא"ה (א) הביא הסתפקות **המהריב"ל** ומחלוקת בפוסקים האם **באתרא דכתבי שטרא האם מהני ק"ס** דדעת המהרש"ך דמהני והמהרי"ט סובר דלא מהני, ואילו **הפני משה** כתב דאם קנה בעדים בפני הלוקח כיון דסתם קנין בזה לכתובה עומד קנה. **בפת"ש (א)** כתב דבמהריב"ל מבואר דהיכא דאיכא תרתי קנין סודר ודמים, פשיטא דמהני.

הפת"ש (א) ציין שהרמב"ן והרשב"א כתבו דמהני והרשב"ץ סובר דלא מהני, והביא שכתב **החוט המשולש** דלא אמר כן הרשב"ץ אלא אם היה העיכוב מצד המוכר שעשה אמתלאות לעיכוב כתיבת השטר וחתומת העדים, דאז אמדינן דעתיה מעיקרא דלא סמכה להקנותו בקנין סודר לחוד. הפת"ש למד גם **ברדב"ז** כרמב"ן אם ליכא מנהג מבורר שלא יתקיים אלא ע"י שטר. בסק"ה הפת"ש בשם **הרשמי שאלה** דבמקום שכותבין שטר אחר כסף לא עדיף קנין סודר מקנין כסף דשניהם יכולים לחזור כל זמן שלא כתבו שטר.

עוד כתב **הפת"ש** דלכ' גם הטור והרמ"א קצב/טז ס"ל דמהני קנין סודר אף באתרי דכתבי שהרי לענין חזקה פסקו שם דמהני אפילו במקום שנהגו לכתוב שטר, וא"כ כ"ש לענין קנין סודר, דהא דעת הרמב"ן גבי חזקה דלא מהני באתרא ובקנין סודר ס"ל לרמב"ן גופיה דמהני, אך כתב דיש לדחות ולומר דדעתם איפכא מדלא כתבו דין זה רק גבי חזקה בסימן קצ"ב ודבריהם ע"פ הרא"ש שכתב בטעם הדבר דאלים קנין חזקה דעשה מעשה בגוף הדבר מידי דהוה אמשכיה, ולפי' בקנין סודר שאינו עושה מעשה בגוף הקרקע, באמת לא קנה בלא שטר באתרא דכתבי, וכן למד בדעתם **הרשמי שאלה** דלא מהני והוסיף שכ"ש למנהג שלנו דנתפשט דכותבין שטר אחר כל קניני קנין סודר מכירות קרקעות בודאי כל זמן שלא נכתב שטר שניהם יכולים לחזור מגוף המקח כמו בכסף במקום שכותבין.

סעיף ב

במקום שנהגו לגמור מקח על ידי שנותן הלוקח פרוטה למוכר האם קונה והנימוק לכך?

קידושין כו. "**בכסף** מנלן - אמר חזקיה אמר קרא שדות בכסף יקנו ואימא עד דאיכא שטר דכתיב וכתוב בספר וחתום אי כתיב יקנו לבסוף כדקאמרת השתא דכתיב יקנו מעיקרא, כסף קני שטר ראיא בעלמא הוא".

כתב **הטור** ע"פ **הרמב"ם** דאין שדה נקנית בפחות משווה פרוטה, וביאר **הב"י** דנלמד מקידושין ג' גבי אשה שבפחות משווה פרוטה לא מקניא וכתבו **התוס'** דטעמא משום דגמר קיחה קיחה משדה עפרון דכתיב ביה כסף ובפחות משווה פרוטה לא מיקרי כסף.

וז"ל השו"ע "בכסף כיצד, מכר לו בית או שדה ונתן לו כסף שוה פרוטה קנה, ואין אחד מהם יכול לחזור בו, (ע"פ קידושין ו: -) ואפילו נתן לו הכסף על מנת שיחזירהו לו קנה".

כתב הסמ"ע (א) דכל שלא נתן בתורת התחלת פרעון רק לתורת קנין לא קנה, ובשו"ע איירי בשנתן לו השוה פרוטה על דמי הפרעון והשאר זקף עליו במלוה או לא עייל ונפק אזוזי, או כשכל שיווי המקח אינו אלא פרוטה, אבל אין לומר דאיירי בנותן לו פרוטה שבפרוטה זו נשתעבדו זה לזה דומיא דקנין שטר וחזקה וקנין סודר, דהא קנין כסף נלמד משדה עפרון וכסף הנזכר שם היה דמי שיווי השדה. אולם הט"ז חולק ואפילו נתן לו לשם קנין קני הכל וכן דעת הב"ח, כמו בערבוני יקון הכל דסעיף י', ועוד הא גם גבי קנין דאשה בכסף נלמד מעפרון כמו דאיתא ריש קדושין וזה פשוט דבאשה קונה אותה דרך נתינה לחוד ולא בתורת שיווי מה שהיא שוה, וכתב ה^{נתיבות} (ב) דהעיקר כדבריו, וחידד לחלוק גם עמש"כ הסמ"ע דכסף נלמד משדה עפרון דהא בהדיא מבואר בקדושין כ"ו דנלמד מקרא דשדות בכסף יקנו [והב"י דלעיל שכתב דאין פחות משוה פרוטה קונה משום דנלמד מאשה ושדה עפרון כוונתו היא דכיון שכתבו התוס' דפחות משוה פרוטה לא מיקרי כסף, א"כ גבי קנין קרקע בכסף דנלמד מקרא דשדות בכסף יקנו ממילא שמעינן דלא מיקני בפחות משוה פרוטה דהא פחות משוה פרוטה לא מיקרי כסף וקרא כתיב שדות בכסף יקנו (ועיין ברע"א)], ועוד הקשה על הסמ"ע דהא אפילו נתן לו הכסף ע"מ שיחזירהו לו קנה אף שלא יזכה לו על דמי שיווי השדה וצ"ל בדוחק דגם פרעון ע"מ להחזיר חשיב פרעון ודוחק (וראה אבנ"מ כט, ב ואכמ"ל).

< כתב הפת"ש (ג) בשם השער משפט דאם גזל הכסף מאחר וקנה בו קרקע, לא קנה כמו בקדושי אשה אם המוכר מכיר שהמעות הוא גזל דלאו מידי יהיב ליה כיון שאין המעות שלו, וגם המוכר צריך להחזיר המעות לבעל המעות, אולם אם המוכר לא ידע שהמעות הוא גזל אינו צריך להחזיר המעות משום תקנת השוק א"כ נקנה הקרקע ללוקח בכסף כיון שהמוכר אינו צריך להחזיר המעות כמבואר באה"ע סימן כ"ח דאם קידש האשה בגזל לאחר יאוש דהוי קדושין גמורים אף דיאוש כדי לא קני מ"מ כיון דאצל האשה הוי יאוש ושינוי רשות ואינו צריך להחזיר הגזילה מקודשת והכא נמי.

האם מלוה נחשבת בכסף לענין קנין וקידושין? [ומה הדין ע"י ע"י ממרנ"י או שט"ח?]

כתב הש"ך (א) דבקדושין מ"ו מבואר דכי היכי דאמרינן דהמקדש במלוה אינה מקודשת משום דמלוה להוצאה ניתנה ה"ה הקונה במלוה אינו קנין מהאי טעמא וכ"כ העיטור רא"ש ועוד וכן מוכח בירו'. הפת"ש (ב) כתב דלאו דברי הכל הוא, דדעת הרמב"ם (מכירה ז, ד) אינה כן דגבי קנין מלוה דינו ככסף ממש והראב"ד שם השיג עליו, ודעת רוב הפוסקים כראב"ד, הובאו בסימן רד"י.

אכן לענין קנין קרקע ע"י ממרנ"י כתב הש"ך (א) דאף שיש שרצו לומר כיון דשטרות אין גופן ממון ואין בהם דין אונאה ושומרין ושאר דברים אין המקח נקנה בהם, אולם י"ל דנקנה ואינו יכול לחזור בו וראיה מקידושין מ"ז גבי התקדשי לי בשט"ח ר' מאיר אומר מקודשת וחכ"א אינה מקודשת וקאמר דאי בעית אימא דכ"ע אית להו דשמואל ובאשה קמפלגי מר סבר אשה סמכה דעתה מימר אמרה לא שביק ליה לדידי ומחל ליה לאחרני ומר סבר אשה לא סמכה דעתה, וע"כ הרי אפילו אשה מתקדשת בממרנ"י דע"כ לא פליגי אלא דלא סמכה דעתה וסברה דלמא מחיל וע"כ נהי דקיי"ל דבקדשה בשט"ח דאחרים הוי ספק קידושין אבל היכא דלא שייך האי טעמא מקודשת בודאי וא"כ בממרנות שאינו יכול למחול דנכתב לכתחלה לשם מוציא זה א"כ מקודשת בודאי וא"כ פשיטא דה"ה במכר קנה וכדאיתא פ"ק דקדושין דהיכא דבמכר לא קנה באשה אינה מקודשת, והוסיף הש"ך דאע"ג דשטרות אמעטי מקראי משבועה ואונאה ושאר דברים מטעם דאין גופן ממון והאי טעמא שייך נמי בממרנות מ"מ לענין קדושין ומקח וממכר לא שייך ה"ט אלא תליא בכיון דאית ליה הנאה גמרו ומשעבדי נפשיהו. ה^{נתיבות} (חי' ב) הוסיף דצריך הלוקח לשאול את החייב תחילה אם יקבל, מפני שהוא תקנת ארצות שלא לקנות שטר חוב בלתי ידיעת הבע"ד.

עוד כתב הש"ך (א) דאמנם אם היה נותן לו שט"ח על לוי בדמי הקרקע באופן שיכול לחזור ולמחול לא היה נקנה לו הקרקע כלל ואע"ג דבקדושין הוי קידושי ספק במקח לא נקנה, דרך באשה קמפלגי דבקרקע לא סמכה דעתיה דבעל הקרקע ורק באשה סבר ר"מ דסמכה דעתה דכיון דאיתתיה אנא לא שביק ידי ומחיל לאחרני, וכ"כ הר"ן, וליכא למימר דהיינו למאן דלא דאין דינא דגרמי אבל לדין סמכא דעתיה דאמר מסתמא לא מחיל דאי מחיל יתחייב לשלם מדינא דגרמי, דהא קאי התם אליבא

דר"מ, והא דבקיודשין הוי קידושי ספק היינו משום שמא קי"ל כאידך אי בעית אימא דפליגי והוכיח כן גם מרש"י.

אולם **הקצות** (א) הוכיח מדברי התוס' שכן יכול לקנות ע"י שט"ח דאחרים, דכתבו התוס' בתחילה דאם מתחייב הבעל לשלם כל מה שכתוב בשטר ודאי סמכה דעתה דאי מחל משלם, ודחו משום דאשה בושה לבא לבי"ד לתבוע מבעלה ולכך לא סמכה, וממילא נשמע גבי קרקע כה"ג קנה בשטר חוב דאין המוכר מתבייש לתבוע ללוקח במה דמחל, והביאוהו ה**נתיבות** (א) וה**פת"ש** (א).

[האם אדם יכול לקנות שדה או חפץ מחבירו ע"י שכותב לו שט"ח על עצמו?]

כתב **הפת"ש** (ב) דמה שפסק הש"ך דנקנה המקח בנתינת ממרנ"י זהו שראובן נתן לשמעון ממרנ"י שיש לו על לוי, אבל בנותן **ממרנ"י או שטר על עצמו**, אף דבחוב ידיה לא שייך חשש דלא סמכא דעתיה דילמא מחיל, מ"מ **לא מהנני**, שהרי הש"ך למד זה מקדושין, ובקדושין קי"ל דאם נתן שטר על עצמו אינה מקודשת, וב**קצות** סק"ו "האריך בזה" [דכתב דלפי הרא"ש שט"ח ידיה הו"ל כמו כסף בין לקידושין בין לקרקע ולדעת הרמב"ן והרשב"א לא, עיי"ש], וב**מחנה אפרים** הביא מדברי ספר מקח וממכר לרב האי גאון דמבואר דשטר חוב ידיה **קונה כמו הכסף ועדיף מכסף** שקונה קנין גמור אפילו במטלטלים, והיינו משום דלא שייך נשרפו חיטיך כיון דהמוכר לא קיבל הדמים, ומסיק המחנה אפרים דרש"י הריטב"א והר"ן ס"ל דשטר חשיב כנתינת כסף וקונה במכר (ולרשב"א הוי ספיקא דדינא, הובאו דבריו ב**נתיבות** סק"ה), ואילו ב**בית אפרים** השיג על המחנה אפרים שלא כיון יפה בדברי רב האי, וגם חלק על הש"ך בסימן ל"ט שהביא המחנ"א דס"ל במי שמכר צמר לחבירו בסך פלוני וכתב לו שטר על הסך ומת הלה שלקחו דמבואר שם דנותן שטר על עצמו בקניית חפץ מחויב המוכר לתת החפץ, דזה אינו דע"כ לא קאמר הרמב"ן (עיי"ש בסימן ל"ט) רק לענין דמחויב המלוה להלוות לו דכיון שזה קיבל עליו קנין ושיעבד נכסיו למלוה עבור סך מעות נתחייב לו על ידי זה הסך הזה, משא"כ בצמר וכה"ג שעשה עמו מקח למכור לו צמר בכך וכך מעות ולא עשה שום קנין בצמר רק שנתן לו שטר חוב על המעות, ובשטר לא נזכר צמר כלל רק שמשעבד נכסיו עבור סך, במה יקנה זה הצמר, וקנין אין כאן שטר אין כאן, ומסיק דקונה קרקע ונותן שטר על הדמים לדעת הרמב"ן אין זו נתינה כיון שהכסף לא יצא מרשותו, ואף שדעת קצת פוסקים דבמלוה הבאה מחמת מכר שפיר מצי לקנות, כאן לא הוי כמלוה הבאה מחמת מכר, ומסיק לעיקר הדין דאם כותב בשטר השעבוד עבור המעות המגיע לו ורוצה שיקנה החפץ בתורת חליפין לא מהנני, כיון שבשטר כתוב שהשעבוד תמורת מעות ואיך יקנה החפץ בתורת חליפין הרי אין זכרון לחפץ כלל, וגם אם כותב בפירוש שמשעבד קרקעותיו עבור חפץ פלוני י"ל ג"כ דלא מהנני, דשעבוד קרקעות אינו נקנה בחליפין ואין נעשה חליפין, ואם רוצה לקנות בתורת דמים במחלוקת שנויה בההוא דמנה אין כאן, אך סיים לדברי הריטב"א (הנ"ל) "לכאורה קנה".

סעיפים ג – ה

היכן מצינו קנין כסף בלי שהכסף ניתן מהקונה למוכר? פרט.

קידושין ו: "אמר רבא ¹ **תן מנה לפלוני ואקדש לך** מקודשת מדין ערב (וכשנתנו לו אמר לה התקדשי לי, רש"י רמב"ם ובי"י) ערב לאו אף ע"ג דלא מטי הנאה לידיה קא משעבד נפשיה האי איתתא נמי אף על גב דלא מטי הנאה לידיה קא משעבדא ומקניא נפשה. ² **הילך מנה והתקדשי לפלוני** מקודשת מדין עבד כנעני עבד כנעני לאו אף ע"ג דלא קא חסר ולא מידי קא קני נפשיה האי גברא נמי אע"ג דלא קא חסר ולא מידי קא קני לה להאי איתתא. ³ **תן מנה לפלוני ואקדש אני לו** מקודשת מדין שניהם ערב לאו אף ע"ג דלא קא מטי הנאה לידיה קא משעבד נפשיה האי איתתא נמי אע"ג דלא קא מטי הנאה לידיה קא מקניא נפשה מי דמי ערב האי דקא קני ליה קא חסר ממונא האי גברא קא קני לה להאי איתתא ולא קא חסר ולא מידי עבד כנעני יוכיח... ⁴ בעי רבא **הילך מנה ואקדש אני לך** מהו אמר מר זוטרא משמיה דרב פפא מקודשת.. הכא באדם חשוב עסקין דבההיא הנאה דקא מקבל מתנה מינה גמרה ומקניא ליה נפשה". עוד שם בסמוך - "איתמר נמי משמיה דרבא **וכן לענין ממונא**, וצריכא..".

דעת **רש"י** דמימרא דרבא גבי ממונא קאי על הילפותות 1-3, וכתב הר"ן דלא פירש דקאי אקנין דאדם חשוב דסמיכא להאי מימרא טפי, משום דבקיודשין גופיהו ספוקי מספקא ליה לרבא (דהוא

בעל מימרא זו) ולא איפשיטא ליה ואם כן היכי לימא תו וכן לענין ממונא אבל לדידן כיון דפשיטא לן דבאדם חשוב מקודשת משמע דהוא הדין נמי לענין ממונא וכן דעת ר"ח, וכן דעת הטור דקאי מימרא דרבא אכולא, וכתב עוד הטור דבתלתא בבי קמייטא שצריך שיאמר הקונה שדך קנוי לי כשם שגבי קדושין צריך שיאמר התקדשי לי, וגבי אדם חשוב כתב שצריך שיאמר המוכר קנה שדי ולא הצריך שיאמר הקונה שדך קנוי לי, **ובדק הבית** כתב דנראה דדווקא גבי קדושין קפדינן בהכי כי היכי דלא ליהוי אמרה היא אבל **גבי ממונא אין צריך לומר** הלוקח דבר.

אכן **הרי"ף והרא"ש** השמיטו הא דאמר רבא 'וכן לענין ממונא', והרמב"ם בהלכות מכירה הביא רק את הלימוד מדין ערב (לימוד 1), וכתב הרי"ן דשמא סובר דדווקא לגבי קדושין גמרינן מעבד כנעני משום דעבד ואשה כי הדדי נינהו דעבד גמר לה לה מאשה אבל לענין ממונא אין למדין מעבד כנעני אך אין זה מחזור וצ"ע. **הב"י** תמה איך עלה בדעתו של הרי"ן לומר שלרמב"ם לענין ממונא אין למדין מעבד דאטו הרמב"ם אמורא הוא דליפלוג על רבא דאמר וכן לענין ממונא, וכתב דאפשר דבגירסת הרמב"ם איתא אמר רבא וכן לענין ממונא סמוך למקרה הראשון של תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב וטעמא דרבא אמר וכן לענין ממונא אדין ערב דווקא.

השו"ע פסק כטור, וז"ל (ג) (ע"פ דינא דערב -) האומר לחבירו תן מנה לפלוני וקנה לך קרקע שלי, כיון שנתן קנה. (ד) (ע"פ דינא דעבד -) י"א [נלעני"ד דלשון זאת משום שהרמב"ם חולק. ח.פ.] שהוא הדין לאומר לחבירו הילך מנה ויהיה שדך מכור לפלוני, כיון שקבל זה ממנו נקנה השדה לאותו פלוני } והוא שאותו פלוני חפץ בזה כגון שעשאו שליח או שאמר למוכר שדך קנוי לי במה שנתן לך פלוני (טור). { (ה) (ע"פ דינא דשניהם -) 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 (טור).".

ביאר **הסמ"ע** (ג) גבי דינא דערב דס"ל לשו"ע והרמ"א דאין צריך שמעון הלוקח לומר לראובן שדה שלך יקנה לי במה שנתתי מנה ללוי כמו שא"צ לדבר כן המלוה לערב, ודלא כטור [אלא כבד"ה הנ"ל], וכתב **הקצות** (ב) דפסקינן בענין האמירה דלא כטור כיוון דקיי"ל זכין לאדם שלא בפניו וזה נתן מעותיו שיזכה אותו פלוני זכה בה והוי כב"ק ק"ב גבי צבע שצבע לשמן דזכתה האשה אף שלא ידעה האשה מזה כלל, ובקידושין הוא דבעי אמירה אח"כ דהתם לא מצי זכי ליה שלא בפניו דאפשר לא ניחא ליה בהאי אתתא, והרמ"א בסעי' ד' אפשר דמייירי שלא נתן הכסף דרך מתנה עבור פלוני אלא אדעתא שיחזיר לו כספו, וכה"ג לא הוי זכות משום דאימר לא ניחא ליה בהאי זבינא ומש"ה צריך אמירה אח"כ, אבל אם נתן כספו דרך מתנה שיקנה אותו פלוני מודה הרמ"א דאין צריך אמירה. **הנתיבות** (ג) חלק על אוקימתא דקצות דהא אי מייירי שהלוח לו מעות לא היה צריך לגמור מעבד כנעני דאמרינן התם 'אף על גב דלא חסר' ואי כדבריו הרי חסר הוא דהא הלוח המעות ויצטרך לשלם ומהיכי תיתי לא יקנה, ומה צורך ללמוד מעבד כנעני, אלא מייירי בפשיטות שקנה שדה באלף זוז ונתן לו במתנה מנה כדי לעשות קנין בשדה בכסף ומותר המעות ישלם הלוקח ומשום הכי לא מהני עד שיתרצה הלוקח, דאימר לאו זכות הוא לו לקנות השדה באלף זוז אף שיש לו מתנה מנה, ולא דמי להא דב"ק בצבע שצבע לשמן, דשם ודאי זכות הוא להם כיון שניתן להם הכל במתנה, וצ"י שבסימן קצ"ה כתב דאפילו נתן לו כל המעות במתנה לא נגמר המקח עד שעשאו שליח או שאמר למוכר שדך קנויה לי.

גבי דינא דעבד כתב **רע"א** דיכול אף להקנות לעכו"ם, דאף דאין שליחות לעכו"ם הכא ע"י קבלת המעות מקנה לעכו"ם, ובסודר כה"ג אם ראובן נותן סודר לשמעון שיקנה לעכו"ם שדהו דעת הט"ז דמהני, אולם הביא שבספר המקנה כתב דבקנין סודר לא אמרינן דקנה מדין עבד כנעני.

סעיף ו

[מה הדין באומר לחבירו הילך מנה ויהיה שדי מכור לך? ומה הדין במטלטלין? פרט.]

פסק **השו"ע** ע"פ בעיא דרבא בקידושין ז. (לעיל מקרה"ה) וכו"ח (ראה בסעי' הקודם) "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 שהמוכר נהנה במה שהוא מקבל ממנו מתנה".

כתב **הסמ"ע** (ו) דהכא לא כתב הרמ"א שצריך הלוקח לומר שדה שלך קנויה לי במה שקיבלתי ממך מנה, משום דכל הני אמירות אינן אלא כדי לגלות דעתו דניחא ליה בקנין ובכאן שמדבר המוכר עם הלוקח ואדעתא דהכי נתנו לו מסתמא ניחא ליה דאלי"כ לא היה מקבלו, וכן בסעי' ג' שאומר המוכר ללוקח תן מנה לפלוני וקנה השדה שלי, דאי לא היה חפץ במקח לא היה נותן המנה ללוי על פיו.

הקצות (ג) הביא לשון ר"ח שכתב דבהילך מנה ויקנה לך נכסי האי הנאה מחשבא ככלי דיהיב הקונה למקנה וקונה בו בתורת חליפין אותן נכסים ולפי"ז אף מטלטלין קנה, והתקשה הקצות דבין ללוי הסובר בכליו של מקנה וצריך כלי דווקא ובין לרב הסובר כליו של קונה באדם חשוב מהני כליו של מקנה אבל עכ"פ כלי בעי דליהוי דומיא דנעל והיכי סגי ליה בהילך מנה, ועוד דאפילו בנותן כלי לאדם חשוב איך מהני הא לדין קיי"ל כרב דבעי כליו של קונה אולם אותה הנאה לא עדיפא מהנאת פירי ולא מהני בתורת חליפין אלא הנאת כלי, אלא די"ל דר"ח לטעמיה דס"ל דלא ממעט נעל אלא פירות שהם מתרקים והולכים לאיבוד אבל שאר דברים שאין הולכין לאיבוד בכלל נעל הוא ומש"ה בעלי חיים עבדי חליפין, ולכן ס"ל לר"ח דה"ה הנאת אדם חשוב עבדי חליפין דהנאת אדם חשוב מתחשב בכך לעולם במה שמקבל ממנו אדם חשוב והו"ל דומיא דנעל דהנאה זו קיימת לו לעולם, אך לדין דס"ל דאפילו דברים שאין הולכין לאיבוד נמי לאו בכלל נעל הוא ולא עבדי חליפין והא דבעלי חיים עבדי חליפין היינו משום דבעלי חיים מיקרי כלי דעושין בהם מלאכה, אי"כ נראה דלא מהני בזה אדם חשוב ואפילו נותן לו כלי, ומשום דהנאה זו שמקבל ממנו אדם חשוב לא עדיפא משאר הנאות ואנן בעינן שיקבל המקנה מן הקונה הנאת דבר חשוב והוא כלי דווקא שיהיה ראוי למלאכה והנאה זו שמקבל מיניה אדם חשוב לאו כלי הוא. אולם ה**נתיבות** (ד) כתב דלק"מ דהר"ן שהביא דברי הר"ח הנ"ל דקנה אף במטלטלין ס"ל כר"ת שהביא הרמ"א בסימן ר"ג דבחליפין שוה בשוה קונה אף בפירות, והכא נמי כיון שבעד הנאה זו נותן לו המטלטלין שלו ואינו מקבל שום מעות אחרים רק הנאה זו היא שוה בעינינו כל המעות כחליפין שוה בשוה דמי, והמחבר דמירי כאן רק שההנאה זו תהיה במקום פרוטה לקנות השדה זה לא הוי שוה כחליפין שוה בשוה ולא קנה רק מטעם מעות דלא קנה רק בקרקע ולא במטלטלין, ולכך המחבר כתב דין זה רק בקרקע, אבל אם מקנה לו מטלטלין רק בהנאה זו ואינו צריך ליתן שום דמים יותר, באמת קונה אף במטלטלין כר"ן דלא מצינו חולק עליו.

כתב הקצות (ד) דדעת הב"ח דבכה"ג של אדם חשוב לא מהני בנותן ע"מ להחזיר משום דאין הנותן מתחשב בזה (וכ"פ רע"א בשמו), אולם כתב הקצות דאינו מוכרח דודאי כל מתנה על מנת להחזיר כיון דשמיה מתנה ואינו אלא תנאי שיחזור מקנהו לו ואי"כ י"ל דהנותן מתחשב במתנה זו כיון שהוא מתנה גמורה, אבל חליפי סודר מלתא אחריתי הוא דשם אינו מתנה כלל ואינו אלא קני על מנת להקנות וכדאיתא בנדרים דף מ"ח ובזה ודאי ליכא שום מתנה כלל, אבל היכא דאיכא שם מתנה אפילו על מנת להחזיר יש לומר דמהני ביה אדם חשוב.

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

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי בשם ספר המקח "ראובן שהיה חייב לשמעון מנה והגיע זמן הפרעון ואמר שמעון לראובן אמכור לך קרקע במנה (והוא אתרא דקנו בכספא, סמ"ע), ונתרצה ראובן ונתן לו מנה, לא יוכל שמעון לומר מנה זו אני גובה בחובי, רק הקרקע קנויה לראובן ואחר כך יגבה שמעון חובו", והביא ראיה מכתובות דף ק"י דאמרין זה היה פקח שמכר לו את השדה שהוא יכול למשכנו עליו, ובסמ"ע (ז) האריך דמבואר במרדכי ולקמן בסימן ר"ד דבמטלטלין אין הדין כן הגם שהטלטל נמכר לראובן במנה שקיבל מחזיקו בידו בתורת משכון עד שיפרע המנה שחייב לו [והמכירות המה כל חד שטר ומטלטל לפי דינו, דהיינו בקרקע דנקנית בכסף קנוי לו לגמרי ומיד כיון שיכול לחזור ולטורפו ממנו בחובו, ובטלטל שאינו נקנה בכסף קנוי לענין שצריך לקבל עליו מי שפרע].

כתב הקצות (ה) דהיינו דווקא אם נתרצה שמעון למכור אבל אם ראובן אמר לשמעון הילך מנה ושמעון קיבל המנה בשתיקה יכול לומר אין שקלי ודידי שקלי כיון דלא נתרצה מעיקרא למכור בפירוש וכן משמע ברא' שהביאו דין זה, והא דגבי קידושין כה"ג שחייב לה ואמר לה כנסי סלע סתם

וחזר ואמר התקדשי לי בו אינה יכולה לומר לפרעון קבלתני, אין למדין מקידושין משום דחזקת כל הנשים רוצות להתקדש כל שלא הזכיר לה פרעון מעיקרא לשום קידושין נתכוונה.

סעיפים ז – ח

קנה שטח אדמה ושילם כסף או עשה חזקה (ראה סימן קצב/טז) או קנין סודר (ראה סע' א') ולא כתב שטר האם תופס הקנין?

קידושין כו. (רש"י) "אמר רב לא שנו (שכסף קונה שדה) אלא במקום שאין כותבין את השטר (מכר) אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה (דכיון דרגילין בהכי לא סמכה דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא) 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 הדרייתו ואי בעינא בשטרא איקני דאי בעינא למיהדר הדרנא ביי".

כתב הר"ן **דאיכא מאן דאמר** דהכא בשטר קנין דוקא עסקינן (כרש"י) שכותב שדי מכורה לך ובכה"ג אי לא פריש אינו קונה אלא בשעת השטר ולא משעה ראשונה וטעמא דמילתא משום דכל שיש לפניו שתי קניות אין דעתו לקנות אלא בקנין שהוא יותר מועיל ושטר יותר מועיל מכסף לפי שמועיל לקנין ומועיל לראיה אבל במקום שאין כותבין שטר קנין אלא שטר ראייה שהוא להודאה לאלתר קונה בכסף ושמעתין מוכחא דבשטר קנין עסקינן מדאמר אי בעינא בשטרא אקני דמשמע דבשטר ממש הוא קונה. אולם הר"ן העלה דשמעתין בכל שטר עסקינן שכוון שדרכו לכתוב שטר לוקח לא סמכה דעתיה עד שיכתוב השטר ואפילו בשטר הודאה, מיהו במקום שנהגו לכתוב שטר קנין תולה קנייתו על השטר ואינו קונה משעת נתינת הכסף, אבל במקום שנהגין לכתוב שטר ראייה בלבד אי אפשר ללוקח שיתלה קנייתו בו שהרי אינו קונה אלא כשנכתב אותו שטר קונה בכסף משעה ראשונה וכל זמן שלא נכתב אינו קונה משום דלא סמכה דעתיה ונקט הכא לישנא דאי בעינא בשטרא אקנה מפני שיש שטר שהוא קונה דהיינו שטר קנין ואפילו בשטר ראייה שייך נמי לישנא דאקנה כיון שלא נגמר הקנין עד שעת כתיבתו אע"פ שקנה למפרע ועוד דמשום דאמר אי בעינא בכספא אקנה אמר נמי אי בעינא בשטרא אקנה, וכתב שגם הרמב"ם לא חילק, אולם העיר הב"י דמדברי הרמב"ם אין ראייה דתפס לשון התלמוד סתם כמנהגו.

עוד כתב הר"ן דשטר ראייה דקאמרינן שאינו מועיל לקנין היינו שטר הודאה בעלמא שמודה שמכר בשטר בזה אבל בשטרי דידן שכתוב בהם 'ומכרת' 'ונתתי' לשון עבר שטר קנין הוא ולחזק הדבר כותבין כך כמו בקרא 'ונתתי כסף השדה' (וראה לקמן קצא/ג).

וז"ל השו"ע שסתם כלשון הרמב"ם ב'שטר' "במה דברים אמורים שקנה בכסף לבדו, במקום שאין דרך לכתוב שטר, אבל במקום שדרכו לכתוב שטר לא קנה עד שיכתוב את השטר. 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".

הסמ"ע פסק כר"ן דהשטר דכתב ר"ל "הן שמדרכם לכתוב שטר שכתוב בו שדה נתונה לך או מכורה לך לחוד הן שמדרכן שאינו קונה עד שיכתוב לו שטר מכירה גמורה, הן שמדרכם עד שיכתבו שטר ראייה לחוד כפי המנהג כן יקום" - וביאר **הנתיבות** כנ"ל בב"י דר"ל דאם דרכו לכתוב שטר ראייה אז כשכותב את השטר קונה למפרע משעת נתינת הכסף (וכאמור דזה דלא כר"ן בשם מ"ד דבשטרי ראייה קונה בכסף לאלתר).

במקום שדרכו לכתוב שטר כתב **הפת"ש** (ד) בשם **המל"מ** דאפילו דאיכא שבועה לקיים המקח לא חשיב כאילו פירש (והנתיבות לקמן קצא/ב חולק). עוד כתב (ה) בשם **הרשמי** **שאלה** דגם המוכר יכול לחזור אפילו אינו מתרצה הלוקח לחזור וכן מוכח מלשון המחבר כאן ועוד מקומות.

כתב **רע"א** דאף אם לא אמר "אם ארצה" בשעת מכירה ואח"כ אמר ארצה לקנות בכסף בלבד י"ל דהוי קנין למפרע דעכ"פ הוי קנין אח"כ משעה שאמר לו כן ואפילו נתאכלו המעות.

סעיף ז

קנין במשכון מתי מועיל?

קידושין ח. "אמר רבא אמר רב נחמן אמר לה התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליהם אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן.. בני רב הונא בר אבין זבין ההיא אמתא בפריטי לא הוה בהדיהו אותיבו נסכא עלה לסוף אייקר אמתא אתו לקמיה דרבי א"ל פריטי אין כאן נסכא אין כאן".

כתב ה**עיטור** דמסתברא דבההיא אמתא בעידנא דזבינו לא אותיבו נסכא אלא בתר שעתא דאי בעידנא דזבינו אמתא אותיבו נסכא זביניהו זבינא, וכתב ה**ב"י** דדבריו תמוהים הם דהא כיון דטעמא דלא קנה הוא משום דמנה אין כאן משכון אין כאן מה לי אי אותבה בההיא שעתא מה לי אי אותבה בתר שעתא ועוד דהא מדמי לה לאומר התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליהם ובקדושין ודאי במניח לה המשכון בשעת קדושין היא ואפילו הכי אמרינן דמנה אין כאן משכון אין כאן וממילא דהוא הדין לענין ממון וכן הוא דעת הפוסקים שלא חילקו בכך.

כתב ה**רא"ש** (א), **ד"ש מפרשים** (בתוס' שם בשם ר' חיים כהן) דהיינו דוקא בקנין אשה ועבדים כי ההיא עובדא דאמתא דבסמוך וכן בקרקע לפי שנקנין בכסף ואין כאן כסף שיוכל לקנות שאין המשכון קנוי שלא נתנו לה זכות בגופו, אבל אם אדם נותן מתנה לחבירו ונתן לו משכון בשביל המתנה משיכת המשכון כאילו זכה במתנה ומביא ראיה מב"מ ע"ח גבי האומנין שחזרו בהן בדבר האבד ובאתה חבילתו ליד בעל הבית דהיינו כלי אומנות של פועלים שוכר עליהן עד כדי דמיהן אלמא במשיכת המשכון נתחייבו הפועלים לקיים דיבורם, וכתב ה**רא"ש** דליתא דאין חילוק בין מתנה לקידושין וטעם אחד לכולם לפי שאין המשכון משועבד לכולם משום דאדם יכול לשעבד נכסיו לדבר שנתחייב בו אבל בדבר שלא נתחייב לא חל שיעבוד על נכסיו ובמתנה שאמר ליתן לו לא נתחייב בה ולא יתחייב בה לעולם לפי שיכול לחזור בו לפיכך לא נשתעבד לו המשכון במשיכתו אבל ההיא דהפועלים כיון דדבר האבד הוא וחזרו בהו חייבין לשלם לו ההפסד הלכך נשתעבד לו המשכון שלהם לשכור עליו עד כדי דמיו, ובתוס' כתבו חילוק נוסף "ועוד שאין החבילה בתורת משכון אלא קנויה לו לשכור פועליו".

וז"ל ה**שו"ע** "הקונה מחבירו קרקע, ופסקו הדמים והניח משכון עליהם לא קנה, וכל הרוצה לחזור משניהם חוזר" והוסיף ה**רמ"א** ע"פ ה**תוס'** "אבל אם אמר לו קנה בגוף המשכון לפי מעותיך קנה".

ד' שיטות ברא' בפירוש הענין (**קצות ו'**, **דבר יעקב** שם): א. שיטת ה**ראב"ד** שלא יכול לחול שיעבוד על המשכון אא"כ חל חוב מקודם, וכאן לא חל החיוב שהתחייב לה מנה כיון שלא עשה קנין ובדיבור בעלמא לא חל חיוב, וכיון שלא חל חיוב לא חל שעבוד על המשכון, ולדבריו אם מתחייב לה מנה בקנין ואח"כ נתן לה משכון הוי קידושין. ב. שיטת ה**רא"ש** שלא חל תורת משכון כיון שלא היה חוב מקודם. שיטת ה**אבנ"מ** וה**ב"ש** ועוד שדעת ה**רא"ש** כ**ראב"ד** אולם שיטת ה**מהרי"ט** וה**גרש"ש** (סימן יז) היא דעה אחרת שלפי ה**ראב"ד** אפשר לעשות משיכה במשכון ולשעבד מנה ולפי ה**רא"ש** א"א להשתעבד ע"י משיכת משכון. ג. שיטת ה**רמב"ן** וה**רשב"א** שאף אם התחייב המנה באופן המועיל כגון במשיכת המשכון או קנין סודר או בשטר, אף ששיעבד משכון לחוב והשעבוד חל, מ"מ אינה מקודשת כיון שלא נתן לה המשכון ככסף קידושין והמנה לא ניתן אלא אגידא ביה. ד. שיטת ה**ר"י** מגאש דמנה אין כאן משכון אין כאן משום דמשיכה אינו קונה אלא היכא שזוכה בגוף החפץ, אבל היכא שגוף החפץ אינו זוכה לא מהני משיכה למשכון אלא צריך קנין כסף, והא דבע"ח קונה משכון בשעת הלואה משום קנין כסף, ולאחר הלואה משום שהוא בגובינא דב"ד.

כתב ה**קצות** (ו) דלפי ה**רא"ש** דכל זמן שלא נתחייב גופו לא נשתעבדו נכסיו דאינהו ערבינן וכל דליכא ליה ליכא ערב לשיטה זו אם נתן שט"ח מהני אפילו בלא משכון ושט"ח ידיה הו"ל כמו כסף בין לקידושין בין לקרקע, ושיטת ה**רמב"ן** וה**רשב"א** דהמשכון שפיר נקנה אלא דלא הוי כמו כסף לקידושין ולקנין קרקע כיון דלא יצא כסף מרשותו לרשות מוכר ואשה ואכתי אגיד גביה ולשיטתם ה"ה נותן שט"ח לא הוי כסף לקידושין ולקרקע כיון דאגיד גביה ולא יצא מרשותו [ודלא כב"ח שכתב בדעת ה**רמב"ן** וה**רשב"א** לחלק בין מכר לקידושין דכתבו כן דווקא לענין כסף קידושין דלא סמכה דעתה כל זמן שהכסף קידושין ביד הבעל ולא הוי קידושין אפילו הקנה לה בגוף המשכון אבל בשאר קניינים הוי כמו כסף, דזה אינו, דהמעין בדבריהם יראה דמפרשי האי דאמתא בהמשך הגמ' על דרך

שפירשו בקידושין דלא מיקרי כסף לקנות בו אשה או מכר עד שיצא הכסף מרשותו לרשות מוכר וכל זמן דאגיד גביה לא מהני].

סעיפים י – יב. יז

המוכר שדה לחבירו באלף זוז ונתן לו מקצת דמים והיה יוצא ונכנס ותובע שאר הדמים לא נקנה המקח, האם כל המקח מתבטל או רק כנגד מה שלא שולם? כתוב שיטות הרא' והשו"ע.

ב"מ עז: (רש"י) "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 מלמדין אותן (את הלוקחין) שלא יחזרו כיצד כותב לו אני פלוני בן פלוני מכרתי שדה פלונית לפלוני באלף זוז ונתן לי מהם מאתים זוז והריני נושה בו שמונה מאות זוז קנה ומחזיר לו את השאר אפילו לאחר כמה שנים. אמר מר מהיכן מגביהו (הלוקח מן קרקע המוכר, אם חזר בו המוכר מן המקח) 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 (מהחלק המובחר בקרקע שרצה לקנות) ומזיבורית שבה (בלוקח החוזר בו), רב אחא בריה דרב איקא אמר אפילו תימא מעידית דנכסיו סתם מאן דזבין ארעא באלפא זוזי אוזולי מוזיל ומזבין נכסיו (סתם איש הקונה קרקע גדולה ויקרה כזו אין כל כך מעות מצויות לו אלא אם כן מכר מטלטלין ושדות קטנות וצריך למכור בזול וכי חוזר בו מוכר נמצא זה ניזק על ידו) והוה ליה כניזק ותנן הניזקין שמין להן בעידית. רשב"ג אומר מלמדין אותן שלא יחזרו כיצד כותב לו אני פלוני בן פלוני כו' טעמא דכתב ליה הכי הא לא כתב הכי לא קני, והתניא הנותן ערבון לחבירו ואמר לו אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך והלה אומר אם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך נתקיימו התנאין דברי רבי יוסי רבי יוסי לטעמיה דאמר אסמכתא קניא רבי יהודה אומר דיו שיקנה כנגד ערבונא אמר רשב"ג במה דברים אמורים (שיכול לחזור בו ולא יטול זה אלא כנגד מעותיו) בזמן שאמר לו ערבוני יקון (יקנה כקנין כסף שקונה כנגד מעותיו בלבד) אבל מכר לו שדה באלף זוז ונתן לו מהם חמש מאות זוז קנה ומחזיר לו את השאר אפילו לאחר כמה שנים? 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 (דאם לא זקפו עליו במלוה חוזר בדעייל מוכר ונפיק ומחזר אחר הלוקח ליתן לו מעותיו גלי דעתיה דזוזי אנסוהו למכור וכיון דלא יהיב ליה זוזי בשעת דחקו אדעתא דהכי לא זבין ליה), ומבואר שם בהמשך דמדובר שחוזר הכל אפילו נתן לו כל מעותיו חוץ מזוז.

דעת **רש"י** שאם נתן לו סתם דינו כנותן לתחלת פרעון, וכתב **הב"י** שכן נראה מדברי הטור שכתב במה דברים אמורים שלא נתן לו אותו מקצת בתורת פרעון אלא אמר לו הנה לך ערבון.

כאמור נחלקו האמוראים מהיכן גובה בחזרה, דעת רב נחמן בר יצחק מעידית שבה ומזיבורית שבה ורב אחא בריה דרב איקא אמר אפילו תימא מעידית דנכסיו, והרי"ף והרמב"ם פסקו כרב נחמן, אולם הרא"ש והטור פסקו כרב אחא.

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "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 (כרמב"ם) דזו היא פשטה של הברייטא דאפילו אם החזיק כבר בשדה או קנהו בשטר או בקנין סודר, ודלא כר"י בשם י"א שאם החזיק בקרקע או שקנו מידו אפילו לא נתן מעות כלל ועייל ונפיק אכולהו זוזי אין אחד מהם יכול לחזור בו), חזר בו הלוקח (כרמב"ם) ורא"ש ודלא כראב"ד הסובר שלוקח לא יכול לחזור ביוצא ונכנס, ודלא כר"י דאף אם הלוקח חוזר הוי בכה"ג כאילו המוכר חוזר), יד המוכר על העליונה, רצה אומר לו הילך מעותיך או קנה מהקרקע כנגד המעות שנתן ונותן לו מהזיבורית שבה, {ונותן לו כפי השער של עכשיו (ר"ף)} ואם חזר המוכר, יד הלוקח על העליונה, רצה אומר לו תן לי מעותי או תן לי קרקע כנגד מעותי (דלא כר"ח הסובר דכל היכא דעייל ונפק אזוזי לא קני כלל וכי אמרינן בברייתא דרצה אומר לו תן לי קרקע כנגד מעותי דאלמא כנגד מעותיו מיהא קנה דוקא כגון דאמר ליה ערבוני יקון), ונוטל מהיפה שבה {כשער שפסקו (ר"ף)}. ואם לא היה יוצא ונכנס ותובע, קנה הלוקח את כולה, ואין אחד מהם יכול לחזור בו, ושאר הדמים

עליו כשאר החובות. והמשיך הרמ"א ע"פ הגמ' והרא' – "וכן אם זקף עליו הנשאר במלוה, אע"פ שיוצא ונכנס אחר הדמים קנה. וכל זה שנתן לו מקצת הדמים בתורת פרעון, אבל לא נתן לו אלא בערבון בעלמא, אפילו לא נפיק ועייל אזוזי, לא קנה רק נגד מעותיו, אלא אם פירש שיקנה נגד הכל (כתוס' ד"ערבוני יקון" משמע שערבוני יהיה קנוי לך אם אחזור בי וגם משמע יקון שיקנה לו כמקח שיווי יותר מכדי הערבון אם תחזור בך דהיינו כאילו אמר ליה בהדיא תכפול לי ערבוני, ודלא כרש"י הסובר שכוונת "ערבוני יקון" שלא נתנו לו בתורת תחלת פרעון והשאר עליו מלוה אלא בתורת שערבון זה יקנה את הכל ולדבריו אף אם אמר לו הלוקח הריני נותן לו מקצת המעות מדעתי לקנות בהן כולו לא קנהו אלא כנגד מעותיו כל שלא גילה המוכר דעתו שמקנה לו בהן את כולן, סמ"ע), ושניהם יכולין לחזור בהן, ולא קנה רק מן הגרוע שבשדה נגד מעותיו (ר"ן - דהגביה מהקרקע קאי רק על הדורש מעות "תן לי מעותי" אך לא על "תן לי קרקע" דכיון שהוא רוצה שיקנה כנגד מעותיו כדינו למה יטול מן העידית הרי דינו כדין לוקח חצי שדה דמשמנין ביניהם ונטל כחוש כבסי' רי"ח).

כתב הסמ"ע (יא) דדעת הרא"ש בדעייל ונפיק אזוזי שניהן יכולין לחזור אפילו נגד מה שכבר קיבל כי יאמר לדמי כולו הייתי צריך וכיון שיכול המוכר לחזור יכול ג"כ הלוקח לחזור בכולו כי אין טעם קיום המקח לחצאין, אלא שיד החוזר על התחתונה, ואילו הר"ן ס"ל דאינו יכול לחזור אלא נגד מה שלא נתן עליו דמים, ונחלקו גם בפירוש הברייתא "מהיכן מגביהו" דלפירוש הרא"ש קאי אדסמ"ך ליה לפניו אתן לי קרקע או אהילך קרקע שנותן לו בשניהן כשער של עכשיו ולפירוש הר"ן לא קאי מ"ש מהיכן מגביהו כו' אדסמ"ך ליה אלא אמ"ש לפניו תן לי מעות או הילך מעות אבל בתן לי קרקע מגביהו כשער שפסק עמו, אך גם הר"ן מודה דבאם זה שידו על העליונה יאמר לא ארצה בקיום המקח הראשון רק תן לי קרקע כשיעור מעותי דצריך ליתן לו המוכר בחזירתו מן העידית וכשער של עכשיו, ובסיפא יכול ליתן לו המוכר זיבורית נגד מעותיו כשער של עכשיו, וכתב הסמ"ע דהנה הרמב"ם שנקט המחבר כלשונו אף שהתחיל וכתב לא קנה הלוקח את כולה כלשון הר"ן מ"מ מדסיים וכתב או קנה מהקרקע כנגד המעות שנתת ונותן לו מהזיבורית וכ"כ בסיפא, משמע דפירש מהיכן מגביהו דברייתא דקאי אתן לי קרקע הסמוך לו ולפ"ז י"ל דהרמב"ם בשיטת הרא"ש אזיל בין לדינא בין לפירוש הברייתא הנ"ל, ומש"כ לא קנה הלוקח את כולה, אינו ר"ל הא נגד מה שנתן דמיו נגדו אינם יכולים לחזור בו בעל כרחו של זה שכנגדו, אלא ר"ל אינו קונה את כולה, דמדלא קנה את כולה ואין מקח לחצאין, משום הכי גם נגד מה שכבר נתן עליו דמים שניהן יכולים לחזור, אלא שיד החוזר על התחתונה, ולכן תמה על הרמ"א שהגיה בחזרת הלוקח 'נותן לו המוכר כפי שער של עכשיו' ובחזרת המוכר כתב דנותן לו הלוקח 'כשער שפסקו' שהוא לא כמאן, דלרא"ש וסיעתו כתבו להדיא בשניהן כשער של עכשיו ובמ"מ כתב כן ברמב"ם, ומפירוש הר"ן מוכח דפירש הברייתא בשניהן בתן לי קרקע או הילך לך קרקע דנותן לו קרקע כשער שפסקו וצ"ע. הנהיבות (ו) הסכים עם תמיהת הסמ"ע על הרמ"א אלא דכתב דמש"כ דגם דעת הרמב"ם כדעת הרא"ש דהמקח נתבטל לגמרי הוא דחוק מאוד דהעיקר כמש"כ הט"ז דלרמב"ם ודאי דהמקח קיים נגד המעות שנתן, עיי"ש שהאריך.

< כתב רע"א בשם הריטב"א דאם מכר י' שדות ונתן הלוקח קצת דמים על שדה אחת שיקנה בהם הכל אותו שדה קנה אף שלא נתן לו כולו אבל האחרות לא קנה אבל נתן מקצת מעות סתם שלא על מקום מסויים קנה הכל.

< כתב הנהיבות (ז) דהא דיכול הלוקח לכופ המוכר בקיום מקצת המקח כנגד הדמים שנתן, היינו דוקא כשהלוקח טוען שרוצה ליתן המעות עדיין רק שהמוכר רוצה לבטל מטעם דעייל ונפיק אזוזי ודחה אותו, אבל אם הלוקח טוען שעדיין אין לו מעות ורוצה ליתן מעות כשיזדמן לו, יכול המוכר לבטל המקח לגמרי כי לא מכר לו רק אדעתא ליתן דמים, וכ"כ השטמ"ק והמחנ"א.

האם יש הבדל בין קרקעות למטלטלין, מה דעות הרא' וכמו מי פסק מרן בשו"ע?

עוד פסק השו"ע ע"פ הגמ' הנ"ל גבי חמרא ורמב"ם (יא) וכן הדין במוכר מטלטלים, אע"פ שמשך הלוקח הפירות והוציאן לרשותו והמוכר נכנס ויוצא על שאר הדמים, לא קנה (רע"א: עיקר כרז"ה שהובא בב"י שבמשך מטלטלין נגמר הקנין אף אי עייל ונפיק אזוזי, ודלא כרמב"ם דס"ל דליכא לפלוגי בין קרקע למטלטלין דהא דקאמר רבא האי מאן דזבין מידי לחבריה לכל מילי משמע, בב"י), ויד החוזר בו על התחתונה, כמו שנתבאר, אלא אם כן מכר מפני רעת ממכרו שאז קנה הכל. (יז) (ע"פ הרא"ש טור וה"ה בשם הרמב"ן -) 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 (משמע אפילו כשירה לא עומד להחלק, ב"י במ"מ, דבחייה עומדת לגי' דברים לחלוב ולחרישה ולשחיטה, סמ"ע) 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)}, אבל במידי דבר חלוקה הוא, אין המקח בטל אלא כנגד מה שחיב לו", ודלא כר"ן בשם חולקים (וטור ברמב"ם) דלא מחלקין בין קרקע למטלטלין כלל, דאדרבה כיון שקנה כנגד מעותיו בדבר שאינו ראוי ליחלק קנה כולו וכדאמרין גבי ערבון בירושלמי וס"ל דלא גרסינן חמארא באלף אלא חמרא דהיינו יין ומבעיא לן דכיון דלא פש גביה אלא חד זוזא אי אמרינן דכמאן דליתיה דמי וקנה כולו ואסיקנא דאפ"ה לא קנה אלא כנגד מעותיו, וכתב הר"ן דבריי"ף וברש"י מוכח שגרסו חמור, והב"י כתב דאף שהרמב"ם לא התייחס לחילוק זה אין ראיה לומר דלא סבירא ליה דין זה דהא במקרקעי שייך דין זה כגון שדה שהיתה פחותה מתשעה קבין או גנה פחותה מחצי קב שאינם ראויים לחלוקה כמו שכתב בהלי שכנים פ"א ה"ד.

כתב הסמ"ע (כח) דבקרע אף על פי שאין בו דין חלוקה קנה כנגד מעותיו והחוזר בו ידו על התחתונה, משום דראוי למכור למי שיש לו שדה בצידו ויצטרף זה לשדהו, אולם דעת הב"י והט"ז (בנתיבות) דגם בקרקע שאין בו דין חלוקה המקח בטל לגמרי כמטלטלין, וכן דעת הנתיבות (יב), והוסיף דבקרע כשהמוכר חוזר יד הלוקח על עליונה ואם רוצה יכול לכוף למוכר ליתן לו מעידית, ובמטלטלין אינו יכול לכוף דכל מילי מיטב הוא, אבל בחזרת הלוקח אין חילוק בין קרקע למטלטלין.

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

¹ הרמ"א לעיל (ז) פסק ע"פ הגמ' "וכן אם זקף עליו הנשאר במלוה, אע"פ שיוצא ונכנס אחר הדמים קנה".

² ע"פ המשך הגמ' שם בב"מ עז: גבי "ההוא דזבן חמרא לחבריה ופש חד זוזא גביה" פסק בשו"ע (יא) "מכר שדה 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". בסעי' יב פסק ע"פ הרמ"ה "מי שמכר נכסיו מפני שרוצה לילך לדור בעיר אחרת, כמוכר שדהו מפני רעתה דמיי". כתב הפת"ש (ז) בשם השב"י דכל מכירות יין הוי כמוכר מפני רעתה.

³ כתבו ב"י ורע"א בשם הרשב"א דאם המוכר אמר לו לך חזק וקני או משוך וקני אין יכולין לחזור בהם ואפילו עייל ונפיק אזוזי דהא אמר לו שיקנה בכך לגמרי ומעתה המעות עליו כמלוה.

ראה עוד לקמן סעי' טו – טז.

סעיפים יג – יד

ב"מ עח. "פשיטא בעי לזבוני במאה ולא אשכח וזבין במאתים וקא עייל ונפיק אזוזי לא קני, אלא אי בעי לזבוני במאה ולא אשכח ואי טרח הוה משכח ולא טרח וזבין במאתים וקא עייל ונפיק אזוזי מאי כמוכר שדהו מפני רעתה דמי או לא - תיקו".

בסעי' יג פסק השו"ע כגירסת והבנת הרמב"ם וז"ל "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 שנשארו לו, אין מוציאין מידו".

בסעי' יד פסק השו"ע כגירסת והבנת רש"י והרא"ש וז"ל "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 שנשארו לו, אין מוציאין מידו".

סעיפים טו - טז

מה צריך המוכר לעשות כדי שייקרא עייל ונפיק אזוזי?

דעת ר"ח (ברא"ש שם) דהא דאמרינן כי עייל ונפיק אזוזי לא קנה היינו דוקא דגלי מוכר אדעתיה דלא מזבין אלא משום דצריך לדמי השתא בדוחקא, אבל אי מזבין לאשתלומי למחר וליומא אחרא בלא נחיצותא מעידנא דאחזיק קנה וזוזי מקבל להו בתר הכי דנעשו עליו כמלוה אפילו עייל ונפיק אזוזי, ואילו דעת הראב"ד דאפי' קבע לו זמן לפרעון וכשהגיע הזמן דוחקו לפרוע לו מעותיו וזה דוחהו גם זה נקרא עייל ונפיק אזוזי ואם לא יפרענו אז יכול לחזור בו, והרא"ש (פישר ביניהם, ב"י) כתב דהכל לפי ראות הדיין כי לפעמים אדם חייב מעות ומוכר קודם זמן הפרעון שלא יראוהו דחוק למעות ויזדלזלו נכסיו ואינו רוצה לקבל דמי המקח עד שיצטרך לפרוע חובו פן יוציאם וכשהגיע הזמן אין לך עייל ונפיק אזוזי טפי מזה הילכך בכל עת שיראה הדיין שהוא דחוק למעות ונפיק ועייל אזוזי בטל המקח. עוד הביא הטור דעת הרמ"ה דפירוש עייל ונפיק אזוזי שהלך אליו לבקש מעותיו ב"פ לא שנא מצאו וביקש ממנו לא שנא לא מצאו רק שגילה שהלך לבקשם.

הב"י הביא שיטות הרא"ל לכאן ולכאן, וכתב בבד"ה דלענין הלכה נקטינן כדברי הרא"ש שדברי טעם הם ואף דברי ר"ח יכולים להתפרש שמה שכתב דאי זבין לאשתלומי למחר וליומא אחרא וכו' דנעשו עליו כמלוה היינו דוקא כשאנו נחוץ למעות אבל אם קבע זמן לפרעון והוא נחוץ למעות באותו יום שתבע אין ספק דכי עייל ונפיק אזוזי בההוא יומא לא קנה וכדברי הרא"ש והכי דייק לישנא דר"ח שכתב לאשתלומי יומא אחרא בלי נחיצותא דמשמע בהדיא דאי הוי לאשתלומי ליומא אחרא בנחיצותא לא קנה.

וז"ל השו"ע "הא דאמרינן דכי עייל ונפיק אזוזי לא קנה, היינו (רא"ש -) בדידעין דלא מזבין אלא משום דצריך לדמי, ואפילו אם קבע זמן לפרעון וכשהגיע הזמן דחוקו לפרוע לו מעותיו וזה דוחהו, והדיין רואה שהוא דחוק למעות ועייל ונפיק אזוזי, לא קנה. (טז) יש מי שאומר (רמ"ה, ומסכים דעתו לראב"ד, ב"י) 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 לזבינא, 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 יהיב ליה, ומקמי דשלים יומיה אייתי ליה זוזי קנה, ולא מצי הדר ביה, דכל דפרע ביומיה כפרע מיד דמי".

כתב הרמ"א (טז) ע"פ הר"ן "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 (ה"ה -) מיהו אם התנה הכל כפי תנאו". הסמ"ע (כו) הסתפק כיצד הלשון 'וכן' מתאימה וכתב שהמקור בר"ן שכתב לשון זאת אמאי דאיתמר ונתן לו קצת דמים ואמר לו ערבוני יקון דקי"ל דקנה נגד מעותיו, וכתב הב"ה דדוחק, והביא שהט"ז כתב דטעות סופר הוא וצ"ל "וכל", וקאי אמ"ש המחבר בסעי' י' דלא קנה הלוקח את כולה.

עמש"כ הרמ"א דאין השטר קונה לחצאין, כתב הקצות (ז) דאם חייב עצמו בשטר ת"ק זהובים וכתב בשטר אלף זהובים דלא קנה דאין שטר התחייבות חל לחצאין דהא המותר הוא אמנה והיכי הוי שטר לחצאין, ואילו דעת הנתניבות (י) דשטר חיוב אינו דומה לשטר מקנה דבשטר חיוב לאו מטעם קנין הוא רק מטעם דגמר ומשעבד נפשיה, דהא לרמב"ם מכירה פ"א הט"ו אפילו אתם עדי מהני, וממילא שטר חיוב ג"כ לשטר ראייה דמי ומהני לחצאין, ובפני אריה (עמ' שנג) כתב שסברת הנתנה"מ דשטר התחייבות אינו פועל בתורת שטר כי אם בתורת אומדנא, וכעין דברים הנקנים באמירה [ולפי"ז כתבו בפד"ר ירושלים (ח"י עמ' רכד) בנידון שחייב עצמו בזכרון דברים לקנין הדירה שאם יחזור מהמכירה ישלם קנס של 30000 דולר והמכירה כללה שתי דירות שרק על אחת מהן היה לו יפוי כח למכור, ועל השניה - לדבריו - לא היה לו יפוי כח, נמצא שאם יש לחייבו בקנס על החזרה זה רק על דירה אחת שהיה לו יפוי כח, וכיון שכלל הקנס על שתי הדירות יש לתלות הדבר במחלוקת הקצוה"ח והנתה"מ אם חייב במחצית הקנס, לדעת קצוה"ח אין התחייבות לחצאין, ולדעת הנתה"מ יש התחייבות לחצאין, דלענין זה דינו כשטר ראייה].

סעיף יח

[הקונה דבר מחבירו ונתן לו הדמים וטעה במנין המעות, ולאחר זמן תבעו המוכר ואמר לו מאה שנתת לי אינם אלא צ', האם קיים המכר?]

ע"פ הרמב"ם (ע"פ קידושין מז: "ושוין במכר שקנה") פסק השו"ע "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", ודלא כראב"ד שהשיג ואי עייל ונפיק אזוזי כל כמה דמדחי ליה ולא יהיב ליה מצי הך למיהדר ביה מההוא זבינא.

[מי שהעלילו עליו וכדי להבריח מכר קרקעותיו וקבל המעות, מה דין המכירה כשנתבטלה העלילה? פרט.]

ע"פ הרשב"ץ פסק הרמ"א "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" – ועוד מבואר שם (בב"י) בטעמי הדין דדמי לשטר אמנה ואפילו נתרצו אחר כך לקיים שטר מכירה זה בשטר זה אינו כלום משום דחספא הוא ועוד דדמי לשטר שלוח בו ופרעו.

עמש"כ הרמ"א דאפילו נתרצו וכו' כתב הסמ"ע (לב) דצריכין קנין אחר בכסף או שטר דבכסף שנתן לו ראשונה לא הוה ביה קנין, ואם קנוהו בשטר לא מהני אותו שטר משום דה"ל מוקדם. כתב הפת"ש (ח) בשם הבית מאיר דמה שמבואר ברמ"א ובסמ"ע שאפילו עדיין מעות המכירה ביד המוכר לא מהני הריצוי, צ"ע, דבתשב"ץ גופיה מבואר המעשה שמיד החזיר המעות ולא היה כלל בידו בשעת הריצוי, ומשמע שם דאילו היה המעות בידו בשעת הריצוי א"צ לכסף חדש "ולולא דמסתפינא היה נראה שטעות סופר הוא בשו"ע".

סימן קצא – דין קניית קרקע בשטר

סעיפים א – ב

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

קידושין כו. "בשטר מנלן? אילימא משום דכתיב וכתוב בספר וחתום והעד עדים והאמרת שטר ראייה בעלמא הוא אלא מהכא ואקח את ספר המקנה. 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 מוטיב לה והוא מפרק לה במוכר שדהו מפני רעתה, רב אשי אמר במתנה ביקש ליתנה לו ולמה כתב לו לשון מכר כדי ליפות את כוחו". פירש רש"י "מפני רעתה - דניחא ליה דליקנייה שטרא ללוקח כי היכי דלא מצי למיהדר ביה. רב אשי אמר - הך מתניתא בנוטן מתנה מיירי וכולה חדא היא ולא או או קתני אלא כך וכך כתב לו שדי מכורה ונתונה לך ליפות כחו שאם יגבנה בעל חוב של נותן ממנו ישוב עליו לתבוע ממנו דמים המפורשים", וכ"כ התוס' רשב"ם ועוד דרב אשי לאו אתירוצא דרב המנונא סמיך אלא אוקימתא אחריתי היא, וכתב הב"י דלפי שיטה זו קי"ל כאוקימתא דרב אשי וכל היכא דלא כתב לו אלא שדי מכורה לך אפילו מוכר שדהו מפני רעתה לא קנה עד שיתן דמים.

אולם הרמב"ם כתב שהמוכר שדהו מפני רעתה קנה בשטר בלא נתינת דמים וכ"ד הרי"ו וטור, וביאר ה"ה דלפי"ז אוקימתא דרב אשי הכי קאמר דמפני רעתה בדין הוא שיקנה שהרי אפילו במתנה היה נותנה לו כי רעה בעיני אדוניה היא דלא בא רב אשי לחדש אוקימתא אלא לתת טעם לדברי רב המנונא, והב"י כתב דאפילו ס"ל לרמב"ם דרב אשי לאיפלוגי אתא פסק כרב המנונא משום דחילוק

דמוכר שדהו מפני רעתה סתמא דתלמודא קאמר ליה בב"מ דף ע"ז גבי עייל ונפיק אזוזי וכיון דסתמא דתלמודא קאמר ליה התם כרב המנונא דאמר ליה הכא הכי.

וז"ל **השו"ע** כרמב"ם (א) בשטר כיצד, כתב לו על הנייר או על החרס או על העלה שדי נתונה לך שדי מכורה לך כיון שהגיע השטר לידו קנה, אע"פ שאין שם עדים כלל. (ב) במה דברים אמורים במוכר שדהו מפני רעתה, אבל בשאר קרקעות אע"פ שהגיע שטר המכר בעדים לידו, לא קנה עד שיתן דמים".

כתב הר"ן (בב"י) על הא דאמרינן דלא קנה עד שיתן לו דמים דאיכא מאן דאמר דדווקא נתן כל הדמים אבל במקצת דמים אפילו לא עייל ונפיק אזוזי לא קני, דכי אמרינן דבמקצת דמים קנה הכל כל היכא דלא עייל ונפיק אזוזי הני מילי בנותן מקצת דמים לשם קנין דכיון שקבלם לשם קנין ולא עייל ונפיק אשאר גלי דעתיה דניחא ליה דליקני בהכי אבל הכא דמים הללו לא לשם קנין נתנם לו שהרי בשטר הוא קונה אלא לשם פרעון נתנן ולפיכך אע"פ שקבלם אין כאן הוכחה דניחא ליה שיקנה בהם ולפיכך יש לומר שאפילו כנגד מעותיו אינו קונה דכיון דבשטר הוא קונה אי אפשר לו לקנות בו מקצת השדה שעל כל השדה נכתב ולא על חציו וכיון שבטל כח השטר במקצתו בטל בכולו, והובא בקצרה בסמ"ע שכן נפסק בסימן הקודם, וכ"פ ברע"א, והוסיף בשם הריטב"א דדוקא באתרא דלא קנה בכספא אבל במקום דכן קונים בכספא א"כ שטר זה נהי דלא קנה מדין שטר כיון דנתן רק מקצת מ"מ קנה מדין כסף דהיינו בעייל ונפיק נגד מעות שקיבל ובלא עייל ונפיק כולה.

כתב הב"י בשם ה"ה דהא דלא קנה עד שיתן הדמים דאם התנו תנאן קיים כמבואר בסימן הקודם "אי בעינא בשטרא אקנה", וכ"פ בנתיבות (ב) דאם התנה שיקנה בקנין השטר לחוד מהני אף באינו מוכר שדהו מפני רעתה, ודחה דברי המהרי"ט שהסתפק אם מהני, והוסיף דכן אם נשבע שלא יחזור בו הוי כהתנה, וכן אם זקף עליו במלוה מעות המקח ג"כ קנה בשטר לחוד, אלא דבמקום שדרכן לכתוב שטר בכסף לחוד בלא שטר אינו קונה אפילו במוכר שדהו מפני רעתה.

כתב הסמ"ע (ה) בשם שו"ת הרשב"א (בב"י) דאם מקנה לו שדה בחוב שחייב לו המוכר, וכתב לו שטר שדי מכורה לך קנאו בשטר לחוד, שודאי גמר להקנותו לו במה שנתחייב לו כבר.

< כתב הסמ"ע דאע"ג דחרס ועלה הן דברים שיכולין להזדיין, ומה"ט אין כותבין שט"ח עליהם אפילו לגבות לאלתר כמו שכתב המחבר בסימן מ"ב, שאני התם דילפינן מקרא בירמיה דבעינן שיהא ראוי להתקיים ימים רבים, משא"כ בשטר קנין דלעולם לא בעינן שיהא ראוי להתקיים אלא שיקנה בו לשעתו. [הב"ח (א) כתב דנשמע מהסמ"ע דאפילו אינו כתב ידו דמוכר וגם ליכא עדי מסירה אלא עדי חתימה כשר בשטר קנין כיון דאינו עומד לימים רבים אלא לפי שעה, והקשה עליו דמנין לו זה החילוק ומדברי התוספות בב"ב נ"א בשם ר"ת לא משמע כן. ה"ט? כתב שבחינם תמה עליו הב"ח וצוין בפת"ש ושלח לקצות בסימן מ"ב, דהתם מתברר כל הענין, וראה גם רע"א כאן].

< כתב הפת"ש (קצ"ו) דבתשובת הרשב"א מבואר דגם במקום שכותבין שטר, קנה בכסף או בחליפין בלא שטר במוכר מפני רעתה, אולם הנתיבות בשם מהרי"ט כתב דלא דמי לשטר בלא כסף דהכא דמהני במוכר מפני רעתה, דבשלמא הכא הטעם דלא מהני הוא משום דלא סמכא דעתיה דמוכר בלא קבלת דמים איכא למימר במוכר מפני רעתה גמר ומקני, אבל בכסף בלא שטר במקום שכותבין שטר דהלוקח הוא דלא סמכא דעתיה א"כ במוכר מפני רעתה כ"ש דקפיד שהכסף אזיל מכליו ואפילו חספא לא יהבי ליה.

< כתב רע"א דשלח שמכר שדה וחתם בשטר מכירה שמו אף שמברר לוקח בעדים שהיה זה שליחו של בעל השדה מ"מ לא קנה בשטר זה.

[האם שכר הסופר צריך להיות משל המקנה?]

הקצות (א) הוכיח מגיטין כ' גבי 'היו מוחזקים בטבלא שהיא שלה וגט כתוב עליו והרי היא יוצאה מתחת ידו' דשטר קנין לא מהני עד שיהיה השטר של המוכר דבעינן ספר המקנה, ואע"ג דהלוקח נותן שכר הסופר (ב"ב קסז:), צריך הוא לחזור ולהקנותו למוכר בכדי שיהיה המוכר חוזר ומקנה לו את השטר דבעינן ספר המקנה, וכן כשנותן המוכר ליד לוקח את השטר צריך להקנותו לגמרי ללוקח, ואם אמר על מנת שהנייר שלי לא מהני דהו"ל אותיות פורחות באויר וכמו שאמרו שם בגיטין גבי גט אשה, וה"ה שטר הקנאה דחד דינא הוא, ואע"ג דגבי גט אשה אמרו שם דאקנויי אקני ליה רבנן מהאשה

(את הטבלא, בגיטין כ'), היינו משום תקנת עגונות אקנויי אקני ליה רבנן, אבל בשטר מקנה בעי כדינו, וכיון דהלוקח נותן שכר הסופר צריך להקנותו למוכר, ותמה על הפוסקים שלא הזכירו דין זה לפרש שצריך להיות הנייר משל מקנה וכמו בגט אשה, וא"כ בשטרי דידן כיון דהלוקח נותן שכר הסופר ואינו מקנהו למוכר נראה דלא מהני לקנין, ואינו אלא לראיה, דלראיה אין צריך ספר המקנה. אולם ה**נתיבות** (א) כתב דשכר הסופר נפקא לן בגט שהבעל צריך ליתן משום דכתיב 'וכתב' שהבעל צריך לכתוב כמבואר בגיטין שם, אך במקח ומתנה לא בעינן משל המקנה דודאי דמקרא ד'ספר המקנה' בירמיה לא מוכח רק שיהא הנייר והדיו שלו, וז"ל בחידושים (א) "וצריך שיהיה הנייר והדיו משל המקנה, דבעינן ספר המקנה, אבל שכר הסופר לא בעינן שיהיה משל המקנה".

בסימן רלח/ב על דאיתא בשו"ע ע"פ המשנה בב"ב קס"ז שהלוקח נותן שכר הסופר, כתב ה**פתי"ש** (ב) בשם ה**משכנות יעקב** כתב דלכ' משמע שאין קפידא על שטר המכר שיהא של המוכר כיון דהלוקח נותן השכר הרי הוא קנוי לו במעותיו אולם הרמב"ן כתב בהדיא דהא דאמר שהלוקח נותן השכר תקנת חכמים היא שמי שנשכר יתן השכר, ומיהו נעשה כאמר לו הילך זווי והקנה השטר למוכר, וסיים שם דנמצינו למידין דבשטר מכר וקנין ממון צריך להיות קנוי השטר למקנה תחילה והוא ימסרנו לקונה, ואי לא לא קנה כלל, ולא כמו שנוהגין עתה לפעמים שהקונה כותב על נייר שלו או מצוה לכתוב ולחתום בידעת המקנה, שאין בא ליד המקנה כלל שיזכה בו תחילה וימסרנו אח"כ לקונה, וא"כ לא זכה בו המקנה מעולם והוי כחספא בעלמא ואין קונה בו כלל, וכתב דצריך להזהר בדבר ולהודיע לסופרים כי התקלה מצויה מאד ומוציאין ממון בשטרות כאלו שלא כדין.

סעיף ג

[מה הדין בשטר שכתוב בלשון עברי? האם הוא שטר קנין או ראייה?]

כתב ה**ר"ן** (הובא בב"י קצ,ז) דשטר ראייה דקאמרינן שאינו מועיל לקנין שטר הודאה בעלמא שמודה שמכר בשטר בזה אבל בשטרי דידן שכתוב בהם 'ומכרתי' ו'נתתי' לשון עבר שטר קנין הוא ולחזק הדבר כותבין כך כמו בקרא "נתתי כסף השדה", ואע"ג דאמרינן דכתב לו על הנייר וכו' שדי מכורה לך שדי נתונה לך הרי זו מכורה ונתונה לאו דוקא דכתב בהאי לישנא דהוא הדין נמי אי כתב מכרתי ונתתי מהני, וראיה לדבר מדאמרינן בגיטין מ' נתתי שדה פלוני לפלוני נתתיה לו הרי היא שלו קנה ואמר רבי יוחנן וכולן בשטר כלומר שכתב לו בשטר בלשון הזה ומהני מדין קנין, וכן מבואר בעיטור **רשב"א** ועוד, אולם ה**רא"ה** וה**טור** בסימן קצ"א חולקים ואינם אלא לראיה ואין הקרקע נקנה על ידן, וסיים ה**ב"י** דלענין הלכה כיון דכל הני רבוותא מסכימים דהני שטרי דידן שטרי קנין הם הכי נקטינן.

וז"ל שו"ע כעיסור והר"ן "שטרי דידן שטרי קנין הם" והוסיף ה**רמ"א** ע"פ ה**ר"ן** וה**מ"מ** "והקרקע נקנה על ידן ואם כתב לו בפירוש שלא מכר לו בשטר ואינו אלא לראיה בעלמא אין הקרקע נקנית על ידו".

כתב ה**סמ"ע** (ז) בשם **רש"ל** דהא דאין קונין בשטרות העומדים לראיה, היינו במקום שקונין בשטר, אבל במקום שקונין בכסף אף שכותבין שטר ג"כ דאז אין קונה בכסף לחוד, מהני שטר ראייה לכסף וקונין בו.

[ב**פתי"ש** (ב) כתב בשם ה**בית אפרים** ליישב הנוסח בשטרות המכר "מכרנו אנחנו הזוג" דמה כח יפה במכירה זו והרי אין לאשה שום חלק ונחלה בגוף הקרקע, עיי"ש].

סעיף ד

[מה הדין בקנה קרקע והמוכר אומר שלא קיבל מעות? פרט.]

ע"פ ה**רשב"א** ע"פ כתובות ק"י פסק בשו"ע "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", ודלא כ**רב האי** דאין הלוקח נאמן, אבל במקום שכותבין ואחר כך נותנין

דמים על הלוקח להביא ראיה שנתן אע"פ שהודה המוכר בשטר שקיבל כי אין זה כי אם נוסחת השטר, ב"י וסמ"ע בשם הרשב"א דתרווייהו בעינן.

הש"ך ציין לשו"ת המהרי"ט (והביאו הנתניבות סק"ג -) החולק על הרשב"א וס"ל דהלוקח גם בלי ב' התנאים נאמן דהא כיון שהקרקע כבר נקנה ללוקח ולמוכר אין לו רק תביעת דמים על הלוקח הוי כמלוה על פה ונאמן לטעון פרעתי כמו באילן בב"ב כ"ד דאמרינן כיון דאילן למיקץ קאי קוצץ ואינו נותן דמים ומסקנתו דאכן במקום שאין קונין בשטר עד שיתן הכסף דהמוכר נאמן, דהוי כטוען שלא מכר לו הקרקע כלל, ואוקי קרקע בחזקת מרא קמא כל זמן דליכא עדות ברורה על המכירה, אבל במקום שקונין בשטר לבד ובאופן שהמקח אינו מתבטל מחמת שהמוכר עייל ונפיק אזורי, הלוקח נאמן מטעם הנ"ל. הנתניבות נשא ונתן באריכות בדבריו וקיצר בחידושים (סק"ח) - דדווקא בשטר שכתב לקנין כגון שדי מכורה לך אז נאמן המוכר בדליכא צדדים שכתב המחבר מפני שיכול לומר שלא קיבל עדיין המעות ולא מסר לו השטר רק לשם קנין, אבל אם נעשה קנין בדבר אחר כגון בקנין סודר, והשטר לא נכתב רק לראיה, לעולם הלוקח נאמן אף שלא כתב בשטר שקיבל מעות. וגם בשטר קנין כתב המהרי"ט, דאין נאמן המוכר רק במקום שיכול לבטל גוף המכירה, כגון שהוא במקום שאין קונין בשטר לחוד, וכיון שהמוכר טוען שעדיין לא נתן המעות ולפי דברי המוכר בטל המקח, הוא כטוען על גוף המכירה, ואוקי ארעא בחזקת מרא קמא, אבל במקום שקונין בשטר לחוד, כגון שזקף במלוה או במוכר מפני רעתה, דהמקח בודאי קיים, ואין טענת המוכר רק על הדמים, הוי כמלוה על פה והלוקח נאמן. וכן אם החזיק הלוקח כבר בשדה, כתב המהרי"ט דהלוקח נאמן מטעם חזקה שאינו מניח לו לירד לשדה עד שנותן דמים, אבל כשהחזיק בשדה קודם המכירה, כגון בשכירות וכיוצא, או שהחזיק בשדה שלא בפני המוכר, המוכר נאמן בדליכא צדדים שכתב המחבר. וכן אם הביא הלוקח עדי קנין ולא זקף המעות במלוה ואין שטר ביד הלוקח, המוכר נאמן.

המקנה לחבירו חפץ לאחר ל', באילו תנאים קנה, פרט סוגי הקנין השונים, תוכן האמירה ומקום החפץ בזמן הקנין? (לקנין חליפין ראה קצה/ה, ולענין משיכה קצו/ז). והאם דיני הגט שווים לקניינים בענין זה?

כתב הרמ"א ע"פ התוס' ביבמות צ"ג "מכר לו קרקע בשטר או במעות [וא"ל קני (סמ"ע)] 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", וביאר הגר"א דנלמד מהמשנה בגיטין ע"ד "הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי מאתים וזו הרי זו מגורשת ותתן ע"מ שתתני לי מיכן ועד שלשים יום אם נתנה לו בתוך שלשים יום מגורשת ואם לאו אינה מגורשת".

הסמ"ע (ט) חלק על הרמ"א ואדרבה בתוס' ביבמות מבואר דבמעות קונה אפילו לא אמר מעכשיו וכ"כ הנ"י להדיא מטעם דאילו לא נתקיים המקח היה מחויב להחזיר הוי כאילו הן בעין, וכתב דיש לישב בדוחק ולומר דמש"כ נאבדו המעות ר"ל שנאבדו בענין שאינו יכול לחזור ולהתפרע ממנו (וכ"כ הש"ך סק"ד) א"נ להגיה ברמ"א 'ובמעות' ומש"כ בסיפא 'אם לא אמר מעכשיו לא קנה' לא כתב כן אלא בקנה קרקע ובמקום שצריך כסף ושטר לקנייתו ומש"כ ברישא 'או נאבדו המעות' לא כתב כן אלא לרבותא, דאפילו נאבדו גם המעות אפ"ה קנה כיון דאמר מעכשיו. ה"ז יישב את הרמ"א דמיירי שמכר לו במקום שקונין בשטר אף שנותנים מעות דכיון דגליא דעתיה שלא יקנה הכסף אלא בשעה שיקנה השטר, אם נאבדו המעות תוך הזמן אינו קונה.

סיכום השיטות באח' ע"פ 'חלת דבש': דעת הסמ"ע דאם נאבדו המעות באונס באופן שאין חייב להחזירם לו לא קנה, דעת הנתניבות בר"ן דקנה, ודעת הקצות דאפילו נאבדו באונס חייב להחזיר לו המעות, והנתניבות כתב דזה מח' רא'.

עמש"כ הרמ"א דהוא הדין לחזקה, כתב הש"ך (ה) ע"פ התוס' ועוד דה"ה לקנין חליפין ודלא כמרדכי דחליפין הוי כקנין כסף וא"צ מעכשיו.

סימן קצב – דין קניית קרקע בחזקה

סעיף א

[מה הדין במי שמכר ביתו לשוכר שהיה דר בה וא"ל לך חזק וקני, האם קונה?]

משנה ב"ב מב. "האומנין והשותפין והאריסין והאפוטרופסין אין להם חזקה... במה דברים אמורים במחזיק אבל בנותן מתנה והאחין שחלקו והמחזיק בנכסי הגר נעל וגדר ופרץ כל שהוא **הרי זו חזקה**", וכתב **הרא"ש** דהוא הדין למוכר כדמוכח בב"ק נ"ב דהמוכר את הבית קני ליה בחזקה וכן במשנה בקדושין כ"ו דנכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף בשטר ובחזקה.

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 אילימא 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".

וז"ל **השו"ע** "בחזקה כיצד מכר או נתן לו בית או שדה, כיון שנעל או גדר או פרץ כל שהוא והועיל במעשיו הרי זה קנה".

כתב **הפת"ש** שהביא המחנ"א שכתב **הרדב"ז** במי שמכר ביתו לשוכר שהיה דר בו דאפילו א"ל לך חזק וקני כל שלא עשה השוכר בה דבר חדש שלא היה עושה בה תחילה, אפילו אם נועל ופותח אין זו חזקה, שכן היה עושה בה מתחילה, והמחנ"א חלק עליו.

האם עשיית פעולות ע"י פועל יהודי או גוי קונה? ומה דין הגבחה או משיכה של פועל?

כתב **המהרשד"ם** (**פת"ש** ב') גבי **חזקה ע"י חופרים גוים** דכי מה לי חפר הוא ומה לי חפרו הם בשבילו, ואפילו שהגוי לאו בר שליחות כלל לאו מתורת שליחות אני אומר. **במחנ"א** הסתפק אפילו ע"י פועלים ישראלים כיון דאין הפועלים מכוונים לזכות ללוקח ודעתו נוטה דלא קנה, דאף דיד פועלים כיד בעה"ב מ"מ הוי כחצר המהלכת. **בנתיבות** (ריש סימן קפ"ח) כתב דקנין הגבחה או משיכה או חזקה ושאר קנינים שנעשו ע"י פועלים גוים מהני דכח פועל הוי ככח בעל הבית והוי כאילו הוא מגביה מכוחו, אבל ע"י שלוחים גוים לא מהני, וע"י פועלים מהני אם נתכוין בעצמו לקנות ע"י הקנין שעושין הפועלים אף שלא נתכונו הפועלים אמנם כשהפועל קונה מטעם יד כגון שלא הגביה הפועל כלל את החפץ רק שנטלו בידו והחזיקו סמוך לארץ לא קנה הבעה"ב כיון דיד פועל הוי חצר המהלכת, ועוד כתב דמשיכת פועלים לא מהני רק כשמושכין לרשות בעה"ב אבל כשמושך לרשות עצמו או לסימטא לא מהני אם אינו בר שליחות, ואם הוא בר שליחות זכה. **רע"א** כתב בשם המהריק"ש דקונה ע"י גוי אם דרך הכל לבנות ע"י גוי דאדעתא דהכי מקני וא"ל חזק וקני.

סעיף ב

האם מועיל קנין חזקה שלא בפני המוכר?

ב"ב נב: "תני רב אושעיה בקדושין דבי לוי נעל וגדר ופרץ כל שהוא הרי זו **חזקה בפניו**, 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... בעי רב במתנה היאך אמר שמואל מאי תיבעי ליה לאבא השתא ומה מכר דקא יהיב זוזי אי אמר ליה לך חזק וקני אין אי לא לא מתנה לא כל שכן ורב סבר מאן דיהיב מתנה בעין יפה הוא דיהיב". פסקו **רי"ף** **רמב"ם** ו**רא"ש** כשמואל גבי מתנה דהלכה כשמואל בדיני ועוד דרב לא פליג עליה אלא דבעי לה מיבעיא.

ב"ק נא: "אמר רבי יהושע בן לוי המוכר בית לחברו כיון שמסר לו מפתח קנה היכי דמי אי בכספא ליקני בכספא אי בחזקה ליקני בחזקה, לעולם בחזקה ובעי למימר ליה לך חזק וקני וכיון שמסר לו מפתח (או דלוי גבי בור, שם בגמ') כמאן דאמר ליה לך חזק וקני דמי" וכ"פ **התוס'** **רא"ש** ועוד דלא מהני מסירת מפתח אלא שלא יצטרך לומר לו לך חזק וקני, ודלא כ**רשב"ם** דמסירת מפתח קונה.

וז"ל השו"ע בד"א כשהחזיק בפני המוכר או הנותן, אבל שלא בפניו לא קנה (רע"א: ואף הלוקח יכול לחזור), אא"כ אמר לו לך חזק וקני, ואם מסר לו המפתח הוי כאומר לו לך חזק וקני, וכן המוכר בור לחבירו כיון שמסר לו דליו (כיסויו, טור וסמ"ע) הוי כאומר לו לך חזק וקני".

כתב המחנ"א (פת"ש ג) דמדברי הרדב"ז משמע **דבמוכר לשותף** הוי כמוכר לאינש דעלמא דשלא בפניו דצריך שיאמר לו לך חזק וקני, והעיר עליו דמדברי התוס' ורא"ש בב"ב ג' משמע דכשהקרקע היא של שניהם מועלת חזקה מדעתו שלא בפניו אפילו לא א"ל לך חזק וקני, וכתב הפת"ש שאין סתירה לרדב"ז כיון שהרמב"ן שם חולק על התוס' ועוד דדווקא התם דאינו אלא בירור חלקים לבד מהני ואפילו בהילוך לבד סגי משא"כ במוכר חלקו לשותף וצ"ע.

סעיף ג

התקין מנעול לבית האם קנה?

האם סגירת דלת קונה במכר ובנכסי הגר?

האם עשיית מנעול קונה במכר ובנכסי הגר?

משנה ב"ב מב. "נעל וגדר ופרץ כל שהוא הרי זו חזקה".

גבי מימרא דשמואל גבי גדר ופרצה (לעיל סע' א) שנינו בב"ב נג. "האי גדר היכי דמי.. מאי עבד.. לא צריכא, דקא אמרי דהוה עיילי בה בדוחקא והשתא עיילי בה ברווחא", וכתב הרשב"ם דגבי נעל כל שהוא נמי איכא לפרושי כי האי גוונא שסתם פתח סתימה כל דהו דמעיקרא עיילי לה ברווחא והשתא עיילי לה בדוחקא אי נמי שקבע מנעול בדלת דהיינו בנין אולם בסגר את הדלת ונעל במפתח בנכסי הגר אינה חזקה דאין זה אלא כמבריך ארי ואע"ג דבפסחים ד' אמרינן דמשמסר לו מפתח הוי בחזקת שוכר והוא הדין לקנותו הני מילי במוכר ומשכיר לחבירו אבל בנכסי הגר מי מסר לו המפתחות שיקנה הילכך צריך בנין כל שהוא. אולם דעת הרא"ש דבנעילת דלת לבד קונה אלא דמ"מ בעי שישגור במפתח, וגם התוס' דחו דברי הרשב"ם דכיון דנועל בפני כל אדם מוכחא מילתא שהבית שלו ולא דמי למבריך ארי.

הרשב"א בתוס' הקשה על שיטת התוס' דקונה בנעילת דלת מדאמרין בע"ב 'הבונה פלטרינ בנכסי הגר ובא אחר והעמיד להם דלתות קנה' ומשמע דווקא העמיד דלתות אבל לא העמיד דלתות לא קנה בנעילה, והרא"ש תירץ דיש לומר דהוא הדין נמי דנעל בלא העמיד נמי קנה והא דנקט והעמיד להם דלתות אורחא דמלתא נקט דהמעמיד דלתות הוא הנועל, והוסיף הרא"ש דמשמע ברשב"ם הסבר נוסף שבתיקון מנעול כדי לנעול אע"פ שלא נעל קנה כיון שאין מחוסר אלא נעילה הכי נמי בהעמדת דלתות קונה בלא נעילה – וכ"פ הטור כהסבר השני דבהעמדת דלתות קונה בלא נעילה, אולם בתוס' ב"ק (נב.) כתבו כלשון ראשון דאורחא דמילתא נקט ולא קונה בהעמדת דלתות בלבד.

הב"י (ובסמ"ע ו') הקשה על הטור שכאן הביא דעת אביו הרא"ש דסגי בהעמדת דלת בלא נעילה ובסימן ער"ה סעיף י' בנכסי הגר פסק דבעינן גם נעילה ותירץ דיש לחלק דנכסי הגר אין שם דעת אחרת מקנה ע"כ בעינן טפי. ה"ט? הקשה דמנא ליה לפלוגי בהכי ועוד דא"כ אמאי הקשה הרשב"א בתוס' מבונה פלטרינ בנכסי הגר אלא על כרחך דלענין הקנין שוים הם, כדאיתא בדף נ"ז שכל שבנכסי הגר קנה בנכסי חבירו נמי קנה, אלא יישב דבהעמדת הדלת לחוד לא קנה דלא מידי עביד דיכולים לכנוס שם אלא צריך שינעלוהו, אף שלא במסגרת, אלא עכ"פ תהיה הדלת נעולה ע"י הסתימה, דזה ג"כ מונע אחרים מלהכנס דסבורין דכבר זכה בהם, וזהו הכונה שכתב בסימן ער"ה דבעינן נעילה בסתם, והכא קמ"ל דא"צ לסגרה במסגרת.

שיטת הרא"ש בשם י"א שגם בפתיחת דלת קונה לפי שאין דרך בני אדם לפתוח בית נעול אם לא שהוא שלו והביאו ראיה לדבריהם מדאמרין בגיטין דף ע"ז ע"ב תיחוד ותפתח אלמא דפתיחה קונה כמו נעילה, ודחה הרא"ש דלא דמי לפרץ דהתם תיקון פתח הוא ליכנס ולצאת בו אבל פתיחה לחודא שמניחו ליכנס בו אינו נראה חזקה אלא דוקא נעילה הוי חזקה לפי שמונע כל אדם מליכנס בו

וגבי גיטין התם הדלת היה סגור והוצרכו לפתחו ואחר כך לסגרו ולנעלו והוה ליה לומר תפתח ותיחוד אלא אורחיה דתלמודא לאישתעווי הכי.

כתב הרמב"ם (א, י) "המחזיק בנעילה קנה כגון שמכר בית או חצר והיה הפתח פתוח ונעל הלוקח את הפתח וחזר ופתחו הרי זה החזיק וקנה", וכתב ה"ה דלמד מהגמ' בגיטין שם "תיחוד (תסגור) ותפתח" וכוונת הרמב"ם דנעלו וחזר ופתחו וכן למד ה"ה וחלק עליו דמה צריך לפתוח אח"כ, והב"י כתב דמודה הרמב"ם דבנעילה לחוד קני ומה שכתב וחזר ופתחו לא מיבעיא קאמר לא מיבעיא כשנעל ונשאר נעול שקנה אלא אפילו חזר ופתחו כמו שהיה מקודם דהשתא אין ניכר בו משום מעשה שעשה לקנות אפילו הכי קנה, אך הוסיף שמהסבר השני של הרא"ש דלעיל דכתב דבנעילה לחודה לא מוכחא שיהא לשום קנין יש ללמוד דהקונה בית שהוא דר בתוכה לא קני עד שינעול ויפתח ועפ"י אפשר לומר שמפני כך כתב הרמב"ם וחזר ופתחו שאם אינו חוזר ופותחו מיד לא מוכחא מילתא לשום קנין אלא שהוא נועל הדלת כדי לשמור מה שבתוך הבית בשליחות בעל הבית אבל כשחוזר ופותחו מיד ניכר שהנעילה היתה לצורך קנין.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "נעל כיצד מכר או נתן לו בית או חצר והיה הפתח פתוח ונעל הלוקח את הפתח וחזר ופתחו קנה, ויש מי שאומר (תוס' ורא"ש) שצריך (כלומר מספיק, באה"ג) לנעול במפתח {והוא הדין אם עשה מנעול לדלת (רשב"ם) או שהעמיד דלתות (הסבר שני ברא"ש) י"א דקנה}."

סעיף ד

[האם ניתן לקנות ע"י חוספת גדר? פרט.]

ע"פ ב"ב נג. (לעיל סעי' א) כתב הרמב"ם (א, יא) "כיצד המחזיק בגדר כל שהוא קנה כגון שהיה שם גדר והיו עולין בנחת והוסיף עליו כל שהוא והשלימו לעשרה ונמצא שאין עולין אלא בדוחק הרי זה מועיל וקנה", ולמד בדעתו ה"ה דצריך שמתחילה לא הייתה גבוה י"ט והשלימו ל"י ושכן דעת אביו הרא"ש, ודלא כרשב"ם שא"צ דהא דקאמר בגמ' והשלימו ל"י אורחא דמילתא נקט דכל שהשלימו ל"י הוי הכי וה"ה נמי בפחות מ"י אם הוא בזה הענין (כגון שיש מקום מדרון ושיפוע מהכותל ולחוץ שהיא בנויה ע"ג תל דאז במחיצה כל דהו מונע שאינן יכולין לכונס בה עוד). כתב הב"י דהרמב"ם והרא"ש לא פירשו כלום ונקטו לישנא דגמ' ואין בזה כדאי להכריע, "הלכך נקטינן כדברי הרשב"ם".

ברם בשו"ע פסק כלשון הרמב"ם "גדר כל שהוא כיצד, היה שם גדר והיו עולים בו בנחת והוסיף עליו כל שהוא והשלימו לעשרה {וי"א דאפילו פחות מעשרה (רשב"ם) ובי"י} ונמצא שאין עולים אלא בדוחק, הרי זה הועיל וקנה".

סעיף ה

עוד פסק בשו"ע ע"פ ב"ב שם "פרץ כל שהוא, כיצד, היתה שם פרצה והיו נכנסים בה בדוחק והרחיבה כל שהוא עד שנמצא נכנסים בריות, ה"ז הועיל וקנה".

סעיף ו

עוד בב"ב נג. (רשב"ם) "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 (שלא ייכנס שטף מים) נטל צרור ואפיק מיא מינה (שנאספו מים בצד אחד) האי מברח ארי מנכסי חברו הוא (דומה למשיב אבידה דכל ישראל מצווין להציל ממון חביריהם מן ההיזק ואין קרוי חזקה)! אלא נתן צרור דצמד לה מיא (חיבר המים שבתוכו שלא יצאו לחוץ) נטל צרור וארוח לה מיא (ע"י נטילת צרור נכנסו המים מן הנהר דרך חור שבכותל)".

וז"ל השו"ע "נתן צרור והועיל כגון [שחבר (באה"ג כרמב"ם, וגירסת הסמ"ע "שסכר" ופירש שסתם חור שיצאו ממנו מים מהשדה)] בו המים לשדה או נטל צרור והועיל כגון שפתח בנטילתו המים לשדה קנה, וכן כל כיוצ"ב, אבל אם ראה אמת המים באה להזיק הקרקע ונתן צרור ומנעה {או שנטל צרור ופתח [שיצאו (באה"ג) המים]} לא קנה, שסילוק ההיזק אינו קונה אלא הבאת התועלת (כלשון ה"ה)".

בענין הא דכתבו הרשב"ם (והסמ"ע) דכל ישראל מצווים וכו', כתב **רע"א** דלפ"ז בנכסי הגר קנה (בסילוק ההיזק שאינו קונה), אולם **הפת"ש** כתב בשם **השער משפט** ע"פ **הרמב"ן** דלא מיבעיא בנכסי חבירו שלא בפניו דהשבת אבידה עביד ומצוה דרמיה עליה הוא אלא אפילו בפניו א"נ בנכסי הגר דליכא מצוה, מ"מ זרוזי הוא דמורזו נפשיה דלא ליקרו ליה מפסיד, וזה עיקר טעם הדין, ואין דרך הקנאה בכך.

סעיף ז

[האם ניתן לקנות שדה ע"י הילוך בה? פרט.]

ב"ב ק. (רשב"ם ובי"י) "דתניא **הלך בה לארכה ולרחבה** קנה מקום הילוכו דברי ר' אליעזר, וחכמים אומרים אין הילוך מועיל כלום עד שיחזיק. אמר ר' אלעזר מ"ט דר' אליעזר דכתיב קום התהלך בארץ לארכה ולרחבה כי לך אתננה, ורבנן התם משום חביבותא דאברהם הוא דקאמר ליה הכי כדי שיהא נוח לכבוש לפני בניו. א"ר יוסי בר' חנינא מודים חכמים לר"א בשביל של כרמים הואיל ונעשה להילוך נקנה בהילוך - כי אתו לקמיה דרב יצחק בר אמי (לדון על עסק אדם שמתנה לחבירו למכור שביל של כרמים וכ"פ הרמב"ם דלא כר"ח דפירש דמיירי במי שאבדה לו דרך שדהו מיירי) אמר להו הבו ליה כי היכי דדרי טונא דשבישתא והדר (שביל רחב כי היכי דדרי טונא דזמורות על כתפו והדר אילך ואילך ולא יגעו הזמורות במחיצות השביל), ולא אמרן אלא דמסיימין מחיצתא אבל לא מסיימין מחיצתא כי היכי דשקיל כרעא ומנח כרעא (אבל לא מסיימי מחיצתא - לא יתן לו אלא מדרך כף רגלו ויזרע המוכר או יטע כרם מכאן ומכאן דאין כאן דבר המזיק לו כשיטעון משוי על כתיפו, וכ"ד הרשב"א, ואית דגרסי איפכא, וכן דעת הרי"ף רמב"ם רא"ש, דלא אמרן אלא דלא מסיימי מחיצתא הילכך יש לומר שמכר לו כל צרכו אבל היכא דמסיימי מחיצתא הדבר ידוע שלא מכר לו אלא שביל זה כמות שהוא ולא נהירא דאם שביל סתם זבין ליה למה לא יתן לו כל צרכו)".

הב"י דחה את הפירוש השני של ה"ה ברמב"ם דאם מכר לו דרך סתם ולא פירש לו כמה וקאמר דאם הוא מסוים במחיצות אז אפילו אינו רחב אלא כדי הילוך אמרינן דסבר וקבל ואין צריך ליתן לו יותר, וכתב המ"מ בעצמו דליתא, וכ"ד הסמ"ע.

גבי "שקיל כרעא" כתב **הרמב"ם** כדי שיגביה רגל ויניח רגל בצדה כלומר רוחב שתי רגלים, ותמה **הב"י** דלפ"ז למה ליה למימר שקיל כרעא הוה ליה למימר פותיה דתרי כרעי, ויישב דאי הוה אמר פותיה דתרי כרעי הוה משמע שיכוין שתי רגליו זו אצל זו כמו לתפלה והשתא דאמר כי היכי דשקיל כרעא ומנח כרעא פירושו שיניח עקב של רגל זו בצד גודל של זו דהוי רוחב השביל אורך שתי רגלים, אלא דאכתי קשה לימא אורכא דתרי כרעי, ואפשר דבכלל כרעא הוי גם השוק ולהכי אמר לישנא דלא לישתמע ביה אורך השוק, ואפשר דאילו אמר אורכא דתרי כרעי הוה משמע מצומצמין והשתא דאמר כי היכי דשקיל כרעא משמע אפילו אינן מצומצמין.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "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**הרמ"א** כרשב"ם "וי"א איפכא, דבאין מחיצות סגי ברוחב שיגביה רגל ויניח רגל, וביש מחיצות כדי שיהא על ראשו חבילה של שריגים ויסוב בה".

בסמ"ע (ראה **נתיבות** שסיכס) ב' פירושים בדעת הרשב"ם והרמ"א – א' אי ליכא מחיצות לא קני בהליכתו אלא כשיעור שיגביה רגל ויניח רגל, כיון דסגי ליה בהכי לטעינת משא, ואין יכול לקנות בהליכה אחת יותר מזה, עד שילך בצידה כמה פעמים לפי רוחב הדרך שיקנה בכל הליכה כשיעור שיניח רגל, אבל אם יש מחיצות קנה בהליכה אחת כשיעור שילך טעון במשא, **והוא העיקר** ועי"ז לא פליגי אהדדי אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא. ב' לעולם צריך שיהיה לו מקום שיוכל להעביר משא זמורות על ראשו, הילכך כשיש מחיצות המעכבות צריך שיהיה רוחב כ"כ בין מחיצה למחיצה, אבל בדליכא מחיצות המעכבות א"צ ליתן לו אלא כדי הילוך ברגליו.

כתב ה"ט"ז בשם המשאית בנימין דהא דכל הטעם דקונה בהילוך בשביל כרמים משום דכל הנאת השביל הוא ההילוך, דמזה יש ללמוד במי שקנה מקום בבית הכנסת מחבירו וישב עליו הוה חזקה, כיון דכל תשמיש המקום הוא בכך לכ"ע לא מצי לחזור בו, והביאו גם הב"ה, וחיידד הנתיות (א) דאע"ג דבצחית סלע לא קנה בשטחית פירות לדעת הראב"ד בסעיף י"א אף שעשאו לכך, שאני התם דאין גופו נהנה משא"כ הכא דגופו נהנה.

סעיפים ח – יא

האם אכילת פירות הוי מעשה קנין לקנות על ידי כך שדה חבירו או שדה הפקר? ומה החילוק בינו לבין מציע מצעות על הקרקע?

מה הדין בהציע מצעות ושכב עליהם האם הוי מעשה קנין?

ע"פ ב"ב כ"ט: דשנינו "צונמא במה יקנה אלא באוקומי בה חיותא ומשטחא בה פירי ה"נ (בבית רובע שאינה בת זריעה) איבעי ליה לאוקומי בה חיותא אי נמי משטחא בה פירי", פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "היתה הקרקע צחית סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה ואינה בת זריעה (שאין יכולין לקנותו לא בגדר ולא בפרצה, סמ"ע), החזקה שקונה אותה שטחית פירות או העמדת בהמה שם, וכיוצא בזה משאר התשמישים", דלא כראב"ד (א,טו) והטור דהעמדת בהמה ואכילת פירות לא מהניא אלא כנגד טענה אבל למיקני ביה ארעא לא מקניא אלא במידי דמהניא לארעא כגון גדירה ופריצה, וה"ה ביאר סברת הרמב"ם דלא בעינן מידי דמועיל לקרקע אלא כשהלוקח אינו נהנה אבל כשהלוקח נהנה ודעת אחרת מקנה ודאי קנה וכעין זה בירו' דקדושין המוכר בית לחבירו כיון שצבר לתוכו פירות קנה אמר ליה שמואל בר רב יצחק ובלבד פירות שהן ראויין לצבור, וקצת ראייה יש גם כן משביל של כרמים שנקנה בהילוך, וכן מנעל הבית שהרי הוא נועל בפני כל אדם כדרך שאדם עושה בשלו וא"כ כ"ש לאכילת פירות או כל הדברים שהבעלים נהנים דרך הנאת הקרקע או משתמשים דרך שימוש.

כתב רע"א בשם מהרי"ט דדוקא גבי צחית סלע דלא חזי לנעילה וגדירה אמרינן כן אבל בשדה או בית לא הוי חזקה בכ"ה.

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". ע"פ גמ' זו והירושלמי בסעי' הקודם שפסק כמותו העיטור וכן משמע ברמב"ם, פסק בשו"ע (ט) "הציע מצעות בבית או בשדה ושכב עליהם או ערך שלחן ואכל", ולא עוד אלא אפילו נתן כליו לתוכו או צבר בו פירות הראויים לצבור קנה", וזה דלא כרמב"ן (והראב"ד) דס"ל דאכילת פירות לא קני בין בעבד בין בקרקע דשניהם דינם שוה, והב"י הסתפק בדעת הרא"ש.

עוד פסק בשו"ע (י-יא) ע"פ הרמב"ם (ע"פ ב"ב נז. לה): "המוכר שדה לחבירו ונכנס בה הלוקח וזרעה או נרה, או שאסף פירות האילן, או זמרו וכן כל כיוצא בדברים אלו קנה, וכן אם אסף המוכר סל של פירות ונתן ללוקח קנה לוקח", וביאר ה"ה דהרמב"ם לשיטתו דס"ל דכל שקונה בחזקת שלש שנים כשהמוכר מכחיש, קנה לאלתר כשהלה מודה ואומר לו לך חזק וקנה, אע"פ שיש בכלל אלו שהזכיר דברים שאינו קונה בחזקת ג' שנים, כיון שנשתמש בקרקע כדרך שהבעלים עושים הרי זו חזקה.

הרמ"א (יא) כתב לחלוק על כל הנ"ל ע"פ הראב"ד וסיעתו – "ויש חולקין וס"ל דאין קונין בחזקות אלו לא באכילת פירות ולא בהעמדת בהמה וכיוצ"ב שאינו מועיל לקרקע והכי מסתברא". הגר"א (טו) ביאר שלפי סיעת הראב"ד הירו' גבי צבירת פירות דיבר לענין שלא צריך לומר לך חזק וקני אבל קנין צריך.

הסמ"ע (יח) כתב שהראב"ד וסיעתו מודים בהציע מצעות דסעי' ט' דקנה כיון דנהנה גופו מגוף השדה כמו שמהני כשמשמש בעבדים עבודת הגוף כמו שכתבו הטוש"ע לקמן בסימן קצ"ו סעי' ג' ולא דמי לאכילת פירות דאינו נהנה מגוף השדה, וכתב דכן כתב הרא"ש ודלא כדרכ"מ, ואכן בגר"א כתב במפורש דהראב"ד קאי על כל הסעיפים.

כתב הפת"ש (ה) בשם השער משפט שהראב"ד איירי דווקא בלא נתן דמים, אבל בנתן דמים אף במקום שכותבין את השטר דלא קנה בדמים לחוד, מ"מ בכה"ג מהני החזקה דאכילת פירות וכיוצא בזה, כיון דחזינן דחזקה לחודא בלא כסף ובלא שטר קניא אף במקום שכותבין שטר כמ"ש בסוף סימן זה, והטעם מבואר ברא' כיון שהדבר בא לרשותו סמכא דעתיה, וסיים השער משפט דזה נכון בסברא "אלא שלא מצאתי גילוי לזה בדברי הקדמונים".

האם נקיון דירה חשיב קנין לשכירות בית והאם נקיון שדה מעשבים שוטים הוא קנין שכירות השדה?

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

עוד כתב הרמ"א (יא) ע"פ המרדכי "היה גבשושית בשדה ונטלה, או גומא וסתמה, הוי חזקה, ונראה לי דוקא אם מהני לקרקע, אבל חפר מעט לא קנה, אלא בשדה העומד לחרישה". כתב הגר"א דברישא צ"ל 'בבית' (ואכן כך הוא בדרכ"מ) ומשום בונה, כמשי"כ בשבת דף פ"ח, וכמו גדר ודכוותיה אבל בשדה אינו אלא משום חורש ודווקא בשדה העומד לחרישה. כעין זה כתב בנתיבות שביאר שהמרדכי למד קנין חזקה ממלאכת שבת, ולכן פסק דקונה בהסרת גבשושית בשדה הראויה לזריעה, ומדובר גם דקונה בבית שיש בו דלתות ויפהו בהסרת גבשושית דהוי כמו צר צורה דבסימן ער"ה סע' יד אבל בדליכא שם דלתות והסיר הגבשושית לא קני.

בסוף הסימן מובאת תשובת נתיבות בענין זה באריכות רבה, ומחולקת לשני חלקים, אחד בו מבאר שיטתו ע"פ הרא' ובשניה היא כתגובה לתשובה כ"ה באבנ"מ בו חלק עמשי"כ הנתיבות בתחילה – דנשאל הנתיבות על אחד שקנה בית ישן לסתרו ולבנות במקומו חדש, וקודם שקיבלו בקנין סודר הלך הלוקח עפ"י ידיעת המוכר לסתור ולבנות הבית, ואחר שסתר שני הכתלים של בית החורף הגדול פינה מקומם והסיר העפרורית כדי להניח במקומם חדשים, וגם הביא להחזקת הגג שלא ייפול מחמת סתירת הכתלים, וקודם הסתירה היה הבית ראוי לדור בו כמה שנים, ועתה רוצה הלוקח לחזור בו, והמוכר טוען שהלוקח קנאה בחזקה בסתירת הכתלים ובפינוי מקומם, כמו בהסרת גבשושית שכתב הרמ"א בסימן קצ"ב סעיף י"א, וגם בהעמדת סטעפלין להעמיד הגג שלא יפול, ופסק בכל זה דלא הוי חזקה, ותורף הדברים (ע"פ יאיר נתיב, נתיבות לורברבוים) חפירת כל היסודות או נטילת גבשושית מהקרקע לצורך בנין לרא"ש לא קנה כיון שאינו גמר תיקון ממש ולר"י מיגא"ש קנה כיון דהוי גמר תיקון לגבי זה והרי הוא תיקון בגוף הקרקע, חפירת יסוד אחד לא קנה כיון דאינו גמר התיקון לגבי זה וכן פרץ לא מהני אפי"כ פרץ בריוח דאז חשיב כגמר מעשה הפריצה, גבי נטילת גבשושית לצורך זריעה קנה כיון דבזה גמר תקנתו, ונטילת גבשושית מבית לרא"ש קנה רק באופן שהבית גמור כמו בצר צורה וכן כל תיקוני הביח כגון קודח במקדת וכדו', וגבי סתירת הכתלים לא קנה אפילו לר"י מגאש דאינו מעשה בגוף הקרקע ואינו נחשב לבית גמור שיחשב עי"ז כעושה מעשה בגוף הקרקע, ועוד דהוי מקלקל, ועוד דאם לא סתר את כל הכתלים לא הוי גמר תיקון, עוד כתב גבי נקיון העפר דאם היה בטל שם קנה לכאורה ואם הוא השליכו על דעת ליטלו משם לאחר מכן לא קנה כיון שהוא בעצמו עשה הקילקול ולפי שאין זה מחובר לקרקע וכשבת, ולשיטת הרא"ש בכל אופן לא קנה כיון שאין זה גמר תקנתו. תורף דברי האבנ"מ שלא הובא בנתיבות אלא כ"חכם אחד לסתור דבר"י (ע"פ היאיר נתיב) כך הם – גבי נקיון העפר דכתב הנתיבות דלא מהני דבעינן דווקא שיהא מתובר לקרקע כמו גבשושית כנוטל השבת, הא בייפוי קרקע ובמציע מצעות דלית ביה משום חיוב שבת ומ"מ קונה כמבואר בסי' ער"ה, והמרדכי שהביא ראייה דנטילת גבשושית קונה מהא דבשבת חייב הנוטלה כוונתו רק להוכיח דגם בשדה העומדת לבנין הוי הסרת גבשושית תיקון כדמצינו בשבת וממילא הכא אף באינו מחובר לקרקע ה"נ דהוי תיקון בין בעומדת לבנין ובין בעומדת לחרישה והוכיח כן האבנ"מ מהא דמצינו בשביעית דאסור לסקל אבנים אע"פ שאינן מחוברות לקרקע חזינן מהתם דחשיב כהאי גוונא תיקון לקרקע, ועמשי"כ הנתיבות הטעם ה' דלא קנה משום דהוי כתפירת יסודות דלא מהני לדעת הרא"ש וה"נ הסרת גבשושית משדה העומדת לבנין לא מהני וכל שכן נקיון העפר דלא מהני, דחה האבנ"מ דלא דמי דדווקא חפירת יסודות לא מהני כיון שאינו תיקון עולמי שעומד למלאותו אח"כ אבל הסרת גבשושית או נקיון העפר אפי' לרא"ש ודאי מהני כיון שתיקון זה נשאר לעולם.

סעיף יב

הנותן לחבירו מתנה עשר שדות בעשר מדינות והחזיק באחת מהן קנה כולן או לא?

ע"פ **קידושין כז**. פסק בשו"ע "המוכר לחבירו עשר שדות בעשר מדינות, כיון שהחזיק באחד מהם, קנה כולם (ע"פ הרמב"ם שלמד ע"פ ב"ב סז ע"ב גבי חרסית וכלישנא בתרא התם כרי"ף רמב"ם ורא"ש -) 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 (אפילו הן סמוכות זה לזה, סמ"ע, ודלא כלבוש הסובר דכשהן סמוכות זה לזה קונה כולם בחזקה אחת אפילו לא נתן דמי כולם). (רמב"ם -) לפיכך אם היו הכל במתנה קנה כולם (דבמתנה הוא כאילו קיבל כבר דמיהן של כולם, וכמו הדין דשכירות בהמשך)". והרמ"א פסק כרא"ש דאינו קונה במתנה – "ויש חולקין במתנה (דמתנה הוי כמו מכר ולא נתן המעות דאינו קונה בחזקת שדה אחת אלא כדי שיעור שקונה המחזיק בנכסי הגר, וביאר הסמ"ע דכיון שלא קיבל ממנו כלום מסתמא דעתו של הנותן שיהא הברירה בידו לחזור בו כל זמן שלא קנאהו המקבל) (רע"א בשם הרא"ש והטור: אא"כ דאמר לו החזק באחת וקנה כולן, והוסיף ה^נתיבות דאפילו במכר כשלא נתן דמי כולם ואמר לו החזק באחת מהם וקנה כולם, קנה כולם) (נ"י -) וה"ה בעשרה בתים או בית ושדה דינן כעשרה שדות (דלא תימא דווקא במכר לו עשר שדות דלית בהו דבר המפסיק כל כך וסדנא דארעא חד דינא הכי, ולא בבתיים שהן מופסקין ומחולקין כל אחד בנין בפני עצמו)".

הסמ"ע (כב) כתב ע"פ הריב"ש דהא דבלא נתן דמי כולם קנה נגד מעותיו היינו אפילו עייל ונפיק אזוזי, וראה ב^נתיבות (ד) שהאריך בזה וביאר שיטת הר"ן דלא כריב"ש.

רע"א הביא דדעת הנ"י דבנתן מקצת דמי כל שדה ושדה קנה הכל, אבל דעת הרשב"א דאף בכה"ג לא קנה רק כנגד דמיו אלא דבבנתן מקצת דמיו של אותו שדה שהחזיק מהני.

סעיפים יג – טו

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

השוכר מיהודי או מגוי עשר שדות בעשר מדינות והחזיק באחת מהן ולא נתן דמים כלל, האם חלה השכירות ומדוע?

ע"פ **התוספתא דב"ב** שהובאה ברמב"ם והרא"ש פסק בשו"ע (יג) וכן בשכירות כיון שהחזיק באחד מהם קנה כולם כל זמן השכירות {ובשכירות לא בעינן שנתן דמי כולן (סמ"ע): לאו דווקא דאפילו לא נתן כלום בשכירות קנה כולם בחזקה אחת וכן הוא בטור}, דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף. (יד) היו מקצת הקרקעות במכר ומקצתן בשכירות, כיון שהחזיק בין בשל מכר בין בשל שכירות, קנה הכל".

הסמ"ע (כד) ביאר דהרא"ש דסעי' י"ב מודה בדין השכירות הכא דבהחזיק באחת מהן קנה כולם אע"פ שגם לא נתן למשכיר עדיין כלום דשאני שכירות דאינה משתלמת אלא לבסוף ומתחילת השכירות הסכים עמו להיות המעות עליו בחוב ובמלוה עד סוף זמן השכירות.

כתב ה^נתיבות דקנין חזקה של השכירות הוא אפילו רק כשמכניס כלים לתוכו, ואפילו הוציא הכלים אלו יכול להכניס כלים אחרים עד הזמן ששכר, דנשתעבד לו הבית לדור בו עד הזמן ששכרו, אבל לענין שיהיה כחצירו לקנות על ידו מציאה או מקח, אז בעינן דוקא חזקה דנעל גדר, וסברתו דבתשמישים לית ביה קנין גמור רק שמשעבד גוף הקרקע לתשמישין שעליו, לכך המחילה אינה רק מחילת שעבוד, וכיון דאין בו קנין הגוף רק שעבוד בעלמא נקנה בחזקה דהתחלת תשמישים בלבד, ולא שייך ביה כלל חזקה דנעל גדר כיון דאין לו קנין הגוף כלל, דהא ודאי דבאותו חצר שיש לו רשות להורדת מי גשמים או העמדת סולמות שאין חצר זה קונה לשוכר, והביא שכ"כ המחנ"א דבשכירות קנה בתשמישים לבד, עיי"ש מה שהאריך בזה, ודלא הנשמע במהרי"ט דכתב דלשכירות ושאלת קרקע בעינן ג"כ חזקה דנעל גדר פרץ.

גבי קנין בחזקה מנכרי עיין לקמן קצד/א ובסמ"ע שם.

< שו"ע סע' טו: "דין מחזיק בנכסי הגר יתבאר בסימן ער"ה".

סעיף מז

[האם קנין חזקה יכול לקנות ללא שטר או כסף?]

כתב הרא"ש "ומשמע דוקא עשר שדות בעשר מדינות לא קנה אלא כנגד מעותיו אבל בשדה אחת קנה בחזקה בלא מעות - מכאן יש לדקדק אף במקום שכותבין את השטר אע"ג דכסף לא קני חזקה קניא והיינו טעמא משום דאליס קנין חזקה משום דעשה מעשה בגוף הדבר מידי דהוה אמשכיה דקניא בלא כסף", וכ"כ הרשב"א וכן נשמע ברמב"ם ועוד רא' וכ"פ בשו"ע "חזקה לחודה, בלא כסף ובלא שטר, קניא כל היכא דלא עייל ונפיק אזוזי {אפילו במקום שנהגו לכתוב שטר. מיהו אם התנה, הכל לפי תנאו (רמ"ן)}", ודלא כע"טור ותרומוות בשם י"א דחזקה כשטר דמי דלא קני אלא במתנה או במוכר שדהו מפני רעתה.

הסמ"ע ביאר דהא דקני היינו שדה אחת כשיעור שקונה המחזיק בנכסי הגר בחזקה אחת בסימן ער"ה אבל טפי אפילו הן סמוכות זה לזה לא קנה בחזקה אחת וכנ"ל סע' יב.

סימן קצג – המחובר לקרקע דינו כקרקע

סעיף א (עם סימן שא.ה)

מה דין מחובר לקרקע לגבי קניינים, האם דינם כקרקע או כמטלטלים?

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

מסר לשומר שכר לשמור אילנות טעונים פירות, ולא שמר כראוי ונגנבו הפירות, האם חייב השומר לשלם לבעלים?

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "כל המחובר לקרקע שצריך לקרקע, הרי הוא כקרקע ונקנה בכסף או בשטר או בחזקה (ע"פ ביאור הטור -) 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", וביאר ה"ה (ע"פ הב"י) שמקורו בב"ב פ"ד ופ"ז גבי הלוקח פשתן מחבירו הרי זה לא קנה עד שימשכנו ויטלטלנו ממקום למקום ואם היה מחובר לקרקע ותלש כל שהוא קנה ואמרינן התם בגמ' וכי משום דתלש כל שהוא קנה ותיירץ רב ששת הכא במאי עסקינן דאמר ליה לך יפה לך קרקע כל שהוא וקנה כל מה שעליה, ופירש הרשב"ם כלומר לך והחזק בקרקע לקנות פשתן המחובר דקרקע נקנה בחזקה וכל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ואתא מתניתין לאשמועינן דחזקת קרקע מהניא לפשתן ואע"ג דלא זבין ליה ארעא ואשמועינן נמי חזקה קילא דבלקיסת הפשתן מקצתו יכול לקנות השאר המחובר וכגון דאמר לו המוכר לקוט מן הפשתן עצמו קצת ויתייפה הקרקע ויהיה נקי לחרישה. אך כתב הב"י דא"א לומר דהרמב"ם למד משם דהוא למד דין הלוקח פשתן מחבירו והיה מחובר ותלש כל שהוא קנה דהוי כאינו צריך לקרקע ונקנה מדין אגב ואילו נדון שלנו אינו אלא מדין חזקת קרקע.

עוד המשיך השו"ע ע"פ הרמב"ם (ע"פ שבועות מג.) "אבל אם אינו צריך לקרקע, כגון ענבים העומדים ליבצר, ה"ז כמטלטלין לקנין, ויש להם אונאה (כר' מאיר דלא קי"ל כרבנן אלא לענין שומרים) – וביאר ה"ה דאפילו ענבים העומדים ליבצר הרי הן כקרקע פירשה בשהן צריכין לקרקע, אבל כשאין

צריכין הא אמרינן בכתובות נ"א דכל העומד לגדור כגדור דמי א"נ שבועה שאני. **אולם הרמ"א** פסק **כטור** "ויש חולקין ואומרים דאפילו אין צריך לקרקע דינן כקרקע (דלכל מילי דפליגי הלכה כרבנן חוץ מאכלה פירות גמורים דק"ל כר"ש)".

וז"ל **השו"ע** ע"פ **שם** וכלשון **הרמב"ם** "המוסר לחברו לשמור דבר המחובר לקרקע דינו כקרקע, אפילו ענבים העומדים ליבצר", וכתב **ה"ה** (באה"ג) דפירוש הדברים אפילו אינם צריכים לקרקע כלל.

ביאר כאן **הסמ"ע** (א) דבתחילה פסק המחבר הן שקונה המחובר בפני עצמו ע"י קנין כסף או שטר או חזקה שעושים בו הן שקונה הקרקע ועושה בה אחד מהקנינים, נקנה לו עם הקרקע גם המחובר שעליו, אלא שיש הפרש ביניהן, דכשעושה קנין בגוף הקרקע אז קונה כל האילנות או התבואה והפשתן שעלה ע"י חזקה אחת שעושה בקרקע, ואם בא לעשות חזקה במחובר בפני עצמו, צריך לעשות חזקה בכל אילן ואילן בפני עצמו, ועוד כתב המחבר דהא דעושה אחד מהקנינים בקרקע ואין כונתו לקנות הקרקע אלא המחובר שעליו, נמי מהני. כתב **הנתיבות** (ח"י א) דאף אם עשה חזקה רק באילן אחד אם נתן דמי כל האילנות קנה כולן, דלא גרע מעשרה בתים בעשר מדינות דאם נתן דמי כולן והחזיק באחד מהן דקנה כולם שהקרקע מצרפן כמבואר בסימן קצ"ב סעי' יב.

הקשה **הסמ"ע** (ב) דבסימן צה/ב לא הגיה הרמ"א אף שכתב הטור שהרא"ש חולק על הרמב"ם, ועוד דבסימן שא/ה סתם המחבר וכתב המוסר לחבירו לשמור דבר המחובר לקרקע דינו כקרקע אפילו ענבים העומדים ליבצר, ולא חילק בין צריכין עדיין לקרקע או לא כמו שחילק בסימן צ"ה, וכאן סתם וכתב איפכא דענבים העומדים ליבצר דינם כמטלטלין, וכתב דצ"ל דסתם ענבים העומדים ליבצר הנזכר בלשון הרמב"ם והמחבר מיירי שצריכין עדיין קצת לקרקע, ומשו"ה סתם וכתב המחבר בסימן ש"א דהו"יין כקרקע, מיהו דוקא לענין חיוב ושבועת שומרים ס"ל דהו"יין כקרקע, אבל לענין קנין למקנינהו בכסף ובשטר ובחזקה ולענין אונאה ס"ל לרמב"ם דלא הוי כקרקע, וזהו שדקדקו וכתבו כאן הרי זה כמטלטלים לקנין ויש להן אונאה, משמע ולא לכל ענינים, אבל לענין שומרים ס"ל דבכה"ג הוי כקרקע, ובסימן צ"ה איירי נמי משומרים ומשו"ה פסק שם נמי דצריכין קצת לקרקע הו"ל כקרקע, והרמ"א הביא כאן דעת החולקין שהן סבירא להו דאפילו באין צריך לקרקע כלל דינו כקרקע כרבנן דסבירא להו המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע, והרי זה על כל פנים עדיין מחובר לקרקע, ומדלא כתב הרמ"א בסימן צ"ה דעת החולקין, צריך לומר דבאינו צריך לקרקע כלל הכריע לפסוק כרמב"ם דדינו כמטלטלין, והצריך עדיין לקרקע קצת הכריע כרא"ש דהו"ל כקרקע בין בשומרים בין בקנין ואונאה וכו'. **אולם הש"ך** דחה פירושי הסמ"ע במחבר וכתב דמעיקרא לא קשה מידי דבסימן ש"א כיון דלשמירה יהיב ניהליהו אף באין צריכין לקרקע הרי הן כקרקע (וכעין זה שם בבאה"ג דאין קושיה לסימן צ"ה דשאני לגבי שבועת שומרים שמסר לו הענבים כדי להחזיר לו כך עם הקרקע חשיבי כקרקע) ולכך כאן ובסימן צ"ה דלאו לשמירה יהיב ניהליהו הרי הן כמטלטלין כשאין צריכין לקרקע, ומה שלא הגיה הרמ"א בסימן צ"ה דהתם סוף סוף צריך לישבע מדרבנן לא ירד הרמ"א לחלק בכך משא"כ הכא שאין לקנות במטלטלים כלל. הש"ך פסק כרא"ש והטור. **[בקיצור ע"פ הנתיבות: לסמ"ע באינו צריך לקרקע כלל דינו כמטלטלין, ובצריך לקרקע קצת לענין שומרים דינו כקרקע ולענין קנין ואונאה דינו כמטלטלין. ולש"ך לענין שומרים כיון דלשמירה יהיב ולא למיתלשיה אף באינו צריך לקרקע כלל דינו כקרקע, ולשבועה וקנין ואונאה דינו כמטלטלין, וכשצריך לקרקע קצת דינו כקרקע לכל מילי, ולענין בע"ח דינו כמטלטלין אפילו בצריך לקרקע קצת, דלא סמכא דעתא עליה כיון דיכול לתלשן כמבואר לעיל סימן קט"ו].**

סימן קצד – גוי שמכר קרקע לישראל וקבל כסף ולא כתב שטר

סעיף א

[באילו קניינים ניתן לקנות מגוי וגוי מישראל? מה הנפק"מ? מה דין במומר?]

ב"ב נד: "אמר רב יהודה אמר שמואל נכסי עכו"ם הרי הן כמדבר כל המחזיק בהן זכה בהן מ"ט עובד כוכבים מכי מטו זוזי לידיה אסתלק ליה, ישראל לא קני עד דמטי שטרא לידיה, הלכך הרי הן כמדבר וכל המחזיק בהן זכה בהן", ופירש **רשב"ם** "נכסי הגוי. שמכרן גוי לישראל שקיבל הדמים ממנו

ועדיין לא החזיק בה ישראל זה הקונה אותם: הרי הן כמדבר. הפקר כדמפרש לקמן שאם קדם ישראל והחזיק בה קנה כאילו הן נכסי הגר שמת: מכי מטא זוזי לידיה. מן הלוקח: אסתלק ליה. הגוי שהרי כל קניינו של גוי בכסף כדאמרין בפרק קמא דקדושין (יד:) ומשקיבל המעות לגבי ידיה הוי מכירה שאין יכולין עוד לחזור זה בזה וישראל לא קני במתן מעות עד דאתא שטרא לידיה". כדאמרין בקדושין".

הרי"ף רמב"ם ורא"ש פסקו כשמואל, ואילו ר"ח (ברשב"ם) פסק דלית הלכתא כוותיה משום דמקשה עליה אביי מאידך דשמואל בהמשך הגמ', **והרשב"ם** פסק דהלכה כשמואל דהא רב נחמן דדיינא הוא דן כוותיה וגם הרבה אמוראים בדף נ"ה כשמואל לקמן, וכן הוי עובדא בהמשך הגמ'.

כתב **רי"ו** דהא דאמרין נכסי גוי הרי הם כמדבר מיירי במקום שנהגו ישראל שלא לקנות אלא בשטר דאלי"כ קנה ראשון בכסף, וכתב **הב"י** דכן נראה מהרשב"ם וא"כ היכא דאין כותבין שטר ודאי גמר בדעתו לקנות בלא שטר, ועוד כתב דנראה דאם אמר הלוקח בכסף לבדו אני קונה שקנה ואינם כמדבר וכקידושין כ"ו לגבי ישראל דאי אמר אי בעינא בכסף אקנה שקנה וכסימן ק"צ.

ב"ב לה: "אמר רב יהודה אמר רב ישראל הבא מחמת הגוי הרי הוא כגוי מה גוי אין לו חזקה אלא בשטר אף ישראל הבא מחמת גוי" ופירשה **הרמב"ם** גם לענין קנין לאלתר ודלא כרשב"ם **והראב"ד** שפירשוה לענין חזקת ג' שנים.

וז"ל השו"ע "העובד כוכבים אינו קונה בחזקה {ולא בכסף} (כלומר וכל שכן שלא בכסף, סמ"ע, דמבואר בסימנים הקודמים דחזקה עדיף מכסף) {אלא בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף (סמ"ע): אפילו אם נתן הכסף קודם כתיבת השטר קנהו}, וישראל הקונה מעובד כוכבים הרי הוא כעכו"ם ואינו קונה אלא בשטר (עם הכסף, דלא עדיף מישראל שקונה מהישראל, סמ"ע) {מיהו שכירות מן העובד כוכבים קונה בכסף לחוד (רשב"ם)}. וכן אם התנה לוקח (פת"ש: בעדים) שיקנה לו בכסף לחוד, קנה מיד (ב"י) {".

הסמ"ע (א' וע"פ הנתיבות) חלק על הב"י והא דעכו"ם מישראל אינו קונה בחזקה כלומר שאם יקנה בחזקה מתוך אלמותו יחזיק בו בעל כרחו של ישראל, אבל ישראל מגוי קונה בחזקה, והא שכתב הרמב"ם ישראל הקונה מגוי הרי הוא כגוי, לא מיירי כלל לענין קנין רק לענין חזקת ג' שנים, שאינו נאמן לטעון לקוח עד שיהיה לו שטר. **הט"ז** כתב דהעיקר כפירוש הב"י והמחבר, דאף ישראל מגוי אינו קונה בחזקה אלא בשטר עם נתינת הכסף, וכ"פ הנתיבות (א).

הסמ"ע (ה) ביאר סברת הרמ"א דשכירות מגוי קונה בכסף, דסובר הרשב"ם דישראל מגוי לא קנה בלא שטר משום דגם ישראל מישראל לא קני בלא שטר, ודייק מיניה הדרכ"מ הא שכירות שאין דרך העולם לכתוב עליו שטר קנהו בכסף בלא שטר, וסובר הרמ"א דגם לאינך מפרשים דסבירא להו דאפילו במקום שישראל מישראל קונה בלא שטר ישראל מגוי אינו קונה משום דלא סמכה דעתו, מכל מקום בשכירות שהוא לזמן סמכה דעתו מאחר שקיבל הגוי דמי שכירותו.

הט"ז (הובא בקצות) חלק על הרמ"א והסמ"ע דהב"י לא אמר דשכירות מן העכו"ם קונה בכסף אלא לדעת הרשב"ם דאינו מחלק בין עכו"ם לישראל, אבל לסוברים דאפילו במקום שישראל קנה זה לא קנה, אפילו שכירות אינו קונה בכסף, דלטעם דלא סמכה דעתא, אפילו בשכירות אינו קונה. **הקצות** (א) הביא ראיה לרמ"א. גם **הנתיבות** (ד) פסק כרמ"א דשכירות לא שייך הפקר, כיון דכל זמן שאין השוכר או באי כחו נכנסים בו יכול המשכיר להשכיר לאחרים, ממילא לא הוי הפקר, מה שאין כן במכר.

עמש"כ הב"י וכ"פ הרמ"א דאם התנה לוקח שיקנה לו בכסף לחוד קנה מיד, כתב **הש"ך** (ב) דפסק **הב"ח** דלא מהני, וכ"ד **הט"ז**. **בקצות** (ב) הסיק דלא כב"ח ומהני דהא דלא קני כאן משום סמיכות דעת ולכן כאשר מתנה ונותן אזי מהני, אולם **הנתיבות** (ג) פסק כש"ך דלא מהני תנאי. עוד גבי התנאי, כתב **רע"א** דמשמע דכ"ש בחזקה לחוד קונה בתנאי, אולם **הט"ז** כאמור, והמקור ברוך כתב דאף דשכירות קרקע מגוי אינו קונה בחזקה. כתב **הפת"ש** (ב) בשם **הכנס"י** דאף הב"י ורמ"א שכתבו דמהני תנאי גם אינהו סברי דלא קנה כי אם לאחר שנכתב השטר דאז סמכה דעתיה וקונה למפרע מעת נתינת הכסף, ואף שישראל אחר בא והחזיק ביני ביני ראשון קנה אבל אם לא נכתב שטר לישראל גם אינהו סברי דלא קנה הראשון ולא מיקרי קרקע דישראל.

עמש"כ הרמב"ם והמחבר דאינו קונה אלא בשטר, כתב המל"מ (בנתיבות) דבלא שטר גם הגוי המוכר יכול לחזור מדינא, והנתיבות (ב) חלק דנגד הגוי הוי קנין גמור ושניהם אינן יכולין לחזור, רק דכיון דלא זכה בהו הישראל עדיין, הפקר הוא גבי אחר שיגיע לקחת, והוכיח דבריו מהרא"ש ועוד דאם נאמר שמדינא יכול הגוי לחזור א"כ בודאי שיכולין שניהם לחזור, א"כ יחזור הישראל מהמקח ויתבע מעותיו בדינינו, דהא בישראל מישראל כה"ג כשחוזר בו הישראל חייב המוכר להחזיר מעותיו, ועוד דאם עדיין יכול לחזור בו המוכר מהיכי תיתי יהיה הפקר, הא לא יצא מרשותו כלל, דהא יכול לחזור בו ולהחזיקו לעצמו, אלא ודאי דנגד הגוי הוי קנין גמור שאין הגוי יכול לחזור בו מהמקח וגם הישראל אינו יכול לתבוע מעותיו, דנגד הגוי הוי קנין גמור לענין שיצא הקרקע מרשותו ע"י הכסף, רק הישראל עדיין לא קנה השדה ולא נכנס לרשותו מחמת שרפויי מרפייה בידיה הקנין שחושב שהגוי יחזור בו מצד אלמותו וכעין שאמרו בב"ב דף קמ"ב גבי גר שמת ושמעו שמת דלא קנה מטעם דרפויי מרפייה בידיהו.

כתב בשו"ת חת"ס (פת"ש א) דמומר לעבודת כוכבים ישראל גמור הוא לענין קניינים וכמ"ש השל"ג במשנה דהכל כשרים להביא הגט, וכמו שהוכיח בספר אבן העוזר דמומר לעבודת כוכבים עושה שליח ונעשה שליח כישראל גמור, והגם דכי תמכרו ממכר לעמיתך כתב רחמנא ועמיתך דרשינן עם שאתך בתורה ומצוות, היינו לענין דינא שצריך להקדים עמיתך לקנות ממנו כפירש"י בחומש אבל במקום שאין טעם סברא רק גזירת הכתוב, אין לחלק בינו לישראל לענין קניינים.

סעיף ב

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

ע"פ ב"ב נד: (לעיל) פסק השו"ע "מאחר שעובד כוכבים אינו קונה הקרקע מישראל ולא מקנהו לישראל אלא בשטר, ישראל שלקח שדה מהעכו"ם ונתן דמים, וקודם שיחזיק בה (דאם החזיק קנה, רשב"ם) בא ישראל אחר והחזיק בה כדרך שמחזיקים בנכסי הגר זכה אחרון" {וי"א (רשב"א) דאפילו החזיק בה ראשון זכה האחרון, דלא סמכא דעתא דראשון בלא שטר (משא"כ השני דלא נתן מעות דדעתו לקנות בהחזקה), וכן נ"ל (סמ"ע בשם הרא"ש: אך אם פיקח הראשון יחזיק בו אחר נתינת המעות בתורת הפקר קודם שיקדמנו אחר), אבל אם החזיק הראשון קודם שנתן המעות, זכה (השני לכ"ע) (מרדכי) { (ר"ח רמב"ם ועוד -) ונותן לראשון את הדמים, מפני שהעכו"ם מעת שלקח הדמים סילק רשותו, וישראל לא קנה עד שיגיע השטר לידו, ונמצאו נכסים אלו כנכסי מדבר שכל המחזיק בהם זכה (לא מתורת גרמי אלא משום דחלה זכיית הלוקח על השדה למשכנתא בשעת מתן מעות, ודלא כרשב"ם ורא"ש דמדקאמר הרי הן כמדבר משמע דזכי לגמרי ואין צריך לשלם לראשון) (ה"ה -) ואחריותו על העכו"ם המוכר (כלומר אף שכבר נתן השני לראשון המעות, אין האחריות עליו, ולפי"ז אם בא הגוי והוציא מיד זה המחזיק שנית, אזי אין צריך הראשון להחזיר לו מעותיו). { והשני מקרי רשע (רשב"ם, כעני המהפך בחררה, ודלא כרא"ש דלא אמרינן דהוי רשע אלא במכר ושכירות שנמצא במקום אחר אבל במציאה והפקר שאינו נמצא במקום אחר לא), ומ"מ אם בא הראשון להשתדל ע"י העכו"ם להוציאו מיד השני, נקרא מסור לאנסיס הואיל והשני נותן לו מעותיו (תוס'), אבל כל עוד לא נתן המחזיק מעות שרי ליה לראשון לתבוע מהגוי מעותיו אע"פ שמתוך כך יחזור הגוי ויגזול את המחזיק, והרא"ש הנ"ל סובר דאין צריך המחזיק להחזיר ללוקח מעותיו, ואפילו הכי אין הלוקח רשאי לתבוע לגוי, ואי תבע ועי"ז מוציא הגוי השדה מיד המחזיק מיקרי מסור ואזיל לטעמיה דאינו צריך ליתן לו מעות ואם כן הוי ליה כמציאה, ב"י וסמ"ע) { (ה"ה ע"פ המשך הגמ' גבי "דורא דרעותא" –) 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".

כתב הנתיבות (ה) דטעם ר"ח דנותן השני לראשון את הדמים דבתורת משכון הוא ביד הלוקח הראשון עד שיתן לו הנכרי מעותיו, ולטעם זה צריך ליתן לו כל המעות שנתן לנכרי אף דאינו שוה כל כך, אך לטעם הנוסף שהובא ברא' דצריך להשיב ללוקח משום דקא משתרשי ליה, ולטעם זה אין צריך ליתן לו רק דמי שויו, וכ"פ ברע"א דאם הראשון קנאה יותר מכדי שווייה א"צ להחזיר לו היותר משוויה.

כתב הפת"ש (ג) בשם הכנס"י דאף לרמב"ם והמחבר דאם החזיק ראשון קודם לשני מעמידין אותה ביד הראשון, היינו דוקא חזקה בגופה של קרקע כמו שהיו מחזיקין בנכסי גר דהיינו נעל או גדר וכד', אולם אם לא עשה אלא רק ע"י פועלים ודאי אין כאן זכיה, כי אין דעתם לזכות כמו שכתוב בסימן ער"ה, ואף אם יאמרו שזכה בתורת הפקר כפי התקנה שכתב הרא"ש (בסמ"ע לעיל), לא קאמר כי אם ביש עדים שקנה וזכה בתורת הפקר דדבר שאינו מורגל לא אמרינן כי אם בדאית סהדי.

[עוד הביא הפת"ש (ד) תשובת הפנ"מ בענין שמעון שגוי היה חייב לו וכתב לו הגוי באם שיתן לו רשות למכור ביתו ליהודי אזי יהיה לו קדימה וישלם חובו מביתו, ואחר כך כשנתן לו רשות בא ראובן והחליף ביתו עם בית הגוי ומותר דמי שיווי הבית נתן ביד הגוי וכתב לו שטר מכירה כנהוג בערכאותיהם, ועתה תבע שמעון לראובן לדון באשר לו קדימה בבית זה כפי שטרו מן הגוי וגם יש בידו להשתדל אצל השר שיכוף לגוי שימכור לו הבית, ופסק שהשני קנה חדא כיון שלא פסק הראשון דמים ועוד דאפילו היה הראשון פוסק דמים עבור הבית ונתן לו המעות, כיון דלא כתב לו שטר מכירה קנה השני בנתינת המעות עם השטר כמבואר הכא, ואף לרמב"ם שצריך השני להחזיר לראשון את הדמים, משום דסבירא ליה דישראל הראשון נתכוין תחילה לזכות בתורת משכון עד שיחזיר לו דמים, אבל בנידון דברור דשני קנה ואין צריך להחזיר לראשון אפילו חובו, דכאן לא הלוח לו על בית זה, רק היה חייב לו הגוי מתחילה והבטיח לשלם מדמי ביתו, וישראל השני לא משתרשי ליה הני זוזי, אם כן יתבע הראשון מהגוי, ואפילו אם ידע השני משטרו של ראשון לא מיקרי רשע, דהא כתב הסמ"ע דחדא באידך תליא דכיון דצריך המחזיק ליתן מעות ללוקח נמצא דאינו כמציאה והפקר, ואם כן בנידון דידן דאין צריך להחזיר לראשון מעותיו, ממילא דהוי כמציאה, וקל וחומר בנידון דידן שלא היה שום פסידא דלא מיקרי רשע].

< ע"פ תשובת הרשב"א ורי"ז פסק ברמ"א "עכו"ם 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".

סעיף ג

האם קנייני חצר, אגב ואודיתא מועילים בגוי?

האם ניתן להקנות ולהתחייב ב'אודיתא'? ציין את המקורות וקנין אודיתא. האם מועיל קנין זה כשנעשה שלא בפני עדים?

ע"פ הרמב"ן והרא"ש פסק בשו"ע י"ש מי שאומר שאפילו אם כתב העכו"ם שטר לראשון קודם שיחזיק בו אחר אינו כלום כיון שכבר נסתלק הרי הוא כאחר, אלא צריך שיכתוב השטר קודם שיקבל המעות { (ע"פ רמב"ם טור ועוד -) וכל זה לא מיירי אלא בקרקע, אבל במטלטלין קנה בנתינת המעות }, וביאר הסמ"ע (טז) דדווקא בקנין שדה שייך למימר דלא סמכה דעתו, אבל בקנין מטלטלין דהלוקח יקחם מיד לביתו, לא חיישינן כולי האי שהגוי יקחם באלמות מתוך ביתו.

הש"ך (א) למד מהמשך דברי הסמ"ע (סק"א וסקט"ז) דישראל מעכו"ם קונה מטלטלים בדמים וגוי מישראל הוא מח' הפוסקים, והש"ך חלק עליו כדמוכח מהגמ' בבכורות דבין ישראל מעכו"ם ובין עכו"ם מישראל חד דינא אית להו וכן פסקו הרמב"ן והרא"ש דבין ישראל מעכו"ם ובין עכו"ם מישראל אינו קונה רק במשיכה, והרמ"א לא בא למעט רק דאין צריך שטר במטלטלין כמו בקרקע אבל משיכה ודאי בעינן לדעת הרבה פוסקים. הגר"א האריך בשיטות הרא' בענין זה וציין לרש"י הסובר דגוי לא קונה אלא דווקא במעות ולא במשיכה (עי' חלת דבש שסיכם השיטות היטב ובכל הקניינים). הקצות ציין לרמ"א ביו"ד שכו' שכתב להקנות לגוי את הבכור גם במעות וגם במשיכה.

כתב בשו"ת חת"ס (פת"ש ה) דמטלטלין שעל הקרקע דינם כקרקע, דהכא לא שייך טעם הסמ"ע הנ"ל במטלטלין משום שדרך הוא שהלוקח יקחם מיד לביתו, דהכא כל קנינו היה על דעת שישארו העצים שם ביער עד זמן ואם הקרקע שהעצים עליה מופקרת גם העצים מופקרים וכל הקודם זכה, אך אם לא קנה הקרקע בקנין גמור רק בתורת שכירות לזמן, והשר לא סילק ידו ורשותו ממנה, אין אדם יכול לזכות בקרקע ההיא, ונקנה לישראל בכסף ושטר כדינא אפילו לדעת הט"ז שחולק לעיל

סעיף א' על הרמ"א בענין שכירות מן הגוי ובעי גם כן בשכירות כסף ושטר, וממילא עדיפא הני מטלטלים אפילו משארי מטלטלים דאמרינן הואיל ודרך ליקחם לביתו סמכא דעתיה, מכל שכן הכא שכבר הם בביתו של ישראל שהרי מקומו מושכר לו, בוודאי דקנה הישראל לעצים בלי פקפוק.

גבי **קנין חצר** דן **הקצות** (ב) במטרה למצוא פיתרון למכירת חמץ (שאי אפשר לרוב לעשות גם מעות וגם משיכה בכל חבית וחבית) והעלה (ע"פ חלת דבש) דאין בזה חסרון דמה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית דדוקא אם המשלח ב"ב צריך להיות גם השליח ב"ב אבל אם המשלח אינו ב"ב גם השליח אי"צ להיות ב"ב, ודחה דעת המהרש"ק שחצר אינה קונה בגוי אא"כ עומד בה דקיי"ל דמדין שליחות קונה החצר ואנן קיי"ל דאין שליחות לעכו"ם לא הן לדידן ולא אנן לדידהו מן אתם גם אתם. עוד העלה הקצות דקנין **אגב** אין יכול עכו"ם לקנות כיוון שהוא דרבנן ע"פ הסמ"ע בסימן ס"ו דלא תקנו לחכמים קניינים דרבנן, ודחה דעת המהרש"ק שקונה באגב, ומודה הקצות שישראל מגוי קונה.

בהמשך לדיון הנ"ל העלה **הקצות** (ג) דהפיתרון הנכון להקנות לגוי החמץ הוא **באודיתא** שהוזכר בב"ב קמ"ט גבי בעובדא דאיסור גיורא, כלומר שיכתוב לנכרי איך שמכרתי את כל החמץ לפלוני באופן המועיל, וכיון שמודה שמכר באופן המועיל קנה העכו"ם באודיתא זו ומשום דאודיתא הוי קנין אעפ"י ששניהן יודעין שאינו כן, וקנין אודיתא הוא קנין שלם ולא נופל הוא מכל הקניינים הן לענין ממון הן לענין איסור, ואע"ג דקמי שמיא גליא שאין הדבר כן, וכדעת הב"ח דקנין אודיתא גם לענין איסורין, ודחה דעת הט"ז דאינו מועיל הודאה לאפקועי איסורא. עוד כתב דחוב על פה שאינו ברשותו לא מצי להקנותו בשום ענין כיון שהוא דבר שאינו ברשותו אינו נתפס בו קנין אלא במעמד שלשתן והוא נמי הלכתא בלא טעמא, אבל דבר שברשותו שנתפס בו קנין גם אודיתא הוי קנין ואפילו לענין איסורין. עוד הביא שם דעת הרשב"ץ דאודיתא לא מהניא בבריא אולם הש"ך בסימן ס' הכריע דאיתא גם **בבריא** ודחה את הסוברים דאיסור גיורא איירי דוקא בשכיב מרע וכן מוכח במחבר בשם הרמב"ם בסימן מ'. עוד כתב דאע"ג דגבי שאר קניינים לא איברי סהדי אלא לשקרי, אבל אודיתא לא הוי אלא עד שיוודה בהודאה גמורה בפני עדים כשרים, וכל זמן דליכא אודיתא ממילא ליכא קנין אודיתא. עוד כתב דכיון דאודיתא בעצמו קנין הוא א"כ כשמודה שיש לו קרקע ומכר לו מטלטלין אגב קרקע הרי הוא כמודה שמקנה לחבירו באופן המועיל, ואפילו יודעים שאין לו קרקע נקנה לו המטלטלין בקנין אודיתא, אולם גבי שעבוד מטלטלין כיון דמטלטלין גרידא לאו בני שיעבוד אלא אגב קרקע הוא דמשתעבדי, וכיון שאנו יודעין שקרקע אין לו לא משתעבדי בקנין אודיתא, כיון שקרקע אין לו לא משתעבדי מטלטלין גרידא בקנין אודיתא, דאין שום שעבוד נתפס במטלטלין בלא קרקע.

גם בסימן מ' כתב הקצות (א) דבעינן עדים באודיתא, ושם כתב **הנתיבות** (א) דלא ידע היאך מילא לבו לחלוק מסברא על התוס' בב"מ מ"ו והפוסקים שהביא בעצמו שכתבו דמהני כשמודה בהודאה גמורה אפילו בלא עדים, וכ"כ התומים בכמה דוכתי, אלא "בכל מקום דאתם עדי מהני, הודאה גמורה ג"כ מהני דבמקום דחשיב הודאה נגד טענת השטאה חשיב ג"כ קנין".

סימן קצה – דין קניית קרקע בחליפין

סעיף א

[האם בקנין חליפין צריך לתת לו מעות קודם?]

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... כתנאי וזאת לפנינו בישראל... שלף איש נעלו ונתן לרעהו מי נתן למי בועז נתן לגואל רבי יהודה אומר גואל נתן לבועז" וכתב הרי"ף דהלכה כרב דקם ליה כת"ק דסתם הוא ועוד דמסקנא דשמעתין כרב סלקא קונין בכלי ואע"פ שאין בו שוה פרוטה, וכ"פ **הרמב"ם והרא"ש**, וז"ל **השו"ע** כלשון "בקנין כיצד, יתן הקונה למקנה כלי כל שהוא (רמב"ם -) ויאמר לו קנה זה חלף הקרקע (שם), "ארעא אגב גלימא" הרי שהקרקעות נקנות בסודר, **ב"י** 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, אע"פ שלא החזיק ולא נתן כסף ולא כתב שטר ולא משך (רמב"ם), דלא כעיסור דדיניה כשטר ולא קנה

עד שיתן דמים, ומהרי"ן (הסתפק), ואין שום אחד מהם יכול לחזור בו (רמב"ם -) אפילו אין עדים בדבר אם מודים זה לזה. {וכן אם קבלו קנין לפני פסולי עדות הוי קנין, הואיל ומודים זה לזה שקנו (רא"ש) }."

דעת רבינו ברוך דשטר אינו נקנה בחליפין אלא אגב ארעא כיון דלאו גופייהו ממון ודעת העיטור בשם אחד מהגאונים דנקנה. כתב העיטור דטובה הנאה אינה נקנית בחליפין ולא באגב.

כתב הסמ"ע בשם תשובת הרא"ש (בב"י) גבי ראובן דהיו לו בהמות לשחוט ומכר העורות לשמעון בקנין חליפין, ובעוד שהולכים לשחיטה ברחו הבהמות וטבעו בנהר, ופסק דהפסד העורות על שמעון, דמאחר שלקחו בקנין נקנו לו העורות בכל מקום שהן, וכ"ד הט"ז ואפילו הזכיר לו בפירוש השחיטה כגון שאומר לו עורות בהמות אלו אני מוכר לך שאתן אותן לך לאחר השחיטה, וחלק על מי שרצה לומר דבכגונא דא אין הלקוח מפסיד דאין עור של מתה שוה כשל שחטה.

האם בגוי שייך קנין סודר?

בבכורות יג. אמרינן דקנין גוי באחת "דומיא ד'עמיתך' מה עמיתך בחדא אף עובד כוכבים נמי בחדא". הקצות (א) הביא שהתוס' שם ובקידושין ג' כתבו דעכו"ם קונה בחליפין ועמיתך בחדא לא קאי אלא על קנין החדש כגון כסף או משיכה אבל חליפין שוה בתרווייהו, אולם דעת הש"ך בסימן קכ"ג סע' יד דאין קנין חליפין בעכו"ם, והקצות האריך להוכיח כתוס'.

סעיף ב

במה ניתן לקנות קנין סודר? ובמה לא ניתן? ואם נכתב בשטר "קנו מיניה" בלבד האם ניתן לסמוך על כך שנקנה בקנין הראוי וב"מנא דכשר למקניא ביה"?

האם אפשר לעשות קנין: א. בדבר שאסור בהנאה. ב. בפירות ג. במטבע שנפסל?

האם מועיל קנין סודר בעופות, פרחים או בהמות?

פרש טעם כל דבר ב"מנא דכשר למקניא ביה".

ב"מ מז. "תנא קונין בכלי אע"פ שאין בו שוה פרוטה אמר רב נחמן לא שנו אלא בכלי אבל בפירי לא (רש"י: כל דבר שאינו כלי), רב ששת אמר אפילו בפירות מאי טעמא דרב נחמן אמר קרא נעלו נעלו 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 כתבינן האידינא 'במנא דכשר למקניא ביה' 'במנא' לאפוקי מדרב ששת דאמר קונין בפירות, 'דכשר' לאפוקי מדשמואל דאמר קונין במרוקא (כלי העשוי מגללי בקר), 'למקניא' לאפוקי מדלוי דאמר בכליו של מקנה קמ"ל למקניא ולא לקנוי, 'ביה' רב פפא אמר למעוטי מטבע ורב זביד ואיתימא רב אשי אמר למעוטי איסורי הנאה. איכא דאמרי 'ביה' אמר רב פפא למעוטי מטבע, 'דכשר' אמר רב זביד ואיתימא רב אשי למעוטי איסורי הנאה אבל מוריקא לא אצטריך".

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", ופירש רש"י "צורתא עבידא דבטלה - שהמלך פוסלה וגוזר לצור צורה אחרת, הלכך הוה ליה כדבר שאינו מסוים ושלם, ולקמן (מ"ז) ממעטים דבר שאינו מסוים מדכתיב נעלו", ואילו הר"ן פירש צורתא עבידא דבטלה והו"ל כאותיות שאין גופן ממון.

רש"י (קידושין כח:) גבי הסוגיה "כל הנישום דמים באחר" הביא שיש המשנין סוגיא דהתם בשיטה אחרת ואמרי פלוגתא דר"נ ורב ששת בפירי דוקא ולא בשאר מטלטלין, ודחה דטעמא דר"נ מפורש בהזהב דאמר קרא נעלו נעלו אין מידי אחרינא ומשום דפירי שכיחי נקט פירי, כלומר דרב נחמן מתיר רק בכלים ולא בשאר מטלטלים, אולם התוס' (שם) כתבו שר"ח ור"י מקיימין פירוש הנ"ל וההיא

דאמר רב נחמן נעל אין ר"ל כל דדמי לנעל דהיינו כלים שמשתמשים בהם ושור וחמור כנעל דמו ונעשין חליפין לכולי עלמא דדמו לכלים הואיל שמשתמשים בהם והוי חזי למלאכה, וכתב הב"י דכן נראה דעת הרי"ף דשור ופרה לאו פירי נינהו אולם בשר הוי פירי, וכ"כ הגה"מ ברמב"ם. הרי"ן בחידושים בב"מ כתב דשור ופרה כיון דבעלי חיים הוו לאו פירי נינהו דלא מיקרי פירי לענין חליפין אלא מה שאינו ראוי אלא לאכילה שהוא הולך ומרקיב אבל בבע"ח שראויים למלאכה ככלי דמו, וכתב הב"י (עיי"ש) דכוונת דבריו דכל שאינו הולך ומרקיב לא מיקרי פירי ואע"פ שאינו ראוי אלא לאכילה ולא חזי למלאכה כגון טלה, אולם דעת הגהת אשר"י דטלה וכיוצא בו שאין ראוי למלאכה לא חשיב כלי גם לר"י, וכן נוטה הב"י ללמוד גם ברא"ש. הב"י תמה על הטור עמש"כ את דעת ר"י בבהמה כאילו אין חולק עליו והוה ליה לכתוב דעת רש"י.

כתב הב"י דמדברי ר"ת עיטור ועוד משמע דמטבע מיקרי שפיר כלי שראוי לשקול בו משקלות ולתלותו בצואר בתו כלומר ולא מיפסיל אלא משום דדעתיה אצורתא וצורתא עבידא דבטלה ולפי"ז מטבע שנפסל חשיב כלי, ומיהו לרש"י אין קונוין בו. הב"י תמה על הטור שכתב סתם "ולא בשאר כל המטלטלין שאינן כלי" ולא פירש דמטבע שנפסל מיקרי כלי.

וז"ל השו"ע "אין קונים אלא בכלי ואע"פ שאין בו שוה פרוטה {ובלבד שיהא עשוי מדבר חשוב לאפוקי כלי העשוי מגללי בקר}, ואין קונים בדבר שאסור בהנאה, ולא בפירות, ולא במטבע. {בהמה מקרי כלי וקונין בה אבל שאר מטלטלין שאינן כלי אין קונין בהם (ר"ח ר"י טור). מטבע שנפסל לגמרי הוי ככלי וקונין בהם (ר"ת)} ואין קונין בכליו של מקנה".

כתב **הסמ"ע** (ה) ע"פ הגמ' דלכך מנהג האידנא לכתוב בסוף השטר וקנינא מיניה במנא דכשר למיקניא ביה, במנא לאפוקי מטלטלין, דכשר לאפוקי איסורי הנאה ואיכא דאמרי לאפוקי כלי העשוי מגללי בקר, למיקניא בכליו של קונה, ביה לאפוקי מטבע, והוסיף בשם תה"ד דאם לא כתוב כן אין מוציאין ממון בשטר ההוא. **הפת"ש** (ב) חלק על תה"ד דכיון שנהגו לכתוב קנין סודר הוי כמו שכתוב דכשר למקניא וכ"כ בב"י דמה שנהגים לכתוב בשטרות אינו אלא לרווחא דמילתא, וגם הט"ז בסימן מב חולק אסמ"ע דהשטר כשר דסתם קנו מיניה היינו קנין סודר, ושם בהגהת **החכם צבי** כתב דודאי גם מהר"א מודה לזה אלא דעובדא ידידה היה בענין שאינו נקנה בקנין חליפין כמו מטבע דלא אמרינן שהיה בקנין המועיל כגון משיכה או אגב קרקע וכיוצא אלא תלינן שהיה בקנין סודר ופסול, ותמה הפת"ש על הנהיגות שכאן העתיק דברי הסמ"ע בסתמא.

הסמ"ע (ז) פסק כר"ן (מבלי להזכירו) דאפילו טלה והדומה לו ניתן להקנות בהם כיון שנהנין מהם בעינם, דהטלה מגדלין לגדל עליו צמר וגוזזין אותה ולוקחין החלב והולדות עמהן, וכתב שזה שסתמו הטור והרמ"א וכתבו "בהמה" דמשמע כל בהמה.

כתב **הסמ"ע** (ח) בשם **העיטור** (בב"י) דכל דבר הנעשה בידי אדם בכלל כלי וכל דבר הנעשה בידי שמים בכלל פירי, ובהגהת **הש"ך** כתב דצ"ע דהא כתב הרמ"א דאף בהמה מיקרי כלי.

כתב **רע"א** בנתן לו פירות בתנאי שיתן לו כלי זה ואמר שמוכר הפירות בכלי זה, מכיון שמשך זה הפירות נתחייב זה ליתן אותו כלי בתורת חיוב והוא הדמים שנותן לו תחת הפירות רק שלא נקנה לו אותו כלי אלא בתורת חיוב.

גבי קנין ע"י עופות על פניו הוי בהמה, וקנין ע"י פרחים, אפשר על פניו לומר שפרחים פשוטים הוי כפירות התלושים שאינם קונים ואילו פרחים הקשורים ליופי להניחם בעציץ אפשר לומר דהוי כלי, ויש לעיין.

סעיף ג

קנין סודר משמש בבית הדין למתן תוקף להתחייבויות שונות. הקנין מתבצע בסודר של בית הדין. הסבר כיצד מועיל קנין סודר ליצירת התחייבות, ומה הטעם לשימוש בסודר ששייך לבית הדין?

האם קנין סודר צריך להיות בפני הקונה? ומה הדין בסודר העדים? הבא ראיה מהגמ'.

האם יש חילוק בין מכירה למתנה?

כתב הרמב"ם (ע"פ קידושין ו: גבי בכולהו קני מלבד אשה) וכ"פ בשו"ע "הקנה אחד כלי למוכר כדי שיקנה הלוקח אותו הממכר זכה הלוקח, אפילו הקנהו שלא בפני הקונה (סמ"ע: דמסתמא ניחא ליה לקונה ומזכין לאדם שלא בפניו. זה דעת ריב"ן בתוס' בקידושין כ"ו ע"ב דכן מנהג העולם וכן מוכח מכמה דוכתי בש"ס, ודלא כה"ר שמעיה דכתב דדווקא בפניו ע"פ הגמ' שם), ואע"פ שהקנה לו הכלי על מנת להחזירו נקנה המקח", והמשיך הרמ"א "ולכך הורגלו לעשות הקנין בסודר של עדים (גר"א: כמ"ש בב"ב קנ"ב ע"ב וקנינא מיניה' ובכמה מקומות בש"ס וקנו מידו דקנו מיניה הכל אעדים) אפילו בפני הקונה לפי שרוב הקניינים הן שלא בפני הקונה (טור, וז"ל העיטור בשם גאון – "כיון דאי תפיס להו מקנה לחליפין לא מפקינן מיניה וחזו בית דין דאתו לאינצויי תקנו למיקני בכלי שאינו של קונה דלא חציף איניש למיתפס כלי שאינו של קונה") (ע"פ מהרי"ו –) והא דנקנה המקח שלא בפני הקונה, היינו במתנה וכיוצא בזה דודאי ניחא ליה, אבל במקח שאפשר שאינו חפץ לקנות לא קנה, ושניהן חוזרין".

עמשי"כ הרמ"א בשם מהרי"ו ציין הסמ"ע (יא) דבהמשך דבריו כתב (הובא בדרכ"מ) דאפשר דאף במתנה י"ל דלא ניחא ליה לזכות בה משום שונא מתנות יחיה, והא דחלק הרמ"א, כתב הסמ"ע דהכי קאמר דהא דנקנה שלא בפני הקונה לא אשכחן אלא במתנה למאן דאמר דס"ל הכי לאפוקי במכר דליכא מאן דאמר. עוד כתב בשם מהרי"ו דלא קנה בשניהן אא"כ ידעין דהיה ניחא ליה בשעת הקנין דשמא חזר בו בינתיים, אולם במה שנוהגין שהקונה שולח עדים למקנה לקנות על ידם, ליכא למיחש שמא הדר בו בינתיים כיון דבשליחותו אזלי.

הקצות (ב) האריך לחלוק על הסמ"ע דכי מצינו מי שסיפור שקבלת מתנה הוי דבר שבחובה ומשנה מפורשת בב"ב קנ"ו ומה שהביא מהרי"ו ראייה מסימן קע"א לענין חלוקת ד' אמות דמצי אמר במתנה לא בעינא משום שונא מתנות יחיה היינו היכא דמוחה בפירוש, ומוכר בתוס' וכן משמע ברמב"ם דאפילו במכר מועיל שלא בפניו, ועכ"פ יש לפסוק דמועיל היכא שהיה מקח בזול. ה^הנתיבות (א) יישב דברי הסמ"ע גבי מתנה, דאף דבמזכה מתנה ע"י אחר ודאי דזכה, מ"מ בראובן שרוצה ליתן מנה לשמעון במתנה, ונתן המנה ללוי ואמר לו הילך מנה ויקנה השדה לשמעון, לא נקנה השדה לשמעון, דכיון שאם יחזור בו הלוקח יצטרך המוכר להחזיר המעות, אין קנין לחצאין וגם המוכר יכול לחזור בו, ואתי שפיר דברי הסמ"ע, דלמאן דס"ל הסברא דשונא מתנות לסברא טובה והוא דעת הרא"ש, וממילא הלוקח יכול לבטל והמעות דמי קנין חוזרין, ומדמה הסמ"ע קנין סודר כשנותן לו סודר ואומר הילך סודר זה ויקנה השדה לראובן להילך מנה, דהכא נמי כיון שיכול הלוקח לבטל המקח ואז יתחייב המוכר להחזיר לו הסודר, וממילא גם המוכר יכול לבטל המקח דאין קנין לחצאין, אך העיקר כרמ"א דבמתנה הקנין סודר קיים שלא בפניו לכ"ע, דלא דמי לגמרי להילך מנה, דהא לא לקחו רק על מנת להחזירו ולשם קנין וכבר החזירו, לא שייך לומר דאין קנין לחצאין, דקנין סודר הוא רק כמו קני על מנת להקנות.

הקצות בסוף הסימן (ט) כתב עמשי"כ המחבר דאם קנו ע"י סודר בשבת אע"פ שעשו עבירה קנו, דאיכא למידק, נהי דמקח הנעשה באיסור מהני אך בקנין סודר דנהיגין למיכתב וקנינא מיניה כמבואר ברא"ש והטור משום דעדים נותנים סודר שלהם והם זוכים לקונה, כיון דקני"ל אין שליח לדבר עבירה השליחות בטל לגמרי, וא"כ היכי מהני בשבת קנין סודר ע"י שליח והוא העדים, ואע"ג דכתב מהרי"ט דבאיסור דרבנן יש שליח לדבר עבירה, לא ברירא הך מלתא ודעת המל"מ דאפילו בדרבנן נמי אין שליח לדבר עבירה, וכתב הקצות לבאר דסודר שנותנין העדים לאו בתורת שליחות מן הקונה הוא, דלא שייך שליחות אלא אם היה הקונה נותן סודר שלו ע"י שלוחו, אבל סודר שנותנין העדים מעולם לא זכה בו הקונה, אלא הא דזוכה הקונה ע"י סודר העדים היינו מדין עבד כנעני 'הילך מנה ויהא שדך קנוי לפלוני', כיון שמקבל הרב את הכסף יצא העבד לחירות אפילו בעל כרחו דעבד, ואמרו 'וכן לענין ממונא', דאינו בתורת שליחות אלא קבלת מוכר את הכסף אפילו בכסף דאחרים דעת אינו אלא משום דאין מזכין לאדם בעל כרחו ואי אמר לא בעינא לא קנה בעל כרחו, אבל כל שאומר הקונה בעינא אינו צריך לדין שליחות וסגי לה בקבלת מוכר את הכסף אפילו בכסף דאחרים ואין צריך לשליחות כלל, וה"ה בקנין סודר שנותנין העדים משלהן שיקנה אותו פלוני את השדה קנה בלא שליחות כל שנתרצה, דבעל כרחו אין מזכה, ודוקא בעבד יוצא לחירות בעל כרחו, וא"כ בשבת נמי קנה אף על פי שעשו עבירה כיון דאין בזה תורת שליחות כלל "וזה ברור", והוסיף דאע"ג דקנין סודר אינו דומה לכסף דאין לו בסודר שום זכיה אלא קני על מנת להקנות אלא ודאי כי היכי דיליף כסף דאחרים מעבד כנעני הכי נמי ילפינן סודר דאחרים כיון שעבד כנעני נקנה בחליפין כמו בכסף.

הנתיבות (א ע"פ הגר"ן) חלק על הבנת הקצות בדרך הפעולה של קנין סודר ע"י עדים, ולשיטתו, העדים אינם שליחו של הקונה, ואף לא פועלים עבורו מדין עבד כנעני, אלא כשהעדים מקנים את הסודר למקנה, הלה זוכה בסודר עבור הקונה, הוא שליחו של הקונה, לאחר מכן, קונה הוא עצמו את הסודר מהקונה, וע"י כך נקנה החפץ לקונה, וראה עוד בדברי הגר"ן בחזון קדומים (עמ' 255) בגדרי קנין סודר ע"י עדים.

הסמ"ע בסק"י פירש דהא דמהני שלא בפני הקונה משום דמסתמא ניחא ליה לקונה 'ומזכין לאדם שלא בפניו'. **בחי'דושי רבי שמואל** (גיטין וקידושין עמ' קכ) למד בסמ"ע דמהני סודר של שליח ע"י שליחות דכיון דהוא מעשה קנין בעלמא שפיר עושה השליח המעשה קנין עבורו וכמו בשאר מעשה קנין דמשיכה והגבהה דמעשה השליח מועיל עבור משלח.

סעיף ד

בקנין חליפין אם תפס הקונה בכלי, והתפיסה היא פחות משלוש אצבעות האם קנה?

האם מקבל הסודר יכול לתפוס את הסודר או חייב להחזירו?

לקח סודר שלא מדעת חברו האם מועיל הקנין?

האם בכלי שאול יכול לעשות קנין סודר?

ע"פ ב"מ ז. פסק בשו"ע "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 (דאז שם בגד עליו לענין טומאה וכו'), (רמב"ם -) ואם אחז פחות מג' אצבעות, צריך שיאחוז בענין שיהא יכול לנתק כל הכלי (סמ"ע: לאו דוקא כל הכלי קאמר אלא שיעור כלי דהיינו ג' על ג') ולהביאו אצלו (כנאמר בגטין ע"י דאזלינן בתר הבעל שיכול לנתקו וה"ה גבי קנין דאזלינן בתר התופס, וכתב הש"ך דלענין קנין סודר ע"מ להקנות מהני כשיכול לנתקו אצלו אבל לענין שיקנה כל הכלי לא מהני מה שיכול לנתקו אצלו וכדלקמן סימן רס"ט, ותיירץ בזה מה שהקשה הב"ח דבסימן רסט"ה מבואר שצריך להגביה כל הבגד ולא סגי במה שיכול לנתק ולהביאו) והרמ"א פסק כע"טור "וי"א דאין קנין בפחות מג' (דבגט הטעם משום כריתות). (ע"פ הג' אשרי -) ואין המוכר יכול לעכב הכלי או לחתוך קצתו, דסתם קנין ע"מ להחזיר הכלי הוא (דלא כע"טור), (רא"ש ושו"ת הרשב"א -) ואין מקנין בכלי אלא מדעת בעליו, ולכן מי שלקח סודר חברו בלא דעתו ומקנה בו, אין קנין, וי"א (מרדכי) אפילו הוי כלי שאול לו אינו קנין אא"כ השאילו כדי להקנות בו וכן נראה ל"י.

כתב הפת"ש (ג) בשם באר יצחק דאף דכתב רש"י דג' אצבעות נלמד מטומאה (גבי צמר ופשתן) ה"ה גם גבי שאר מינים אף דלגבי טומאה דינם בשלושה טפחים, והטעם דאף דבשאר בגדים לא אתרבי שלש על שלש לטומאה, מ"מ כיון דבצמר ופשתן נתרבה לטומאה, והיינו משום דחזי לעניים, א"כ שם כלי עליו לעולם.

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

כתב בספר משפט הכתובה (ח"ה, פרק מא קנין, אות כא) ליישב המנהג שהחתנים בחופה מגביהים הסודר, דמשמע במחבר הכא דמספיק בקנין סודר משיכה בלבד, וכן נראה מלשון הגמ' בב"מ ז' "האי סודרא כיון דתפיס ביה שלש על שלש קרינן ביה ונתן לרעהו דכמאן דפסיק דמי וקני", אולם מלשון הרמב"ם במכירה (ה,ה) משמע דבעי הגבהה "כיון שהגביה המוכר את הכלי וקנהו קנה הלוקח אותו הקרקע או אותן המטלטלין", וביאר דקונה הסודר בקנין יד, ובקה"י (קידושין ל) כתב בפשיטות שקנין סודר הוא קנין יד ולא משיכה, וס"ל לכמה פוסקים (נתיבות קצח,א) דבעינן בקנין יד שיהיה כולו בידו, וא"כ י"ל דהרמב"ם איירי בכלי שלא שייך בו פסיקת גע"ג דהוי חצי כלי וממילא מוכרח לקנות את כולו בידו וכיון שיוצא מידו בעי הגבהה, ועוד דלרש"י בכתובות ל"א אין קנין יד בלי הגבהה ג' טפחים שרק בגט מצינו קנין יד גרידא. בספר משנת יהושע (אירוסין ונישואין א' עמ' קסב) כתב

בשם הגר"ח"ק דסגי בזה שנוטלו החתן בידו וקונה אותו בקנין יד ואין צריך להגביה הסודר אלא שהוסיף דיש שמחמירים שיהא כל הסודר בתוך כף ידו ולא ינטה החוצה ומקור הדבר הוא בנתיבות הנ"ל, אולם הגרמ"א פריינד היה נוהג לצוות לחתן שיגביה הסודר ג"ט בכדי לקנותו בקנין הגבהה.

בענין השאלה גבי סודר בי"ד אפשר לדמותו למש"כ במשפט הכתובה ליישב המנהג שהחתן בחופה מגביה, ויש להאריך האם יש מקום לחלק בין קניית סודר ע"י המקנה לבין קניית סודר ע"י העדים והבי"ד, וגבי דיני הגבהה ראה סימן קצח/א, ובפתחי חושן (קניינים ח,ו הע' יח) כתב שבהגבהה מעל שלחן בעיני ג' טפחים.

ועוד יש לדון מדברי הש"ך (ו' לעיל בפנים) דכתב ליישב מה שהקשה הבי"ח דבסימן רסט/ה שמבואר דצריך להגביה כל הבגד ולא סגי במה שיכול לנתק ולהביאו, ותירץ דאה"נ דוקא בקנין סודר סגי בכך אבל בקנין הגבהה אינו קונה כל הכלי במה שיכול לנתקו [וביאר בפתחי חושן (ח,ו הע' יז) דנראה בש"ך דמפרש בדעת הרמב"ם דלענין לקנות החלק שהגביה מהני במה שיכול לנתק ולהביאו, ובבמה שקונה כשתופס חלק מהבגד צ"ל דלגבי אותו חלק שתפס פשיטא שקונה בתפיסה, וצ"ל דהיינו הגבהה שמגביה אותו חלק מהבגד ואפ"ה מהני, אע"פ שהחלק השני נמצא ביד חבירו, וס"ל דהקנין מדין יד, ולפי"ז צריך שיהא אותו חלק כולו בידו, אבל דין משיכה ודאי לא שייך בחלק מן הבגד, אע"פ שבדעתו לקנות רק אותו חלק]. מ"מ חזינן בש"ך מפורש שאין להעמיס דיני הגבהה בקנין סודר, ויש להאריך.

סעיף ה

אמר הקונה למוכר קנה הסודר, ואחר 10 ימים אקנה אני את החפץ, האם מועיל?

במקרה שנעשה קנין סודר האם צריך להקנות את החפץ הנקנה מייד לקונה, או שניתן להקנות אותו גם לאחר זמן? פרט את הניסוח המדויק.

המקנה לחבירו חפץ לאחר ל', באילו תנאים קנה, פרט סוגי הקנין השונים, תוכן האמירה ומקום החפץ בזמן הקנין? (ראה גם קצא/ד, קצז/ז) והאם דיני הגט שווים לקניינים בענין זה?

ע"פ דברי הר"ן גבי נדרים מח: פסק בשו"ע "י"א שאין הקנין מועיל אא"כ מקנה לו החפץ הנמכר או הניתן, מיד, אבל אם אמר לו הקונה תקנה סודר ותקנה חפצך לי לאחר שלשים, לא קנה, מפני שבשעה שיש לו לקנות כבר החזיר הסודר לקונה, אבל אם אמר לו קנה על מנת שתקנה לי מעכשיו ולאחר שלשים יום, קנה { ובסתם אמרינן דהוי מעכשיו, באופן המועיל, דודאי בכדי לא הוי עביד (תה"ד, דלא כה"ה) דיש קנין בלא מעכשיו. נתיבות: מיירי שהקנה לו בסתם אף שהתנה לו בפירוש שלא יקחנו לביתו עד לאחר ל' דמ"מ אמרינן דהוי כמעכשיו, אבל כשתלה הקנין לאחר ל' כגון שאמר ותקנה לאחר ל' אז לא קנה } {".

ביאר הסמ"ע (טו) ע"פ הבי"י דמעכשיו הוא שיוור בקנין, וכאילו אמר מעכשיו יתחיל הקנין ולא יגמור עד לאחר ל' יום, וכיון שכן, צריך להיות הדבר שקונין בו קיים אז ביד המקנה, ובקנין סודר כבר חזר הסודר למריה, אבל באומר על מנת, אין כאן שיוור בקנין אלא תנאי בעלמא, וכאילו אמר מעכשיו קנהו בסודר זה, רק שאני מתנה שלא תקחנו עד אחר ל' יום, ומן הדין על מנת בלא תנאי מעכשיו נמי מהני, אלא שתיקנו לומר ג"כ מעכשיו לפרסם הדבר שמקנהו לו מיד, אולם הש"ך (ח) כתב דדבריהם תמוהין דהא 'האי ע"מ' הקונה קאמר, וכן הוא בפוסקים ומוכח בס"ס קצ"א דמעכשיו לחוד סגי וקיי"ל כשמואל בקידושין נ"ט ע"ב הסובר דמקודשת ואינה מקודשת אלא עד ל' יום לאחר ל' פקעי קידושי שני וגמרי קידושי ראשון, וכ"מ בטור כאן וע"מ דנקט הטור סירכא דלישנא הוא דכל סודר קני ע"מ להקנות הוא. הקצות (ה) יישב דעת הסמ"ע דקיי"ל כר' יוחנן דאמר שיוורא וכן הוכיח בדעת התוס' בקידושין דף ס"ד שהקשו איך אנו קונין שום דבר ומשמע דאנו ס"ל כר' יוחנן, אולם הנתיבות (קצז,ה) כתב דעיקר כש"ך דמעכשיו לחוד סגי.

בדגו"מ (פת"ש ד) תמה על הש"ך במש"כ דקיי"ל כשמואל אך לדינא מסכים עם הש"ך דמעכשיו לחוד סגי, דעד כאן לא פליגי רב ור' יוחנן ושמואל אלא בגט וקדושין וכה"ג, דלא שייך לומר

קרן מהיום ופירי לאחר זמן, אבל בדבר דשייך גוף ופירי, כ"ע מודים דאמרינן הגוף תיכף ופירי לאחר זמן, וכן דעת הט"ז דלא כסמ"ע.

< כתב הסמ"ע (טז) שתה"ד שם כתב דמי שקיבל קנין לגרש אשתו לא הוי קנין.

סעיפים ו – ח

קנין שנעשה במשיכה או במסירה או בהגבהה או חזקה או בפרוטה או בסודר האם יכול לחזור כל זמן שעוסקים באותו ענין, ומה הדין אם אחד עסוק והשני הפליג האם יכול לחזור בו?

ב"ב קיד. "איתמר קנין עד אימתי חוזר רבה אמר כל זמן שיושבין ורב יוסף אמר כל זמן שעוסקין באותו ענין" והלכה כרב יוסף.

וכתב הרא"ש וכן מוסכם ברמב"ם ועוד דדווקא בקנין סודר הוא שנתנו חכמים זמן לחזרה [דלא כר"ת דהגמ' דיברה גם במשיכה ובשאר דרכי ההקנאה, ולא הוזכר בב"י] כי כן דרך לקיים כל דבר מקיימין אותו בקנין סודר שלא יחזרו בהם לכך נתנו לו שעה להתבוננות, ובכל קנין קאמר בין בריא ובין שכיב מרע, ולא בקנין שכיב מרע בלבד כדעת העיטור, אבל בכל שאר קניינין הגבהה ומשיכה ומסירה כסף ושטר וחזקה אין בהם חזרה אחר כדי דבור, וכ"ד רבינו יונה שהוסיף דבשאר קניינים תוך כדי דבור מיהא יכול לחזור בו דבנדרים פ"ז ועוד אמרינן דתוך כדי דיבור כדיבור דמי בר מעבודה זרה ומקדש ומגדף ומגרש משמע דוקא אלו אבל בתנאי ממון תוך כדי דיבור כדיבור דמי, וכ"ד הב"י דלא כבעל דין לחלוק שהביא רבינו יונה דמשיכה במטלטלי וחזקה בקרקעות אפילו תוך כדי דבור אינו יכול לחזור בו, משום דכל הפוסקים דלעיל ועוד אינם סוברים כן. הדרכ"מ (סימן קפ"ט) הביא שכתב הנ"י דבקנין כסף ושטר יכולים לחזור תוך כדי דיבור אבל לא בשאר קניינים ושיש להסתפק בזה ובמקום אחר כתב שיש חולקין בזה (ועיין שם בלשון הטור).

וז"ל השו"ע (ו) אף על פי שנגמר הדבר בקנין סודר, כל אחד משניהם יכול לחזור בו כל זמן שעוסקים באותו ענין, ואם הפסיקו הענין, אין אחד מהם יכול לחזור בו. (ז) בשאר דרכי הקנייה אין שום אחד מהם יכול לחזור בו לאחר כדי דיבור (שיעור "שלום עליך רבי", סמ"ע).

הלבוש כתב הטעם דדוקא בדבר שאין הקנין נעשה בגוף הדבר יכול לחזור בו כל זמן שעוסקים באותו ענין לפי שדרך בני אדם לעשות כן פתאום אבל בדבר שנקנה בגוף הדבר כבר נתישבה דעתן דאל"כ לא היה מניח לעשות הקנין בגוף הדבר, והסכים לדבריו הש"ך (ט) שכן הוא ברא"ש, אולם הסמ"ע (יז) כתב עליו דזהו "טעם אחר מלבד" אלא הטעם הוא דשאר קניינים הם בגוף המקח והיינו חזקה משיכה מסירה והגבהה וכן בכסף נותנין הכסף כל דמי המכר ונסתלק ממנו המוכר והמקנה, והוסיף דלפי"ז אם קנהו בפרוטה שעושין בו המקח בקצת מקומות וכמ"ש בריש סימן ק"צ דינו דיכולין לחזור בו כל זמן שעוסקין באותו ענין וצ"ע, וכן בשטר אם שדה טובה מכר הא קיי"ל בסימן קצ"א דאין קונה בשטר לחודה אלא צריך שיתן גם הכסף, ואז סילק נפשו ממנו לגמרי, ואם מפני רעתה מכרה, אז אנו סהדי דדעת המוכר היא לסלק נפשו ונותן לו לגמרי, וכן במעמד שלשתן דנסתלק הנותן מיד לגמרי, משא"כ בקנין סודר שאין הכלי שנותן לו הוא כמו שיווי המקח. **הקצות** (ו) כתב דהעיקר כטעם הלבוש דגבי דבר שאינו נעשה בגוף המקח פתאום עשאו, ומש"ה יכול לחזור כל זמן שעוסקין באותו ענין, אבל משיכה והגבהה דנעשה בגוף המקח הוא עושה בשוב הדעת, דלפי הסמ"ע דטעמא דקנין סודר משום שאינו כמו שיווי המקח, א"כ במתנה כבר נסתלק הנותן, ועיקר דינא דחזרה הוא במתנה בב"ב שם ואפ"ה איתא בחזרה כל זמן שעוסקין באותו ענין.

כתב **הנתיבות** (חי' יד) דבקנין סיטומתא דתוקע כפו כדי לקיים המקח דלקמן סימן ר"א דלא נעשה בגוף הדבר, יכול לחזור בו כל זמן שעוסקין באותו ענין, וכ"ד הפת"ש בשם העטרת צבי, אולם החוט השני נשאר בצ"ע.

הביא **הקצות** (ז) שכתב הט"ז (אבן העזר לח) דמשמע בטור דהנותן מתנה לחבירו ואמר הנני נותן לד מתנה זו ונותנה לו ואח"כ אומר איזה תנאי במתנה לא מהני אפילו אם הוא תוך כדי דיבור והוכיח כדבריו, אולם הקצות דחהו דאיך נעלם ממנו דעת כל הנך פוסקים כאן דתוך כדי דבור מהני חזרה, וכתב הפת"ש (ז) דכן דעת הבית מאיר ואילו הב"ש כט"ז, וכתב לבאר בשם החמדת שלמה דעל כרחך

דאיירי באמר מתחילה הריני נותן לך זה במתנה וא"כ כשאמר אח"כ תוך כדי דיבור על תנאי כך, והיינו אם יהיה כך לא יהיה מתנה ואם לאו יהיה מתנה, איך מהני והוי תנאי, הא הוי מעשה קודם לתנאי דהתנאי בטל לדעת רוב הפוסקים דס"ל דגם באמירה צריך להקדים התנאי, ויישב דעיקר הקפידא בתנאי קודם למעשה הוא רק באמירת התנאי, דכיון שאומר התנאי בהקדמת המעשה, חזינו דמקפיד על המעשה שיתקיים, וע"כ צריך להקדים בלשונו התנאי, אבל אם בלשון התנאי מקדים התנאי, שאומר אם יהיה כך יהא מתנה כו', אע"ג שאמר תחילה הריני נותן לך, לית לן בה, דממה נפשך הן אם התנאי מפרש דבריו הראשונים או שנידון משום חזרה, כיון דבלשון התנאי דקדק כראוי להקדים התנאי למעשה.

כתב בתשובת **ושב הכהן (פת"ש ו)** דצ"ע במשיכה או מסירה או הגבהה דאפילו תוך כדי דיבור אינו יכול לחזור, דברמב"ם בהל' קרבנות מוכח דבמסירה וכיוצא בו אינו יכול לחזור אפילו תוך כדי דיבור, מדפסק שאינו יכול לחזור בהקדש תוך כדי דיבור אם הוציא בשפתיו, ועל כרחך הטעם משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, דאי הטעם משום חומרא דהקדש, היה הדין דאפילו חישוב בלב נמי אינו יכול לחזור, וא"כ פשיטא במסירה להדיוט אינו יכול לחזור אפילו תוך כדי דיבור וה"ה במשיכה או הגבהה, וגם מדברי הרא"ש דלעיל אפשר קצת לומר כן, והא דכתב דבשאר קניינים יכול לחזור דיבר בכסף ושטר וחזקה.

כתב **בכסף הקדשים** דבמאי דקי"ל עסוקים באותו הענין יכול לחזור בו מקנין סודר אולי גם כשאחד אינו עוסק באותו ענין אם זה החוזר בו עסק באותו ענין אולי יכול לחזור בו "וצלע"ע היטב". עוד כתב כשחזר בו בעסוקים באותו ענין ואח"כ נתרצה ולא היה אח"כ קנין שייך אתי דיבור ומבטל דיבור ומה שהיה רצון בסוף הו"ל כלא היה חזרה כלל ומקח קנין ראשון קיים וכמו בתוך כדי דיבור שהחזרה מבטלת הקודם שיהיה כדליתיה, כן רצונו אח"כ בעסקו באותו ענין מבטל החזרה והחזרה לא ביטלה הקנין שיהיה כדליתיה עד שנפרדו מלעסוק באותו ענין.

< ע"פ **גאון** שהובא **בעיטור** כתב **השו"ע** (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".

סעיף ז

האם שכירות קרקע נקנית בקנין סודר?

האם ניתן לשכור בית בקנין סודר?

כיצד נקנית שכירות קרקע או מטלטלין? פרט את כל האפשרויות. (ראה גם קצ/א)

ע"פ **הרמב"ם** פסק **בשו"ע** "בדרכים שהקרקע נקנה בהם (כלומר גם בחליפין), שכירות ושאלת קרקע **נקנית** (דכן משמע בב"מ צ"ט וב"ק ע"ט) {ב"י - } ואפילו במקום שכסף אינו קונה בלא שטר כמו שנתבאר לעיל סימן ק"צ, מ"מ שכירות סגי לה בכסף לחוד (דשכירות לאו מדרך העולם לכתוב עליו שטר, דסמכה דעת השוכר בלא שטר כיון דלימים קצובים שכרוהו, סמ"ע ע"פ הב"י) { "ויש אומרים **(תוס')** קידושין כ"ז ע"פ משנה דמעשר שני שנתקבלו שכר זה מזה ולא הקנה לו בחליפין) שאינם נקנים בקנין סודר **(והש"ך** ציין שכן משמע בתוס' בב"מ י"א)". **הב"י** תמה על הטור דלא כתב פלוגתא אצל שכירות וסתם כרמב"ם, אולם **הט"ז** יישב דאכן ברא"ש לא מוכרח שחולק גבי שכירות בשונה מהתוס' דמוכרח מדבריהם דחולקים בתרת.

הקצות (ט) האריך לדון והעלה דשאלה ושכירות נקנה בחליפין, וב**נתיבות** (ד) חילק דדווקא שאלת קרקע שאין נפחת שאין לו בה אלא הנאת דירה שאין בו ממש אינו נקנה בחליפין, אבל שאלת מטלטלין שמפחית גוף החפץ בתשמיש וכן בקרקע אם שאל אותה לחפור בה בורות כעין גרגותנא דהביא הקצות מסימן שמ"א נקנה בקנין סודר.

< כתב **רע"א** ע"פ תוס' בערכין דמתנה ע"מ להחזיר אין נקנה בחליפין.

פרט ארבעה דברים שבהם קנין סודר שונה מיתר הקנינים.

1. יכול לחזור לאחר כדי דיבור (סעי' ו) 2. אינו קונה בשכירות ל"א במחבר (סעי' ט'). 3. אינו קונה מתנה על מנת להחזיר (רע"א) 4. דעת הש"ך דאין קנין חליפין בעכו"ם (לעיל סעי' א). 5. לענין קנין סודר ע"מ להקנות מהני כשיכול לנתקו אצלו אבל לענין שיקנה כל הכלי לא מהני מה שיכול לנתקו אצלו (ש"ך סעי' ד').

סעיף י

ע"פ המרדכי פסק בשו"ע "שכירות ומשכונא אינם נקנים במלוה {משום דהויין כמכר ואין קונים במלוה אפילו בתורת כסף} ", וביאר הסמ"ע (כא) משום דשכירות ליומא ממכר הוא ודין מכר יש לו, ומבואר בסימן ר"ד דמי שיש לו חוב אצל חבירו וא"ל מכור לי מטלטלין אלו בחוב שיש לי דאין קנינו קני אך יכול לקנות בהנאת מחילת מלוה והכא נמי דכוותיה.

סעיף יא

קיי"ל אין קנין בשבת בקנין סודר, אם עשו בשבת קנין סודר האם תופס?

ע"פ ר"י פסק בשו"ע "אין קנין בשבת קנין סודר" (פרט לשכיב מרע, גיטין דף ע"ז, גזירה שמא יכתוב, סמ"ע), ואם קנו, אף על פי שעשו עבירה, קנו". הסמ"ע (כב) ציין למחבר בס"ס רל"ה דהמוכר או קונה קנין בשבת ויום כיפורים מכין אותו על שעבר על דברי חכמים.

< גבי קושיית הקצות על חלות הקנין ע"י סודר בשבת ראה סוף סעי' ג' לעיל.

סימן קצו – דין קניית עבד כנעני

סעיפים א – ה

משנה קידושין כב: "עבד כנעני נקנה בכסף ובשטר ובחזקה וקונה את עצמו בכסף ע"י אחרים ובשטר ע"י עצמו דברי רבי מאיר וחכמים אומרים בכסף ע"י עצמו ובשטר ע"י אחרים ובלבד שיהא הכסף משל אחרים", ובגמ' "מנלן דכתיב והתנחלתם אותם לבניכם אחרים לרשת אחוזה הקישן הכתוב לשדה אחוזה מה שדה אחוזה נקנה בכסף בשטר ובחזקה אף עבד כנעני נקנה בכסף בשטר ובחזקה".

ז"ל השו"ע (א) "עבד כנעני דינו כקרקע לקנייה נקנה בכסף או בשטר או בחזקה או בקנין סודר (משנה וברייתא שם) {ונקנה גם כן במשיכה כגון שתקפו והביאו אליו (טור) וכמו שיתבאר למטה (סעי' ה')}. (ב) "(רמב"ם -) במה היא החזקה בקנין העבדים שישתמש בו בפני רבו כדרך שמשתמשין בעבדים, ואם הוא שלא בפני רבו צריך שיאמר לו לך חזק וקני (מ"מ: דהוקש לקרקע ודינו כיוצא בו). (ג) "(קידושין כב: -) כיצד (גם בכלל קנין חזקה) 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 (רמב"ם, דלא כטור) דהלכה כחכמים, ואילו הרשב"א כתב דגם לנוסחאות שלנו דהוי במח' תנאים קיי"ל כר' שמעון. נתיבות: לא פליגי רק בהגבהה שהוגבה מכחו וכסימן קצח/ב, אבל בהגביה בידו הגבהה גופיה משיכה הוא שמשכו לרשותו, דידו עדיפא מחצירו). (ד) "(מ"מ ברמב"ם שבאכילת פירות קנה קרקע כבסימן קצב -) עשה לו מלאכה שאינה בשימוש גופו, כגון שתפר לו בגד וכיוצא בזה קנאו רבו, וי"א (רא"ש ומ"מ בשם הראב"ד) שלא קנאו". (ה) (גמ' שם -) 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 (סמ"ע: ה"ה דמהני כשרבו הראשון אמר לו לך אצל הלוקח, והקצות חולק דהא משיכה אינו אלא היכא דאזלי מחמתיה כמנהיג, אבל מה דאזיל מחמת המוכר לא עביד הלוקח מידי, ושו"ע נקט קראו ובא אצלו משמע דוקא הלוקח, וכ"ד הנתיבות)".

הנתיבות (א) הביא קושיית הפני יהושע על מימרא דשמואל שם דנקנה במשיכה (וכ"פ המחבר בסעי' ה והרמ"א בסעי' א') דהא עבד איתקש לקרקע, ותירץ דאין דנין אפשר משאי אפשר דקרקע אי אפשר

במשיכה, אך הקשה על הפנ"י דהא מבואר בסימן ר"ב גבי עציץ נקוב דאינו קונה הזרעים במשיכה משום דאין קרקע נקנה במשיכה והיא גמ' בגיטין כ"ב אלמא דקרקע אף דאפשר במשיכה לא נקנה במשיכה, ולכן עיקר כתירוץ הראשון בפנ"י - דמשיכה הוי קנין שמסתבר שיקנה בכל דבר המטלטל חוץ מהיכא דנתמעט ולכן מסתבר שיקנה בעבד כיון שעבד במציאות הוי דבר המטלטל והא דהוקש עבד לקרקע ה"מ לריבוי קנינים ולא למעוטי קנינים (דבר יעקב שם, עיי"ש גם בתירוץ החזו"א ועוד).

סימן קצז – דין קניית בהמה גסה ודקה

סעיף א

משנה קידושין כה: "בהמה גסה נקנית במסירה והדקה בהגבהה" דברי רבי מאיר ור' אליעזר, וחכ"א בהמה דקה נקנית במשיכה". ובגמ' "הוא (רב) דאמר כי האי תנא דתניא וחכ"א זו וזו נקנית במשיכה רבי שמעון אומר זו וזו בהגבהה".

דעת הרי"ף ותוס' בדברי רב דהלכה כמותו דדווקא במשיכה ולא במסירה דמשיכה עדיפא ממסירה וכן משמע ברמב"ם, ואע"ג דמהני מסירה בספינה לרב הונא בבהמה לא מהניא, ואילו דעת רש"י ר"ת וטור נקנית במשיכה וכל שכן במסירה. הב"י האריך ללמוד מהרא"ש דסובר דלא כרש"י ותמה על הטור דכתב דעתו בשם הרא"ש, והדרכ"מ ביאר דעת הטור דאכן משיכה עדיפא אבל אפילו הכי מסירה נמי קונה וכן הוא דקדוק לשון הטור דכתב ומסירה נמי קונה וסברא זו הוזכרה בהגה"מ בשם ראבי"ה, מיהו לדעת ראבי"ה לא קני מסירה רק בבהמה גסה ולא בדקה, ותמה עמשי"כ הב"י דדעת ר"ת כרש"י, דהא לדעת ר"ת מסירה אינה קונה אלא בפני המוכר.

בתוס' ב"ב עו. מבואר דדעת ריב"ם ור"ת דמסירה היא שצריך המוכר למסרה מידו ליד הלוקח, ואילו דעת ר"י והרא"ש שא"צ למסרה מידו לידו רק שיאחז בה ברגלה או במשאוי או באוכף שעליה במצות המוכר אפי' שלא בפניו אם א"ל לך חזק וקני, וכן דעת הרשב"א, וכ"ד הרמב"ן דהוסיף דבין במסירה בין במשיכה כל בפניו לא בעי למימר ליה לך חזק וקני נמצאת משיכה עדיפא שיש בכללה מסירה. דעת ר"ת דמסירה עדיפא ממשיכה ולא קניא מסירה אלא בפניו ודווקא מיד ליד, ותמה ר"י דמנא ליה דבעינן בפניו. השו"ע בסימן קצח/ח פסק כר"י וסיעתו דלא בעינן מיד ליד.

וז"ל השו"ע כרי"ף ותוס' וכדעת רוב הפוסקים - "בהמה בין דקה בין גסה אינה נקנית במסירה אלא במשיכה ואינו צריך להגביה" וז"ל הרמ"א "וי"א דאף מסירה קונה בבהמה גסה (ראבי"ה), וי"א אף בדקה (רש"י וטור) אם הוא בפני המוכר (ר"ת), וע"ל סי' קצ"ח ס"ח עד י"ג בדיני מסירה. א"ל לקנות במשיכה ושינה בין לגריעותא כגון למסירה, או למעליותא כגון שהגביה, לא קנה אלא במשיכה כמו שאמר ליה (רי"ף), דלא כרמ"ה דדווקא היכא דשני לגריעותא כגון דבר שקנינו במשיכה ומסירה ואמר ליה משוך וקני או שני ממשיכה למסירה אבל אי שני לקנין חשוב כגון להגביה קנה אולם אם אמר לא תקנה אלא במשיכה לא קנה בקנין אחר אפילו אי עביד הגביה כיון דגלי דעתיה)".

כתב הסמ"ע (א) דמוכר מדעת התוס' הרא"ש ורוב הפוסקים כדעת הטור שגם מסירה קונה אם היא עומדת ברשות הרבים או בחצר שאינה של שניהם דהן מקומות שאין קונין שם במשיכה, משו"ה לא הטריחוהו חז"ל למושכה מרשות הרבים לרשותו או לסימטא אלא די במסירה, מיהו דוקא בבהמה ס"ל דמהני מסירה, דומיא דספינה דמסירה דידהו הוי כמו משיכה דבנענוע כל דהו הולכת הספינה מעצמה, וכיון דשם משיכה עליו, אע"פ דבשאר דברים בעינן שימוש מרשות הרבים לרשותו או לסימטא, בהני שבמשיכתן לרשותו יש טורח הקילו בו לומר שסגי במסירה בזה ששם משיכה עליה, משא"כ בשאר מטלטלין אפילו כשהן ברשות הרבים.

סעיף ב

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

פירש **רשב"ם** "משיכה..בסימטא שהוא מקום מיוחד לעומדים שם באותה שעה וכחצר של שניהן דמי, וכיון דאפשר במשיכה לא מהניא ביה מסירה כלום דעיקר מסירה אורחה ברשות הרבים ומשיכה אורחה ברשות שיש לו חלק בו", אולם דעת **ר"ת** דמסירה קונה ברשות הרבים וכל שכן בסימטא. דעת **הרמב"ם** ו**רא"ש** כרשב"ם דמסירה לא קונה בסימטא.

וז"ל **השו"ע** כרשב"ם "הגבהה קונה בכל מקום, אבל משיכה אינו קונה אלא בסימטא או בחצר של שניהם, אבל לא ברשות הרבים ולא בחצר שאינה של שניהם (**סמ"ע**): אבל כשנתן רשות לזה הרי הוא כחצר של שניהן או כחצר של זה שהרשה לו, רמ"א בקצח/ט)".

ביאר **הסמ"ע** (ג) דהטעם דהגבהה קונה בכל מקום משום דאף אם הוא ברה"ר או ברשות המוכר, מ"מ במה שמגביהו בידו מביאו אותו לרשותו, דכל מה שהוא ביד האדם הרי הוא כאילו מונח בביתו. כתב **הקצות** דאפילו היכא דאינו מגביה בידו ממש אלא מוגבה מכחו דהיינו כשהוגבה מכחו דרך עליה נמי חשיב הגבהה אפילו אינו בידו כלל.

סעיף ג

ע"פ **ב"ב עה**: פסק **בשו"ע** "כיצד קונין את הבהמה במשיכה, אין צריך לומר אם משכה והלכה, או שרכב עליה (**כרמב"ם**) דרכיבה לחוד קונה ודלא כרא"ש דלא קנה ברכיבה עד שימשכנה ברגליו, ע' בב"י דדבריהם ע"פ **ב"מ ח**:) והלכה בו שקנה, אלא אפילו קרא לה ובאה, או שהכישו במקל {או שהנהיגה בקול (טור)} ורצתה בפניו (**סמ"ע**): אהכישו במקל קאי, דאילו להנהיגה בקול אין צריך לרצתה בפניו כיון שהנהיגה, 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}."

כתב **הסמ"ע** (ו) דסתומת המחבר דמשיכה והנהגה קונין בכל הבהמות זה כפי שכתב בב"י לפסוק גבי גמל וחמור כדעת **הרי"ף** ו**הרמ"ה** דשניהם נקנין בין במשיכה בין בהנהגה, ו**לא** כרא"ש דבחמור וגמל דאיכא חד מינייהו דלא קנה, ודעת **הרמב"ם** כתבו המחבר בסימן רע"א דקונין בכל הבהמות בין במכר ומתנה בין בהפקר אלא שכתב דהיינו דוקא באחד שבא לקנות בהן, אבל כששנים באים כאחד לקנות הגמל ואחד משכה ואחד הנהיגה, שבוזה הנהגה במקום משיכה לאו כלום הוא, ומקור המח' **בב"מ ח-ט**.. עוד נחלקו הרא"ש שם דדעת **הרא"ש** ב' שרוכבין ומנהיגין ברגליהם קונין שניהם זה כזה ולא אמרינן שהראשון עיקר והשני טפל לו וכן אם אחד רוכב ומנהיג ברגליו והשני מנהיג לבד קנו שניהם, ואילו דעת **הרמב"ם** ו**רי"ף** שברכיבה לחוד קונה.

כתב **הנתיבות** (א) דכולם תמהו על הרמב"ם (והמחבר) שפסק דרכוב לחודיה קנה, כיון דרב יהודה אליבא דשמואל בדף ח ע"ב מסיק דרכוב לחודיה לא קנה וכל מה דאקשי ליה שני ליה, וביאר **דאזיל** בשיטת הריצב"ש דלא אמר בש"ס דרכוב לא קנה רק ברוכב עליה והבהמה עומדת במקומה, אבל כשהולכת ודאי קנה דהוי משיכה. עוד כתב דאפילו למאן דס"ל בסימן ר' דד' אמות קונין אף במקח וממכר, מ"מ כיון דרכב עליה גלי דעתיה דברכיבה נחא ליה דנקנה ולא בד' אמות, דאפילו למאן דחולק בסימן רס"ח וס"ל דבנפל לא אמרינן גלי דעתיה, היינו דוקא בנפילה דלאו קנין הוא כלל, אבל למ"ד דרכוב קנה כיון שהתחיל לעשות קנין דאוי מבטל הקנין דרבנן, דהא אפילו בקנינים דאוי כשהתחיל לעשות קנין המעולה אמרינן דגלי דעתיה שלא יקנה בקנין הגרוע, כמו במסירה ומשיכה בסימן קצח/יב ומכ"ש קנין דרבנן נגד קנין דאורייתא, אבל למאן דס"ל דרכוב לא קנה כלל לא אמרינן גלי דעתיה כמו בנפילה, וממילא קונה רכוב מכח הד' אמות למאן דס"ל דאף במקח וממכר קונה ד"א.

כתב **רע"א** גבי בהמה כפופה, דבנ"י כתב דזה ספק בפ"ק דב"מ אי קנה או לא כיון דלאו דרכוב בכך ולדעת הרא"ש והטור פשיטא להו דקנה.

סעיף ד

ע"פ **ב"ק נב**. ו**הרמב"ם** פסק **בשו"ע** "המוכר עדר לחבירו או שנתן לו במתנה, כיון שמסר לו משכוכית היא הבהמה המהלכת בראש העדר והכל נמשכים אחריה (**רמב"ם**) כדעת רבי יעקב, ודלא כר"י דהביא גם לישנא קמא דגמ' דהיינו זוג שמקרקש בה וכוונתו שאין מחלוקת ביניהם אלא מר כי אתריה ומר כי אתריה, אין צריך לומר משוך וקני, ואם משך העדר אפילו שלא בפניו קנה, דמסירת משכוכית הוי כאומר לו משוך וקני", ו**ברמ"א** ע"פ **הגה"מ** "מכר לו ספר א' (חלוק לשנים) ונתן לו

חציו והלך ומשך או הגביה השני [שלא מדעת חבריו] לא קנה, דלא דמי החצי שנתן לו למשכוכית (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) – ועי' רי"ז ע"פ קידושין כז: "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".

סעיף ה

ע"פ ב"מ ט. והרמב"ם פסק בשו"ע "המוכר בהמה לחבירו או נתנה לו במתנה ואמר קנה כדרך שבני אדם קונים (סמ"ע): לא בעינן שיאמר כן בפירוש אלא סתמא נמי הו"ל כאמר ליה הכי), אם משך (בסימטא או בחצר של שניהם, סמ"ע) או הגביה קנה, אבל אם רכב עליה, אם בשדה {או בסימטא (טור)} קנה, ואם בעיר {ברשות הרבים} לא קנה, לפי שאין דרך בני אדם לרכוב בעיר. לפיכך אם היה אדם חשוב שדרכו לרכוב בעיר, או אדם מזולזל ביותר שאינו מקפיד על הלכו בעיר רוכב, כגון המטפלין בגידול הבהמות או העבדים, או שהיתה אשה, אן שהיה ברשות הרבים שהרבים דוחקים שם (כלומר אפילו בינוני), הרי זה קונה ברכיבה, והוא שתהלך בו", אולם דעת הרא"ש והטור דבינוני לא קנה ברה"ר, וכתב בד"ה דצ"ל שהיתה לרא"ש גירסא אחרת וזאי רשות הרבים הוא אי אדם חשוב הוא קנה, דלא כגירסת הספרים שלנו "זאי רה"ר הוא קני ואי אדם חשוב הוא קני".

הסמ"ע (יד) תמה על הגהת הרמ"א "ברשות הרבים" ברישא 'ואם בעיר לא קנה', דא"כ יהיו דברי המחבר סותרין זה את זה דברישא כתב דאפילו ברשות הרבים לא קנה לפי שאין דרך וכו' אם לא אדם חשוב או אשה או מזולזל וכדמסיק, ואח"כ בסיפא כתב או שהיו ברשות הרבים, דמשמע דברשות הרבים בכל אדם קונה ומטעם דמסיק דרבים דוחקים ועוברים שם בינו ובין הבהמה וישמט הבהמה מידו בדרך הליכתו, וכתב דאפשר לישב בדוחק ולומר דס"ל לרמ"א דאף דלטור גירסא אחרת, מ"מ אינו חולק עם הרמב"ם בדינא ומודה לרמב"ם דברשות הרבים גמור דבקעי בה רבים ודוחקים שם זה את זה דקונה ברשות הרבים ברכיבה, ושהטור מיירי ברשות הרבים דלא שכיחי בה עוברים ושבים כולי האי, דשם אין דוחקים ולא שייך טעם דיפסיקו עוברים ושבים בינו לבהמתו, ומ"מ איכא בושא לבינונים שמתביישין לרכוב כיון דעכ"פ רבים נמצאים שם, ועפ"ז לא סתרי זה את זה, דהרמ"א ברישא בעיר ברשות הרבים מיירי ברה"ר דלא שכיחי ביה טובא כולי האי, ובסיפא מיירי במקום דשכיחי ביה טובא, אבל זה דוחק דא"כ לא הו"ל לרמ"א לסתום ולכתוב ברישא ברשות הרבים סתם, וגם הטור הו"ל לחלק בין רשות הרבים לרשות הרבים, וצ"ע.

עמש"כ המחבר בסיפא דקונה ברה"ר דרבים דוחקים שם, הקשה הקצות (ב) דכיון דרכוב קונה הוא מטעם משיכה במאי דאזלא מחמתיה ואין משיכה ברה"ר אלא בסימטא, וכתב הנתניבות (ב) דאפשר דס"ל כדעת התוס' דמשמע מדבריהם דאי אמרינן רכוב קנה קנה מטעם מוסירה דמצרפין קנין מוסירה לקנין דאזלא מחמתיה ובצירוף שניהם קונה, דכיון דע"י צירוף של משיכה דאזלא מחמתיה וע"י מוסירה נגמר הקנין, ומוסירה אינו קונה רק ברה"ר ומשיכה אינו קונה רק בסימטא, אם כן אין לחלק ברכיבה בין סימטא לרה"ר כיון דע"י צירוף שניהם באה הקנין, לכך אין לחלק בין סימטא לרה"ר, ועוד כתב לתרץ דמיירי הכא ברכב עליה מרה"ר לסימטא, דאז א"צ להוליכה לסימטא רק כל שהוא כמבואר בסימן קצח/יד מטעם כיון דעכ"פ משכה כולו, משא"כ ברה"ר שאין רבים דוחקים שם לא קנה, והטעם דכיון שמצרפין לקנין שעשה בסימטא מה שרכב עליה ברה"ר שהוא שלא כדרך בני אדם משיכה לא קנה, אבל אם רכב עליה מרה"ר לסימטא ועשה שם משיכה גמורה דהיינו שבא עם כל הבהמה לתוך הסימטא, קנה אפילו ברה"ר שאין רבים דוחקים, כיון שעכ"פ עשה קנין גמור כדרך בני אדם מה שרכב עליה בסימטא ומה בכך שעשה מתחילה שלא כדרך בני אדם.

סעיף ו

ב"מ ט: "בעי רבי אלעזר האומר לחבירו משוך בהמה זו לקנות כלים שעליה מהו, לקנות מי אמר ליה קני אלא משוך בהמה זו וקני כלים שעליה", וכתב ה"ה דע"פ הרמב"ם דלקמן מפורש הענין כך - לקנות משמע להבא כמו לעשות לדבר וכיון שכן פשוט הוא שלא קנה דהוא הדין לאומר תקנה אחר כך – וז"ל השו"ע ע"פ הרמב"ם "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}." ודלא כרא"ש דדוקא כשאומר משוך בהמה זו לקנות כלים שעליה איכא למימר כיון דעיקר הדבר שהוא מושך אין נקנה לו עם הכלים לא אמרינן שהקנה לו אלא אתה אומר לקנות ולא אני אבל כשאומר לו משוך חפץ זה לקנותו ליכא למיתלי במידי וכאלו אמר לו קנה אותו.

סעיף ז

ע"פ **כתובות פב.** והרמב"ם פסק בשו"ע "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. (קידושין ס. -) וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמיי."

עמש"כ המחבר דאפילו היתה עומדת באגם, כתב הסמ"ע (יו) דכ"ש כשעומדת ברשות הלוקח או ברשות שניהם, ומ"מ בעינן שיעמוד באגם ולא ברשות הרבים וכ"ש ברשות מוכר, דא"כ לא סגי ליה במעכשיו אלא צריכין שיתנה בעל מנת, אולם הש"ך (ד) חלק דאגם לאו דווקא וה"ה לרשות הרבים דאורחא דמלתא וכן הוא ברי"ו ודלא כתמיהת הב"י עליו דלא דק.

סימן קצח - דין קניית מטלטלין איזה במשיכה ואיזה במסירה ומה דינו במעות

שבידו

סעיף א

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

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, 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, ורבי יוחנן אמר מיד למעוטי קרקע דלית בה אונאה וריש לקיש אם כן לכתוב קרא וכי תמכרו ממכר מיד עמיתך אל תונו או קנה למה לי שמע מינה למשיכה".

פסקו הרמב"ם **תוס' רא"ש** ועוד דהלכה כרבי יוחנן, וז"ל השו"ע "דבר תורה מעות קונות אבל חכמים תקנו שלא יקנו המטלטלים אלא בהגבהה או במשיכה (ע"פ ב"ב נ"ו ורמב"ם -) 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 עץ, אבל אם היה טעון של אגוזים או של פלפלים או של שקדים וכיוצא בהם, שאין אחד יכול להגביהו (ויש טורח גדול), הרי זה נקנה במשיכה. {ויש חולקין (טור) וס"ל דאפילו בעצים נקנה במשיכה, הואיל ואיכא טורח להתיר ולהגביה, וע"ל סי' ר' סע' ז' בדין משיכה והגבהה}."

כתב הסמ"ע (א) דמקור הלימוד שכסף מן התורה קונה לפי רש"י נלמד מ-"ונתן הכסף וקם לו", ואילו הנ"י חלק דאין למידין הדיוט מהקדש, אלא סברא הוא כיון דרוב הקנינים נעשים בכסף. [דעת הרי"ף דנלמד מק"ו דעבד עברי ומה אם גופו קונה בכסף ממנו לא כל שכן, ולא הובא כאן בפוסקים].

כתב הסמ"ע (ג) שאם קידש המוכר אשה במעות שקיבל מן הלוקח, דמקודשת דלחומרא לא עקרו בתקנתן דברי תורה. הפת"ש ציין לפתחי תשובה בסימן כ"ח באבן העזר דהביא דיד המלך הסתפק בזה. רע"א תמה על הסמ"ע דהא לפי הטושי"ע בסע' טו המעות נעשה הלואה ויכול להוציאם וליתן אחרים תחתיהם א"כ פשיטא דמקודשת כמו בלוה מעות וקידש בו וכ"כ הפנ"י בסוגיה, וכעין זה העיר ה^הנתיבות והוסיף דלכ"ע אחר שקיבל מי שפרע ודאי דאינו יכול לקדש בו אשה [יש לציין לריטב"א

שכתב "כיון דמדרבנן אינן קונות הפקר בית דין הפקר ואף לרבי יוחנן אינה מקודשת" למאן דאמר דלית ליה למוכר רשותא להוציאם, וחלק על רש"י שלמד בו כדינא דסמ"ע].

כתב **הדגו"מ (פת"ש א)** דלפי הסמ"ע אם קנה במשיכה לחוד וקידש בו אשה ובא אחר וקידשה, נימא שצריכה גט משניהם, דלא עקרו חכמים בתקנתן דין תורה שהוא לחומרא דמשיכה לא קניא, אמנם כתב **שבנו"ב** חזר בו ואם קנה במשיכה יכול לקדש בו אשה מן התורה.

כתב **הפת"ש (ב)** בשם **השע"מ** דבדבר שדרכו בהגבהה אף שכבר נתן לו כל המעות אינו קונה במשיכה, וראה לקמן בשם האמרי בינה.

כתב **הקצות (א)** דדעת התוס' דהיכא דליכא כסף כגון מציאה ומתנה ודאי אליבא דכ"ע משיכה קונה מן התורה דלולי כן במה יקנה מן התורה אולם דעת הרמב"ן דגם מתנה אינו נקנה אלא בחליפין או בחצירו או באגב (הובאו גם ברע"א), והקשה הקצות על הרמב"ן דכיון דחצירו אינו אלא מטעם יד או מתורת שליחות וכיון דידו ממש אינו קונה לו למ"ד מעות קונות מה העדיפות של חצר, ונשאר בצ"ע. **הנתיבות (א)** פסק כתוס', ועוד כתב (חי' ב) דבמקום דליכא חסרון מעות כגון שהגבהו בעד חוב, משיכה קונה מדאורייתא, ואם המטלטלין היו תחת יד אחר ואמר המוכר לנפקד תן לפלוני, והלוקח נתן המעות, בזה הוי תן כזכי, כיון שהמוכר אסור לחזור בו מטעם מי שפרע הוי כחוב דאמרינן ביה תן כזכי, ואין המוכר יכול לחזור בו כבסימן רל"ה, ואם היה בפני הלוקח אף הלוקח אינו יכול לחזור בו.

עוד כתב **רע"א** דבירושלמי מסתפק בדבר שאין דרכו לגררו אם קונה בגרירה מדין משיכה.

סעיף ב

כתב **השו"ע "הגבהה י"א שצריך להגביה ג' טפחים (רש"י בקידושין כ"ו מתורת לבוד), וי"א (ר"ת שם) דסגי בהגבהה טפח (כדאשכחן בערובין ע"ט גבי שיתופי מבואות, וכתב הגה"מ דיש לדחות דשאני שיתופי מבואות דרבנן)".**

כתב **הסמ"ע (ד)** בסברת ר"ת דכיון דהוא בידו הרי הוא כאילו הוא ברשותו, ותמה **הנתיבות (ג)** דוודאי כשלקחו בידו אפילו ליכא טפח קנה דידו קונה מטעם חצירו אלא דפלוגתייהו הוא באם לא הגביה בידו רק שהוגבה מכחו, ועוד כתב דאם בולט חוץ לידו שאינה גבוהה מן הקרקע טפח, אז הדין כך, דאם בולט למעלה נגד אויר ידו, קנה מטעם חצר כמו נגד אויר חצירו, דלא בעינן מחיצות כשהוא נח כמבואר בגיטין דף ע"ט, אבל אם בולט לצד ידו אינו קונה מטעם ידו רק מטעם הגבהה, ובעינן שיהיה מוגבה למר ג"ט ולמר טפח וגם בעינן שיהיה על האופן המבואר ב-רסט"ה (וראה עוד מש"כ קצה/ד).

סעיף ג

ע"פ שמואל **בב"ב עה:** ודלא כרב, וה"ה לשאר מטלטלים כמבואר **ברמב"ם והרא"ש**, פסק **בשו"ע** "משיכה שאמרו, צריך שימשוך החפץ כולו ויוציאו מכל המקום שהוא בו", וביאר **הסמ"ע (ה)** ההבדל מבעל חיים בסימן הקודם שמספיק הזזת יד ורגל דכיון דהתחילה לעקור ידה ורגלה תזוז שוב מאליה בכל גופה, משא"כ בשאר מטלטלין, ומש"כ דיוציאו מכל המקום שהוא בו ביאר (ו) דר"ל אף כשהוא בסימטא מקום שהמשיכה קונה בו, צריך למשכה בו מלא אורכו של אותו דבר שקונה ויגיע סופו למקום שהיה ראשו תחילה, ואם היתה ברה"ר כיון שמשכה מלא ארכה, אפילו לא משכה לסימטא רק כל שהוא סגי (נתיבות בדבריו).

סעיף ד

ע"פ דברי **רש"י והרא"ש** בסוגיה דגונב כיס בשבת **בב"ב פו**. פסק **בשו"ע** "דברים שאין דרכם להגביה, אי אגבהינהו קנה".

סעיף ה

מה דין לוקח ששילם ולא משך ונשרפו החיטים? והאם רשאי המוכר להשתמש במעות?
(סע' טו) האם ע"י תנאי יכול לקנות בכסף? והאם יש בתשובות לשאלות אלה ללמד על גדר קנין מעות?

קנה מטלטלין בכסף והמטלטלין היו מבוטחים, האם מועיל קנין זה?

ע"פ ב"מ מז: (הובא בסע' א') פסק בשו"ע "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 (ואף אם אינו יכול להשתדל ולהציל, צריך להחזיר ללוקח מעותיו אף אם לא חזר בו המוכר, סמ"ע בשם הרמב"ם). וע"פ ברייתא בדף מט לרבי שמעון ומדר"ש נשמע לדרבנן וכ"פ הרי"ף רמב"ם רא"ש - "לפיכך אם היה ביתו של לוקח, שיש בו החפץ שנמכר, מושכר למוכר, העמידוהו על דין תורה, שהרי מצוי הוא אצל ביתו ויכול להציל (ודלא כרי"ו דדוקא כשהלוקח דר בבית תחתיו אבל אם שכר לוקח בית בפני עצמו למוכר יכול לחזור בו לוקח. כתב הסמ"ע דסברת המחבר כיון דביתו הוא מצוי שם להציל ביתו ולא יסמוך אהצלת המוכר שדר בו ואגב יציל גם הפירות משא"כ בפירות בלא בית דאף שקנאן מ"מ אינו מצוי אצלן וגם לאו כ"ע דיני גמירי וסברי שעל המוכר להציל כיון שהן עדיין בידו עיי"ש ובש"ך סק"ה). (ע"פ הרמב"ם והרא"ש דומיא דהיתה עלייתו של לוקח מושכרת ביד מוכר -) וכן השוכר המקום שאותם המטלטלים הנמכרים מונחים בו בא' מדרכי קניית השכירות שנתבארו בסי' קצ"ה [סעיף ט'], קנה המטלטלים שבו (ע"פ קידושין יא ועוד) ואין שום א' מהם יכול לחזור בו (ש"ך: דדוקא כשהשכיר לו החצר מתחלה ואח"כ הקנה לו המטלטלים אבל שניהם כאחד לא), (ע"פ לישנא קמא שם בגמ' כרמב"ם -) והוא שתהא חצר המשתמרת לדעת השוכר או שהוא עומד בצד המקום ההוא (ודלא כלישנא בתרא דפסקה הרא"ש דדוקא במציאה הוא דבעינן שיהיה עומד בצד שדהו כשאינה חצר משתמרת אבל במתנה כיון דדעת אחרת מקנה אותה כיון שמשתמרת לדעת הנותן אף על פי שאינה משתמרת לדעת המקבל קנה אפילו אינו עומד בצדה, ובש"ך תמה על הרמ"א דבסימן ר' הביא דעתו וכאן שתק).

הקשה הסמ"ע (ז) דלפי הטעם שיתמהמה וכו' גם בקנין סודר לא היה לקנות, ויישב דכל זמן שלא קיבל המוכר דמי שיווי הפירות מציל הוא הפירות כי לא נחא ליה לילך אח"כ עם הלוקח בדינא ודיינא, ומזה הטעם נמי בסיטומתא בסימן ר"א ולא חשו שיאמר המוכר נשרפו חיטיך בעליה (נתיבות: כ"כ בשיטה). עוד הקשה דהשתא דאמרו מעות אינן קונות יאמר המוכר ללוקח אחר שנותן לו מעות נשרפו מעותיך בעליה, ויישב דבמעות אין טירחא בהצלתן ודאי יצילם המוכר, משא"כ בפירות. עוד כתב דהא דעקרו קנין מעות לגמרי ולא תיקנו שלא יקנה עד דאיכא תרומתו נתינת מעות ומשיכה, משום תקנת השוק שיכולין לקנות מהר במשיכה לחוד, א"נ משום חשש שמא ימשוך הלוקח קודם נתינת המעות ויבוא דליקה בבית הלוקח ולא יצילם ויאמר למוכר נשרפו חיטיך בעליה. כתב הנתיבות (ד) דבחליפין שוה בשוה לא שייך תירוץ הסמ"ע, ובקנין סודר ובסיטומתא אף דנתן מעות קנה, דלא פלוג חכמים, והובא בפת"ש (ג), ודלא כדמשמע בסמ"ע, ובשו"ת חת"ס הסכים כנתיבות דקנין סודר או סיטומתא הוא כקונה בהגבהה, דלא נזכר בשום מקום חילוק בין דיהיב זוזי או לא, והטעם כיון דחכמים תיקנו לו דהגבהה קנה ובטוח במקחו בלי זוזי, אם הלוקח נותן זוזי למוכר איהו דאפסיד אנפשיה ומה להם לחכמים בזה וא"כ ה"ה בסיטומתא שקונה ע"פ המנהג שהוא כקנין מן הדין. עוד כתב הנתיבות (ד) דבמעות אפילו לא נתן רק מקצת מעות לא קנה רק למי שפרע, אף דלא שייך הטעם דנשרף חיטיך בעליה כיון דעקרו קנין מעות, לגמרי עקרוהו, והביא ראיה מחולין דף פ"ג בנתן דינר על הבהמה דאינו קונה רק בארבעה פרקים ולא בשאר ימות השנה, והובא בפת"ש (ג), ודלא כדמשמע בסמ"ע בסימן ר"א דבלא קיבל כל המעות מעות קונות, וכ"פ בשו"ת רע"א כנתיבות.

עמש"כ המחבר גבי השוכר מקום וכו', כתב הש"ך (ו) דכן השואל את המקום קנה המטלטלים שבו, וכתב בשם הריטב"א דחצר שאין לאדם רק דריסת רגל ללכת בו לבית שיש לו במקום אחר אינו כחצרו לקנות לו, ומי שהשאל לחברו חצרו לכך דלאו כחצר שאולה היא לקנות לו

דאין חצר שאולה קונה אלא כששאולה לו להשתמש בה ובללכת בה לחוד אין לו בה אלא הליכה לבד, וכתב הש"ך דה"ה בשכירות. במש"כ הש"ך דהיינו דוקא כשהשכיר לו החצר מתחלה ואח"כ הקנה לו המטלטלין אבל שניהן כאחד לא, התקשה **הקצות** (ב) דאמרינן בגיטין ע"ז גבי חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה דחצירה וגיטה באין כאחד והכא נמי, וכתב דאפשר דגבי גט דחצר דאיתתא מדין יד אתרבי אמרינן דגיטה וידה באין כאחד אבל חצר דגברא דמתורת שליחות לא אמרינן חצרו ומתנתו באין כאחד, וכתב דזה במח' רא'.

כתב הרמ"א ע"פ הג' **מרדכי** ע"פ הירו' ווי"א דאם היו המטלטלין במקום דליכא למיחש לדליקה (בבית) נקנו במעות (ושאר אונסין לא שכיחי כולי האי, סמ"ע), ודלא כב"י דכתב דאין נראה כן מדברי הפוסקים וכן לא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים ועוד כי הדליקה מצויה בבית כמו בעלייה ורבנן חדא מינייהו נקטו, **אולם הדרכ"מ** כתב דמידי דהוה אהיתה ביתו של לוקח מושכר למוכר או להיפך קונות דלקמן "מיהו יש לחלק דשאני התם דלאו בשיעור תליא מילתא אבל היכא דצריכין לשער הבית אם ראוי לדליקה או לא אפשר דלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורין" אך סיים דמ"מ קשה לסתור דברי הירו' ופוסק מפורסם מכח סברא בעלמא. הש"ך (ט) פסק כב"י והביא סברותיו ושכן פסק הב"ח וכן נראה מלשון הרמב"ם שהעתיק המחבר.

כתב הפת"ש (ו) דלפי סברת הב"י והש"ך דלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורין, א"כ אפילו לפי מה שנהגו עכשיו באלו המדינות שיש חבורת סוחרים שמשלמים למי שיארע לו דליקה בסחורתו באם שישלם לחבורה הנ"ל אחוז הנהוג, וזה מכר הסחורה שכבר נרשם בחבורת הסוחרים הנ"ל הנקרא סאראנס [ביטוח], אף דבזה לא שייך כלל החשש שמא תיפול דליקה והמוכר יתמהמה ולא יציל, דאדרבה טובה היא לגביה שישלמו לו בשלימות כפי מה ששם הסחורה בעצמו, מ"מ גם בכה"ג לא נקנה במעות, משום דלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורין, ועי"ל דגם בכה"ג שייך תקנת חכמים כדי שלא יגיע הפסד לאנשי החבורה, ולפי טעם זה אפשר דלא מהני בכה"ג אפילו אם התנה הלוקח דמעות יקנו, וכתב בפסקי המשפט (אות ד) דבימינו למעשה קנין כסף מועיל מדין סיטומתא לפי מהרש"ם ועוד אחי, וכ"ש באופן שיש עליהם ביטוח, והקונה לא יפסיד.

חז"ל הפקיעו קנין מעות, מה הדין אם התנה שיקנו המעות?

עוד כתב הרמ"א ע"פ הב"י וכן אם **התנו בהדיא** דמעות יקנו קנו (בין שהתנה הלוקח בין שהתנה המוכר ושתק הלוקח כשהתנה כן בתחילת המקח, סמ"ע). הב"י כתב דין זה ולמדו מדאמרינן בקידושין דף כ"ו (סימן קצ"ח) גבי קרקע בכסף במקום שכותבים שטר דאי אמר אי בעינא בכסף אקנה קנה, **אולם הדרכ"מ** חלק על לימוד זה דהתם אינו תקנת חכמים שלא יקנה כסף רק שהוא במקום שנוהגין לכתוב שטר ולכן קונה כסף כשהתנה אבל במקום תקנת חכמים אימא לא פלוג חכמים בתקנתן ואע"ג דלקמן בהמשך הסימן וריש סימן קצ"ט יתבאר דלפעמים מעות קונות מ"מ היינו במלתא דלא שכיחי או במקום דליכא למיחש לטעם תקנתן אבל היכי דשייך טעם תקנתן דיש רשות ללוקח להתנות בזה לא שמענו, אך **לדינא הדין אמת** דמאחר שתקנו חכמים לטובת הלוקח והוא אומר אי אפשרי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו.

אולם הש"ך (י) חלק על הב"י והרמ"א ודחה הלימוד וכמש"כ הדרכ"מ דאינו יכול להתנות לעשות קנין מדבר שאינו קנין ולא דמי להתם והיינו שכתבו כל הפוסקים סתמא דמעות אינן קונות ולא חלקו בכך, ועוד דמבואר בכתובות נ"ו דאף בדבר של ממון אם מתנה על דבר שתקנו חכמים תנאו בטל דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, והביא שכ"כ הריטב"א בקידושין כ"ה שכל מקום שאמרו חכמים שאין קנין מן הקנינים אע"פ שפירש המוכר והלוקח שיקנה בו אינו קונה והרי הוא כאלו אמר שיקנה באמירה בעלמא ולא אמרו בש"ס ואי פריש פריש אלא בכסף בקרקעות שדינו לקנות אלא דבמקום שכותבין את השטר לא סמכא דעתיה ולפיכך אם פירש שיקנה בכסף וסמכה דעתיה בהכי קונה כדינו. **הקצות** (ג) הוכיח כרמ"א מבכורות י"ג דמבואר דאפילו למ"ד משיכה אינה קונה בעכו"ם אפ"ה אם התנה לדון בדיני ישראל מהני ואינו אלא מצד התנאי, וא"כ מוכח דכל מידי דהוי קנין בשום מקום מהני ליה תנאה שיהיה מועיל, וה"ה בקנין כסף לדיון כיון דהוי קנין בעכו"ם לדעת כמה פוסקים, וכן בקרקעות ודאי כסף קונה, מהני תנאה שיהיה נקנה בקנינו. **הנתיבות** הביא שתי הדעות וכתב שהב"ח כתב (כסברת הדרכ"מ ובלי לצינו) דשאני הכא כיון שלא

עקרו חכמים קנין המעות רק משום טובת הלוקח יכול להתנות ולומר לא נחא לי בתקנתא דרבנן שהוא לטובתי, והפ"ש (ז) למד בדעתו שפוסק כרמ"א וציין גם לקצות דלעיל הסובר כן.

באר שיטת הרמב"ם בגדר קנין מעות במטלטלין.

כתב הרמב"ם (מכירה ג, א) "דבר תורה משנתן את המעות קנה ואין אחד מהן יכול לחזור אבל חכמים תקנו שלא יקנו המטלטלין אלא בהגבהה או במשיכת דבר שאין דרכו להגביה", וכתב באמרי בינה (דיני הקניינים סימן ה) דמבואר מדבריו דדבר שדרכו להגביה אין קנין במשיכה ואמאי הא דבר תורה מעות קונות רק חכמים חששו שלא יקנו מטעם דיאמר נשרפו חיטך בעליה וכיון שהוציא מרשות המוכר נוקמיה אדין תורה ויקנו המעות ואמאי לא מהני משיכה בדבר שדרכו להגביה, אלא ודאי כיון דחז"ל עקרו לקנין מעות לא מהני, רק בעי קנין הראוי לו, דבר שדרכו להגביה בעי קנין הגבהה ושדרכו למשוך מהני משיכה, וכן כתב בהל' ד' "נמצאת למד שהלוקח מטלטלין אע"פ שנתן כל הדמים יכול לחזור בו וכן המוכר יכול לחזור בו עד שיגביה או ימשוך דבר שאין בו הגבהה או ימסור המוכר ללוקח דבר שאין דרכו להמשיך", מבואר מדבריו דדבר שדרכו בהגבהה אינו קונה אף אם נתן מעות ומשך, ואמאי נימא כיון דמ"מ הוציא מרשות המוכר ולא שייך החשש דשמא יאמר נשרפו חיטך בעליה יקנו לו המעות, אלא ודאי כיון דחכמים עקרו לקנין כסף בעינן שיעשה הלוקח קנין המועיל לקנות שיהיה קונה בו אף אם לא היה נותן הדמים ונתינת דמים אינו עושה קנין רק למי שפרע.

סעיף ו

שכירות של מטלטלין האם קונים בכסף?

ע"פ הר"ן פסק בשו"ע י"א דשכירות המטלטלים נקנה בכסף, דליכא למיחש שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה, דכיון שהגוף שלו טרח ומצילי ודומיא דסעי' הקודם.

בפת"ש (ח) כתב שרע"א בב"מ הניח דין זה בצע"ג דבנ"י כתב בשם הרשב"א דשכירות מטלטלים ג"כ אין מעות קונות וכ"כ במראות הצובאות דמשמע ברש"י כרשב"א וא"כ לכל הפחות ליהוי ספיקא דדינא, וגם בשער משפט האריך לתמוה כנ"ל איך סתם המחבר אף להוציא מן המשכיר, וכתב ליישב פסק המחבר דכיון דדבר תורה מעות קונות אלא שחז"ל תיקנו דליבעי משיכה, וא"כ כיון דאיכא ספיקא דפלוגתא דרבוותא אי תקנת חז"ל היתה ג"כ בשכירות מטלטלין, מוקמינן לה אדינא דאורייתא דמעות קונות ומוציאין מיד המשכיר, דלא אתי ספק תקנה ומוציא מידי ודאי דאורייתא ונמצא יסוד זה ברב המגיד, אולם בנאות דשא כתב דגבי תקנות של חכמי התלמוד לא אמרינן כן לפי שתקנותיהם דין תורה נקרא, וכל מה שהוא ספק בתקנתם הו"ל כמו ספק בדין דהמוציא מחבירו וכו'.

סעיף ז

ע"פ משנה ב"ב עו: ומסקנת הגמ' שם וכחכמים ולא כרבי, פסק בשו"ע "הספינה", הואיל וא"א להגביה ויש במשיכתה טורח גדול, ואינה נמשכת אלא לרבים (ע"י רבים), לא הצריכה משיכה אלא נקנית במסירה וכן כל כיוצא בזה (ב"י: דכלים כבדים נקנים במסירה - רמב"ם וראה לקמן), ואם אמר לו לך משוך וקני, אינו קונה הספינה עד שימשכנה כולה ויוציאנה מכל המקום שהיתה בו, שהרי הקפיד המוכר (רבנן סברי קפידא) שלא יקנה זה אלא במשיכה", וכ"כ הרמ"ה שכל המטלטלין נקנין במסירה, וכתב הטור דאולם חילק היכא דלא מסר ליה מקנה לקונה מידו לידו אלא א"ל חזק וקני ואזיל ותפיש בה אפילו שלא בפניו א"נ תפש בה בפניו בתר דארצי מוכר לאקנויי ליה כה"ג אמרינן מידי דבר משיכה הוא אינו נקנה במסירה אבל היכא דמסר ליה מקנה גופיה לקונה מידו לידו כדי לאקנויי קנה אפילו במסירה, ודלא כר"י דלא מיקני במסירה אלא ספינה ובעלי חיים וטעמא משום דמסירה דידהו הוי כמו משיכה וכשאוחז בספינה בחבל ומנענע כל שהוא הולכת מכחו על פני המים הלכך אפילו לא הלכה כלל קני לה במסירה וכן בבע"ח אבל בשאר מטלטלין לא מהני מסירה.

ביאר הסמ"ע (טו) דמש"כ "שימשכנה כולה" כלומר מלא ארכה, ואי איירי בעומדת ברה"ר או בחצר שאינה של שניהן לא סגי במשיכה מלא ארכה ברה"ר לחוד, אלא בעינן שימשכנה מרה"ר לסימטא או לחצר של שניהן, ושם לא בעי דיחזור וימשכנה מלא ארכה וכמ"ש המחבר בסעי' י"ד, ולא בא אלא ללמדנו דלא מהני לו בכה"ג דקפיד מסירה לחוד, אלא בעינן שימשכנה כולה וכדינא דמשיכה.

סעיף ח

ע"פ הראי' שהוזכרו בסימן קצ"א פסק כאן **השו"ע** כר"י רמב"ן רשב"א ועוד ודלא כר"ת (המוזכרים בעיקר בתוס' ב"ב עו.) וז"ל "מסירה זו שאמרו, אין צריך שימסרנו מידו ליד לוקח, אלא כיון שאחז בה הלוקח בפני המוכר או במצותו, הוה ליה מסירה", וראייתם (כמבואר בגר"א) מב"ב דף ע"ו "אי דאמר ליה לך חזק וקני" וכן מדף ע"ה "אחזה בטלפים" דמשמע מעצמו.

סעיף ט

ע"פ **ב"ב פד.** והרמב"ם פסק בשו"ע "מסירה אינה קונה אלא ברשות הרבים ובחצר שאינה של שניהם {והכניסה שם שלא ברשות בעל החצר (רשב"א, דאלי"כ הו"ל חצר של זה שהרשהו או של שניהם, סמ"ע)}. ומשיכה אינו קונה אלא בסימטא או בחצר של שניהם (אע"פ דאין משיכה בלא מסירה ומסירה קונה ברשות הרבים, מ"מ כיון דגלי דעתיה לקנות במשיכה קנה דוקא במשיכה, סמ"ע וכמבואר ברא"י), והגבהה קונה בכל מקום. {אמר ליה המוכר לקנות במסירה או במשיכה, במקום שאין קונין, לא מהני ולא קנה (ר"ן), וכתב הסמ"ע דאין זה בכלל מש"כ המחבר בסעי' הבא, דהוה אמינא דשאני התם, די"ל דדעת המוכר הוה גם כן שיעשה משיכה במקום דשייך משיכה, דהיינו שימשכנה כולה מרשות הרבים לסימטא}."

סעיפים י – יב

ע"פ **ב"ב עו:** ודברי ה"ה בהקשר לסעי' הקודם פסק בשו"ע (י) "לפיכך אם היתה הספינה עומדת ברשות הרבים, 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".

עוד ע"פ **ב"ב עו:** פסק בשו"ע (יא) "היתה עומדת בסימטא או בחצר של שניהם, אינה נקנית אלא במשיכה ולא במסירה" (ראה בגר"א דרך הלימוד).

ע"פ ה"ה בשם הר"י מגאש והרשב"א פסק בשו"ע (יב) "היתה עומדת בר"ה ולא אמר להם המוכר כלום, והלך הלוקח ומשך, לא קנה עד שימשכנה כדינה מר"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".

במשכנות יעקב (פת"ש ט) ורע"א תמהו על הרמ"א דבסימן רס"ח בדין קניית מציאה הביא דעת החולקים דאף שגילה דעתו דבנפילה נחא ליה דליקני ולא בדי' אמות אפ"ה קני וזה שלא כדעת הרשב"א, ובמל"מ תירץ דשאני התם דבשעה שיש לו ד"א באותה שעה כיון לקנות, ואע"ג דאין דעתו לקנות בדי' אמות מ"מ הרי כוון לקנות באותה שעה, משא"כ הכא בשעה שנמסר לידו לא היתה דעתו לקנות אלא במשיכה ועדיין לא משך שמשיכה צריך להיות מרה"ר לסימטא.

סעיף יג

ע"פ **רבינו יונה** פסק בשו"ע "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", וכתבו הב"י והסמ"ע (יט) ע"פ הרשב"ם (ב"ב עו: 'לא קשיא') דה"ה מסירה בספינה ברשות הרבים לא מהני א"כ מונחת על המים.

סעיף יד

ע"פ **ב"ב עו:** והרמב"ם פסק בשו"ע "דבר הנקנה במשיכה שהיה בר"ה או בחצר שאינה של שניהם, ומשכו הלוקח לרשותו או לסימטא, כיון שהוציא מקצתו (ואין צריך למשכו בחצר של שניהם או בסימטא כדי כולו היינו מראשו לסופו כדין משיכה אם היה עומד כולו בסימטא, אלא כיון דמשכו כולי האי מרשות הרבים לסימטא, תו אין צריך למשכו בסימטא כדי כולו, סמ"ע ע"פ הרא"י) מר"ה או מרשות שאינה של שניהם קנה, מאחר שמשכו כולו והוציאו מכל המקום שהיה בו (כן למדו הרמב"ן

ועוד מכתובות ל"א גבי הגונב כיס בשבת דמשמע דבמשיכת הכיס קנה המעות אע"פ שלא הוציא כל הכיס) "ודלא כר' יונה דאינו קונה עד שימשוך כל הכלי.

סעיף טו

מה הדין בראובן שמכר לשמעון מטלטלין ונתן הלוקח את הדמים או מקצתן ולא משך וחזר בו אחד מהם ואמר המוכר ללוקח בוא וטול מעותיך ונגנבו או נאבדו ברשות מי נגנבו או נאבדו?

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

ב"מ מט. (רש"י) "ההוא גברא דיהיב זוזי אשומשמי לסוף אייקר שומשמי הדרו בהו ואמרו ליה לית לן שומשמי שקול זוזך, לא שקיל זוזיה, **איגנוב**, אתו לקמיה דרבא אמר ליה כיון דאמרי לך שקול זוזך ולא שקלית לא מבעיא שומר שכר דלא הוי אלא אפילו שומר חנם נמי לא הוי, אמרו ליה רבנן לרבא והא בעי לקבולי עליה מי שפרע אמר להו הכי נמי (או משלם השומשמיין או יקבל מי שפרע). **אמר רב פפי אמר לי רבינא** לדידי אמר לי ההוא מרבנן ורב טבות שמיה ואמרי לה רב שמואל בר זוטרא שמיה דאי הווי יהיבי ליה כל חללא דעלמא לא הוי קא משני בדבוריה - בדידי הוה עובדא (אותו מעשה דשומשמיין על ידי היה, ולא כן היה, שאילו קיבלתים לתת את השומשמיין - לא הייתי חוזר בי בכל חללו של עולם, ולא על כן באנו לדין) ההוא יומא אפניא דמעלי שבתא הוה והוה יתיבנא ואתא ההוא גברא וקאי אבבא אמר לי אית לך שומשמי לזבונא...".

כתב **הרי"ף** דרב פפי ורבינא לאיפלוגי אדינא דלישנא קמא אתו ולומר דבההוא גוונא לא הוה אמר רבא דאפילו שומר חנם לא הוי ולא איתמר בגמרא בהדיא מאי דיניה, והביא בשם **רב האי** דכיון דמצי לאפוקינהו להני מעות דהא להכי יהבינהו ניהלילה ה"ל כהלואה גביה ואפילו אמר ליה תא שקול זוזך ולא אתי ואיתניסו מחייב בהו ואע"ג דמשלם בעי לקבולי מי שפרע ומילי דטעמא אינון הילכך כל כמה דלא קביל עליה מוכר מי שפרע קיימי זוזי ברשותיה ואי איתניסו איתניסו ליה ואע"ג דאיתנהו זוזי בעיניהו, וכ"ד **תלמידי הרשב"א** דאע"פ שאמר לו תא שקול זוזך הווי זוזי ברשותיה עד דמקבל עליה מי שפרע משום דמי יימר דמקבל דילמא לא מקבל ולמדו כן מדברי רש"י, וכן דעת **הרמב"ם**.

וז"ל השו"ע ע"פ **הרי"ף רמב"ם** ודעימיה "הנותן דמי המטלטלים או מקצתן, וחזר בו הלוקח וא"ל המוכר בוא וטול מעותיך, הרי המעות אצלו כמו פקדון (כשומר חנם דפטור מגניבה ואבידה), 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 (**רמב"ן**), וכן דעת **ה"ה ברמב"ם**, **ודלא כראב"ד** דאינו אלא כשומר שכר ואינו חייב אלא בגניבה ואבידה, **ובתשובת הגאונים** תלה אם בתורת דמים לקח או בתורת פקדון), **עד שיקבל עליו מי שפרע** ויאמר לו אחי"כ בוא וטול את שלך (ע"פ **הר"ן** -) ואז אי איתנהו בעין הנך זוזי ממש דיהיב ליה לוקח פטור. אבל אם הוציאם (דמותר דאנו חשובים כשולחני ויכולים להשתמש אע"פ שלא נגמר המקח, רא"ש) וייחד אחרים תחתיהם וקבל מי שפרע, י"א (**רשב"א**) שחזרו הלואה וחייב אפילו באונסים עד שיבאו לרשות לוקח, ויש מי שאומר (**רמב"ן**) שאפילו הוציאם כיון שקבל עליו מי שפרע ונותנם לו אף על פי שלא רצה הלוקח לקבלם פטור".

הנתיבות (ו) כתב דהרמב"ן והרשב"א נחלקו אי נתינה בעל כרחו הוי נתינה או לא דטול את שלך הוי כנתינה. עוד כתב דנראה ברור דאם אמר הלואה טול שלך ואמר המלוה יהיה בידך פקדון דפטור, כיון דטול שלך כנתינה דמי והלה נתרצה, הרי נתינה בריצוי לכ"ע הוי נתינה, ולא דמי להא דסימן ק"כ דאם אמר המלוה יהיה בידך פקדון דלא נפטר, דשם איירי שלא אמר הלואה טול, או באופן שלא היה יכול לומר טול כגון בתוך הזמן, דלא היה נתינה מיד הלואה, אבל כשאמר לו טול דהיה נתינה והלה נתרצה, כ"ע מודו דנתינה בריצוי הוי נתינה, ולא פליגי רק בנתינה בעל כרחו כנ"ל.

סימן קצט – יש דרכים שמעות קונות ויש זמן שמעות קונות

סעיף א

[היה לקונה מעות בידו אך לא ידע מנינם ואמר לחבירו מכור לי חפץ שלך במעות אלו, ולקחם המוכר ולא דקדק לידע מנינם, האם נקנה החפץ? פרט.]

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... רב הונא סבר לה כרבי יוחנן דאמר דבר תורה מעות קונות ומפני מה אמרו משיכה קונה גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעלייה מלתא דשכיחא גזרו בה רבנן ומלתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן".

וז"ל השו"ע "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 ללוקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו, מפני שהוא דבר שאינו מצוי ולא גזרו ביה רבנן {ואפילו ידע הלוקח מנינם, רק שאמר למוכר מכור לי באלו, והמוכר לא דקדק במנינם יש אומרים דקנה (ב"י ע"פ תלמיד הרשב"א, וכתב הב"י דאפשר דגם הרמב"ם ס"ל כן אף דפשיטות משמע דסובר דאין אחד מהם יודע דכתב "חפן מעות בלא משקל ובלא מנין")".

כתב ה^{נתיבות} (א) עמש"כ המחבר דאינו יודע מנין המעות דה"ה אם קנה פירות בלא מנין בדמים ידועים קנה (כט"ז בסימן רכ"ז ודלא כסמ"ע הסובר דזה שכיח וא"כ לא קנה), ודוקא כשאין המדה ידועה, אבל מטלטל שאין שומתו ידועה הוא שכיח כיון שיכול לשום אותו במחשבתו ואינו קונה במעות, וכעין זה בקיצור ברע"א.

סעיף ב (עם סימן ר"ד)

מי שהיה חייב לחבירו מחמת הלואה או מכר, ומכר קרקע או מטלטלין, האם קונה למי שפרע או לגמרי? (ראה גם רד"י)

ע"פ **ב"מ מו:** גבי סוגיית "שור בפרה" ופירוש הר"ח ר"ן ברי"ף ועוד פסק בשו"ע "וכן ראובן שמכר מטלטלין לשמעון במנה, וקנה שמעון המטלטלין ונתחייב לראובן בדמים, ואחר כך היה לשמעון מטלטלים אחרים למכור וא"ל 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 (ה"ה וסמ"ע: מה שהקשה הרמב"ן מהא דאמרין בקידושין מ"ז המקדש במלוה אינה מקודשת וכו' מלוה להוצאה ניתנה במה קנאו אלמא לא מיקנו זביני במלוה ואפילו מעות מלוה בעינייהו וכ"ש הני דליתנהו בעינייהו, יש לחלק בין מלוה מחוייבת מחמת מכר למלוה מחוייבת מחמת שהלוהו ממש מעות בעין, דחייב הנעשה מחמת מכר אינו מצוי ולא תקנו בו משיכה וה"ל כאילו לא נתחייב לו מעולם במעות וכאילו החליפו פרה בשור, אף דעתה אין המעות בעין ובמה קונה י"ל דעשאו חז"ל כאילו המכר הראשון הוא בעין והחליפו עם הדבר שמוכר לו עתה. נתיבות: הטעם לפי המחנ"א דכשמכר לו בעד מזומן ואינו רוצה לסלק לו במעות, דהרשות ביד המוכר לבטל המקח ואין כאן מקח כלל, וכיון שיכול לבטל המקח שפיר הוי כחליפין והוסיף דלפ"ז בעינן שיהיה בעין החפץ הראשון) אבל אם היה עליו חוב שלא מחמת המכר וא"ל מכור לי מטלטלין בחוב שיש לי אצלך ונתרצו שניהם, לא קנה (ה"ה ע"פ הרא"י דלעיל, ולדעת הרמב"ם מכירה ז'ד ושו"ע רד"י הריהו כנותן דמים ונמצא במי שפרע, ובקרקע קנה לגמרי, והרא"ש חולק גבי מטלטלין דאינו אפילו במי שפרע, וברשב"א מביא ירו' דמפורש דלא כרמב"ם גם בקרקעות דאינו קונה ולענין קרקעות). {מיהו י"א (רמב"ן) דמיירי דוקא שאמר ליה מכור לי בהנאת מחילת הדמים שיש לי אצלך (ובזה איירי בסוגיה דזה לא שכיח ולא גזרו, ב"י ברא"ש), אבל אם אמר ליה מכור לי בדמים שיש לי בידך, לא קנה, ועיין לקמן סימן ר"ד סעיף י"י}." כל זה דלא כרב האי דהסוגיה למ"ד מטבע נקנה בחליפין ולא נפסקה להלכה.

בסימן רד/י המשיך השו"ע "מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר ליה מכור לי מטלטלין אלו בחוב שיש לי אצלך, ורצה המוכר, יש אומרים (רמב"ם) שהרי זה כמי שנתן דמים וכל החוזר בו מקבל מי שפרע, ויש חולקים {ואומרים דאינו קונה (ראב"ד רא"ש ועוד) אלא בהנאת מחילת מלוה, אפילו לא מחל לו לגמרי רק שהרויח לו זמן הפרעון ואמר ליה יקנה לי חפץ שלך בהאי הנאה, הוי כנותן לו מעות (רא"ש)}". הסמ"ע (שם, טז) דקדק בטור גבי הנאה הרווחת זמן "שהגיע" זמן לפרוע דאז מחשב הנאה גמורה, אבל אם עדיין לא הגיע הזמן אף שמרויח לו הזמן יותר לא מחשב בזה הנאה כל כך.

כתב הסמ"ע (ג) דלפי הרמב"ן דקונה מטלטלין בהנאת מחילת המלוה, היינו דווקא במחילת חוב כזה הבא מחמת מכר דאינו שכיח, אבל מחילת שאר חוב לא עדיף ממעות עצמן דאין קונון במטבע מטלטלין קנין גמור כי אם לענין מי שפרע וכסימן רד/א, אבל קרקע דנקנית במעות נקנית בכח"ג.

הקצות הביא שיטת השטמ"ק בסוגיה ליישב קושית הרמב"ן, ולא העמיד כדבריו ב"הנאה", אלא הכא עסקינן דאית ליה לשמעון הני זוזי ברשותן שנתחייב לו מדמי השור, ולא דמי למלוה דאית ליה רשותא לאפוקה דמעת שנתחייב לו דמי השור ואית ליה לא מצי לאפוקי ומחייב למיפרע ליה מיד הלכך הוי כפקדון גביה והוי כנתינת מעות בעין, והקצות דחה דאטו מי שנתחייב מעות בעד מקח קנה להני זוזי דאיתנהו ברשותו, כיון דאפילו יחד לו מעות אין מטבע נקנה בחליפין ומכל שכן היכא דלא יחד לו וא"כ ודאי יכול להוציא הני זוזי, ואי משום דלא ליהוי רשע ולא ישלם, במלוה נמי כל שהגיע זמנו אינו רשאי לדחותו בלך ושוב וצריך לפרוע.

כתב השב"י (פת"ש א) על דין המחבר דה"ה וכל שכן אם רוצה לקנות בחזרה אותן מטלטלין עצמן שזהו אינו מצוי כלל שימכור ואח"כ יחזור ויקנה אותן כלים עצמן, רק שדיברו הפוסקים בהווה יותר ועוד דלא נוכל לפרש כן לשון הש"ס "יש דמים שהן כחליפין" דלא שייך אלא בחפץ אחר ודין זה נלמד מכח כל שכן, אולם כתב הפת"ש דמדברי הרב המגיד משמע דלא כמותו וצ"ע.

כתב **הקצות** (ד) דהיכא דאיכא משיכה ומוכר לו בעד חובו מהני לכ"ע אפילו אינו אומר בהנאת מחילה, לפמשי"כ התוס' בע"ז דאפילו למ"ד מעות קונות במציאה ומתנה דליכא מעות לכ"ע במשיכה, וא"כ ה"נ במוכר בעד חובו סגי במשיכה דלא גרע ממצאה ומתנה כיון דאינו מחוסר כסף, וה"ה בזה אינו מחוסר כסף דמוכר לו בעד חובו והרי נתקבל חובו, ודוקא היכא שמוכר לו בעד כסף ועדיין לא קיבל את הכסף הרי מחוסר כסף, אבל זה המקח אין לו דמים ואינו קונה אלא בעד חובו והרי מוחל לו חובו וחשיב כאילו קיבל דמיו, וכיון דאינו מחוסר כסף קונה במשיכה גרידא כמו במתנה.

עמש"כ הרמ"א שבהרויח לו זמן הפרעון קנה כתב **הקצות** (רד, ה) דנקנה בהנאת הרווחה היינו דוקא בקרקע אבל במטלטלין כה"ג אינו במי שפרע, דמקח הנעשה באיסור אינו במי שפרע וכמש"כ הרמ"א בסימן ר"ט סעיף ו' דאם פוסק באיסור כגון עד שלא יצא השער ליתיה במי שפרע, ומכל שכן הכא דהו"ל איסור תורה של ריבית קצוצה דליתיה במי שפרע, וקשה על הרמ"א שכתבו לענין מי שפרע, דהא דארווח זימנא הוי באיסור ואין בזה משום מי שפרע. **בנתיבות** (ג) יישב דמיירי דוקא בזבינא דרמי על אפיה דליכא הנאת לוקח, ורוצה לשלם לו כל דמי המקח רק שיהיה הרווחת זמן לשם קנין, אז קנה, עיי"ש.

הנתיבות (ב) הרחיב בשיטת הרמב"ם דאפילו חוב שלא מחמת מכר הוי כנותן דמים (ובקרקעות קנה) ותמיהו עליו דהא בקדושין מ"ז אמרינן דאף במכר מלוה לא קנה, ודעת ה"ה דהרמב"ם אינו סומך על אותה הסוגיא דהאיש מקדש מכח ההיא דאמרינן בב"מ יש דמים שהן כחליפין כיצד החליף דמי שור וכר"ח דאינו מחלק בין הנאת מלוה למלוה עצמה, וכתב **הנתיבות** לבאר שיטתו דלמד כן מסוגיין דיש דמים שהן כחליפין, דהרמב"ם מיירי אחר זמן פרעון וביאר ע"פ התרומות שאם עבר הזמן שקבע לו לפרוע שיכול המלוה למוכרו אפילו לרבא דאחר זמן פרעון למפרע הוא גובה ואפשר דהרמב"ם ס"ל אפילו תוך זמן פרעון דמהני כיון שהלוה כאן ומחל לו הרחבת הזמן פרעון הוי כאילו כבר הגיע הזמן פרעון משא"כ בקידושי אשה דלא שייך ביה גוביינא אינה מקודשת, ובגמ' דקדושין דאמר בפשיטות דמלוה אינה קונה במכר, מיירי שאינו נותן המלוה שיש לו אצל חבירו רק לקנין, כגון שקונה קרקע של מאה מנה ויש לו אצל חבירו חוב פרוטה ונותן אותה פרוטה להלוה בתורת קנין שיקנה בו השדה, דהקרקע נקנית בכסף ואפילו בפרוטה, ואפילו כשנותן לו הפרוטה במתנה ע"מ להחזיר כמבואר בסימן ק"צ, ובכה"ג ודאי לא קנה כיון דלאו גוביינא הוא, וכסף לא הוי כיון דלהוצאה ניתנה ואינו בעין.

בתשובת חת"ס (פת"ש ג) כתב דלכ' משמע דס"ל לרמב"ם מלוה הוה ככסף ממש וקונה מן התורה קנין גמור כמו כסף, ואך מדרבנן אינו קונה שלא יאמר נשרפו כו', ולפי"ז באותן שקונים בכסף קנין גמור כגון בד' פרקים דסעי' ג', גם במלוה קונה קנין גמור, אך מדברי הרב המגיד לא משמע כן, דכתב דקונה קנין גמור בבא מחמת מכר אע"פ שאין כאן במה לקנות דרואין כאילו החליף הפרה בשור ולא דמיהן שאינם בעין, וזה לא שכיחא ולכן לא אמרינן תקנת חטים, ומשמע דס"ל דאי לאו דהוה כמחליף המטלטלים זה בזה לא היה המלוה קונה קנין גמור דאיננו ככסף, וכתב דצ"ל ברמב"ם דקונה למי שפרע אפילו לא בא מחמת מכר דקנין מלוה עדיף מדברים וגרוע מכסף, ועיקר דינו שמוסרים אותו למי שפרע, ולפי"ז הקונה במלוה גם בד' פרקים אינו קונה קנין גמור רק למי שפרע, וכתב עליו הפת"ש דדבריו צ"ע.

סעיף ג

כנס לחנות בערב שבת ושילם למזכר כסף ליין או לחלות ולא הגביה ואחר כך בא אחר והגביה לפני הגבהת הראשון מי זכה? ציין מקור ונמק.

ע"פ ת"ק במשנה חולין פג. וכהעמדת רבי יוחנן בגמ' דכן פסקו הרי"ף והרמב"ם פסק בשו"ע "יש זמן שמעות קונות, שהעמידו חכמים דבריהם על דין תורה בבשר בארבעה פרקים, ואלו הם ערב יום טוב האחרון של חג שהוא חג בפני עצמו ומרבין באכילת בשר (אבל ערב יום טוב הראשון של חג טרודים במצות סוכה ולולב, ואחרון של פסח אינו חג בפני עצמו, וערב יום כיפור אוכלים בשר עוף, סמ"ע ע"פ הרא"י), 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 (ופשוט דאם נתן בעד דמי כולו מפסיד כולו, סמ"ע). {ויש מי שכתב דה"ה הנותן מעות על יין לקידוש בערב שבת דקנה (וה"ה נותן פרוטה לנחתום כיון דמקדשין נמי על הפת, קצות), דכל כה"ג (דהוא מצוה, דרכ"מ) העמידו דבריהם על דין תורה (מהרי"ל)"}." הרא"ש הביא גם את אוקימתת רב שמואל בר יצחק דזיכה לו על ידי אחר בארבעה פרקים הללו דזכות הוא לו, זכה, וגם רבי יוחנן מסכים לזה, רי"ו.

רע"א ציין לרמב"ם בעירובין וכ"פ השו"ע סי' שס"ט דאף דעירובין מצוה אין מעות קונות בנידון שם ודלא כמהרי"ל, והמג"א נשאר בזה בצ"ע מהכא, וכתב רע"א דלפי"ז יכול לומר קים לי ויכול לחזור.

סעיף ד

ע"פ גיטין נב. פסק בשו"ע "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 (תוס')} ובזו בלבד חלוק דין היתומים מדין שאר בני אדם, אבל בשאר החלוקות דין היתומים שוה לשל כל אדם לענין זה {ודוקא יתומים, אבל הקדש וצדקה קונה במעות, ולכן אם נתן אחד דמים להקדש על המקח ונתייקר, אין הקדש יכול לחזור בו (מרדכי ור"ן), וכתב הסמ"ע דנקט האי בבא לרבנותא דאע"ג דיש להקדש פסידא בזה אפ"ה אינו יכול לחזור בו, וכתב הש"ך דה"ה איפכא באם נתן גבאי דמים לאחר לצורך הקדש אין הגבאי יכול לחזור דהא בהדיא קאי במי שפרע)}."

ביאר הסמ"ע (ט) דהא דהוי ש"ש כלומר להתחייב בגניבה ואבידה בהנאה דהיה ברשותו דהלוקח לאכלן ולעשות בהן כל מה שירצה קודם שחזרו בהן היתומים, ולא חששו בזה שאם נעמידנה על דין תורה יאמר הלוקח לאפוטרופוסים או יתומים נשרפו או נאבדו חטיך בעליה, כיון דבגניבה ואבידה ושמירת הפירות הלוקח נתחייב כש"ש ואינו נפטר אלא בשריפה ובשאר אונסים, והוא דבר שאינו שכיח, לא חששו לזה, ולא תיקנו משום חשש שיאמר נשרפו חטיך אלא כשיש זולתו עוד חששות והיזקות השכיחות שיהיה לו מתוך הקניה.

עמש"כ המחבר דבשאר דינין דין היתומים כדין כל אדם, כתב הסמ"ע (י) דאם קיבלו היתומים דמים ולא משך הלוקח הפירות ונתיקרו הפירות, חוזרין בהן כשאר כל אדם, ואם הוזלו ורוצה הלוקח לחזור חוזר ומקבל עליו מי שפרע, דאלי"כ אם יצטרכו מעות לא ימצאו מי שיתנם להם עד שיתנו הם

פירות. עוד כתב דאם לקחו היתומים פירות ומשכום ולא נתנו הדמים והוקרו, קנאום כשאר כל אדם, ואם הוזלו, לא נאמר שנעמידם על דין תורה שלא יקנום אלא בכסף ויחזרו בהן, שא"כ כשיצטרכו הן פירות לא ימצאו מי שימכרו להן עד שיתנו המעות קודם, ובנתנו הן המעות ולא משכו הפירות והוזלו, חוזרים בהן כשאר כל אדם, הוקרו, יכול המוכר לחזור בקבלת מי שפרע, דאל"כ יאמר המוכר נשרפו חיטיך או נאבדו בעליה, שברשותכם היה משעה שנתתם המעות, ואין לומר דכשישרפו יחזרו בהן כמו בשהוזלו, דאינו מן הסברא דיהא הפירות בזמן היוקר ברשותן ואח"כ כשישרפו יחזרו לרשות המוכר.

על הגהת הרמ"א כתב הש"ך (ב) ע"פ קידושין כ"ט דמי שמשך חפץ של הקדש והוזל אינו יכול לחזור דלא יהא כח הדיוט כו' ואי הוקר אינו קונה במשיכה אלא בכסף דרשות הגבוה אינו נקנה אלא בכסף.

עמש"כ הרמ"א דצדקה איננה כיתומים אלא כהקדש האריך **הקצות** (ג) דזה במח' רא' דלפי התוס' הקדש קונה מדאורי' בכסף ולכן תמיד יקנה בכסף אבל יתומים קונים בכסף רק מתקנ"ח לכן תקנו רק במקום שזה לטובתם והיינו שמכרו במשיכה שיכולים לחזור, ממילא צדקה שאין דינה כהקדש מדאורי' כדמוכח לענין ריבית ואונאה וכו' הרי שדינה כיתומים, ולפי המרדכי הקדש לא יכול לחזור בו כשקבל מעות כיון שיש בזה זילותא להקדש כשחוזר במקום שיש בו משום מי שפרע משא"כ ביתומים ממילא כיון שגם לענין צדקה ומעות ביהכניס יש להמנע מזילותא לכן דין צדקה כדין הקדש, והלכה כתוספות שכן דעת רשב"א ור"ן ודלא כרמ"א, ולכן אם אחד קנה מהקדשות דידן או מצדקה במעות או הם קנו במעות, יכולין לחזור ביוקר וזול, אולם דעת **הנתיבות** (ג) כרמ"א דאכן צדקה אין דינה כהקדש לענין דינים הנלמדים מ"רעהו" כיון שעניים הם ודאי בכלל "רעהו" מ"מ לענין גדרי תפיסת הצדקה על המעות יהיה דומה לדין הקדש שהוקש בפסוק "בל תאחר בפיך" ודרשינן 'בפיך זו צדקה' (ע"פ יעזר משפט').

פרט לפחות ארבעה מקרים שמעות קונות.

1. אם ביתו של לוקח שיש בו החפץ שנמכר, מושכר למוכר, העמידוהו על דין תורה, שהרי מצוי הוא אצל ביתו ויכול להציל (שו"ע קצח/ה). 2. השוכר המקום שאותם המטלטלים הנמכרים מונחים בו בא' מדרכי קניית השכירות שנתבארו בסימן קצה/ט קנה המטלטלים שבו (שם). 3. שכירות מטלטלין (שו"ע קצח/ו, ויש חולקים) 4. מכור לי באלו (סעי' א). 5. מכור בדמים שיש לי בידך מדמי המכר (סעי' ב ולרמ"א דווקא בהנאת מחילת הדמים) 6. קונה בחזרה אותן מטלטלין (שבו"י, והפתי"ש נשאר בצ"ע). 7. מוכר בשר בארבעה פרקים (סעי' ג) 8. קונה לדבר מצוה (רמ"א סעי' ג, ומג"א בצ"ע). 10. הקדש וצדקה (רמ"א סעי' ד' ועיין בקצות, וראה במחבר גבי יתומים).

סימן ר - דין קניית מטלטלין על ידי חצירו וכיצד קונה כליו

סעיף א (עם סימן רמג סעי' כ - כב)

מה הדין אם ראובן הפקיד אצל שמעון חפץ ועכשיו שמעון רוצה לקנות את החפץ מראובן ופסקו הדמים, האם שמעון צריך לעשות קנין המועיל או שקונה מדין חצר?

האם חצר משתמרת לדעת המוכר מועילה לקנין?

ב"ב פה. "ברשות מוכר לא קנה עד שיגביהנה או עד שיוציאנה מרשותו, ברשות לוקח כיון שקבל עליו מוכר קנה לוקח".

משנה ב"מ יא. "ראה אותן רצין אחר מציאה.. ואמר זכתה לי שדי זכתה לו", 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... איתיביה רבי אבא לעולא מעשה ברבן גמליאל וזקנים שהיו באים בספינה אמר רבן גמליאל עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו.. וכי רבי יהושע ור"ע בצד שדהו של רבן גמליאל היו עומדים? אמר ליה מטלטלי אגב מקרקעי הקנה להם, רב פפא אמר דעת אחרת מקנה

אותם שאני, אמר ליה רב שימי לרב פפא הרי גט דדעת אחרת מקנה אותו ואמר עולא והוא שעומדת בצד ביתה או בצד חצרה.. אלא אמר רב אשי חצר אתרבאי משום יד ולא גרעה משליחות". כלומר יש תרי לישני, א' לא שנה לן בין מציאה למכר ומתנה דכולהו בעינן שיהא עומד בצד חצרו אם היא חצר שאינה משתמרת, וב' לרב פפא דוקא במציאה בעינן שיהא עומד בצד שדהו אבל במכר ומתנה כיון דדעת אחרת מקנה אותם אפילו אינו עומד בצד שדהו קנה.

כתב הרא"ש שהרי"ף לא הביא דברי רב פפא ומשמע שאין מחלק בין מציאה למתנה וסבר כשינויא קמא דמטלטלי אגב מקרקעי הקנה להם, וחלק עליו דיותר נראה כרב פפא דבתראה הוא וגם רב אשי מתרץ דבריו מה שהקשו לו מגט למתנה, והרמב"ם כרי"ף, וכתב ה"ה דלדעתם מתנה שווה למציאה ובעינן עומד בצד החצר, וביאר הרי"ף דלדעתם רב אשי לאו לפרוקי אליבא דרב פפא בלחוד אתא אלא כי היכי דלא תיקשי לדידן גט דאפילו במשתמרת בעינן עומדת בצד ביתה ותירץ רב אשי דחצר אתרבאי משום יד הילכך בגט בעינן סמוכה לה דומיא דיד ולא גרעה משליחות כלומר נקיט ליה סתמא לרב פפא כדאית ליה אפילו באינה משתמרת ולדידן דוקא במשתמרת משום דסבירא לן דאינה משתמרת לא דמיא לשליחות שהשליח משמר וזו אינו כן אבל משתמרת כשליחות היא וזכיה במתנה משום שליח ובמציאה לרב פפא מאותם הטעמים למעלה ולדידן מתקנת חכמים שמשום יד אי אפשר כיון שבמתנה אינה קונה אלא מתורת שליחות.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "היו מטלטלין ברשות הלוקח המשתמר לדעתו או שהוא עומד בצד אותו רשות {וי"א דבעינן דוקא בתוכו אבל חוצה לו לא (ה"ה)} (משנה וגמ' ב"ב שם -) כיון שקבל עליו המוכר למכור, קנה לוקח ואע"פ שעדיין לא מדד, והוא שפסק דמים", ואילו הרא"ש ומרדכי פסקו כלי"ב כרב פפא דבתראה הוא וגם רב אשי מתרץ דבריו וכ"פ הרמ"א "ויש חולקין וס"ל להו דבמכר או מתנה אם משומר לדעת המוכר או הנותן (דוקא משומרת דאל"כ גם הרא"ש מודה דאינו קונה, ב"י וסמ"ע) סגי וקנה וכן נראה להורות (הג' מרדכי -) מיהו אם המוכר השכיר לו חצר עצמו, והמטלטלין שמוכר לו מעורבין (ר"ל מונח בצידו כל זמן שלא נחלק ממנו לגמרי, סמ"ע) עדיין עם שאר מטלטלין של מוכר, מקרי חצר שאינו משומר ולא קנה". וז"ל השו"ע בסימן רמג (כ) חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שאינו עומד שם, כיון שהגיע המתנה לחצירו כאילו זכה בה אחר. (כא) בד"א בחצר המשתמרת, אבל בחצר שאינה משתמרת כגון שדהו וחורבתו, עד שיהיה עומד בצדה ויאמר זכתה לי שדי {ויש חולקין (רא"ש) כמו שנתבאר לעיל סי' ר'"}, וביאר הסמ"ע שם (לו) דדעת הרא"ש דכיון דיש דעת אחרת מקנה אותו ומתנה וה"ה במכר, אין צריך שיהא משומר לדעת המקבל מיהו עכ"פ בעינן שיהא משומר על דעת הנותן או באי כחו, ולא כלבוש דכתב טעם החולקין משום דהנותן מתנה בעין יפה הוא נותן דלהאי טעמא במתנה דוקא חולקין ולא במכר.

הש"ך (א) כתב דעיקר כמחבר דהכי מוכח בקידושין כ"ז דבעי למפשט התם מעובדא דר"ג דבעינן צבורים במטלטלי אג"ק וכו' אלמא דלא ס"ל לסתם דש"ס כשנויא דרב פפא דאל"כ היכא פשוט מהתם דילמא התם לאו מדין אג"ק הוי אלא מטעם חצירו וכשנויא דרב פפא, והאריך דכן סברי הריטב"א ר"ן, ועוד וסיים "איני כדאי להכריע והוי ספיקא דדינא אבל להורות לכתחלה וכמ"ש הרב ודאי לא נהירא שכבר בררתי שדעת רוב הפוסקים כהרי"ף והרמב"ם ושכן עיקר".

הנתיבות (א) כתב ליישב הוכחת הש"ך, דאף דאיתא לדרב פפא וקני מטעם חצירו מ"מ בעינן ג"כ לטעמא דאגב, דנהי דבמעשר שנתן לר' יהושע אפשר לומר דהקנין היה מטעם חצירו, מ"מ בהא דמעשר עניים שנתן לר"ע כדי שיזכה בו לעניים אי אפשר לומר כלל מטעם חצר דכתב הש"ך בסימן קכ"ה דכשלא הגביה הנפקד לזכות למקבל ובא לזכות ע"י חצירו, בעינן דוקא שאחר שאמר הנותן לנפקד זכה בשביל פלוני, בעינן נמי שיאמר הנפקד אח"כ יזכה חצירי למקבל, וכיון דלא קתני במתניתין שאמר ר"ע אח"כ יזכה חצירי לעניים כמו דקתני שם וקבלו שכר זה מזה, אלמא דבאמירת רבן גמליאל במה שאמר לר' עקיבא שיזכה בו לעניים לחוד סגי, וזה אי אפשר מטעם חצר, ועל כרחך צ"ל שהקנה לעניים מטעם אגב, וכל הוכחות הש"ס בקדושין לא היה רק מהמעשר עני שנתן לר' עקיבא, עיי"ש שהאריך עוד.

עוד חלק הש"ך (ב) על הגהת הרמ"א בשם הג' מרדכי דבעינן שיהיו הפירות מחולקים, דזה אינו, דלא כתב כן אלא לתירוצא קמא דצריך חצר המשתמרת והלכך כיון שאין הפסק בין הפירות והן מעורבין ה"ל חצר שאינו משתמרת, וא"כ לרמ"א שפסק כרב פפא קנה אף במעורבין וכן להדיא בהג' מרדכי.

על הא דמשמע ברמ"א והסמ"ע (א) דאם אינו משומר כלל אפילו לדעת המוכר ודאי לא קני דהא דמהני דעת אחרת מקנה אינו אלא משום דהוי משומר לדעת המוכר, וזוהי באותו חצר המשומר לדעת המקנה לו, הביא הקצות שבשיטה משמע דבמתנה מועיל גם באינה משתמרת כלל משום דמתנה אינה משתמרת כמשתמרת דמיה, דלעולם היא משתמרת למקבל אף כי החצר אינה משתמרת, כיון דדעת אחרת מקנה אותו הרי אין שום אדם יכול לקנות בו כי אם מדעת המקנה והרי נותנה ומקנה אותה למקבל, נמצא שהמתנה משתמרת למקבל, אף כי אינה משתמרת משאר בני אדם מה בכך מכל מקום אין יכולין לזכות בה, אבל מציאה דהפקר הוא וכל הקודם זכה בה, להכי לא זכי בה באינה משתמרת דאין המציאה משתמרת לבעל החצר יותר משאר בני אדם כיון שהחצר אינו משתמרת "ודבריו נחמדים מפז", וכן למד בהגה"מ, וסיים דאפשר דגם כוונת הרא"ש שכתב ושמירת הנותן חשובה לו נמי כוונתו על דרך שכתב בשיטה כיון דשום אדם לא יזכה בלתי דעת הנותן.

באיזה מקום קונות ד' אמות של אדם ומדוע הוצרך לקנין משיכה? האם יש חילוק בין הפקר למתנה? מה הדין בקדם אדם לכלי או כלי לאדם? ומה הדין בגיטין וקידושין האם קדמו הגט והקידושין לד' אמות?

מדוע תיקנו משיכה בסימטה, הרי החפץ בד' אמות של הקונה? הבא לפחות שלושה הסברים ומה הנפקא מינה?

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 ומסקנת הגמ' דהאי בכל מקום לאו דוקא אלא בשדה דעלמא או בסימטא או בצידי רשות הרבים דלא דחקי ביה רבים אבל ברשות הרבים דדחקי ביה רבים או בשדה חבירו לא, וכתב הר"ן דנראה מדברי הרא" דלא אמרו אלא לזוהי מן ההפקר דלא ליתוי לאנצויי אבל **במכר ובמתנה** דלא אתנו לאנצויי לא, אבל **בירושלמי** משמע דכל שכן במתנה דאיכא דעת אחרת מקנה והא דאמר ר' יוחנן בגיטין ע"ח 'לגיטין אמרו ולא לדבר אחר' לאו לארבע אמות קאי עיי"ש, והקשה הר"ן דא"כ למה הוצרכו חכמים לתקן משיכה ומסירה בסימטא יקנה בארבע אמות וביאר דלא אמרו ד' אמות אלא כשעומד ונתנו לו בתוך ארבע אמותיו, הא קדם כלי לא זכו לו לפי שמקומו של כלי קנוי הוא לבעל הכלי וכ"כ תלמיד הרשב"א, אך סיים הב"י דהרא"ש לא כתב חילוק זה.

השו"ע בסימן רמג/כב סתם ופסק "וכן ארבע אמות של אדם שהוא עומד בצדן, קונין לו בסימטא או בצידי רשות הרבים או בחצר שאין לה בעלים, אבל בר"ה או בשדה חבירו אינו קונה עד שתגיע מתנה לידו". **הב"י** בסימן ר' תמה מדוע הטור לא הביא קנין זה. ז"ל הרמ"א הכא (ר/א) כירו' י"א דארבע אמות של אדם קונין לו כמו במציאה", והש"ך (ר,ד) ביאר תמיהת הב"י דהטור הביאו בסימן רמ"ג, אך הקשה על הרמ"א מדוע הביא קנין זה בלשון יש אומרים, ובמחבר שם כתב בפשיטות.

כתב **הש"ך** (רמג,ט) דדעת התוס' ריטב"א והרב המגיד בשם יש מהראשונים דד' אמות אינם קונות רק במציאה ולא במתנה, ואף דהרא"ש כתב לפסוק ע"פ הירו', י"ל כיון דבש"ס דילן קאמר טעמא משום דלא ליתוי לאנצויי משמע דוקא במציאה ולא במתנה, ועוד כתב דאפילו למ"ד דתקנו ד"א במתנה מ"מ בגנבה דלא יצא מדעת בעלים לא שייך כלל לומר דיתקנו ד"א של אחרים להוציא מרשות בעלים דהא כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא ובעלים לא מסלקי נפשייהו מניה ובמה יצאו מרשות בעלים כן וכ"פ הרא"ש, והוסיף דאפילו בסימטא לא קונה בגניבה.

רע"א (רמג,כב) הוכיח מגיטין דף ע"ח דד"א קונה במתנה.

בסמ"ע (ג) הביא חילוק הר"ן דדווקא כשקדם הוא לכלי שנתנו הכלי לתוך ד' אמות שלו משא"כ אם קדם הכלי לאדם לא קנה, אך סיים דרי"ו ג"כ לא חילק וכן מסתימת הרמ"א משמע דלא חילק. **הש"ך** כתב דנראה דהר"ן כתב החילוק דוקא במתנה ומכר אבל במציאה אין חילוק כדמוכח בגמ' שם, וכתב הש"ך ד"ל כל שכן מציאה למתנה, וכאמור גם ברא"ש ורי"ו לא חילקו, ולגבי קושית הר"ן לדעתם² יש לומר דהא דהוצרכו למשיכה בסימטא היינו חוץ לד"א כגון שמושכו בחבל א"נ³ דעיי משיכה הוי קנין דאוי וקנין ד' אמות אינו אלא מדרבנן (וא"כ הנפק"מ בין התירוצים זה החילוק בקדם הכלי).

הקצות (ד) כתב דסברת חילוק הר"ן דכיון דד"א אינו קונה ברה"ר אלא בסימטא, ובסימטא כל הקודם זכה, ומש"ה בקדם הכלי נעשה רשות מוכר ואין ד"א קונה ברשות מוכר, ובמציאה והפקר שאין לו בעלים קונה ד' אמות אפילו קדם הכלי, ולפ"ז בגיטין וקידושין דמהני ד' אמות אפילו ברה"ר ומשום תקנת עגונות א"כ ברה"ר י"ל אפילו קדם הכלי דשם לא הוי רשות בעלים, ומיהו בגט לא מהני קדם הגט משום דהו"ל טלי גיטך מעל גבי קרקע, אבל נפק"מ גבי קידושין דמהני טלי קידושך מעל גבי קרקע דאם זרק לה כסף קידושין ברה"ר ובאתה האשה אח"כ תוך ארבע אמות דמהני כיון דברשות הרבים ליכא בעלים, והנתיבות (ד) חלק דא"כ אפילו בקדם הבעל גופיה לתוך ד' אמות ברה"ר ואח"כ באה האשה יכול לזרוק לה גיטה וקידושיה, דהא הבעל לא היה לו קנין בתוך ד' אמות ברה"ר רק לאשה, ובהדיא אמרינן בגיטין ע"ח ולחזי הי מנייהו קדים, אלא על כרחך צ"ל דהחכמים נתנו לענין גיטין וקידושין לרה"ר דין סימטא בין לבעל בין לאשה, וכמו שהבעל יכול לבטל קנין הד"א של האשה ברה"ר, כמו כן יכולין כליו ומעותיו של בעל המונחין ברה"ר לבטל קנין האשה, אך מודה הנתיבות שמועיל קנין ד"א בקידושין, פרט כאמור למקרה שקדם כסף הקדושין, וגבי הקושיה ממישיכה כתב ד"נראה בפשיטות" דהוצרכו לתקן באם המוכר עומד שם ג"כ דאז בודאי אין הלוקח קונה בד' אמות, ומשיכה קונה בסימטא אפילו אם המוכר בא שם מקודם וזכה בד' אמות.

האם יש קנין חצר בהקדש? מה דינו של המוצא מציאה בבית הכנסת?

כתב באגודה (במג"א קנ"ד ובקצות א') דאם מצא דבר בבית הכנסת זכה בו ולא אמרינן דחצר בית הכנסת קונה להקדש, דחצר קונה מכח יד ואין יד להקדש, ולמד כן מב"ב ע"ט ברשב"ם, דלא אליס רשות הקדש לקנותו דבהדיוט אתרבי חצר מ'ואם המצא תמצא בידו' אבל לא בהקדש, וכ"כ התוס' דאין מועילין במה שבתוכן דלא אמרינן שיקנה חצר הקדש כמו שקונה חצר דהדיוט, דחצר משום יד אתרבי ואין יד להקדש. התו"ט במעילה חלק על התוס' דאע"ג דחצר משום יד אתרבי לא גרע משליחות ולמה לא יהיה שליחות להקדש דהא הני כהני שלוחי שמים כמש"כ במשנה פ"ד דנדריס וכשהגזבר עומד בצד כל הני דהשתא הוי חצר המשתמרת תקני להקדש, ודוחק לומר דגזבר גופיה שליח דהקדש הוא ואין שליח עושה שליח. בספר צאן קדשים יישב דכיון דלא איפשטא האם שלוחי רחמנא נינהו אפשר לומר דהוי נמי שלוחא דידן, וכיון דהוי נמי שלוחא דידן אעפ"י שהגזבר עומד בצד כל הני לא מצי לאקדושי מה שבתוכו שלא מדעת בעלים.

אולם **הקצות** כתב דנהי דכהני שלוחא דידן אבל גזבר ודאי שלוחא דשמים, דכהנים הוא דבעי לה בש"ס משום דמקריבין קרבנות דבעלים ומש"ה מספקא להו בשלוחא דידן, אבל גזבר ודאי שלוחא דרחמנא ומש"כ בתו"ט מהני כהני שלוחי דשמים אינו אלא לראיה דאיכא שליחות לשמים, וגם מש"כ בצא"ק דכיון דכהני הוו נמי שלוחא דידן אע"פ שהגזבר עומד בצד כל הני לא מצי לאקדשינהו שלא מדעת בעלים, דתימה, בדבר הפקר מאין יהיה להם בעלים, והמים והזבל מעלמא אתו ואין להם בעלים דהפקירא נינהו. הקצות כתב ע"פ התוס' גיטין כ"א דמהלך שאינו דומה ליד כלל לא מהני להיות חצר אפילו משום שליחות דלא הוי חצר משום שליחות אלא חצר שדומה לידו דלהכי אתרבי מידו, א"כ ממילא בהקדש דליכא תורת יד כלל א"כ חצר נמי ליתיה ואפילו משום שליחות דגם שליחות דחצר ליכא אלא הדומה ליד ואין יד להקדש, אולם המשיך דיש לחוש לדעת הרמב"ן דיש חצר להקדש לזכות בו שהביא דברי הרשב"ם דלעיל וכתב דאין מעילה אלא בהקדש שהוקדש ע"י אדם, אבל זה שאינו קדוש ע"י דעת אחרת מקנה אלא ממילא זכי לה הקדש בתורת חצר אין מועילין בו. בנידון דבית כנסת הסכים הקצות עם האגודה דזכה בו אך לאו מטעמא דאין יד להקדש, אלא כיון דבתי כנסיות דין שותפין דהדיוט הוא וכדאיתא להדיא בנדריס ובהדיא תניא בב"מ כדף כ"א דהמוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות הרי אלו, ועיי"ש שעוד האריך בדברי הרמב"ן.

הנתיבות (הקדמה) כתב דליכא מחלוקת כלל בין האגודה לרמב"ן, דבמציאה לא מהני יד הגזבר כיון דגזבר גופיה מטעם דשליח דרחמנא הוא, ובמציאה לא מהני שליחות מטעם שכתב הר"ן דבממון בעינן שלוחו של בעל הממון, וגם משום שהוא חב לאחרני, וכשם שלא עשאו רחמנא שליח לשום אדם לזכות לזה ולחוב לאחרני, כך לא עשאו שליח לזכות להקדש ולחוב לאחרני, ובזה מודה הרמב"ן.

< בדיני קנין חצר בקטן וקטנה (והקדמת הנתיבות לסימן דהכא) ראה סימן רמג/כג.

סעיף ב

ע"פ ברייתא **ב"ב פה**. פסק בשו"ע **"היו ברשות המוכר או ברשות אדם אחר** שהם מופקדים אצלו, לא קנה הלוקח עד שיגביה המטלטלין או עד שימשכם, כמו שנתבאר {שם ובטור - } ומיהו אם שכר המקום שמונח בו או נתנו לו במתנה ובקנין, או אפילו בדבור בעלמא - קנאו **(ב"י)**: לאו למימרא שצריך שיאמר לו זכה לפלוני אלא אף אם אמר פירות שברשותך תנם לפלוני, וש"ך חולק - דוקא שיאמר זכה לפלוני דאלי"כ לא הוי תן כזכי כיון שאינו מוסרם עתה לידו אלא היו מופקדים אצלו, דהשתא הוי ברשותו וקונה לו, והא דמהני דבור בעלמא, היינו ברשות אחר **(ודלא כרשב"ם דאף ברשות מוכר)**, אבל אם מונח ברשות המוכר ואומר יזכה חצרי ללוקח במקח שקנה ממני, לא קנה עד שישכיר לו מקומו ויקנה לו בא' מדרכי הקנייה **(רא"ש)** ואם היו הפירות מופקדים ביד אחר לא סגי שיאמר תקנה חצרי ללוקח, עד שיאמר כן מדעת המוכר **(רמב"ן)**.".

כתב **הקצות** (ה) גבי ראובן שנתן שטר מתנה לשמעון על ביתו ונתן השטר תוך ביתו ואמר לו הנני נותן לך הבית עם השטר מתנה שבתוכו, מי נימא כה"ג חצירו ומתנתו באין כאחד וכגיטין ע"ז דחצירה וגיטה באין כאחד, והרי בשעה שזרק לה הגט תוך חצירה עדיין אינו חצירה אלא ע"י הגט נעשה חצירה, אולם הכא פשיטא דאינו זוכה, דשאני דגט אשה ודעבד לא בעי זכיה שיזכה דרך זכיה כיון דאשה ועבד בע"כ ואין זכיה בע"כ, אלא ודאי דגבי אשה לא בעי רק ונתן בידה וכן בעבד וליכא תורת זכיה והקנאה בע"כ, ומהאי טעמא הא דק"ל בגיטין כ' כתבו על איסורי הנאה כשר, ולפי"ז בשטר מתנה שכתבו על איסורי הנאה דלא מהני, ומשום דגבי שטר מתנה כתיב 'ואקח את ספר המקנה', וע"פ הנ"ל כתב דלא קנה לא החצר ולא השטר.

עמש"כ הש"ך דבעינן דיאמר 'זכה', כתב **הנתיבות** (ה) דאם היה הלוקח במעמד קנה אפילו בתן מטעם מעמד שלשתן, וכשלא היה הלוקח יד הלוקח על עליונה כמבואר בסימן רל"ה סעיף כ"ג, אלא דכאן מיירי שעשאו הלוקח שליח לנפקד, דאז בעינן דוקא זכה, ותן לא מהני כיון שאינו מוסרם עתה לידו, ואפילו לא אמר זכה רק שאמר לנפקד לעשות קנין עבור הלוקח ואמר יזכה חצירי ללוקח קנה.

סעיף ג

כליו של אדם, באיזה מקום קונים לו?

כלי לוקח ברשות מוכר או כלי מוכר ברשות לוקח האם קנה? (וכן לקמן)

ע"פ **ב"ב פד**: פסק בשו"ע כלשון **הרמב"ם** **"כליו של אדם**, כל מקום שיש לו רשות להניחו (כגון בסימטא או בחצר שהיא של שניהן לאפוקי ברשות הרבים) קנה לו, וכיון שנכנסו המטלטלים בתוך הכלי אין אחד מהם יכול לחזור בו והרי זה כמי שהונחו בתוך ביתו {ויש מחלקין **(רא"ש)**, ודלא כר"ף ורמב"ם שסתמו ולא חילקו} דאם אינו ברשות לוקח רק בסימטא וכיוצא בזה אין כליו קונים אא"כ מדד (מדד המוכר ונתנם לתוך כליו דלוקח העומד בסימטא, אבל אם מדד הלוקח קנה במדידה אפילו בלא כליו משום דבשעת המדידה משכן, סמ"ע) **(נתיבות)**: דבר שאין צריך מדידה או שהמדה כבר ידועה קנה בכלי אפילו בלא מדידה) או עד שיאמר לו זיל וקני {לפיכך אין כליו של אדם קונים לו ברה"י ולא ברשות המוכר, אא"כ אמר לו המקנה לך וקנה בכלי זה ואז קנה אם הוא ברשות המוכר".

ביאר **הסמ"ע** (ט) דהמחבר נמשך אחר שיטת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דהיא איבעיא דאיפשטא בגמרא דכליו של לוקח ברשות מוכר אינן קונים, ומטעם דבעינן תרתי דוקא כליו דלוקח ורשותו דלוקח, ומשו"ה נמי כתב אחר זה בסעיף ה' כשם שאין כליו של לוקח ברשות מוכר קונה לו כך אין כליו דמוכר קונים לו ברשות לוקח, ומטעם דתרתי בעינן, ולא כשיטת הרא"ש והטור דס"ל דשניהן הוא איבעיא דלא איפשטא בגמרא אי הכלי בטל לגבי הרשות או לא, ובטור מבואר הנפק"מ דלרמ"ה והרא"ש כיון דתרווייהו ספיקי נינהו אי מתרמי תרווייהו גבי חד לוקח וחד מוכר חד כליו של לוקח ברשות מוכר וחד כליו של מוכר ברשות לוקח דינא הוא דאתי לוקח עליו ממה נפשך ומפיק מיניה חד מינייהו אלא שיד מוכר על העליונה ליתן לו איזה שירצה וה"ה נמי בתרי תובעין וחד נתבע היכא דכתבי הרשאה זה לזה גבי חד מינייהו ממה נפשך.

כתב הש"ך (ז) עמש"כ המחבר בסיפא דאם הוא ברשות המוכר קנה, דה"ה אם נתן לו רשות להניחו שם הכלי קנה, וכן דעת הר"י מגאש, ודלא כרמ"ה, והנתיבות פסק כרמ"ה.

סעיף ד

ע"פ הרמב"ם (ע"פ ב"ב פה: גבי 'בעלה מוכר קלתות', ה"ה) פסק בשו"ע "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".

סעיף ה

ע"פ הר"י מגאש והרמב"ם ע"פ סוגיה דלעיל פסק בשו"ע "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 (ר' יונה ורא"ש)}.

הסמ"ע (יא) ביאר סברת רבינו יונה דלא דמי לכליו של לוקח ברשות מוכר, דשאני התם דהכלי שקונה בו הוא כבר שלו, ואף שהרשות אינו שלו, מ"מ בדיבור זיל קני גלי דעתיה דאינו מקפיד על מקום הנחת הכלי, משא"כ כאן דהכלי שיקנהו לו אינו שלו, ואינו נקנה לו בדיבור בעלמא.

כתב הנתיבות (ט-י) דמ"מ יש חילוק בין כליו של לוקח ברשות מוכר מכליו של מוכר ברשות לוקח, דבכליו של מוכר ברשות לוקח מהני מדידה לדעת המחבר בסעי' ז' וכתב הב"י הטעם משום דכשמדד הוי כאילו אמר זיל קני דמהני לרי"ף, משא"כ בכליו של לוקח ברשות מוכר לא מהני מדידה רק כשא"ל זיל קני כמבואר ברא"ש. עוד כתב על הגהת הרמ"א דכל שכן לדעה זו דפליג גם אסעי' ז' בכור בשלשים דמייירי בכליו של מוכר ברשות לוקח, וקאמר שם דיכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה דמשמע דאחר שגמר מדידת כל הכור קנה, והטעם כנ"ל דמדידה חשיב כאילו אמר ליה זיל קני, וא"כ לדעת הי"א אלו דאפילו זיל קני לא מהני, מכ"ש דמדידה לא מהני, ותמה על הרמ"א שלא הגיה בסעי' ז' דל"א אפילו אחר מדידת כל הכור יכול לחזור בו, ואפשר שסמך עצמו על מש"כ כאן.

כלי בתוך כלי העומדים בחצירו של הלוקח, החיצונה של המוכר והפנימית של הלוקח, והפירות נמצאים בפנימית, אם קנה הלוקח את הפירות?

פסק השו"ע באבן העזר (קלט/ט) ע"פ גיטין ע"ט "שתי קופות זו לפניו מזו פנימית שלה וחיצונה שלו וזרק לה בתוכה גיטה אפילו הגיע לאויר הפנימית אינה מגורשת עד שינוח על צד הקופה הפנימית, במה דברים אמורים כשהיתה מוטה על צדה ואין לה שולים, אבל אם יש לה שולים אפילו נח בקרקעיתה אינה מגורשת, שכלי האשה ברשות הבעל אינה קונה לה גט אא"כ אינו מקפיד על מקומו", וביאר שם הב"ש דבאין לה שולים ע"כ איירי בקרקע שלה דאל"כ קשה הא כלי אינו קונה אפילו בסימטא, ונשמע מכאן כלי של לוקח בתוך כלי של מוכר ועומד על גבי קרקע של לוקח אינו קונה, דאל"כ למה ליה לאוקמי בקופה שאין לה שולים.

הקצות (ו) חלק על הנחת היסוד של הב"ש דכלי של לוקח אינו קונה אפילו בסימטא דהא מבואר בב"ב ושו"ע הכא סעי' ג' דבסימטא כיון שיש רשות ללוקח להניח כליו קונין לו כליו, ואפילו לרא"ש דבסימטא אינו קונה, אם מדד או דאמר ליה זיל קני קונה – והיינו משום דאין דעת המוכר שיקנה לו כליו עד דמדד או שיאמר לו זיל קני ומשום דמחוסר מדידה הוא, אבל גבי גט אינו מחוסר כלל, וא"כ מדובר אף בסימטא. על מסקנת הב"ש לקנין כתב הקצות דאכן לשיטת הרמב"ם כליו של לוקח דאינו קונה ברשות מוכר וכן כליו של מוכר ברשות לוקח דלא קנה לוקח נמי לאו משום ספיקא הוא, א"כ בעינן תרתי דוקא כליו של לוקח וברשות לוקח, אבל לשיטת הרא"ש שניהם משום ספיקא ומש"ה כתב הטור (הובא לעיל) דאי אתרמי תרווייהו גבי חד לוקח וחד מוכר חדא כליו של לוקח ברשות מוכר וחדא כליו של מוכר ברשות לוקח, דאתי לוקח בתורת ממה נפשך ומפיק חד מינייהו, וא"כ השתא בתרי זביני מפיק לטור ממה נפשך דאם רשות מבטל כלי קונה לו כליו של מוכר ברשות לוקח ואם אינו מבטל כלי קונה לו כליו של לוקח ברשות מוכר, מכל שכן כי אתרמי בחד זבינא כליו של לוקח בתוך כליו של מוכר וברשות לוקח דקונה ממה נפשך, אם רשות מבטל כלי קונה לו רשותו ואם רשות אינו מבטל כלי קונה לו כליו המונח בתוך כליו של מוכר, ועוד הוסיף דנראה דאפילו לדעת

הרמב"ם י"ל דכל כה"ג דאיכא תרתי כליו של לוקח וגם רשותו אע"ג דמפסקי כליו של מוכר קני לה שפיר, ואפילו נימא דהרמב"ם כן חולק, אן הא קי"ל כרמ"ה רא"ש וטור דהוא משום ספיקא.

סעיף ו

האם משיכה בכליו של מוכר קנה?

כתבו **התוס'** (ב"ב פה:) גבי בעיא דכליו של לוקח ברשות מוכר אי קנה דבעי למיפשט מדתניא ברשות מוכר לא קנה עד שיגביהנה או עד שיוציאנה מרשותו דמאי לאו בכליו דלוקח, ודחתה לא בכליו דמוכר, דמשמע מהכא דמשיכה מהניא ללוקח בכליו דמוכר דקתני דקנה כשמוציאה מרשותו, וכן כתבו עוד רא' והוסיפו בראיות וכ"פ בשו"ע **"משיכה מהני בכליו של מוכר"**, שאם מדד המוכר ונתן לתוך כליו, ומשכו הלוקח בפניו קנה, ואפילו לא אמר לו משוך הכלי לקנות מה שבתוכו", **ודלא כרמב"ן בשם י"א** דמשיכה לא מהניא בכליו של מוכר.

[כתב **הסמ"ע** (יב) דאף דלעיל סימן קצ"ז כתב המחבר דלשון לקנות לא מהני אפילו לקנות הכלי עצמו, וכ"ש לקנות על ידו מה שבתוכו דלא מהני לשון לקנות, אלא דלא נחית כאן לדקדק באיזה לשון מקניהו, אלא בא לומר דכל שמשכו בפני המוכר א"צ שיאמר לו המוכר משכחו וקניהו באופן המועיל].

סעיף ז

במכירת פירות אמר לקונה אני מוכר לך **"כור בשלושים, סאה בסלע"** והתחיל המוכר למדוד סאה סאה לכליו בסימטא, האם המוכר או הקונה יכולים לחזור בהם? ואם מכר עדר בהמות וקצב מחיר כל אחת מהן וסך של כולן ביחד, ומשך הקונה חלק מהן והמוכר רוצה לחזור, מה הדין?

פסק **השו"ע** ("ע"פ ברייתא וגמ' **ב"ב פו.** -) אין הרשות קונה ולא הכלי ולא משיכה ולא הגבהה **א"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 (ע"פ **ב"ב פח.** -) ואם המקח דבר שדמיו קצובים, אף על פי שלא פסק, קנה (סמ"ע: ר"ל כלים שיש להם קצבה לתנם לעולם בכך וכך וכן נראה ברמב"ם ודלא כרשב"א דפירש דמיו קצובים מפי המוכר). (ע"פ **ע"ז עב.** -) וכן אם א"ל הריני מוכר לך כפי מה שישמוהו שלשה (סמ"ע: לאו דווקא ולדעת הרשב"א מספיק אחד בהסכמה) קנה (ש"ך: וקנה באחד מדרכי הקנאה), אפילו אין דמיו קצובים."

עוד פסק **בשו"ע** ע"פ **ב"ב פו:** **וכרמב"ם** "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 בשלושים 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" ואילו **הרמ"א** פסק **כרא"ש** - "וי"א דכל שגילה דעתו שאינו רוצה למכור רק הכור ביחד, אפילו היה ברשות לוקח **ובכליו של לוקח**, או שמשך או שהגביה, לא קנה א"כ מדדו (דאמרינן ודאי היה צריך לקנות מקח או לשלם חוב בסך ל' סלעין, ופחות מזה לא יעלה המעות בידו לכולם, וכל שלא יהיה במכר כדי ל' סלעין לא ימכור כלל)".

כתב **הש"ך** בשם **הב"ח** דכיון דפלוגתא דרבוותא היא היכא דקיימי זוזי תיקום, **ובנתיבות** (יא) כתב דנראה עיקר כריטב"א דכשנותן לו דמים בעד כל סאה וסאה דראשון ראשון קנה, וראיה ממכר עשר שדות בעשר מדינות ולא נתן דמי כולן ומכל מקום קנה כנגד מעותיו ואינו יכול לומר לדמי כולן הייתי צריך, ודלא כדרכ"מ, ועוד כתב דאיידי הכא דווקא במקום דאיכא גילוי דעת שהקפיד על מכירת כל הכור ביחד, כגון במקום שדרך לפסוק דמים על הסאה והוא פסק על כל הכור, לא קנה.

עוד פסק **בשו"ע** ע"פ **שם** "ואם א"ל **כור בשלושים 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. {וי"א (רמ"ה) דלא קנה ראשון ראשון אלא מטעם שהוא מוחזק, ולכן אם לא נתן המעות, הלוקח יכול לחזור} – טעם שיטה זו דמבואר בב"מ ק"ב דדעת רב דראשון ראשון קנה מסתמכת על כך דמספקא לן אי נלך אחר לשון ראשון דאמר כור בל' דמשמע שידקדק שלא יהא מכר עד שימדוד לו כל הכור או נלך אחר לשון אחרון דאמר סאה בסלע, דאז אמרינן ראשון ראשון קנה, ומספיקא אמרינן המוחזק ידו על העליונה.

עמש"כ המחבר שהם ברשות לוקח כתב הסמ"ע (כא) דגם בסימטא ובחצר של שניהן מיקרי ברשות לוקח כיון שיש ללוקח רשות להניח כליו שם וכמחבר בריש סעי' ג' דהשוה ג"כ סימטא לרשות לוקח, וזהו שמסיק 'אע"פ שלא מדד כמו שנתבאר' ור"ל שם בסעיף ג' דכתב המחבר כן, והרמ"א שם חולק וס"ל דכשהוא בסימטא או ברשות שניהן בעינן שמדדו המוכר.

כתב בפת"ש (ד) בשם ספר כתונת פסים גבי עובד באחד שמכר כ' שוורים כל שור ושור במקח קצוב, ומשך קצת מהשוורים, ואח"כ רצה המוכר לחזור, דפסק דיכול המוכר לחזור דאף דקצב לו כל שור במקח קצוב ודמיה להיכא דא"ל כור בשלשים סאה בסלע דראשון ראשון קנה, יש לומר, כיון דכל שור ושור אינם שוים דיש שור טוב ויש שור גרוע, ומה שנתן מקח קצוב עבור כל שור היינו משום שחשב בדעתו סך הכולל כי כך וכך שוים השוורים בכולל, א"כ כל השוורים ביחד הכל מכירה אחת, ונהי דאמר כל שור בסך קצוב, מ"מ חשבינן הכל כמכירה אחת כיון דאין אחד דומה לחבירו, ומה שנתן דבר קצוב עבור כל שור ושור היינו בכולל, וסיים דעדיין צ"ע.

כתב הרמ"א (תשובת הרא"ש -) 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 (כלומר דהבי"ד ישומו מה שהוא שוה זה שנשאר בחביות ויש עליו חשש חימוץ, וכפי אותו שומא צריך לנכות לו המוכר כשיבוא לשלם לו כל החביות כמו שמכר לו). י"א (רבינו יונה) דכל זה כשמדד המוכר אבל אם מדד הלוקח, קנה בכל ענין, דמדדידתו הוי כמשיכה, ויש חולקין (ראב"ד). כל שנקנה המקח אין אחד מהם יכול לחזור, אף על פי שנפלו חילוקים ביניהם ומיאן המוכר לתת לו מקחו, אלא ידונו אח"כ על מה שביניהם (ריב"ש).

כתב ה^{נתיבות} גבי המקרה דיין דאם השהה היין אצלו קודם העמדה בדין עד שהחמיץ לגמרי א"צ לשלם לו, דיכול הלוקח לומר לו היה לך למכרה תיכף, דהגורם היזק לחבירו א"צ לשלם לו אלא ההיזק שנעשה מיד, והוסיף דמזה יש ללמוד אם ראובן קנה סחורה אצל שמעון שיש לו במקום אחר, ופסק הדמים, וציוה לו לשמעון להביא לו הסחורה, ואח"כ חזר בו הלוקח, דצריך לשלם לו יציאותיו.

סעיף ח

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

ע"פ ברייתא ב"ב פה: פסק השו"ע "הכניס הלוקח את החמורים לביתו עם התבואה שעליהם, אותה משיכה אינה כלום (תוס' -) אפילו אם פסק הדמים ומדד המוכר על החמורים, לא קנה (אא"כ פרקם והכניסם שאז יקנה לו ביתו לכשיפסוק, אם הוא במשא שאינו מונח בכליו של מוכר, אע"פ שלא מדד, טור), ויש מי שאומר (ראב"ד) שאפילו מדד לוקח על החמורים לא קנה, שלא נתכוין למשיכה ולקנות במדידה זו, דלמדידה בעלמא נתכוין {ויש חולקין (רבינו יונה וטור) וס"ל דאם מדד לוקח קנה וכמו שנתבאר (סעי' ז')}."

כתב ה^{נתיבות} (יד) על שיטת הראב"ד והרשב"א דלמדידה בעלמא נתכוין, דאף דכתב הרשב"א דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה קנה בלא כונה לשם קנין, היינו דוקא במקום דידעינן שעכ"פ המקנה מתכוין שיהיה זה לשם קנין, אבל הכא כמו שהלוקח נתכוין למדידה בעלמא כמו כן המקנה אינו מתכוין רק למדידה בעלמא, ועוד דאפשר דבמכר אף דהמקנה מתכוין ג"כ לא קנה, דאימר הלוקח אין רצונו לקנות עדיין שיתחייב בדמיו, משא"כ במתנה דזכות הוא למקבל מהני דעת המקנה.

עוד כתב ה**הנתיבות** (טו) דגם לר' יונה בגוי לא קנה שלא מדעת קנין, דבין חצירו ובין ידו שלא מדעתו לא קנה רק מטעם שליחות ואין שליחות לגוי, והכא בישראל, ודוקא כשהגביה בידו קונה בישראל דלא גרע מחצירו דקונה שלא מדעתו, אבל בשאר קניינים כגון חזקה לא קנה שלא בכונת קנין.

סעיפים ט - י

ע"פ ב"ב פז. משנה וגמ' פסק בשו"ע **"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. 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 נתמלאה 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), וכן דעת הראב"ד וכל הפוסקים, גר"א}."

סעיף יא

אדם שלקח אתרוג מהודר מהמוכר כדי לבדוקו אצל הרב, ובדרך נפל האתרוג ונפסל או נגנב, האם חייב הקונה לשלם? מה הדין כשהחליט בסוף לא לקנותו ובדרך לזה נפסל נגנב או אבד? האם יכול להחזיר לו אתרוג אחר לאחר החג? (ראה שסג/א)

ע"פ ב"ב פח. פסק בשו"ע **"הנוטל כלי מבית האומן על מנת לבקרו, אם היו דמיו קצובים (רשב"ם): כלים קטנים שדרכן לעולם לתת בפשוט, רשב"א: קצובין מפי המוכר א"נ שקצץ המוכר דמים פעם אחת לכל מי שבא ליקח ממנו כלי כזה** (והואיל ודמיו קצובים מעת שהגביהו נעשה ברשותו ואין המוכר יכול לחזור בו, והוא שיגביהו כדי לקנות את כולו, ויהיה אותו חפץ הנמכר חביב על הלוקח (נדרים לא:)). אבל חפץ שהמוכר קץ בו, והוא מבקש ורודף למכרו, הרי הוא ברשות המוכר עד שיפסוק הדמים ויגביהו הלוקח אחר שפסק (ה"ה אחד משאר קניינים, סמ"ע בשם הטור). ואם גילה דעתו שאינו חפץ בו, ונגנב או נאבד קודם שיחזירו, ו"א שהוא כשומר שכר (טור בשם י"א, דדמי לנוטל כלי מבית האומן לשגרם לבית חמיו כבסימן קפ"ו דאף בעת החזרה שלא קיבלו ממנו נעשה עליו שומר שכר בההיא הנאה דהתפאר בו בבית חמיו, הכא נמי הנאה היה לו בזה שהברירה בידו לקחתם או להחזירם לו), וי"א שהוא כש"ח (רמ"ה, דשאני התם דבית חמיו דהיה לו הנאה טפי. תמה הסמ"ע מדוע השמיטו המחבר והרמ"א דעת רשב"ם והרא"ש דחייב אפילו באונסין)."

ביאר הסמ"ע (כט) דמש"כ המחבר **והוא שיגביהו דזה דעת הרמב"ם** ור"ל דמגביה אותו לקנותו בסך דמים כדי קצבתו אם ייטב בעיניו ומשו"ה אין המוכר יכול לחזור בו, והלוקח יכול לחזור בו ולומר למוכר הגבתיהו לקנותו כשייטב בעיני ולא טוב הוא בעיני, ומ"מ חייב הוא באונסין כל זמן שלא גילה הלוקח דעתו קודם האונס שאינו חפץ בו, אולם דעת התוס' והרא"ש דאפילו לא הגביה הכלי כדי לקנותו, אפ"ה הוא ברשותו להתחייב באונסין כל שלא גילה הלוקח דעתו שאינו חפץ והוא כלי הנמכר בקל ואין המוכר קץ בו, דאמרין מסתמא היתה דעתו לקנותו, דאל"כ לא היה נוטלו ממנו, ותמה על הרמ"א שהשמיט דעתם.

סעיף יב

ע"פ ה"ה ברמב"ם ושכן מבואר בכמה מקומות בש"ס פסק בשו"ע **"אחד המושך או המגביה או המחזיק בעצמו, או שאמר לאחר להגביה או למשוך** לו או להחזיק לו, הרי זה זכה לו (המגביה מציאה לחבירו דב"מ דף ח', זכין לאדם דעירובין דף פ"א, ועוד, גר"א), וכן בשאר דרכי הקנייה."

כתב הסמ"ע ע"פ הדרכ"מ דכל הדינים דסימן ק"צ שקונין בקרקע קנין גמור קונה במטלטלין (למי שפרע, נתיבות).

כתב **הפת"ש** (ח) בשם **המב"ט** דבעלי ספינה שמושכים הספינה ומסיעים אותה להקנותה לבעלי הסחורות, קונים במשיכה זו, שהרי נעשו שלוחים לזה, דהא אדם שקנה בית מחבירו ורצה להחזיק בה בתיקון מנעול וכיוצא בה, ואמר למוכר שהיה אומן שיתקן אותה בשכירות שיתן לו כדי שיחזיק בבית ועשה כן, פשוט שהחזיק בבית אפילו ע"י המוכר כיון שנעשה שלוחו לדעתו ובשכירותו, ואפילו אם נתרצה להיות שלוחו בלי שכירות נמי, דכיון דקונה ע"י שליח מה לי הוא מה לי שליח דעלמא כי הני גונא דאמרן, והכא נמי אם משכו הם הספינה לקנות להם לבעלי הסחורות זכו, אף על גב דלא נתכוננו לכך כיון דבמצותם הם נוסעים, אולם **בשער משפט** תמה עליו שכתב כן בפשיטות והדבר תלוי בפלוגתא דרבוותא דכן סובר הראב"ד אבל הריטב"א חולק דמשיכת הבעלים לא הוי משיכה כלל. עוד כתב בשע"מ דמ"מ היכא שקנה חפץ מחבירו ולא משך, ואמר לו שלח לי ביד בנד או ביד עבדך או ביד שלוחך, מיד ששלח בידם ומשכו או שהגביהו קנה הלוקח דנעשה שלוחו של הלוקח, אף שלא אמר להם בעצמו רק אמר לו למוכר לומר להם לשלחו לו. גבי קנין חצר בספינה ראה סימן רעג/טו.

סימן רא – דין רשם על החבית והתוקע כפו לחבירו

סעיפים א – ב

מהו קנין סיטומתא והיכן נזכר בש"ס? האם מועילה סיטומתא בדבר שלא בא לעולם?

האם הקנין שמועיל בדינא דמלכותא, יש לו עדיפות לענין תוקף הקנין?

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

מה התנאי שהתנה הרמב"ם שיחול הקנין סיטומתא?

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", וז"ל השו"ע "מכר לו בדברים בלבד ופסקו הדמים (דווקא – רמב"ם, דבלא פיסוק דמים לא סמכה דעת שניהן כי שמא לא ישוו יחד בדמי שוויו ואפילו משיכה לא מהניא ביה, וכסימן רז, ב"י וסמ"ע), ורשם הלוקח רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו (רש"י, וכן הוא בתרגום יונתן בן עוזיאל על הפסוק "ותאמר חותמך" **סיטומתך**, גר"א), אע"פ 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 (דמנהג עוקר הלכה בדברים שבממון, רשב"א וסמ"ע), וחייב זה ליתן הדמים, (רמב"ם -) והוא שרשם בפני המוכר או שאמר ליה המוכר רשום מקחך (כפי ששנינו בב"ב נ"ב נעל גדר פרץ כל שהוא בפניו הרי זו חזקה ואמר רבא דהכי קאמר בפניו לא צריך למימר ליה לך חזק וקני, שלא בפניו צריך למימר ליה לך חזק וקני, גר"א). (רא"ש -) וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו כגון על ידי שנותן הלוקח פרוטה למוכר, (פירוש הר"ח לסיטומתא -) או על ידי שתוקע לו כפו (אינו ר"ל שנותן לו תקיעת כפו שהיא שבועה על זה אלא דרך התגרים בקצת מקומות כשגומרים בלבם ומכין זרועותיהן זה על גב זה, סמ"ע) { או במקום שנוהגים הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח (הגה"מ בשם ראב"ן) } וכן כל כיוצא בזה".

כתב **הסמ"ע** (ג) אפילו אמר לו סתם זיל קני והלך ורשמו אפילו שלא בפניו, אם דרך אותו מקום לקנות ברשימה קנה בזה, ולא אמרינן שדעת המוכר הוה שיקנה דוקא בקנין גמור.

בב"ח פסק דדוקא בקנין מטלטלין איכא קנין סיטומתא ותקיעת כף אבל לא בקרקעות, אולם הש"ך (א) כתב דמוכח מהסמ"ע (ו) והרש"ל דכן, והיכא דנהגו גם בקרקעות אפשר דגם הב"ח מודה בזה.

ביאר **הסמ"ע** (ד) דלא חשו בהני גווני שיאמר המוכר נשרפו חיטיך בעלייה, דלא חשו לזה אלא במקום שכבר קיבל המוכר כל דמי שוויו של המכר.

עמש"כ הרמ"א בקניה ע"י מפתח כתב הסמ"ע דבסימן קצ"ב אמרינן דלרוב הרא' אין קונים קרקע ע"י מפתח (פרט לרשב"ם) אלא ר"ל הכא דנוהגין הסוחרים להקנות הסחורה עצמה ע"י מסירת המפתח של החדר שמונחת שם הסחורה (ב"י) ועי"ל דשם איירי מהדין וכאן איירי מהמנהג.

כתב הקצות (א) בשם המרדכי בשם ר' יחיאל דסיטומתא קניא דוקא בדבר הבא לעולם דמועיל בו הקנין הלכך מועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור, אבל דבר שלא יועיל בו קנין כגון בדבר שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור. ה**נתיבות** (א) ציין לרש"ל שכתב דב'אורנדי' מהני שטר אף שהוא דבר שלא בא לעולם, אולם אפשר דהתם הוא ג"כ מדינא דמלכותא. הפת"ש (ב) הביא בשם שו"ת חת"ס דמהני גם בדבר שלא בא לעולם ושכ"כ בתשובת הרא"ש גבי מנהג העולם להקנות בשטרי חכירות דברים שלא באו לעולם דמהני מטעם סיטומתא, ומש"כ המרדכי בשם ר' יחיאל גבי מי שנדר לאחד לתת בנו למול מהני מטעם סיטומתא שכן נהגו אבל אם עדיין לא נולד הילד לא מהני דאין סיטומתא מועיל לדבר שלא בא לעולם, היינו מפני שלא נהגו לדור למוהל טרם שבא הילד לעולם, וזה ששינה מהמנהג לא מהני סיטומתא, אך הסתייג החת"ס בנידון שקנה עצים משר אחד ע"פ קאנטראקט והשכין את הקאנטראקט ביד יהודי שני שיפרע לשר ה' מאות זהובים שנשאר חייב לו והתנה הראשון עם השני שאם לא ישלם לו ליום פלוני יהיה הקאנטראקט מוחלט לו דזה הוא אסמכתא דלא קנה דלא נשמע מנהג זה מעולם ואדרבה בכל כיוצא בזה מדיינים עליו בדיני ישראל ובדיני אומות וא"כ לא קנה היהודי השני. הפת"ש העיר על החת"ס דפשוט דברי ר' יחיאל הנ"ל לא נראה כדבריו, וכן הוא בתשובת רדב"ז. רע"א הביא גם המחלוקת הנ"ל ונשאר בצ"ע.

כתב ה**נתיבות** (א) דנראה דבמטבע כיון שכתבו הרמב"ם וכל הפוסקים בסימן ר"ג שאין שום דרך שיזכה במטבע כי אם אגב קרקע, משמע דסיטומתא לא מהני במטבע, ועוד דהר"ן כתב דצורת מטבע דמי לאותיות דאין לו קנין ולא מצינו באותיות קנין סיטומתא, אפילו במקום מסירה ובעינן דוקא כתיבה ומסירה ממש, ומכ"ש במקום שאין מנהג ברור על המטבע בודאי שאין ללמוד מהמנהג שנוהגין לקנות במטלטלין ולומר מן הסתם שיועיל מנהג זה גם במטבע, הא ודאי ליתא, כיון שאינו מנהג ברור גם במטבע, דהא אפילו בקרקע כתב הש"ך דבעינן שיהא המנהג זה בקרקע להדיא.

האם קנין סיטומתא קנין דאו' או דרבנן?

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

האם קטן יכול לתת שקלים לבית המקדש? האם ניתן להקריב מהם קרבנות ומדוע?

עוד כתב ה**נתיבות** (א) דדין סיטומתא הוא רק קנין דרבנן, דהא קנין דרבנן ודאי דלא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים ואפ"ה לא חשבינן אותו רק לקנין דרבנן לענין קדושין כבסימן כ"ח באבן העזר גבי מעמד שלושתן, אולם בשו"ת חת"ס (פת"ש א) כתב דזהו קנין דאו' ממש דתנאי שממון תנאו קיים ועדיף מקנינים שתיקנו רבנן שלא ברצון הסוחרים ורק מטעם הפקר ב"ד נגעו ביה שיש פוסקים דס"ל דהמקדש אשה בקנין כזה אינו אלא קידושי דרבנן כנ"ל דשאני סיטומתא ומנהג שנהגו כן מעצמם ורצונם דהוא קנין דאורייתא לענין חמץ לענין חמץ בכור וקידושי אשה, ובתשובה מיוחסת לרמב"ן כתב להדיא דהוא דאורייתא (לענין פטור מבכורה). הקצות (רלה, ד) כתב שהעלו הפוסקים גבי קנין דרבנן דהוי שלו מן התורה דכן פסק באב"ה כ"ח סעי' י"ג ע"פ הרמב"ם דבהיה לו חוב ביד אחרים ואמר לה הרי את מקודשת לי בחוב שיש לי ביד זה במעמד שלשתן, הרי זו מקודשת וכתב הקצות דהטעם משום דהפקר ב"ד הפקר, ודלא כרבינו ירוחם שהובא שם בשו"ע בשם י"א, והוכיח כן ממשנה בשקלים פ"א יאף על פי שאמרו אין ממשכנין נשים ועבדים וקטנים אם שקלו מקבלין מידם' כלומר שימסרם לצבור לגמרי כי היכי דלא ליהוי קרבן צבור קרב משל יחיד (רע"ב) ובירו' רמב"ם ותווי"ט מפורש דאיירי בפחות מ"ג, והיכי מצי קטנים מסרי לצבור יפה הא פעוטות אין מתנתן מתנה אלא מדברי סופרים והרי מן התורה אין כאן מתנה לצבור ונמצא קרבן צבור קרב משל יחיד, אלא ע"כ כיון דמדרבנן הוי קנין מהני נמי לדאורייתא, ודלא כרע"ב שפירש שפחותים מכ'. אולם ה**נתיבות** (רלה, יג) לשיטתו חלק על הקצות וקנין דרבנן אינו מועיל מדאו', דהפקר ב"ד אינו רק הפקר מדאו' אבל לא הוי קנין מדאו' רק קנין דרבנן, וכ"כ הגט פשוט, ולגבי ההוכחה משקלים כתב דכיון דהוי

הפקר מדאורייתא מהקטנים, שוב הציבור זוכין במשיכת הגזבר שהוא שליח ידיהו מדאורייתא כדין הזוכה מהפקר, משא"כ במזכה לקטן נהי דשוב הממון יצא מרשות המזכה מדאורייתא מ"מ לא בא לרשות הקטן מדאורייתא, דהקטן שתקנו חז"ל לא חשיב קנין מדאורייתא.

בפת"ש (רלה, ד) הביא דברי הקצות והנתיבות, והביא בשם **הבית אפרים** דכתב דכל מה שנאמר בפוסקים דקנין דרבנן לא מהני לדא' אין הדברים אמורים אלא כל זמן שהחפץ הוא שהקנין נתפס בו מדרבנן הוא בעין, ובוזה אמרינן דמדא' ברשותא דמריה קאי, אבל אם הקונה מוציא החפץ ההוא מידו במכירה או נתינה לאחר, פשיטא שהלוקח מידו הוא קונה מדא', דלא גרע תקנתא דרבנן שתקנו שיקנה מיאוש ושינוי רשות, ואפילו בקטן ש"ל דמה בכך הרי אין יאוש שלו מועיל, מ"מ פשיטא דלא עבדו רבנן תקנתא כה"ג, שתקנה זו קלקלה שהלוקח אינו לוקחו על מנת כן שלא יהא בו רק קנין דרבנן, והרי זה המוכר התירו לו חז"ל להוציאו ולמוכרו לכתחלה, וכמ"ש הרמב"ן בסוכה דאפילו לצאת ידי שמים אינו צריך להחזיר, ומכל שכן מה שלוקח תמורת חפץ זה שתופס בו קנין דא', וכיון שאנו לוקחין בעד שקלי הקטנים בהמות לקרבן פשיטא שהם קנויין לציבור מדא', שהרי מיד שהוציא הגזבר המעות ברשות המוכר קיימי והם נקנין למוכר קנין גמור, והבהמות שלוקחין מהמוכר נגדם פשיטא שהם קנויים להקדש אף מדאורייתא ואין כאן בית מיחוש. ובשו"ת **חת"ס** העלה דהיוצא לדינא דקנין דרבנן היכא דמצוה יותר לקיים דין תורה אלא שחכמים הקילו כגון יאוש וכדומה וכגון קנין כסף בלא משיכה שהפקיעו חכמים ומ"מ עדיף לקיים קנינו בכסף לחוד, זהו לכ"ע אינו מועיל לאיסור דא', ואמנם תקנתא דדבריהם דמצוה לקיים דבריהם כגון מזונות הבנות דאם יש בת עם הבן בנכסים מועטים מאכילים העבדים תרומה משום דאכלי בתקנתא דרבנן זהו מועיל בודאי כדאורייתא ממש ומאכיל תרומה לעבדים, אך מעמד שלשתן שעדיין לא הגיע ליד הזוכה, או קטן זוכה לאחרים ועודנו בידו, בהא פליגי לרי"ף והמחבר באבן העזר הוי דא' ולתוס' והרמ"א הוי רק דרבנן.

[בשערי יושר (ג,ג) כתב דהוי קנין מדא' וז"ל "שכלל הוא במשפט גדרי זכות ממון שכל ספק הנולד בזה הוא חוזר לעיקרי הגדרים של שלטון וזכות ממון שבין אדם לחבירו, וכמו שעיקרי הגדרים של זכות ממון אינם חוקים על פי התורה אלא היסוד בהם הסכמת שכלנו שהמגביה מציאה יהיו שלו ופירות שדהו וולד בהמתו יהיו שלו וכל כה"ג, וכן דרכי הקנינים במה שאדם מוסר מקנינו לחבירו כתבו גדולי האחרונים שאינם חוקים שיהיו דוקא ע"ז, וכשהסכימו רוב המדינה שיגמר קנין ע"י סיטומתא וכה"ג הוא קנין מה"ת, ומשו"ה גם ספק הנופל בזה חוזר לכל זה שהיסוד בזה סברת החכמים שהחליטו שכן ראוי להיות שהמע"ה, דכל זמן שלא יבורר בראיה ברורה שנפקע זכות בעלים הראשונים הוא ראוי להיות הבעלים והשליט בכל אופני השתמשות"].

מה דין קנין סיטומתא בדבר שאינו קצוב?

כתבו **כנה"ג** (הג' ב"י סקנ"ה) ורע"א (סימן ס, ב) בשם הרדב"ז דאם מנהג הסוחרים להתחייב בדבר שאינו קצוב מהני.

סימן רב – דין קניית מטלטלין אגב קרקע או עבדים וקרקע או עבד ומטלטלין או בהמה וכלים שעליה

סעיפים א – ב

האם צריך דוקא לשון אגב ומה הדין אם אמר לו קני מטלטלין עם הקרקע?

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

כאשר אמר "קנה עם הקרקע" האם מהני לקנות על גבה מטלטלין?

ע"פ משנה קידושין כו. וגמ' פסק בשו"ע "המקנה קרקע ומטלטלין כאחד", כיון שקנה הקרקע באחד מדרכי הקנייה נקנו המטלטלין עמהם (נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים דיש להן אחריות) -

"ויתן להם אביהם מתנות רבות לכסף ולזהב ולמגדנות עם ערי מצורות ביהודה" (בין שהיו שניהם במכר או במתנה, בין שמכר מטלטלין ונתן קרקע, בין שמכר קרקע ונתן מטלטלים (מסקנת הבעיא שם דף כז), כיון שקנה קרקע קנה המטלטלין {ו"א דאפילו הקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה (ר"י) ע"פ המשנה שהזכרה בגמ' דרבן גמליאל הקנה מעשר לרבי יהושע אגב שכירות קרקע, ותמה הש"ך מדוע הביאו בלשון י"א} (מסקנת הגמ' דף כז -) בד"א כשהיו אותם המטלטלים צבורים באותה קרקע, אבל אם היו במקום אחר צריך שיאמר לו קנה מטלטלין אגב קרקע (כר"ן ברמב"ם כי איבעיא לן בגמרא אי בעינן אגב היינו כשאין צבורין אבל צבורים לא בעינן אגב דהוה ליה קרקע זה כחצרו וחצרו של אדם קונה, והסמ"ע כתב הסברא דמחשבינן המטלטלין שעל הקרקע כאילו הן מגוף הקרקע ומחוברים אצלה), אפילו היו המטלטלין במדינה אחרת, ואמר ליה קנה אותם על גבי קרקע פלוני, כיון שקנה קרקע נקנו המטלטלין, אע"פ שאינם צבורים בתוכה, ואם לא א"ל קנה אגב קרקע, לא קנה, מאחר שאינם צבורים בתוכה {ו"א (ראב"ד ורא"ש) דאפילו הם צבורים בתוכה צריך שיאמר קנה אגב קרקע וכן נראה לי עיקר. ו"א (ר"ן ברש"י) דבעינן דוקא לשון אגב אבל עם לא משום דלשון עמו משמע דאשניהן בשוה קאי קנין זה, וזה לא מהני, סמ"ע), ויש חולקין (רא"ה)}".

ה"ה תמה על הרמב"ם שהשמיט מימרא דרבא דלא שנו שקונה באגב אלא שנתן לו דמי כולן אבל לא נתן לו דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו, ופירש רש"י 'לא שנו' דמטלטלין נקנין בחזקה דקרקע, וביאר דהרמב"ם מפרשה כשהמוכר עייל ונפיק אזוזי כדעת קצת מפרשים אבל אי לא עייל ונפיק אזוזי אע"פ שלא קבל דמי כולן נקנה הכל ללוקח ועל כן סתם וסמך עמש"כ בדין זה, אכן מלשון הרי"ף והרא"ש משמע דרבא לא קאי אלא אמכר לו עשר שדות ולא קאי אמטלטלין הנקנין עם הקרקע וכתב הרי"ן דאולי גירסא אחרת היתה להם וזה כדעת הרמב"ם הנ"ל, וכן דעת הטוש"ע ודלא כר"י דכתב דדוקא שנתן דמי כל המטלטלין אבל לא נתן דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו והוסיף דדוקא שלא פירש אבל פירש שיקנה באגב בלחוד קנה בלא מעות.

כאמור הרי"ן כתב דסברת הרמב"ם דבצבורים לא בעינן אגב משום דהוי חצירו, והקשה על כך דאם כן הוה ליה לפרש דדוקא בחצר המשתמרת דחצר שאינה משתמרת אינה קונה אלא בעומד בצדה, ויישב הב"י דאע"פ דהוה ליה לפרש אפשר שסמך עמש"כ בפרק ד' דבחצר שאינה משתמרת לא קנה וכן דרכו של הרמב"ם בכמה מקומות לסמוך כאן על מה שאמר במקום אחר.

עמש"כ ר"י גבי קרקע שכורה והובא ברמ"א, כתב הב"י "דקרקע מושאל ומטלטלין במתנה יש מי שכתב דלא קנה ומדברי התוס' נראה דקנה", וכתב הש"ך (א) דלא ידע למה יגרע שאלה משכירות וכן מוכח להדיא מדברי התוס' והרא"ש גבי עובדא דר"ג וזקנים דקרקע מושאל ומטלטלין במתנה קנה כמו בשכירות, ובדגו"מ (פת"ש א) כתב עליו שאין מדברי התוס' שום ראיה, ואדרבה יש להוכיח מדבריהם שקרקע בשאלה ומטלטלין במתנה לא קנה, ובקצות (א) ג"כ חלק על הש"ך "דודאי שאני ושאיני שאלה משכירות" דאשכחן לענין חליפין דבשכירות מהני ושאלה אינו נקנה בחליפין.

הלבוש (בסמ"ע) הכריע כדעה הרא"ה דע"ס מועיל מדכתיב בקרא "עם ערי מצורות" אלא שזה לשון המקרא וזה לשון דרבנן, וכתב הסמ"ע (ו) דלא דק דלסברתו תיקשי לנפשיה, מאי איבעיא ליה שם לגמ' אי בעי אגב אי לא, הלא במקרא כתיב 'עם' שהוא כמו אגב, אלא ע"כ צ"ל, דהאיבעיא ס"ל דאין במשמעות הקרא דאמר בשעה שהקנה להן המטלטלין עם הקרקעות לשון עם, ולא בא הכתוב אלא לומר דנתן לבניו המטלטלין עם הקרקעות בקנין אחד, אבל אינו נרמז בקרא אי צריך לומר בשעת הקנין לשון אגב או לשון עם או לא, וא"כ י"ל דלפי האמת דנפשטה האיבעיא דבעינן לומר קנה אגב, דאגב דוקא בעינן, ולא סגי בעם, והקרא לא איירי בלשון דאמר להו בשעת הקנין.

גבי מח' הרמב"ם והראב"ד, כתב הסמ"ע דהראב"ד מצריך אגב דוקא כשאין הקרקע משומר דא"כ הוי קונה בתורת חצר, וכתב הש"ך (ג) דזה אינו, דמהראב"ד הרי"ן וה"ה (הנ"ל) מוכח דאפילו בחצר המשתמר לא מהני צבורין דאין חצרו קונה אלא כשהוא כבר חצרו משא"כ הכא דחצירו ומתנתו באים כאחד וכן עיקר.

הקצות (ג) כתב שסברא זו של הש"ך כתבה השיטה, אלא שזה סותר לכמה סוגיות בש"ס ומב"מ ט' בהא דבעי ר' אלעזר משוך פרה לקנות כלים שעליה, וכן הקשה בנתיבות (א) מהמשנה דהקנה רבן גמליאל לר' יהושע ע"י שאמר ומקומו מושכר לו אף דחצירו ומתנתו באין כאחד, וכן בגיטין אמרינן בכמה דוכתי [כ"א, ע"ז] דגיטה וחצירה באין כאחד מהני, וכתב לבאר בדעת הש"ך

"שלא לאשוויי לאדונינו בעל הש"ך לטועה בדבר משנה" דהכא מייירי דאמר לו לך חזק וקני, דאז אי אמר אגב, דמהני החזקה גם למטלטלין, מהני אפילו החזיק שלא בפניו, אבל כשלא אמר אגב, לא מהני אמירתו לך חזק וקני שיקנה המטלטלין בתורת חצר עד שיאמר ג"כ לך משוך וקנה. **בדגו"מ** (ובנו"ב - פת"ש ב') ג"כ הקשה על הש"ך וביאר דאם עיקר קנין המקום הוא רק כדי לקנות המטלטלים ואין כונתו להחזיק המקום לחלוטין, אז קונה המטלטלים, אבל אם הוא קונה גם הקרקע וכונתו לקנות הקרקע והמטלטלין שניהם יחד לחלוטין, בזה פסק הש"ך שאינו קונה המטלטלים.

בקנין אגב קרקע, קרקע תלושה שחיברה לקרקע האם מהני לקנות על גבה מטלטלין?

כתב רע"א דאגב בתלוש ולבסוף חברו כתב רש"י בב"ק דף ק"ד דכקרקע דמי וקונין אגבי מטלטלין.

סעיפים ג – ד

[מה הדין בהקנה שדה לאפטרופוסים ומטלטלים ליתומים האם קנו? פרט מקור הדין.]

קידושין כז. "איבעיא להו שדה לאחד ומטלטלין לאחר מהו" ולא איפשיטא, ופסק הרמב"ם "כדכרו ברוב תיקון" דאי תפס לא מפקינן מיניה, אולם דעת הר"ן **בשם רמב"ן** דמפקינן מיניה, **והרשב"א** כתב מדאמרין בגמ' "שאני רבי עקיבא דיד עניים הוא" משמע דשדה לאפטרופוס ומטלטלין ליתומים קנו כי היכי דגבאי יד עניים אפטרופוס נמי יד יתומים, אולם דעת ר"ן **בשם אחרים** דגבאי שאני לפי שהעניים עליו לפרנסם וכל שאין מעות בכיס צריך לטרוח בשבילם ונמצא שיש לגבאי טובת הנאה במה שעניים זוכים בו והוה ליה כשדה ומטלטלין לאחד משא"כ באפטרופוס.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "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 (רמב"ן) וס"ל דמוציאין מיד התופס, כדן כל ספק ממון (דווקא ספק ממוןא דאתיא מכח ספיקא דדינא, סמ"ע)}. (כרשב"א -) הקנה שדה לאפטרופוסים ומטלטלים ליתומים (דה"ה לגדול שיש לו אפטרופוס, אלא אורחא דמילתא נקט, סמ"ע), קנו {וה"ה (כל שכן הוא, סמ"ע) בגבאי צדקה}."

עמש"כ המחבר 'אע"פ שא"ל קנה המטלטלין' כתב הסמ"ע (ז) דמשמע דאמר כן למי שזיכה לו המטלטלין, אולם מלשון רש"י משמע דאמר למי שהקנה לו השדה קנה השדה לעצמך ואגבו יקנו מטלטלין לפלוני, "והמחבר נראה דס"ל דאפילו אמר לכל אחד מהן כן לא מהני".

כתב רע"א דשליח שמכר מטלטלין של המשלח והקנה אותם אג"ק שלו י"ל דמהני, וכ"כ ה**נתיבות** (ח"י ז'), דה"ה הפוך מהנזכר בשו"ע דאפטרופוס שמכר קרקע שלו ומטלטלין של יתומים לאחד, שקנה הלוקח המטלטלין אגב קרקע.

סעיף ה

[האם בהמות שנקנות אגב קרקע צריכות להיות ע"ג הקרקע?]

כתבו ה**תוס'** בב"מ י"ב דכי אמרינן שאני מטלטלין דניידי היינו דוקא כשיש להם דעת אבל **בהמות** לא חשיב מטלטלין דניידי ונקנין באגב אפילו אין צבורין כדאמרין בקידושין כ"ו טפח על טפח לפלוני ועמו מאה צאן, וכ"ד הרשב"א והרא"ש, וז"ל השו"ע "בהמות כמטלטלים בדינים אלו".

סעיף ו

[האם קרקע נקנית אגב קרקע?]

ע"פ ה**תוס'** (שם) פסק בשו"ע "אין קרקע נקנה אגב קרקע", ואפילו אמר קני קרקע הסמוכה לתהום ואגבה תקנה העליונה אף על פי שהוא צבור בתוכו לא קנה, וכתב הסמ"ע הטעם דבפס' דילפינן מיניה קנין אגב לא נזכר אלא מטלטלי. עוד כתב דהיינו דוקא בקנין אגב ולא נתן מעות של הקרקע דבעי

לקנות עמה, אבל אם נתן הלוקח למוכר דמי כל הקרקעות, כבר נתבאר בסוף סימן קצ"ב דאם מחזיק באחד מהן אפילו האחרים הן במדינות אחרות קנה כולן.

כתב **רע"א** בשם **המבי"ט** דאם הקנה לו ד' אמות בקנין סודר וא"ל שאגב ד"א אלו יקנה קרקע אחר - קני דמקנה לו בק"ס הד"א והקרקע אחר בבת אחת.

סעיף ז

[האם רק מי שידוע שיש לו קרקע יכול להקנות בקנין אגב?]

וז"ל **השו"ע** "קרקע כל שהוא מקנין על גביו מטלטלים הרבה" (**משנה פאה ג', וקדושין שם**) וכתב **הרמ"א** ע"פ תשובת **הרשב"א** "והא דבעינן קרקע כל שהוא לאפוקי אם ידענו בוודאי שאין לו (ואעפ"כ אם כתב דלא כטופסי דשטרי דאיהו אודי אנפשיה דאית ליה אדם נאמן על עצמו, **שם**, והביאו הנהיבות), אבל כשאנו ידוע שאין לו (אע"פ שרגילין אצלו ואין יודעין שיש לו קרקע כיון שכתב כן בשטר נאמן על עצמו, **שם**, והביאו הסמ"ע), והוא מקנה אגב קרקע, סגי בכך, ואין צריך לסיים הקרקע שמקנה על ידה (דלא כ'גדולי הראשונים' דס"ל שלא נקנו המטלטלין באגב אם לא סיימו הקרקע והביאו ראייה ממעשה דמרוני בקדושין כ"ו, וזה ליתא דמרוני לפי שרצה ליתן להם מתנה גמורה אפילו הסלע ולפיכך סיים להם מה ממנו נותן לפלוני ומה ממנו נותן לפלוני אבל לא מחמת דינא שצריך, ופוק חזי מאי עמא דבר שהכל כותבים ונתתי לו ד"א קרקע בחצרי ואין מסיימין, **שם ברשב"א**), ולכן מקנין אגב קרקע ארבע אמות, אע"פ שאין יודעין שיש לו, וע"ל סימן קי"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".

כתב **הקצות** (ד) דדעת רש"י דגט נקנה בקנין אגב ואילו הרמב"ן והרשב"א ועוד הקשו עליו דאין נקנה [דהוא אגוד גביה ע"י הקרקע וכן הוכיחו מגיטין דף ע"ז דאי איתיה דנקנה באגב למה הקפיד רבא דליקניה ניהלה להאי דוכתא דיתב ביה גיטא הא אגב לא בעי צבורין ואפילו דוכתי אחריני נמי, וביאר הקצות דלרש"י יהיב ליה האי דוכתא דיתב ביה גיטא דהשתא תו לא אגוד ביה, אמנם גם לרש"י אין הגט נקנה בחליפין, וטעמא דהך מלתא דבאגב נקנה ולא בקנין סודר משום דגבי גט כתיב 'ונתן', וחליפין דרך מקח וממכר וכדאמרין בעובדא דרבן גמליאל וזקנים וכי לא היה להם סודר כו', ומסיק משום דנתנה כתיב וחליפין דרך מקח וממכר].

סעיף ח

ע"פ מסקנת הגמ' **בב"ק יב**. פסק **בשו"ע** "המקנה עבדים וקרקעות כאחד החזיק בעבדים לא קנה הקרקעות, החזיק בקרקעות אם היו עבדים בתוכה, קנה, ואם לאו לא קנה המטלטלים (דללישנא דעבדא כמטלטלי דמי אע"ג דקיי"ל לא בעינן צבורין בעינן עומדין בתוכה משום דהוו מטלטלין דניידי, וללישנא דעבדא כמקרקעי דמי אע"ג דאמר שמואל מכר לו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולן עבדא מקרקעי דניידי הוא התם סדנא דארעא חד הוא - נמצא דלתרי לישני החזיק בעבדים לא קנה קרקעות החזיק בקרקעות לא קנה עבדים, **ב"י**), אפילו שיאמר לו קנה אותם על גבי קרקע (**רמב"ם**), ורבותא לדידיה דסבר דבצבורין לא בעיא אגב, וכל שכן לחולקים דבין צבורין בין אינן צבורין בעיא אגב, **ב"י**, וכתב **הסמ"ע** דמשא"כ בעומדין בתוכו דקנה אפילו לא א"ל קנה אג"ק לדעת הרמב"ם ואפילו לחולקים עליו כשהחזיק בקרקע וגם נתן דמי העבד קנה מדין קנין קרקעות).

סעיף ט

[האם קנין אגב מדא' או מדרבנן?]

ע"פ **ב"ק שם** פסק **בשו"ע** "המקנה עבדים ומטלטלים כאחד, משך המטלטלים לא קנה העבדים, החזיק בעבדים לא קנה המטלטלים (דומיא דערי מצורות בעינן שהוא קרקע דלא ניידי), אא"כ היו המטלטלים על גבי העבד והוא שיהיה כפות (**רמב"ם**), וי"א שצריך גם שיהיה ישן (**תוס'**, דכפות מהני דלא הוי חצר מהלכת וישן מהני דהוי משתמרת לדעתך, דלא כר"ן שיהיה העבד כפות בידיו וברגליו או ישן וכפות ברגליו, ודלא כהגה"מ דלא בעי ישן אלא בגט דחוב הוא לה התם בעינן חצר המשתמרת

לדעתה אבל במכר ומתנה דזכות הוא לה ויש שם דעת אחרת מקנה אפילו אינו משתמר ואינו עומד בצדו וכגון שקנה העבד בכסף שהוא כפות ברגליו ולא בידיו ואפילו הוא נעור כיון שאין יכול לילך הוי שפיר חצר לקנות בו המטלטלין שעליו).

כתב ה**נתיבות** (ה) גבי שיהיה ישן, דבעינן שיהיה ג"כ עומד בצדו, ומוכח מכאן דסגי בחצר בעומד בצדו וצ"ע על הרמ"א בסימן ר' סעיף א' שכתב דבעינן עומד בתוכה, ובדעת אחרת מקנה אותו לא בעינן עומד בתוכה, וסגי ביכול לשמרו.

כתב ה**קצות** (ה) דמבואר בתוס' ורא"ש דהטעם דבעבדים לא קנה מטלטלין הוא משום דקניין אגב קרקע מדרבנן וקרא דערים בצורות אסמכתא בעלמא, ודוקא למילי דאוי עבדי כקרקע אבל לא למילי דרבנן, והקשה על כך הקצות דבב"מ הציעה הגמ' באגב קרקע "ואי נימא דאגב אינו אלא מדרבנן היכי מהני לענין חומש דהוי דאורייתא" וכה"ג כתב רי"ו גבי במקדש במעמד שלשתן דאינו אלא מדרבנן דלא הוי קידושי תורה אלא מדרבנן, ויישב ע"פ מש"כ הב"י דכיון דתקנת חכמים דמהני מעמד שלשתן הו"ל קידושי תורה משום דהפקר ב"ד הפקר (וראה מש"כ בסימן רא/א), הכי נמי הכא. עוד כתב דמדברי רש"י בגיטין דף ע"ז דכתב דגט נקנה אגב קרקע משמע דאגב קרקע דאורייתא דשם לא שייך האי טעמא דהפקר ב"ד הפקר, אולם אפשר משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ועקרוה רבנן לקידושי מיניה, ולכ"י בכל אופן יש לומר דקניין אגב דאוי.

סעיפים י – יב

ע"פ **גיטין כב**. פסק בשו"ע "היה לאחד **עציץ נקוב**, וזרעים שבו לאחר (העציץ אינו נקנה אלא בקנין מטלטלים דהרי הוא תלוש, והזרעים שבו נחשבים כמחובר לקרקע, דכיון דהעציץ נקוב הו"ל יניקה מהקרקע ע"י הקרקע שהן שתולין בה בעציץ), אם הקנה בעל העציץ עציצו לבעל הזרעים, כיון שמשך קנה. הקנה בעל זרעים זרעיו לבעל העציץ, לא קנה, עד שיחזיק בזרעים עצמם. היה העציץ והזרעים שבו הכל לאחד, והקנה שניהם לאחר, החזיק בעציץ לקנות הזרעים, אף העציץ לא קנה, החזיק בזרעים קנה העציץ (ה**תוס'** הסתפקו אם צריך לומר אגב וקני ודעת ה**ר"ן** דאינו צריך). {וי"א (רש"י) דווקא בשל עץ בעינן נקוב, אבל של חרס אינו נקוב כנקוב דמי (דבכלי חרס מחלחלת היניקה והולכת דרך החרס) וי"א (תוס') איפכא (דתוך העץ הולך טפי מתוך החרס)}".

הב"ח (בש"ך ח) חלק על התוס' והר"ן וכתב דאם משך בעציץ קנה אף הזרעים, והש"ך דחהו.

סעיפים יג – טו

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

מקנה בהמה וכלים שעליה כאחד לחבירו באיזה אופן קונה?

ב"מ ט: "בעי רבי אלעזר האומר לחבירו **משוך בהמה זו לקנות כלים שעליה**" ובעיא לא איפשטא פרט לכפות דקונה, ופסק הרמב"ם דכיון דלא איפשטא לא קונה, אולם אם היתה כפותה קנה הכלים מטעם חצר ואם לא היתה כפותה לא קנה הכלים דחצר מהלכת היא, אולם הרא"ש כתב דגבי מציאה והפקר אם אמר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה כיון דמספקא לן הרי הוא מוחזק מספק ואם תפסה אחר מוקמינן לה בחזקת מרא קמא שהוא מוחזק בה מספק, ובמקח ובממכר אי אמר ליה קני בהמה וקני כלים שעליה לא קנה הכלים אא"כ היתה כפותה. דעת ה**ר"ן** דכיון דבעינן לא איפשטא אי משך בכה"ג לא מפקינן מיניה דהוה ליה תופס ברשות דומיא דכור בשלשים סאה בסלע, ודלא כמחלקים דהתם משיכה גמורה הוא עבד אבל הכא דספיקא בגופה דקנייה ודילמא לא קני כלל מפקינן מיניה, דליתא דהתם נמי איכא לספוקי דלמא מוכר לא נתכוין להקנות עד שימשוך לוקח כל הכור וכלישניה קמא דאמר כור בשלשים ומשיכה דלא מהניא היא.

בתלמיד הרשב"א כתב בשם י"מ¹ דמשיכה לא מהניא בכליו של מוכר ואתי לה הכא משום חצר דאי מטעם משיכה פשיטא ליה דלא קני. ² ודחה דאיפכא היא דטעמא דלא אתי לה משום משיכה משום

דפשיטא ליה דקנה אלא הכא הכי קמביעיא ליה היכא דאמר ליה משוך וקני כלים שעליה על גבה כלומר מדן כליו מי קני, וכתב הב"י דמשמע מדבריו דפשיטא ליה דאי אמר ליה קני בהמה ממש וקני כלים דקנה. ³ **התוס'** כתבו דהכי קמביעיא ליה אי מהניא במשיכת בהמה לכלים או לא משום דלא דמו משיכות להדדי דמשיכת הבהמה על ידי הילוך ומשיכת הכלים על ידי גרירה וסתם קניית הבהמה על ידי הילוך ומשום הכי לא איבעיא ליה באומר משוך קופה זו לקנות כלים שבתוכה דההיא פשיטא דקני לפי שהקופה ומה שבתוכה משיכתן שוה, וכ"פ **הרא"ש** והר"ן.

וז"ל **השו"ע** (יג) כרמב"ם "המקנה בהמה וכלים שעל גבה כאחד, אף על פי שמשך הבהמה וקנאה, לא קנה הכלים שעליה (**סמ"ע** ע"פ התוס': כיון דאין משיכתן שוה, דמשיכת הבהמה היא בהליכה וקנין משיכת כלים הוא בגרירה, ומטעם חצר נמי לא קנה הכלים לומר דבהמה אחר שיקנה אותה במשיכה תהא נחשבת כחצירו, דחצר מהלכת היא), עד שיגביה או ימשיך הכלים עצמם, אם אין דרכם להגביה, שהבהמה כחצר המהלכת היא, ואין מה שבתוכה קנוי לבעלה, לפיכך אם היתה הבהמה כפונה (**כטור** דלא בעינן ישן כעבד דהוא בן דעת ולא סגי בכפות, ודלא כר"ן בשם י"א דישן נמי בעינן), קנה אף כלים שעליה. ויש מי שאומר (**רא"ש**) דבמציאה אם אומר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה קנאם, אפילו אינה כפונה". **הש"ך** הביא בקצרה שיטת הר"ן דלעיל דאם תפס במכר לא מוציאין מידו והוסיף דלא דמי להגהת הרמ"א בסע' ג' דמוציאין מיד התופס כדן כל ספק ממון.

עוד פסק **בשו"ע** (יד) ע"פ **הרמב"ם** ו**הרא"ש** "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", וביאר **הסמ"ע** ע"פ התוס' והרא" דע"י הבהמה שהיא כחצר לא קנה דהא חצר של מוכר היא, וע"י משיכת הבהמה נמי לא קנה הכלים כיון דאין משיכתן שוה, ואף על גב דהיא עתה כפונה, מ"מ הולכין אחר הרוב דאינם כפונים. **רע"א** כתב דזה דעת התוס' בסוגיה, אבל לנ"י וודאי אי א"ל משוך וקני ומשך ע"י הבהמה קני כמו בקופה ובסוגיה מיירי בא"ל קני כלים אגבה דקפיד שיקנה מטעם חצר.

ע"פ **התוס'** הנ"ל פסק **בשו"ע** (טו) "א"ל משוך קופה זו ובמשיכתה קנה מה שבתוכה, קנה מה שבתוכה אף על פי שלא קנה הקופה (דלא מהני משיכה בכליו של מוכר עד שיאמר לו בפירוש שיקנה הכלים שבתוכו במשיכה זו, נתיבות)".

בענין שיטת **הרא"ש** (לעיל) דבמציאה דליכא חזקת מרא קמא הוי הראשון מוחזק מספק ולא מהני תפיסת השני, ביאר **הקצות** (ז) דכן כתב גבי ספיקא דגמל בהנהגה וחמור במשיכה, וכן גבי זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר והוא אויר שאינו סופו לנוח, דבמכר ומתנה מוקי בחזקת מרא קמא ולא קנה, ובמציאה והפקר קנה ראשון דהוי מוחזק מספק, ומה דכתב בחזקת הבתים גבי בעיות (דף נג) בהחזיק בנכסי הגר באחת לקנותה ואת המצר ואת חברתה או החזיק במצר לקנות שתיהן דעלו בתיקו, ופסק דאם בא אחר והחזיק בהם קנה כיון דמספקא לן אי קנה קמא או לא ולא מחזקינן לה ברשות קמא מספק, ביאר **הקצות** דגבי שדות הגר שאני שהרי הראשון לא היה מעולם מוחזק, רק שהחזיק באחת מהן לקנות חברתה או שהחזיק במצר לקנות שתיהן, והלכך כיון שהראשון לא החזיק כלל שהרי מספקא לן אי חזקה של זו מועיל לגבי חברתה, לא מחזקינן ליה ברשות קמא מספק.

בקונטרס הספיקות הקשה דהא גם בהנך דפ"ק דמציעא לא מיקרי קמא מוחזק ותפס, ומשום דתפיסה שאין עמה קנין לאו שמה תפיסה, וכמו שנראה מדברי התוס' והרא"ש גבי מלוגא דשטרא בכתובות דף פ"ה לפי שכל תופס צריך תפיסה גמורה שיקנה הדבר באחד מדרכי הקניה. **הקצות** האריך להוכיח דלא כאחיו ותפיסה וקנין לאו בחד כללא נינהו כלומר דלפעמים תפיסה עדיפא מקנין ולפעמים קנין עדיפא ליה, לדוג' גבי חצר שאינו משתמר לא קני א"כ עומד בצדו ואפילו בדעת אחרת מקנה לדעת הרמב"ם ואילו בתפיסה נראה דאפילו בחצר שאינו משתמר נמי הוי מוחזק, וביאר דגבי קנין צריך קרא לרבות חצר ומש"ה בעינן דומיא דידו, אבל תפיסה דהוא סברא לא צריך קרא לרבווי חצירו אלא כל דקאי ברשותו המוציא ממנו צריך ראיה, וחצר שאינו משומר נמי רשותו הוא אלא דאינו דומיא דידו, ובחד צד קנין עדיפא מתפיסה, דגבי תפיסה אזלינן בתר מוחזק העיקר, דהיינו היכא דהבית של ראובן ולקח את שמעון אצלו וחלוקים על הנכסים שבבית, דהו"ל ראובן המוחזק העיקר כרמ"א סימן קל"ח ואילו בקנין כה"ג כגון שיזכו במציאה שבתוך הבית שניהם שוין, ומבואר דתפיסה אינו תלוי בקנין, וגבי מלוגא דשטרא דהביא אחיו שאני כיון שאינו תפוס בחוב אלא בנייר, ולהכי כל דליכא כתיבה ומסירה אינו מוחזק אלא בנייר ולא בחוב, לכן ה"ה הכא במציאה אם אומר

אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה קנאם כיון דקנה הבהמה, אע"ג דחצר מהלך הוא ואינו קונה, היינו משום דאינו דומיא דידו אבל רשותא מיהא הוי ומיקרי מוחזק, וכן גבי משיכה בגמל והנהגה בחמור נמי ס"ל דאע"ג דלענין קנין לא קני, היינו משום דקנין בעי כל חד כאורחיה, אבל לענין תפיסה מוחזק הוי אפילו תפיס ביה דלא כאורחיה, ואם הגביה דבר שאין דרכו להגביה נמי הוי מוחזק ותפוס, וע"פ הנ"ל דחה מש"כ הב"ח בדעת הרא"ש דהוא הדין באומר אני מושך הבהמה לקנות כלים שעליה בין בכפותה בין אינה כפותה כיון דמספקא לן הוי מוחזק מספק, דזה אינו, דלשון הרא"ש בדקדוק ודוקא היכא דהבהמה רשותו הוא דמהני תפיסה לכלים, אבל מוחזק מספק לא.

סימן רג – כל מטלטלין נקנין בחליפין ומטבע אין נקנה בחליפין

סעיף א

לקח אצל חנוני בהקפה, האם יכול לשלם לו אחר כך בשוה כסף? (נראה שכאן, וראה של/א)

ע"פ ב"מ מה. – מז. וכתבאר גם בסימן קצה/ב פסק בשו"ע "כל המטלטלין קונים זה את זה בחליפין, אין צריך לומר אם אין המקנה מקפיד לידע שיווי החפץ שנוטל בחליפין (דלא כר"ח הסובר דהא דאמרינן דמטלטלין קונין זה את זה בחליפין דוקא כששמו כל אחד בפני עצמו שאם לא עשו שומא לכל אחד בדמים ידועים לו לא סמכי למקני אהדדי, אלא כגדולי האחרונים והרמב"ם, ר"ן), כעין שקונין בסודר, שזהו קנין גמור שמועיל לכל הדברים, בין קרקע בין מטלטל {חוץ משטרות ועיין לעיל סימן ס"ו (הגה"מ)}, בין בעלי חיים, ופירות נמי (דלהיות נקנה בחליפין מרבינן אפילו פירות מדכתיב לקיים "כל" דבר), אף על פי שאין קונין בהם נקנים בחליפין (ואע"ג דאידיחי מימרא דרב פפא היינו דוקא במאי דאמר דמטבע נקנה בחליפין אבל במאי דאמר דפירי אפילו לרב נחמן מיקנו נקטינן כוותיה), חוץ ממטבע שאינו נקנה בחליפין ולא קונה... 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".

כתב הסמ"ע (ב) דבאומר שזהו דמי תשלומיו, אפילו בלא חליפין קנה, דדמי להא דסימן קצט/א בהיו בידו מעות בלא מנין, וכתב ה^נתיבות דמשמע מדבריו דאם קונה מטלטלין ונותן לו שאר מטלטלין בדמי מכירתו בלא שומא, דאף שנותן לו המטלטלין בתורת דמים ולא בתורת חליפין דקנה, ותמה עליו ה^נתיבות (א) דהא בקידושין ז' סבר רב יוסף דשיראי צריך שומא, והטעם שם משום דאיתתא לא בקיאה בשומא, משמע דגברא אמרינן דבקיאי בשומא, וכיון דאמר ליה בכל דהו, יש לנו לומר דודאי קפיד עליה ושם אותו בדעתו ונתרצה בשויו, ולא דמי כלל לאחז בידו מעות ואמר מכור לי באלו, דשם אי אפשר בשומא דמאין ידע זה כמה מעות יש ביד השני, משא"כ במטלטלין שרואה אותן ויכול לשומן בדעתו, ולא פלוג רבנן וכל שנותן בתורת דמים לא קנה.

כתב רע"א דדעת שו"ת הרשב"א דדבר שאינו מסויים אינו נקנה בחליפין ודעת הר"ן שנקנה. [כתב העיטור (בב"י סימן קצה) דגם דבר שיש בו ממש דנקנה היינו דווקא דאיתיה בעיניה וגם ברשותיה].

[הפת"ש (א) ציין לשתי תשובות בחת"ס דבאחת מבואר דבאנקי צעטל נקנין בחליפין כי אין גופן מטבע אלא שעבוד נכסי הקיסר ירום הודו ובאחרונה כתב דבאנקאטן אינם נקנין בחליפין].

פרט המושג של קנין דברים והמקרים שמדובר בנדון זה. (וראה גם סי' רדז, רמה, א).

ז"ל השו"ע ע"פ הרמב"ם ע"פ ב"ב ג. "וכן דבר שאין בו ממש אין קנין מועיל בו, כגון שקנו ממנו שילך עם פלוני למקום פלוני או שיחלקו חצר שביניהם וכיוצא באלו שהם קנין דברים ואין לו על מה לחול", וכתב הרמ"א "וטובת הנאה לאו ממון, ואינה נקנה בחליפין (הגה"מ), ולא אג"ק, ש"ך בשמו, 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 הרשב"א).

הש"ך תמה על ההגה"מ ודן בשקלא וטריא בקידושין כ"ז וכתב דגם רב פפא דפסקו כמותו ס"ל דטובת הנאה מיקני אג"ק, ועוד דאפילו טובת הנאה אינה ממון וכנפסק בסימן ש"נ מ"מ לענין חליפין ואג"ק הוי ממון רק גבי מתנות כהונה דכתיב נתינה לא מהני חליפין דהוי דרך מקח וממכר. **הקצות** (א) כתב דדבריו תמוהין דהא פסקו המהרי"ק מהר"ם פאדוואה הרמ"א והש"ך בסימן ער"ו דטובת הנאה אינה בירושה, וכיון דאינו יכול להוריש מכל שכן דליתיה בהקנאה, דיותר בקל יוכל להוריש מלהקנות. גם **הנתיבות** (ב) חלק על הש"ך דטובת הנאה אין גופו ממון ולא ממון לשום דבר ולכן לא מיקני בחליפין וגבי הוכחת הש"ך מקידושין לא קשה דבמעשר עני ממון גמור איכא כיון דהנאה של כילוי מותר בו ושפיר יכול להקנות להם בתורת אגב.

[מה דין קנין פירות בתורת שיווי דמים?]

כתב **הרמ"א** ו"י"א דאם העריכו זה כנגד זה, קונין אף בפירות (**רמב"ם** וכשיטת **ר"ת** דלא קאמר רב נחמן דאין פירות קונים בחליפין אלא כעין קנין סודר אבל חליפין שהם בתורת שווי אפילו לרב נחמן פירי נמי עבדי חליפין), ויש חולקין (**ה"ה** בשם **קצת מפרשים**).

כתב **הנתיבות** (ג) דלדעת **ר"ת** הוא הדין לא העריכו והחליפו בלא שומא זה כנגד זה, ועוד כתב דבחליפין שוה בשוה להך דעה דס"ל דקונה, לאו דוקא שמשך האחד, אלא אפילו קנה באחד משאר קניינים, כגון שהחליפו שור בפרה והקנה את השור לבעל הפרה בקנין סודר או אגב קרקע, נקנית הפרה לבעל השור.

סעיף ב

ע"פ הברייטא **בב"מ מז.** פסק בשו"ע "החליף חמור בפרה וטלה, ומשך את הפרה ולא משך את הטלה, לא קנה, מפני שאין כאן משיכה גמורה, וי"א (**ר"ן**) 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 (דהתקשה בברייטא הנ"ל אמאי לא קנה כנגד מעותיו כדאמרין בקדושין כ"ז גבי מכר לו עשר שדות ולא נתן לו דמי כולן כשהחזיק באחת מהן לא קנה כולן דכנגד מעותיו מיהא קנה, ותיירץ דשאני הכא שאינו ראוי ליחלק אבל החליף פרה וטלה בכור חטים ומשכה לפרה ולא משכה לטלה קנה בחטים כנגד הפרה, ודלא כרא"ש).

כתב **הרמ"א** ע"פ **תה"ד** וי"א דאם ראובן החליף עם שמעון ולוי, ונתבטל אצל אחד (דחזר בו), בטל ג"כ נגד השני, וביאר **הנתיבות** (ו) דמבואר שם שאם היה בקנין סודר עם כל אחד דקנה, ואף שמחל אחד מהן הקנין לא נתבטל נגד השני, ולא כתב שם דאם נתבטל נגד אחד נתבטל גם נגד השני, רק כשהיה בלא קנין, רק בקנס לצדקה, ופסק שם כיון דנתבטל נגד אחד שנתפייס עמו, נפטר מהצדקה.

סעיף ג

ע"פ **ב"מ מה-מו** והרמב"ם פסק בשו"ע "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 {ולפיכך המייחד 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**)}."

במש"כ המחבר "והנותן אחד מהם בדמי מטלטלים לא קנה, ואין אחד מהם נקנה בקנין, ולא נעשה קנין" ביאר **הסמ"ע** (ז) דיש כאן ג' עניינים, מתחילה אמר שאם בא ראובן לקנות משמעון דבר מטלטלין ונותן לו שיווי מטבעות הללו, לא קנה המטלטל, כדין מעות שאינו קונה מטלטלין בהן מטעם שמא יאמר נשרפו חיטיך בעליה, ואח"כ אמר שאינו נקנה בקנין ר"ל חליפין אם ייחד ראובן מעות ממטבעות הללו כדי שוויו של טלטול שקונה משמעון, ומושך ראובן הטלטול של שמעון, לא נקנו לשמעון המטבעות שייחד לו, דגם בזה שם קנין חליפין יש עליו, שהרי אם נאבדו המעות שייחד לו

פטור ראובן מליתן לו אחרים, ואע"ג דהמחליף פרה בחמור וייחדו זה כנגד זה קנה זה את זה אע"פ דאם נאבד זה שלא משך א"צ לשלם לו אחר, שאני התם דאבידה ומיתה לא שכיחי כולי האי, משא"כ בצורה דעבידא דבטלה, משא"כ כשלא ייחד לו מטבע, ועל זה קאי הרמ"א דדווקא בתורת חליפין שייחד לו המעות אבל בתורת דמים, ואח"כ כתב המחבר לא נעשה קנין ר"ל שאין קונים בהו בתורת חליפין, והוא אשר כבר כתב בסע' א' דאף אם אמר קח מידי דינר זה בחליפי חפץ שבידך כדין חליפין דקנין סודר, אע"פ שג"כ שם כלי עליו ששוקלין כנגדו ותולין לבתו בצוארה, אפילו הכי לא מהני מטעם דכבר נתבאר דצורה עבידא דבטלה, והמקנה מטלטלים לקנות מטבע דעתו אצורתא.

כתב **הקצות** (ב) דבמסגרת השלחן למד בט"ז דבעינן דוקא דבר מסויים והיינו דבר שיש בו סימן כגון פרה וכלי שיש בו סימן שהוא שלו, וחלק הקצות דהוא דבר זר לומר בדבר שאין בו סימן לא מהני חליפין, ובמטבע דודאי אין בו סימן לא אמרו שאינו בחליפין אלא משום דדעתיה אצורתא. עוד כתב לבאר דברי הטור "דוקא בתורת דמים שלא יחד לו המעות" דר"ל דחיוב לא מהני אלא היכא דהחיוב חייל על גופו והוא חייב באחריותו, דהיינו היכא שמחייב בפירות אם אין לו פירות מחויב ליתן דמיהן כיון דחייב את עצמו, אבל היכא דמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פלוני ואינו מקבל עליו חיוב אחריותו, אין זה נקרא חיוב הגוף ולא הוי חיוב כלל, ומש"ה במשיכת הלוקח נתחייב בדמיו וחל החיוב על גופו בחיוב אחריות ושעבוד הגוף, אבל אם מייחד לו המעות דליכא חיוב אחריות, וא"כ לא הוי חיוב כלל מה שחייב עצמו ליתן מעות המיוחדים ואינו חיוב, ובתורת קנין אינו נקנה דמטבע אינה נקנה בחליפין (ועיין גם בנתיבות ו').

סעיף ד

ע"פ **משנה וגמ' ב"מ מד**. וכזקנותיה דרבי דכך פסקו הרי"ף והרא"ש פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם "במה דברים אמורים (ר"ל הא דאמרינן בסע' ג' דבזהב אינו קונה מטלטלין, היינו כשרוצה לקנות בו שאר מטלטלין הוא, אבל יכול לקנות בזהב מטבעות של כסף, סמ"ע), בזמן שמכר שאר מטלטלים באחד ממניי מתכות אלו, אבל המוכר מטבע במטבע, הדינרים של זהב לגבי מטבעות של כסף הרי הם כפירות (דכיון שהן חריפין ומהירין בהוצאה יותר משל זהב, לכן נקרא מטבע של זהב פירות גבי של כסף, וכן הטעם בכל הני דקמני והולך, דזה שהוא חריף להוציא הוא נחשב מטבע לגבי האידך שאינו חריף כ"כ להוציא). { 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 (אף דישנים עדיפי מ"מ יכול לומר לישנן קא בעינא, סמ"ע), ואם ישנים ישנים, אבל אם נתן לו כ"ה דינרי כסף בדינר זהב, לא קנה עד שיקח הדינר של זהב".

כתב **הנתיבות** (ז) גבי הסמ"ע הנ"ל דכתב אף דישנים עדיפי מ"מ יכול לומר לישנן קא בעינא, דה"ה אם מכר מטלטלין ופסק עמו ליתן לו בעדס דבר שלא בא לעולם ומשך זה המטלטלין, נתחייב לו ליתן הדבר שלא בא לעולם כשיגיע לידו, דכל משיכת המטלטלין מחייבת למושך ליתן כפי מה שפסק, וחיוב חל אפילו על דבר שלא בא לעולם, אבל אם הבטיח לפועל חפץ בשכרו, כיון דלית ליה בפועל קנין הגוף, לא חשיב פעולתו רק כנתינת דמים על החפץ, ולכך אם אמר לו יהיה זה החפץ שלך בשכר פעולתך הוי כנתינת מעות, וחייב בעה"ב לקבל מי שפרע כשחוזר בו מהחפץ ורוצה לשלם מעות בשכרו, אבל אם אמר לו אתן לך חפץ זה בשכרך, לא הוי קנין כלל על החפץ, ויכול לסלקו בזווי.

סעיף ה

תוספתא דב"מ הביאווה הרי"ף והרא"ש וכ"פ בשו"ע "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 (רי"ן) }".

סעיף ו

ז"ל השו"ע "נחושת, יש אומרים דהוי טיבעא לגבי דהבא (תוס' רשב"א ועוד, ולא נקנה הזהב במשיכתו דהא אפילו גסי כספא הוי חידוש) ויש אומרים (ירו' רמב"ן רא"ש) דהוי פירא לגבי דהבא

(דנהי דלא קי"ל כילדותיה דרבי מ"מ לגבי נחשת כ"ע מודים וכן סדרן דמתני' דאחרון אחרון גרוע והוא פירא לגבי ראשון נחשת לזהב ומעות הרעות לנחשת ואסימון למעות הרעות, רא"ש).⁷⁹

סעיף ז

ע"פ רא"ש רי"ו ועוד פסק בשו"ע "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".

סעיף ח

משנה ב"מ מד. "מעות הרעות קונות את היפות והיפות אין קונות את הרעות, אסימון קונה את המטבע והמטבע אינו קונה את אסימון".

וז"ל השו"ע כדעת רש"י והרמב"ם דמעות הרעות כלומר שנפסלו – "מעות הרעות שפסלתן מלכות או מדינה, או דינרים שאין יוצאים באותה מדינה (רי"ף) ואין נושאים ונותנים בהם עד שמשנים אותם למטבע אחר, הרי הם כפירות לכל דבר (כלומר דהו ככלי לכל דבר כמבואר ברא' בסימן קצ"ה, ש"ך ונתיבות), ונקנין בקנין, ומתחייבין על ידי משיכתן לתת מעות שפסקו, ואם נטלו כנגדן מעות, לא נקנו (דלא תימא דוקא כשקונה מטלטלין ונותן למוכר דמי שוין תיקנו שלא יקנה אותן משום גזירה שיאמרו נשרפו חיטיך בעליה, אבל כשיקנה מעות הללו במטבעות טובים שהם קלים להצילן הו"א דקנו, קמ"ל דלא פלוג, סמ"ע)" והרמ"א פסק כראב"ד ורשב"א "וי"א דאלו מעות הרעות שלא נפסלו לגמרי, רק שאינן יוצאין בהוצאה להדיא, נקראו מטלטלין וכן נראה עיקר".

סעיף ט

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

כתב הרמב"ם (ע"פ עובדא דרב פפא בב"מ מו.) וכ"פ השו"ע "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 (קצות): דלא כפי שלמד השארית יוסף ב"י דדווקא פקדון מטלטלין ולא מעות לפי שמעות פקדון יכול הנפקד להוציא, דדעת השו"ע משום דכל זמן שלא הוציאן והמפקיד בא לתבוע פקדונו כל זמן שמעותיו בעין אינו יכול להחליפן וליתן מעות אחרים תחתיהם), כגון שהיו מופקדים במקום אחר (ה"ה): דס"ל דעובדא דרב פפא פקדון הוה אבל מלוה על פה אי אפשר להקנותה באגב, וכן דעת הרמב"ן והרשב"א ויש מביאים ראיה מב"ב דף קמח שכיב מרע שאמר תנו הלואתי עיי"ש, ודלא בתרומות דגם בחוב) ולא כפר המפקיד. אבל ראובן שהיה לו חוב על שמעון, והקנה ללוי קרקע ועל גבו החוב, לא קנה החוב (כנ"ל), אבל יכול הוא להקנות לו החוב {של ישראל (מרדכי)} 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 סי' קכ"ג בדיני הרשאה}."

הש"ך (ד) ציין שבמרדכי הביא הרבה פוסקים דיכול להקנות חוב בקנין אג"ק וכן הוזכר ברמ"א בסימן סו/כו וסיים הש"ך בצ"ע. ברע"א כתב דדעת התוס' דאפשר להקנות חוב באודיתא ודעת תשובת מיימוני דאינו נקנה, וראה בסמוך.

הובא בפת"ש דדעת החכם צבי (צוין בבא"ה) דיש עוד דרך שיזכה בו המטבע והיינו באודיתא כדמצינו גבי איסור גיורא בב"ב קמ"ט וגם בבריא מהני קנין אודיתא וכ"כ התוס' דאף דידעינן בבירור שהיה איסור משקר קנה, ויכול להקנות באופן זה אף המעות שיש לו במקום אחר ואינם בעין, אכן כתב הפת"ש דהש"ך בסימן ס' כתב דדעת התרומות בשם חולקים דבבריא לא מהני אודיתא, אכן הש"ך דחהו וכן הסכימו פוסקים רבים וכ"פ הקצות בסימן קצד. עוד הביא שבספר ארעא דרבנן כתב שבתשובת מוצל מאש הסתפק במי שהודה על הלולב ביום טוב א' של חג שהוא של ראובן, האם אמרינן דשאני לענין לצאת ידי חובת מצוה דקמי שמיא גליא, והדר פשיט מדברי התוס' ב"מ מ"ו

דחשיב כאילו נתנו לו, וחזר ונסתפק אם אח"כ צריך שראובן יקנהו לבעליו, או די שיאמר זה של פלוני ומדין הודאה, או דילמא ממה נפשך למפרע לא יצא אחד מהם, והכריע שם דפשוט דשניהם יוצאין ידי חובתן, כיון דבהודאת ממון קי"ל דבהודאה גרידא חשיב כאילו נתנו לו, ואפילו היינו יודעין שאינו שלו זכה בממון אותו פלוני, דההודאה היא ההקנאה, א"כ גם בלולב דתלי רחמנא במה שנקרא שלו ובהודאת חבירו חשיב שלו, הוא הדין נמי כשיחזור ויודה לשכנגדו חשיב כנתנו לו בתורת הקנאה, דיפה כח ההודאה להפקיע זכותו כמו גוף ההקנאה.

סעיף י

[מה הדין במחליף קרקע בקרקע או מטלטלים בקרקע או קרקע במטלטלים?]

ע"פ **תוספתא** דקידושין שהביאנו **הרא"ש** ו**הרשב"א** פסק בשו"ע "המחליף קרקע בקרקע או מטלטלים בקרקע או קרקע במטלטלים, כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו".

כתב **הקצות** (ו) דמדברי השטמ"ק נראה דקרקע בקרקע לא עבדי חליפין אלא שוה בשוה, אמנם לשיטת הפוסקים דפירי לא עבדי חליפין אפילו שוה בשוה (ראה לעיל סעי' א'), א"כ צריך לומר הא דתניא המחליף קרקע בקרקע דנתחייב בחליפין משום דסברי דקרקע נמי כלי איקרי, וא"כ עבדי חליפין אפילו אינו שוה בשוה כיון דכלי הוא.

מה הדין אם הקנה בקנין אחד שני דברים ועל אחד מהם הקנין אינו חל האם יקנה את

השני?

הקנה בחליפין מעות ומטלטלים ביחד מה הדין בזה, וכן אם הקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם? ומאי שנא בין שני המקרים?

כתב **הרמ"א** בשם **המרדכי** (ב"ב קמג): "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, והוא הדין (גם בזה פליגי כל הני, סמ"ע) אם קנו באיזה דבר המועיל בו קנין עם דבר שאין בו ממש, דהוי קנין דברים (ר"ל הקנין שעושה לדבר שאין בו ממש הוא קנין דברים, סמ"ע)".

ביאר **הסמ"ע** (יט) דמדובר שנותן ראובן לשמעון סודר שלו ואמר לו קח סודר שלי ותן חליפיו מעות ומטלטלין, וכתב דצריך לבאר מדוע כתב הרמ"א ג' הדעות ובסימן ר"ט סעי' ד' במקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם, לא כתב אלא דעה אחת לחוד, דקנה דבר שבא לעולם ולא קנה הדבר שלא בא לעולם, והביא בתחילה לשון המרדכי בדרכ"מ במלואו דמעשה באחד שהקנה לחבירו בקנין סודר קרקעות ומטלטלין ומעות בבת אחת, ונחלקו בדבר חכמי הדור, י"א דדמי לאת וחמור דדף קמ"ג וסימן ר"י וכמו שלא קנה המעות לא קנה גם כן המטלטלין והקרקעות, וי"א קנה הכל במיגו שחל הקנין על הקרקעות ומטלטלין חל נמי אמועות, ורבינו שמחה כתב דאע"ג דמעות לא קנה קרקעות ומטלטלין קנה, דאי לא תימא הכי הא דאמרינן בקידושין נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות בכסף ובשטר ובחזקה, ואמרינן בגמרא דבעינן אגב, למה לי אגב, ליקני מטלטלין במיגו דחייל אקרקע, וליכא למימר דדמי לקני את וחמור, דחמור לאו בר קנין הוא אבל מטבע נקנית במשיכה בהגבהה ובתורת חצר. וכתב הסמ"ע דהנה י"ל, כיון דרבינו שמחה ס"ל דקנה מטלטלים אף דלא קנה מעות וסתר דעות הראשונות בדברים של טעם והביאו באחרונה, משו"ה לא כתב הרמ"א בסימן ר"ט אלא דעתו, והא דכתב כאן כל שלשתן, משום דכאן במקור הדין דקאי עליה המרדכי העתיק לשונו, ומ"מ רמזו גם כאן דס"ל כדעת רבינו שמחה הנ"ל מדכתב דעתו באחרונה, והדעה הסוברת דקנה הכא הכל, היינו דוקא במעות דהן בעולם ושייך בהו קנין דהגבהה ומשיכה, משו"ה נמי אמרינן דחל נמי עליהן הקנין דקנין סודר במיגו דחל על המטלטלין משא"כ בדבר שלא בא לעולם דלא שייך בו שום קנין. ועוד כתב דמשו"ה סתם בסימן ר"ט, משום דהמ"ד דלא קנה כלל הוא משום דמדמי ליה לקני את וחמור וס"ל דבקני את וחמור לא קנה כלל דפליג עם רב נחמן, אולם אנן קי"ל כרב נחמן דאמר אף דלא קנה החמור הוא קנה מחצה, וזהו שכתב הרמ"א שם דקנה הדבר שבא לעולם כמו בקני את וחמור, דגילה דעתו דפסק כן ממה דגם בקני את וחמור קי"ל דקנה מחצה.

אולם הנו"ב (פת"ש ד) חלק על הכרעת הסמ"ע כדעה האחרונה, וכתב ליישב הסתירה ברמ"א דהנה באבן העזר סימן מ"א בקידוש נשים רבות ובהן שתי אחיות דאם אמר כולכם מקודשות לי נכריות מקודשות וי"א אף נכריות אינן מקודשות וכתבו שם הח"מ ובי"ש ע"פ הראי' לחלק בין זה לקני את וחמור דקיי"ל דקנה מחצה דשם שני דברים הם את וחמור אבל כולכם דבר אחד הוא, ועוד דבאת וחמור אף שאין לזה יד לקנות מ"מ השני שיש לו יד קונה אבל בנשים הקונה הוא אחד ודרך ליקח טוב ורע יחד והכל מקח אחד, ואם לא יקנה אחד בטל כל המקח, וכתב הנו"ב דלפ"ז י"ל דס"ל לרמ"א דהקנה מעות ומטלטלים ביחד, כיון שהמעות בעין, נוכל לומר שני טעמים הנ"ל, דלטעם א' מייירי שהמעות והמטלטלים מונחים לפניו ואמר כל מה שמונח כאן אני מקנה לך, וכן לטעם הב', הקונה אין דעתו לקנות זה בלא זה, אבל בדבר שאינו ברשותו עם דבר שברשותו, אי אפשר לומר שמונחים לפניו, אך ציין הפת"ש מסימן אחר בשו"ת דמבואר דגם בכה"ג הוא ספיקא דדינא מטעם דיש פוסקים כרב המנונא דלא קנה כלל באת וחמור ולכן אי אפשר להוציא מן המוחזק [עוד כתב דאפילו אם נימא בהקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם לא קנה כלום והיינו כרב המנונא, מ"מ יש לחלק בין עביד דאתי או לא עביד דאתי, דבמקנה רכוש שיש לו עם כל הרכוש אשר ירכוש עוד כל ימי חייו אף שלא קנה מה שרכש אח"כ, אפ"ה קנה מה שכבר יש לו דבזה לא שייך לומר שאין דעתו להקנות זה בלא זה, דהרי אינו ודאי שיתוספו לו נכסים כלל, וא"כ בודאי לא קפיד לתלות זה בזה, ולכן בודאי קנה נכסים שהיו בעין לדברי הכל].

[מה הדין בשנים שקנו מזה לזה להחליף על כל אשר להם?]

עוד כתב הרמ"א "שנים שקנו מזה לזה להחליף על כל אשר להן י"א (ריב"ש) דלא מהני בזה קנין וי"א (תה"ד) דמהני אך כל אחד יעמוד בשלו וחבירו יתן לו המותר בנכסיו דעיקר כוונתו היתה להרויח ולא להחליף ממש וע"ל סימן ר"ט סעיף ב"י - שם כתב הרמ"א על דברי המחבר שהאומר לחבירו כל מה שיש בבית זה וכו' יאין כאן קנין – וי"א (הריב"ש הנ"ל) דה"ה (שאין קנין חל) שנים שהחליפו על כל אשר להם, וע"ל סוף סימן ר"ג וע"ל סימן רמ"א ס"ד מדין המוכר דבר שאינו מסויים". הש"ך בסימן ר"ג (ו) חלק על הרמ"א ולדעתו תה"ד לא חולק על הריב"ש וגם סובר דהוי אסמכתא ואיירי היכא דמועיל הקנין דאז לא מהני מחילה לגבי עצמו כגון בקנו בב"ד חשוב.

הסמ"ע (רי"ג) הביא מקור דברי תה"ד גבי שנים שתקעו כפס זה לזה וקיבלו עליהם בקנסות לצדקה להחליף זה עם זה בכל אשר להן ופסק שצריכין לקיים אם לא שמחלו זה לזה, והביא שכתב בדרכ"מ דחלוק עם הריב"ש, וכתב "דגם כאן" (סימן ר"י) לא בא הרמ"א לפסוק אלא לומר דהי"א דלא מהני הקנין בשנים שהחליפו יש לו קצת ראייה מדין זה דהאומר כל אשר שיש בבית זה וכו', ואפילו תה"ד מודה באומר כל מה שיש בבית זה מכור לך כו' הנ"ל דלא מהני ביה הקנין, וס"ל דשאני התם דהאחד הוא יודע מה שיש לו בבית והשני אינו יודע, משו"ה לא גמר ומקני וכנ"ל משא"כ בשנים שהחליפו שאין שום אחד מהן יודע מה שבבית השני, ומשו"ה אגב דבעי לקנות גמר ומקנה, וגם אין לשום אחד מהן על מה לסמוך, והוא דומה למשחק בקוביא [ומש"כ תה"ד אם לא שמחלו זה לזה, הא דמהני מחילה להזיק על ידה לצדקה משום דלא הוה על שום אחד חוב ברור ליתן לצדקה, שהרי אם קיימו תנאים והחליפו זע"ז אין כאן חוב כלל, ומשום הכי בידם לומר הרי הוא כאילו החלפנו, משא"כ אם היה עליו חוב כגון אם חירף את חבירו ונתחייב ע"פ תקנת העיר ואמר לפני הגבאי שיהיו לצדקה, דשוב אין בידו למחול למחרת]. אולם הש"ך (רי"ג) לשיטתו (בסימן ר"י) כתב דאין סברא לחלק בין ידע המוכר או לא ידעו שניהן והעיקר כדברי הריב"ש דלא אשכחן מאן דפליג עליה.

סימן רד – אימתי מקבל החוזר בו מי שפרע ומתי נקרא מחוסר אמנה

סעיף א

מתי מי שסיכם עם חברו על מכירת חפץ וחזר בו מקבל מי שפרע? (ראה גם סע' ב)

אם עשו קנין המועיל עד מתי יכולים לחזור בהם ולבטל את המקח? פרט בקנין סודר, משיכה, הגבהה, מסירה, קנין כסף, שטר, חזקה, קנין ד' אמות בסימטה (ראה ר,א), תקיעת כף (ראה ר,א), ומה הטעם?

משנה ב"מ מד. "משך הימנו פירות ולא נתן לו מעות אינו יכול לחזור בו 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", וכתב הרמב"ם דמדובר בין במוכר ובין בלוקח, וביאר הב"י דפשוט הוא דכיון דטעמא לפי שאינו עומד בדיבורו מה לי מוכר מה לי לוקח.

ב"מ מח: "איתמר ערבון רב אמר כנגדו הוא קונה ורבי יוחנן אמר כנגד כולו הוא קונה (וכ"פ הפוסקים)", ופירש רש"י "ערבון, מקצת מעות נתן לו על פיסוק מרובה. כנגד כולו הוא קונה, בקרקע לקנין גמור ובמטלטלין לקבל מי שפרע", וז"ל השו"ע "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 (כלומר אפילו אם רוצה לחזור מהמותר מה שלא קיבל דמים כנגדו וכו') יוחנן וכבסימן ק"צ דבקרקע קונה במקצת הכל כשאינו עייל ונפיק אזוזי וגם לענין מי שפרע במטלטלין, סמ"ע".

כתב השל"ג (בש"ך א) דמדברי הג' אשרי מוכח דאע"ג דק"ל בדברים בעלמא אינו נגמר המקח מ"מ לאחר שנתקנה שבועת היסת אם ראובן טוען לשמעון אתה עשית המסחר עמי על כלי פלוני ומכרתו לי והלה כופר, אע"פ שהכלי ביד שמעון ואם היה שמעון אומר אני חוזר בי היה פטור מכלום, עכשיו שכופר מצי להשביעו היסת, ודחהו הש"ך (והנתיבות) דכל שיכול לחזור מהמקח וכופר ואומר שלא עשה כלל מסחר עמו, א"צ לישבע היסת כיון דאין כאן כפירת ממון דבלא"ה יכול לחזור.

כתב הנתיבות (א) דאם לא נתן מעות רק שנתן שט"ח על עצמו לא קנה רק למי שפרע, ודלא כמחנה אפרים דקנה לגמרי, ודחה הוכחתו מהתוס' (ב"מ מ"ו) דבקנין סודר ליכא למיחש לשמא יאמר נשרפו חיטיך בעליה מטעם דכיון שלא נתן המעות עדיין טרח ומציל דהכי נמי בנתן לו שט"ח י"ל כד דטרח ומציל, דליתא, דלפי דבריו א"כ הכסף אמאי אינו קונה הזהב הא במעות לא שייך נשרפו מעותיך כמבואר בתוס' בדף מ"ג וכן בקנין סודר אם כבר נתן המעות לא ליקני דהא שוב לא שייך תירוץ התוס', אלא ודאי דלא פלוג רבנן וכל ששם קנין מעות עליו לא קנה, וכל ששם שאר קנינים עליו, אף דלפעמים שייך גביה החשש דנשרפו חיטיך, מ"מ כיון שברוב קנין זה לא שייך החשש, לא פלוג רבנן.

עוד כתב הנתיבות (א) באמר המוכר תן מנה לפלוני ויקנו לך המטלטלין שלי לא קנה רק למי שפרע, ודלא כמחנה אפרים דקנה לגמרי.

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

כתב הב"ח (בש"ך ב') באינה לחברו בשיעור שתות והלוקח נתן לו דמים ולא משך עדיין והמתאנה רצה לחזור א"צ לקבל עליו מי שפרע אף דהלה רוצה להחזיר לו האונאה אבל המאנה צריך לקבל מי שפרע באם רוצה לחזור, ודחהו הש"ך דשניהם צריכים לקבל מי שפרע דכללא הוא דמעות לענין מי שפרע הוא כמשיכה לענין דקנה ומחזיר אונאה וכ"כ ברמב"ן בפשיטות וכן מוכח בירו' וכמה ראיות.

סעיף ב

[מה הדין במי שנתן דמי מקח ולפני שלקח הגיע ענין אונס מסויים שמפחד שיילקח ממנו, האם יכול לחזור בו? האם מקבל מי שפרע? ומה הדין שכבר נאנס האם יכול לחזור בו?]

ב"מ מט: "ההוא גברא דיהיב זוזי אחמרא, לסוף שמע דקא בעי למנסביה דבי פרזק רופילא (לשר) אמר ליה הב לי זוזי לא בעינא חמרא אתא לקמיה דרב חסדא, אמר ליה כדרך שתיקנו משיכה במוכרין כך תיקנו משיכה בלקוחות".

דעת **הראב"ד** שאף על פי שלא הגיע האונס אלא שחוזר בו מחמת פחד האונס אינו מקבל מי שפרע וכ"ד **התוס'** **רא"ש** ועוד דאפילו מי שפרע ליכא מדלא קאמר והא בעי לקבולי עליה מי שפרע כדקאמר אהני עובדי דלעיל, אולם דעת **ר"ח הגאונים** ועוד דכל שחוזר בו קודם שיגיע האונס מקבל מי שפרע והאי דלא אדכר ליה רב חסדא מי שפרע לאו ראייה היא דאינהו לא אתו לקמיה אלא לשאול אם לוקח יכול לחזור בו אבל אין הכי נמי דבעי לקבולי מי שפרע. **בדק הבית** למד **ברי"ף** ו**הרמב"ם** כגאונים.

השו"ע פסק כגאונים "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 (דלא כרש"י דאחר שבא האונס אינו יכול לחזור בו, ודלא כראב"ן דאם בא האונס חוזר בו ומקבל מי שפרע, אלא כשאר כל הפוסקים כלשון הב"י -) ואין כאן מקום למי שפרע, וי"א (רא"ש) דה"ה הדין למי שחוזר בו מפני שהוא ירא להפסיד כל המקח (וכ"פ הב"ח, ש"ך)".

דעת **רע"א** כרז"ה ורש"י דאין הלוקח יכול לחזור אם כבר נאנס ואין הדבר עוד בעולם, רק אם ירא שיפסיד יכול לחזור כיון שהדבר עדיין בעולם וכן במתה הבהמה מקרי עדיין בעולם וחוזר.

כתב **הסמ"ע** (ד) דסברת הרא"ש דאין המוכר יכול לומר לו כשתפסיד אחזיר לך דמי מקחך וכל זמן שלא הפסדת עדיין אין עליך לחזור, כי הלוקח יכול לומר לא ניחא לי למיקם עמך אח"כ בדינא ודיינא, גם שמה אחר שתפסיד לא יהיה לך ממה לפרוע לי.

עוד כתב **הסמ"ע** (ה) דבלשון המחבר בדברי הרא"ש "להפסיד כל המקח" נשמע כר"י (בב"י) דלא אמר הרא"ש דווקא בנפסד לגמרי אבל משום פסידא קצת כגון יין והחמיץ מקבל מי שפרע, וכתב **בשער משפט (פת"ש)** (ה) דמשמע ברי"ו דאף שכבר נפסד יש חילוק זה דאם נפסד לגמרי אינו מקבל מי שפרע, אבל משום הפסד קצת כגון יין והחמיץ מקבל מי שפרע, וכתב השע"מ דדוקא בין והחמיץ מקבל מי שפרע, אבל אם נאנס קצת מהמקח וליתא בעינא, אף שנשאר הרבה אינו מקבל מי שפרע, דכיון שנחסר לגמרי ואינו בעין הוי כנפסד הכל ואינו מקבל מי שפרע נגד החסרון, ולא דמי ליוקרא וזולא ויין והחמיץ שהדבר בעין אלא שנתקלקל, אבל מה שנחסר מהמקח גרע טפי.

< כתב **באר הגולה** בשם **הב"ח** דבמקום דאיכא פלוגתא דרבוותא קולא לנתבע וחומרא לתובע א"צ לקבל מי שפרע.

< כתב **בשו"ע** **סע' ג'** "הפוסק על שער שבשוק, וקבל דמים ולא היה לו אותו המין שפסק עליו, נתבאר בסימן ר"ט (ו)",

סעיף ד

פסקינן כרבא בדף מח: דלייטינן ודלא כאביי דאודועי מודיעינן ליה, וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** דלא כתב בלשון נוכח והכי משמע מלישנא דמתניתין דקתני סתם - "כיצד מקבל מי שפרע, אוררין אותו (לאו דווקא אלא רוצה לומר שאוררין על זה, **סמ"ע** ברמב"ם) בב"ד ואומרים מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים (נקט הני משום שבהם נתפרסם השגחת הי"ת על מעשים הרעים ופרע להן בפומבי, **סמ"ע**) הוא יפרע ממי שאינו עומד בדבורו" וכ"פ **הש"ך** בשם **הב"ח**, ואילו **הרמ"א** פסק כרא"ש "שאומרים לו הוא יפרע ממך אם אינך עומד בדיבורך (בלשון נוכח וכן משמע מהלשון 'מילט לייטינן ליה', תלמיד הרשב"א), וי"א שאומרים לו ברבים (מרדכי, וז"ל **הדרכ"מ** בשמו - "שמעתי דכל מי שיקבל עליו מי שפרע צריך לאמרו בפיו או פוסקין לו ברבים וי"א ששליח ציבור עומד על המגדל ואומר לו מי שפרע")".

סעיף ה

[במקרה שפסקו הדמים ונתן הקונה משכון האם יכולים לחזור? האם יש מי שפרע?]

ירושלמי שביעית (י,ד) "הנותן עירבון טבעת לחבירו וביקש לחזור בו חוזר בו ואינו מקבל מי שפרע", והובא **בעיטור ותלמידי הרשב"א** ועוד רא' וזה כעין עובדא דההיא אמתא **בקידושין ת**. דמנה אין כאן משכון אין כאן, וכן הוא **ברמב"ם**, וכ"פ בשו"ע "הלוקח מחבירו קרקע או שאר מטלטלים, ופסקו הדמים והניח משכון על הדמים, לא קנה, וכל הרוצה לחזור משניהם חוזר, ואינו חייב לקבל מי שפרע", וביאר הר"ן דליכא מי שפרע אלא במידי דמדאוי קני, וכל זה דלא **כעיטור** דאי בעידנא דזבני יהבי משכון הוה ליה כמעוה וקאי במי שפרע, ודלא **כעיטור בשם מ"ד** דלעולם איכא מי שפרע בנתן משכון.

כתב הנ"י (דרכ"מ) דאמנם אם נתן לו זהוב למשכון צריך לקבל מי שפרע משום דלפעמים קונין לו בתורת דמים משא"כ טבעת דלעולם חוזרת בעינא, וכן הוא בב"ח (בא"ה) וגר"א (י) בשם הירוי.

האם יש מי שפרע בקרקעות?

מה הדין אם נתן כסף על קרקע במקום שכותבים שטר ואחד מהם חוזר בו, האם יש לחייבו

מי שפרע?

במקום שכותבים את השטר ונתן כסף ולא נתן שטר, האם יש מי שפרע אם חוזר?

כתב בתלמיד **הרשב"א** בשם **הרמב"ן** דלענין **הקונה קרקע** או דברים הנקנים בכסף והניח לו משכון עליהם, דאין מי שפרע דלא מצינו בקרקעות מי שפרע משום דקנין גמור שלהם בכסף וכיון דלעולם הקנין שלם נגמר באיזה ענין שיהיה אע"פ שתמצא לפעמים שלא נגמר כיון דאותיבו משכון עליה או במקום שכותבין השטר שלא קנה בכסף אין מוסרין אותו במי שפרע, אולם **לר"י** אפשר דסבירא ליה דאף בקרקעות דיש מי שפרע אף על פי שלא מצינו מפורש כך בשום מקום, ודעת הר"ן דליכא מי שפרע אלא במידי דקני מדאורייתא כגון מעות לרבי יוחנן ולדעתו אם נתן כסף לקנות קרקע והוא **במקום שכותבין שטר** אם בא לחזור בו איכא מי שפרע ואם נתן לו משכון חוזר וליכא מי שפרע, וכתב הב"י דאם מנהג אנשי המקום שיקנה לגמרי ע"י נתינת הטבעת כיון שנתן קנה ואינו יכול לחזור בו, כמבואר בס"י רא.

כתב **בפת"ש (ב)** שבשו"ת **רע"א** כתב בפשיטות דגם בקרקע שייך מי שפרע היכא דלא קנה במעות, אבל במקום שדרכן לכתוב שטר לא קנה, אולם **במשכנות יעקב** כתב דמאחר דהתוס' עיטור ועוד גדולי הראשונים כר"י דגם בקרקעות יש מי שפרע, ולא מצינו חולק בהדיא על דבריהם זולת הרמב"ן ותלמידי הרשב"א "שהיו כמסתפקים בדבר אבל לא חולקים", בודאי יש לפסוק כן לדינא.

סעיפים ו – ז

ב"מ מח. "והנושא ונותן בדברים לא קנה והחוזר בו אין רוח חכמים נוחה הימנו, ואמר רבא אנו אין לנו אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו". **מט**. "דברים רב אמר אין בהן משום מחוסרי אמנה ורבי יוחנן אמר יש בהם משום מחוסרי אמנה".

וז"ל השו"ע **כרמב"ם** (וכלשונו בריש סימן ר"א וע"פ ב"מ ע"ד) "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. (ז) (ע"פ ב"מ דלעיל -) **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**", וכתב **הסמ"ע** דאפילו נתיקר השער ס"ל לרמב"ם והמחבר דלא יחזור בו, משום הכי כתבו סתמא, אבל הרא"ש והטור ס"ל דאם חוזר בו המוכר משום יוקרא והלוקח משום זולא לית לן בה.

סעיפים ח – ט

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

הבטיח ליתן לחבירו מתנה וחזר בו, מה יהיה הדין כשהיתה המתנה מרובה או כשהיתה המתנה מועטת? ומה הדין אם היה המקבל עני? (ראה גם לקמן רמג,ב)

ע"פ ב"מ מט. וכדאמרינן בדעת רבי יוחנן פסק בשו"ע (ח) "וכן מי שאומר לחבירו ליתן לו מתנה ולא נתן, הרי זה ממחוסרי אמנה, במה דברים אמורים במתנה מועטת (וכן יש לפרש בירו'), 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". עוד נאמר בירושלמי דלא שנו אלא בעשיר אבל בעני נעשה נדר, וכתב המרדכי דהאי עני היינו שאין לו מאתים זוז, ובבאה"ג כתב "ואם המקבל הוא עני אפילו במתנה מרובה אינו יכול לחזור" וציין לסימן רמ"ג ולורה דעה סימן רנ"ח.

כתב רע"א דאף במתנה מועטת מ"מ אם מת אין מוטל איורשים ליתן לו המתנה.

ע"פ הג' מרדכי פסק בשו"ע (ט) "יש מי שאומר שאם רבים אמרו לאדם אחד ליתן לו מתנה, אינם יכולים לחזור בהם, אפילו אם היא מתנה מרובה", וביאר הסמ"ע (יד) מפני שבזה סמכה דעתו דלא יחזרו בו הרבים וגם שאין מגיע על כל אחד כי אם דבר מועט.

כתב הדרכ"מ בשם המרדכי דכל מתנות כהונה חשיבה מתנה מועטת ואסור לחזור לכתחלה מיהו אם חזר בו הוה חזרה.

סעי' י' : ראה סימן קצט/ב.

סעיף יא

האם יכול מי מן הצדדים לחזור בו מעסקה באופן שעילת החזרה היא שינוי השערים במחירי השוק?

ע"פ המרדכי בשם רב האי פסק בשו"ע "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", וע"פ ב"מ מט כתב הרמ"א וכסע' ז דלעיל "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 החזור בו, בין לוקח בין מוכר אין רוח חכמים נוחה הימנו", והוסיף ע"פ הרז"ה והרא"ש "והני מילי בחד תרעא, אבל בתרי תרעי אין זה ממחוסרי אמנה (וראיתם מקידושין דף ח' דבני רב הונא זבון אמתא ואותיבו נסכא למשכון עלה ואמר רבי אמי אי פריטי אין כאן משכון אין כאן ואי סלקא דעתך יש בדברים משום מחוסרי אמנה אפילו בתרי תרעי היכי מורה להו רב אמי לכתחלה למהדר בהו אטו דברים ומשכון מי גרע מדברים לחודייהו), וכל האומר לתת לחבירו מתנה מועטת ולא נתנה לו, הרי זה ממחוסרי אמנה.. וי"א (רש"י רשב"א ראב"ד) דאפילו בתרי תרעי אסור לחזור ואם חזר בו יש בו משום מחוסר אמנה וכן נראה עיקר (וכן נראה בב"י דכתב דכן ריהטא דסוגיין כוותיהו משמע בב"מ מ"ט דמעיקרא איתא עובדא דרב כהנא יהבו ליה זוזי אכיתנא אייקר כיתנא אמר ליה רב במאי דנקיטת זוזי הב להו אידך הוה ליה דברים ואין בהם משום מחוסרי אמנה דאיתמר דברים רב אמר אין בהם משום מחוסרי אמנה ורבי יוחנן אמר יש בהם - משמע דכי אמר רבי יוחנן יש בהם משום מחוסרי אמנה אפילו היכא דאייקר אמר דהא אעובדא דאייקר מייתי פלוגתא דאיתמר דברים רב אמר וכו', וליישב שיטת הרז"ה הא דמייתי פלוגתא דרב ורבי יוחנן לאו למימרא דבהא פליגי אלא משום דדמיא לה אייתי לפלוגתייהו).

כתב הש"ך (ח) שהב"ח נסתפק בזה כיוון שבירו' משמע כרז"ה.

סימן רה – דין מוכר מחמת אונס ומסר מודעא ובטלה

סעיף א

תליוהו וזבין, מה הדין במכר?

אדם שנאלץ למכור מחמת עלילה ואח"כ נתבטלה, אימתי המקח בטל?

אם אדם טוען שנכנס ללחץ עקב בחובות ועל כן חתם על ההסכם של מכירה או קניה מה

הדין?

האם יש הבדל במתנה בין אונס קל ואונס גדול?

[האם במי שאנסוהו למכור שממכרו מכר עריך דווקא שראו עדים שקיבל המעות או

מספיק שיוודה המוכר בפניהם? מה הדין בקנין בשטר?]

ב"ב מח. "אמר רבא הלכתא תליוהו וזבין וזבינה זביני ולא אמרן אלא בשדה סתם אבל בשדה זו לא, ובשדה זו נמי לא אמרן אלא דלא ארצי זווי אבל ארצי זווי לא, ולא אמרן אלא דלא הוה לאישתמוטי אבל הוה ליה לאישתמוטי לא". **ב"ב מ:** "והאמר רבא לא כתבין מודעא אזביני לעולם דזביני מודי רבא היכא דאניס וכמעשה דפרדיסא". **ב"ב מח:** דעת רב הונא דוהלכתא בכולהו דהווי וזבינה זביני.

רשב"ם ריב"ם ועוד פסקו כרב הונא כלומר אפילו בשדה זו, ואפילו לא ארצי זווי כלומר דאפילו לא מנה המעות אלא לקחם והשליכם לכיסו דיש גילוי דעת דבעל כרחו קיבלם, ואפילו לא הוה ליה לאישתמוטי דהווי אונס גמור. **הב"י** האריך בשיטות הרא' בדעת רבא, ור"י ועוד גם פסקו כמותו דבשדה זו לא כתבין, ודעת הרי"ף דלא כתבין מודעא אליבא דרבא אפילו היכא דאניס אלא כה"ג דפרדיסא שהיה בידו לעשות, ובסתימת הרמב"ם משמע כרב הונא, וראה לקמן.

וז"ל ה"ש **ע** כלשון הרמב"ם **מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח** (אפילו לא מנה המעות אלא לקחם והשליכם לכיסו, דיש גילוי דעת דבעל כרחו קיבלם, אפי"ה הוה זביניה זביני, **טור** ו**סמ"ע**), אפילו תלוהו עד שמכרו, ממכרו ממכר בין במטלטלים בין בקרקע (**רמב"ם**, דכיון דבגמרא לא פליג בינייהו מהי תיתי לן לפלוגי וגם דטעמא דאגב אונסיה גמר ומקני שייך במטלטלין כמו בקרקעות, **ב"י**), **שמפני אונסו גמר והקנה** (וכתבו **הב"י** והפרישה דמשמע בב"ק ס"ב דכי אמרינן תליוהו וזבין זביניה זביני היינו דוקא כשאמר רוצה אני האם לא אמר רוצה אני אע"ג דיהיב דמי זביניה לאו זביני ואפשר דלא בעינן שיאמר בפירוש רוצה אני אלא כל ששתק וקיבל דמים אומר רוצה אני קרינן ביה, וראה גם **גר"א** תחילת הסימן), (**כרמב"ם** וביאר **הב"י** דהא דאיפסיקא הלכתא כרב הונא על כרחך לא איפסיקא הלכתא דלא כרב ביבי אלא במאי דאמר מעות יש לו למימרא דתליוהו וזבין לאו זביניה זביני וחוזר קרקע לבעליו והלה מחזיר לו מעותיו, אבל במאי דאמר דכי אמרו עדים בפנינו הודה שקבל מעות והלה אומר לא קבלתי מעולם ומחמת יראה הודיתי כן מהימנינן ליה וכל שכן לרמב"ם דסובר שרב ביבי לא חולק ארב הונא -) **אף על פי שלא לקח הדמים בפני העדים** (**סמ"ע**: אלא יש עדים שהודה בפניהן שקיבל המעות, ועכשיו טוען שמעולם לא נתן הקונה המעות אלא שהוצרך להודות לו מפני האונס אין שומעין לו, דא"כ ה"ל למסור מודעא). { **ויש חולקין** (**ראב"ד** ו**טור**) וסבירא להו דבעינן שראו העדים נתינת המעות אבל הודאתו לחוד לא מהני (**סמ"ע**: ס"ל כיון דידעינן באונסיה על המכירה מסתמא אנסוהו גם על ההודאה) }. ועוד כתב הרמ"א **וי"א דבעינן דווקא שנתן לו המעות אבל אם נתן לו שטר עליו אינו קונה** (**ראב"ד** **ברי"ף**) **ויש חולקין** (**ב"י** **ברי"ף** ו**רא"ש**. **סמ"ע**: מיירי דזקף דמי המקח בהלואה עליו ונתן למוכר שטר חוב עליו ורוצה ליתן לו דמי המקח שבשטר, אפי"ה אמרינן לראב"ד דבשעת מכירה לא גמר להקנותו לו כל שלא קיבל אז מעות מזומנים. **ש"ך**: מיירי בשטר מקח לחוד ולא נתן לו מעות כלל לא גמר ומקני לראב"ד, והרא"ש ס"ל דלא דמי לסקריקון דלא יהיב זווי כלל לעולם משא"כ גזלן דהכא רוצה ליתן והוא רוצה לקבל אמרי' דגמר ומקני בשטר מקח לחוד אף שלא זקף עליו במלוה כלל בשטר חוב ודלא כסמ"ע הנ"ל).

הסמ"ע (א) כתב להוכיח מלשון הרמב"ם והשו"ע דאפילו לא ראינו וידענו מאונסא דהמוכר כלל וגם נראה דעת המוכר שאינו מוכרו ברצון, אמרינן כיון דמכרו וקיבל דמים גמר והקנהו ומכרו מכר, ואילו מלשון הרא"ש והטור משמע דכל שנראה מהמוכר שאינו מוכרו ברצון, אף שקיבל דמי המקח אין מכרו מכר, אם לא שהמכירה היתה באונס דאז אמרינן דאגב אונסא וזוזי גמר והקנה ללוקח.

ביאר **הסמ"ע** (ג) דהגמ' והמחבר נקטו "אונס גדול" של 'תלוהו' דכן הוא בגמ' וכ"ש אונס הקטן ממנו, דאינו יכול לבטל המקח ולומר אונס הייתי.

כתב **הפת"ש** (א) **שהשער משפט** הסתפק בתלוהו וזבין ולקח דמי המקח ועדיין לא נתן לו שטר במקום שכותבין, האם מדמין לשאר מכר דאינו קונה בכסף לבדו במקום שכותבין, או דילמא כיון דשם הטעם משום דלא סמכא דעתיה דלוקח עד שיתן לו השטר, א"כ בכהאי גוונא דחזינן שהלוקח רודף אחר המקח לאנסו עד שימכור לו הקרקע, דעתו לקנות בכל מה שיוכל, ודמי לאם פירש הלוקח שרוצה לקנות בכסף לבד שקונה "ולזה הדעת נוטה וצ"ע".

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

כתב **הנתיבות** (א) דכשאנסוהו באונס הגוף או בממון, אפילו לא אמר רוצה אני המקח קיים, כיון שיש אומדנא דמוכח דמחמת שנפטר מאונס ומקבל זוזי גמר ומקנה וכב"י והפרישה שהוזכרו לעיל, משא"כ **בחמסן** שלא אנסו בשום אונס רק שחטף החפץ ונתן דמיו, שלא נפטר משום אונס במכירה זו, ולא שייך לומר אגב אונסיה גמר ומקני דהא לא נפטר משום אונס דליכא אומדנא שנתרצה ולא דמי למי שאנסוהו ומכר דאמרינן ואמדינן דנתרצה, דכל היכא דאיכא אומדנא דמוכח הויין דברים שבלב, צריך שיאמר רוצה אני בפירוש, וכשאומר רוצה אני ודאי דעדיף מתלוהו וזבין ולא מועיל מודעה כיון דהמוכר מעצמו נתרצה בלא שום אונס אח"כ, דהא לא היה לו שום אונס לומר רוצה אני ובודאי ברצון גמור זבין, ובגט מעושה כדין אף דדמי למכירה, בעינן רוצה אני דוקא, משום דבעינן ריצוי בלב.

מה הדין אם מסר מודעה, ומה הם התנאים למסירת מודעה זו?

ב"ב מ: "מודי רבא היכא דאניס וכמעשה דפרדיסא, דההוא גברא דמשכין פרדיסא לחבריה לתלת שנין בתר דאכלה תלת שני חזקה אמר אי מזבנת לי מוטב ואי לא כבישנא לשטר משכנתא ואמינא לקוחה היא בידי כה"ג כתבין מודעה", וע"פ שם ודף **מח:** פסק בשו"ע "לפיכך אם מסר מודעה 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 אונס ודאי לא שישמכו על פיו, וכל מודעה שאין כתוב בה אנו העדים ידענו שפלוני זה אונס היה (כרמב"ם) ודלא כרשב"ם דכתב "ומכירים אנו איזה אונס", אינה מודעה".

כתב **הסמ"ע** (ו) דמודעה הוא לשון ידיעה שמודיע לעדים הענין איך היה וי"מ מודעה לשון יסורים כנאמר בשופטים פ"ח 'וידוע בהם את אנשי סכות' ור"ל מוסר יסוריו לעדים ושמחמתן מוכרח למכור, ובמתנה ובמחילה ובגט אע"פ שא"צ להיות יסורין למודעתו וכדלקמן מ"מ כיון דבמכר ובפשרה היא על שם יסורין נשאר שם זה עליה בכולן. עוד כתב (ז) דסגי כשידוע שבא עליו באונס למכרו לו, ושאותו אונס לא סר מהמוכר בשעת המכירה ומה דמשמע מלשון המחבר דבעינן שיהא ידוע שגם המכירה לא היתה כי אם מחמת אונס ניתן לפרש שמסכים ג"כ להנ"ל, וכן הסכים **הנתיבות** (ו) דאף שלא ראו העדים האונס בשעת המכירה רק קודם המכירה, ויודעים שכח האנס לא נשתנה בשעת המכירה סגי וכ"כ המפרשים ודלא כדמשמע ברמב"ם, וגבי מתנה כשלא מסר מודעה, לרמב"ן בעינן שידעו העדים שהאונס היה בשעת מתנה, ולדעת המהרי"ק לא בעינן רק שידעו שלא נשתנה כחו של האנס בשעת המתנה.

כתב **הש"ך** דלכ' משמע מכתובות ק"י דמי שחייב לחבירו והמלוה מוכר לו שדה וקודם המכירה מוסר מודעה ואומר אני מוכר השדה מפני שזה רוצה להבריא נכסיו ולא ישלם לי ואוכל למשכן ממנו השדה הוי מסירת מודעה והמכר בטל, מיהו י"ל דהתם לא מהני רק לענין שלא הפסיד חובו ומ"מ המכר קיים.

כתב **הבא"ה** (ה) בשם פסקי **ריקאנטי** בשם הרי"ף דמי שהיה תפוש ביד השלטון וכדי להציל עצמו הוצרך למכור נכסיו ומסר מודעא על המכירה אין כאן מודעא דלא נתקנה אלא לגזלן ולאנס אבל לא לזה שגמלו טובה והזמין לו מעות לפדות את עצמו.

כתב **בבא"ה** (ה) בשם **תשובת הרי"ף** דמי שבקשו ממנו בעת נשואין שלא יוציא את אשתו ממקומה ומן הדין לא היו יכולים לכופו ונתרצה ומסר מודעא שלא הודה אלא בשביל שלא יפסיד ההוצאה אין כאן מודעא כיון שלא היה כאן אונס.

כתב **הנתיבות** (ו') ונרמז מקור הדין בש"ך ד' דאם ישראל היה חייב לגוי מעות בלא ריבית ולא היה לו מה לשלם, ואנסו הגוי עד שהוכרח ליתן לו ריבית כדי להמתין לו, ואח"כ מכר הגוי חוב לישראל, אינו יכול לגבות ממנו הריבית, דהריבית כמתנה הוא [דכשארין לו לשלם אין חייב ליתן לו הריבית כיון שבשעת הלואה לא פסק לו ריבית רק אח"כ מחמת אונס, דבאונס בלא מודעא סגי לבטל המתנה, אם לא שבשעה שנתן הישראל שטר על הריבית לגוי היה בריצוי גמור מחמת שעשה לו הגוי שום טובה, א"נ שבשעת הלואה מיד נתחייב לו בריבית, אף על פי שאין לו לשלם אח"כ חל חיוב הריבית על הישראל, וממילא כשמכר הגוי לישראל מחויב ליתן הריבית לישראל].

עוד כתב **בבא"ה** (ה) דדעת **מהריב"ל** דאונס ממון הוי אונס אלא דבאונס הגוף לא בעינן שיאמר המודעא היום ובאונס ממון צריך שיאמר היום, ואילו דעת **הלחם רב** דאונס ממון אפילו שיאמר בלבו היום לא הוי אונס לרובא דרבוותא ואע"ג דבאיכא פלוגתא המוחזק יכול לומר קים לי שאני היכא דאיכא שבועה דיש להחמיר.

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

כתב **הפתי"ש** (ג) בשם **חוות יאיר** שאם מסר ראובן מודעא גם שמעון הקונה מצי לבטל המכר משום דהוי מקח טעות, דאילו ידע דחבירו מצי אחר זמן לחזור בו גם הוא לא גמר ויהיב דמי, ולא דמי למה דקי"ל בסימן רכ"ז דאין המאנה יכול לחזור בו אם המתאנה רוצה לקיים המקח, משום שלא יהא חוטא נשכר, שאני התם שבא לישכר מצד החטא והוא מה שאינהו, משא"כ הכא שאין ביטול המקח מצד החטא והוא שאנסו, שהרי קי"ל תלוהו וזבין זביניה זביני, רק מצד מעשה חבירו והוא מסירת המודעא, שבזה ביטל כל ענין המכר, אך דוקא במודעא כשרה ע"פ הדין, וה"ה בפשרה בכה"ג דקי"ל פשרה דינה כמכר, אולם **הקצות** (ו) חלק על מה שחילק דבאונס ליכא צד חטא לפי שתלוהו וזבין זביניה זביני, דוודאי חמסן מיקרי אף על גב דיהיב דמי וחבירו נתרצה, אלא דאפ"ה זביניה זביני משום דנתרצה, ברם הוסיף דבעיקר הדין דבריו נכונים, וגבי הקושי מסימן רכ"ז דאין מאנה יכול לחזור, יישב באופן נוסף דהתם נמי דוקא כל זמן שלא חזר בו המתאנה, אבל אם כבר חזר בו המתאנה גם השני יכול לחזור בו וכמבואר בסימן רכ"ז, והכא כיון שהמוכר מסר מודעא הרי חזר במקחו כבר, א"כ נתבטל המקח ואין בו תורת מקח כלל ויכול גם הלוקח לחזור.

[האם במודעה נצרך לשון שליחות? באר.]

כתב **הקצות** (א) דכתב **הנ"י** בענין המחאה דכתיבה זו זכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו, דכיון שמיחה בפניהם כמאן דאמר כתבו דמי וכאילו עשאן שלוחין וכתבו "האחרונים" דצריך שיכתבו בלשון שליחות פלוני העדנו על עצמו לכתוב עליו שמיחה, אבל כתבו שמענו מפלוני שמיחה כה"ג לאו עדות היא ומפיהם ולא מפי כתבם אמר רחמנא ואע"ג דבעלמא בכל שטר בעינן צוואת מקנה דומיא דספר המקנה, היינו בדבר שבינו לחבירו "אבל במחאה ומודעא אין הדבר תלוי אלא בו" די שיכתבו בלשון שליחות, וכתב **הקצות** דהכא גבי מודעא הרמ"א לא הביא דברי הנ"י כפי שהביא בסימן קמ"ו גבי מחאה, וטעמו דהתינח הא דכתבי עדים שמסר מודעא שייך בו לשון שליחות והו"ל מפי כתבו וכאילו הוא עצמו כותב שאינו רוצה בקיום המקח, אבל הא דכתבי במודעא והכרנו באונסו, בזה לשון שליחות לא מהני מידי דהוא עצמו אינו נאמן בכך, ובע"כ צריך לומר דבמודעא הקילו מטעמא שכתבו

תוס' כדי להציל הנאנס, א"כ כיון דהקילו להציל הנאנס אם כן תו לא בעי לשון שליחות, וכתב דבזה נחתא הא דמהני כתב המודעא אפילו אחר הזבינא, וכנראה בפוסקים וכ"פ הר"ן, דאי משום שליחות לא הוי מהני כתב המודעא אלא דוקא קודם המכר, כפי שבמחאה לא מהני אלא דוקא תוך שלש, דכיון דאינו אלא משום שליחות ומשום דהוי דבר שאינו תלוי אלא בו והו"ל כאילו הוא עומד ומוחה, אבל אחר שלש אין רשאיין לכתוב שמיחה תוך שלש דכה"ג הו"ל מפי כתבם.

סעיפים ב. ו (עם סימן רמב סע' א - ב)

במה חלוק מכר ממתנה כשהיה באונס?

מה ההבדל בין בירור טענת אונס במכר לבירור טענת אונס במתנה?

באם מסר מודעא על מתנה וגט בלא אונס האם מועיל מודעא ומה הדין במכר?

תליוהו וזבין, מה הדין במכר (לעיל סע' א), במתנה, במחילה ופשרה (סע' ג')?

ב"ב מ: "אמרי נהרדעי כל מודעא דלא כתיב בה און ידעין באונסיה דפלניא לאו מודעא היא, מודעא דמאי אי דגיטא ודמתנתא גלויי מילתא בעלמא היא, ואי דזביני והאמר רבא לא כתבין מודעא אזביני לעולם דזביני מודי רבא היכא דאניס וכמעשה דפרדיסא", ופירש **רשב"ם** "במודעא דמסר אגיטא ואמתנה לא צריך כולי האי אלא כיון דמודע לסהדי דהאי גיטא שאני נותן לאשתי אנוס אני בו ולא ברצון נפשי עשיתי לפיכך דעו שאני מבטלו בפניכם וכן המתנה שאני מקנה לפלוני אנוס אני ואיני מקנה אותה ברצוני תהא מבוטלת אף על גב דלא ידעי סהדי אונסא דיליה הרי גט והמתנה בטלין", וכתב **הב"י** דמשמע לפי זה דאם יתברר הדבר שלא היה אנוס אין מודעא זו כלום גבי גט ומשמע דהוא הדין לענין מתנה, אבל **הרא"ש** כתב דגילוי מילתא בעלמא הוא כלומר הוא מגלה דעתו במסירת המודעא וכו' עד כשיהיה לו מעות אע"פ שאין לו אונס וכ"כ **הרמב"ם** **רי"ו** **עיטור רשב"א**.

עוד מבואר ב**תוס' רא"ש ר"ן** ועוד דהיכא שאנסוהו עד שנתן ולא מסר מודעא כיון שעדים מעידים שהיה אנוס המתנה בטילה דדוקא תליוהו וזבין הוי זביניה זביני אבל תליוהו ויהיב לא הויא מתנה אפילו לא מסר מודעא אי ידעי עדים באונס והוכיחו גם מהמשך הגמ' שם "ולא היא התם הוא דמוכחא מילתא דמחמת אונסא הוא דכתב ליה" וכן דעת **רשב"ם** דכי אמרינן אגב אונסיה גמר ומקני היינו כי איכא מתן מעות בהדי אונס, ודלא כר"ן **בשם מי שאומר**.

הקשה **הב"י** דאמרינן בגיטין דף נ"ה אמתניתין דסקריקון אמרינן דשלש גזירות גזרו וכו' הילכך קמיינתא ומציעתא כיון דקטלי אגב אונסיה גמר ומקני ופירש **רש"י** "הילכך אגב אונסיה כי אמר ליה שא קרקע זה והניחני אקנייה ניהליה בלב שלם וקיימא לן תליוהו וזבין זביניה זביני" ומשמע מהכא דעל ידי אונס בלא דמים נמי גמר ומקני, ו**תירץ** ¹ דשאני התם שאונס חמור הוא שאין לך חמור הימנו דהיינו שהיו הורגים אותם וכיון דאונס גדול הוא אגב אונסיה גמר ומקני אף בלא דמים אבל בשאר אונסים אי איכא זוזי בהדי אונס גמר ומקני ואי לא לא, והקשה על תירוץ זה דהא יסורין חשיבי אונס גדול ממיתה כדאמרינן כתובות ל"ג ואם כן איכא למימר איפכא, ו**תירץ** ע"פ **הרשב"א** ² דשאני התם שלא היו מקוים לשוב לנחלתם עוד ומשום הכי הוי כאילו קיבלו דמי השדות שהרי לא היו שלהם כלל ולא היו מקוים לשוב לביתם עוד והילכך אגב אונסייהו גמרי ומקני, ועוד כתב ³ **בענין אחר** דכשהאנס אומר תן לי קרקע זו ואי לא קטילנא לך ודאי לא גמר ומקני אלא אם כן נתן לו דמים אבל כשאין האנס תובע ממנו כלום אלא שהוא רוצה להורגו וזה נותן לו קרקעו כדי שיניחנו ודאי שאף בלא דמים גמר ומקנה.

וז"ל **השו"ע** (ב) כלשון **הרמב"ם** "במה דברים אמורים במכר, אבל במתנה (רמב"ם -) או מחילה (דימה הרב מחילה למתנה, ה"ה) אין צריכין להכיר אונסו" ובסעי' ו' חזר וכתב לשון הרמב"ם בזה (סמ"ע סק"ד) - "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".

ביאר הקצות (ה) דמדברי הרשב"א רא"ש וב"י נראה דאפילו ידוע שאינו אונס נמי מהני המודעא, ומשום דלא גרע מביטול וסגי בלי אונס כלל, ומפרשי הא דפריך אי דגיטא ומתנתא גילוי מלתא בעלמא, היינו מה דגלי אדעתיה שאינו רוצה בקיומו של גט ומתנה, ואילו הרשב"ם והרמב"ן לא ניחא להו לפרש גילוי מילתא היינו על הביטול, ומשמע להו הא דפריך גילוי מלתא היינו על האונס, ומש"ה קשיא ליה לרמב"ן הא אפילו בלא אונס הו"ל ביטול, ולכן צריך לתרץ הא דבעי נאמנות על האונס, וכתב הקצות ליישב קושית הרמב"ן לפי מש"כ תוס' להקשות דהיכי מהני מודעא בכתב הא הו"ל מפני כתבם ותירצו דבמודעא הקילו כדי להציל הנאנס מיד אונסו, וא"כ י"ל דאי לאו אונס הוא אלא שרוצה לבטל הגט או המתנה, בזה לא הוי מהני מפי כתבם כיון דליתא גביה תקנת אונס, ולזה פריך גילוי מלתא בעלמא שבודאי נאנס ושפיר מהני מפי כתבם, ולפ"ז היכא דידוע שלא נאנס וליכא עדים שיעידו בעל פה אלא מה שכתוב מודעה בעדים, כל כה"ג פסול משום מפייהם ולא מפי כתבם, דליתיה בזה כדי להציל הנאנס. **הנתיבות (ז)** חלק על מש"כ דאם ידעין שלא נאנס דאין כותבין ודוקא בסתם כותבין מטעם דאמרינן ודאי נאנס וכמ"ש הרשב"ם, דליתא.

בסימן רמב (א) ע"פ ב"ב מ.: פסק בשו"ע "הנותן מתנה מחמת אונס שאנסוהו ליתן אינה מתנה, ואפילו קיבל עליו אחריות נכסים בשטר (ר' יונה), ואפילו אם אינו מוסר מודעא, אי ידעין באונס אינה מתנה, לפיכך המוסר מודעא על המתנה, כתבין ליה אף על גב דלא ידעין באונסיה, שהרי אפילו היתה המודעא שקר כיון שגילה בדעתו שאינו חפץ במתנה הרי היא בטלה (כרשב"א ורוב הראי' ודלא כרשב"ם הסובר שאם ידוע שלא היה לו אונס אזי מסירת מודעא דידיה אפילו במתנה וגט לאו כלום היא)", וביאר הסמ"ע (א) ע"פ הגמ' והראי' דדוקא באנסוהו למכור אמרינן אגב אונסי וזווי גמר ומקני אם לא מסר מודעא וכסימן ר"ה, אבל במתנה כיון דלא מקבל זווי בגילוי דעת בעלמא דלא ניחא ליה במתנה שנותן מבטלינן המתנה.

ע"פ הרא"ש (ב"ב ג, נא) פסק בשו"ע (רמב, ב) "והיכא דידעין באונסיה ומסר מודעא ובטלה, לא מהני הביטול כיון דאונס הוא אפילו אי לא מסר מודעא לא הוי מתנה, אבל אי מסר מודעא ולא ידעין באונסיה, ואחר כך ביטלה מדעתו הוי ביטול, כיון שלא הכירו באונסו, ולכך נהגו לכתוב ביטול מודעא במתנה (ולא אמרינן מאחר שמסר מודעא הרי היה אונס ותו לא מהני הביטול, סמ"ע)".

אם נתן מתנה כדי להיפטר מאונס שלא היה במיוחד על מתנה זו, האם המתנה קיימת?

כתב **הנתיבות (ח)** דה"ה דאונס בלא מודעא מבטל המתנה דתלוהו ויהיב לא הוי מתנה וכמבואר בראי', אמנם זה דוקא כשאנסו בפירוש ליתן לו מתנה זו, אבל אם אנסו סתם והוא נתן לו מתנה זו להיפטר מהאונס, תלוי בשני תירוצים שתירץ הב"י על הך דסיקריקון בגיטין דבהרוגי מלחמה המקח קיים אף שלא קיבל דמים, דלפי התירוץ העיקרי (מהרח"ש בתורת חיים) דשם לא היה האונס על המתנה רק הוא נתן מתנה בעצמו להיפטר מהאונס ובה הוי מתנה, ולכך באנסוהו ונתן מעצמו מתנה להיפטר מהאונס הוי מתנה אבל כשמסר מודעא המתנה בטילה **(פתי"ש: ש: וכן מוכח בדרכי"מ)**, והוסיף הנתיבות דכן הדין במכירה כשאנסו סתם וידוע כשימכור לו יפטרנו מהאונס, נתבטל המכר כשמסר מודעא, וזה דוקא במתנה שהגיעה לידו, אמרינן גמר והקנה, אבל אם נתן שט"ח על עצמו במתנה כדי להיפטר מאונס שאנסו סתם פטור, דלא שייך בזה גמר והקנה כיון שעדין לא נתן לו המעות.

כתב **רע"א** דאם האנס לא תבע ממנו כלום רק שייסרו ביסורים ואמר טול קרקע זה והניחני י"ל דבכה"ג קנה.

סעיף ג

מה דין מודעא בפשרה?

מה הדין בתליוהו ועשה פשרה או מחילה?

כתב **הרמב"ם** וכ"פ בשו"ע "פשרה דינה כמכר, ומחילה דינה כמתנה", וביאר הב"י דטעם המחילה פשוט דמה לי נותן לו עכשיו ומה לי מוחל מה שהוא חייב לו, ופשרה דמיא למכר לפי שהתובע ירא שמא יפסיד כל תביעתו בדין ולכן הוא מתפייס ליטול קצת בפשרה וכן הנתבע ירא שמא יחייבנו לשלם כל מה שתובע ממנו ולכן מתפייס לשלם מקצתו בפשרה, והיינו מכר ממש שהוא מוכר לחבירו כל

זכות שיש לו בתביעה זו בסך שמתפשרים ביניהם והילכך אם אנסו עד שנתפשר עמו פשרתו פשרה אלא אם כן מסר מודעא, ואם לא כתבו במודעא אן סהדי ידעין באונסיה אין מודעא זו כלום אבל אם אנסו עד שמחל לו אם יש עדים שיודעים באונסו אף על פי שלא מסר מודעא וכן אם מסר מודעא ולא ידעו עדים באונסו אין מחילתו מחילה. [כתב הסמ"ע (ט) דאין קשה מכאן עמשי"כ המחבר בריש סימן ס"ח דשם מדמה שטר פשרה לשטר מתנה ולא לשטר מכר, דשאני התם דתלוי הפסול בדברים הנעשין ומתקיימין ע"י השטר].

כתב בבא"ה (ח) "עיינ לעיל סימן י"ב סעיף י"א ובב"ח סעיף ט"ז מה שכתב בזה" וכתב הפת"ש (ה) דכוונתו דיש סתירה מסימן יב/יא דשם איתא אם ראובן הפחיד את שמעון כו' ועשה פשרה בקנין וביטול מודעא יכול לחזור בו, משמע דא"צ אפילו למסור מודעא דממילא בטל, וכאן איתא דפשרה דינה כמכר, א"כ הוי כמו תלוהו וזבין דצריך מסירת מודעא, והב"ח יישב דדוקא הכא באחד שיש לו דין על חבירו ואינו יודע אם יהיה זוכה בדין אם לאו, וה"ל כאילו מוכר כל אחד לחבירו כל זכות שיש לו בתביעה זו בסך שמתפשרים ביניהם, אבל אם ידוע שאין לראובן זכות בדין והפחידו כו', פשרה כזו ה"ל כתלוהו ויהיב, והקנין וביטול מודעא הכל היה מחמת אונס, וחייב להחזיר מה שנתן לו ע"פ פשרה זו, וכ"ד הקצות (ב) דהכא מיירי בדין מסופק שאין ידוע להיכן נוטה, או בדבר שיש הכחשה ועסק שבועה ביניהם, וה"ל תורת פשרה.

כתב הנתניבות (חי"א) דאם הפשרה היא מחמת דין מסופק בעינן תרומתו לבטולי, אונס ומודעא, אבל אונס לבד או מודעא לבד לא מבטלתו, דדמי למכר, אבל כשהדין ברור עם אחד מהם ואנסו השני לפשר עמו, דמי למתנה שבטלה מחמת אונס לחוד, אבל מודעא בלא אונס אינו מבטל, וכשהפשרה נעשית מחמת שהיתה הכחשה ביניהם, אז אם נתברר אח"כ בעדים שהדין עם אחד, נתבטלה הפשרה אפילו בלא אונס ובלא מודעא כמבואר לעיל סימן י"ב, וכן הדין כשהודה אח"כ בעצמו שהדין עם שכנגדו, אבל אם הודה אח"כ רק על הסך שנתפשר עמו, כגון שתבעו מנה וכפר בכל ונתפשר עמו בחמשים ואח"כ הודה על הני, אינו יכול להשביע אח"כ על החמשים שכפר, והא דאונס לחוד לא מבטל הפשרה, דוקא כשלא אנסו רק לפשר סתם, ועל הפיסוק דמים נתרצה בעצמו, אבל כשאנסו גם על סך הפשרה, האונס לחוד מבטל.

בתשובת חמדת שלמה (פת"ש ה) הסתפק במי שכפאוהו ליתן שטר חיוב, ובענין דהוי תלוהו וזבין, שקיבל הוא טובה בשביל זה, אי מהני כמו תלוהו וזבין, או אפשר לומר דעד כאן לא אמרינן תלוהו וזבין וזבינה זביני, רק היכא דהוציא תיכף דבר מרשותו, כגון מכר או קדושי אשה או גירושין דהמעשה נגמר תיכף, ואח"כ הביא בשם הגה"מ דתלוהו וזבין לא מהני רק היכא דהוציא דבר מרשותו אבל בנתחייב ע"י כפיה לא מהני (וממילא בטל, וכ"כ הנתניבות שהובא לעיל), וכתב דעפ"ז אפשר לישב ג"כ הקושיה מסימן י"ב דהתם מיירי שעדיין לא נתן משו"ה לא מהני מה שחייבוהו הפשרנים, אבל כאן מיירי שכבר נתן או שהפשר היה על דבר ידוע והחזיק השני תיכף במה שזיכוהו הפשרנים, וקמ"ל דהוי כמו תלוהו וזבין.

כתב בנו"ב (פת"ש ז) אודות אחד שמסר שט"ח לשליח להתפשר עם הלוח בעיר פלונית בסך פלוני, והשליח שינה ונתפשר בפחות, דקשה דיועיל מסירת מודעא של המלוה דאיזה הכרה באונסו יש דלשליח היה למסור מודעא וכיון שהשליח לא מסר מודעא הפשר קיים, ובפרט שהלוח יאמר למלוה לאו בע"ד ידי את ואולי מכרת השטר לשליח או נתת במתנה, ובהג"ה מבן המחבר תמה עליו על מה שכתב שצריך הכרה באונסו, דהא פסקין הכא דבמחילה א"צ הכרת אונס וסגי בגילוי דעת הנותן שאינו נותן בכל לבו, וכתב דאפשר כיון שהיה ע"י שליח דומה טפי לפשרה דדינה כמכר, וכתב הפת"ש דלפי מש"כ בהג"ה שבבאר היטב בשם הגאון מוהר"ר עוזר דהא דפשרה דינו כמכר דוקא לענין שצריכין לידע שהוא אונס, אבל אי ידעין באונסו אפילו לא מסר מודעא, א"כ לא הועיל הרב בן המחבר בתירוצו דאכתי א"צ מסירת מודעא רק עדי אונס.

[מה הדין מתנה שכתוב בה אחריות?]

כתב הרמ"א ע"פ הריב"ש "מתנה שכתוב בה אחריות נכסים דינה כמכר", וביאר הסמ"ע מפני שאין מדרך העולם שהנותן מתנה מקבל עליו אחריות למקבל ובודאי מכירה היתה, ודלא כטעם הלבוש שהטעם כיון שכתב לו אחריות ודאי בחנם לא נתן לו אם לא שגם הוא נהנה ממנו הרבה וה"ל כמכר, דזה אינו, דא"כ בסתם מתנה אף דלא כתב בה אחריות נמי נימא הכי, ועוד כתב (וכ"כ בהרחבה

בסימן רמב סק"ב) דהריב"ש איירי כשהנותן אומר שבאונס נתנה לו והמקבל טוען שבמכירה באת לידו וגמר והקנה לו בזווי אלא שכתב לו בלשון מתנה משום דינא דבר מצרא או מטעם דנותן בעין יפה נותן יותר ממוכר בזה כתבו שאם הדיין רואה שנכתב בשטר המתנה אחריות נכסים אמרינן שודאי מכר היה כי אין מדרך המתנה לכתוב להן אחריות, וכ"כ הטוש"ע בסימן קע"ה, ואילו בסימן רמ"ב איירי שגם המקבל מודה שלא בתורת מכר בא לידו לכך אפילו נכתב בו אחריות נתבטלה המתנה.

< כתב הש"ך (ה) דכתב בבדק הבית גבי אחד שנשבע לתת מתנה לאחד ובשעת המתנה מסר מודעא שמפני חיוב השבועה הוא שעושה, קרוב הדבר לומר שאין מתנתו כלום כלומר דבשעת מתנה אמר כי אינני נותן לו ברצון נפשי אלא מה שאתן לו אהיה מוכרח ליתן לו מחמת השבועה – וכתב הש"ך דצ"ע (וראה נתיבות ססק"ט).

סעיף ד

כפה את חבירו למכור לו בזול, האם המקח קיים?

בהמשך לנאמר בסעי' א' ע"פ הרמב"ם דאין הבדל בין מקרקעי למטלטלי, פסק השו"ע ע"פ ר' יונה י"ש מי שאומר דהא דאמרינן 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 (וכן דעת הריטב"א ועוד ודלא כנ"י בשם אחרים דשווים הם, ב"י) (וע"פ הטור ובב"י למד כן בר' יונה ועוד –) 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)}.

עמש"כ המחבר ע"פ הטור ביאר הסמ"ע (יא) דמדובר שידוע לבית דין שמכרו באונס, אז אף אם לא מסר מודעא מכרו בטל כאילו לא קיבל ממנו דמים כלל אלא נתנו לו במתנה באונס, אבל אם אין ידוע לב"ד שנאנס ואז צריך למסור מודעה, ע"ז כתב הרמ"א דלענין זה הוי כמכר וכו', ור"ל דאף דבמתנה אין צריכין עידי מודעה לידע באונס, דשאני בזה, כיון דעכ"פ נתן לו קצת דמים ונהנה, י"ל דילמא גמר והקנהו לו. כתב ה^{נתיבות} (י) דבמטלטלין שיש בו כדי אונאה, אפילו ידע הלוקח מהאונאה, או אחר כדי שיראה, בטל המקח, דכיון שהוא שיעור שאינו עשוי להתרצות דמי למתנה.

סעיף ה

[האם שומעים למי שמבקש כתבו לי שמסרתי מודעא בפניכם וכשיודע על פי עדים האונס שאנסוני יצטרף עדותכם לבטל המקח? מדוע?]

ע"פ ר' יונה פסק בשו"ע י"ש מי שאומר שאפילו אמר כתבו לי שמסרתי מודעא בפניכם וכשיודע על פי עדים האונס שאנסוני יצטרף עדותכם לבטל המקח, אין שומעין לו (דחיישין לב"ד טועין שיראו בידו כתיבה זו ולא יחקרו אחר עדים שיעידו אם באונס היה כאשר אמר לברר, ב"י וסמ"ע) {מיהו אם כבר נכתבה המודעה, והביא אח"כ ראיה דאנוס היה, המכירה בטלה (ב"י, דמודה ר' יונה בזה דחיישין רק לכתחילה. נתיבות: אף דלא תיקנו חכמים לכתוב מודעא כי הא, מ"מ לא גרע משטר שלא נכתב כתיקון חכמים דכשר ולא הוי מפי כתבם)} ודלא כרשב"א דמדאמרינן לאו מודעא היא ולא אמרינן לא כתבינן מודעא אלא אמאן דידעינן באונסיה, שמע מינה דאע"פ דלא ידעינן כתבינן סתם פלוני מסר מודעא בפנינו שפלוני אנסו בכך וכך למכור וזימנין דסהדי אחריני ידעי באונסיה ואי לא מסר מודעא לא מבטלי זביניה, ולפיכך אין מבטלינן המכר מחמת מודעא זו עד שיביא ראיה שנאנס.

הפנ"מ (פת"ש ו) תמה על טעם הב"י דהא קיי"ל בסימן רנ"ה דב"ד בתר ב"ד לא דייקי ב"ד בתר עדים דייקי אלמא דלא חיישין לב"ד טועין שלא ידקדקו אחר עדים (וכן הקשה ה^{נתיבות}), ובשע"מ העתיק לשון ר' יונה בעליות והטעם התם שאין לנו לכתוב חנם מסירת מודעא שמוסר ולאורועי כח המכר שהמכר ודאי ואחזוקי עליה אונסא בלי שום אמתלא לא מחזקינן, ואי כתבינן עליה מודעא תתזיל ארעיה מפני שיאמרו בני אדם לא לחנם חתמו עדים על מודעא זו, ויחושו בני אדם שמא נמצא לו

עדות על האונס ויתבטל המכר ע"י מודעה זו, וכתב השע"מ דלפ"ז נוחא, דלבי"ד טועין לא חיישינן, אבל לסתם בני אדם טועין ודאי חיישינן וזילי נכסיה.

סעיף ז

מהי הגדרת תליוחז? פרט!

ע"פ ב"ב מ: וכמעשה דפרדיסא פסק בשו"ע "אחד האונס את חבירו בשהכהו או תלאו עד שמכר, או שהפחידו בדבר שאפשר לו לעשות {בין אונס הגוף בין אונס ממון (טור וכמעשה פרדסא) מיהו יש חולקין וס"ל דאם הפחידו לאו כלום הוא דעביד אנס דגזים ולא עביד (מהרי"ק, ולא דמי לפרדיסא דשם לא היה צריך לעשות שום מעשה שכבר הוא הקרקע בידו, גר"א) { (רמב"ם -) בין בידי עובד כוכבים בין בידי ישראל (גם נלמד ממעשה דפרדיסא והקמ"ל בישראל דאיכא למימר דשמא יחזיר לו אח"כ הגזילה ומאחר דלא אגיס כולי האי סלקא דעתך דלא גמר ומקני), 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".

ביאר הסמ"ע (יח) ע"פ ה"ה בכוונת הרמב"ם (והמחבר), שמתחילה כתבו המעשה ללמד ממנו שאונס כזה אף שאין בו אלא אונס ממון, אם נתברר שכן היה הוי אונס לבטל המכר אם מסר מודעה, ואח"כ כתבו לפיכך אם תבעו, ללמדנו היאך נתברר זה האונס, דהא ודאי העדים לא שמעו ההפחדה, דאם שמעו אינו אונס ובודאי גמר להקנותו, דאל"כ ה"ל לתבעו בעדים ששמעו ממנו שאמר אם לא תמכור לי אכבוש את השטר – על זה כתב לפיכך אם תבעו וכו' ר"ל דנודע זה ע"י התביעה שתבעו המשכיר וכפר, ואמר התובע לב"ד הריני מוסר מודעה לפניכם כי אברר שזה שכופר אינו עושה אלא כדי שאמכרנו לו, כי כן אמר לי תחילה, ותוודעו זה שהרי כשארצה למכור לו יתן לי דמי שויה כשאתן לו שטר מכירה, וכשיהיה כן שיחזור ויבוא המשכיר לפני הבי"ד ויראה שאצל השוכר שטר המכירה שקנאו ממנו, אזי יבורר אמיתתו שאמר לו תחילה בינו לבינו אם לא תמכרנו אכבוש שטרי, ובכה"ג נודע שהוא אונס ומהני מודעתו לבטל המכירה, אבל בלא מסירת מודעה, אף שניכר אונסו, מ"מ איכא למימר שמ"מ ע"י המעות נתרצה וגמר והקנה, ודלא כלבוש שכתב שהטמין עדים אחורי הגדר (בנתיבות סק"יג יישב בלבוש דאף שיכול להביא העדים לב"ד יכול לומר אין הבי"ד מזומן עיי"ש).

[מה הדין באחד שהפחיד בעל דינו להביאו בערכאות של גוים האם נחשב אונס?]

בענין שיטת המהרי"ק ברמ"א דעביד איניש דגזים ולא עביד ולא נחשב הפחדה אונס, כתב הנתיבות (יב) בשם מהר"ש דאם הפחידו להביאו בערכאות של גוים לכ"ע לא הוי אונס, דדוקא במפחידו בדבר דברי היזיקא כגון במלשינות וכיוצא, אבל ערכאות לא ברי היזיקא, שלא כל המביאים בערכאות נוצחים והרבה עשו ולא הצליחו.

כתב בבא"ה בשם לחם רב דאפילו למ"ד דאונס דהפחדה לא הוי אונס, היכא דגזים בדבר דמורה היתרא כגון בפלוגתא דרבוותא דהמוחזק זוכה מטעם קים לי וזה מגזם אותו שיולחנו בערכאות ויוציאנו מידו הוי אונס.

כתב הבא"ה בשם המהרי"ק דאין חילוק בין איסור חמור לאיסור קל, אך הוסיף ע"פ מקור ברוך דהכל לפי ראות עיני הדיין אם המגזם הוא גבר אלים ומוחזק בכך לאנס הבריות ויש כח בידו לעשות כן והוא רגיל בכך לא אמרינן בכיוצא בזה עביד איניש.

הנתיבות תמה על האופן שלמד הרמ"א במהרי"ק דכיון דהכא במכר מיירי כדמייתי עלה מעשה דפרדיסא דמיירי בזבני, ועל כרחך במסר מודעה מיירי, וא"כ אף המהרי"ק מודה. ברע"א כתב דהמהרי"ק יחיד הוא מול רשימת ראשונים.

מה דין הטוען שחתם על הסכם גירושין וויתר על חלק מהרכוש שלו מחמת לחץ שאימו עליו שיכו אותו?

בפד"ר (בית הדין האיזורי חיפה מספר פד"ר 1046992 תשע"ה) דנו הדיינים (הרב יצחק אושינסקי – אב"ד, הרב דוד גרוזמן, הרב אברהם דב זרביב) בטענה של הבעל כי ההסכם נעשה תחת לחץ איומים של האישה "שתמסור אותו לר...", ופסקו שאינו מערער את כשרות ההסכם ואף אינו עומד בתנאי הסף של הגדרת אונס. גבי טענת האונס כתבו דתלוי אם מגדירים הסכם גירושין כמכר או כמתנה, והכריעו (ע"פ הב"י בריש סעי' ג' והקצות שם) שמוגדר כפשרה, המוגדרת כמכר, ואגב זוזיה גמר ומקניה, שהרי מטבע הדברים לפני פרידת בני הזוג יש דברים רבים העומדים על הפרק, ואף אחד אינו יודע בדיוק כיצד יתנהל ויסתיים הליך משפטי, ואם כדי לחסוך את ההליך והסיכונים הכרוכים בו, מגיעים הצדדים להסכם, הכולל וויתורים ופשרות, וודאי שיש להסכם זה דין מכר, אף שפעמים אחד הצדדים מוותר יותר מהצד השני, שכאמור ע"פ הב"י והקצות ויתור ומחילה של כל צד לצד שכנגד נעשה בתמורה שהצד שכנגד מסיר את חרב התביעה הצודקת כנגדו, נמצא שכל אחד קונה את הסרת הסיכון הכרוך בקיום הליך משפטי ממצה, ולכן דין הסכם גירושין כדין מכר, וכתבו שכן עולה מדברי שו"ת שואל ומשיב (תליתאה א, מח) דכל שיש להם תביעות זה על זה הוי כפשרה והוי כמכר לענייננו, ואם כן, גם אם נאמר שיש ממש בטענותיו שאנסוהו, הרי כל עוד לא מסר מודעא שהוא עושה זאת מתוך לחץ ואיומים יחול עליו הכלל של הגמרא ש"תליוהו וזבין זביניה זביניה" משום ש"אגב זוזיה גמר ומקני", והוא הדין גם במקרה דנן, שאגב זה שקיבל את ביטול התביעות כנגדו, שלידו היה זה שווה הון רב, כנגד זה גמר בדעתו להקנות ולהסכים לכל "עסקת המכר" הזו, ואם לא הודיע כי הוא עושה מכר זה בעל כרחו, מן הסתם הסכים בדעתו המלאה למכר זה וההסכם היה גם בעומק ליבו להסכם כדאי והוגן, וגם לעצם טענת הבעל האונס שהיה נתון תחתיו מוגדר כאונס של הפחדות ואיומים שלדעת השו"ע איומים והפחדות נחשבים לאונס המבטל מכר, ולדעת הרמ"א אינם נחשבים לאונס היות ויש שרק מאיים אך לעשות אינו עושה, "אך גם לאונס של איומים והפחדות ישנם גדרים, הרי לא ייתכן כי כל איום ייחשב לאונס, לא כל דמיון של אדם המדמיון שמא יקרה לו משהו, כבר ייחשב שהוא מכר שלא לרצונו והיה משולל דעת במעשה המכירה" וייסדו כן ע"פ ר"ח ועוד ראי' במעשה דפרדיסא, ועוד למדו במהרי"ק שאיום הינו רק אם אין באפשרות המאויס להשתמט ממנו, וע"פ הגר"ח פלאג"י כתבו תנאים נוספים כגון שרק כאשר הוא האיום ברשות המאיים, ותלוי גם בפורום שנאמר האיום ועוד.

סעיף ה

[מה הדין בגזלן שהוחזק על שדה, והעידו עדים שבפניהם מכר לו בעל השדה? מה דעת

הרמ"א בזה? פרט.]

ב"ב מז: "אמר רב נחמן אמר לי הונא כולן (אומן ואריס וכל מי שאין לו חזקה) שהביאו ראייה ראייתן ראייה ומעמידין שדה בידן, גזלן שהביא ראייה אין ראייתו ראייה (כדבר כהנא שאם לא שהיה מודה לו היה הגזלן מביא אותו ואת חמורו לפקיד המכס מטעם השלטונות, והיו מחרימים ממנו את הכל) ואין מעמידין שדה בידו. מאי קמ"ל תנינא לקח מסיקריקון וחזר (הלוקח) ולקח מבעל הבית מקחו בטל? לאפוקי מדרב דאמר רב לא שנו אלא דאמר ליה (בעל השדה) לך חזק וקני אבל בשטר קנה - קמ"ל כדשמואל דאמר אף בשטר נמי לא קנה עד שיכתוב אחריות נכסים. ורב ביבי מסיים בה משמיה דרב נחמן קרקע אין לו (לגזלן) אבל מעות (אם שילם) 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 לשחזור (לפקיד המכס). אמר רב הונא תליוהו וזבין זביניה זביני מ"ט כל דמזבין איניש אי לאו דאניס לא הוה מזבין ואפילו הכי זביניה זביני... ולרב ביבי דמסיים בה משמיה דרב נחמן קרקע אין לו מעות יש לו מאי איכא למימר רב ביבי מימרא הוא ומימרא לרב הונא לא סבירא ליה. אמר רבא הלכתא תליוהו וזבין זביניה זביני ולא אמרן אלא בשדה סתם אבל בשדה זו לא ובשדה זו נמי לא אמרן אלא דלא ארצי זוזי אבל ארצי זוזי לא ולא אמרן אלא דלא הוה לאישתמוטי אבל הוה ליה לאישתמוטי לא. והלכתא בכולהו דהוה זביניה זביני."

הרי"ף והרא"ש סתמו כהלכתא, ודלא כרב ביבי דמעות אין לגזלן, אולם **ז"ל הרמב"ם** (י,א) "מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח, אפילו תלוהו עד שמכר...אף על פי שלא לקח הדמים בפני העדים, לפיכך אם מסר מודעה... ואפילו החזיק כמה שנים מוציאין אותה מידו ומחזיר הדמים".

והקשה **הב"י** דכיון דפסק הרמב"ם כרב הונא דתליוהו וזבין זביניה זביני וכדאסיקנא בגמרא היאך פסק כרב ביבי דלא סבירא ליה לרב הונא כוותיה, דאם איתא דבגזלן נמי סבירא ליה לרב הונא דמקחו בטל לא הוה ליה למימר דלא סבירא ליה כדרב ביבי וכבר השיגו **הראב"ד**, ויישב **הב"י** ¹דדעת הרמב"ם דרב הונא מודה לרב ביבי דגבי גזלן תליוהו וזבין לאו זביניה זביני ורב המנונא דאותיב מלקח מסקריקון וכו' הוה סלקא דעתיה דרב הונא פליג אדרב ביבי ותלמודא אהדר ליה לפום שיטתיה דרב הונא לא ס"ל דרב ביבי אבל קושטא דמילתא היא דאית ליה דרב ביבי, ²ועוד י"ל דאין הכי נמי דרב הונא לית ליה דרב ביבי וכדמשמע מפשטא דגמרא מיהו כיון דרב ביבי משמיה דרב נחמן אמר לה ורב נחמן דיינא הוה והלכתא כוותיה בדיני הכי קיימא לן, ומפרש הרמב"ם דלא כרשב"ם דלפירוש רשב"ם תליוהו וזבין לעולם לאו זביניה זביני ולפירוש הרמב"ם גם לרב ביבי זביניה זביני אלא אם כן הוחזק גזלן על שדה זו דאע"ג דרב הונא לית ליה דרב ביבי רב ביבי אית ליה דרב הונא.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "בד"א באונס, שהרי הוא חמסן מפני שכופה את המוכר למכור שלא ברצונו, אבל הגזל והוחזק בגזלן ואח"כ לקח שדה שגזל אין המוכר צריך למסור מודעה כמו שיתבאר [סמ"ע: שנתבאר] - כלומר בסימן קנא/ג שם פסק כרמב"ם ש"אם העידו העדים שבפניהם מנה לו כך וכך מעות מוציאין מיד הגזלן ומחזירין לו הבעלים הדמים" **והרמ"א** **שם** כרא"ש "דאם ראו העדים נתינת המעות ולא מסר המוכר מודעה תחלה מכירתו מכירה, דקיי"ל תלוהו וזבין זביניה זבינא".

הסמ"ע (כ) הקשה על דברי הטור והרמ"א דהתם הביאו גם דעת הרא"ש ואילו הכא הביאו דברי הרמב"ם ללא חולק, וביאר **דכאן מיירי שהשדה שהוא ידוע שבאה לידו בתורת גזילה וקנאה אח"כ ממנו, דבזה הרא"ש מודה כיון שהוחזק גזלן עליה בהיותה כבר בידו**, אף שאח"כ נתן לו דמי שויה, לא אמרינן דגמר להקנותו, ואילו בסימן קנ"א מיירי שנתן לו דמי השדה קודם שבאה לידו בתורת גזילה, ואף שגם שם כתב שהוחזק עליה גזלן, היינו שכבר יצאה מידו פעם אחת בתורת גזילה, ומ"מ כיון שלא חזרה ובאה לידו בתורת גזילה אמרינן דגמר והקנהו לו, אולם דעת **הט"ז** דהטור והרמ"א סמכו עצמם כאן על מה שכתבו שם ואין חילוק בין הכא להתם.

כתב **הנתיבות** (טו) דלפי דברי הסמ"ע לא קשה "מה שתמהו הכל" על הרמב"ם מהא דאמרינן דרב הונא לית ליה דרב ביבי, הא רב ביבי מיירי בגזלן, דלא קשה, דהרמב"ם כתב דין זה מסברא, דהא לא שייך לומר אגב אונסא וזוזי דהא לא נפטר משום אונס אחר, וכ"כ הרמב"ן דהיכא דליכא אונס רק מהאי מידי לא בעי מסירת מודעה, משא"כ רב הונא ורב ביבי מיירי אפילו בגזלן שהוחזק גזלן על עסקי נפשות, דאי בהוחזק גזלן על שדה זו א"כ אמאי אמר אין ראייתו ראייה, הא עכ"פ אחריות מהני, והוסיף דלפ"ז נראה דאפילו הוא כבר תחת יד הגזלן ואניס ליה באונסא דאחרינא למכור לו, דקנה כשלא מסר מודעה, וכ"כ הרמב"ן דבכה"ג גמר ומקני.

סעיף ה

[אילו עדים יכולים להיות חתומים על המודעה? האם דווקא עדי המכר? באר.]

פסק **בשו"ע** "עדי המודעה יש להם לחתום הם עצמם" באותו המכר שנמסר להם המודעה עליו (**ב"ב** **מח**: "חתם רבה בר בר חנה אמודעה ואאשקלתא" = המכר) ואין בכך כלום, ואפילו אמר להם בפני האנס ברצוני מכרתי בלא אונס, הוי המודעה קיימת, כשם שאונסו שמכר בלא רצון כך אונסו עד שאמר ברצוני אני מוכר {ע"ל סי' מ"ו אי נאמנים לומר מודעה היה דברינו}.

כתב **הסמ"ע** (כב) דהמחבר רבותא קמ"ל דאע"ג דאין העדים נאמנים בדיבורם לומר מודעה היו דברינו כבסימן מו/לד דלא בא דיבורם ומבטל חתימתם, מ"מ כשהן חתומין בשטר מודעה בא אותו שטר בחתימתן הנכתב קודם שטר הקנין ומבטל שטר הקנין אשר חתימתן עליו הנכתב והנחתם אחריו, וכ"ש כשעדים אחרים מעידים על המודעה שנמסר לפניהן קודם המכירה דמהני.

[מה הדין בשטר מודעה שאין בו זמן ואין העדים כאן ולא ידעין אי נעשית קודם המכר או אח"כ? מה הטעמים לכך? הבא נפק"מ בין הטעמים].

כתב הרמ"א ע"פ מרדכי ישן "שטר מודעה שאין בו זמן ואין העדים כאן" ולא ידעין אי נעשית קודם המכר או אח"כ, המודעה כשרה ומבטלת המקח (דרכ"מ -) מאחר דידעין באונסיה מסתמא מסר מודעה קודם לכן", וביאר הסמ"ע (ד) הסברא דמוקמינן עדים על חזקתן דלא היו חותמין אם לא ידעו שהיתה קודם המכירה.

אולם בתשובת שיבת ציון (פת"ש ח) כתב שהמהרי"ט פקפק בטעם הסמ"ע דעדי המודעה אין צריכין לחקור אם עדיין לא מכר, והעדים מעידין רק על האונס בלבד, ואח"כ יברר המוכר שהמודעה היתה קודם, ולכן כתב טעם אחר, דכיון שיש ספק אימת נעשה אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, וכיוצא בזה כתב הב"ח דכיון דאיכא ספק אי נעשית קודם המכירה או אח"כ, אין להוציא מיד המוחזק ואוקי קרקע בחזקת מרא קמא והמכירה בטילה, והובא הב"ח גם בקצות (ז), והוסיף דלב"ח בפשרה שדינה כמכר אם התובע הוציא מסירת מודעה כזו אוקי ממונא בחזקת הנתבע והפשרה קיימת.

ובשיבת ציון כתב דהפקפוק של מהרי"ט נכון באם היתה המודעה על דבר שאין לו קול כגון במכירת מטלטלין או עסק אחר שאין לו קול, בזה צדקו דבריו שאין על העדים לחקור אם עדיין לא נעשה דבר, אבל אם היתה המודעה על מכירת קרקעות שיש לו קול, בזה צדקו דברי הסמ"ע דמוקמינן העדים אחזקה, דאילו היתה המכירה קודם מסתמא היו יודעין העדים ממכירה זו ולא היו רשאים לכתוב המודעה שהיא שלא כדיון, והיה להם להרחיק מדבר שקר דהא לשון המודעה בלשון עתיד שהוא אנוס למכור כו'. עוד כתב דנפקותא בין הטעמים² דלסמ"ע גם במתנה שייך טעם זה דמוקמינן אחזקה, אולם לפי טעם המהרי"ט במתנה אין לעדים לחקור שום דבר הואיל ואין צריכים לכתוב וידעו באונסיה ולפי"ז גם הרמ"א בהגהת שו"ע ס"ל כן ומשו"ה השמיט מתנה ונקט רק מכר וכדעת הגליון מרדכי בשם רבינו יצחק [ולסמ"ע צ"ל דהרמ"א לאו דוקא נקט רק מכר]. עוד כתב נפקותא נוספת³ באם העדים לא כתבו המודעה רק שהעידו בעל פה בפני ב"ד שפלוני מסר מודעה בפניהם, ולא ידעו הזמן אם הוא קודם המכירה או אח"כ דלטעם הסמ"ע לא שייך בזה חזקת העדים דהא לא חתמו בלל, א"כ אין עדות המודעה מבטל המכר, אמנם לטעם המהרי"ט דמאחר דידעין באונסיה מסתמא מסר קודם לכן, המכר בטל.

סעיף י

ע"פ שיטת הרמב"ם כנ"ל פסק בשו"ע "וכן אם הודה בפניהם שלקח הדמים" אחר שמסר מודעה על כך, אינו חייב להחזיר כלום, שהאנס אנסו עד שיודה והעדים כבר ידעו שהוא אנוס, אבל אם מנה הדמים בפניהם, חייב להחזיר", וביאר הסמ"ע (כה) בכאן דמסר מודעה דוקא ס"ל לרמב"ם והמחבר דאין הולכין אחר הודאתו, משא"כ בסעיף א' דאירי דלא מסר מודעה, שם כתב המחבר דאע"ג דלא לקח הדמים בפני עדים, ור"ל אלא שהודה, אזלינן בתר הודאתו לענין זה שהמקח קיים.

סעיף יא

[מה הדין במקרה שהעידו עדי המכר שביטל מודעה? פרט.]

פסק השו"ע כרמב"ם (וע"פ ערכין כא: גבי ביטול מודעה בגט) "העידו עליו עדי המכר שביטל המודעה, הרי המודעה בטלה (ב"י: דלא כרב האי דאין ביטול זה כלום עד שיעידו העדים שידעו בסילוק אונסו, ואילו הרמב"ם ס"ל דאם ביטל המודעה אפילו מתוך האונס היא מתבטלת דלא עדיפא ביטול מודעה מתוך האונס מאונס המכר עצמו דאמרין דאגב אונסא וזוזי גמר ומקני הכי נמי גמר ומבטל לה למודעה, והסמ"ע חלק על הב"י ומודה הרמב"ם לרב האי דלא מהני הביטול מודעה שאח"כ כשידוע שמבטלה מכח אונסא) (ה"ה בשם המפרשים -) ואם אמר לעדי המודעה הווי יודעים שכל קנין שאני לוקח לבטל המודעה 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 המודעה".

אולם הרמ"א פסק כרא"ש החולק על הרמב"ם "מיהו אם חזר ובטל כל הבטולין שעשה בתחלה י"א דמהני (המכר) (ערך לחם: הרא"ש חולק גם על דין הרב המגיד ומהני הביטול) וכן נוהגין לכתבו בשטרות לבטל כל מודעי דנפיק מגו מודעי עד עולם (ר"ן) (רא"ש -) ודוקא במכר, אבל במתנה כל זמן ידיעין באונסיה אף על גב דבטל מודעה לא הוי מתנה, אבל אי לא ידיעין אונסיה מהני ביטול מודעה אף במתנה, (רשב"א -) וכן אם הודה באיזה דבר שאינו חייב, הוי כמתנה לכל דבר".

כתב הסמ"ע (כז) עמש"כ הרמ"א בשם הר"ן "לבטל כל מודעי" וכו' דדוקא בהאי לישנא צריך לכתוב, אבל לא מהני כשכתב בו שמבטל כל מודעות עד עולם, דאין בכלל זה ביטול מסירת מודעה שמסר תחילה על ביטול המודעה דאח"כ, ומיהו גם לסברא קמיתא מהני כשכתוב בשטר הקנין 'שפוסל כל העדים שיעידו שמסר לפניו מודעה'.

עמש"כ הרמ"א גבי מתנה ביאר הסמ"ע (כח) דטעמו דבמתנה גילוי דעת בעלמא סגי דלא ניחא ליה במתנה מבטל המתנה, וכתב דה"ה במודה לו בדבר שאינו חייב בו, אף שאמר לפני עדים הווי עלי עדים שאני חייב לפלוני כך וכך, כשידוע שאינו חייב לו אלא שבא לחייב נפשו בטענתיה בהודאתו זו, ה"ל כדין מתנה. ה^{נתיבות} (יז) כתב דטעם הסמ"ע גבי מתנה תמוה מאוד, דהמודעה כבר נתבטלה בביטול, אלא הטעם הוא, נהי דהמודעה נתבטלה מ"מ במתנה האונס בלא מודעה מבטל המתנה, וגם על הוספת הסמ"ע חלק דבכה"ג מבטלת מודעה בלא אונס, מטעם שכתב הרשב"ם דאיכא הוכחה שנאנס דאל"כ למה לו להודות, ועוד כיון דגילה דעתו מקודם במסירת מודעה שאינו מודה רק מפני האונס, אין זה הודאה גמורה.

סעיף יב

האם יש חילוק בין אנסוהו אחרים לאונסיה דנפשיה?

אם אדם טוען שנכנס ללחץ עקב חובות ועל כן חתם על ההסכם על מכירה או קניה, מה

הדין?

פירש העיטור בב"ב מ: "מודה רבא היכא דאניס כמעשה דפרדיסא" - כלומר באונסא דאתי מאחריני כתבינן ומאי דאמר מודה דמאן דפליג עליה הוה ס"ל דכי היכי דבגיטין ובמתנה כתבינן מודעה אאונסא דנפשיה הכי נמי כתבינן בזביני וקיי"ל כרבא, ושאר הפירושים בסוגיה לא חלקו לדינא על היוצא מפירוש זה דלעיטור סברא זו כתובה בתלמוד ולשאר מפרשים אינה כתובה לרוב פשיטותה (ב"י) - וכ"פ בשו"ע "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 (ש"ך): דוקא כשמכרו לאחרים אבל לגזלן עצמו לא מהני כשמסר מודעה דע"כ האונס בא מחמתו".

מה הדין בתליוהו לקנות?

ע"פ העיטור פסק הרמ"א "וכל זה מיירי באנסוהו למכור, דאמרין אגב אונסיה גמר ומקני, אבל אנסוהו לקנות אינו קנין" ולמד כן מב"ב מח. "מודה שמואל היכא דיהיב זוזי".

כתב ה^{נתיבות} שבאה"ע סימן מ"ב הביא המחבר דעת האומר גבי תלוהו וקדיש דמקודשת, מטעם דאנסוהו לקנות ג"כ קונה, והח"מ והב"ש תמהו אמאי לא הביא דעה זו בחו"מ כאן, ותיריך דמשום חומרא דקדושין הביא דיעה זו שם, אולם הפת"ש כתב שמסקנת הח"מ והב"ש ע"פ הרמב"ם דאין חילוק בין קונה למקנה, וכן בשע"מ כתב דכן מבואר ברשב"א, אולם החת"ס כרמ"א.

כתב ה^{נתיבות} דהמאנס את חבירו לקנות, אף שהלוקח יכול לבטל המקח מ"מ המאנס אינו יכול לבטל המקח, דדמי להא דסימן ר/יא דאין המוכר יכול לחזור בו, וה"נ הוי כתולה הקנין ברצון הקונה.

עוד כתב ה**נתיבות** דאם אנסו למכור בעד שוה כסף, קנה כל שהוא בתורת דמים, אבל אם אנסהו ואמר לו מכור לי באלו, אז יש לו דין חליפין, וכמו שהנאנס אינו קונה דהוי כאנסהו לקנות גם האנס אינו קונה כמבואר בסימן רג, וכן באנסהו למכור ונתן לו משכון על הדמים, ג"כ קנה.

סימן רו – דין כשאמכור אמכור לך במאה ומכר לאחר ביותר או שאמר אמכרנה לך כמו שישומו אותו ב"ד

סעיף א

אם אמכור שדה זו הרי היא מכורה לך, ומכר לאחר, האם קנה הראשון?

ע"פ ע"ז עב. פסק בשו"ע "האומר לחבירו כשאמכור שדה זו הרי היא מכורה לך מעכשיו במנה, וקנה מידו על כך, ולאחר זמן מכרה לאחר במאה, קנה הראשון {לא הזכיר סכום רק א"ל כשאמכרנה אמכור לך, לא קנה הראשון (טור) ע"פ הגמ', דאז לא סמכה לו דעת המוכר שמא לא יתרצה הלוקח לקנות אלא בפחות מכדי שווין, ולא דעת הלוקח שמא לא יתרצה המוכר ליתנה כי אם ביותר משויה, סמ"ע}. וכן אם {מכרה ביותר על מנה, קנה האחרון, שלא א"ל אלא כשאמכור, שיהיה מוכר מדעתו כבתחלה, וזה לא היה רוצה למכור, ולא מכר אלא מפני התוספות שהוסיף זה, ונמצא כמי שנאנס ומכר ("זווי אנסוהו") – נקט כשיטת הרמב"ם דבעינן גם קנין וגם 'מעכשיו' דאי לא אמר הכי הוי כמו קנין דברים ואסמכתא לא קניא – ובסמ"ע (א) ביאר דאין כאן אסמכתא גמורה ולא קנין דברים גמור אלא משום דנצטרף לריעותא מה שגילה דעתו שלא יתחיל הקנין מיד.

הוסיף הרמ"א "וכל זה מיירי שאמר בלשון כשאמכור אמכור לך וכו', אבל אמר לא תמכור אלא לי, (מהרי"ק) או שהתנה בפירוש שאף אם יתנו לו יותר ממה שקצב ימכור לו, תנאו קיים (הג' מרדכי)".

הקצות (א) הביא שדעת הריב"ש והמוהרא"ש שאם כתב לראשון שימכרנו לו בסך כך וכך ושלא ימכרנו לאחר אף אם יתן לו בדמיו יותר מן הסך ההוא בענין זה קנה הראשון, דבלשון חיוב מהני לישנא דאמכרנו לך, והקצות חלק דדברי השו"ע עיקר דבעי מעכשיו ומשום דלשון חיוב לא מהני בזה כלל והיכא דליכא חיוב באחריות שיהיה החיוב חל על גופו לא הוי דין חיוב דכדי שיחול החיוב על גופו צריך שיתחייב מעכשיו באחריות. כתב ה**נתיבות** (א) דאם אמר לשון אמכור לך תליא במחלוקת בסימן רמ"ה אי מהני מעכשיו בלשון אתן, ועוד הסכים למוהרא"ש ו"אם אמר בלשון חיוב מהני בלא מעכשיו".

עמש"כ המחבר במכרה ביותר על מנה, כתב הפת"ש (א) בשם פנ"מ דהוא הדין אם החליף על שדה אן על בית אחר, אע"פ שאינו שוה יותר על מנה, קנה השני, דזה הוי כמו מכרה ביותר על מנה דאמרינן זווי אנסוהו בשביל המעות שהוסיף, הכי נמי בחליפין, דהא מבואר בסימן רכז/כ דאין בחליפין דין אונאה מטעם דיש רוצה במחט יותר מבשריו, וק"ו בבתים דיש דניחא ליה בית קטן יותר מן גדול או עומד במקום דמרווח ליה טפי מביתו, פשיטא די"ל דאילו לא נתן לו השני בית אחר לא מכר מביתו כלל בשום ממון, דמהאי טעמא נמי אם החליף חצר בחצר לא שייך דין דבר מצרא בסימן קעה/כד.

הנתיבות (ב) תמה על מש"כ הרמ"א בשם המהרי"ק בדין "לא תמכור אלא לי" דהא לשון זה לא מהני מידי וצריך להקנות במעכשיו בקנין סודר דוקא ולומר לו הרי היא מכורה לך מעכשיו, ויישב דמקור הדין במהרי"ק מיירי בשותפין לזמן, והתנו שבתוך הזמן כשירצה אחד מהשותפים למכור חלקו שלא ימכור אלא לו, מהני, וכתב שם הטעם, דשותפין לא בעו קנין ותנאי שלהם נגמר בדיבור בעלמא אף בלשון זה לא תמכור אלא לי, וי"ל דגם הרמ"א מיירי בכיוצא בזה בדבר דלא בעי קנין רק תנאי בעלמא כגון בשותפין.

סעיפים ב – ד

בגמ' שם "א"ל כדשיימי בתלתא אפילו תרי מגו תלתא, כדאמרי בתלתא עד דאמרי בתלתא, כדשיימי בארבעה עד דאמרי בארבעה, וכ"ש היכא דא"ל כדאמרי בארבעה. א"ל כדשיימי בתלתא ואתו תלתא

ושמוה וא"ל אידך ליתו תלתא אחריני דקים להו טפי אמר רב פפא דינא הוא דמעכב מתקיף לה רב הונא בריה דרב יהושע ממאי דהני קים להו טפי דלמא הני קים להו טפי והלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע". וז"ל השו"ע (ב) (כפירוש הרמב"ם -) א"ל כשאמכרנה הרי היא קנויה לך מעכשיו כמו שישומו בית דין של שלשה אפילו על פי שנים מהשלשה (דכיון דאומר ב"ד של שלשה, הוא דמספיק לדעת הרוב, וללא לשון ב"ד צריך דעת כולם ואליביה דהרמב"ם אין חילוק בין אם אמר לשון 'שומא' בין לשון 'כדאמרי'). (כפירוש רש"י -) אמר ליה כמו שיאמרו שלשה, עד שיאמרו השלשה (דהחילוק הוא בין כדשיימי לכדאמרי, שבכדאמרי ר"ל עד שיאמרו כולם). (ג) וכן אם אמר כמו שישומו אותה בית דין ארבעה, עד שישומו הארבעה כולם ויסכימו, וימכור לאחר כמו שישכימו, ואחר כך קנה הראשון. (ד) (כרב הונא -) שמו אותה שלשה או ארבעה, ואמר המוכר עד שיבואו ג' אחרים או ארבעה וישומו, אין שומעין לו, שהרי קנו מידו תחלה שמכר מעכשיו { אבל לא מכר מעכשיו, אע"פ שקנו מידו שכשימכור יהא מוכר לו, לא קנה, דהוי קנין דברים (רשב"א) כמו שנתבאר לעיל סימן ר"ג, ועוד דהוי אסמכתא כמו שנתבאר בסימן ר"ז }".

כתב הב"י דטעמא דאין שומעין לו דאמרינן בגמ' משום דממאי דהני קים להו טפי דלמא הני קים להו טפי, ולפי זה משמע שאם הדבר ברור דהני בתראי קים להו טפי או אם ברור לנו דקמאי לא קים להו כולי האי דדינא הוא דמעכב - אולם ברמב"ם והטור סתמו הדברים דאין שומעין לו, והש"ך (ג) כתב בקצרה "אפילו ג' אחרים הם בקיאים יותר וצ"ע לדינא".

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

מהו תוקפם הקנייני-הלכתי של 'זכרון דברים' ושל 'חוזה מכר' בעסקאות מקרקעין?

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

בפסקי המשפט (רו,א) כתב בענין חוזה למכירת דירה דלפי הקצות (א) שאם מתחייב אדם למכור כיון שאין בזה חיוב אחריות לא הוי חיוב כלל שלדעתו אין התחייבות ושעבוד הגוף חלים אלא כשמקבל על עצמו אחריות ממונית והרי זה קנין דברים בעלמא, ואילו דעת ה^נתיבות (סק"א, וכן ב-רגו) דאם מתחייב לתת דבר שהוא בעין הרי הוא חייב לתת אף שלא נתחייב בשום אחריות, ומה דאיתא ברמ"א כאן רו/ד שאינו מועיל קנין בהתחייבות איירי כשלא אמרו בלשון חיוב, וכתב בפסקי המשפט דלפי הנ"ל בחוזים של מכירת דירות בימינו שכותבים "מתחייב למכור" וכד' לפי דעת הקצות אין כאן מכירה ולפי דעת ה^נתיבות כן חלה ההתחייבות, והביא בשם האמרי יושר (ב,נה) שלענין הלכה יש לנקוט כנתיבות ולפי"ז החוזים הללו מועילים גם על פי דין תורה בתורת התחייבות, אך אם לא כתבו בלשון התחייבות המשיך לדון שם דזה קנין 'אתן' שגם לנתיבות בעיית, אך גם על זה כתב ע"פ ערוה"ש (סימן רא) ו'משפט' ליעקב' דמתחייב ע"פ המנהג, ועוד דיש לו להועיל מדין סיטומתא או מצד דינא דמלכותא דינא. וכ"כ במאמר של הרב פרופ' רון קליינמן (משפטי ארץ ד') בנושא שרוב פוסקי ההלכה האחרונים כמהרש"ם מהרש"ך מהרש"ם ועוד רבים, העניקו תוקף הלכתי לחוזים בכתב גם במקרים בהם השטר אינו מועיל ע"פ ההלכה כגון אסמכתא, זאת בהתבסס על תוקפם של חוקי המדינה והכלל 'דינא דמלכותא דינא' ובעיקר על סמך מנהג המדינה וקנין סיטומתא, לדעת חכמים אלו, קנין סיטומתא מועיל לא רק בעסקאות קנייניות אלא גם לשם מתן תוקף להתחייבויות חוזיות (יש לציין כאן לשון המחבר גבי מי שפרע בקנין סיטומתא, בסימן רא/א "אע"פ 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"), וכתב שבתי הדין הרבניים קבעו בפסקי דין אף הם כמעט ללא יוצא מן הכלל שלחוזה יש תוקף הלכתי מדין סיטומתא ובתנאי שנוסח כמנהג המדינה והוא בר אכיפה ע"פ משפט המדינה.

באשר לחוזה שלא נכתב הרב קליינמן (שם) ציין לפד"ר ירושלים (ב,לא) בנידון שהצדדים סיכמו פרטי העסקה בלא נוכחות עורך דין ולחצו ידיים והמוכר שלח לקונה בפקס טיוטת חוזה, דאין לזה תוקף מדין סיטומתא משום שלא היתה גמירות דעת, והרי הקונה עדיין היה יכול לחזור בו, והוסיפו

בפד"ר שגם אם לדעת שופטים מסוימים בבתי משפט יש תוקף לחוזה דנן בלא חתימה, זו פרשנות שאינה מחייבת דין סיטומתא, והביא שם בשם הרב אשר וייס שנימק זאת בכך שהנסיון בבית הדין מלמד שכל עוד שלא נחתם חוזה א"א לברר בוודאות אם אכן הייתה גמירות דעת והוסיף שכך אמר לו הגריש"א שכל עוד לא חתמו על החוזה אין כאן גמירות דעת והחוזה אינו מחייב, ועוד הוסיף הרב ק' שקנין סיטומתא מתבסס על המנהג, ואכן המנהג הוא שהצדדים בעסקה אינם גומרים בדעתם להתקשר ביניהם בחוזה אלא לאחר חתימה.

בענין **זכרון דברים**, ביאר **הרב קליינמן (שם)** שהוא מסמך בו מעלים הצדדים על הכתב את עיקרי ההסכמות ביניהם, ולפי המשפט האזרחי כדי שייחשב לחוזה מחייב עליו למלא את דרישת חוק החוזים 'שהן בעיקר גמירות דעת ומסוימות' וממילא הדיון ההלכתי יעסוק רק בזכרון דברים הממלא תנאים אלו, וכתב שיש בזה מחלוקת בכמה פדרי"ם, דעת **הרב חיים שלמה רוזנטל** שאין לזכרון דברים תוקף מדין סיטומתא כיוון שהמנהג הוא לעשות אחריו חוזה מפורט א"כ אינו גומר הקנין ואינם מתחייבים בזכרון, ועוד שהמנהג בנוגע לתוקפו 'אינו ברור אצל כל העולם' שכן קנין סיטומתא נאמר רק בנוגע למנהג 'ברור בלא שום ספיקות', וכ"ד **הגר"ז** משום שקנין סיטומתא נותר רק כאשר מדובר במנהג שנהג הציבור מרצון חופשי אבל מנהג הנוצר בעקבות חוק המדינה אין לו תוקף. עם זאת דעת **פד"רים** רבים אחרים סוברים שבמציאות היום שבדרך כלל הצדדים החותמים על זכרון דברים בעסקאות נדל"ן מבינים היטב שמדובר בחוזה המחייב בעל תוקף משפטי, וכיוון שכך הוא המנהג, יש לזכרון הדברים תוקף הלכתי מדין סיטומתא, וכן מצד חוקי המדינה, וכ"ד הרב ק' עצמו, והעובדה שנהוג לכתוב מאוחר יותר חוזה מפורט יותר אינה שוללת את כוונת הצדדים לתת לזכרון הדברים תוקף, אדרבה מטרתו היא ליצור מחויבות הדדית לעסקה, ולגבי טענת הרב רוזנטל השניה, י"ל שבתקופה אז רבים מהציבור לא היו מודעים למצב המשפטי וסברו כי זכרון דברים אינו אלא שלב מקדמי גרידא והביא בשם הרב אשר וייס שמה שקובע בקנין סיטומתא הוא כיצד הציבור נוהג להשתמש בכלי זה, וכתב שכך גם דעת פוסקי הלכה בזמנינו **כרב אשר וייס, הרב דוכובסקי** ועוד, ודעת **הרב רלב"ג** היא ששטר זכרון דברים נחשב אף לשטר ראייה, והמקדמה הכספית מהווה 'קנין כסף' על נכס הנדל"ן.

האם יכול מי מן הצדדים לחזור בו מהעסקה בטענה כי טרם הושלם הרישום בטאבו?

כתבו ב**פתחי חושן** (ח,ב,יא) וב**פסקי המשפט** (קצ,ד) שבמדינות רבות ע"פ חוקי המדינה אין מועיל קנין בקרקע או בבית להיחשב שלו עד שיירשם הנכס על שמו **בטאבו**, ונחלקו הפוסקים אם דבר זה מעכב חלות הקנין גם ע"פ דין תורה, דיש דכתבו שכשם שבמקום שרגילים לכתוב שטר אין מועיל קנין כסף, משום שלא סמכא דעתו לקנות בלא שטר, ה"ה במקום שע"פ חוקי המדינה הרישום בטאבו הוא הגומר, אין גמירות דעת לקנות בלא רישום זה, וז"ל **הדברי מלכיאל** ד,קמג – "במכר סתם פשוט דלא הוי קנין דכיון שהמנהג אצלינו לכתוב פארמאלנא הוי כמקום שכותבין את השטר דלא סמכא דעתו בכסף לחוד" ובשו"ת חת"ס סברא נוספת שבמקום שיש דינא דמלכותא שלא יקנה רק ברישום בטאבו הוי דינא ששום קנין אינו קונה נגד דינא דמלכותא, ואילו החזו"א ועוד סוברים שהקנין חל גם בלא הרישום בטאבו ואינו דומה למקום שנהגו לכתוב את השטר ששם אין זה דין תורה, כי מדין תורה אין כאן חסרון מספיק של סמיכות דעת כדי לעכב את חלות הקנין אלא היא תקנת חכמים שלא יחול הקנין, והיכא דתקון תקון והיכא דלא תקון מהני קנין כסף כדין תורה (וכ"כ במעדני ארץ שביעית סימן יח), ולגבי דינא דמלכותא דינא כתב החזו"א (ליקוטים טז) דאין דינא דמלכותא מונע לבני ישראל לדון עפ"י דין תורה עיי"ש, אולם סיים **בפסקי המשפט** דבזמננו החוק בא"י שחל הקנין בשטר אף בלא הרישום בטאבו. עוד כתב במעדני ארץ שם (הובא בפס"מ רד,א) דהחוזר לפני הרישום בטאבו במקרה שלא קנה וודאי דחל עליו 'מי שפרע'.

סימן רז – המוכר נכסיו על תנאי ודיני אסמכתא והמחייב עצמו בדבר שאינו חייב בו

סעיף א

[האם במשפטי התנאים בדיני ממון יש הבדל האם התנה המקנה או הקונה?]

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 לאתנווי והכא מוכר קא מתני אמרת פטומי מילי בעלמא הוא", וז"ל ש"ע כלשון הרמב"ם (יא,א) "המקנה לחבירו בין קרקע בין מטלטלים, והתנה תנאים שאפשר לקיימם (**ב"מ צד**). דכל התנאים ילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן ושם אפשר לקיים היה, סמ"ע), בין שהתנה המקנה בין שהתנה הקונה, אם נתקיימו התנאים נקנה הדבר שהוקנה, ואם לא נתקיים התנאי לא קנה (באה"ג: בכמה מקומות בש"ס. גר"א: **ב"מ סה: ב"ב סג.**), וכבר נתבאר משפטי התנאי בטור אבן העזר {סימן ל"ח וסימן קמ"ד, וע"ל סימן רמ"א מדיני תנאי}, וכתב הרמ"א ע"פ הגמ' הנ"ל "מיהו י"א דאם התנה המוכר טובת הלוקח אין זה תנאי דלא הוי אלא פטומי מילי (וע"פ הרא"ש -) והני מילי שמכר לו בתחלה סתם וקודם שנגמר המקח לגמרי הטיל המוכר תנאי (סמ"ע): סברת הרא"ש דמדלא חזר הלוקח התנאי שהוא טובתו ש"מ דאף הלוקח לא החשיב דברי המוכר והבטחתו לעיקר, אלא שבא המוכר להניח עוצבו ורוגזו של הלוקח, וחשב הלוקח בלבו אם אחזור התנאי יחזור המוכר מיד מדברי הבטחתו, וטוב לי השתיקה דאולי יבוש לחזור מדברי הבטחתו לאחר זמן, אבל הסכים בדעתו לקנותו אף בלא אחריות), אבל אם בתחלה אמר המוכר על תנאי כך וכך אני מוכר לך, אע"פ 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", ודלא כראב"ד בשם הרא"ה והרמב"ם דהאי דנקטה הגמ' מוכר ולוקח לאו דוקא מוכר ולוקח דאין חילוק בזה בין מתנהו מוכר ללוקח אלא ענין מוכר וענין לוקח קאמר וקודם שהתחיל המקח הוי ענין מוכר ובין שהתנהו מוכר בין שהתנהו לוקח מהני ואחר גמר המקח הוי ענין לוקח שהרי הקרקע שלו ואין התנאי כלום בין מתנהו מוכר בין מתנהו לוקח.

כתב הסמ"ע (א) ע"פ הטור דמתנאי בגוב"ר למדנו דבעינן שיהא התנאי כפול והן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה ושיהיה התנאי בדבר אחד והמעשה בדבר אחר כמו שהיה שם כל הני דברים, ואי לאו כל הני דברים בתנאי, המקח קיים והתנאי בטל. כתב הב"י בשם תשובת הרשב"א דכשיש קנין הרי הוא כמעכשיו ואין צורך לתנאי כפול וכל שיש בו זמן הוא כמעכשיו, וא"כ כל שיש בו מעכשיו אין צורך לכפל כדאמרינן בגיטין ע"ה גבי הרי זה גיטך והנייר שלי כל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי אלמא במעכשיו אין צורך לתנאי כפול ולא לתנאי קודם למעשה ולא לתנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר, והביא שם הרי"ף וכתב עוד שהדין הברור המסור בדינו מפי רבותינו שאין הלכה כרבי מאיר דבעי תנאי כפול אלא שהחמירו בגיטין (וראה עוד לקמן סימן רמא/יב).

הנתיבות (א) כתב דהא דבעינן משפטי התנאים דווקא אם אמר בלשון אם הוי אבל אם אמר בלשון כשיהיה כגון בהא דלכשיהיו לי דמים אחזיר לך להלן סעי' ו', לא בעינן למשפטי התנאים, דהוי כמו לזמן דלא בעינן למשפטי התנאים, ובשם עטרת צבי כתב דעכשיו נוהגין דבמטלטלין לא בעינן תנאי כפול ורק בקרקעות כותבין כתנאי בני גד ובני ראובן, והובא בפת"ש (ג).

כתב הסמ"ע (ה) עמשי"כ הרמ"א ע"פ הרא"ש ד"קודם שנגמר המקח" דזה לאו דווקא, והוכיח מהתוס' והרא"ש דס"ל דכל שהתנה עם הלוקח בתחילת המכירה שימכרהו דוקא שלא באחריות אז אף אם אמר לו המוכר מיד אח"כ בתחילת המכר לא תירא כי אם יטרפנו ממך אהיה לך באחריות, דג"כ הוה פטומי מילי מדלא התנהו הלוקח, וגם לא חזר הלוקח אדברי המוכר לומר כן יהיה דוקא כדברך שתהיה לי באחריות.

[בשבז"י (פת"ש א) דן גבי מי שמכר ביתו והלוקח זקף הדמים על עצמו לשלם כשישא בנו פלוני שלשים יום קודם הנישואין ומת המוכר, עי"ש].

[מה הדין בתנאי בממון שלא התקיים מחמת אונס?]

גבי אי קיום התנאי מחמת אונס הביא הפת"ש (ב) דכתב ה"י (ב) ביו"ד בסימן רל"ו בכגון מי שעושה מקח עם חבירו שיעמיד לו סחורה פלונית ליריד שאז זמן מכירתה ולא בתר הכי, ואירעו אונס למקבל שלא יוכל להעמידה לאותו הזמן אלא אחר הזמן פשיטא דפטור אח"כ מלקבלה, משא"כ אם התנאי אינו עיקר כ"כ ואירעו אונס שלא יוכל לקיימו באותו זמן, ודאי לא בטל המעשה בשביל זה, ובנקה"כ שם השיג על חילוקו והסכים לב"ח דכל שמתחילה נעשה על מנת כן אפילו אין עיקר המעשה תלוי בזה, פטור חבירו שכנגדו אף על פי שהעיכו מחמת אונס, דאונס פטריה רחמנא אמרינן אבל אונס חייביה לא אמרינן, וכתב הפת"ש שהאחרונים הסכימו לש"ך בזה.

סעיף ב

קיימא לן דאסמכתא לא קניא, הסבר מה ההבדל בין תנאים רגילים לאסמכתא? (ראה גם

סעיף ג)

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "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 אח"כ אמר לו קנה מעכשיו וקנו מידו על כך", וביאר הכס"מ דמקורו בב"מ סה: ונדרים כז:.

כתב הסמ"ע (ו) דמדברי הטור בשם הרמב"ם וביאור הב"י משמע דמחלק בין אם קנו מידו מיד ושאח"כ יקיים התנאי דמהני, ובין אם לא קנה ממנו עתה מיד אלא א"ל שיקיים התנאי תחילה דאז לא מהני אף אם יקיים התנאי והחזיק או עשה קנין אחר אח"כ, וחלק עליו הסמ"ע דהא אף אם קנו מידו מיד כיון שהקנין נעשה על תנאי הוא אסמכתא אם לא דקנו מידו במעכשיו, דלשון מעכשיו מבטל אסמכתא לדעת הרמב"ם ואפשר דמשו"ה הוסיף בעיר שושן וכתב כאן כשקנו מידו במעכשיו, וכתב דכוונת הרמב"ם היא לחלק בין אם היתה דעת המוכר ועיקר כוונתו להקנותו אלא שרוצה שיקיים לו תנאו, דאז הוה דומיא דתנאי בני גד ובני ראובן דזה לא מיקרי אסמכתא וקנה, ובין אם עיקר כוונת המוכר היה שיקיים תנאו אלא שלא ירצה לקיים תנאו בלי מכירה לו השדה דזה מיקרי אסמכתא. הש"ך (ב) כתב דדברי הסמ"ע צ"ע. הנהיגות (ב) כתב ביאור נוסף ברמב"ם דאם אמר הרי היא מכורה לך על תנאי משו"ה מהני, ובסיפא מיירי דאמר בלשון 'אמכור' והרמב"ם ס"ל כמאן דס"ל בריש סימן רמ"ה דלשון אמכור או אתן לא מהני משום דהוי אסמכתא אם לא שאמר מעכשיו, רק דקנין הוי כמעכשיו, וכשאמר בלשון תנאי לא הוי כמעכשיו עד שיאמר מעכשיו בפירוש.

סעיפים ג – ד

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

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

דברים?

קידושין מט: (רש"י) "ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל ובעידנא דזבין לא אמר ולא מיד אמר רבא הוי דברים שבלב ודברים שבלב אינם דברים... ההוא גברא דזבניהו לניכסיה אדעתא למיסק לארעא דישאל (ופריש ליה דאדעתא דהכי עבד) סליק ולא איתדר ליה - אמר רבא כל דסליק אדעתא למידר הוא והא לא איתדר ליה (ולא יכול לדור או משום חיסור מזונות או לא מצא דירה והדר זבינ), איכא דאמרי אדעתא למיסק והא סליק ליה (והמכר לא בטל). 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 (לל"ק לא הדרין זביני דהכי קאמר דאי בעי למטרך ולא הדורי בתר שיירתא הוה סליק ולל"ב דקא מתמה אתמוהי ומשמע

שלא היה לו שום עיכוב אבל אם היה לו צד עיכוב הדרי זביני). **הרא"ש** פסק בשני המקרים האחרונים כלישנא בתרא, ואילו **הרי"ף** הביא שתי הלישנאות, ודברי **הרמב"ם** "סתומים" (ב"י).

כתובות צז. "זבין ולא איצטריכו ליה זווי (מכר שדהו ואנו יודעים שהיה חפץ לקנות שדה פלוני או פרגמטיא פלונית באותן מעות).. והלכתא זבין ולא איצטריכו ליה זווי הדרי זביני", וכתבו **התוס'** כרש"י כאן ובקידושין דלעיל דמדובר דגילה דעתו בשעת המכר דלזבון ההוא מידי קא זבין, וכ"כ **הרא"ש** ורי"ו, ותמה **הב"י** עמ"כ **בשו"ת הרא"ש** דיש מקומות דאפילו גילוי לא בעיא אלא אזלינן אחר דברים שבלב כיון דאיכא אומדנא דמוכח כגון שטר מברחת (כתובות עח:) וזבין ולא איצטריכו ליה זווי וכיוצא בהם, וצ"ע.

כתב **הרשב"א** בתשובה (בב"י) שנשאל על הא דאמרינן (כתובות צז.) זבין ולא איצטריכו ליה זווי הדרא זביניה דכל הנך עד כמה הדרי, והשיב דכל שעבר אותו ענין ולא נזדמן לו לעשות או לא הוצרכו לו לכך אפילו לשנה ואפילו לשנתיים חוזר שהרי גילוי דעתו כתנאי גמור וכל שבתנאי גמור חוזר בגילוי דעת חוזר "ותדע שהרי אמרו גבי ההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישאל והא לא איתדר" אלמא אפילו לזמן מרובה הוא לפי מה שהוא ענין. **ברי"ו** הובא שני פירושים ב'אתייליד אונסא' במקרה דרב אשי - א' שאינו מוצא חבורה מזומנת כי מאחר שגילה דעתו שמוכר לעלות לארץ ישראל ר"ל בלא עיכוב ואפילו שימצא חבורה לאחר זמן, וכתב דזה לפי פירוש רש"י, ב' אפילו שנולד האונס אחר זמן לא אמרינן כבר היה יכול לעלות מיד אם היה רוצה אלא הדרי זביני וזה פירוש רב האי וכתב דלפירוש זה לא ידענו כמה זמן ניתן להוליד האונס שיחזיר המקח.

כתב **הב"י** דאיכא למידק בהני עובדי במאי עסקינן אי בשהתנה בשעת המכר וכפליה לתנאיה היכי אמר רב אשי כיון דאי בעי סליק המכר קיים דהא כיון שהתנה שאם לא יעלה שלא יהיה מכר אי לא בעי למיסק המכר בטל שהרי אין כופין את המתנה לקיים תנאו ואי בדלא כפליה לתנאיה הא תנאי בטל ומכר קיים כדאמרינן בקדושין דף ס"א, וכתב הר"ן דלפיכך **יש שלמדו** [וכן הוא בריטב"א] מכאן **דבממונו לא בעינן תנאי כפול** ומאי דזבין אדעתא למיסק לארץ ישראל לאו תנאי גמור הוא אלא גילוי דעתא בעלמא דגלי אדעתיה בשעת המכר דאדעתא דהכי זבין ומשום הכי אמרינן דכיון דאי הוה בעי הוה סליק המכר קיים כיון שהוא יכול לעלות הרי מחשבתו קיימת, והר"ן **דחה ראיתם דאיכא למימר דבהני עובדי בדכפליה לתנאיה** ולא אמר על מנת שאעלה דאם כן כל שאינו רוצה לעלות אף על פי שהוא יכול לעלות מכרו בטל אלא הכא בשפירש ואמר דאדעתא למיסק קא מזבין ואי לא מצי למיסק דלא ליהוי זביני, ועוד דאיכא למימר דכי בעי רבי מאיר תנאי כפול הני מילי כשהתנה דכיון שלא כפל יש במשמע שאפילו לא יתקיים התנאי יהא המעשה קיים אבל גילוי דעת בלא תנאי הרי הוא כמי שהתנה וכפל.

עוד כתב **הב"י** דמבואר בב"ב צח. דמוכר שום דבר וגילה הלוקח דעתו שרוצה להוליכו למקום פלוני ששנה יותר והוזל קודם שהוליכו יכול לחזור בו כמו מוכר נכסיו לעלות לארץ ישראל.

וז"ל השו"ע (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 **(כלישנא בתרא דרבא)**, או לא נסתייע לו לעלות או לקנות החטים **(כלישנא בתרא דרב אשי)** - הרי זה מחזיר לו הדמים ותחזור לו הקרקע, שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני והרי לא נעשה, וכן כל כיוצא בזה. (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 (ע"פ הגמ' שם גבי קרבן וגיטין, גר"א), אינו חוזר, שהרי לא פירש, ודברים שבלב אינם דברים, (ה"ה בשם המפרשים) - ואע"פ שקודם מכירה אמר שהוא מוכר על דעת לעשות כך וכך, כיון דבשעת המכירה לא אמר, אינו חוזר {מיהו אי איכא אומדנא דמוכח נתבטל המקח **(תוספות)** וכמו שכתב מרע שכתב כל נכסיו בב"ב קנ"א ומברחת דכתובות ע"ט, גר"א}, וי"א דבמתנה דברים שבלב הויין דברים **(של"ג)** בגמרות הני"ל, דדוקא במכר דקיבל מעות מסתמא גמר ומקני אם לא דפירש משא"כ במתנה דהוא בחנם דאומדן דעת כל דהו מבטל המעשה ואמרינן ביה דלא גמר בדעתו ליתנו לו בחנם, סמ"ע}."

כתב **הסמ"ע** (ח) בשם **הב"י** דכל כה"ג בסע' ג' אסור ללוקח לאכול פירות עד שידע שקיים המכר.

השי"ך (ד) הביא דבטור וברש"ל למדו בגמ' וברא"ש דאם התנה עמו ע"מ לדור שם ועלה שם המקח קיים כיון שעלה, וכתב השי"ך דלא משמע בש"ס וברא"ש מידי דהתם מיירי אדעתא למיסק ולא אדעתא לדור וצ"ע. גם הט"ז (הובא בבא"ה ז' וצוין בפת"ש ד') תמה על הטור דהא ע"כ א"א לפרש האי לישנא אלא באומר לשון עלייה לחוד אבל במזכיר לשון דירה ולא הליכה כל כמה דלא מיתדר ליה אפילו ללישנא בתרא המכר בטל, וכתב דצ"ל דט"ס הוא בטור וצ"ל ע"מ 'לילך לדור' במקום פלוני וכן הוא בפסקי הרא"ש להדיא ואף שהזכיר גם הדירה מ"מ ההליכה היא עיקרית, ומזה למדנו דמי שמכר ביתו ואמר שרוצה לעשות איזה פעולה במקום פלוני והלך ולא מצא שם לעשות כן דהמקח בטל אף על פי שהלך כיון שלא הזכיר ההליכה ועוד נראה שאם אמר 'לילך ולדור' הוי הדירה תנאי מחדש ואז גם הדירה מעכבת המקח. אולם בשו"ת חת"ס יישב דעת הטור דיש דברים שאפילו אמירה לא בעינן דהוי גילוי דעת גמור ממילא, וא"כ האומר בשעת מכירה שמוכר מפני שרוצה לעלות לארץ ישראל הוה דירה כדברים שא"צ אמירה, ונהי דבש"ס לא הזכיר אלא ההוא גברא דזבין נכסיה למיסק לא"י ולא הזכיר רבותא אפילו אמר להדיא לדור, היינו משום דמעשה שהיה הכי הוה, אבל לעולם המובן ממנו הוא לדור שם, ומ"מ פליגי לישני בש"ס משום דמיירי שלא מצא דירה אלא בדוחק גדול, ופליגי לישני אי דירה כזו הוה בכלל דירה או לא, אבל לעולם ה"ה אפילו הוה מפרש להדיא לדור שם נמי הוה דינא הכי, וקמ"ל הטור רבותא טפי, אפילו אמר להדיא לדור שם, והוסיף דאפילו רוב הפוסקים דלא ס"ל כטור, נמי ס"ל דסתם למיסק לא"י היינו לדור שם, ואי לא מיתדר ליה כלל פשיטא דמקחו בטל, אלא פליגי בש"ס באשכח ע"י הדחק, אך במפרש להדיא לדור, מדאמר מילתא יתירא דהרי סתם למיסק נמי לדור משמע, סוברים דעל כרחך לטפויי אתי לדור בריוח דוקא, אבל כ"ע ס"ל דאי לא פירש לדור הוה כפירש משום דסתמא הוה כפירושו לענין זה.

א"כ בנוגע לשאלה תליא האם פירש בשעת המכר מדוע מוכר, וכן בפירושי הטור סמ"ע וחת"ס גבי הלשון, וכל זה בהנחה שתרומת צדקה היא כמכר לנידון זה, ולפי הרמ"א בסעי' י"ט אסמכתא קניא בנותן להקדש או צדקה, אך על פניו יש לחלק בין אסמכתא לבין אומדנא דמוכח דהכא ויש לעיין.

< כתב בחוות יאיר (פת"ש ט) במוכר אחד שטען לפני לוי שהציע מחיר שיש אחד שהציע יותר ואף נשבע שאם יבוא אחר וייתן קצת פחות ממה שמבקש לא ייתן לו, ומפני כך אף לוי הוסיף וקנה, ונתברר שהמוכר שיקר ותבעו לוי לדין וטען המוכר ד"להשביח מקחי אמרתי שקר וזה דרך התגרים" והכריע דשמעון פטור מדיני אדם דלוי סמך על הימנותיה כי סבר מילתא דעבידא לגלויי לא משקר אינש, ויש לו תרעומת על חבירו ועל עצמו, אך כל זה דוקא אם כבר פרע לוי לשמעון, משא"כ אם עדיין המעות בידו, מצי למימר על דבריו שאמרת שכבר רצה אחר ליתן נשבעת סמכתי והווי כאומדנא דמוכח ברמ"א הכא דמהני אפילו במכר, אך ציין בסוף דבריו לט"ז דכתב דמעשים בכל יום שאדם מוכר לחבירו חפץ ואומר כך נתנו לי סך זה ולא רציתי למכור בזה הסך, ואח"כ נתברר שלא היה שום קונה בסך קצבה שזכר הוא, וכי בשביל זה יבטל המקח, ונשאר הפת"ש בצ"ע.

[האם ישנו הבדל בגילוי דעת בין קרקעות למטלטלין? פרט חדינים בין בלוקח ובין במוכר.]

כתב הרמ"א (ג) ברישא גבי בטל המכר, ע"פ הרא"ש ברש"י והטור "ודוקא במוכר קרקעותיו אבל במוכר מטלטלים לא מהני גילוי דעתו עד שיתנה בדיני תנאי (לפי שאין דרך בני אדם למכור קרקעות שהוא מתפרנס מהן אם לא שהיתה דעתו לעקור דירתו מכאן, אבל מטלטלין פעמים שאדם מוכר, טור וסמ"ע)", וכתב בפרי תבואה (פת"ש ה) דמבואר ברא' דזה משום ספיקא ולכן בעובדא שהיה המוכר מוחזק בעורות שמכר דאין מוציאין ממנו בספיקא, והיכא דהמוכר מוחזק ידו עדיפא אפילו מהיכא דהלוקח הוא מוחזק. עוד הובא שם מש"כ בשו"ת החת"ס לצרף לנידון שם דעת המחבר כלומר דכיון דלא הזכיר חילוק בין קרקע למטלטלין א"כ המוחזק יכול לומר קים לי כמחבר ולא נוכל להוציא ממנו וכתב הפת"ש דדבריו צ"ע.

כתב הט"ז (בבא"ה ח' בפת"ש ו') דבלוקח אין חילוק בין קרקע למטלטלים וכן משמע בב"י וכ"כ בשער אפרים ולכן בלוקח שגילה דעתו בשעת גמר המקח שקונה חפץ בשביל איש א' ולא התנה בפירוש שאם לא ירצה האיש ההוא ליקחנו שיחזור לו החפץ ועדיין לא נתן מעות ואח"כ לא רצה האחר ליקח החפץ ופסק דהמקח חוזר וצריך המוכר לקבלו אם לא נתן הלוקח המעות עדיין, וביאר הפת"ש (ע"פ הדרישה בסימן רל) דזה במח' רא', דדעת ר"ח כנ"ל שאין חילוק בין מוכר ללוקח, ר"ל

בין מוכר קרקע דאיירי בגמ' ובין לוקח מטלטלין דאיירינן ביה הכא, דקנין מטלטלין בלוקח הוי כמו מכירת קרקעות במוכר, דכשם שאין דרך בני אדם למכור קרקעות כיון שהוא דבר של קיימא, ה"ה נמי אין דרך בני אדם ליקח במעותיו מטלטלין ובפרט יין כי אם קרקע, אם לא שיוודע להשתכר בו טובא, ור' יונה חולק ולא מהני גילוי דעת במטלטלין כלל, ובטור וב"י משמע דפסקו כר"ח, וכן הביא דפסקו כן ה^נתיבות בסימן ר"ל ומהרשד"ם.

כתב ה^נתיבות (ג) דבלוקח קרקע מהני גילוי דעת אפילו לדעת ר' יונה הנ"ל ומש"כ הטור במוכר בלבד אמרו, ר"ל דדוקא במוכר קרקע מהני גילוי דעת, אבל בלוקח מטלטלין שיכול להוליכו לכל מקום, אף שגילה דעתו שרוצה להוליכו למקום זה, לא מהני, משא"כ בלוקח קרקע שאי אפשר להוליכה, ודאי מהני גילוי דעת, ולכן פסק גבי באחד שדירתו בירושלים וקנה בית או חנות בצפת, ואמר שקונה זה משום דדעתו לעקור דירה מירושלים ולקבוע דירתו בצפת, ולא אסתיע מילתא לעקור דירה או שלא הניחוהו אנשי צפת לקבוע דירה אצלם, דהמכר בטל, שאין לך אומדנא גדולה מזו, דודאי אין דרך אדם לקנות קרקע במקום אחר אם לא שרצונו לקבוע דירתו באותו מקום. הפת"ש (ו) הביא דבריו אולם כתב דמפשט דברי ר' יונה לא נראה כן דמשמע דעיקר הטעם מה שמוכר מתוך אונס הוא מוכר, משא"כ בלוקח שאינו לוקח מתוך אונס לא מהני גילוי דעת בין בקרקע בין במטלטלין, ומדבריו משמע דלוקח קרקע לא מהני גילוי דעת לר' יונה במכל שכן בלוקח מטלטלין, ואפילו לר"ח דס"ל בלוקח מטלטלין מהני גילוי דעת, י"ל דלוקח קרקע לא מהני גילוי דעת ודו"ק, וכ"כ בהדיא בתשובת חת"ס דלוקח קרקע לא אמרינן ביה אומדנא לכ"ע דניחא ליה לאינש למיקני קרקע אפילו כל דהוא [ועיי"ש מה שיישב מהא דמצינו אומדנא בלוקח קרקע באחריות דלא שדי אינש זווי בכדי].

סעיף ה

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "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 (ה"ה): זה פשוט דכל תנאי שבממון תנאו קיים ונלמד מגיטין פ"ד ה"ז גיטין ע"מ שתנשאי לפלוני הרי זו לא תנשא לו ואמרינן מ"ט גזירה שמא יאמרו נשיהן נותנין במתנה זה לזה וגבי דיני ממונות ליכא למיחש להך גזרה וכיוצא"ב בנדרים מ"ח ועוד) (ע"פ ב"מ סה: -) 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 סימן ק"כ}."

גבי הדין השני ביאר הסמ"ע (יא) דהכי קאמר הן שיתנה שיתן לו המקח במתנה בזמן פלוני או שיתנה במכירה כשיחזירו לו בזמן פלוני, ועד אותו זמן יהיה השדה בידו בקנייה גמורה, ומשו"ה מותר לאכול הפירות וליהנות ממה שקנה דאז מחזירנה לו בחנם, והו"ל כמשכנתא דסורא, ואם מחזירנה לו כשיתן לו המעות, הו"ל כמשכנתא באתרא דלא מסלקי דמותר לרא"ש אפילו בלא נכיתא ואפילו לרי"ף ודעימיה האוסרים במשכנתא שרי בזה, כיון דלא בתורת הלואה נתנם לו כי אם בתורת קנין גמור לזמן ולא גרע ממתנה על מנת להחזיר בזמן פלוני, משו"ה סיים וכתב בזה דהמכר קיים ויחזור כמו שהתנה, משא"כ כשלא קבע לו זמן אלא מכר לו השדה והתנה עם הלוקח דיחזור לו השדה כל זמן שיביא לו מעותיו, דזה אין שם מקח עליו כלל אלא הלואה הוא לכך אסור ללוקח לאכול פירות.

< כתב הסמ"ע בהגהה בשם תשובת הרשב"א (בב"י) גבי ראובן שהיה חייב מנה לשמעון ומכר לו קרקע באותו מנה, וכתב לו שטר מכירה, אבל לא החזיק בקרקע, ושמעון כתב לראובן שאם יפרע לו המנה שחייב לו המכירה תהיה בטילה, ואח"כ אמר ראובן שפרע לשמעון, ופסק דנאמן, דלא יוכל שמעון למימר שטר מכירה שלך בידי מאי בעי, מאחר שאינו ניתן אלא מחמת החוב אינו אלא מלוה על פה.

סעיפים ו – ז

ע"פ ב"מ סה: פסק בשו"ע וכפירוש הרמב"ם ודלא כקושית הטור (ו) מכר קרקע, והתנה המוכר שיחזירו לו כשיהיו לו מעות, צריך להחזירו לו כשיביא לו מעותיו, לפיכך אסור ללוקח לאכול פירות, דהוה ליה הנך זווי כהלואה גביה. (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", וכתב באה"ג "ועיין מדינים אלו ביו"ד סימנים קע"ב קע"ד".

סעיף ח

ע"פ ב"מ סז. פסק בשו"ע וכפירוש הרמב"ם "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", וכתב הסמ"ע (טו) דמ"מ הפירות שאכל אינן נחשבים אלא לאבק ריבית לרא"ש והטור, וביו"ד סימן קע"ד סעיף ג' פסק המחבר בזה דמוציאין הפירות שאכל, והיינו דוקא לדעת הרי"ף והרמב"ם.

סעיף ט

עוד ע"פ ב"מ סה--סו: פסק בשו"ע "הלוחו על שדה מאה זהובים והוא שוה יותר {וי"א אפילו לא שוה יותר בכי האי גוונא מיקרי אסמכתא (תלמידי רשב"א)} 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 {וי"א (רי"ו)} דאם בתחלה כשמשכנה הקפיד שלא למשכן רק זו הקרקע, קנה אפילו בלא מעכשיו, וכן אם אמר ליה אם לא אפרע לך לא יהא לך פרעון אלא מזו, הוי אפותיקי וקנה, ולא יוכל לסלקו אלא במעות", וראה סמ"ע (בעיקר סק"כ).

סעיף י

לוקח שלא קנה את השדה משום חיסרון אסמכתא מה הדין הפירות שאכל? ומתי מחילה בטעות הוי מחילה?

ע"פ ב"מ סז. וכרמב"ם פסק בשו"ע "כל היכא דלא קנה השדה משום דהוי אסמכתא מנכה כל הפירות שאכל מפני שהם רבית של תורה. וי"א (רא"ש) דפירות שאכל תוך ג' שנים אינו מנכה דלא הוי אלא אבק רבית (דלאחר ג' שנים הוי מחילה בטעות, דהלוח הניחו לאכול מפני שסבר שנחלטה הקרקע למלוח ע"פ תנאו, ושוב נודע לו שלא נחלטה, והו"ל כמו שהניח את חבירו ליטול חפץ ברשותו דסבר שהוא שלו ונמצא שאינו שלו, אבל בג' שנים הראשונות ידע שהשדה היתה בידו לפדותו והניחו לאכול בתורת ריבית, וסוף סוף אינו אלא אבק ריבית, סמ"ע) {אבל מה שאכל אחר שלשה צריך להחזיר (רא"ש)}. וכן בכל דבר שלא קנה משום אסמכתא, אף על גב שבא לידו צריך להחזיר משום דהוי בטעות (מרדכי), ויש חולקים ואומרים (ריב"ש) דאם בא ליד הקונה קנה, ולא הוי מחילה או נתינה בטעות (שדוקא כאן בדין הלוחו על שדהו אמרין דאע"ג דכבר באו הפירות דלאחר ג' שנים לידו אפ"ה מוציאין -) ודוקא פירות שאכל לאחר ג' צריך להחזיר, משום דהוי ביה קצת איסור ריבית, דהוי דרך הלואה (דשם תחילת הענין היה בתורת הלואה אלא שבתוך ג' שנים אכלם בתורת ריבית ואינו אלא אבק ריבית, סמ"ע), אבל בלאו הכי, קנה (ולרמב"ם דמוציאין מידו אפילו הפירות דתוך ג' שנים, כל שכן דיש לחלק בין נידון ההוא דהוה הלואה ומחשב להו לריבית קצוצה, ובין שאר אסמכתא דלא הוה מתחילה בתורת הלואה, סמ"ע)".

סעיף יא

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

ברייתא ב"מ מח: "הנותן (הקונה) ערבון לחבירו (המוכר) ואמר לו אם אני חוזר בי (מהקנין) ערבוני מחול לך, והלה (המוכר) אמר לו אם אני אחזור בי אכפול לך ערבונך נתקיימו התנאים דברי רבי יוסי.. לטעמיה דאמר אסמכתא קניא, רבי יהודה אומר דיו שיקנה כנגד ערבונו (אבל על העודף חוזר בו)".

הרמב"ם למד שרבי יהודה חלק דווקא על יכפול לו ערבונו ולכן כתב וכ"פ השו"ע "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" ועל המחילה לא אמרינן אסמכתא (דבמחילה לא איכפת לן באסמכתא כלל כיון שהוא כבר בידו זכה אפילו באסמכתא, נו"ב) וכנדרים כ"ז גבי המתפס זכויותו בב"ד דכיון שיצאו מרשותו הזכויות והתפסין ביד בית דין ליכא אסמכתא (ראה ב"י וגר"א), ואילו הרמ"א פסק כרש"י רא"ש ור"ן דרבי יהודה חולק גם במחילה ויוש חולקין וסבירא להו דאפילו אם חזר בו הלוקח לא קנה המוכר, אף על פי שהוא בידו, אסמכתא לא קניא (ה"ה -) וכ"ש אם התפסו ביד שלישי (וגם הרמב"ם ודעימיה מודו, ש"ך), וההיא דנדרים פירש הר"ן דהוא כהודאה שראיותו שקר אי"נ אין הלכה כרב הונא וצריך קנין בב"ד חשוב (וראה באריכות בב"י וגר"א ראיות לשיטה זו).

הסמ"ע (כה) הוכיח מלשון רבי יהודה "דיו שיקנה נגד ערבוננו" כלומר שלא יקח הכפל, דנשמע מינה אבל כנגד שווי המשכונא קנה מהקרקע שבא לקנות ואין המוכר יכול לחזור בו, וכן למד ברמב"ם והטוש"ע.

כתב הפת"ש (יג-יד) שבתשובת מים חיים כתב דפשוט שהמוכר יכול לומר קים לי כמחבר מאחר שהרמ"א לא סיים על היש חולקין וכן עיקר כמנהגו הטוב, וכע"ז בנו"ב דיכול הנתבע לומר קים לי כרמב"ם והב"י דבמחילה לא איכפת לן באסמכתא כלל כיון שהוא כבר בידו זכה אפילו באסמכתא, אך דווקא אם היה בקנין (ואף שלא בב"ד חשוב), ואף דבאסמכתא אינו מועיל קנין כי אם בב"ד חשוב, וכאן מועיל קנין סתם, ואף דמחילה אי"צ קנין, היינו היכא דמוחל לו להדיא.

מה הדין בראובן שהיתה לו פרה והיה ירא לשוחטה שמא תמצא טריפה ואמר לו שמעון שחוט ואם תמצא טרפה אתן לך בשביל בשרה כך ואם תמצא כשירה כך, ונתן שמעון משכון ביד שלישי ושחט ראובן את הפרה ונטרפה וחזר בו שמעון האם הוא אסמכתא? האם חייב לשלם מדין אחר?

הטור (וכן הוא בבא"ה ופת"ש בסוף הסימן) הביא נידון זה בראובן שהיתה לו פרה והיה ירא לשוחטה וכו' בשם תשובת הרא"ש דפסק שמקח זה נעשה בלא קנין כי לא היה כאן אלא דברים בעלמא ויכול שמעון לחזור בו, אע"פ שנתן משכון ביד שלישי בשביל זה לא נגמר המקח דמנה אין כאן משכון אין כאן, חדא דמעו"ת אינו קונה, ועוד אפילו אי הוי מעו"ת קונה נתינת המשכון אינו קונה. הב"י ביאר מדוע לא מתחייב שמעון מדין ערב שהרי על פיו שחטה שאל"כ היה מוכרה בחיים, דערב שאני דמשום דמהימן ליה גמר ומקני, אבל הכא לא הימניה שהרי נתן לו משכון, ועי"ל דהכא לאו בתורת ערבות נחית אלא דרך מקח וממכר וכיון שלא קנה בדרכי הקניה לאו כלום הוא.

הקצות הקשה מדוע לא יתחייב מדינא דגרמי דעל פיו שחטו ומאי שנא מהא דכתב הרא"ש בתשובה אחרת בראובן שהלך לאומן ואמר לו עשה לי כך וכך הלילה ואקחנו למחר, והוא עשה אותו דבר ולמחר אמר לו טול הפעולה שאמרת לעשות שאם לא תטלנו תפסיד, וראובן אמר כבר לקחתי מאחר, והעלה דחייב לפרוע לאומן כל ההפסד משום דיני דגרמי, מידי דהוי בב"מ דף ע"ו גבי הלכו חמרים ולא מצאו תבואה דנותן להם שכרם משלם שעל ידם הפסידו מלאכת היום, וכע"ז בסמ"ע בסימן ל"ט בראובן שהתנדב להלוות לשמעון ואמר לו לך לסופר לכתוב וחזר בו, דחייב ראובן לשלם לשמעון פשיטי דספרא שהפסיד על פי דיבורו ומשום דיני דגרמי, ותיירץ דאפשר כיון דרוב בהמות כשרות לא הוי מזיק דסבור שתמצא כשירה והו"ל כמו אונס דפטור אפילו במזיק ממש, "ואכתי צ"ע".

הנתיבות (ח) כתב ליישב דמוכח בסימן רל"ב דאפילו במכר סתם ונמצאה טרפה הוי מקח טעות ואינו יכול לומר לרדיא מכרתי והטעם דטריפה הוי מום אפילו נגד רדיא, דטריפה אינה חיה, ואפילו חולי המתיש כוחו הוי מום בעבד ובודאי דה"ה בקונה שור למלאכה ונמצא טריפה, ולפ"ז נראה דה"ה בהורג בהמתו של חבירו ונמצא טריפה אינו משלם לו אלא דמי טריפה, ואינו יכול לטעון הייתי מוכרו לחרישה, דמ"מ נתגלה הדבר שלא היה שוה רק שהיה יכול להונות לאחר, ומזיק א"צ לשלם רק כפי מה ששוה באמת ולא כפי מה שיכול להונות, דהא אם הזיק כסף סיגים, אף שהיה יכול להונות נכרים ולמוכרו בחזקת כסף, א"צ לשלם רק מה ששוה באמת, וא"כ הכא נמי, כיון שהקנין אינו קנין, רק שצריך לשלם לו מטעם ערב שהוציא ממון על פיו או מטעם מזיק, משו"ה אין מחוייב לשלם רק מה שהוציא על פיו באמת, דודאי אם יאמר לחבירו זרוק מנה לים ואתן לך מאתים אינו חייב ליתן רק מנה, וכן מזיק אין חייב לשלם רק מה ששוה באמת, משו"ה דווקא בסימן ל"ט בסמ"ע הנ"ל דניזק

ע"פ דיבורו וליכא גילוי מילתא למפרע, משא"כ הכא בשחטה ונמצאה טריפה, שאין כאן היזק רק גילוי מלתא שלא היה שוה כל כך, א"צ לשלם כלל, אף שהבטיח לו ליתן יותר משווי של הטריפה כפי השומא, מ"מ כיון שיכול לחזור בו מהמקח א"צ לשלם לו רק כפי שומת הטריפה, ואפילו זה אינו חייב לשלם כיון שלא הזיקו ולא קנה ממנו בקנין.

סעיף יב

משנה ב"ב קסח. "מי שפרע מקצת חובו והשליש את שטרו ואמר לו אם לא אתן לך מכאן ועד יום פלוני תן לו שטרו הגיע זמן ולא נתן רבי יוסי אומר יתן רבי יהודה אומר לא יתן" ונפסק בגמ' כרבי יהודה דאסמכתא לא קניא, וז"ל השו"ע "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", וכתב הסמ"ע (כז) דדין זה נתבאר בסימן נ"ד.

סעיף יג

מה נקרא אסמכתא? כתוב שלוש דעות הרא' שכתב הב"י, כמו מי פסק מרן וכמו מי פסק הרמ"א? לפי זה האם סעיף בחוזה מכירה ולפיו מי שיבטל את העסקה יתחייב לצד השני 10% מסכום העסקה תקף או שהוא אסמכתא ומדוע? (ראה לקמן)

הסבר מה ההבדל בין תנאים רגילים לאסמכתא?

הסבר מהו ההבדל בין התנית תנאים בהסכם מסחר או קידושין לבין דין אסמכתא?

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

ב"מ סו: "אמר ליה רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא הכי אמרינן משמיה דרבה כל דאי לא קני".

וז"ל השו"ע כלשון ¹הרמב"ם שהוציא כן מהגמ' הנ"ל "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 (דאף אם עשה קנין ע"ז מיד מ"מ כל שגילה דעתו שעיקר כונתו אינו כדי להקנותו אלא שיקוים תנאו מחשב אסמכתא, סמ"ע). הטור תמה על הרמב"ם שלא חילק בין היכא שהוא בידו אם לאו דבגמרא מחלק בזה, וכוונתו דאמרינן בב"מ עג: דאמר רב חמא האי מאן דיהיב זוזי לשלוחו לקנות לו חמרא ופשע ולא זבין ליה וכבר עברו הגתות והיין ביוקר וגרם בזה הפסד לבעל המעות, משלם ליה השליח לבעל המעות, כדקא אזיל כפי מחיר היין "אפרותא דזולשפט" שם מקום שהוא עיקר מסחר היין, ודעת רב אשי שפטור דאסמכתא היא הואיל ולא עשו קנין על הבטחת השליח שאם לא יקנה לו יפרע משלו, אין הבטחת השליח מחייבת, והקשטה הגמ' "ולרב אשי מאי שנא מהא דתנן (קג). אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא (ואינו אסמכתא) התם בידו (לזרוע) הכא לאו בידו (שמא לא ימכרו לו)".

וז"ל הרמ"א ע"פ התוס' בשם ²ר"י (ב"מ עד. סנה' כה). ע"פ הנ"ל והגמרות דלקמן וכ"ד רא' נוספים "ויש אומרים דג' חלוקין בדיני אסמכתא, א' (בידו ממקצת -) דכל מה שאין בידו ותלוי ביד אחרים, כגון שא"ל קנה לי יין ממקום פלוני (שהוא זול) ואם לא תקנה תחייב לי בכך וכך, דזה אינו תלוי בו דדילמא לא ירצו למכור לו, הוי אסמכתא בכל ענין ולא קני (ב"מ עג: - עד.), ב' ומה שיש בידו לעשות (לגמרי) אם לא גזים, כגון שאמר אם אוביר ולא אעבוד אשלם במיטב לא הוי אסמכתא וקניא (ב"מ קג). וה"ה אם מכר מטלטלין בשווי ותלה התנאי בדבר שהוא בידו, ג"כ לא הוי אסמכתא, נתיבות, אבל אי גזים ואמר אם לא אעבוד אשלם אלפא זוזי, הוה אסמכתא ולא קניא (ב"מ קד:), לפיכך כשמוכר מקנה ללוקח על תנאי אם תעשה לי כך תקנה הוי אסמכתא, כיון שקוים התנאי אינו תלוי ביד המוכר רק ביד הלוקח, א' אבל אם אין בידו לגמרי, ולא ביד אחרים, כגון המשחק בקוביא וכיוצא בו (סנהדרין כה.), 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 (סמ"ע: דאע"ג

דאינו אסמכתא דגמר והקנה - מ"מ אין כאן חוב גמור שיוכלו ב"ד להוציאו בדין א"נ דכל דבר צריך קנין וכשמונחים המעות על הדף זהו קנינו משום דהדף מושאל ומוקנה לשניהן ומי שירויח קונה לו הדף המעות מיד דהו"ל כחצירו ורשותו שקונה לו משא"כ כששוחקין באמנה, ויש אומרים **(מרדכי)** אפילו נתן לו משכון על המעות לא מהני דמעות אין כאן משכון אין כאן, כמו שנתבאר לעיל סימן ק"צ סע' ט אבל כשמעות מוכנין על הדף מותר לשחוק ואין בו אסמכתא, ודלא כיש חולקין ואוסרין **(רמב"ם והג' מרדכי)** לשחוק בכל ענין, וי"א **(תוס' בסנה' ורי"ו)** דאינו מותר רק כשהדף שהמעות מונחים עליו קנוי לשניהם **(קצות)**: צ"ע היכי קונה כיון דהוא של שניהם וחצר השותפין אין קונין זה מזה אלא אם כן מדד ונתן תוך קופתו, וע"ל סי' ש"ע.

עוד כתב הרמ"א "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 **(תשובת הרשב"א)**.³ וי"א **(תוס' בשם ר"ת)** הא דמשחק בקוביא לא הוי אסמכתא, הוא מטעם דמאחר ששניהם מתנין 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, **(ריב"ש)** וראה לקמן בסמ"ע במחלוקת ר"ת ור"י - ואפילו בזה (אפילו אי איכא הני תרתי דשניהן מתנים זה נגד זה וגם אינו בידן, ס"ל דהוה אסמכתא, סמ"ע) יש חולקין ולכן הוצרכו לתת טעמים אחרים גבי משחק בקוביא וקנסות שדוכין".

ה"ה כתב שצ"ל¹ שהרמב"ם שלא חילק בין בידו וכו' ס"ל **כרבינו האי** שהובא ברמב"ן והר"ן דאפילו היכא דבידו לגמרי בעלמא הוי אסמכתא אלא דבאם אוביר תקנת חכמים הוא.

ביאר **הסמ"ע** (לד) דדעת **ר"ת** דדוקא שאין בידו וכו' כוונתו דאינו מחלק בין אינו בידו לגמרי ובין אינו בידו במקצת, אלא אדרבה ס"ל דעיקר אסמכתא הוא במה שהוא בידו וגזים, ואם אין זה בידו אינו אסמכתא **(ר"ל דלר"ת)**, בין דבר שהוא בידו או שהוא ביד הלוקח הוי אסמכתא אם גזים, אבל בלא גזים ל"ה אסמכתא, ספר 'משפטי השם' סימן ר"ז, עיי"ש) אבל לר"י אדרבה במה שאין בידו הוי אסמכתא טפי. [ונראה דמתאים לדברי הנ"י בב"י דכל היכא דלאו בידו כלל אלא תולה בדעת אחרים לגמרי ליכא אסמכתא כיון דלא ידע אי עביד לה ההוא אחרינא כגון זה שמשחק שהריוח או ההפסד תלוי בענין אחר וכן כל המתנה על מה שתלוי על דעת אחר ולא ידע אי עביד איהו להא מילתא ואפילו הכי אתני גמר ומקני והיינו כולוהו תנאים דעלמא דילפינן להו מתנאי בני גד ולא בטלי משום אסמכתא משום דתולה בדעת אחרים הוא, הילכך לא משכחת לה לאסמכתא אלא בתולה בדעת עצמו ובמידי דבידו ולא בידו כגון אם לא הבאתי מכאן ועד שלש שנים הרי הוא שלך וכן אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני תן לו את שטרו דסמכה דעתיה דהוה ליה זוזי באותו זמן ומ"מ לאו בידו ממש הוא].

כתב **הנתיבות** (ט) עמש"כ הרמ"א בתחילה גבי עובדא דיין דאפילו אם הם רוצים למכור לו והוא לא רצה לקנות בפשיעה ג"כ פטור, דכך הוא הלשון בש"ס **(ב"מ ע"ג ע"ב)** ופשע ולא זבין, דכיון דתחילת החיוב באסמכתא הוא, לאו חיוב הוא, ולהיפוך גבי אם אוביר ולא אעביד, אפילו נאנס באונסא דשכיח ולא עביד, אפ"ה חייב, כיון דתחילת חיובו היה שלא באסמכתא כיון שבדבר שבידו הוא, בודאי חייב עצמו בקנין גמור או בעבודה או בתשלומין.

< כתב **הסמ"ע** (לב) בשם תשובת **הרא"ש** דמי שהרויח מחבירו אלף זוז בשחוק ואח"כ הקנה לו בקנין חליפין שחייב לו אלף זוז דחייב לשלם לו ואין בו אסמכתא אם לא שידוע שהקנין בא משחוק, א"נ אם נתן אח"כ משכון ע"ז אף שהחזיר לו המשכון נזקף עליו במלוה וחייב לשלם. **הקצות** (ה) **תמה על הרא"ש** דנהי דנימא דהיכא דמחייב עצמו מחדש בשטר או בקנין מהני אבל בעובדא דרא"ש דלא היה לא קנין ולא שטר חוב אלא נתינת המשכון ומנה אין כאן משכון אין כאן, ומשום דאין אדם יכול לשעבד נכסיו עד שיהיה הגוף מתחייב מתחלה דנכסוהי אינון ערבין, וכאן דלא נתחייב גופו משכון נמי ליתיה, ומה שזקפן עליו אח"כ במלוה לא היה אלא דברים בעלמא, ודחה ביאור הריב"ש דזה משום דמחילה בטעות הוי מחילה בזבני, אלא הביאור הוא דהא טעמא דלא מהני משכון משום דגופו לא נתחייב, וכיון דמשחק בקוביא אפילו באמנה נמי גמר ומקני ומשום דבעי נמי למיקני אלא שאין הב"ד מוציאין מידו, וא"כ גופו שפיר נתחייב אלא שאין מוציאין מידו, וכל שגופו נתחייב שפיר מהני ליה שעבוד משכונו בתורת ערב, אע"ג דבלא משכון אין מוציאין מידו, כיון שנתחייב גופו מדינא ממילא

מהני נתינת המשכון, אך הוסיף דלפי זה היינו דוקא במשחק בקוביא אבל בשאר אסמכתא דלא קניא כלל ולא נתחייב גופו לא מהני משכנו כלל. **הנתיבות** (יג) יישב בקצרה כריב"ש דמתורת מחילה והקצות אישתמיטתיה הא דמבואר בסימן ר"ט סעי' ד' בהג"ה דאפילו כתב לו שטר ומסר לו השטר אחר שבא לעולם דהוי כתפס דמהני מטעם מחילה בטעות.

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

מה התוקף ההלכתי של סעיפי הקנסות בהסכמי מכר, או שידוכים (ראה סעיף ט"ז)? הבא פתרונות הלכתיים לשאלה זו (ראה עוד בסעי' הבא)?

מה הדין במשרתת או מורה או קבלן שקיבלו ביצוע משימה והתחייבו שאם יחזרו במ יושלמו סכום גדול, האם יש בזה אסמכתא?

לפי כל הנ"ל יש לדון בנידון השאלה אם היה סעיף בחוזה מכירה ולפיו מי שיבטל את העסקה יתחייב לצד השני 10% מסכום העסקה, לפי הרמב"ם והשו"ע הוי אסמכתא, ואילו לפי ר"י כיון שהוא בידו ולא גזים (אם נאמר שעשרה אחוזים נחשב אינו גזים) לא הוי אסמכתא, וה"ה לר"ת ונ"י דיש לומר דכל שבידו ולא גזים לא הוי אסמכתא (ויש עוד לעיין היטב בשיטת ר"ת ובאיוז נקודה בדיוק כתבו התוס' שחזר בו, ולא עלה בידו). וז"ל המנחת יצחק (ו, קע אות יח) "על דבר שטר הסכם לחלוקת השותפות ששם כתוב בזה"ל כל צד אשר יפר ו/או לא יקיים תנאי כל שהוא מתנאי ההסכם הזה יהיה חייב לשלם לצד האחר פצויים שלא יהיה פחות מסכום כו"כ.. היכא דהוי בידו ולא גזים דמי לאוביר ולא אעבוד אשלם במיטב לא הוי אסמכתא לפי מה דאיתא ברמ"א (חו"מ סי' ר"ז סעי' י"ב), ויותר ע"ז היכא דהוי התחיל בשלילה, שלא לעשות, דכתב הרמב"ן.. והובא גם בריטב"א (וגם לקמן סעי' י"ד בסמ"ע, ח.פ.) כשתלה דברו באם אעשה והוא בא ועקר תנאו בידים ועשה אין כאן אסמכתא ופשוט הוא, ולא תמצא שזכרה אסמכתא בכל הש"ס אלא באי לא עבידנא.. וא"כ הה"ד בנד"ד דהוי התנאי בשלילה ליכא משום אסמכתא לדידהו, אבל נראה דהיינו דוקא היכא דלא גזים כנ"ל". **הרב פרופ' רון קליינמן** (במאמר **במשפטי ארץ** ד') כתב שנחלקו בזה בתי הדינים בארץ, וכתב שהעמדה המקובלת בקרב הדיינים בישראל הוא כי באופן עקרוני יש לתת תוקף לסעיף הפיצויים מוסכמים בחוזה מכח מנהג המדינה וקנין סיטומתא, שכן היום בסעיפים אלה גמירות דעת של הצדדים, וכן מדין דינא דמלכותא וכ"כ הרב הרצוג זצ"ל ועוד רבים, אולם כאשר נרשם פיצוי מופרז יש מן האחרונים שפסקו כי אין לחייב בפיצוי כלל, אך כן מקובל לפצות על הנזק האמיתי שנגרם (ראה לקמן), אך כאמור לא על כל הסכום המופרז, לפי שלפי החוק בתי המשפט רשאים שלא לחייב מיפר בפיצוי מופרז ולכן מראש אין גמירות דעת של הצדדים וגם בתי הדין לא נהגו בפיצויים אלה. עוד ציין שם (בהע' 10) לפד"ר ירושלים (א,סה) שקביעת קנס בסך 10 אחוזים מערך הנכס הוא קנס סביר בנסיבות שלפניהם.

גבי הנידון באשה שהתחייבה בהסכם הגירושין שאם תתבע מזונות מבעלה עבור הילדים תשלם לבעל כל הפסדיו שיהיו לו בגלל תביעת המזונות ואחר הגירושין תבעה אותו האשה שישלם מזונות ונאלץ לשכור עורך דין וגם הפסיד שכר יום עבודתו הקבועה, י"ל שמעיקר הדין אין האשה חייבת בהפסדים לדעת כל הראי' הנ"ל כיוון שגזים והוי כמו אם לא אעבוד אשלם אלפא זוזי, אך גבי הפיצויים על מה שגרמה הפסד ממשי לבעל, יש להביא מש"כ **הרב אוריאל לביא** (עטרת דבורה עמ' 897 והלאה) דתליא במח' הרי"ף והרא"ש בב"מ ק"ד שנפסק בסימן שכח/ב שאם לא עבד את השדה כיצד שמין, ולדעת הרי"ף יש לחייב אם ברי היזיקא ולדעת הרא"ש פטור מהכל, וכאמור כתב **הרב ק'** שמקובל בבתי הדין לפצות את הנזק האמיתי שנגרם כלומר הנזק הממשי, והתנה ע"פ דברי הרב אוריאל לביא (שם), שהעלה דאפשר לחייב הנזק הממשי דווקא אם קיום ההתחייבות בידו של המתחייב, ובנידון דידן אכן כן, אכן יש אולי לדון ע"פ סברת הרמב"ן בחידושים (לקמן) שאם עבר על תנאי בידיים לא אמרינן

אסמכתא, וכן ע"פ הש"ך בסימן סא (י) שציין אליו הרב אוראל לביא (שם עמ' 903) שבהתחייבות לתשלום הוצאות לא נחשב אסמכתא, ואכמ"ל.

בהקשר לשאלה בענין "פתרונות הלכתיים" יש לציין על פניו גם לסעיפים דלקמן.

האם אסמכתא אינה קונה הוא מדאורייתא או מדרבנן?

האם בגוי יש דין אסמכתא?

כתב הב"ח (סע' יח) דכל דין אסמכתא דלא קניא אינו אלא **מדרבנן** אבל דאורייתא ודאי אסמכתא קניא כי היכא דערב משתעבד דאורייתא בלשון אסמכתא ובכך יישב הא דתנאי דבני גד ובני ראובן דהוי אסמכתא ותולה בדעת אחרים, והש"ך (יח) כתב דדבריו תמוהין דמה שכתב דמדאורייתא קני והביא ראיה מערב, דלמא שאני ערב ובהאי הנאה דהימניה וכדאיתא בש"ס (ב"ב קעו:) וגם דבריו בזה הם דברי נביאות, אולם **הקצות** (א) הסכים לב"ח דדברי חכמה המה וכ"כ המרדכי בשם ר"ח "דאסמכתא קונה בהקדש דהא אסמכתא קונה מן התורה כדגמרינן מערב מנין לערב מן התורה שנאמר אנכי אערבנו", וביאר דהא דנחלקו הפוסקים בענין אסמכתא בפסחים בישראל שהשכין חמצו לנכרי קודם פסח והתנה עמו שאם לא יפדנו יהיה שלו, וכן להיפך נכרי לישראל דמן התורה אסמכתא קנה הו"ל חמצו של ישראל. גם **הנתיבות** (יד) ציין למרדכי בשם ר"ח וגבי מה שהקשה הש"ך דהא בערב אמרינן בש"ס (ב"ב קע"ג ע"ב) הטעם משום דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומקני כתב די"ל דמסתבר למרדכי דסברת גמר ומקני לא מהני רק אי אמרינן דאסמכתא קניא מדאורייתא מהני לדחות הדרבנן, אבל אי מדאורייתא קנין ספק לאו קנין כלל הוא, לא מהני סברת דגמר ומקני, דהא מ"מ לאו קנין הוא, אלא אי אמרינן דמדאורייתא הוי קנין, אלא דאמדו חכמים שהוא מסמיכו בדברים, וכשהוא אומדנא דגמר ומקני מהני. **הפת"ש** (טו) כתב דאכן יש בזה מחלוקת הקדמונים, וישנה גם סתירה בדברי המרדכי אם ערב יש בו אסמכתא וצוינה בדרכ"מ, והביא שכתב בשו"ת **חת"ס** די"ל דבהא פליגי הרמב"ם והראב"ד שהביא המגן אברהם בסימן תמ"א (ב) אי יש דין אסמכתא **לגוי**, די"ל דהרמב"ם ס"ל דאסמכתא דלא קניא מדרבנן בעלמא היא, בגוי לא תיקנו ואסמכתא קניא, אך ס"ל לחת"ס דהיינו ישראל מגוי קונה באסמכתא, אבל גוי מישראל לא קנה, דהשתא מישראל הפקיעו, מכ"ש מגוי, דאף דישראל מגוי קונה באסמכתא אבל גוי מישראל לא קנה, וסיים בשם המג"א שדעת רוב הפוסקים דיש דין אסמכתא לגוי.

סעיפים יד – טו

האם קנין מעכשיו מועיל לסלק אסמכתא?

באיזה אופנים אפשר לסלק דין אסמכתא (מנה לפחות 3 היכי תמצוי שיש בהם כדי לבטל אסמכתא)?

מה הדין בזוג ששיכלו את בתם בתאונה והוציאו צו ירושה ע"ש האם לאחר שהאב קיבל בקנין ואמר 'אני מקבל קנין מודה ומתחייב שכל חלקי בירושת בתי שייך לאם מעכשיו', לאחר שנים קיבלו פיצויים בסכום של מליון ש"ח, האם טוענת שהכל שייך לה והאב טוען שזה לא בכלל קנין שעשה מה הדין? מבחינה הלכתית! (על"ע)

ע"פ דרך הרמב"ם בב"מ סה--סו. פסק בשו"ע (יד) "כל האומר קנה ¹מעכשיו, 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 (סמ"ע: ה"ה שאר קנינים נמי אלא קמ"ל דאפילו קנו מידו דהוא קנין סודר אפ"ה לא אמרינן דמסתמא הוה כמעכשיו), הרי זה קנה אם בא בתוך הזמן, וכן כל כיוצא בזה" ואילו הרמ"א ע"פ התוס' (ב"מ סו.) והרא"ש ע"פ נדרים כז: פסק "וי"א דמעכשיו לחוד לא מהני **לסלק אסמכתא**, אלא בעינן ג"כ שיקנו ממנו בבית דין חשוב ומעכשיו. ויש אומרים (ב"י ברמב"ם) דכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי, לענין אסמכתא, ויש חולקין (תשובת הרשב"א) אם האסמכתא היא בדרך קנס לא אמרינן על מנת כמעכשיו דמי".

כתבו **הב"י** ו**הגר"א** לבאר דעת הרא"ש דכל קנין מעכשיו הוא וא"כ גם בנדירים עסקינן בקנין מעכשיו ואעפ"כ מצריכים ב"ד חשוב ודלא כרמב"ם דקונה בלא מעכשיו, והר"ן מיישב לרמב"ם דוודאי סתם קנין הוא מעכשיו אבל כיוון דאמרין התם "אם לא באתי" לא משמע מעכשיו. ר"י (בתוס') מבאר שהסיבה שהאסמכתא בב"מ עדיפא דמהני מעכשיו בלבד דהתם קני טפי מבעלמא כיוון דהמשכנתא הוי קצת כעין מקח וממכר שמקנה לו כל הקרקע להשתעבד לו בתורת משכון וגם עשה לו טובה בהלואה הלכך כשמתרצה לו שיהא שלו גומר בדעתו להקנות לו, (ובעזר משפט ציין גם ל-ר"ת שתירץ דבב"מ תפוס בשדה).

כתב **הסמ"ע** (לו) דהרמב"ן בחידושים והר"ן (בב"י) כתבו ² דדוקא כשהתנאי היה כדי לעשותו ולא עשאהו שייך אסמכתא ובעינן מעכשיו, אבל כשהתנאי היה כדי שלא יעשהו ואומר אם אעשה דבר פלוני אתחייב כך כך, ועשאהו, לא הוה אסמכתא דלא היה לעשותו, ואילו דעת תלמיד הרשב"א דגם בכה"ג הוה אסמכתא די"ל דנמלך היה מדעתו הראשונה ועשאהו.

כתב **הסמ"ע** (מ) בדעת התוס' והרא"ש דבקנין סודר בב"ד חשוב לחוד סגי וא"צ לפרש בהדיא מעכשיו דסתם קנין בב"ד חשוב הוא מעכשיו, אם לא שהתנה בהדיא שלא יתחיל הקנין מעכשיו, דאז לא מהני ליה נמי קנין בב"ד חשוב, ובכך יישב מדוע בסע' הבא לא הגיה הרמ"א דבעינן תרתי.

עוד כתב **הסמ"ע** (מא) עמש"כ הרמ"א בשם הרשב"א, דמבואר ברשב"א דלא אמר דלא אמרין דעל מנת הוי כמעכשיו אלא בעל מנת הבא על קיום המעשה וקיום התנאי, כגון ה"ז גיטך על מנת שתתן לי מאתים זוז וכיוצא בזה, שהוא רוצה שתתן לו מאתים זוז דהוא התנאי, וגם רוצה שיהא גט שהוא המעשה, אבל על מנת הבא על מניעת המעשה, כגון שהיא מתנה שלא תנשא ואומרת על מנת אם אנשא בכיוצא בזה לא מצינו, דאדרבה אנו רואים שמחייבת עצמה דרך קנס באם אנשא, וכיון דאמרה אם אנשא, גם על מנת זה אינו כאומרת מעכשיו אלא באם, וכאילו אמרה ובתנאי זה אם אנשא, וכיון שנתחייבה באם ואין כאן מעכשיו, אינם קונים.

כתב **רע"א** דיש מי שכתב דאם כתב ³ בשטר זמן הוי כמעכשיו דזמנו של שטר מוכיח עליו.

ע"פ **נדרים כז**: ושיטת **הרמב"ם** דלא הצריכו ב"ד חשוב אלא במתפס זכויותיו דבזה אינו מקנה מדעתו אלא שהבי"ד קובעים לו זמן וכדי לכפותו דלא לשתמיט קונין מידו ובעינן ב"ד חשוב (הרב המגיד), פסק **בשו"ע** (טו) "אסמכתא שקנו עליה ⁴ בבית דין חשוב הרי זה קנה" {וכל שלשה דבקיאי בדיני אסמכתא מקרי בית דין חשוב לענין זה (רא"ש), וי"א דבעינן בית דין חשוב שבעיר או המומחה לרבים (מרדכי) - (רע"א) - מהריק"ש: י"א סמוך וי"א גדול הדור ואנן לא עבדינן בה עובדא} {והוא שיתפס זכויותיו בבית דין, והוא שלא יהיה אנוס} {ואם עכבו נהר או חולי לא יתנו וכן כל כיוצא בזה, ונתבאר תשלום דין זה בסימן נ"ה ובסימן כ"א}, 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". ואילו **הרמ"א** פסק **כרא"ש** (וההלכתא בנדירים חוזרת מכל השינויים שם, גר"א) "וי"א אף על גב דלא התפס זכויותיו מהני, הואיל וקנו ממנו בב"ד חשוב" וכתב הרא"ש דהכי נהיגי עלמא".

< עוד **ברמ"א** "וי"א דאם השלישו משכנות זה כנגד זה ⁵ במשפטי גוים ובשטרותיהן קנו אפילו באסמכתא משום דינא דמלכותא דינא (**רשב"א**)", ויש להוסיף מש"כ **במשפטי ארץ** (שם) בשם הרב הרצוג ועוד פדרי"ם בנושא דאסמכתא קניא ⁶ במנהג המדינה וקנין סיטומתא.

[האם גבי קנין בב"ד חשוב מספיק הודאת הבעל דין על כך?]

כתב **הרמ"א** ע"פ **הגה"מ** ⁷ 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 (בסמ"ע) גרס "שטר טוב" ופירש דלאו דווקא אלא ר"ל כל שאמר לעדים כתבו עלי שטר מסתמא דעתו אשטר טוב כדרך שרגילין לכתוב, וראה בהגהות דשו"ע פריעדמאן) מהני כאילו פירש בהדיא, ועיין לעיל סימן ס"א סעיף ה"', וכתב **הסמ"ע** (מב) דמשמע מדבריו ומהגה"מ דאע"ג דידעינן דבדואי לא קנה בב"ד חשוב מהני הודאתו, והטעם דכיון דהודה ואמר שקנה, הו"ל כאילו ידענו שגמר והקנה, ולא דמי להודאתו שהקנה אגב קרקע דלא מהני בסימן קי"ג, דשאני התם כיון דאין לו קרקע במה יקנה, אבל

כאן דתלוי בגמר ומקנה והרי הודה שקנה בב"ד חשוב והו"ל כאן סהדי דגמר והקנה וה"ה בסעי' י"ט דאע"ג דידענו דלא קיבל עליו בחרם ושבועה.

כתב הנתניות (יח) דלפ"ז בדבר שלא בא לעולם אף שנכתב בשטר שנעשה באופן המועיל, והתובע מודה שנעשה רק בקנין סודר ולא בשאר אופן המועיל לדבר שלא בא לעולם - לא קנה, דבדבר שלא בא לעולם לא שייך הטעם דגמר ומקנה, ותלינן אותו בטועה שטעה וסבר דקנין מהני בדבר שלא בא לעולם, וכדחשבינן בב"מ ס"ו ע"ב גבי דבר שלא בא לעולם בתפס למחילה בטעות.

סעיף מז

מהו תיקון חכמי ספרד?

קנסות שנהגו להתחייב בשידוכין מפני מה אין בזה משום אסמכתא?

ע"פ הרמב"ם כתב השו"ע "כשהיו **חכמי ספרד** רוצים להקנות באסמכתא⁸ 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 {ודרך זה מהני בכל דבר ובכל ענין (ב"י), ויש מקומות שנהגו לכתוב שני שטרות חובות גמורים, ונותנין שתיהן לשליש (נתניות): ר"ל שראובן נותן שטר חוב ליד שמעון ומחייב עצמו בלי תנאי, ואח"כ משלישו שמעון ואומר שאם ראובן יקיים תנאו מחל השטר ויחזיר לו שטרו, ואח"כ עושה שמעון גם כן), ואיזה צד שיעבור יתן שתי השטרות לשכנגדו (רא"ש)".

כתב ה"ה דמכאן אתה למד שדעת הרמב"ם דאפילו בקנין יש דין אסמכתא ולפיכך היה התנאי במחול לך, והב"י תמה שהרי לדעת הרמב"ם כל היכא דאמר מעכשיו אין בו דין אסמכתא וכמבואר בסעי' יד וכאן כתב שכל שיעשה כך וכו' מחול לו מעכשיו וכיון דאיכא מעכשיו אפילו יהיה התנאי באתן לך קנה, וא"כ אין מכאן ראיה דאיכא קנין בלא מעכשיו והטעם שלא היו עושים תנאיהם באתן לך לפי שהיו צריכים לייחד הדבר שיתן לו אם לא יהיה כך וכך שאין קנין חל אלא על דבר מיוחד ופעמים שאין מזדמן להם דבר שייחודו ועוד שלא היו יכולים להקנות מטבע דאין מטבע נקנה בחליפין ודרך רוב העולם לקנוס עצמם בסך מעות לכך, ובסמ"ע (מו) כתב דאין צריך למש"כ הב"י די"ל דעל צד היותר טוב היו עושין כן.

ביאר הסמ"ע (מה) דמש"כ המחבר להצריך לשני קנינים ולשני שטרות ולא כתבו הכל בשטר אחד דראובן נתחייב לשמעון מנה ושבאם שיהיה כך או שיעשה ראובן כך הוה חוב זה מחול לו משמעון מעכשיו, משום דבזה יהיה נראה כאסמכתא, דכיון דהפטור כתוב בצידו נראה כאילו אמר ליה אני חייב לך מנה אם לא אעשה כך, ומה"ט נמי כתב הרמ"א דיש מקומות שכותבין שני שטרי חובות גמורים ומשלישין אותו כו', משום דגם בדרך בני ספרד יש מקום לראובן שבידו השטר מחילה אם יעשה כך אף אם לא יקיים התנאי להראות השטר ולומר הרי לפניכם דחוב זה נעשה עלי באם לא אקיים דבר פלוני וסברתי אז לקיימו.

כתב הנתניות (יט) דבתיקון חכמי ספרד צ"ל בפירוש שמחייב עצמו בלא תנאי דבלא"ה לא מהני, דכיון שדיברו בפירוש התנאים שביניהם קודם הקנין, אפילו קנו אח"כ בסתם, אמרינן דעל תנאי הראשון הקנו.

כתב הנתניות (יט) דבנאנס בקיום התנאי יש להסתפק לפי תיקון חכמי ספרד, די"ל דחייב אפילו נאנס כיון דהמחייב התחייב עצמו בלי תנאי רק שהמחול מחל על תנאי י"ל דאונסא רחמנא חייביה לא אמרינן, או י"ל כיון שידוע שלא נעשה תיקון זה רק להוציא מדין אסמכתא הוי כאונסא רחמנא פטריה, ודעת המל"מ דחייב כאפשרות א'.

והמשיך השו"ע ע"פ הרא"ש וי"א **שקנס שעושים בשידוכים** לקנוס החוזר בו לא הוי אסמכתא (אף שגזם לקנוס נפשו בסך חשוב, סמ"ע) כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בו בקנס לדמי הבושה שבייש את חבירו (ר"י בתוס' נדרים כ"ז, דלפי שמתבייש ביותר מי שחוזר בו לא חשיב אסמכתא כלל דלאו גוזמא הוא מה שמתנה עמו בערבון אם יחזור בו דדמי בושתו הוא ולא גזים כמו אם אוביר ולא אעביד

אשלם במיטבא, ודלא כר"ת, דכתב דהטעם דבשידוכין ליכא אסמכתא משום שנהגו לאסוף כל בני העיר בשעת שידוכין כי היכי דליהוי בית דין ולא יהא ערבון אסמכתא, שהרי כמה פעמים אין שם אלא קרובים וגם אין מתקיים לשום קיום תנאי) {וכן המנהג פשוט בכל גלילות אלו, ומיהו קנין צריך (מרדכי), וכן נוהגין}, וכן אם המלמד קבל עליו בעת שהשכירוהו קנס אם יחזור בו, ולא נמצא מלמד אחר מזומן (דג"כ מפסיד הבעה"ב שיהיה בנו בטל ופסידא דלא הדר הוא, סמ"ע), אינו אסמכתא (תוס' ב"מ ס"ו ואו"ז, דאין זה אסמכתא דלא חשיב גזים כיון שמפסידו והוי כמו אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דלאו אסמכתא היא)".

הש"ך (כד) חלק על הרמ"א בשם המרדכי ולא בעי קנין בשידוכין וכן הוכיח מתוס' דכתבו דהוי כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא וכ"כ להדיא בהג' מרדכי. אולם **הקצות** (ז) דחה דודאי אין דין בושט גמור גבי שידוכין דבושת אינו חייב עד שיעשה מעשה בגופו וכדאיתא בב"ק דף צ"א דהמבייש בדברים פטור ומבואר בטוש"ע סימן ת"כ ומש"כ התוס' שהוא כדאי לדמי בושט, היינו משום דכבר נתחייב בקנין אלא שהוא אסמכתא וכדי לסלק אסמכתא סגי לה בכל דהו בכדי שיהיה גמר ומקנין [וכן גבי אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא נמי אין בו משום חיוב דלא הוי אלא מניעת ריוח ואינו חייב בזה, אבל אם מתחייב עצמו בכך מהני לסלק אסמכתא כיון שהפסיד על ידו ולכן גמר ומקני, ועל מה שנראה מדברי הש"ך דגבי אוביר נמי בלא קנין הוא, ליתא, דהתם כשכותב לו כן בשטר הרי הוא כמו קנין דיכול לחייב עצמו בשטר אעפ"י שאינו חייב ואפילו לא נכתב נמי אם הוא במקום שנהגו לכתוב]. עוד כתב דגבי מלמד מיירי דהתחיל במלאכה דהו"ל קנין בשכיר ומהני תנאי בדברים, דכל ענין שכירות לא בעי קנין.

סעיף יז

ע"פ **התוס'** והרא"ש (קידושין א, י) פסק בשו"ע "שנים שהתנו ביניהם לקיים דבר אחד, ונתנו ערבונו לקנוס שמי שיחזור בו שיזכה חבירו בערבון, לא יאמר אם אני חוזר בי אתן לך כך וכך וה"ז משכון על הממון שאתחייב לך אם אחזור בי" (דמנה אין כאן משכון אין כאן, ודלא כרא"ש בשם י"מ דהגמ' בקידושין ח' דוקא בקנין אשה עבדים וקרקע לפי שנקנים בכסף ואין כאן כסף שיוכל לקנות שאין המשכון קנוי שלא נתנו לה זכות בגופו אבל אם אדם נותן מתנה לחבירו ונותן לו משכון בשביל המתנה משיכת המשכון כאלו זכה במתנה, **דליתא** דאין חילוק בין מתנה לקידושין וטעם אחד לכולן לפי שאין המשכון משועבד לכולם לפי שאדם יכול לשעבד נכסיו לדבר שנתחייב בו אבל בדבר שלא נתחייב לא חל שעבוד מעולם על נכסיו ובמתנה שאמר ליתן לו לא נתחייב בה ולא יתחייב בה לעולם לפי שיכול לחזור בו לפיכך לא נשתעבד לו המשכון), **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".

כתב **הסמ"ע** (נ) דאף דבסעיף י"א אמרינן דיש חולקין וס"ל דאפילו בערבוני מחול לא מהני, שם הטעם כיון דהמוכר לא נתחייב גם המוחל פטור, והט"ז חולק וס"ל דכאן מיירי במעכשיו, דבלא מעכשיו אפילו בדבר שבידו הוי אסמכתא (נתיבות).

סעיף יח

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

ע"פ **או"ז עיטור רא"ש** ועוד פסק בשו"ע "שטר שכתוב בו אם לא יפרע לזמן פלוני שיתחייב כך וכך ממון, וכתוב בסוף השטר דלא כאסמכתא ודלא וכו', אין זה מוציאו מידי אסמכתא, ולא קנה (דהא חזינן דאסמכתא היא ומאי אהני דכתב דלא כאסמכתא, **טור**) {וכן נראה לדון, אע"ג דיש חולקין (רי"י בשם גאון וכן נראה ברשב"ם, דכיון דכתב בשטר דלא כאסמכתא גלי דעתיה דגמר ומקני), המוציא מחבירו עליו הראיה}."

כתב ה**נתיבות** (חי' נז) בשם ה**ט"ז**¹⁰ שאם כתב בלשון זה 'שטר זה נעשה בענין שאין בו אסמכתא' הוי כמודה שנעשה בב"ד חשוב, דהודאת בע"ד כק' עדים.

סעיף יט

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

אם התחייב באסמכתא ונשבע לקיים את התחייבותו האם שבועה מוציאה את חסרונו האסמכתא וחייב גם מדין התחייבות? מה נפק"מ בין חיוב מדין שבועה ובין חיוב מדין אסמכתא?

אם נשבע או נדר על קיום האסמכתא, האם זה מועיל לחיובו?

מה הדין בעשה קנין ונשבע על אסמכתא, האם יכול להישאל על השבועה?

פסק בשו"ע ע"פ הגה"מ ומרדכי בשם ר"מ ועוד¹¹ **נדר ושבועה ותקיעת כף** (בין ידו הימנית ובין השמאלית, **פת"ש** בשם חוות יאיר) מהני אפילו באסמכתא {ועיין לקמן סימן ר"ט סעיף ד'}", דרובן עיי' דא"י – 'אם יהיה אלהים עמדי' 'אם נתון נתן את העם הזה בידו' ואסמכתא מועלת בהקדש דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט.

כתב ה**סמ"ע** (נג) דמש"כ הרמ"א לעיין בסימן ר"ט ללמדנו הכא כדהתם דכל המחויב מכח שבועה **אי שאל על נדרו** פטור וגם אין בניו צריכין לקיימו והוא מתשובת הריב"ש, אך הוסיף ה**סמ"ע** דדווקא במקבל עליו בנדר ושבועה **ולא עשה עליו קנין**, אבל כשקנה ממנו בקנין על דבר שיש בו אסמכתא ונשבע ג"כ לקיימו, **חייב לקיימו** הן הוא הן יורשיו ולא מהני השאלה, דלא גרע מב"ד חשוב דמסלק האסמכתא ו"השבועה מחזקת הקנין" (לשון ה**ט"ז** בהבנת ה**סמ"ע**), ודלא כשואל בתשובת הריב"ש הסובר שמהני שאלה אף בשבועה עם קנין, דהוא פוסק שם כרמב"ן דבעינן מעכשיו אפילו בב"ד ואין השבועה כמעכשיו אלא מחויב מדין הקנין, אבל לדידן דקיי"ל כר"ת הרמב"ם והרא"ש דס"ל דמהני קנין בב"ד חשוב בלי מעכשיו מהני נמי השבועה ואינו בשאלה. עוד כתב דמבואר ברמ"א בסימן ר"ט דאם הקנה בדבר שלא בא לעולם אין הקנין אפילו בב"ד חשוב מהני ביה, ולכן לא מהני ביה גם השבועה עם הקנין, משא"כ כאן דאירי בדבר שבא לעולם אלא שהוא אסמכתא. ה**ב"ח ט"ז** וה**ש"ך** (כז) חלקו וכתבו דמסקנת הריב"ש דמדמה אסמכתא לדבר שלא בא לעולם – וא"כ אין השבועה מחזקת הקנין, וס"ל דאף אם היה קנין (בלא ב"ד חשוב, נתיבות) ג"כ אין עליו חיוב רק מכח השבועה דדמי ממש להא דסימן ר"ט ואם נשאל עליה פטור, ואם שילם הקנס לא צריך לשלם מצד השבועה. כתב ה**נו"ב** (**פת"ש** כ) דאין שום אדם יכול לומר קים לי כסמ"ע, כיון שהחולקים עליו המה רבים ופשטא דלישנא דהרמ"א והריב"ש בתשובה הנוספת ועל דעת יחיד לא שייך לומר קים לי כמבואר בכנה"ג, אך ראה בקצות דלקמן.

כתב ה**ש"ך** (כז) בשם ה**מהרי"ו** דלא החמירו בתקיעת כף אלא כשנותן לאדם לעשות לו דבר לאותו אדם עצמו כגון צדקיה לנבוכדנצר וכן ברית בין הבתרים אבל בנידון דהתם דנתנה ת"כ אל המשודך בעצמו אין להחמיר כולי האי, דטעמא שהחמירו משום דהוי כמו כריתת ברית. **בשב"י** (**פת"ש** כ) כתב דהמעין במהרי"ו יראה שהוא עצמו אינו מכריע כן להלכה רק לעשות סניף לשאר צדדים, וגם נעלם מהש"ך שהדרכ"מ ביו"ד סימן רל"ט השיג עליו והשמיטו שם הרמ"א דאין לסמוך ע"ז מפני חומר שבועה.

וכתב הרמ"א "**מהר"ם פאדווה** -) וכן אם¹² כתב בשטר שקבל עליו בחרם חמור ובשבועה דאורייתא, וכמו שנתבאר לעיל סי' זה סעי' ט"ו לענין בי"ד חשוב כן נראה לי, אף על פי שיש מי שחולק (**ריב"ש**), וביאר ה**סמ"ע** (נד) דמדובר בתשובת מהר"ם שם שלא קיבל עליו כן אלא שתיקון סופרים שכותבין כן ודימה זה הרמ"א והכריע (דלא כתשובה הנ"ל שהסתפק) לכתוב בשטר שקנה בב"ד חשוב דמהני אף דידוע דלא קנה בב"ד חשוב וכסעי' ט"ו, ומינה, דכמו דשם בב"ד חשוב בעינן לכל הפחות שיאמר המקבל לעדים שיכתבו שטר, ואז אמרינן דקיבל עליו בכל תוקף שיכתבו הסופרים, כן בעינן ג"כ בזה, אך לפ"ז צ"ע בזמן הזה דכל המקבל קנין בפני עדים דעתו שיכתבוהו העדים בכל יפוי שטרות שנוהגין

לכתוב, לפיכך אין דין אסמכתא בשטרות הנעשים בקנין לפני עדים והן כותבים בשטר שקיבל עליו כל זה בחרם חמור ובשבועה דאורייתא וסיים בצ"ע.

כתב הקצות (י) גבי השטר הנזכר דאם עדים מעידים שלא קראו כלל ולא ידע החותם שנכתב שם שבועה וחרם, דאין בזה משום שבועה, ולא דמי לסימן מה/ג דהודאה בחתם ידו והדבר ברור שאינו יודע לקרות ועדים העידו שחתם עד שלא קראו מכל מקום מתחייב הוא ככל הכתוב, דהתם בין אדם לחבירו הוא מדין נאמנות שהאמין לסופר וכמו בשליש דנאמן, אבל שבועה וחרם דאינו עושה קנין ואינו אלא איסור וכל שידוע לב"ד שאין בו איסור אין בו כפיה על ידם ובשליש נמי היכא דעדים לפנינו ואומרים לפקדון אינו נאמן, וכאמור נאמנות לא שייך אלא במה שבינו לחבירו ולא במה שבינו לשמים, **ודלא כנו"ב דכתב בפשיטות דאם נכתב השטר בלשון שאינו מבין ואף אם לא קראו כלל ממילא נתחייב בכל מה שכתוב ואף בכל הדקדוקים שיש לדקדק בלשון השטר,** אך סיים הקצות דיש לתלות זאת במח' הסמ"ע והש"ך דלעיל - "אלא דאי נימא דחרם חמור ושבועה דאורייתא מסלק אסמכתא כמו ב"ד חשוב ועושה קנין (כדעת הסמ"ע) א"כ אפילו לא קראו יש בו משום נאמנות, אבל אי נימא דאינו עושה קנין (כש"ך)..ודאי אין בו דין נאמנות, ומכל שכן בדבר שלא בא לעולם וכן בדבר שאינו ברשותו דאינו נתפס בו קנין ואינו אלא משום איסור שבו וכיון דידוע שלא קראו אין שם איסור". כעין זה, כתב ה**נתיבות** (כ) דמש"כ כאן הסמ"ע דאף דידעין דלא קיבל עליו מהני זה לשיטתו דס"ל דהשבועה מחזק הקנין דגמר והקנה, מהני ג"כ כשציוה לכתוב שקיבל בחרם חמור ובשבועה דאורייתא דאמרינן ג"כ דגמר והקנה, אבל לש"ך דס"ל דאין השבועה מחזק קנין ואין עליו חיוב רק לקיים השבועה, ודאי דכשלא קיבל עליו רק שכתב כן בשטר, אין עליו חיוב שבועה.

עוד כתב הרמ"א ע"פ מהר"ם "ואם נדר איזה דבר באסמכתא לצדקה או להקדש קונה כמו שנתבאר ביו"ד סימן רנ"ח סעיף י", וביאר הסמ"ע (נו) דמבואר במרדכי בשאלת ה"ר שלמה אם אמירה דאסמכתא מועלת בהקדש, דנהי דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, מ"מ טפי ממסירה להדיוט לא מהני ומסירה להדיוט באסמכתא לא מהני להדיוט כדאשכחן גבי ערבוני מחול ובעי דוקא קנין בב"ד חשוב, והשיב מהר"ם דאין הפירוש כמסירה גרידא אלא פירושו אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט במקום דמועלת מסירה באיזה ענין שתמצא שתועיל ומהאי טעמא אפילו באומר דבר זה לכשיבוא לידי אתננו להקדש, אף על גב דאית ביה תרתי אסמכתא ודבר שלא בא לעולם, אפ"ה חייב לקיים נדרו, מטעם כיון דבהדיוט יכול להקנות זה הממון לפחות משבא לעולם במסירה או בקנין, מהני גבי גבוה האמירה קודם שבא לעולם דלכשיבוא לעולם יצטרך ליתן כיון דנעשה נדר, וה"ה לאסמכתא.

< כתב הקצות דיש להסתפק בנדר ושבועה ומת המקבל אם צריך ליתן לבניו, והביא דיש כמה שיטות במרדכי בזה [אין אכן חייב לקיים שבועתו או נדרו וליתן לבני המקבל ולר' חיים דפוסר בנידון דידהי אינו אלא משום אומדנא ומשום דאמר על מנת להשיאה, ומהשל"ג נראה בנודר לעני דאינו אלא משום בפיך זו צדקה, ואם העשיר אח"כ אין צריך לקיים נדרו ומכל שכן באי כחו עשירים ואפשר אפילו יורשין עניים נמי אינו צריך לקיים נדרו אלא לעני שנדר, אבל שבועה שהוא מחויב בין לעניים בין לעשירים נראה דלכ"ע צריך לקיים שבועתו לבאי כחו, עיי"ש].

סעיף כ

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

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע ¹³המחייב עצמו לחבירו בלא תנאי אף על פי שלא חייב לו כלום, חייב, כמו שנתבאר בסימן מ', ואין בזה משום אסמכתא", וכתב הב"י דצריך לבאר מדוע הוצרך להשמיענו שדבר זה אינו אסמכתא דמילתא דפשיטא הוא, וביאר דסד"א דכיון שאינו חייב לו כלום לא גמר ומקני כי היכי דאמרינן באסמכתא, קמ"ל שכיון שבלא תנאי נתחייב ודאי גמר ומקני דאסמכתא לא הוי אלא כשהוא תולה הדבר בשום תנאי וכדאמר רבא (ב"מ סו:) כל דאי לא קני, והביאו הסמ"ע (נח) - דכיון דלא תלהו בענין אחר אלא חייב נפשו לחבירו בלי שום תנאי, ודאי גמר בדעתו ליתנו לו.

סעיף כא

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

כתב השו"ע "חייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסותך חמש שנים, להרמב"ם לא נשתעבד (דאין דרך בני אדם לגמר ולשעבד נפשם בדבר שאינו יודע הקצבה, סמ"ע, ואף בה' שנים, כיון דלא ידוע לכמה יעלה שיעור המזונות דשמא יתיקרו), וכל האחרונים (רמב"ן רא"ש ראב"ד ועוד) חלקו עליו {ועיין לעיל סימן ס'}."

סימן רח – מקח שנעשה בצד איסור

סעיף א

כאשר נעשה מקח באיסור האם חל? במקרים שחל, מדוע אין בזה בעיה של "אי עביד לא מהני"? (לקמן)

מה הדין במכר חפץ באיסור ריבית?

ב"מ סה. "אמר אביי האי מאן דמסיק זוזי דרבינתא בחבריה, וקא אזלי חטי ד' גריוי בזוזא בשוקא ויהיב ליה איהו ה' כי מפקינן מיניה ד' מפקינן מיניה, אידך (הזוז הנוסף) אוזולי הוא דקא מוזיל גביה, רבא אמר ה' מפקינן מיניה דמעיקרא בתורת רבית אתאי לידיה. ואמר אביי האי מאן דמסיק ד' זוזי דרבינתא בחבריה ויהיב ליה גלימא בגווייהו כי מפקינן מיניה ד' מפקינן מיניה גלימא לא מפקינן מיניה, רבא אמר גלימא מפקינן מיניה מאי טעמא כי היכי דלא לימרו גלימא דמכסי וקאי גלימא דרבינתא הוא."

וכתב הרא"ש "משמע דוקא משום דלא לימרו מכסי בגלימא דרבינתא הוא דמהדרינן ליה הא לאו הכי המקח קיים ולא אמרינן כיון דנעשה באיסור נתבטל המקח וכן בעובדא קמא דיהיב ליה ה'. מכאן פסק רבינו האי בתשובה דהיכא דאיכא איסורא בזבינא דאוסף בדמיה משום אגר נטר או פוסק על הפירות עד שלא יצא השער ונתקיים המקח בקנין ולא נתייקר השער המקח קיים ואין יכול לבטל המקח בשביל שנעשה באיסור."

וז"ל השו"ע "מקח שנעשה באיסור, כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת המעות (שאין בו ריבית דאין כיון דאינו דרך הלואה אלא ע"י מקח וממכר אלא יש בו אבק ריבית למוכר, סמ"ע ע"פ הגמ'), או שפסק קודם שיצא השער ולא היה לו למוכר 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 (תלמידי הרשב"א, שהרי לא לכך ירד שמתחילה כשער הזול פסק עמו וזה פשוט, ודלא כטוב דאין אחד מהם יכול לחזור) {ואין חילוק בזה בין מקח או מתנה או מחילה או שאר דברים (הג' מרדכי)}."

כתב הסמ"ע (ה) בשם הב"י דדווקא בנקנה באחד מדרכי ההקנאות אבל אם לא היה באחד מדרכי הקנאה, אף שנתן מעות אין צריך לקבל מי שפרע כיון שנעשה באיסור.

כתב הנהניבות (א) בשם הריטב"א דריבית קצוצה אף שיוצאה בדיינים, מ"מ תיכף כשנתן הריבית למלוה קנאן קנין גמור ואי קידש בהו אשה מקודשת, רק שחייב להחזיר מעות אחרים משום קיום מצות עשה דוחי אחיך, ויורשים פטורין, והטעם, כיון שהכתוב נתקו לעשה ופטר ליורשין, הורה לנו רחמנא דקנאן והוא ממונו לגמרי.

מה הדין בנשבע שלא למכור ועבר ומכר?

מקח שנעשה בשבת האם חל המקח?

אם עשו הסכם קנייני בכתב ביום השבת האם ההסכם מחייב?

מכר חפץ מוקצה ביום שבת ובמוצ"ש מכרו לאחר מי קונה?

מצא מציאת מוקצה ביום שבת ולקחו ובמוצ"ש חברו תפסו ממנו מי קונה?

בסימן רלה/כח פסק השו"ע ע"פ ירו' שהביאוהו רי"ף רמב"ם ורא"ש "המוכר או קונה קנין בשבת יום הכיפורים ויום טוב, אף על פי שמכין אותו על שעבר על דברי חכמים, מעשיו קיימים וכותבין אחר אותו יום", וציין שם הסמ"ע לכאן.

ע"ג לשון המחבר (הכא) דהמקח קיים, הוסיף הרמ"א ע"פ הב"י "וכן אם נשבע או נדר שלא למכור ועבר ומכר" ודלא כהג' מרדכי דמי שנשבע או קבל בחרם שלא יתן דבר או לא ימכור או ימחול או שאר דברים ועבר שבועה ומכר או נתן אין במעשיו כלום, וכתב עליו הב"י דנדחו דבריו מפני רבינו האי והרא"ש דלעיל.

אולם הסמ"ע (ג) חולק ופוסק כהג' המרדכי דהרמ"א בסימן ר"ל ביו"ד פסק כדבריו ועוד דאיך דחו כאן הב"י והרמ"א דבריו מטעם שדימו למקח הנעשה באיסור, דאם כדבריהם תקשה דרבא אדרבא, דהא רבא הוא דס"ל בתמורה דף ד' דדבר הנעשה באיסור אין במעשה ההוא ממש ובטל ומבוטל הוא והוא גופיה אמר בב"מ שם גלימא מפקינן מיניה כי היכי דלא לימרו גלימא דמכסי וקאי גלימא דריביתא הוא, משמע הא לאו האי טעמא המכירה מכירה מעלייתא, וכדדייקו מדבריו רב האי והרא"ש, אלא ודאי לא דמי כלל דהתם המקח קיים משום דלא קנסינן היתרא אטו איסורא, וכיון שמכירת הגלימא עצמה בהיתר הוא כשמחזיר המעות ולא קנסינן ליה אי לאו משום לזות שפתים, וכן אם הוסיף בשווי המקח וכדומה, אם אין לוקח מידו הריבית הרי בטל ליה לאיסורא, משו"ה המקח קיים, משא"כ נשבע או נדר שאי אפשר בקיום המכר כלל אא"כ ע"י האיסור שעובר על שבועתו, ולכן לא קשה מידי על המרדכי מהך דנעשה באיסור, ועוד האריך הסמ"ע דאין להקשות מדאמר רבא בתמורה ד' כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, דלא דמי כלל למקח שנעשה באיסור דסימן זה, דשאני הכא דכיון שאינו נוטל ונותן רק כשער של היתר הרי בטל ליה לאיסורא ולא קנסינן היתרא אטו איסורא, משא"כ בנשבע שאי אפשר בקיום המקח כלל כי אם ע"י איסור [ואף שכתבו התוס' שם דאיסור שבדה הוא ע"י שבועה לא אמרינן אי עביד לא מהני, מ"מ כיון דבכתובות פ"א ע"ב קי"ל דאפילו באיסור דרבנן אמרינן אי עביד לא מהני, לא גרע איסור שבדה הוא מאיסור דרבנן, וגם התוס' לא כתבו סברא זו אלא דמה"ט לא רצה הש"ס לאוקמי פלוגתייהו דאב"י ורבא בהכי, אבל לענין דינא גם התוספות מודו דבנשבע, אף שהוא איסור שבדה, מ"מ המקח בטל]. הש"ך (ב) הסכים לסמ"ע וכתב דבזה ניחא נמי דלא תיקשי מהא דאיתא בפ' מרובה גבי טבח ומכר בשבת דהוי מכירה אפילו נעשה המכירה באיסור דאין כגון בהוציא מרשות לרשות וכן בעקוץ לי תאנתך ותקנה לי גניבתך דאמר רב גופא התם דהוי מכירה, דשאני בכל הני כיון דאפשר לעשות בהיתר משא"כ בכל הני דתמורה או בנשבע שא"א לעשות אם לא שיעבור, ובסיום דבריו הביא בקצרה דעת הב"ח דהוי ספיקא דדינא והמע"ה. אכן דעת הט"ז לפסוק כרמ"א, וביאר דכל שיש איסור בענין מצד עצמו אומרים אי עביד לא מהני, משא"כ במוכר בשבת שהאיסור מצד שהיום גורם, ומשו"ה נמי בנשבע שלא למכור נכסיו, הוי האיסור מצד השבועה ולא מצד המכירה עצמה, הויא מכירה בדיעבד, ופסק הרמ"א בכאן הוא העיקרי ועוד דכאן עיקר דינא דמכירה קיימין.

הנתיבות (ב) כתב דאין סברא לחילוק דכתבו הסמ"ע והש"ך דאפשר לעשות בהיתר, ועוד דבלאו הכי קשה משוחט בשבת דשחיטתו כשירה ולא אמרינן דאי עביד לא מהני (חולין י"ד), וע"כ צ"ל דלא אמרינן אי עביד לא מהני רק במקום שמתקנין האיסור שעשה במאי דלא מהני כגון באונס שגירש (תמורה ה') דאם נאמר דלא מהני ואין גיטו גט נתקיים מה דאמר רחמנא ונתקן האיסור, משא"כ בשוחט בשבת דאף אי נימא דלא מהני ואין שחיטתו שחיטה, מ"מ עבירה דנטילת נשמה לא נתקן, ועוד דדווקא במקום שאם אנו מקיימין מעשיו מבטלין מה דאמר רחמנא, כגון בתמורה שאם

אנו מקיימין מעשיו מבטלין מה דאמר רחמנא לא ימיר וכן במכירה דחרמים ובגירושין דאונס ובכל הני דחשיב התם, משא"כ במכר בשבת, שאסרו חכמים רק מעשה המכירה מחשש שלא יכתוב, ולא הקפידו על קיום המכירה רק על מעשה המכירה, ומעשה המכירה כבר עבר ולא מתקנין דברי חכמים, וקיום המכירה הוא בהיתר דאיסורא דעבד עבד, וזהו כונת הש"ך במה שכתב כיון דאפשר לעשות בהיתר, כונתו שקיום הדבר אפשר להתקיים בהיתר, ואין מבטלין דברי חכמים בכך במה שמקיימים מעשיו. עוד כתב ה**נתיבות** (שם) דאי עבד לא מהני הוא דין דאוי ודלא כדמשמע בש"ך דהוא דרבנן.

מה הדין אם מכר על ידי שליח?

גבי מקרה שנשבע כנ"ל, דן רע"א במכר ע"י שליח די"ל דהמכר בטל דאין שליח לדבר עבירה דאף דהשליח לא נשבע מ"מ תליא במחלוקת הפוסקים אי קיי"ל כלישנא בב"מ י' דהשליח בר חיובא אי קיי"ל כלישנא אי בעי עבד, וגם י"ל דאף ללישנא דבר חיובא דדוקא בכהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה דאין על השליח שייכות חיוב דגרושה ואינו מוזהר על לאו זה כלל, אבל הכא דהשליח ג"כ בר חיובא ומוזהר על לאו דשבועה [והוסיף דאם נדון דהמכר בטל יש לדון אם נשבע שלא למכור ועבר ומכר בתנאי דהתנאי בטל ומעשה קיים כיון דאין לקיים המעשה ע"י השליח].

סימן רט - המקנה דבר שאינו מסוים או שלא בא לעולם

סעיף א

פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם ע"פ ב"ב צה. וב"מ מו: "המקנה לחבירו דבר שאינו מסוים, אם היה מינו ידוע אע"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, אע"פ שאין מדת הערימה ידועה, ולא מנין הקנקנים ולא משקל התאנים ידוע, ה"ז ממכרו קיים אע"פ שנמצא חסר או יתר על האומד שהיה בדעתם, ויש להם אונאה לפי שער שבשוק".

הקשה הב"י עמש"כ הרמב"ם דיש להם הונאה לפי שער שבשוק מב"מ ס"ד גבי ההולך לחלוב עיזיו דאמר ליה מה שעזי חולבות מכור לך ואמרינן דמותר, ומשמע דקנה אפילו יהיה יותר על דמיו והרי אינו דבר המסוים, ואילו לפי הרמב"ם לא קנה אלא כנגד מעותיו, וכתב הב"י דשמא לא כתב כן אלא בדבר שיש לו שער קבוע כמו החטים וכיוצא אבל חלב וגזיה שאין להם שער ידוע אלא כל אחד קונה כמו שחפץ לית ביה אונאה, אולם הש"ך חלק והרמב"ם דיבר אפילו היה אותו דבר אין שער שלו ידוע.

כתב הפת"ש (א) בשם באר יצחק דנראה ברור דדווקא בכה"ג שאומר שמוכר בסך כך וכך, בזה אמרינן דלא סמכא דעתיה דהקונה דדילמא אינו שוה כפי הסך שקצב, משא"כ כשאומר שמוכר לו כפי שישומוהו שלשה וכמו שנהוג במכירת חמץ, בזה לא שייך לא סמכא דעתיה, דוודאי לא ישומוהו לחיבו יותר משויו.

כתב רע"א עמש"כ המחבר המקנה דבר שאינו מסוים, דבנותן מתנה קנה.

סעיף ב

כלשון הרמב"ם בהמשך (ה"ה): כ"כ רב האי ודברי טעם הן אך לא מצאתי לו מקור בש"ס, גר"א: נלמד מב"מ ט"ז) פסק בשו"ע "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 כיו"ב", וכתב הסמ"ע (ב) דהרמב"ם לטעמו דפסק דהמשחק בקוביא הוי אסמכתא ויש בו משום גזל ודלא כטור והרמ"א, ואף הם דס"ל דמשחק בקוביא לית בהו משום אסמכתא דגמרי ומקנו אהדי מ"מ בכה"ג מודו דלא קנה, דדווקא התם דאין שום אחד יודע על מה לסמוך אמרינן דגמרי ומקנו אהדי, משא"כ הכא דהמוכר יודע מה מכר והלוקח אינו יודע מה קנה, ומשו"ה העתיק הטור לשון הרמב"ם וגם הרמ"א לא הגיה דבר דס"ל כוותיה בדינא ולא מטעמיה, אולם הש"ך (ב) ביאר דמה שכתב הרמב"ם ואין זה אלא כמשחק בקוביא אין ר"ל דמדמינן לה לדין משחק בקוביא דהא

משחק בקוביא גופא לא ביאר הרמב"ם בשום מקום דהוי אסמכתא ואמאי נימא דפשוט טפי דין משחק בקוביא מהאי דינא אלא ר"ל דאין זה מכר אלא כמי שמשחק בשחוק קוביא הוא ולא סמכא דעת הלוקח בזה והיינו דנקט אין זה אלא כמשחק כו' לשון שלילה ולא נקט והרי זה כמשחק כו' ומיהו ל"ק מדין משחק בקוביא דלא הוי אסמכתא דהתם טעמא אחרינא וכתבאר בסימן ר"ז משא"כ הכא דר"ל שהיה סבור שיהיה כך וכך כפי אומד דעתו ואין אנו צריכין לחילוק הסמ"ע. כתב הפת"ש (ב) ע"פ ה**נתיבות** דלפי הש"ך אפילו גם המוכר אינו יודע מה שבבית כגון דאיהו גופיה קנאה כך עם מה שיש בו ומכרו לאחר, ג"כ לא קנה, משא"כ לדברי הסמ"ע דקנה בכח"ג.

< גבי מש"כ הרמ"א בענין שנים שהחליפו נכסיהם ראה סימן רג/י.

סעיף ג

כלשון הרמב"ם ע"פ ב"מ ס: פסק בשו"ע "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", וכתב הט"ז (הובא ב**נתיבות**) דאם פסק עמו קודם שיצא שער ברור ויש לו למוכר, אינו מקבל מי שפרע, אם לא שהראה עצמו הלוקח בפני המוכר בגורן או שאמר לו בשוק הריני סומך עליך, ובלא"ה אינו במי שפרע, שיכול המוכר לומר סמכתי עצמי שתקנה במקום אחר.

סעיף ד

אם הקנה דבר שלא בא לעולם וקדם הקונה ותפס, האם מהני תפיסתו?

האם ניתן להקנות דבר שלא בא לעולם, לכשיבוא לעולם? והאם מועילה תפיסת הלוקח בדבר שלא בא לעולם? ציין את המקור.

האם יש הבדל בין בריא לשכיב מרע?

כתב הרמב"ם (מכירה כב, א) "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", וכתב ה"ה דפלוגתא דתנאי היא ואוקימנא ביבמות צ"ג וקידושין ס"ב דהנהו דאמרי אדם מקנה בחדא שיטה ואינה הלכה.

ב"מ סו: "המוכר פירות דקל לחבירו אמר רב הונא עד שלא באו לעולם יכול לחזור בו משבאו לעולם אין יכול לחזור בו ורב נחמן אמר אף משבאו לעולם יכול לחזור בו, ואמר רב נחמן מודינא דאי שמיט ואכיל (הלוקח) לא מפקינן מיניה", והלכה כרב נחמן בדיני.

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".

[בטעם הדבר דאין אדם מקנה דשלב"ע כתב הנ"י (בב"מ שם ודרישה אות ג') מפני שלא סמכה דעתו של הלוקח עליו, ואילו הלבוש (כאן סעי' ד') כתב דהטעם הוא מפני שאין על מה שיחול הקנין (אנצ"י תלמודית 'דבר שלא בא לעולם').]

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם ע"פ הגמ' הנ"ל "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, (כתב באה"ג ע"פ תוס' קידושין ס"ב דאין הלכה כראב"י -) אפילו היתה הפרה או השפחה מעוברת לא קנה כלום ויכול לחזור בו אפילו אחר שתלד הפרה או השפחה ואחר שגדלו פירות האילן ובאו לעולם. (ב"מ שם -) ואם קדם הלוקח ותפס הפירות (כלומר קודם שחזר בו, סמ"ע), אין מוציאין מידו (אין זה מכח ספק אלא שכן הדין נותן, סמ"ע, ופשוט ומטעם מחילה, ש"ך) {והוא הדין בשאר דברים שלא באו לעולם, ואפילו לא תפס, אלא כתב לו שטר ומסר ליה השטר, כמאן דתפיס דמיא (תה"ד, ומיירי דאחר שבא לעולם מסר השטר אזי מהני השטר דמסר לו כאילו בא לידו, סמ"ע, והקצות בשם הט"ז חולק ואפילו כתב לו קודם שבא לעולם בשעת מכירה וע' נתיבות ד'. עוד בקצות דדעת הרי"ף דמדובר דווקא שתפס הפירות בעצמן אבל אם נתן לו משכון לא מהני והריב"ש

חולק). (ב"ב קמ"ז -) ואם מכר האילן לפירותיו או פרה ושפחה לעוברהם קנה מיד (אפילו עד שלא יצאו הפירות, סמ"ע), ואין שום אחד מהם יכול לחזור בו".

כתב הסמ"ע (ה) דדווקא מקנה אין אדם מקנה דשבל"ע אבל יכול לחייב נפשו בדבר שלא בא לעולם כמבואר בטושי"ע בסימן ס', וכתב הפת"ש (ג) בשם תשובת רע"א דאפילו בלשון חיוב אם מת הנותן קודם שבאו הפירות לעולם אין היורשים חייבים ליתן אותם.

כתב הש"ך (ה) בשם הרא"ש גבי קדם הלוקח ותפס דדווקא כשידע המוכר שתפס הלוקח ומטעם מחילה, וביאר הקצות (ה) דאם לא ידע לא הוי מחילה, אע"ג דלא היה חוזר כי היכי דליקו בהימנותא הו"ל יאוש שלא מדעת, והוסיף דלפמש"כ הש"ך בסימן שני"ח (סק"א) לחלוק על דברי תוס' הנזכר וכתב דמותר ליטול מחבירו בלי ידיעה כל שידוע שלא יקפיד א"כ לא היה לו לומר כאן דבעינן ידע המוכר, כיון שידוע שלא יקפיד כי היכי דליקו בהימנותא, ומיהו שם בסימן שני"ח אין דברי הש"ך מוכרחין ועיקר כדברי תוס'. כתב הנת"ב (ג) גבי קדם ותפס די"ל דמייירי בשדה שהיה בקנין כסף דמהני באחר זמן ובמטלטלין כגון שאמר לו משוך וקנה לאחר שיבוא לעולם והלך ומשך אחר שבא לעולם, א"נ קרקע בכסף ואגבו המטלטלין ופירש לו שגם הקרקע לא יקנה עד שיבוא המטלטלין לעולם אבל אם הקנה לו בקנין סודר דגם בבא לעולם רק שמקנה לו לאחר זמן לא קנה מטעם דהדר סודר למריה, אפילו תפס לא מהני.

< כתב הפת"ש (ו) בשם החת"ס דאם המוכר עושה הי"ש ומקיים התבואה לעצמו ומכר ללוקח הי"ש שיצא מבישול תבואה זו, אין בו דמיון לדשלב"ע, כיון דגמרו בידי אדם לא הוי דבר שלא בא לעולם וכמוכר יין ענביו בשעת הבציר, ועדיף משחת לראב"י בקדושין.

< כתב רע"א דיש ללמוד מהר"ן דאם אמר לשמעון שדה זו שאני מוכר לראובן אם אחזור ואקני ממנו או שאחר יקנה מראובן ואני אקני מאותו אחר יהיה קני לך - מהני, כיון דבידו להקנותו לו מעכשיו, אבל קבל ב' פרוטות ואמר באחת יהא שדי קנויה לך מעתה ובפרוטה הב' יהיה קנויה לך לכשאקחנה ממך יהא חוזר וקנוי לך דמהני, אם אמר אם תמכור לאחר ואקנו ממנו יהא חוזר וקנוי לך לא מהני, ולרשב"א מהני.

האם ניתן לשעבד ולמחול דבר שלא בא לעולם?

אם הקנה קנין אחד למי שבא לעולם עם מי שאינו בעולם האם הקנין חל?

וכתב הרמ"א ע"פ המרדכי "האומר לחבירו שיקנה ממנו דמי היין כשימכר היין מקרי דבר שלא בא לעולם, וי"א דכל זה מייירי במקנה לו סתם אבל אם אומר שיקנה כשיהיה בעולם קנה, אע"פ שעכשיו אינו בעולם ויש חולקין... מי שמקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם, יש אומרים דדמי לקני את וחמור, כמו שיתבאר לקמן סוף סימן ר"י (עיי"ש סע' ג). (ריב"ש -) 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, ולכן אם לא נוכל לכופו אותו לקיים שבועתו, כגון שמת, אין הקנין כלום. וכן אם שאל על שבועתו (תשובת ר"ן ומהרי"ק -) וכשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם".

כתב הסמ"ע (כא) גבי המחילה דמדובר שם בר"ן בראובן שידע בשמעון שרוצה ליתן לו מתנה, ואמר ראובן הנני מוחל לשמעון על כל מה שיתן לי, ואח"כ נתן לו שמעון מתנה בקנין, דלא הוה מחילה, וכתב הסמ"ע דהא דפסק הרמ"א בסע' ח' דיכול אדם לסלק עצמו וכחו מדבר שלא בא לעולם, שאני התם דקאי אאדם שיש לו שעבוד על נכסי חבירו וכיון דכבר נשתעבד לו משו"ה יכול לסלק אותו שעבוד אף מנכסים שעדיין לא קנה המתחייב, כיון דמ"מ כבר נשתעבד לו המתחייב. וכתב עליו ה"ט"ז (קצות סק"י"ג) "ואשתומם על המראה דמשמע מדבריו דאם לא נשתעבד כלל מתחלה לא יועיל הסילוק ממה שקנה המתחייב וכמה סוגיות מליאות נגד זה דאמר רב כהנא (כתובות פג). נחלה הבאה לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא יירשנה כדאיתא ריש פרק הכותב והיינו מקודם נישואי אשתו" ואילו הקצות כתב דדברי הסמ"ע נראין דהא בכתובות דוקא עודה ארוסה אבל קודם אירוסין לא דקודם אירוסין דלית ליה שייכות כלל אינו מועיל הסילוק, וכאן קודם שנתחייב אין לו שייכות כלל והו"ל כמו קודם אירוסין.

עוד כתב הרמ"א "ואף על גב דאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, מ"מ יכול לשעבדו (תוספות כתובות נ"ה), ויש חולקין (נ"י בשם תלמידי רשב"א), אבל הוא עצמו יכול להתחייב (גר"א: כב"מ ט"ו ועמליהון ושביהון), כמו שנתבאר לעיל סימן ס' סעיף ו'".

וכתב הסמ"ע (יז) דלאחר שבא לעולם מודים החולקים דאינו יכול לחזור משעבדו ומשו"ה מהני כשמשעבד לו (כלומר חולקין רק לענין אם חזר בו משעבדו קודם שקנה, וקנה ומכר אח"כ, ס"ל ליש חולקין דמהני חזרה, נתיבות), וכ"ד הש"ך (ח) דהא להדיא איתא בש"ס בב"ב קנ"ז דאקני וקנה מהו ומסיק דשאני שעבוד מקנין אלמא דעדיף שעבוד מקנין וע"כ גם היש חולקים מודים לזה אלא דס"ל דכל שלא בא עדיין לעולם יכול לחזור בו אבל כ"ז שלא חזר בו מודים הי"ח דמשתעבד, ולענין הלכה פסק כדעה קמא דאינו יכול לחזור בו גם קודם שבא לעולם, ודלא כלבוש דפסק כיש חולקים.

[האם בחנטו הפירות מקרי דבר שבא לעולם?]

פסק הרמ"א ע"פ רש"י בב"מ ותוס' בקידושין "מיהו גבי אילן אם חנטו הפירות מקרי בא לעולם", וביאר הסמ"ע (ט) דפירות החנוטים הן בעין וממילא קא רבו מחשבי כדבר שבא לעולם, משא"כ בעובר שבמעו הפרה והשפחה שאינו בעין.

הקשה הבני יעקב (בקצות) דהא באבן העזר סימן מ/ח מבואר דיש מחלוקת אם תלד אשתך נקבה תהא מקודשת לי ומעוברת והוכר העובר דאף שהרמב"ם סובר מקודשת, הראב"ד הר"ן ועוד חולקים כמבואר במחבר שם ואיך כתב כאן הרמ"א "לדבר פשוט דאם חנטו הפירות הוי דבר שבא לעולם כו", והקצות (ב) האריך ליישב דהא לרב נחמן בסוגיה במוכר עובר מהני לכשתלד כיון דחשיב ליה מקצת בא לעולם ומש"ה פירש רש"י דמייירי שלא חנטו הפירות דאי חנטו הפירות מקרי בא לעולם קצת כמו הוכר עוברת וכדמוכח בקידושין ס"ב דדמי להדי, ומש"ה מפרש לה קודם שחנטו דבזה אפילו לרב נחמן לא מהני לכשיהיו בעולם אם לא שבא לעולם קצת כמו עובר, ודברי הרמ"א נכונים דשאני עובר מחנטו פירות וכמו שמחלק בסמ"ע (סק"ט) משום דעובר מכסיא וחנטו פירות מגליין דבעל כרחך צריך לחלק בין חנטו פירות לעובר, והוא דבחנטו פירות ודאי לכ"ע איתא במכירה אותה חנטה למישקל ולזיל הלוקח בהו כיון דאיתנהו בעולם, אלא דנוכל לומר דאינו מועיל למה שגדל אח"כ כיון דאינו אומר לו דקל לפירות והו"ל המותר מה שגדל אח"כ מגוף האילן של המוכר, אמנם גבי עובר לא קנה כלל אפילו מקצת שבא כבר לעולם דמשום דמכסיא ליתיה כלל במכירה ואפילו מה דגדל כבר, וניחא הא דמדמה בש"ס עובר לפירות, דהתם בתרומה דכל זמן שלא הביא שליש ליתיה כלל בתרומה וע"כ ס"ל לרבי אליעזר בן יעקב דכיון דמינכר קצת מהני וא"כ ה"ה בעובר, אבל הכא במכירה טעמא אחריני כיון דמה שהוא בעולם עכ"פ איתיה במכירה, ובעובר אפילו מה דאיתיה ליתיה במכירה ומשום דמכסיא.

[האם מעות לפירות או יין לדמיו הוי דבר שלא בא לעולם?]

דעת המהר"ם אלשיך (בקצות ד) דהנותן מעות לפירות או יין לדמיו דלא מהני דלא דמי לבית או דקל דאומר לפירותיהן דמועיל, דבית ודקל קיימים בעת בוא הפירות והדירה לעולם אבל במעות כשהריוח בא לעולם אין המעות עצמם בעולם נמצאו הפירות בלי ממשות, ועוד דעד כאן לא אמרו אלא בפירות דקל משום דאיכא למימר כיון שנתן מעות על פירותיו שמא הקנהו מקום צימוח הפירות ומשום האי ספיקא אמרינן דמהני למה ששמיט ואכיל, אבל במעות דלא שייך האי טעמא שאין בהם מקום צימוח כי אין הריוח יוצא מגופן כמו בדקל דאדרבה אין הריוח בא אלא ע"י הסתלק מציאות המעות מן העולם. אולם הקצות האריך דמהני מעות לפירות, והוכיח מבעיא בגיטין מ"ב לרבנן גבי מוכר עבדו לקנסו ופירשו התוס' דבעי לה במוכר עבדו לקנסו משום דהוי דקל לפירות, והתם אין הקנס יוצא מגוף העבד ובבוא הקנס ליתיה לעבד ואפ"ה אי לאו מי יימר טובא דאית ביה הוי מהני ליה כמו בדקל לפירות וא"כ במעות לפירות דהוא עבידי דאתי ודאי מהני ליה, אולם מדברי הרשב"א דמפרש דלא דמי לפירות דקל אלא למה שתעלה מצודתי דלא מהני מצודה לפירות, משמע כאלשיך, אלא דבטוש"ע סימן רי"ג נראה דגם במצודה לפירות מהני, ושוב חלק עמש"כ האלשיך דאפילו תפיסה לא מהני, ולמעשה פסק הקצות דהנותן מעות לפירות מהני ורוב הקדשות ונדבות שבערי ארץ ישראל המה על דרך זה, דהקרן לנותן והריוח לעניים או לתלמוד תורה, ובהא לא מספקי כלל דאיך יזכו בריוח, וגם הנתיבות (ה) האריך דלא כאלשיך.

סעיף ה

ראובן מכר לשמעון דבר שאותו יום לא היה ברשותו ולאחר זמן ראובן קנה אותו דבר שמכר, שמעון טוען שקנה אותו דבר רק כדי לעמוד בדיבורו, ראובן משיב שקנהו רק לעצמו, עם מי הדין?

מכר דבר שאינו ברשותו, ושוב קנה אותו המוכר האם חייב לקיים את המכר?

ע"פ **יבמות צג**. ועוד גמ' והרא"ש ועוד כתב השו"ע "דבר שבא לעולם, אלא שאינו ברשותו (ש"ך: אינו ברשותו כלל אבל אם מכר פיקדון שיש לו ביד אחר קנה כמבואר ברא' ובסימן רי"א), דינו כדבר שלא בא לעולם, שלא קנה, ויכול כל אחד מהם לחזור בו, ויתבאר עוד בסימן רי"א", והוסיף הרמ"א ע"פ **תה"ד** ועוד "מכל מקום אם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר, צריך לקיים מקחו, כי אדעתא דהכי טרח וקנה, כדי דליקום בהימנותיה".

וז"ל **העיטור** בב"י "אי מוכר מתני לאקנויי ליה דבר שלא בא לרשותו ואדעתא דהכי יהיב זוזי, מיחייב מוכר לקיומי ליה תנאיה ורבינו נסים הכי סבירא ליה ואייתי ראייה מדגרסינן בתוספתא דתרומות בפרק האומר תרומה הא למה זה דומה למוכר חפץ לחבירו בחזקת שיש לו ונמצא שאין לו חייב להעמיד לו מקחו". כתב הש"ך (ט) בשם רשד"ס דאפשר דמש"כ העיטור דמוכר חפץ לחבירו וכו' דמחוייב להעמיד לו היינו דווקא כשהמוכר היה יודע והקונה לא היה יודע וחשב דודאי המקח היה נמצא ברשותו, אולם בנידון דלא היו יודעים נמצא דלאו אדעתיה דהכי יהיב זוז, ובנתיבות (פת"ש י) כתב בשם ה"ט"ז דדוקא שהמוכר יודע שאינו ברשותו והלוקח לא ידע, אבל כשהלוקח ג"כ היה יודע שאינו ברשותו, לא שייך סברא דליקום בהימנותיה, אם לא שהבטיחו בבירור להמציא לו המקח אז שייך כי היכי דליקום בהימנותיה, וכתב עוד דאם המוכר ג"כ לא היה יודע שאינו ברשותו, לא שייך כי היכי דליקום בהימנותיה ולא קנה לוקח, ועוד כתב הנתיבות דליקום בהימנותיה לא שייך רק בחפץ ידוע, אבל בתבואה וכיוצא שדרך מוכר זה לסחור תמיד במסחר זה, לא שייך סברא דאדעתא דהכי טרח, ולא קנה הלוקח.

כתב בפת"ש (י) בשם **מעין גנים** גבי אחד שהשכיר לחבירו כיפה שהיתה לו ג"כ בשכירות על ג' שנים, וכתב בשטר השכירות שלו באם שהמשכיר הראשון ירצה להשכיר לו גם אחר הג' שנים הנ"ל, מחויב גם הוא להשכיר לשוכר השני אותו משך שלאחר ג' שנים, ולבסוף אכן מהמשכיר הראשון משך לאחר ג' שנים ורוצה השוכר השני לזכות בו גם אחר ג' שנים מכח הכתב הנ"ל שהיה בקנין סודר, והשוכר הראשון חוזר בו אחר ג' שנים, ופסק דהדין עם השוכר הראשון ויכול לחזור בו מטעם דהשכירות שלאחר ג' שנים הוה כעת דבר שאינו ברשותו, ולא דמי לרמ"א כאן דדיבר דווקא באם מכר לו בסתם דבר שאינו ברשותו, כגון שאמר ללוקח אני מוכר לך שלשים כור חטים ואינם בידו כלל, אמרינן דאם טרח המוכר מסתמא קנה אותם בשביל הלוקח כי היכי דליקום בהימנותיה, משא"כ בנדון דידן שהיתה הברירה בידו שלא לשכור כלל אחר ג' שנים, דהא לא התחייב עצמו שמחויב לשכור מהראשון גם אחר ג' שנים, מאי ליקו בהימנותיה שייך בזה, וכתב דכ"כ בתשובת הר הכרמל, ודלא כצמח צדק.

סעיף ו

בקנין כסף שהפקיעו חז"ל, האם ניתן להתנות עליו להקנות בו? (ראה קצח,ה) ואיך ניתן להתמודד עם מכירת סחורה שאינה ברשותו כשאינה עדיין בעולם? המוכר מטלטלין דשלבל"ע או שאינו ברשותו ונותן הקונה כסף, האם יהיה בזה מי שפרע?

מנהל ישיבה סיכם עם מנהל חנות ירקות שכל שבוע יספק לישיבה כמות מסויימת של ירקות במחיר קבוע, ניתנו המחאות בתאריכים דחויים, לאחר כמה חדשים עלו המחירים וטוען מנהל החנות שקשה לו לעמוד בהתחייבות, האם המקח קיים? ואם על החוזר בו יש מי שפרע?

ע"פ **ב"מ סג.** פסק בשו"ע "הפוסק על שער שבשוק וקיבל דמים ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות מוכר, חייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק (רמב"ם -) ואם חזר בו מקבל מי שפרע {אבל אם פסק עמו עד שלא יצא השער, שהמקח נעשה באיסור, חוזר בו וא"צ לקבל מי שפרע (רי"ו)}".

כתב **הסמ"ע** (כג) עמש"כ המחבר דחייב לקנות, דהיינו דוקא אם ידוע ומצוי למכור אותו דבר בשוק, ואז אפילו ידע הלוקח שאין ביד המוכר ליתנו לו, מ"מ כיון שמצוי הוא לקנות חייב לקנותו ולהשתדלו לו, משא"כ כשאינו מצוי בשוק למכור, ומשו"ה דקדקו הרמב"ם והמחבר לומר הפוסק על שער שבשוק, ובסעיף ה' פסק בדבר שאינו ברשותו לא קנה, דהתם איירי דלא יצא השער בשעת הפסיקה, אולם **הש"ך** (יג) כתב דבסעי' ה' לא בא לומר דלא קנה אלא לענין שיכול לחזור בו וכאן מיירי דמ"מ מקבל מי שפרע ואפילו באינו מצוי י"ל דמקבל מי שפרע, ויצא השער דנקט הכא היינו משום דאלי"כ הוי באיסור ופשיטא דאינו מקבל מי שפרע וכמ"ש רמ"א מיד אחר זה, וכתב דכן משמע בבדק הבית דהא דאמרין דדבר שאינו ברשותו הוי כדשלכ"ל היינו לענין שלא קנה אבל בכל ענין מקבל מי שפרע.

הקצות (ט') והובא גם בפת"ש דלקמן) כתב שנראין דברי הסמ"ע דבאינו מצוי בשוק למכור אין בו משום מי שפרע וכ"כ הכס"מ, דכיון דליכא קנין תורה בדבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו ליתיה במי שפרע, וכתב דבשיטה הביא דזה מח' בין קמאי. **בנתיבות** (ט) "ביאר היטב" (**פת"ש** יא) הפלוגתא דלדעת הסמ"ע דכאן קנין גמור היה מועיל לקנות לגמרי, דכיון שיצא השער ומצוי לקנות חשוב כדבר שברשותו, ובסעי' ה' מיירי כשלא יצא השער ולכך לא קנה אפילו למי שפרע דס"ל דמי שפרע ליכא אלא היכא דמעות קונות בו דבר תורה, והש"ך ס"ל דאפילו קנין גמור לא מהני בפוסק על השער רק למי שפרע, ומי שפרע מקבל ביצא השער אפילו אינו מצוי, דס"ל דמי שפרע לא תלי כלל ביש בו קנין תורה, אלא דאם לא יצא השער ליכא מי שפרע כיון דהוי באיסור, והעיקר כש"ך ובסעיף ה' מיירי בפוסק על דבר מיוחד כגון יין זה דזה הוי שפיר אינו ברשותו, דזה לא שייך לומר שמצוי לקנות, כיון שהקפיד על יין זה דוקא מי יימר דמזבני ליה, וכאן מיירי ביין סתם שמצוי לקנות בשוק ולכך הוי דבר שברשותו, והעיקר כדברי הש"ך דאפילו קנין גמור לא מהני בפוסק על השער רק למי שפרע. **בפת"ש** (שם) האריך וכתב שושב הכהן פנ"מ ומשכנות יעקב פסקו כסמ"ע ואף ציינו לש"ך ביו"ד דפוסק כן, ואילו דעת **בד"ה** דחזר בו מהב"י וסובר כש"ך, והעלה **הפת"ש** דדין זה ספיקא דדינא ויכול המוכר המוחזק לומר קים לי כדעת הש"ך דאפילו קנין גמור לא מהני בפוסק על השער רק למי שפרע, וכמו כן בלא יצא השער אף שפסק בדרך היתר, או אפילו ביצא השער רק שאותו דבר אינו מצוי בשוק לקנות, דבזה לדעת הש"ך מקבל מי שפרע, יכול המוכר לומר קים לי כסמ"ע ודעימיה דאפילו מי שפרע ליכא בכה"ג כיון דליכא ביה קנין תורה, ובזה בלא"ה כבר כתב הב"ח בסימן ר"ד דבכל דוכתי דאיכא פלוגתא דרבוותא לענין קבלת מי שפרע אזלינן לקולא לנתבע. בשו"ת **רע"א** כתב נפק"מ נוספת בין הסמ"ע לש"ך אם מנהג הסוחרים לקנות ע"י האנד געלט והוא בכלל אסטומתא דלפי הסמ"ע דביצא השער כיון דמצוי לקנות הוי כיש לו ומהני קנין גמור ה"נ מהני אסטומתא, אבל לש"ך דמיקרי דבר שלא בא לעולם ורק לענין חיוב מי שפרע א"כ אסטומתא לא מהני.

כתב בשו"ת **רע"א** (**פת"ש** יב) דמלשון המחבר "ואם חזר בו מקבל מי שפרע" משמע דאם חזר מלקנות וליתן לו חייב במי שפרע, אך דעת הר"י מיגאש שהובא בשיטה דדוקא אם קנה ואינו רוצה ליתן לו חייב במי שפרע אבל לא באינו רוצה לקנות כלל והכי משמע מדברי הרא"ש (וכתב הפת"ש דראייתו מהרא"ש תלויה במח' הסמ"ע והש"ך).

סעיף ז

מכר שדה ושייר פירות לאחר האם יקנה האחר? שייר לעצמו האם הבנים יורשים כמו שחולקים מתנת שכיב מרע?

ב"ב קמח. "איבעיא להו דקל לאחד ופירותיו לאחר מהו מי שייר מקום פירי או לא שייר, אם תמצי לומר לאחר לא הוי שיור לעצמו חוץ מפירותיו מהו אמר רבא אמר רב נחמן אם תמצי לומר דקל לאחד ופירותיו לאחר לא שייר מקום פירי דקל לאחד ושייר פירותיו לפניו שייר מקום פירי מאי טעמא כל לגבי נפשיה בעין יפה משייר". **התוס'** **רמב"ם** ו**טור** פירשו הבעיא לענין מכר ומתנה, ואילו **הרשב"ם** לענין שכיב מרע.

ב"ב 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".

וז"ל השו"ע (ע"פ דף קמח -) 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 (ואם אמר בפירוש אני משייר לשמעון בלא"ה אינו כלום דשיר יש כאן מתנה אין כאן וכסימן רי"ב, ש"ד), אבל אם שייר לעצמו, בעין יפה שייר ואמרינן דשייר מקום הפירות, אף על פי שלא פירש { ואין חלוק בזה בין מכר בין מתנה, הן מתנת בריא הן שכיב מרע (רשב"א), ויש חולקין במתנת שכיב מרע (ראב"ד) הסובר דבמתנת שכיב מרע דאינו אלא לאחר מיתה לנפשיה לא משייר ולא מידי) וע"ל סי' רי"ב סעיף ג' }. (ע"פ דף סג -) 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 (רע"א: וגם אינו יכול למכור זכות זה לאחר), אפילו מת בעודה ביד לוקח ראשון, אלא אם כן פירש לי ולירשתי (דכיון דאין לו אלא משום דאמרינן דבעין יפה שייר לנפשו, לא מהני אלא לו ולא ליורשו, סמ"ע בשם הטור). { י"א (רמב"ן) דווקא שאינו משייר דבר מסוים, דאז לא הוי רק כתנאי בעלמא ולכן צריך לפרש לי ולירשתי, אבל שייר לעצמו דבר מסוים, כגון בית ואומר על מנת שדיוטא אחת שלי, יורשין בניו זכותו אחריו }.

ביאר הסמ"ע (כד) ברישא דלא קנה שמעון כלום, אפילו מכר לשמעון הפירות ואפי"ה ילקחן ראובן עם השדה בחנם, וכתב ה^{נתיבות} (י) דפשוט שהמוכר צריך להחזיר לשמעון מעותיו, ומי"מ אין המוכר יכול לטעון מקח טעות היה, דמיד שמכר לראובן הקרקע נקנה לו הפירות, ואף שאמר פירות לשמעון כיון שלא התנה עם ראובן דרך תנאי לא נתבטל המקח, אך אם לפי שיווי המקח יש אונאה בקרקע עם הפירות עד פלגא, יכול לבטל המקח מטעם אונאה, דלא גרע מאילו לא פירש פירותיו לשמעון דאם היה שיעור אונאה בטל המקח.

גבי "לי ולירשתי" כתב רע"א בשם תשובת הרשב"א דירשתי יורשיו בכלל ואם אמר לי ולבני דוקא ולא לבן בני, ואם אמר לי ולזרעי הכל בכלל אף בן בתו ובת בנו.

סעיף ח

האם ניתן להתנות בדבר שלא בא לעולם?

ע"פ הרא"ש על ב"ב ס"ג דלעיל פסק בשו"ע "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 { דאף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום יכול להתנות על דבר שלא בא לעולם (טור), כיון שהשעבוד כבר בא לעולם, באה"ג }".

ביאר הסמ"ע (כח) ברישא הטעם דאין מתבטל דבכה"ג דאמר בלשון שיור לא תלה המקח בכך, אלא שייר לנפשו מהמקח פירות, אבל אם אמר ע"מ שתתן, שלא ביקש לשייר מהמקח כלום, אלא התנה תנאי במקח וממילא כשלא יקיים התנאי המקח בטל, ולרא"ש אפילו לא אמר לשון תתן לי, אלא ע"מ שיהיה לי כך וכך פירות בכל שנה, ג"כ ביטול המקח תלוי בביטול התנאי, כל שלא אמר לשון שיור.

האם ניתן להסתלק בדבר שלא בא לעולם?

הוסיף הרמ"א ע"פ המרדכי "וכן לסלק עצמו וכחו מדבר שלא בא לעולם הואיל ועדיין לא זכה בו ועיין באבן העזר סימן צ"ב", וכתב הסמ"ע (כט) דהאי נתינת טעם בא לומר דהא דמהני לשון סילוק בלא קנין גמור, דע"ז קאי שם המרדכי היינו דוקא בדבר שעדיין לא זכה בו, הא אילו כבר זכה בו לא מהני סילוק בתנאי בעלמא או בלשון דין ודברים אין לי בנכסייך כ"א בקנין גמור.

הקצות (יא) האריך לדון בגמ' בכתובות פ"ג דאמרי דבי ר' ינאי דהמשנה הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיו אוכל פירות מנכסיה בחייה ואם מתה יורשה אך אם מכרה מכרה קיים, ומיירי בכותב לה ועודה ארוסה וכדבר כהנא דאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא יירשנה, וכדבר דאמר רבא האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו, ודעת הר"ן שם דאף בדא' מהני סילוק וכוונת רב הונא להשמיענו דאפילו בתקנת חכמים דאלים טפי דעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה מהני סילוק, אולם **המהראנ"ח** הסתפק בשיטת התוס' אי ס"ל דדווקא במידי דרבנן והוא לטובתו מהני סילוק אבל בדבר שזוכה מן התורה אף על פי שהוא לטובתו ומעשיו גרמו לו לא מהני סילוק או דאין חילוק בין דא' לדרבנן ובכלהו מצי להסתלק כיון דמעשיו גרמו והם לטובתו, והכריע דכל שעתיד לזכות מן התורה לא מהני סילוק.

הקצות האריך להוכיח דמהני סילוק בדא' וביאר דלרב דס"ל דמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו קיים ה"ה דמהני סילוק בדאורייתא ומשום דהא בהא תליא, וכוונת התוס' דהסוגיא הנ"ל אזלא דלא כרב, וא"כ לדינא כיון דק"ל באה"ע לח/ה כרב יהודה בקידושין י"ט דאמר בדבר שבממון תנאו קיים אפילו בדבר תורה, א"כ ממילא מהני סילוק בדאורייתא, ועוד דן בדברי הרשב"א בקידושין דמשמע דתנאה שלא על דרך מחילה לא מהני [והקשה הקצות א"כ היכי מהני סילוק בדבר תורה בדבר שלא בא לעולם, הא למחול אינו יכול בדבר שלא בא לעולם וסילוק חשיב אין לי דין עליך והו"ל מתנה על מה שכתוב בתורה דאפילו בממון כה"ג תנאו בטל, וכתב הקצות דלולי דברי הרשב"א היה נראה דגבי ממון אפילו באומר על מנת שאין לך עלי דין נמי מהני וכן משמע ברש"י וברמב"ן דאפילו מתנה שלא יתחייב נמי מהני ליה, ומשום דהתורה לא חייבתו אלא ברצונו של זה ואם אין רצונו בחיובו ליכא חיוב כלל, ולא דמי לעל מנת שאין בו אונאה דמשמע דאין בו דין אונאה ועוקר דין תורה לגמרי, ודוקא עלי הוא דמהני, דהיינו ברצונו שלא יתחייב לו, ועל מנת שאין בו, עוקר דין תורה ממש]. עוד דחה (יב) מש"כ **המהרי"ט** דאם סילק יוכל אח"כ לחזור משום דאיתי דיבור ומבטל דיבור, דליתא דהיכא דסילוק מהני תו ליתיה בחזרה.

< ע"פ הג' **מרדכי** כתב ברמ"א 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, שכל מה שיתן לו יחלוק עם חבירו, דקנה, וע"ל סימן קע"ו סעיף ג' דיש חולקין".

סעיפים ט – י

ע"פ ב"ב **קמח**. הנ"ל פסק בשו"ע "מכר או נתן דקל לאחד ופירותיו לאחר, לא שייר **מקום הפירות**, וראשון קנה דקל ופירותיו, ושני לא קנה כלום. אמר לאחד קנה דקל חוץ מפירותיו, שייר לעצמו גם מקום הפירות שהם הענפים, ואין ללוקח אלא הגזע לכשייבש", וביאר **הסמ"ע** (לא) דלעיל בסעי' ז' מדובר אם שייר ונתן מקצת פירות לאחר, וקמ"ל בו רבותא דאחר, דאע"ג דגם לבעל השדה הקנה מתחילה פירות, אפ"ה לא מצי מקני מקצת הפירות לאחר, וכאן קמ"ל רבותא דנפשו, דאפילו אם שייר כל הפירות לנפשו אפ"ה הוה שיורו שיור, וזה שהקנה לו האילן לא קנה וזכה אלא הגזע לכשיתיבש וכדמסיק.

סימן רי – המקנה לעובר שלו או לעובר אחר

סעיף א

המזכה לעובר שלו או של אחר, מה הדין? ואם אמר לכשיוולד או לא אמר, מה הדין? והאם יש חילוק בין בריא לשכ"מ, ומה הדין בבן בנו?

באזוז דין יש הבדל בין אם האב הוא המקנה לבין אדם אחר?

דעתו של אדם קרובה אצל בנו, האם יש חילוק בין אבא לסבא, ובין אבא לאמא, והאם יש הבדל בין בריא לשכ"מ, ומה הדין בירושה דממילא?

מה הדין במוכר דבר שלא בא לעולם לבנו, האם זוכה או לא?

הלכה אין אדם מקנה למי שאינו בעולם, באיזה מקרה אדם מקנה למי שאינו בעולם, ציון את כל התנאים הדרושים כדי שהקנין יחול?

משנה ב"ב קמ: "האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה ילדה זכר יטול מנה, נקבה מאתים ילדה נקבה נוסלת מאתים, אם זכר מנה אם נקבה מאתים וילדה זכר ונקבה זכר נוסל מנה נקבה נוסלת מאתים, ילדה טומטום אינו נוטל אם אמר כל מה שתלד אשתי יטול ה"ז יטול ואם אין שם יורש אלא הוא יורש את הכל". **גמ' ב"ב קמב.** "דאמר רב נחמן המזכה לעובר לא קנה לכשתלד קנה ורב הונא אמר אף לכשתלד לא קנה ורב ששת אמר אחד זה (עכשיו) ואחד זה (לכשתלד) קנה". **קמב:** "אמר רבי יצחק אמר רבי יוחנן המזכה לעובר לא קנה ואם תאמר משנתינו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו... והלכתא המזכה לעובר לא קנה".

הרא"ש פסק לכשתלד קנה כרב נחמן דהלכתא כוותיה בדיני, ואילו **הרי"ף והרמב"ם** פסקו דלא קנה, וביאר **הר"ן** (ראה בב"י) דעתם דכי אסיקנא רבי יוחנן והלכתא המזכה לעובר לא קנה אלמא דלא שנא ליה בין אמר לכשתלד למזכה סתם, וא"כ אנן נמי לית לן לפלוגי בינייהו, אך דחה **הב"י** ראיית הר"ן הנ"ל דאין זה כדי להכריע דאיכא לדחויי דרבי יוחנן אית ליה דגבי בנו קנה ומתניתין בבנו מיירי ותו לא איצטריך לאוקמה בלכשתלד.

וז"ל **השו"ע** כרמב"ם "אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, לפיכך המזכה לעובר של אחר לא קנה, ואפילו אמר לכשילד יזכה {ודלא כיש חולקין (רא"ש) וס"ל דאם לא מת או חזר המזכה עד שילד וקנאו במשיכה (דאינו יכול לקנות בסודר דא"כ לכשילד הדרא סודרא למרא, סמ"ע), וישנו עדיין ברשות הזוכה, כשילד אז זכה, אם אמר כשילד (רע"א פסק כרא"ש ואפילו עדיין לא נתעברה) { ואם היה בנו קנה (בעינן שיהא הולד בן קיימא דאז דוקא דעתו קרובה אליו, סמ"ע בשם נ"י), אפילו לא אמר לכשילד, והוא שתהיה אשתו כבר מעוברת בשעת המתנה {ובן בנו כאחר דמי (תשובת הרא"ש, אפילו מזכה בהדיא לבן בנו לא קנה משום דאין דעתו קרובה אצלו, סמ"ע)}. וי"א (נרו' ב"י ברי"ף רמב"ן ועוד) דהא דמזכה לעובר שלו קנה דוקא בש"מ אבל בבריא לא קנה (ב"י: דבשכיב מרע דוקא הוא דמתוך שדעתו של אדם קרובה אצל בנו חששו שמא תטרף דעתו עליו אבל בבריא לא, ודלא כרמב"ם דלא חילק).

כתב **הסמ"ע** (א) דלמחבר אף אם לא חזר בו עד אחר שיוולד אפילו הכי יכול לחזור בו אח"כ, וכדין המקנה דבר שלא בא לעולם בסימן רט/ד, והחולקין שכתב הרמ"א הן היש אומרים שהביא הרמ"א רט/ד דאף בדבר שלא בא לעולם אם אמר לכשיהיה בעולם דקנה, ובסימן רט נתבאר דאם אחר שבא לעולם תפס בו הזוכה אין מוציאין מידו לכו"ע מדינא וה"ה דגם כאן דינא הכי. **הט"ז** חלק עמש"כ דאלו החולקים חולקים ג"כ בדבר שלא בא לעולם דתמוה הוא, דהא החולק כאן הוא הרא"ש וברא"ש משמע באומר חוב זה לכשיבוא לידי אתנו מיקרי דבר שלא בא לעולם, וכ"כ **הנתיבות** (א) בדבר שלא בא לעולם כ"ע מודים דלא מהני רק דס"ל לדבר שלא בא לעולם עדיף.

כתב **הסמ"ע** (ד) דהא דמעוברת לנ"י היינו דוקא לאחר מ' יום, ואילו הטור והשו"ע לא חילקו ואף בתוך מ' יום וכ"ד הב"י (ושם הראה דזה במח' רא' [ויש לציין דכתב הב"י בשם העיטור דצריך הכרת העובר, וראה בספר שער הגן שעל ספר גן המלך דהגירסא לפנינו בעיטור 'דלא' בעינן הכרת העובר]), אולם **הש"ך** פסק כנ"י ומהטור אין ראייה, "דתוך מ' יום לא מיקרי עובר כלל". דעת **גן המלך** דאם נולד לז' חודשים הוי עובר מיום ל"א, וכתב עליו **רע"א** דצ"ע.

כתב **הסמ"ע** (ו) דלא כב"י, דהכא בשונה מסימן רנ"ג גם **הרי"ף** מודה דאין הבדל בין שכ"מ לבריא כיון דכאן מיירי בזיכוי ע"י אחר בקנין גמור, וכ"ד **הש"ך** דמש"כ **הרי"ף** מתניתין בש"מ לא בא לאפוקי בריא בקנין אלא אתא למימר דהמשנה היינו בש"מ, וגם הרמב"ם לא חילק, דמשנתינו דדעתו של אדם קרובה אצל בנו, וכן עיקר דאין חילוק, ואף על פי שבירושלמי חילק לא קי"ל כהאי ירושלמי כיון דבש"ס דילן לא חילקו. גבי ירושה הבאה מאליה: **הרי"ף** פסק כחכמים ביבמות דף ס"ז דירושא הבאה מאליה לא קני, והשיג עליו **הראב"ד** דכיון דקי"ל בב"ב דהמזכה לעובר בנו קנה כ"ש ירושה הבאה מאליה דבב"ב משמע דירושא הבאה מאליה עדיפא ממזכה לעובר ולכן ירושה הבאה

מאליה קני. הרמב"ן תירץ שלר"י בב"ב מדובר בש"מ דווקא, והרא"ש שם השיג עליו דלא מצינו דשכיב מרע יהא עדיף מבריא לענין זה והסכים לדברי הראב"ד דירושא הבאה מאליה קני. הש"ך בשם חתנו יישוב הגמ' בב"ב לר"י דהא דמשמע דירושא הבאה מאליה עדיפא ממזכה לעובר היינו מעיקרא דסוגיא דהוי בעי למימר דעובר קני מטעם זכיה אמרינן מזכה לעובר לא קנה דעובר לית ליה זכיה וירושא הבאה מאליה קנה מצד זכיה אבל למאי דמסקינן דהמזכה לעובר לא קנה ומשנתינו משום שדעתו של אדם קרובה אצל בנו א"כ עובר לית ליה זכיה, ועיקר כר"י.

גבי בן בנו כתב הקצות (ד) דבסימן רנ"ז משמע ברמ"א דס"ל כה"ה דה"ה בת בנו ונשאר בצ"ע דכאן פסק כרא"ש דדוקא בנו, וכן העיר רע"א דמשמע ביה"ד ומהרי"ט דה"ה בבן בנו, ובפת"ש (ג) כתב בשם השב"י דמה דהרמ"א סתם דלא כוותיה י"ל כיון דנכסי בחזקת יורשים קיימי ע"כ אפילו הוי ספיקא דדינא אין מוציאין מחזקת יורשים. גבי אם מזכה כתב בא"ה בשם המבי"ט דלא מהני, וברע"א הביא מחלוקת בפוסקים, ובשב"י (פת"ש א) כתב דמהני.

כתב הפת"ש (א) בשם המבי"ט דמקנה אדם דבר שלא בא לעולם לבנו ולבתו, דדבר שלא בא לעולם או לדבר שלא בא לעולם כי הדדי נינהו, ובפת"ש כתב שהשב"י גם הביאו ותמה עליו דאפילו גבי בנו ובתו אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ומסיים דצ"ע.

< הקצות (ב) כתב בשיטת ר"ח רשב"ם ורא"ש שפסקו כרב נחמן דאמר המזכה לעובר לא קני כשתלד קני, דכתב רשב"ם דאע"ג דבפירות דקל אפילו באו לעולם יכול לחזור בו ואפילו לכשיהיה בעולם, דעובר חשיב בא לעולם קצת ומש"ה אם אמר כשילד מהני, וכתב הקצות דלפ"ז אם ליכא עובר ולא נולד כלל ומזכה למי שילד אפילו אומר כשילד לא מהני וכדמשמע בגיטין דף י"ג, כמו בפירות דקל דלא מהני אפילו אומר לכשיהיה בעולם. [ועוד האריך לבאר שיטת רב האי הסובר דלכ"ע עובר מיקרי דבר שלא בא לעולם, ומה שפסק דבהוכר עוברה אינה מקודשת ובמזכה לעובר פסק כרב נחמן דאמר לכשתלד קנה, ביאר הרשב"א דס"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואפילו לכשיבואו לעולם, דגוף דבר הנקנה בעינן שיהיה ממש בעולם, אבל כשגוף דבר הנקנה בעולם אף על פי שהקונה אינו ממש בעולם כעובר שהוכר ולא בא לעולם לגמרי ומחוסר מעשה שאינו בידו, אפ"ה אם אמר לכשיבא לעולם קנה כרב נחמן, וביאר הקצות נקודת המחלוקת עם הרא"ש אף ששניהם פסקו וכתב כרב נחמן].

< הקשה הלח"מ (אישות ז, בקצות רט,א) על פסיקת הרמב"ם כנ"ל דהמזכה לעובר לא קנה, דהרמב"ם באישות פסק האומר לחבירו אם תלד אשתך נקיבה תהא מקודשת לי אינה כלום, ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר העובר הבת מקודשת (וראה גם לקמן בזה), דמדבריו נראה דס"ל דעובר הוה ליה דבר שבא לעולם, ותירץ הקצות דהא דמזכה לעובר לא קני לאו משום דבר שלא בא לעולם אתינן עלה אלא משום דאינו בר זכיה עד שילד דמעכשיו אין לו יד לזכות ואין זכין לו ולכשתלד זכין לו. עיי"ש עוד דהביא בשם הריב"ש דקודם מתן תורה דבר שלא בא לעולם נמי נקנה, וא"כ יליד בית דכתיב גבי אברהם והוא קודם מתן תורה ועובר שפיר נקנה. [עוד כתב (ג) דמוכר עובר פרתו אחר שנשחטה האם, תו לא הוי דבר שלא בא לעולם ואף על גב דעדיין העובר במעי אמו, דכיון שנשחטה הו"ל כמאן דמנח בדיקולא].

[הנתיבות (רט,ב) הביא דהפנ"י ועוד הקשו על המחבר (רט,ד) דכתב אפילו היתה הפרה או השפחה מעוברת לא קנה כלום, דהא בתמורה יי אמרינן דהקדש חל על עוברין, עיי"ש מש"כ].

סעיף ב

ע"פ ב"ב קמג. פסק בשו"ע "הקנה מקצת נכסין לבהמה או למי שלא בא לעולם, וחזר ואמר לחבירו קנה כבהמה זו או כעובר זה, לא קנה כלום".

סעיף ג

אם הקנה קנין אחד למי שבא לעולם עם מי שאינו בעולם האם הקנין חל?

אמר לחבירו קנה נכסי אתה ובהמה זו, מה הדין בזה?

ב"ב קמג. "דאיתמר קני כחמור לא קנה, את וחמור רב נחמן אמר קנה מחצה ורב המנונא אמר לא אמר כלום ורב ששת אמר קנה הכל", ופירש **רשב"ם** 'קנה מחצה' דהכי אמר ליה אתה וחמור תקנו שניכם הוא מחצה ואתה מחצה ולא איבד האיש חלקו בשביל החמור שלא תלאן זה בזה.

וז"ל **השו"ע** כרב נחמן וככל הפוסקים דהלכתא כוותיה בדיני "אמר ליה קנה נכסי או חפץ פלוני אתה ובהמה זו או אתה ועובר זה קנה הוא מחצה".

כתב **הסמ"ע** ע"פ **רשב"ם** דאם אמר לבנו קנה את ועובר שלי שתתעבר ממני אשתי, נוטל הבן הנולד כבר המחצה בראש, ואח"כ חולקין הוא והעובר לכשילד המחצה השניה.

כתב **רע"א** דדעת **רי"א** דאם אמר זכה את וחמור קנה מחצה ודעת הש"ג דלא קנה כלום, וכתב מהר"ש דזה תלוי במח' במרדכי דהובאה ברמ"א רג"י.

כתב **הקצות** (ה) דהקשו הרא"ה מסוגיא דקידושין נ"א ממעשה דחמש נשים ובהן ב' אחיות וליקט אחד בכלכלה של תאנים ושלחן היתה ואמר הרי כולכם מקודשות לי בכלכלה זאת וקיבלה אחת מהן ע"י כולם שאין אחיות מקודשות, ופריך הא נכריות מקודשות ואמאי את וחמור הוא, ומוקי לה באומר הראויה מכס לביאה תתקדש לי, והקשו הרא"ה היכי פריך את וחמור כיון דק"ל כרב נחמן דאמר קנה מחצה, ו"ביותר תמוה" דברי הרמב"ם שכתב כמסקנא דש"ס באומר הראויה מכס לביאה דכיון דפסק כרב נחמן דקנה מחצה למה צריך לומר הראויה מכס, ותירץ בשם תלמידו מוה"ר יצחק פרענקיל ע"פ מש"כ המרדכי במעשה באחד שהקנה לחבירו בקנין סודר קרקעות ומטלטלין ומעות בבית אחת, ונחלקו בדבר ויש אומרים דדמי לקני את וחמור דפרק מי שמת וכי היכי דלא קני המעות לפי שאין מטבע נקנה בחליפין גם המטלטלין והקרקע לא קנה וכו', ולכ' הוא תמוה דהא ק"ל כרב נחמן דאמר קנה מחצה וביאר בהג"ה החילוק דבנדון זה אמרינן מיגו כי היכי דלא קני המעות לפי שאין מטבע נקנה בחליפין גם המטלטלין והקרקעות לא קני ובקני את וחמור לא שייך למימר התם מיגו כדפירש **רשב"ם** דהו"ל כאילו אמר בהדיא הוא מחצה ואתה מחצה ולמה יפסיד האיש חלקו בשביל החמור שלא תלאן זה בזה, וביאר הקצות תורף דבריו דהיכא דהקנין הוא לאחד ובשני דברים, באחד מועיל הקנין ובשני אינו מועיל, אמרינן מיגו דלא קנה זה לא קנה כלום, אבל אם הקנין הוא לשני בני אדם אף על גב דאחד לא קנה, השני מיהת דבר קנין הוא קנה מחצית, והיינו האי דרב נחמן, וא"כ האי דכולכם מקודשות לי הוי דומיא למי שהקנה לאחד (עיי"ש) דכל המזכה לחבירו ע"י אחד צריך הזוכה להיות שלוחו של המזכה, וא"כ הכא נמי זאת שקיבלה בעד כולם והוית שלוחתו של המזכה והוא המקדש, פריך שפיר את וחמור הוא, היינו כיון שבטל השליחות לגבי אחיות בטל השליחות לגמרי אפילו לגבי נכריות, דהא באדם אחד אמרינן מיגו דלא קנה זה לא קנה כלום, וה"נ כיון שלא נתפס השליחות לגבי אחיות בטלה הכל ואין כאן שליחות כלל, לזה משני באומר הראויה מכס, וניחא גם דברי הרמב"ם.

< כתב **הרמ"א** ע"פ תשובת **הרשב"א** "המקנה דבר למת כל שהוא לצורך קבורתו וכבודו קנה", ולא הוי דומיא דקנה לעובר או לחמור דלא קנה, דכל מה שהוא לכבוד המת זכה בו.

< כתב **הנ"י** (ב"י) בשם **הריטב"א** דכי היכי דאין זכייה לעובר במתנה וירושה כך אין משתעבדין לו דשעבוד וזכייה בהא מילתא דינם שוה כדמוכח בגטין (יג): בשמעתא דמעמד שלשתן ומיהו יכול אדם לזכות לעובר בקני על מנת להקנות כדאיתא בנדרים (מח):.

< כתב **הרא"ש** (דרכ"מ) דהאומר מה שתלד כלתי יטול חלק בנכסי לא הוי כאומר כשתלד אלא הוי כאומר אם תלד ולא קנה.

סימן ריא – דין דבר שלא ברשותו והכותב נכסיו לבנו לאחר מותו

סעיפים א – ב

אדם שאמר לחברו מה שאירש מאבא מכור לך או מה שאירש מאבא היום מכור לך או מה שאדוג היום מכור לך האם זה תופס?

ב"מ טז. "תניא מה שאירש מאבא מכור לך מה שתעלה מצודתי מכור לך לא אמר כלום מה שאירש מאבא היום מה שתעלה מצודתי היום מכור לך דבריו קיימים, מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא אמר רבי יוחנן סיפא מה שאירש מאבא היום משום כבוד אביו מה שתעלה מצודתי היום משום כדי חייו, ופירש רש"י משום כבוד אביו שהיה אביו גוסס וצריך מעות לקבורתו ולתכריכין ומוזהר בכבוד אביו שלא להשהותו בביזיון, וכן הוא בירו' ריף רמב"ם ועוד, וכתב הר"ן בשם הגאונים דדוקא בשאין לאביו תכריכים הא יש לו אין כאן כבוד אביו, וה"ה שאם יש לבן מעות לקנות תכריכין אין ממכרו קיים וכתב הב"י דכן נראה מהרמב"ם.

כתובות צא: "ההוא גברא דזבנה לכתובתה דאימיה בטובת הנאה ואמר ליה אי אתא אם ומערערא לא מפצינא לך", ופירש רש"י שמדובר שהיתה נשואה לאחר ומכר כתובתה בחיי בעלה, ומכר בטובת הנאה כלומר בדבר מועט מפני שהוא ספק שמא תמות וירשנה בעלה או אפילו ימות בעלה בחייה שמא ימות הבן בחייה ולא תבא הזכות לידו ואין ללוקח בה כלום דלא היה זה שלוחו.

וכתבו **התוס'** והרא"ש דמכאן נראה לר"ת דהא דאמרין בב"מ מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום הני מילי בשאמר מה שאירש מאבא סתם אבל אם אמר שדה זו שאירש קנה ואפילו למאן דאמר אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דאי לאו הכי היאך מכר כל עיקר כתובת אמו ללשון א' דרש"י, אולם ללשון ב' דרש"י דפירש זבנה לכתובתה דאימיה שדה שיחד אביו לאמו לכתובתה אין ראייה, אך הביא ראייה נוספת מב"ב **קנט.** "בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת בנו מוציא מיד הלקוחות משום דמכח דאביו דאבא קא אתינא" והתם ודאי בשדה זו שאירש מאבא איירי. **הסמ"ע** (ב) ביאר בקצרה סברת ר"ת דכיון דפירש ובירר מקחו, וירושה ממילא קאתי, לא חשבינן ליה כולי האי דבשלבי"ע, וכ"ד **הש"ך** (ב) בביאור שיטת ר"ת דכיון דפירש ובירר מקחו וירושה ממילא קאתי לא חשבינן ליה כולי האי דבר דבשלבי"ע דכן הוא לשון הרא"ש אבל אם אמר שדה זו שאני לוקח הוי דשלבי"ל אע"ג דאמר זו כדמוכח בב"מ שם ובכמה דוכתי ודלא כלבוש דלמד בר"ת דאף באמר שדה זו לכשאקחנה.

אולם דעת **רב האי והעיטור** דלא כר"ת והעמידו הגמרות הנ"ל בכמה אפשרויות - אחריות דנפשיה קביל עליה וליהדר דמי אבל קרקע לא קנה, ב' אוקימתא בגוססת דומיא דמה שאירש מאבא היום מכור לך, ג' כתובה אינה בכלל הירושות שאין האשה מוחזקת בה עד שתשבע וברשות היתומים היא ולפיכך יכול למכרה אבל ירושה אחרת ודבר שאינו ברשותו אינו יכול למכור (**רבי משה בר חנוך**) ד' מוכר דבר שלא בא לעולם וקדם הלה ותפס ההוא מידי דאקני ליה לא מפקינן מיניה וכמש"כ בסימן ר"ט והכא נמי כיון דזבן וכתב ליה שטרא כמאן דתפיס דמי, וסיים **הב"י** דגם **הרמב"ם** לא חילק בין שדה סתם לשדה זו.

וז"ל **השו"ע** כלשון הרמב"ם "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 {וי"א (ר"ת) דוקא בסתם, אבל אם פירש ואמר שדה זו שאני אירש מאבא מכור לך, קנה וע"ל סימן ר"ט סעיף ה'} (ב) מי שהיה מורישו גוסס ונטה למות, ורצה למכור מנכסיו מעט כדי להוציא הדמים בצרכי קבורה (ובכללם הוצאת התכריכין והאבן שמניחין על הקבר, סמ"ע בשם רא"ש ודרכ"מ), הואיל והבן עני (סמ"ע ע"פ הרא"ה הנ"ל: ואין לו משלו ממון לתקן לו צרכי קבורה) ואם ימתין עד שימות וימכר ישתאה המת ויתבזה, תקנו חכמים שאם מכר ואמר מה שאירש מאבי היום מכור לך, ממכרו קיים {ואין מדקדקים אם מכר יותר מעט ואם לא מצא למכור מעט, מוכר בכדי שיעור שמוצא למכור (ר"ן), אבל אין למכור הרבה יותר מכדי צורך קבורתו, אם לא שאינו מוצא מי שיקנה ממנו מעט, סמ"ע}, (סיפא דברייתא -) וכן צייד עני שאין לו מה יאכל, ואמר מה שתעלה מצודתי היום מן הים מכור לך,

ממכרו קיים משום כדי חייו (ב"י: כרי"ף והרמב"ם דלא הזכירו כדי חייו "היום" ודלא כרא"ש בשם רבינו האי דדווקא היום).

כתב הדרב"מ עמשי"כ "כדי חייו" בסיפא דבין לרי"ף והרמב"ם ובין לרב האי שמעיין אם מכר יותר מכדי חייו לכולי עלמא לא הוי מכירתו מכירה, ודלא כמרדכי בשם ראב"י דהואיל ותקנו משום כדי חייו אותו היום הוא הדין אם מוכר יותר וה"ה כל מקום שתקנו חכמים משום כדי חייו דינא הכי. הסמ"ע (ו) חלק על הבנת הב"י והדרב"מ ברי"ף והרמב"ם וגם לדעתם בעינן דווקא כדי חייו היום וכוונת כולם דמוכר היום, דאף שיהיה לו בו כדי חייו כמה ימים.

כתב רע"א בשם תשובת הגאונים דאם לא מת אביו בו ביום הדרי המעות ללוקח, וכן במה שתעלה מצודתי היום אם לא העלה כלום מחזיר ללוקח דמיו, ואם העלה אפילו חרס בעלמא זכה במעותיו.

כתב הנתניבות (א) שהש"ך רמז לתשובת הראנ"ח ומבואר שם דאפילו מחייב עצמו לקנות דבר ידוע שאינו ברשותו ואינו מצוי בשוק, דלא חל החיוב ואין עליו חיוב לקנותו, ולא מהני חיוב בדבר שלא בא לעולם רק כשמחייב עצמו למכור אותו לכשיקחנה, ואם חייב עצמו בקנס כשלא יעמיד לו אותו הדבר, יש בו משום אסמכתא, ואם הוא באופן המועיל המבואר בסימן ר"ז לסלק אסמכתא לו, מ"מ אם אי אפשר לקנות אותו הדבר כי אם ביותר משוין הוי אנוס ופטור, ואם התחייב עצמו בקנס באם שלא יעשה טעדיקות שימכור לו ומת, הירשין פטורין.

כתב הנתניבות (ב) דאפילו לדעת ר"ת דוקא באם אין יורש אלא הוא אבל אם יש הרבה אחים אף שנפל לחלקו השדה זו שמכר מ"מ לא קנה הלוקח, ולא מיבעיא אם הגיע שדה זו שמכר לחלקו ע"י עילוי דמים אלא אפילו נפל לחלקו עפ"י גורל, מ"מ כיון דקיי"ל להלן סימן רכ"ז דאחין שחלקו לקוחות הן, דמי לשדה זו לכשאקחנה, וראיה לזה מסימן קנ"ד סע' י"ז בהתנה שבאם חלקו יפול אצל ראובן דלא יוכל למחות בו, דאין תנאי זה כלום מטעם זה דאחין שחלקו לקוחות הן. עוד כתב בדעת ר"ת דאין יכול לחזור בן בשדה זו שאירש מאבא קודם שמת אביו כשאמר מעכשיו דכיון דחשיב דבר שבא לעולם מהני תיכף עכשיו הקנין.

< כתב רע"א בשם תשובת הרא"ש דהשותפים שמכר אחד מהם חלקו חצי השדה שמרוח אחד ואמר אם ע"י גורל יבוא זה לחלקי יהא קנוי לך הוי דבר שלא בא לעולם, זולת במכר לו חלקו במקום שהוא שיהא הוא נכנס תחתיו בשותפות עם זה.

< עוד כתב רע"א דאם אמר שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך קנויה לך מהני.

הפקיר דבר שאינו ברשותו האם חל הפקר?

האם יכול להפקיר דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו?

כתב בשו"ת הב"ח (קצות ד' נתיבות א' רע"א סי' רעגב) דהפקר בדבר שאינו ברשותו מהני דעיקר הפקר הוא מדין נדר וכמ"ש הרמב"ם פ"ב מנדרים, והנדר חל בכל ענין, אפילו לא בא לעולם או לא בא ברשותו. הקצות חלק דאינו נראה (וכ"ז מהרי"ק, רע"א שם) דודאי כשם שאין יכול להקנות ולהקדיש כן נמי אינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו והביא ראיה מב"ק ס"ט גבי צנועין ורבי דוסא אמרו דבר אחד אלמא דאינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו למאן דס"ל דאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו. אולם הנתניבות כתב דלק"מ דודאי מודה הב"ח דבזמן שהדבר הוא אינו ברשותו אין ההפקר חל, דהא כתב זה לענין ביטול חמץ כשמבטלו כשיתחמץ וכשהוא כבר חמץ ודאי דמודה הב"ח דאין הביטול מועיל, דש"ס ערוכה הוא בפסחים ו' דבתר איסוריה אין בידו לבטל [ולכך בהא דב"ק ג"כ אינו מועיל הפקר כשהוא כבר ביד הגזלן, והב"ח לא כתב כן רק לענין אי מבטל התבואה לכשיתחמץ שלא יעבור על בל יראה, דחמץ אינו ברשותו ורחמנא אוקמי ברשותו, וכיון דמהני הגילוי דעת קודם פסח לומר שאינו רוצה במה שזיכה לו רחמנא החמץ בפסח, ה"נ מהני כשאומר קודם שנתחמץ איני רוצה במה שזיכני רחמנא בחמץ כשיתחמץ להעמידו ברשותי דמה לי קודם פסח או קודם שיתחמץ, ואפילו קודם שהיה התבואה שנתחמץ תחת ידו יכול לומר כן, כיון שהוא קודם שהעמידו רחמנא ברשותו] ודווקא במסלק עצמו מדבר שיבוא אח"כ ממילא לרשותו לא מהני בדבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו, כגון שמסלק עצמו מירושת אביו שירושה הוא ממילא, וכן במפקיר פירות שיבואו מדקל שלו, אבל לומר אי אפשר לזכות במתנה שיזכה לי האחר, ודאי דיכול לומר, וכן

בחמץ, דרחמנא נתנה רשות לומר לא נחא לי במה דאוקי רחמנא ברשותי, כמו כן יכול לומר קודם לכן לא נחא שיעמידנו רחמנא ברשותי כשיבוא לעולם.

סעיף ג

ע"פ **ב"ב קנט.** פסק בשו"ע "היה אביו נוטה למות (כך העמיד רב האי דאי לאו הכי אפילו הוא עצמו מוציא גוף הנכסים מידם לפי שלא חל עליהם המכר, ב"י, אבל מ"מ חייב לשלם דמי המכר, רשב"א, באה"ג) ולא היה לו צרכי קבורה, ומכר (הבן) 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 (הסב) וזה יורש אבי אביו", וכתב **הסמ"ע** (ז) דנראה דמיירי דנתעכלו המעות אחרי מיתת הבן באופן שלא נהנה מהן אבי אביו של זה להוציא לא בצרכי קבורתו ולא בשאר דברים, דאם לא כן אין טעם לומר שיוציא זה מהלקוחות וא"צ להחזיר הדמים משום דהוא ירש אבי אביו, הא אבי אביו עצמו מאחר שנהנה מהמעות של הלוקח היה צריך להחזיר להן דמיהם (ועיין נתיבות ג').

סעיף ד

ע"פ **רבינו האי** פסק בשו"ע "יש מי שאומר שאם **ראובן לוח מיעקב אביו** ואחר כך מכר נכסיו, ומתו ראובן (קודם) ויעקב, וירש חנוך בן ראובן השטר חוב מיעקב, מוציא מיד הלקוחות הנכסים שמכר אביו, דמצי אמר אנא מאבוב דאבא יריתנא", ודלא כראב"ד דהסתפק בדין זה דשמא לא אמרינן אנא מאבוב וכו' אלא כשמכר בנכסי אביו בחיי אביו שהיתה מכירתו שלא כדין ולא היה ממכרו ממכר, וכתב **הסמ"ע** (ט) דהמחבר כתב דין זה בלשון יש מי שאומר, משום דס"ל דאינו דומה כל כך לדין שלפני זה, דשם מכר הבן דבר שעדיין לא בא לידו מעולם, משא"כ זה דראובן מכר נכסיו של עצמו וברשות מכר כל זמן שלא גבה מינהו אביו מלוה שלו.

עוד כתב **הסמ"ע** (י) דאם יעקב מת תחילה, זכה ראובן בחייו בירושת אביו ונפטר מחוב דאביו ונשארו הנכסים ביד הלוקח.

סעיף ה

משנה ב"ב קלו. "הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו האב אינו יכול למכור מפני שהם כתובים לבן והבן אינו יכול למכור מפני שהם של אב, מכר האב מכורין עד שימות, מכר הבן אין ללוקח בהם כלום עד שימות האב", ופסק בשו"ע ע"פ המשנה והגמ' שם "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 (**נתיבות**): היינו שימכור לו כל הגוף אבל למכור רק גוף לפירות לאחר מיתת האב לא מהני כשמת הבן בחיי אביו), ויזכה בפירות לאחר מיתת הנותן, ויזכה בהם הלוקח (וכריש לקיש ודלא כר' יוחנן דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי דזה חד מתלת -) 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

ע"פ **קידושין כו.** דבעינן צבורים פסק בשו"ע "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 (דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ה"ה) {וע"ל סימן ס' סעיף ו' (כהאי גוונא הנ"ל הוי התם דטוען המקבל שהיתה המתנה ביד הנותן בשעה שהקנה לו)}".

כתב **הסמ"ע** (יב) דאפילו הראב"ד החולק בסימן ס' וס"ל דכל האומר נתתי לפלוני כך וכך הוי הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, היינו משום דשם איירי בשטר הודאה שבא לפני בית דין כתוב בו נתתי לפלוני שאמרינן שכבר נתנו לו באופן המועיל ואין אנו מצווין לחקור באיך ובמה נתנם לו, משא"כ כאן דמיירי בידוע שהקנם לו אגב קרקע ואין מטלטלין נקנים אגב קרקע אא"כ היה לו אז ברשותו, וביאר **הנתיבות** (ד) דר"ל דשם מיירי שכתוב בלשון עבר נתתי דהוא לשון הודאה, אבל הכא מיירי שאומר

בלשון הוה אני נותן מקרקע ואגבו מטלטלי, שאינו לשון הודאה רק לשון קנין, צריך להביא ראיה, ובלא זה אין פירוש לדברי הסמ"ע, דמה הפרש יש בין שידוע שהקנה לו באגב כמו בכאן או בקנין סודר כמו בסימן ס'.

סעיף ז

פקדון או מלווה ביד אחרים בשטר או בע"פ אם יכול המפקיד או המלווה למכור לאחרים ובאיזה קנין, מה הדין אם הנפקד כפר בפקדון?

ב"ב עז: "מטבע דלא ניקני בחליפין ואגב ארעא ניקני כי הא דרב פפא הוה ליה תריסר אלפי זוזי בי חוזאי אקנינהו ניהליה לרב שמואל בר אחא אגב אסיפא דביתיה", ופסק בשו"ע כלשון הרמב"ם **מ"י שהיה לו פקדון ביד אחר**, הרי מקנהו במכר או במתנה, לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא, והרי הוא בחזקת שהוא קיים (דאין פקדון להוצאה ניתנה אבל מלוה להוצאה ניתנה). ואם כפר בו זה שהופקד אצלו, אינו יכול להקנותו, שזה כמי שאבד, שאינו ברשותו (**קצות**: דהוי גזלן). אבל המלוה, הואיל ולהוצאה ניתנה, אינה בעולם ואין אדם יכול להקנותה אלא במעמד שלשתן, ואם היה מלוה בשטר, מקנה את השטר בכתובה ומסירה, שהרי יש כאן דבר הנמסר, לקנות שעבוד שבו".

כתב הש"ך (ה) דמי שיש לו משכון ביד אחרים דעת התוס' דמה שיתר על החוב יכול להקדיש ולמכור אבל גובה תחלה חובו, וכתב הש"ך דיש חולקים דהמותר אינו יכול להקדיש ולמכור וצ"ע וכתב דיש לחלק ולומר דדוקא בהקדש אבל במכירה כ"ע מודו דיכול למכור.

כתב הרמ"א **ע"פ הראב"ד** "ראובן לוח 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 (ובתוך הזמן שהיה בידו לפדותו אכל ראובן הפירות ובא ראובן להוציא השדה מיהודה לפי שלקחה קודם שזכה שמעון בהשטר), ונתן לוי לשמעון השטר שבידו, מכירת שמעון קיימת אף על פי שהיתה קודם הזמן".

< כתב **ושב הכהן (פת"ש א)** בנידון דראובן השכיר בית לשמעון על שנה **ותוך זמן השכירות מכר לו הבית שיחול זמן המכירה אחר שנה**, ותוך שנה הנ"ל מכר שמעון הבית ללוי, מי אמרינן כיון שזמן המכירה הוא אחר שנה, וקודם שהיה חל המכירה מכר לאחר לא קנה לוי, משום דהוי כאומר שדה זו לכשאקחנה קנויה לך דלא קנה, או דילמא כיון שדעת רוב הפוסקים דשכירות ליומא ממכר הוא לכל דבר א"כ כיון שהשכיר לו לשנה ומיד אחר זמן השכירות היה חל המכירה, לכן הוה כאילו הבית של שמעון אפילו תוך השנה, והסתפק בראייה שהביא מהתוספתא כיון שהרא' לא הביאה, וסיים בצ"ע.

סימן ריב - דין מקנה דירת בית או חצירו או מקדיש דבר שלא בא לעולם

סעיף א

קיי"ל שאי אפשר לעשות קנין על דבר שאין בו ממש כגון זכות שימוש וזכות אכילה פירות. מה האופן המועיל להקנות דבר שאין בו ממש?

כיצד מועיל קנין בזכויות יוצרים?

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", וביאר **רשב"ם** "שהדירה אין בה ממש להקנותה ופירות דקל נמי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכיון דמתנת בריא אפילו בקנין סודר לא קני דמילי לא מיקנו אא"כ הקנה לו החפץ כגון דקל לפירותיו, ובית לדור מתנת שכיב מרע נמי לא קניא דמילתא דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע שאין שכיב מרע

חמור מן הבריא אלא דאמירתו במקום קנין של בריא הוא והיכא דאין קנין מועלת בבריא אמירה בשכיב מרע לא מהניא מידי הלכך אין מועיל עד שיאמר תנו בית זה לפלוני".

כתב **הב"י** דמשמע מדברי הרשב"ם שטעם ידור וטעם יאכל פירות אינם שוים דטעם ידור הוי מפני שאין בדירה ממש וטעם יאכל פירות מפני שלא באו לעולם דיש בפירות ממש, וכתב דלכן השמיט הטור יאכל פירות ולא כתב א"כ הקנה לחבירו דירת ביתו (כלומר דמדברי הטור נראה דווקא אם לא באו הפירות לעולם הא באו לעולם מהני לשון יאכל דהו"ל דבר שיש בו ממש, קצות) אבל **הרמב"ם** כתב גם יאכל פירות לפי שמפרש דידור ויאכל פירות תרומיהו הוא מטעם שאין בהם ממש דכיון דאמר יאכל ואכילה אין בה ממש אפילו אי לא הוה טעמא דלא באו לעולם לא קנה. המחבר לקמן העתיק כרמב"ם, **והסמ"ע** (א) נטה לרשב"ם – "אף שהפירות הן בעולם מ"מ שם האכילה דבר שאין בו ממש הוא, ובטור לא כתב זה, ובדרישה כתבתי שאפשר שכ"ע מודים לרמב"ם בזה לענין דינא ודלא כב"י". עוד הביא הב"י דעת **הג' מרדכי** דטעמא משום דלא אמר ידור כך וכך זמן וידור שעה אחת משמע.

כתב **הקצות** (א) דהקשה הבני יעקב על שיטת הטור (ע"פ הב"י ולא כדרישה) דמפורש ברא"ש גבי נדר דבאיני אוכל הוי דבר שאין בו ממש, וביאר הקצות דאינו דומה שאיני אוכל ביד דהוא לשון שלילה דודאי הו"ל דבר שאין בו ממש אבל קונם שאני אוכל הו"ל דבר שיש בו ממש [אך הוסיף דמיהו אינו ראייה שיחול הקנין בלשון אכילה אע"ג דהוי ממש לענין נדר משום דהשו"ע ס"ל דהוא דומה לקנין אתן, ואילו הטור דס"ל דמהני לקנין אין בו קושיא מנדר, דהא בנדר נמי דוקא שאיני אוכל ביד הוא דלא חייל דהו"ל לשון שלילה ובקונם שאני אוכל התם בנדר נמי חייל על האכילה עצמה וכרא"ש].

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "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 {האומר ידור פלוני בבית זה ולא קצב זמן הדירה אפילו רק שעה אחת במשמע (הג' מרדכי)}".

ביאר **הסמ"ע** (ג) במש"כ הרמ"א בשם הג' מרדכי דלאו דוקא קאמר האי דינא באומר ידור פלוני בבית זה אלא אפילו הקנה לו הבית לדירה נמי שעה אחת משמע כיון דלא קצב לו זמן, אלא דלשון המרדכי נקט, והוא היה צריך לכתוב בלשון זה דא"כ הא אפילו שעה אחת נמי לא קנה, דדירה דבר שאין בו ממש הוא וכמ"ש לפני זה, אבל אין לומר דלשון ידור פלוני בבית זה הו"ל כאילו הקנה לו הבית לדירה, דשם במרדכי כתב בהדיא דלשון זה הוה אין בו ממש. עוד כתב (ד) דלא דמי למש"כ הרמ"א בשם י"א בסימן ס"ג דהמקבל עליו לזון לחבירו סתם או יתן לו ק' זהובים לשנה דנפטר בשנה אחת מנדרו דמשמע הא שנה אחת עכ"פ צריך לזון, דהיינו דוקא שם דגילה דעתו שרוצה לזון שנה לפחות, הא קיבל עליו לזון סתם אפילו ביום אחד סגי ומטעם דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ודלא כ"א שכתב הרמ"א שם לפני זה כל ימי חייו או כל זמן שצריך משמע והוא דעת הרשב"א. **הש"ך** (ב) חלק על הסמ"ע דמפורש בהג' מרדכי וכן בעיטור דבהקנה לו גוף הבית לדירה קנהו לדור בו לעולם לכ"ע, ורב נחשון בהג' מרדכי דיבר בידור פלוני בבית זה דלא אמר כלום משום דשעה אחת במשמע. **הנתיבות** (א) כתב דרך נוספת "להכריע" דוודאי אם אמר הריני נותן לך הבית לדירה כונתו לעולם, אבל כשאמר מקודם רק ידור פלוני שאז אינו במשמע רק שעה אחת כמ"ש הרמ"א, דאז אף שקיבל קנין אח"כ דמהני שכתב הרמב"ן הטעם דהקנין בא לחזק הדברים ומגופו של קרקע קנו מידו, ודאי דאמרינן דבא להקנות לו גוף הקרקע לדירה על זמן הראשון שאמר דהיינו על שעה אחת, דמהיכי תיתי נאמר שבשעת קנין חזר והקנה לו על זמן אחר ממה שאמר בראשונה, ולא כתב הרמ"א דידור משמע שעה אחת רק להקדמה על הדין שכתב אח"כ בקנין שבא באחרונה, וא"צ "לדוחק" שכתב הסמ"ע דלישנא דידור לאו דוקא. **החת"ס (פת"ש ג)** כתב דדעת רבינו האי ורוב הפוסקים דקיימו בשיטתיה ס"ל אפילו במקנה לו ביתו לדור בו נמי אינו אלא שעה אחת וכסמ"ע (והא דאמר רב נחמן בית לדור בו קנה, מיירי בקובע לו זמן להדיא או שאמר לו לעולם).

כתב **בנאות דשא (פת"ש א)** אודות שוכרים מהממשלה רשות לשחוט שנותנים בעד שני חדשים לבטחון שאם יחזרו בהם בתוך המשך אזי נחלט אותו סך לממשלה, ודרכם להתפשר עם יחידי העיר שכל אחד שוכר מהם רשות לעצמו למשך שנה שיהיה לו רשות לשחוט ולאכול בשר כאוות נפשו, וכל

יחיד המתפשר נותן ג"כ למחזיקים בעד שני חדשים מקודם, והעלה דאע"פ שזהו דבר שלא בא לעולם, דהא שום אדם אינו מחויב ליתן הנתינה ההיא רק בעת שאוכל בשר, וגם הוי דבר שאין בו ממש, דהא אינו שוכר רק רשות בעלמא שיהיה לו רשות לשחוט ולאכול, מ"מ נקנה השכירות ההוא ואין שום אחד מהן יכול לחזור כאשר ביאר מהרש"ל בתשובה ל"ו לענין שוכרי רשות למכור י"ש, וכל הטעמים שכתב מהרש"ל שם שייך גם בזה, דהוא ג"כ מנהג ודינא דמלכותא שהשוכר אותה הנתינה הן של עיר שלימה הן ששוכר לעצמו הוא קונה, ואופן הקניה ע"פ המנהג או בתקיעת כף כדרך התגרים או ע"פ כתב, ושוב לא יוכלו לחזור זה בזה, וכעין זה כתב בנו"ב (פת"ש ב') גבי זכות בגוף העיר לדור שמה ונהגו למכור הזכות לאחר שהוא "דבר שאין בו ממש" ומוכר דירת ביתו דהכא יוכיח "אבל כיון שנהגו כן צריך לומר שזה מסלק נפשו מזכות שיש לו וממילא זוכה בו האחר ע"פ דינא דמלכותא ואין כאן קנין רק סילוק וגם על זה יש לפקפק אלא שכבר נהגו".

כתב בפסקי המשפט (אות א) דע"פ תשובות הנ"ל י"ל דמה שנהגו למכור תוכנות מחשבים אע"פ שהתוכנה אין בה ממש, י"ל שהמקח חל ¹ מדין סיטומתא או ² מדינא דמלכותא. בשו"ת שואל ומשיב (א,מד) כתב שאסור למכור ספר שכתב אחר בלא רשותו מכח חוקי המלך שם וכתב בנוסף "ודאי שספר חדש שמדפיס מחבר וזכה שדבריו מתקבלים ע"פ תבל פשיטא שיש לו זכות בזה לעולם והרי בלא"ה אם מדפיסים או מחדשים איזה מלאכה אינו רשאי אחר לעשות בלא רשותו.. ולא יחא תורה שלימה שלנו כשיחה בטילה שלהם וזה דבר שהשכל מכחישו.. ומש"כ (השואל).. שהמחבר לא כתב איסור, הנה אף אם לא היה כתוב איסור, היה אסור ³ להשיג גבולו". על טענתו 'ולא תהיה תורה שלימה שלנו וכו' כתב הרב אשר וייס (הובא במאמר של הרב ניר אביב) שהיא טענה "גדולה וחזקה היא", דאף אם לא יהיה בזה גזל גמור, הלא בהכרח כך היא ⁴ מידת הצדק והישר, והסכמת כל האומות כולן מוכיחה שע"כ כך הוא שורת הצדק, ואין לד חילול ה' גדול מזה שרק אנו בני א-ל חי שנצטוונו ללכת בדרך הישר והטוב וניתן לנו 'ספר הישר' בחורב, רק אנו נלך בדרכים עקלקלות בכחש ובעושק, ולא תהא תורה שלמה שלנו כשיחה בטלה שלהם. במאמר של הרב ישועה רטבי סיכם המקורות למעמד זכויות היוצרים (שיר, אומנות, יצירה) וממילא חל איסור להעתיקם והביא שכתב ⁵ בתשובת חת"ס (חו"מ עט) שקיים איסור מדין יורד לאומנות חבירו.

< המשיך הרמ"א (תשובת רמב"ן -) 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 ("כשכתבו בסוף השטר וקנינא לפלוני על מה דכתוב ומפורש לעיל מהני, שהחזרת השטר שבסוף ליפות כחו כתבוהו, שלא כתבו ב' פעמים בכדי", רמב"ן). אבל אם לא כתוב בשטר רק וקנו ממנו שנותן לו לדור בביתו, אינו כלום, דאז עיקר הקנין קאי על הדירה ואין בדירה ממש. (מרדכי -) 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".

הפת"ש (ד-ה) סיכם חילוקי הדינים העולים מהרמ"א בשם הרמב"ן ע"פ רע"א - אם כתב קנו ממנו שנותן לדור בביתו וגם לא החזירו הקנין בסוף השטר, ודאי אינו כלום, אם כתב שנתן לדור וקנו ממנו, אף שלא החזירו ודאי מהני וכ"ש אם החזירו, אם כתב קנו ממנו שנותן לדור והחזירו, הוא ספיקא דדינא. אם לא הזכיר קנין בתחילה רק כתב שנתן לדור, ולא בא הקנין תיכף ומיד רק בסוף השטר כתב וקנינא מיניה, לדברי שי למורא לא מהני, ולדברי רע"א מהני. אם כתב שנתן פירות דקל או דמי שכירות וקנו ממנו, לדברי הגאון מליסא מהני, ולרע"א הוי ספיקא דדינא, עיי"ש.

סעיף ב

ע"פ ירו' ותוספתא שהביא הרא"ש פסק בשו"ע "וכן המוכר לחבירו אויר חורבתו ואויר חצירו, אינו כלום, אלא אם כן הקנה לו חצרו להכניס בו זיזין, וכן כל כיוצא בזה".

סעיף ג

ב"ב סג. "תנו רבנן בן לוי שמכר שדה לישראל ואמר לו על מנת שמעשר ראשון שלי מעשר ראשון שלו.. שיורי שייריה למקום מעשר. 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 עלייה על גבה בונה. בשלמא לרב זביד היינו דקתני זאת אומרת אלא לרב פפא מאי זאת אומרת קשיא".

ב"ב קמח: "אמר רבא אמר רב נחמן אם תמצא לומר בית לאחד ודיוטא לאחד לא הוי שיור חוץ מדיוטא הוי שיור ואליבא דרב זביד דאמר שאם רצה להוציא בה זיזין מוציא אלמא כיון דשייר דיוטא מקום זיזין נמי שייר".

וז"ל השו"ע "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". כתב באה"ג דזה כפירוש רשב"ם אך התוס' בשם ר"ת הקשו על פירוש דהא הכא לא מיירי במכירת חצר אלא במכירת בית והמוכר בית לא מכר חצר, ודעת ר"ת להוציא בה זיזין אם הוא בונה בנין בחצר ורוצה להניח ע"ג הדיוטא את הזיזין מניח אע"פ שהוא מכביד על הכותל, והרמב"ם פסק נמי כרב פפא וכתוס' דק"ל כרב זביד וכל שכן כרב פפא דטפי אמר רב זביד מרב פפא, והקשה מדוע המחבר לא כתב כמ"ש הרמב"ם וביאר דאפשר שס"ל שגם דין הזה שכתב הטור הוא אמת כשמכר הבית והחצר כמו שביאר הטור דבריו בסי' רי"ד, אולם עדיין היה למחבר ג"כ לפרש כאן ולומר שמכר לו בית והחצר, וכ"ד הסמ"ע (י) דמש"כ הטוש"ע "מכר לו בית" ר"ל בית והחצר.

ז"ל הרמ"א ע"פ תשובת הרמב"ן "ואם שייר לעצמו זכות וגם שייר לאיש אחר, אמרינן כמו ששייר לעצמו בעין יפה ובאופן המועיל כן שייר לחבירו, דודאי על ענין אחד נתכוין, ועיין לעיל סימן ר"ט סעיף ז", וכתב הסמ"ע (יא) דלא דמי למש"כ הרמ"א בסימן רג"י אם קנה דבר שמועיל בו קנין עם דבר שאין בו ממש דיש בו פלוגתא, דשאני הכא דשניהן שוין דבעינן ששייר לנפשו מקום לדירה, אלא שלגבי נפשו אמרינן מסתמא ששייר המקום, מש"ה אמרינן כיון דההקנאה היתה בפעם אחת, כמו ששייר לגבי נפשו כן שייר ג"כ לאחר, משא"כ התם דבחליפין דנקנין בו המטלטלין אינן נקנין המעות, ומשום הכי נמי פסק בסימן רט"ד במקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם, דלא קנה הדבר שלא בא לעולם, כיון דלדבר שלא בא לעולם לא מהני קנין ולדבר שבא לעולם מהני הקנין כמות שהוא, מהיכי תיתי לומר שכונתו היתה לשייר המקום ולהקנות ע"י הדבר שלא בא לעולם. הש"ך (ג) האריך בלשון תשובת הרמב"ן ולמד בדבריו דלא זכה האחר, עיי"ש.

סעיף ד

מה הפרש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירות?

כתב הרמב"ם פכ"ג (ה-ו) והעתיקו השו"ע "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 יחרוס, אבל הקונה לזמן קצוב (אפילו לזמן קצר כמו שנה, סמ"ע) הוא בונה וחרוס ועושה בכל זמנו הקצוב, כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם" והשיג הראב"ד "איני מוצא מוכר לזמן קצוב שיבנה ושיחרוס אלא באומר נכסי לך ואחר כך לפלוני". וכתב ה"ה "ולי נראה שהמחבר מדמה המוכר לזמן קצוב למוכר בזמן שהיובל נוהג דבין קרוב בין רחוק עושה בו כל חפצו", וכ"כ הסמ"ע (יב) דראיית הרמב"ם מקונה בזמן שהיובל נוהג, שהקונה קרקע בזמן הבית שהיא חוזרת ביובל לבעליה, וקודם היובל היא ברשות הלוקח לעשות בה מה שלבו חפץ, ולא חילקה התורה ולא רז"ל בזה אפילו לא קנאה אלא שנה או פחות קודם היובל.

כתב הסמ"ע (יג) דכתב הרמ"א באה"ע (צ,ט) שאשה שמכרה נכסי מלוג שלה לאחר שנשאת, דהלוקח יכול למחות בבעלה שלא יבנה ולא יחרוס, משמע אבל אם לא מכרה אין האשה בעצמה יכולה למחות בו, והוא מהאי טעמא שבעלה קנאה כל ימי חייה, והא דכתב שם דהלוקח יכול למחות הוא לשיטת הרמב"ם באישות דכתב שם המחבר בשמו דאשה שמכרה הבעל אינו מוציא מיד הלוקח גוף הקרקע כי אם הפירות.

סעיף ה

[מה הפרש יש בין המוכר שדה זו לפירותיה ובין המוכר פירות שדה זו לחבירו?]

עוד בשו"ע ע"פ רמב"ם שם (ה"ז) "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", וכתב הכס"מ "וא"ת והלא הפרש גדול יש ביניהם דמוכר שדה לפירותיה קנה ומוכר פירות שדה זו לא קנה. וי"ל דהכא מיירי במוכר שדה זו באופן שקנה הלוקח כגון שעשה שבועה שהוא מחוייב לקיים שבועתו.. א"נ דכי אמרינן לא קנה היינו שאם אחד מהם רוצה לחזור בו הרשות בידו ועתה שואל אם שניהם רוצים לקיים תנאי מה דינם", אולם הסמ"ע (יד) והש"ך (ה) הבינו דמדובר כאן דהפירות כבר באו לעולם דאז הקנין חל וכמש"כ הטור, ודלא כהבנת הכס"מ.

סעיף ו

[מה הפרש יש בין הקונה שדה זו לפירותיה ובין השוכר שדה זו מחבירו? האם יכול שוכר

שדה להשכירה לאחרים?]

עוד פסק בשו"ע ע"פ רמב"ם שם (ה"ח) "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 (דאם נהגו בעליה בקרקע זו להובירה דהיינו לזרוע שנה ובשנה שאחריה אינן זורעין אסור השוכר לשנות, סמ"ע) כמו שיתבאר בסימן ש"כ". והשמיט את הסיפא ברמב"ם - "ואין השוכר רשאי להשכיר אבל הקונה מקנה לאחרים כל מה שקנה".

הקשה הב"י על הסיפא הנ"ל דהרמב"ם בהל' שכירות (ה,ה) כתב שלא אמרו אין השוכר רשאי להשכיר אלא במטלטלין מפני שיכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אבל לא בקרקע וחלק על האומרים דגם בקרקע אין השוכר רשאי להשכיר, וכתב דאין לומר דהתם בית הכא שדה דאדרבה בבית שייך קלקול יותר וכמו שאמר שם הראב"ד אבל בשדה לא שייך למימר הכי, ואפשר דלדברי החולקים קאמר שיש חילוק זה ודוחק דלמה ליה לכתוב חילוק לדעת החולקים עליו "וצ"ע", ואילו הדרכ"מ כתב דלא קשה דכאן מיירי להשכירה לבני אדם רבים יותר מבני ביתו ובזה מודה אף הרמב"ם כמבואר בסימן שט"ז. כתב הסמ"ע (טז) דהמחבר השמיט דאזל לטעמו שבב"י דבקרקע השוכר רשאי להשכיר, וכתב הסמ"ע דאכן יש חילוק בין שכירות בית לשכירות שדה, דבבית כשימסרנו לידו בשלימותו צריך להחזירו לידו כמו שמסר לו וקלקולו ניכר, משא"כ בשדה דיכול להכחישה בזריעה התמידית או שיזרע בה דברים המכחישים הקרקע ולא יהא נראה ונודע שהכחישה.

סעיף ז

אדם רוצה לתת את פירות פרדסו לכשיגדלו/לקנות קרקע לטובת גמ"ח, באיזו לשון תחול

ההתחייבות? במקרה שמת לפני שנתן, האם היורשים חייבים לקיים את דבריו?

הקדיש קרקע שאינה ברשותו האם חייב לקיים את דבריו? ואם הקדיש ריווח עתידי ולא

הפריש אותו האם חייב לשלם לאחר זמן? (וכן לקמן)

ע"פ הרמב"ם (סוף פכ"ב) פסק בשו"ע (ולדעתו בב"י גם שיטת הרא"ש כן) "דין ההקדש ודין העניים ודין הנדריים 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, והואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים, או כל שכר בית זה לעניים, זכו בהם העניים", ודעת הרמ"א כגאונים שהביא הרמב"ם בהמשך "וי"א דלא קנו ההקדש ולא הצדקה כלום דאין אדם מקדיש דבר

שלא בא לעולם (שאין העניים זוכין אלא בדברים שהדיוט קונה בהן, ולפיכך לא יזכו בדבר שלא בא לעולם) וממילא דבריו בטלים (והרמב"ם דחהם שאין אדם מצווה להקנות אך מצווה לקיים דבריו בצדקה או בהקדש כמו שהוא מצווה לקיים הנדר), אבל אם אמר כשתלד בהמתי, או יוציא אילן זה פירות וכיוצא בזה, אתנג להקדש או לעניים חייב לקיים דבריו מטעם נדר (ובזה כ"ע מודו, והרמב"ם חלוק על הגאונים רק מתנג לצדקה, סמ"ע ושי"ך בטור ורמ"א) "והמשיך הרמ"א ע"פ הראב"ד והמרדכי "ודוקא אם הנודר קיים, אבל אם כבר מת אינו כלום שהרי אינו כאן שיקיים נדרו, וסברא האחרונה היא עיקר, וכן ראוי להורות (וכ"פ הרש"ל והש"ך). ועיין לקמן סי' רנ"ב סעיף ב'. ואם נשבע לקיים המקח, עיין לעיל סימן ר"ט סעיף ד"י.

כתב הטור דדעת הרא"ש נוטה לגאונים דכתב "מי שאמר חוב שיש לי על פלוני יהיה הקדש או לעניים לאו כלום הוא שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם אא"כ יאמר חוב שיש לי על פלוני כשיבא לידי אתנגו לעניים או לצדקה אז חייב לקיים דבריו וצריך להקדישו או ליתנו לצדקה כשיגבנו" – וכתב הסמ"ע (כ) דב"כשתלד בהמתי או יוציא אילן זה פירות וכיוצא בזה" דלעיל, גם לרא"ש דאין צריך לומר 'ויבואו לידי אתנגו', דהא מיד כשתלד בהמתו או יוציא אילנו פירות הו"ל כאילו בא לידו.

בענין המח' הרמב"ם והראב"ד, ביאר הב"י סברותיהם דדעת הראב"ד דמי מחוייב לתתו לעניים השכיב מרע ליתיה בעולם והיורשים לא נדרו ולא חל עליהם נדר מורישם, ואילו ברמב"ם י"ל דכיון שאומר מורישם כל מה שיוציא אילן זה לעניים והם היו באותו מעמד (סמ"ע) ושמעו ושתקו סבור וקביל והוה ליה כאלו נדרו הם בעצמם וחייבים לקיים נדרם. הסמ"ע (יט) יישב הרמב"ם דכל שאומר כן הו"ל כאילו הקנה הבית לעניים עד שקיבלו השכירות וכן האילן לפירות, ואין בניו יורשים אותו הדבר עד שיקיימו תחילה לנדר וסברת הראב"ד דכיון שלא קיבל עליו אלא עד שיבוא לעולם שאז יתנגו, והוא מת קודם שבא לעולם, נמצא דאף לאחר שבא לעולם אין הנדר והחוב חל על מי לתנגו מכח קבלה הראשונה. הקצות (ג) יישב דעת הרמב"ם ע"פ הרב המגיד דאף במתנת שכיב מרע אע"פ שאין הנודר קיים מצוה לקיים דברי המת כמו שהוא מחויב אם היה קיים (וראה בזה לקמן רנב/ב), והיינו דאע"ג דהיכא דלא הושלש מתחלה לכך לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת, אבל הכא שהיה מחויב בדבר אם היה קיים עדיפא ולא גרע מהשליש מתחלה לכך. הפת"ש (ט) הביא דכתב המהרי"ט בדעת הב"י דס"ל דנודר לעניים כיון דכתיב בפ"ך זו צדקה אית ביה שעבוד נכסיו ולא גרע משאר חוב (וראה בכל זה עוד במש"כ בסימן רנב/ב). הפת"ש דייק בראב"ד דמשמע דאם מת אחר שבא לעולם מחויבים היורשים לקיים. עוד מבואר בדברי הפת"ש דרוב הפוסקים סברי כרמ"א שהאריך כן גם בשו"ת שלו לדחות דעת הב"י.

כתב בשו"ת חת"ס (פת"ש ח) דמח' הרמב"ם עם המרדכי לגבי חוב הבנים בהקדש האב היינו אם הניח האב אחריו נכסים אך אם לא הניח אחריו לית דין ולית דיינא שיתחייבו הבנים לשלם נדר אביהם. [עוד מבואר בתשובה שאין אב יכול למכור בנו ולא להקדישו ומה שנוהגים למכור הבנים אינו מכירת גופם או הקדש, אלא חוששים שמא נגזר על האב הזה שימותו בניו ע"כ מוכרו לאחר לומר שהוא יהיה אביו מעתה ולא יקרא עוד שמו עליו].

האם אמרינן מצוה לקיים דברי המת בדבר שלא בא לעולם?

בספר משפט הצוואה (ג,א,ה) האריך בזה בשאלה האם אמרינן מצוה לקיים דברי המת בדבר שלא בא לעולם, ובתחילה הביא דדעת מהריב"ל (ג,מג) ומהרשד"ם (חו"מ שכ"ג) דאמרינן מצוה לקיים דברי המת אף בדבר שלא בא לעולם, והוכיח זה גם מדברי הרב המגיד שהוזכר בקצות לעיל (מכירה כב,טז) שכתב ברמב"ם דאם ציוה אדם כשהוא שכ"מ ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים או כל שכר בית זה לעניים זכו בהם העניים, וכתב הרב המגיד שאף במתנת שכ"מ אע"פ שאין הנודר קיים מצוה לקיים דבר המת כמו שהוא מחויב אם היה קיים, [וכ"פ באחיעזר (ג,לד), הובא בפסקי המשפט רנב,ה) גבי אחד שציווה לתת כספי הביטוח שיקבל לפלוני], אולם דעת שו"ת דברי ריבות (סימן קצ"ו) דלא אמרינן מצוה וכו', ובערך השלחן בסימן רנב כתב דגם המהרשד"ם והמהריב"ל דס"ל דאמרינן מצוה וכו' לא אמרו דבריהם אלא כשהזוכים היו מוחזקים בדירה.

סעיפים ח - ט

קנה קרקע והיה בדעתו לכונן ממנו הקדש ולא הוציא מפיו כלום, האם חייב לכונן את הקדש?

גבאי צדקה לאחר תפילת שחרית הרים קולו וביקש צדקה מהמתפללים ואחד המתפללים חשב או אמר שייתן לו סכום מסוים, האם יכול לחזור בו?

כתב השו"ע (ח) "קנה קרקע אדעתא שיעשנו הקדש ולא הוציא מפיו כלום" י"א (מרדכי) דכיון שגמר בלבו לתת לצדקה חייב ליתן ויש מי שאומר (תשובת הרא"ש) דאף על גב דכתיב כל נדיב לב עולות חולין מקדשים לא ילפינו, והאידנא 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 ב"ד סוף סימן רנ"ח (מהרי"ק)}."

כתב בפסקי המשפט ע"פ המחבר ושו"ת קנה בושם דאם חשב ליתן לעני שיבוא אליו סכום מסוים, ולבסוף עד שהגיע אליו יתחרט ורוצה לתת סכום פחות, יכול לחזור בו, דאפילו מחשבה ליכא, שהרי לא חשב להפריש המעות מיד לצדקה אלא רק כשיבוא העני אצלו, וכל עוד שלא בא לפניו אין מחשבה זו לכלום, וכמו כן אם חשב בלבו ליתן צדקה לעני מסוים, ואינו מוצאו ליתן לו, יכול להחזיק המעות לעצמו.

וז"ל השו"ע (ט) ע"פ תשובת הרא"ש "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", וכתב הרמ"א "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 בדברי הרמב"ם, וכאן בדברי הרא"ש, אינו נכון".

הסמ"ע (כב) יישב דברי המחבר דדוקא במה שתלד פרתי ויוציא אילני שהן דברים שבאין ממילא ס"ל לרמב"ם דחל עליו הנדר וצריך לקיימו, משא"כ כאן דקנין בית הוא דבר שאינו בידו ולא יבוא ממילא, והרא"ש כתב דוקא בגביית חוב שהוא ג"כ דבר שאינו בא ממילא דלא חל עליו הנדר אם לא שאמר לכשיבוא לידי אתננו, וכן הסכים הש"ך (יב) וכתב דאין מי שסובר בשדה זו שמכרתי לך לכשאקחנה ממך תיקדש דקדשה דגמי מפורשת בכתובות דף נ"ט דלא קדשה, אולם בהגהת הש"ך כתב דקושיית הרמ"א נכונה ומה שחילק בסמ"ע א"א לומר כן שבהדיא משמע ברמב"ם בערכין שאין לחלק (ר"ל דהרמב"ם שם הביא ראיה ממה שאמר יעקב 'כל אשר תתן לי עשר אעשרנו' וזהו דבר שאינו בא ממילא, פת"ש) ומה שהקשה הש"ך מכתובות לק"מ דהתם מייירי מטעם הקדש לא הוי הקדש אבל מכל מקום ס"ל לרמב"ם דצריך לקיים מדין נדר ונפק"מ שאם נשאל על נדרו.

בחת"ס (פת"ש י) יישב הרמב"ם דאשר תתן לי עשר אעשרנו הוה כמו דבר שבידו, שאין אדם בעולם שלא יתן לו ה' להחיות נפשו ולהשתכר בשום דבר ואפילו ע"י מתנת בשר ודם מ"מ מה שיתן לו ה' אעשרנו, אבל האומר לכשאקנה שדה זו או אשתכר בסחורה זו הוא דבר שאינו בידו כלל ובזה יש חילוק, אם אמר אתננו הרי נדר חל על גופו לתתו כשיבוא לידו, אבל אם אמר יהיה לצדקה לאו כל כמיניה.

בבאה"ג כתב דרך נוספת המתאימה לדברי הרמ"א שדין זה רק לשיטת הרא"ש, כלומר שדין זה הוא נמשך לסעי' ח' למש"כ "ויש מי שאומר" כי כל זה עד סוף סעי' ט' הם דברי הרא"ש וחלוקת הסעיף שרשמו ט' אינו מחלוקת המחבר והא דלא הביא דעת הרא"ש לעיל כי נראה לו דעת הרמב"ם עיקר אך כשהביא דין קנה קרקע שהיא משאלות ששאלו לרא"ש והביא דעת הי"א שכיון שגמר בלבו וכו' ודעת היש מי שאומר דאע"ג וכו' והם דברי הרא"ש - סיים ג"כ כל דברי הרא"ש שם בתשובה אף על גב דלא ס"ל הכי כיון שהוא נכלל בתוך מה שכתב ויש מי שאומר לא מנעו מלכתבו.

סימן ריג – פירות כוורת ופירות שובך באיזה ענין קנה

סעיף א

[מה הדין במוכר פירות שובך או פירות כוורת? מה ההבדל במוכר פירות דקל?]

ע"פ משנה ב"ב פ. פסק בשו"ע "המוכר פירות שובך או פירות כוורת לחבירו קנה, (רמב"ם -) 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".

הקשה הב"י דהכי נמי נימא במוכר פירות דקל דקנה משום דאינו אלא כמוכר דקל לפירותיו, וביאר דכיון דמוכר פירות אילן או פירות שדה אין לו רשות ליכנס בקרקע שלא ברשות בעל השדה והטעם לפי שרוב האילנות אינם צריכים עבודה אלא פרי ממילא רבו (ואע"פ שיש אילנות שצריכים עבודה סתם מוכר פירות לחבירו כבר האילן והשדה נעבדים ואין לו ליכנס בשדה אלא בשעת אסיפת הפירות ואפילו אם מכרם לו קודם עבודה אינו צריך ליכנס בשדה אלא ימים מספר שהם צריכים לעבודה ואחר כך לא יכנס עד האסיף), משא"כ בלוקח פירות שובך שהוא צריך ליכנס שם בכל יום להאכיל היונים ולוקח פירות כוורת גם הוא צריך לבקרום בכל יום להכניס הנחיל היוצא פן ילך לו ודומה ללוקח אמת המים שאע"פ שכוונתו לדגים שלא באו לעולם המכר קיים לפי שבכל יום הולך לצוד ציד ועי"ל דכיון דשובך וכוורת הם טפלים לגבי פירותיהם דסתמן אינם שוים כל כך הוה ליה כמוכר שובך וכוורת לפירותיהם מה שאין כן במוכר פירות אילן ושדה שהם טפלים לגבי אילן ושדה, ודלא כראב"ד דפירש ברמב"ם דאומר שמוכר שובך לפירותיו, אלא כנ"ל ברמב"ם דא"צ שיאמר. ³ בסמ"ע (א) פירש דמדלא אמר פירות יוני שובך פלוני או יונים שיוולדו לי בשנה זו אני מוכר לך נשמע מלשונו דכוונתו היתה להקנות לו היונים שיוולדו לו באופן המועיל, וכאילו א"ל השובך מכור לך ליונים שיוולדו לתוכו וכן הכוורת לדבשו, וכדי שלא נאמר שאף אם אמר לו אני מוכר לך השובך ליונים שיוולדו לא יהיו נמכרים עמו כיון שהן דבר שלא בא לעולם ואין היונים יולדו מגוף שובך כמו פירות האילן שיצאו מגוף האילן, משו"ה אמר שדומה למוכר אמת המים, דכמו שהדגים אינם נולדים מגוף המים אלא נתגדלו בתוכו ונמכרים כמו מי שמוכר אילן לפירותיו.

סעיף ב

ע"פ חולין קמא. והרמב"ם פסק בשו"ע "הביצים והאפרוחים עצמם שיש בשובך, לא קנה אותם בעל השובך כל זמן שלא פרחו (דאם פרחו לית בהו איסור דלא תקח האם על הבנים, סמ"ע וראה ב"י), ודבר זה תקנת חכמים הוא ומשום לא תקח האם על הבנים נגעו בה, לפיכך הרוצה להקנות אפרוחים וביצים אלו לחבירו, מטפח על השובך עד שיפרחו האמהות ויגבהו מעל הארץ, ואחר כך יקנה אותם לחבירו באחד מדרכי הקנאות המטלטלין".

סימן ריד – המוכר בית סתם מה נמכר עמו

סעיף א

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם וכרוב הרא' ע"פ משנה וגמ' ב"ב סא. וכרב יוסף (ועיין בב"י) "המוכר דבר שיש לו תשמישים, לא מכר את התשמישים אלא"כ פירש, כיצד מכר את הבית לא מכר את היציע שסביבות הבית אף על פי שהוא פתוח לתוכו (ר"ל שאין לה פתח אחר אלא שמן הבית נכנסים לתוכה ואפ"ה לא אמרינן שבטילה גבי בית להיות נמכר עמה מסתמא, סמ"ע) {וי"א (רא"ש) אפילו מכר לו מצרים החיצונים}, בד"א, כשהיה רוחב היציע ארבע אמות או יותר, אבל פחות מזה, הרי הוא בכלל הבית {אפי' אינו פתוח לתוכו (טור)}, וכן העלייה שעל גבי הבית הפתוחה לתוכו בארובה במעזיבת הבית (ר"ל שאין לעלייה פתח אחר משא"כ יציע הבנוי מן הצד כשהוא רחב ד' אמות) הרי הוא בכלל הבית {וכל זה לא מיירי אלא בשעת המכר או מתנה, אבל מי שהודה שמכר ביתו או נתנו לחבירו, הכל

בכלל, דאין צריך להודות רק על הכלל ולא על הפרטים (רשב"א, כגיטין ס"ד דהאומר גירשתי את אשתי נאמן ואצ"ל ואמרתי הרי את מותרת לכל אדם) }."

הוסיף הסמ"ע (ה) על הגהת הרמ"א בשם הרשב"א דדוקא בהודה דרך סיפור בעלמא אמרינן דאף דלא פירש כל הפרטים קנה גם הפרטים, אבל אם כיון המוכר או הנותן להקנותו בהודאה זו, ודאי צריך לפרט כל הפרטים, כיון דזה תחילת קנינו הוא לפנינו שבא להקנותו לו ע"י הודאה, אף שאומר בלשוננו שהקנהו לו כבר.

סעיף ב

ע"פ משנה וגמ' ב"ב סא. וכרמב"ם פסק בשו"ע "המוכר את הבית לא מכר את החדר שלפנים ממנו אע"פ שמצר לו מצרים החיצונים {ו"א דוקא בחדר שרחב ארבע אמות (רא"ש)} ולא את הגג (אפילו אינו מקורה ומגופף, סמ"ע בשם נ"י) בזמן שיש לו מעקה גבוה י" טפחים ויש לו רוחב ארבע אמות".

ביאר הסמ"ע (ו) סברת הרמב"ם דהיו רגילין לבנות חדר לפנים מהבית להצניע שם ממונם וכליהן ואין תשמישן לדור בו כתשמיש הבית והיציע, משו"ה אף שאין בו ד' אמות וגם הוא בתוך המצרים אינו נמכר בכלל הבית, משא"כ ביציע דהכל מודים בו שאם אין בו ד' אמות והוא בתוך המצרים דהוא נמכר בכלל הבית, והרא"ש הוזהר דין חדר ליציע.

בבית אפרים (פת"ש א) הסתפק גבי אחד שצוה בצואת שכיב מרע לתת ביתו עם כל החדרים לפלוני ויש שם בבית שני חדרים שתשמישן שוה לשל בית ועוד יש שם חדרים המושכרים למוכרי קמח [דמחד לא מיבעיא כשפירש ואמר עם כל החדרים דודאי נקנה גם החדרים שאינם דומין לתשמיש הבית דכל ריבויא הוא, אלא אפילו אי לא אמר כל, דלתוס' תיבת חדר פתרונו שאין תשמישו כשל בית, ואפילו נימא דלרשב"ם לא מיזדבן אף בשוה תשמישו כי אם במצר לו מצרי אבראי, מ"מ בנידון דידן ודאי החדר שתשמישו שוה לבית נתון בכלל בית, דשנינו בדף ע"א דבד"א במוכר אבל בנותן מתנה נותן את כולה וכ"פ בסי' רט"ו, וא"כ לישנא יתירא דקאמר בהדיא החדרים, היינו אף אותן שאין תשמישן דומה לבית, אך צ"ע דכיון שאותן החדרים מושכרים למוכרי קמח א"כ אפשר שאין זה בכלל חדרים רק בכלל חנויות וחנויות אף בחצר אין נמכרין אלא א"כ רוב תשמישן לגאון, ולעיקרא דינא מבואר ברמב"ם דאין כל הדברים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג, והדבר ידוע דבזמננו לשון בית פתרונו על כל הבניינים והחדרים העומדים על קרקע השייך לו כל גבולו מסביב.

כתב בשב"י (פת"ש ב) גבי אחד שהשכיר חדר לחבירו ובתוך אותו חדר יש עוד חדר קטן שאין בו ד' אמות, דאין לחלק בין מוכר למשכיר דברמב"ם ובטור בסימן שט"ז מבואר דשכירות שוה לגמרי למכירה, אלא דיש לחלק דדוקא לשון בית משמע לכל תשמישי בית ואפילו תשמישין הרבה בכלל משא"כ חדר בלשון בני אדם חדר מיוחד משמע, אין בכלל אלא מה שבפרט ויד השוכר על התחתונה ועליו להביא ראיה.

כתב הקצות (א) דכתב בתשובת הרא"ש גבי ראובן שהיה לו בית ונפלו בו הקורות ונשארו האבנים והקורות בביתו ולא בנאו, לסוף נפטר ונתן חצי הבית לשתי בנותיו והחצי הנשאר נתן לאשתו ושאר מטלטלין, וטוענות הבנות שהקורות והאבנים הם בכלל מתנת חצי הבית, והאשה טוענת שכל הקורות והאבנים הם בכלל מטלטלין, דהדין עם הבנות כיון שהיו הקורות והאבנים ברשות ראובן ולא שלח בהם יד למוכר נראה שהיה בדעתו שאם תשיג ידו שיחזור לבנות הבית, ודמיה להא דאמרינן בב"ב ס"ח המוכר את השדה מכר את האבנים שהם לצורכה ואת הקנים שבכרם שהן לצורכו גם אלו הקורות והאבנים היו עומדין לבנות בגוף הבית, וכ"ש הכא דהוי מתנה דנותן בעין יפה נותן וכתב הקצות דכיון דמדמה לה הרא"ש להאי דמכר את השדה א"כ אפילו במכר דינא הכין ולפי שנדונו במתנה כתב כל שכן במתנה.

עוד המשיך השו"ע ע"פ משנה וגמ' ב"ב סד. "ולא את הבור ולא את הדות (בור בחפירה דות בבנין) {ואעפ"י שמצר לו המצרים החיצונים (רא"ש)} אע"פ שכתב לו שמכר לו עומקא ורומא {וכתב לו ג"כ ולא שיירית בזבינא אילין כלום (רא"ש)}, ויש חולקין אם כתב לו ולא שיירית וכו' (ר"ן), וכתב הסמ"ע דאם מצר לו מצרים וכתב לו קנה לך כל מה שבתוכו כ"ע מודו דנמכר כל מה שבתוכו דלשון זה מהני טפי מכתובת ולא שיירית) { (כר"ע במשנה דהמוכר בעין יפה מוכר וכגמ' דף סה -) וצריך המוכר

לקנות דרך מהלוקח כדי להכנס לבור זה או לדות זה ששייר, ואם אמר ליה מכרתי לך הבית חוץ מהבור או הדות, אינו צריך לקנות לו דרך, וכן המוכר בור אות דות בלבד, אין הלוקח צריך לקנות לו דרך, אלא נכנס לתוך ביתו של מוכר עד הדות וממלא {בד"א, שאין ללוקח דרך אחר חוץ מזה אבל אם יש לו דרך אחר אין לו דרך בביתו של מוכר (ריב"ש)}."

כתב **הסמ"ע** (ח) דבור ודות אפילו אינן רחבים ד' אינן נמכרין עם הבית, ומשו"ה דקדק הרמ"א בסעי' הבא 'אבל כל שאינו רחב ד' אמות כו' עד קנה גג בזה' ואילו בור ודות לא הזכיר, ודלא כלבוש דס"ל דשוין הן.

ביאר **הסמ"ע** (יא) דדוקא בכעין זה דהבור ודות מעצמן נשארו למוכר בלא תנאי ואפשר להתקיים שיורו דבור ודות על ידי קניית הדרך מהלוקח, אבל במוכר דקלו לחבירו ושייר פירותיו לנפשו כיון שגילה דעתו שמבקש לשייר לנפשו, גם א"א לו להיות השיור דפירות אם לא ששייר לו מקום מוצא פירות הדקל, בזה אמרינן דבעין יפה שייר לנפשו כל הצריך לו, וכסימן רטז.

סעיף ג

ע"פ **ב"ב סג:** פסק **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "המוכר בית לחבירו, **אע"פ שכתב לו הקניתי לך עמקו ורומו**, צריך לכתוב לו קנה מקרקע התהום עד רום רקיע, שהעומק והרום אינה נקנה בסתם, וכיון שקנה העומק והרום קנה הרום שהוא האויר בלבד והעומק שהוא עובי הארץ, אבל לא קנה הבנינים שבעמקים ושבאויר, וכיון שכתב לו מקרקע התהום עד רום הרקיע, קנה הבור והדות שבעובי הקרקע ומעזיבות והמחילות שבין המעזיבות למעלה {וגם הגג אף על פי שיש לו גובה עשר ורוחב ד', אבל כל שאינו רוחב ד' וגובה עשרה, בכלל בית הוא ואפילו לא כתב ליה עומקא ורומא קנה גג בזה (**רמב"ן**)}."

סעיפים ד – ה

האם ניתן להוריש אויר לדירה? (ראה סימן רעו), ומה הדין להקנות? וכן מה יהא הדין בשויר? באר ופרט דעת **השו"ע** והרמ"א.

פסק **בשו"ע** (ד) ע"פ **הטור** וה"ה (כד, טו) "אם לא כתב לו עומק ורום כלל, אלא מכר הבית סתם, אין לו באויר שעל גג הבית ולא למטה ולא כלום, בין בבית בין בחצר, שלא קנה אלא עד ראש כותלי החצר. ואם בא להגביה ולבנות על אויר הבית או לחפור תחת הקרקע, אינו רשאי, דעומק ורום משויר הוא. ואם בא מוכר לבנות עליה באויר על גב עמודים, בונה, אבל אינו יכול לבנות על הכתלים שמכר. וכן אם בא לחפור מבחוץ ולהשפיל תחת קרקע הבית עושה (ר"ל חופר בחצירו סמוך לבית שמכר ויעמיק החפירה גם תחת הבית שמכר), ובלבד שלא יזיק בחפירתו לבעל הבית, וי"א (ר"י אבן מגאש) שאינו יכול לחפור תחת הקרקע כדי שלא יזיק (ס"ל דאפילו סובר החופר שלא יזיק אפ"ה אינו יכול לחפור משום חשש רחוק שמא יזיק וכשלא יחפור יהיה ניצול הלוקח ודאי מאותו היזק, סמ"ע), ואם כן מה מועיל שיור עומקא, שאם חפר הלוקח בו בורות שיחין ומערות הרי הם של מוכר. **ויש מי שכתב** (רשב"א) שאם מכר לו חורבה ולא כתב עומקא ורומא, כיון דסתם חורבות עשויות לבנות, יש לו באויר כדי רומו של בית והוא כדי שיקח אדם חבילה בינונית על ראשו ויכניס ויוציא ולא יצטרך לכוף ראשו, ובשדה ובכרם מן הסתם קנה הרום, שהרי אין עשויים לבנות על גביהם ואינו משיירו אבל לא קנה העומק, שהרי הם עשויים לחפור (**סמ"ע**: והנ"י בשם הרא"ה כתב דבשדה וכרם אף עומקא הקנה ליה בסתמא דהא צריך הקונה ליניקת זרעים והאילנות מן התהום). וכשכתב לו עומק ורום, אם בא להגביה ולבנות באויר או להעמיק ולחפור, מעמיק ומגביה אבל לא קנה בבנינים שבעמקים ושבאויר, ואם כתב לו מארעית תהומא עד רום רקיעא לבד, אע"פ שלא כתב עומקא ורומא קנה הכל (לאפוקי ממ"ד דבעינן שיכתוב גם זה ואז מיתור לשון אמרינן שהקנה לו כל אלו, סמ"ע) וכתב **הרמ"א** בשם **ר' יהודה בן הרא"ש** "ראובן שמכר בית לשמעון וכתב לו מתהום ארעא ועד רום רקיעא, והיה לו בית סמוך לזה, ונכנס בית הכסא מבית הנשאר לראובן לבית שמכר, אין הלוקח יכול לסתום החפירה שתחת ביתו, דלא מכר לו שיפסיד ביתו וכל כיוצא בזה".

כתב השו"ע (ה) "י"א (ר' יונה) דבחצר קנה כל האויר אע"פ שלא כתב לו רומא כיון שאין מקום מסויים למעלה, ויש מי שחולק (רשב"א) {וכמו שנתבאר בסמוך (סע' ד')} " וכתב הרמ"א "וסברת י"א נראה לי שכן ראוי להורות".

על שיטת ר' יונה כתב הסמ"ע (כה) דכתב הטור בשם הרא"ש דה"ה בחורבה, והמחבר שהשמיט הא אפשר דס"ל דכ"ש הוא כיון דחורבה עומד לבנין משא"כ חצר והראיה דהרשב"א חולק בחצר ולא בחורבה, אך כתב דאינה ראייה גמורה, דשם כתבו דבונה החורבה עד כדי שיעור בית לבד, וכאן כתב דקנה בחצר כל אויר שע"ג אפילו גבוה מיניה.

עוד כתב הרמ"א ע"פ תשובת הרשב"א "מכר לראובן בית ולא כתב לו עומקא ורומא, שאין האויר נקנה לו למעלה, ומכר אחר כך כל בתים שלו לשמעון, לא קנה שמעון האויר שעל הבית שמכר לראובן, אע"פ שכתב לשמעון מתהום ארעא עד רום רקיעא, מ"מ מאחר שמכר בית זה כבר לראובן ולא שייך לעצמו רק האויר שאין בו ממש, ולא יוכל להקנותו כדלעיל סימן רי"ב (רע"א) ע"פ דרישה: מ"מ יכול המוכר לעשות שליח במקומו למי שירצה לבנות באויר ויכול הנותן רשות לחייב הבונה בסך מה בחיוב גמור והבונה יתן לו שטר סילוק להחוב כ"ז שיניחנו לדור שם). ואם יש גג על הבית שמכר לראובן, מאחר שנמכר לשמעון שיש בו ממש ה"ה האויר שעליו, וכן אם הבית עומד בחצר המוכר, ומכר החצר וכל אשר בו, נמכר האויר עמו וקנאו שמעון הקונה החצר (סמ"ע): גם כאן איירי ביש לו גג ונמכר לשמעון בכלל מה שכתב לו כל מה שבחצר אני מוכר לך אף על גב דלא פרט לו מכירת הגג, וכיון שקנה הגג קנה גם האויר שעליו עמו".

כתב הסמ"ע (כו) דכוונת הרשב"א דאע"פ שכתב לשמעון בפירוש עומקא ורומא של אותו בית שמכר לראובן וכתב לו הבית לרומא, אפ"ה לא קנה, ולא דמי למוכר דקל לפירותיו, דשאני דקל דאין הפירות בעולם לפיכך א"א לשיירן אלא א"כ שייך הגוף לפירות, אבל האויר של בית ממילא משויר, דלא נכנס בכלל מקחו דראובן כיון דלא כתב לו רומא, נמצא דאין לו בגוף הבית כלום, משו"ה אין יקנה לזה האחר האויר ע"י גוף שהוא של אחר ואין למוכר עצמו חלק בו, וכתב דנלמד מזה דאף אם נשאר האויר משויר ביד המוכר ויש לו רשות לבנות בו ע"ג עמודים וכנ"ל בסע' ד', אפ"ה אינו יכול לחזור ולמכור זכותו לאחר, דמ"מ אינו מקנה לו אלא האויר והאויר לאו בר הקנאה הוא, ואף דלרמב"ן החולק עם הטור מודה דבשייר לנפשו מתחילה דיכול למכור זכותו לאחר, ולא פליגי אהדדי כי אם כשבא המוכר למכור כאחד לזה הבית ולזה העלייה, היינו דוקא העלייה דהוא דבר שיש בו ממש ובר אקנויי הוא, ולא בנידון זה שאויר לאו בר ממש הוא.

סעיף ו

ע"פ הרמב"ן פסק בשו"ע "המוכר לחבירו בית ולא כתב לו עומקא ורומא אם נפל הבית אין הלוקח יכול לבנות אלא כשיעור הראשון, ואפילו כתב לו עומקא ורומא והיתה עליה בנויה ע"ג עמודים, כיון שלא קנה הלוקח, אם נפלה חוזר ובונה אותה (סמ"ע): ר"ל המוכר, אבל אם גם הבית דלוקח נפל, כתב ה"ה בשם ר"י מגאש דאין למוכר כח לחזור ולבנות העלייה ע"ג אפילו ע"ג עמודים, וצ"ע אם קי"ל כוותיה), אבל אם מכרה המוכר לאחר ונפלה, אזדא ליה ואין הלוקח יכול לחזור ולבנותה (כיון דעלייה זו בנויה באויר, ואויר אין אדם יכול להקנות לחבירו, משו"ה כשנפלה לא נשאר אלא האויר, ומתחילה לא חל הקנין עליו אלא אעצים ואבנים דעלייה כל זמן שהן בעין, וכדנפלה אזדא ליה, אבל כשלא מכר העלייה לאחר וגם לוקח הבית לא קנאה, נמצא דנשארה להמוכר עם האויר, וכל שמשייר האויר לנפשו ממילא נשאר בידו לעולם, סמ"ע), אבל הקונה עלייה בנויה על גבי בית ונפלה, חוזר ובונה אותה (דכיון דמשועבד הבית לעלייה, אף כשנפלה הרי מקומו נשאר עומד קיים ויש בו ממש ואין שם אויר עליה, סמ"ע)". כתב הסמ"ע (כח) דרבותא קאמר בבנויה על העמודים, דאע"ג דבנויה באויר, אפ"ה אם נפלה יכול לחזור ולבנות וכדמסיק וכ"ש אם העלייה בנויה ע"ג הבית עצמו.

סעיף ז

ע"פ ב"ב סא: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המוכר לחבירו בית בבירה גדולה (בית גדול ובתים קטנים פתוחים לתוכה והוא עומד באחד מהן ואומר בית זה אני מוכר לך והבירה אינה עשויה לתשמיש אלא לדירה והילוך, סמ"ע), אף על פי שמצר לו מצרים החיצונים, ואף על פי שיש שם מעט שקורים לבירה בית, לא קנה אלא הבית בלבד, שמצרים הוא שהרחיב לו, ואילו מכר לו כל הבירה

היה כותב לו ולא הנחתי במכר זה כלום, (טור וה"ה -) ואפילו אם כתב לו זה הלשון, אם אין שם מי שיקרא לבירה בית ואפילו מיעוטא, לא קנה אלא הבית בלבד {ואם הכל קורין לבירה בית סתם, ולבית יחידי אין קורין בית סתם עד שיפרש בית לבד אז כולו מכר, אפילו לא מצר לו מצרים החיצונים (טור)}".

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי "מי שנתן לחבירו שמינית בבית פלוני שיש לו, ואחר כך נודע שאין לו רק חצי הבית או רביעית, אין אומרים שנתן לו שמינית מחלקו, אלא אזלינן אחר לשון בני אדם ובודאי שמינית מכל הבית קאמר ועיין לקמן סימן רי"ח סעיף כ"א", וכתב בכנסת יחזקאל (פת"ש ג) דדוקא אם הוא חד בית אף שיש בו כמה חדרים, אבל אם הבית נחלק חלק לראובן וחלק לשמעון רק שהוא תחת גג אחד משום הא לא נקרא בית אחד, והוי דומיא דשדה דלקמן סימן ריח/כא.

סעיף ה

ע"פ ב"ב סג. פסק בשו"ע "המוכר בית לחבירו על מנת שדיוטא עליונה שלי, הרי זה שלו ואם רצה להוציא בה זיזין מוציא, ואם נפלה חוזר ובונה אותה, ואם רצה לבנות על גבה בונה כשהיה מקודם. {וה"ה אם אמר חוץ מבור ודות וכל כיוצא בזה (רמב"ן)}".

ביאר הסמ"ע דדעת הרשב"ם דיוטא כלומר גג שיש בו מעקה גבוה י' ורחב ד' ודעת הרמב"ן דיוטא הוא שורה העליונה שע"ג בנין ביתו שמכר ורגילין לבנות עליה בנין ואז נקראת דיוטא, ולשני הפירושים לא היה צריך המוכר להתנות זה התנאי דמסתמא נמי הדיוטא אינה נמכרת בכלל הבית, ודרשינן יתור לשונו דיכול להוציא ממנו זיזין לחצר, וכן אם לא מכר החצר יכול להוציא זיזין ממנו על הדיוטא (טור), וגבי נפלה שחוזר ובונה אע"ג דבסעי' ו' אף בלא יתור לשון כשנפלה העלייה אפילו בנויה ע"ג עמודים יכול המוכר לחזור ולבנותה, שאני עלייה דחשיבה טפי מדיוטא.

עוד כתב הסמ"ע (לו) דבסיפא "כשהיה מקודם" משמע דדוקא כשהיה בנויה על גבה מקודם יכול לחזור ולבנות על גבה ולאפוקי אם לא היה בנוי על גבה מתחילה, אולם הראב"ד השיג בזה על זה הרמב"ם.

סעיפים ט – י

ע"פ ב"ב סה. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (ט) "שני בתים זה לפנים מזה, הקנה שניהם לשנים כאחד (מ"מ בשם ר"י מגאש), והקנה לשניהם במכר או במתנה, אין להם דרך זה על זה (וצריך הפנימי לפייס החיצון שיתן לו דרך), ואצ"ל אם נתן לחיצון ומכר לפנימי, אבל אם מכר לחיצון ונתן לפנימי יש לו דרך, שכל הנותן בעין יפה נותן יותר מהמוכר. (י) (ה"ה בשם הר"י מגאש –) בד"א, כשהקנה לשניהם כאחד, אבל אם מכר או נתן לפנימי ואחר כך מכר או נתן לחיצון, תיכף שקנה הפנימי זכה בדרך ושוב אין זכותו מסתלק (דנתבאר בסעי' ב דלגבי נפשו אמרינן דבעין יפה מכר או נתן, סמ"ע), וכן חיצון במכר ופנימי במתנה, אם היה מכר החיצון תחלה, שוב לא יזכה הפנימי בדרך".

סעיף יא

ע"פ משנה וגמרא ב"ב סה.: פסק בשו"ע "המוכר את הבית מכר כל הדברים הקבועים כגון דלת ונגר (בריח הקבוע בכותל) ומנעול והאצטרובל (העיגול שסביב אבן הרחיים) ומכתשת הקבועה והתנור והכירים והריחים, אם הם קבועים, ואת מלבנות הפתחים (כלבזבזים סביב מזוזת הבית) המחוברים בטיט {ווי"א דחיבור ביתדות לא מקרי חיבור (ה"ה)}, ולא מכר את המפתח אפילו הוא קבוע בדלת, ולא מכתשת המיטלטלת ולא את הקלת ולא את מלבנות כרעי המטה (חתיכת עץ תחת כרעי המטה כדי שלא ירקבו בקרקע) ולא את מלבנות החלונות, אע"פ שהם מחוברים בטיט, מפני שהם לנוי. ואם אמר ליה הוא וכל מה שבתוכו, כל אלו מכורים אבל לא גג ויציע ובור ודות ומחילות {ווי"א (ר"ן) דאם כתב לו כל מה שבתוכו הוי כאלו כתב לו ולא שיירית וכו' וע"ל סימן זה סעיף ב' (סמ"ע: ר"ל דהתם כתב הרמ"א דיש חולקים וס"ל דבדכתב להו ולא שיירית קנה הבור והדות ואינך, ולסברא הראשונה שכתב שם והוא דעת הטור דגם אי כתב ולא שיירית כו' לא מהני למכירתו, כ"ש דלא מהני כאן אי כתב וכל מה שבתוכו וכמ"ש המחבר כאן)}".

עמ"כ המחבר "המחברים בטיט" כתב **הסמ"ע** (מה) דהיא איבעיא דלא איפשטא בדף ס"ט במחברים ביתידות אי אמרינן דבטילין במזוזות הבית ונמכרין עמו או לאו וקאמר דאם מחברים בטיט לא קמיבעיא ליה דפשיטא דמחשב מחובר, ומש"ה נמי פסקו כל הפוסקים דמחבר בטיט היא ודאי נמכרת עם הבית, וביתידות פסקו דאין נמכרת עמו ככל תיקו דממונא דהיא חומרא לתובע וקולא לנתבע דהמוציא מחבירו וכו' והמוכר הוא הנתבע, ומש"כ הרמ"א ע"פ ה"ה ד"א דחיבור ביתידות לא הוה חיבור קשה דמי קא פליג [ודוחק לומר משום דאחר איבעיא הנ"ל איתא שם בעי ר' זירא מלבנות של חלונות מהו ופירש רשב"ם דאיבעיא ליה באת"ל כלומר את"ל דמלבנות של פתחים היכי דמחברי ביתידות הוה חיבור ונמכרים עם הבית, מלבנות של חלונות המחברים ביתידות מהו, וכוונת הרמ"א דיש דלא ס"ל כפירוש רשב"ם בזה אלא כרב המגיד דהאיבעיא של מלבנות של חלונות אהיכי דמחברי בטיט קאי, אבל פירוש זה הוא דוחק דכיון דהמחבר כתב 'המחברים בטיט' מוכח דס"ל דדוקא בשל טיט הוה חיבור ולא ביתידות ושוב לא יתישב עליו מש"כ וי"א דבשל יתידות לא הוה חיבור, דמאי קמ"ל והו"ל למימר איפכא ד"א דגם ביתידות הוה חיבור דהן המפרשים האיבעיא כרשב"ם, ועוד דאין שייך לומר בכזה דהאת"ל הוא פשיטותא דאיבעיא הראשונה כיון דכבר סלקו בתיקון]. לכן הגיה **דסמי מכאן תיבת וי"א** והרמ"א בא לפרש דברי המחבר דכתב המחברים בטיט דלא נאמר דכל שכן המחברים ביתידות (דמן הסברא המחבר ביתידות הוא מחובר קבוע ועומד בבית טפי ממה כשהוא מחובר בטיט) קמ"ל הרמ"א דזה אינו ודוקא קאמר, וחיבור ביתידות לא מיקרי חיבור, א"ע דרך הרמ"א לכתוב "ויש מי שאומר" אף שאין בו פלוגתא, וסיים הסמ"ע דאין לתמוה על המחבר דכתב בפשיטות דמלבנות חלונות אפילו מחברים בטיט אינם נמכרים ולרשב"ם הנ"ל הם נמכרים בכ"ה, דבזה י"ל דנמשך אחר פירוש ה"ה.

עמ"כ המחבר "ולא את מלבנות כרעי המטה" כתב **הסמ"ע** (מו) דאיבעיא דלא איפשטא בגמרא והוה קולא לנתבע, ואפילו אם מחברים הם בקרקע בטיט או ביתידות, כיון דאין להן שייכות כלל לקרקע כי אם למטה אין נמכרין בכלל הבית, ולא כלבוש שכתב דמלבנות כרעי המטה מיירי באינן מחוברין בקרקע.

כתב **בשו"ת פנ"י (פת"ש ד)** גבי קדירה המחובר בתנור או יורה גדולה שקורין ברייקעסיל וכן יורה ששורפין י"ש ומחובר ע"י טיט, ותחתיהם חלול להצית האש, דאינן מכורים, חדא ע"פ המנהג דכל כה"ג המנהג הוי עיקר גדול כמ"ש הרמב"ם (כוז), והביאו הטור סימן רט"ו, ועוד דגם מעיקר הדין נראה דאינן מכורים.

בשו"ת **שיבת ציון (פת"ש ה)** כתב גבי מזוזות דבמדינתנו חק המדינה שכל מי שמוכר בית גם כל מה שמחובר בטיט וביתידות שייך לבית ונמכר עם הבית אף שלא מפורש בשטר המכר, אם כן בלא"ה אין למוכר על הלוקח שום טענה אודות המזוזות ודינא דמלכותא דינא.

סעיף יב

ע"פ **מנחות קח: וכתב"ם** פסק **בשו"ע** "האומר לחבירו בית מביתי אני נותן לך, נותן לו הקטן שבהם. נפל א' מהם, מראה לו זה שנפל, שיד בעל השטר על התחתונה, וה"ה לאומר שור בשורי אני מוכר לך", דכן מסקנת הגמ' במנחות דלא כנדרים דף נ"ג, ואילו **הרא"ש** יישב הסוגיות וכ"פ **הרמ"א** "אבל אינו נותן לו עלייה, אבל אם אמר לו רק בית אני מוכר לך, יכול ליתן לו עלייה דהוא נמי מקרי בית".

כתב בתשובת **עבודת הגרשוני (פת"ש ו)** דעד כאן לא אמרינן שנותן לו הפחות שבבתים, אלא משום דבית קטן נמי איקרי בית, וה"ה נמי אם היו שני חצאי בתים מחולקים ידועים, וא"ל חצי בית אני מוכר לך יכול ליתן לו הפחות שבחצאי הבתים, אבל אם אמר לו אני מוכר לך החצי מן ביתי, אין במשמעות זה כי אם החצי מכל הבית ואינו יכול ליתן לו החצי הגרוע.

סעיף יג

ע"פ **משנה וגמ' ב"ב צח: וכתב עקיבא פסק בשו"ע** "המוכר מקום לחבירו לעשות בית או רפת בקר, וכן המקבל מחבירו לעשות לו בית חתנות לבנו או בית אלמנות לבתו {או שקבל עליו לעשותו (טור)}, עושה לו ד' אמות על ו'. מכר לו בית גדול, עושה ח' על י'. מכר לו מקום טרקלין, עושה י' על י'. תרבץ (חצר גדול שעושים השרים בצד אפדני שלהם ותרבץ ע"ש שמרביצין אותו במים להשכיב העפר,

רשב"ם) של חצר, י"ב על י"ב {מלבד עובי המחיצות (טור)}, ורום כל בית ובית, כחצי ארכו וחצי רחבו".

כתב הסמ"ע (מט) ע"פ הטור דכוונת הדברים שמוכר מקום לחבירו שחבירו יבנה עליו אחד מכל אלו או שמקבל המוכר על עצמו לעשות בקרקעות שלו ועל הוצאותיו אחד מכל אלו, והרמ"א שהוסיף 'או שקיבל עליו לעשות' פירש דברי המחבר שכתב המקבל מחבירו דר"ל מקבל דמים מחבירו דמי מחיר בנינים הללו לעשות לו, והוסיף וכתב או שקיבל עליו לעשות כן לחבירו בחינם, והוסיף הסמ"ע בשם הר"ן דכל זה דוקא במקבל עליו או מוכר לעשות לו בית באחד מאלו מתחילה, אבל אם אומר בית אני מוכר לך, יכול ליתן לו בית ד' על ד'.

סימן רטו – המוכר חצר ובית הבד ומרחץ ועיר מה מכר בכלל

סעיף א

ע"פ משנה וגמ' ב"ב סז. פסק בשו"ע "המוכר את החצר מכר בורות שיחין ומערות שבתוכה (ה"ה): הטעם שהבור והדות מכור בחצר ולא בבית כתב הרשב"א לפי שהחצר עשוי לכביסה ולהשקאת בהמות ותשמיש החצר והבור הוא תשמיש אחד אבל בית אינו עשוי לכביסה ולהשקאת בהמות אלא לדירה ואין תשמישן שוה והר"י מגאש כתב לפי שדרך החצרות להיות בהן בור ודות ואין דרך הבית בכך) וכל הבתים החיצונים והפנימים ובתים שיש בהן החול וחנויות הפתוחות לתוכה, אבל שאינן פתוחות לתוכה אינן נמכרות עמה. היו פתוחות לכאן ולכאן, אם רוב תשמישם עמה נמכרות עמה, ואם לאו אינן נמכרות עמה. ולא מכר את המטלטלין שבתוכה {שאינן נמכרין בכלל הבית (טור)}, (ע"פ דף ק"נ –) ובזמן שאמר ליה היא וכל מה שבתוכה, הרי כל תשמישי הבית אע"פ שמיטלטלין מכורין {בר מחיטי ושערי (טור), דהן מידי דמיכל ועומדין למחייתו שאדם רגיל ליקחן עמו במקום שהוא, סמ"ע}. בין כך ובין כך לא מכר את המרחץ ולא את בית הבד שבתוכה. {וי"א (רשב"א) דאם מצר לו מצרים החיצונים הכל מכור כדאמרין לגבי בור ודות, וכבר נתבאר לעיל סימן ר"י (סע' ב') דיש חולקין גבי בור ודות וה"ה כאן}."

הקשה הסמ"ע (א) דבסימן הקודם סע' ד-ה הביא המחבר חילוקי דעות במוכר את החצר אי קנה את האויר, וכאן משמע דפשוט דקנהו מדקנה אפילו כל הבתים והבור והדות, וביאר דלעיל מייירי דאינו מוכר לו סתם חצר אלא א"ל קרקע רחבה כך וכך אני מוכר לך לחצר, דאז סברא הוא דאין בכלל אלא מה שבפרט.

סעיף ב

ע"פ משנה וגמ' ב"ב סז: פסק בשו"ע "המוכר את בית הבד מכר את האבן הגדולה הבנויה בארץ שטוחנים עליה זתים, ואת הכלונסאות של ארז שסומכין {הקורה (טור)} בהם בעת טחינת הזיתים, ואת היקבים ואת הכלים שנותנים בהם הזיתים הכתושים, והם המפרכות {ואת הלוחות שנותנים סביב לזיתים שלא יתפזרו (טור בפירוש "נסרים")}, אבל לא מכר את הריחים העליונה, ובזמן שאמר הוא וכל מה שבתוכו, הרי כולם מכורים. בין כך ובין כך לא מכר את הכובשות שמכבשין בהם הזיתים, ולא את הגלגל, ולא את הקורה {וי"א (טור) דאם אמר הוא וכל מה שבתוכו הרי אלו וכן נ"ל עיקר}. ולא את השקים, {שקים מנוצה של עזים ומרצופים הן של עור} ולא את המרצופים, ואם א"ל בית הבד וכל תשמישיו אני מוכר לך, כולם מכורים. ואם היו חוץ לבית הבד חניות ששטחים בהם זיתים או שושמשים, אם מצר לו מצרים החיצונים שלהן קנה הכל, ואם לאו לא קנה אלא מה שבתוכה".

סעיף ג

ע"פ משנה וגמ' ב"ב סז: פסק בשו"ע "המוכר את בית המרחץ, מכר את בית הנסרים שיושבים עליהם כשהם ערומים, ואת בית היקמים {ספלאות של עץ שנותנים בהם מים לפני כל אחד ואחד, ר"י מגאש} שנוטלים בהם המים, ואת בית הספסלים שיושבים עליהם בחצר המרחץ כשהם לבושים, ואת

בית הוילאות שמסתפגים בהם, אבל לא מכר את הנסרים עצמם ואת היקמים עצמם ולא את הספסלים עצמם ולא את הוילאות עצמם. ובזמן שא"ל הוא וכל מה שבתוכו, הרי כולם מכורים. בין כך ובין כך לא מכר הבריות המספקות לו מים, בין בימות החמה בין בימות הגשמים, ולא בית כינוס העצים, ואם א"ל מרחץ וכל תשמישיו אני מוכר לך, הרי כולם מכורים אע"פ שהם חוצה לו, ויש מי שכתב (רשב"ם) דדוקא כשהן בין המצרים וכתב לו אילין מצרנהא".

סעיף ד

ע"פ משנה וגמ' ב"ב סח. פסק בשו"ע "המוכר את העיר" מכר בתים בורות שיחין ומערות, מרחצאות, שובכות, בית הבדים, בית השלחין שבה (כולל שדה בית הבעל וגם גינות) ואת הסמוכים לה, ואת החורשים (תרגום יער חורשא) המוקפים לה, ואת השדות הידועים לה, ואת הביברים של חיה ועופות ודגים שפניהם כנגדה (פי' ביברים פרדס שמאספין שם חיות וחפירה שמאספין בה דגים), אע"פ שרחוקים ממנה, אבל לא מכר המטלטלין שבתוכה. ובזמן שאמר ליה היא וכל מה שבתוכה אני מוכר לך, הרי כולם מכורים (ואפילו בהמה ועבדים ושאר כל המטלטלים שבה, סמ"ע בשם הטור). בין כך ובין כך לא מכר את שיריה (פי' בגמרא פסקי באגי ופי' רשב"ם חתיכות בקעה הסמוכה לעיר אלא שמופלגת ממנה קצת, שיש הפסק צונמא בינתים ושיריה לשון שיריים הוא) ולא את בנותיה (הכפרים הסמוכים, רשב"ם), ולא את החורשים המוקצים ממנה, ולא את החלק שיש לה בים, ולא את החלק שיש לה ביבשה, ולא את ביברי חיה ועופות ודגים שאין פניהם כנגדה".

גבי ים ויבשה בסיפא כתב הסמ"ע (כה) שפירש רשב"ם דיבשה כמו העיר אלא שמופלג מן העיר ומיהו על שם העיר נקרא, אלא שהרשב"ם גורס בברייתא דחלק זה שבים ושביבשה נמכר עם העיר, ודלא כרמב"ם שגרס אינו נמכר עם העיר, והמחבר נמשך אחר לשון הרמב"ם.

סעיף ה

ע"פ משנה וגמ' ב"ב סח: פסק בשו"ע "המוכר את השדה, מכר את האבנים הסדורות לגדר, ואת האבנים המונחות על העומרים, מפני שהם לצרכה. {ומכר את מצריו (טור וכדלקמן בגמ')}, ומכר את הקנים החלקים המונחים תחת הגפנים כדי להעמידם, ומכר את התבואה המחוברת לקרקע אע"פ שהגיעה להקצר, ומכר את מחיצת הקנים שהיא פחותה מבית רובע, אע"פ שהקנים שלה עבים וחזקים, ומכר את השומירה (בית דירה שעושים לשומר השדה) העשויה בטיט אע"פ שאינה קבועה (סמ"ע: ובטור כתב איפכא, דכשהיא מכוסה בטיט היא חשובה ויש לה שם בפני עצמה ואינה נמכרת עמו אף על פי שקבועה בכרם עצמו, וכשהיא מכוסה בטיט נמכרת עם הכרם אף שאינה קבועה בכרם עצמו, ותימה על הרמ"א שלא הביאו לפחות ל"א. ש"ך: אין כאן תימה כלל דהרמ"א פסק כג"י הרי"ף רמב"ם ורא"ש ואדרבא איכא לתמוה על הטור וביותר שברמזים כתב כרמב"ם), ומכר את החרוב שאינו מורכב (= קודם שיזקין) (סט: "לא מכר את החרוב המורכב ולא סדן השקמה, מנא הני מילי אמר רב יהודה אמר רב דאמר קרא ויקם שדה עפרון אשר במכפלה וגו' מי שצריך לגבול סביב יצאו אלו שאין צריכין לגבול סביב אמר רב משרשיא מכאן למצרים מן התורה" ופרשב"ם מכאן למצרים מן התורה שהקונה את השדה קנה את המצרים עצמן וכל האילנות הנטועים במצר דמצרים בכלל שדה דהכי משמע סביב כל האילנות הנטועים בקרקע המצר שהוא סביב השדה קנה אברהם), ואת בתולת השקמה (=אילן שעושה מין תאנים ובבחרותו שעדיין לא נכרתו ענפיו נקרא בתולת השקמה וכשיזקין ויכרתו ענפיו להחלפה נקרא סדן השקמה) (סמ"ע: כשמזקינה קוצצין ענפיה ובאין אחרים במקומן ונקראת סדן השקמה, ונעשה חשוב ואינו בטל לגבי השדה, ואע"פ שאמר הוא וכל מה שבתוכו ובסמוך והטעם כתב ה"ה מפני שהם חשובים כשדה בפני עצמו וחד שדה מכר לו ולא שתי שדות) אע"פ שהם עבים, ומכר כל הדקלים שבה {אפילו העומדים על המצר (טור)}. אבל לא מכר את האבנים שאינם סדורות לגדר, ולא את האבנים שאינם מונחים על העומרים אע"פ שהם מוכנים לכך {וי"א דאם היו מונחות פעם אחת על העומרים הרי אלו מכורין (תוס')}, ולא את הקנים שבכרם שאינם מונחים תחת הגפנים, אע"פ שהם משופין וחלקים ומוכנים לכך, ולא את התבואה העקורה מהקרקע אע"פ שהיא צריכה לשדה {ליבשה שם (טור)}. ובזמן שאמר לו היא וכל מה שבתוכה, הרי כולם מכורים, בין כך ובין כך לא מכר מחיצת הקנים שהיא בית רובע, אע"פ שהקנים שבה דקים וקטנים, ולא מכר ערוגה קטנה של בשמים שיש לה שם בפני עצמה, כגון שקורין לה בי ורדא של פלוני, ולא את השומירה בזמן שאינה עשויה בטיט, אע"פ שהיא קבועה בארץ, ולא מכר החרוב המורכב, ולא

סדן השקמה, אפילו הם דקים (עא. -) ולא מכר את הבור שבה, ולא את הגת, ולא את השובך, בין שלמים בין חרובים, **וצריך המוכר ליקח להם דרך מהלוקח**, כדי שילך בה עד אותו הבור או הדות או הגת או השובך שנשאר לו בתוך השדה (ה"ה): דעת הרשב"א דלאילנות המשוירין אי"צ דרך ורשב"ם כתב דאף לאילנות צריך, וכתב באה"ג דהא דסתמו נראה בזה שדעת הרמב"ם והמחבר כדעת הרשב"ם שהרי לא הזכיר אילנות). ואם פירש ואמר חוץ מאלו, אינו צריך ליקח לו דרך."

סעיף ו

ע"פ משנה עא. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "במה דברים אמורים במוכר, מפני שהיה לו ללוקח לפרש ולא פירש אין לו אלא אלו, אבל הנותן מתנה, קנה את כולו (סמ"ע): דלא היה לו שום אונס המכריחו למתנה, אלא שבעין יפה ונפש חפצה נתנו לו, בכזה אמרינן דכל השייך לו וקבועים בו נתן, בין בשדה בין בבית בין בחצר בין בבית הבד. כללו של דבר הנותן קרקע, קנה המקבל כל המחובר לה, עד שיפרש. {ודוקא מה שהוא בתוך הדבר הניתן, אבל מה שהוא חוץ ממנו, כגון יציע וחדר וכדומה, אין חלוק בין מכר למתנה (ר"ן, כיון דלא הזכירו כלל לא אמרינן דהוה בכלל המתנה)} "ודלא כר"ן בשם מ"ד דלא עדיף מתנה ממכר אלא לדברים המחוברים בקרקע אבל בדברים התלושים כאבנים שאינן לצרכה ותבואה התלושה אע"ג דצריכא לארעא שניהם שוים.

כתב הרשב"ם (דף ע"א והובא בב"י) דאם יש שם מעות או תבואה תלושה שאינה צריכה לקרקע או כל דבר שלא הוצרך התנא דמתניתין להזכיר ולומר דאינו נמכר בכלל בית או חצר או שדה, משום דהוא מילתא דפשיטותא דאינו בכלל שדה כלל, ההיא ודאי לא קנה לה ג"כ המקבל מתנה, וכתב הסמ"ע (מ) דכן דעת המחבר, ומזה נשמע דכל מה שאמרו דכשאומר כל מה שבתוכו מכור לך, דבכללו הוא אפילו דברים התלושים כנ"ל, ומכל שכן דהוא בכלל מתנה.

כתב באה"ג דכתב ה"ה בשם הרשב"ם דאין זה אלא במתנת קרקע אבל בספינה ויתר המטלטלין הנותן והמוכר שווין, וכ"כ הרמ"א בסימן רכ"ח.

באה"ג למד ברשב"ם דאפילו תבואה הצריכה לקרקע לא נמכר במכר והגר"א חלק דמבואר ברשב"ם דדווקא שאינה צריכה לקרקע.

כתב הבית אפרים (פת"ש א) דדודו פסק שלא קנה המרתף והמחילות אף בנותן כיון שלא כתב ליה עומקא ורומא דקאמרה המשנה דבנותן נותן את כולם והיינו באם כתב לו עומקא ורומא, דבמוכר לא מהני ובנותן מהני, אבל בלא כתב לו עומקא ורומא גם בנותן לא מהני, וא"כ ה"ה וכ"ש לענין בור ודות, אך האריך לחלוק עליו דמפשיטות דברי הפוסקים נראה דאף בנותן סתמא קני בור ודות, ועוד שאין כל הדברים אמורים כי אם לענין בור ודות שתשימש למים משא"כ במרתף שלנו שהוא עומד להצניע שם חפצים ומטלטלים ואוכלים ומשקין דינו כמו חדר שלפנים הימנו, דמה לי שהוא לפנים ממנו או בעומק הקרקע, ועדיף מחדר, דבחדר ס"ל לפוסקים דכיון שאינו בתוך הבית הנותן אינו בכלל המתנה, משא"כ במרתף שהוא תחת אותו הבית ופתוח לו, וגם החדר אע"פ שהוא בנין בפני עצמו טעמא שהוא חוץ לבית, הא לא"ה הוי בכלל בית.

סעיף ז

ע"פ משנה עא. פסק בשו"ע "וכן האחים שחלקו וזכה אחד מהם בשדה, זכה בכולם, והמחזיק בנכסי הגר החזיק בשדה זכה בכולם, והמקדיש את השדה הקדיש את כולם".

ביאר הסמ"ע גבי האחים שחלקו דכיון שבאו לחלוק ולוקח זה שדה זו וזה השני נסתלקו זה מזה לגמרי בכל שהוא קבוע ועומד בו, ולגבי נכסי הגר ביאר דבחזקה אחת שמחזיק בשדה זו זכה נמי בחרוב המורכב וסדן השקמה וכדומה לו דה"ל כשתי שדות ואין מצר ביניהם דקנה הזוכה בחזקה אחת וכסימן ער"ה, וכן גבי המקדיש דבעין יפה לגמרי מקדיש, דאם לא כן מי הכריחו להקדיש וכדטעם דמתנה.

סעיף ח

ע"פ התוספתא (הובאה גם ברשב"ם) וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "אף במוכר ולוקח אין כל אלו הדברים האמורים וכיוצא בהם אלא במקום שאין שם מנהג ולא שמות ידועים לכל דבר ודבר בפני

עצמו, אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך, הרי זה מכור, וסומכים על המנהג בין בקרקעות בין במטלטלין, וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן, הולכים אחר לשון בני אדם באותו מקום, ואחר המנהג". כתב ה"ה דכן מבואר בב"ב ס"א גבי המוכר בית לחבירו בבירה גדולה היכי דמי אילמא דקרו ליה לבית בית ולבירה בירה וכן הוא בעוד מקומות.

סימן רטז - המוכר שדה ואמר חוץ מדקל פלוני או חוץ מהאילנות או קרקע לזה ואילנות לזה

סעיף א

ע"פ ב"ב סט: פסק בשו"ע "המוכר פרדס לחבירו צריך שיכתוב לו קנה לך דקלים ותמרים והוצין (ענפי דקל שעושין מהן מחיצה), ואע"פ שקנה כל אלו אע"פ שלא פירש אותם, נוי השטר ("שופרא דשטרא") הוא".

כתב הסמ"ע (א) דבגמ' איתא "מזבין ארעיה" ולא מזכיר פרדס, וביאר דהרמב"ם לרבותא נקט פרדס דאע"ג דהוא מיוחד לאילנות, אפ"ה יכתוב בפירוש שמכרו לו עם כל האילנות שבו, כ"ש הקונה קרקע או שדה שאינה מיוחדת לאילנות לבד. עוד כתב דמדברי הגמ' והרמב"ם משמע שצריך שיפרט ויכתוב כל פרטי אילנות שבו, אבל לשון הטור אינו כן, אלא כתב בריש סימן זה 'שהקונה שדה טוב לו' שיפרש בשטר שמכר אותו וכל האילנות שבו, משמע דבזה שכתב לו וכל אילנות שבו סגי, ודקדק הטור וכתב, טוב לו שיפרש, ללמדינו שהגמרא שכתב, צריך לכתוב לו, לאו דוקא קאמר "צריך", אלא עצה טובה הוא ללוקח, וכדמסיק הרמב"ם והמחבר וכתבו נוי השטר הוא.

הסמ"ע (ב) הקשה על טעם ההלכה שפירש רשב"ם דאפילו אתו לפני ב"ד טועין יהבינן ליה שהרי מפורשין בתוך השטר, דהא גם עתה איכא למיחש לב"ד טועין שיפסקו ליתן ללוקח גם חרוב המורכב וסדן השקמה כיון שנכתב בשטר מכירה סתם דלא שייר לנפשיה כלום, ותירץ די"ל כולי האי לא טעו, ועי"ל דב"ד שאינן בקיאים בדינים רגילין להחמיר וכל מה דאינו מוכח מתוך השטר שמכר לו רגילין לפסוק בו המוציא מחבירו עליו הראיה, מש"ה אף שיהיה כתוב בשטר שמכר לו כל האילנות, יאמרו שאין סדן השקמה והדומה לו בכלל.

סעיף ב

ע"פ ב"ב סא: פסק בשו"ע "וכן המוכר קרקע לחבירו, צריך לכתוב לו ולא הנחתי לפני במכר זה כלום, כדי להסתלק מהדינין והטענות" - דלא ליטעון מוכר מצרים הרחבתי ויפסיד לוקח כרב נחמן אמר רבה בר אבוב הסובר כן.

סעיף ג

[מה הדין במוכר שדה לחבירו ואמר חוץ מדקל פלוני? פרט הדין במקרה שיש פחותים

ממנו.]

ע"פ ב"ב סט: וכהבנת הרמב"ם פסק בשו"ע "המוכר שדה לחבירו והיו בה דקלים, ואמר ליה חוץ מדקל פלוני, אם דקל טוב ומשובח הוא, אותו הדקל לבדו שייר, והשאר ללוקח. ואם דקל רע הוא ששייר, לא קנה מהדקלים כלום (ר"ן: אף שאינו הרע שבכולן לא נחית למידק כולי האי ולברר הרע שבכולן ואיהו אכולהו איכוין, וז"ל הסמ"ע "כאילו אמר אפילו דקל זה שהוא רע אני משייר לעצמי וכ"ש הטובים ממנו"). ודעת הרמ"א כרא"ש וי"א דדוקא הטובים ממנו לא קנה, אבל כל אילנות הפחותים ממנו או אפילו כיוצא בו קנה (סמ"ע: כיון דמן הדין היו כולם מכורים מש"ה כל שנוכל לומר בשום צד שלא שיירו הרי הוא בכלל המכירה), וכל אילן הנושא קב פירות מקרי דקל טוב (טור, וגם דעה הראשונה ס"ל הכי וענין בפני עצמו הוא, סמ"ע) וי"א (רשב"א) דכל זה במין האילן ששייר אבל כל שאינו מינו קנה הלוקח הכל".

סעיף ד

ע"פ ב"ב סט: פסק בשו"ע "מכר לו שדה ואמר חוץ מהאילנות אם יש בו דקלים בלבד, שייר הדקלים, ואם יש בו גפנים בלבד, שייר הגפנים, וכן שאר האילנות. היו בה גפנים ודקלים, לא שייר אלא הגפנים {וכן בדקלים ואילנות שייר האילנות} היו בה אילנות וגפנים, שייר האילנות ומכר הגפנים, שהמוכר בעין יפה מוכר {אמר לו חוץ מחרוב זה, לא קנה כל החרובין שבשדה, והא דקאמר חוץ מזה כדי לשייר לו דרך וע"ל סימן רט"ו ס"ה} ואם הדקלים שייר לא שייר אלא כל דקל גבוה שעולים לו בחבל והשאר הרי הם של לוקח {מיהו אם כולם נמוכים שייר כולם (רשב"ם)} ואם שאר האילנות הוא ששייר לא שייר בהם אלא כל שאין העול כובשו, וכל שהעול כובשו הרי הוא של לוקח ובכלל השדה נחשב. {מיהו אם כולם דקין שהעול כובשן שייר כולן (רשב"ם)}."

כתב הסמ"ע (ח) עמש"כ "וכן שאר אילנות" דקשה דכ"ש הוא ולכן ביאר דר"ל שאר אילנות החשובים כגון של תאנים ורימונים או של זיתים, וס"ל דאם היו שאר אילנות עמהן לא היינו אומרים דשיירן כמו בדקלים וגפנים, אבל השתא דליכא עמהן שאר אילנות ודאי דעתו הוה עלייהו ושיירן.

עמש"כ הרמ"א 'כדי לשייר לו דרך' כתב הפת"ש (א) דלמד עבודת הגרשוני ברשב"ם דאפילו אם מפורש בשטר ששייר לעצמו דרך, מ"מ לא קנה שאר החרובין, ואין לומר דכל זה לדינא דגמרא דיד בעל השטר על התחתונה, אבל עכשיו שאנו כותבין דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי ובכל דבר המסופק יד בעל השטר על העליונה.

סעיף ה

ע"פ ב"ב סט: פסק בשו"ע "האומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך, אפילו לא היו לו דקלים, אם רצה לקנות לו שני דקלים הרי זה נקנה המקח ואין הלוקח יכול לומר לו איני לוקח אלא קרקע שיש בו דקלים, ואם אמר קרקע בדקלים אני מוכר לך, אם היו בו שני דקלים, קנה, ואם לאו מקח טעות הוא וחוזר (פת"ש): אף אם ירצה הלוקח ליקח דקלים במקום אחר והמוכר אינו רוצה, אינו יכול הלוקח לכופ את המוכר ליתן לו במקום אחר דקלים כמבואר בסימן רכ"ז לענין אונאה, דכל זמן שהלוקח יכול לחזור בו ה"ה נמי המוכר יכול לחזור כיון שלא נגמר המקח, וזהו אפילו אם הלוקח רוצה לקיים המקח כמו שהוא באונאתו, ומכ"ש אם ירצה הלוקח שיחזיר לו אונאתו שהמוכר יכול לחזור בו), ואם א"ל קרקע של דקלים אני מוכר לך, אין לו דקלים, שאין בלשון הזה אלא קרקע הראוי לדקלים (רשב"ם –) ומיהו אם יש דקלים בקרקע קנאן {בכל ענין שאמר, וי"א (רשב"ם) דאם אמר ליה קרקע ודקלים אני מוכר לך, אף על פי שיש דקלים בשדה, אם יש לו דקלים במקום אחר צריך ליתן לו עוד שני דקלים, ואם אין לו אין צריך לקנות מיהו הקרקע קנוי לו, דשני מכירות הן הקרקע והדקלים} ", ועיין סמ"ע וש"ך דנחלקו בדעת הרמב"ם ובמה חלוק הרשב"ם.

כתב הפת"ש (ב) דהקשה הכס"מ ממ"נ אם הדקלים מיחשבו דבר שבא לעולם, אף שלא היה ברשותו יהא המקח קיים ויתחייב המוכר לקנות לו הדקלים, ואם מיחשבי דבר שלא בא לעולם כיון שלא היו ברשותו, מאי מהני שיקנה לו הדקלים הא מ"מ בשעת המכר היה דבר שלא בא לעולם, ותיירץ דמצד שלא היו ברשותו מיחשבי דבר שלא בא לעולם, ומצד שהיו בעולם אף על פי שאין ברשותו מיחשבי דבר שבא לעולם, לכך לגבי לוקח מיחשבי דבר שבא לעולם וגבי מוכר כדבר שלא בא לעולם, ובשער משפט כתב דמעיקרא לק"מ דמש"כ הרמב"ם (והשו"ע) אם רוצה לקנות ב' דקלים נקנה המקח, אין הכונה שיכוף ללוקח ליקח גם הדקלים, אלא דכל הני דינים קאי לענין קנין הקרקע והכא נמי כיון שהמוכר משלם לו מכירת הדקלים מקח הקרקע קיים.

סעיף ו

ע"פ משנה ב"ב פא. וגמ' בהמשך פסק בשו"ע "המוכר שלשה אילנות בתוך שדהו, אפילו היו ג' נטיעות קטנות או שלשה בדי אילן, שיש ללוקח קרקע הראוי להם (דג' אילנות מיקרי שדה אילן מש"ה מסתמא קנה ג"כ הקרקע הראוי להן). וי"א דאם הם דקין שהעול כובשן, לא קנה קרקע שביניהם (רבינו יונה) {ואפילו יבשו האילנות או נקצצו, יש לו קרקע הראוים להם} {ונוטע אחרים תחתיהם (טור)} וקנה כל האילנות שביניהם, וכמה הוא הקרקע הראוי להם, תחתיהם וביניהם וחוצה להם כמלא האורה וסלו (פירוש כדי שיוכל לעבור מלקט תאנים עם הסל שבידו), וזה המקום

שהוא מלא האורה וסלו אין א' מהם יכול לזרעו אלא מדעת חבירו {אבל הקרקע שביניהן, זורע הלוקח, ואם שייר המוכר הקרקע שביניהן לעצמו, אפילו הכי מקום האילנות ללוקח ויכול לנטוע אחרים אם יבשו (טור)}."

סעיף ז

ע"פ ב"ב פג. פסק בשו"ע "במה דברים אמורים כשהיו שלשה האילנות עומדים כמו ג' פטופי כירה, שהרי הם שנים זה כנגד זה והשלישי מכוון ביניהם ומרוחק מהם (ר"ל דכיון שהן עומדין בדרך זה אין המחרישה יכולה לעבור ביניהן ומש"ה נמכרה קרקע עם האילנות), והוא שיהיה בין כל אילן ואילן מארבע אמות ועד ט"ז (סמ"ע: ועד בכלל, וטעמא דבפחות מד' אמות אין להם יניקה כפי צרכן וכעקורים דמי, ויתר מט"ז אמות אין הקרקע בטילה אצלם כיון שא"צ ליניקתן כולי האי, וכתב ע"פ הנ"י דמש"כ בסע' ו' שקונה האילנות שביניהן, איירי שמרוחקים מהג' אילנות שקנה ד' אמות, דא"כ כעקורים דמי). ומהיכן הוא מודד, מהעיקר הרחב של אילנות. אבל אם לא היו עומדים בשורה הזאת, או שהיו מקורבים פחות מארבע אמות, או מרוחקים יותר מט"ז אמה, או שלקחן זה אחר זה, (באה"ג: בעיות דלקמן לא נפשטו וכתב הרי"ף דק"ל כל תיקו דממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע וכתב הרב המגיד דהרמב"ם אע"פ שדרכו לפסוק בכל תיקו דממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע קרקע דבחזקת בעליה עומדת) או שמכר לו שנים בתוך שדהו ואחד על המצר, או שנים בתוך שלו ואחד בתוך של חבירו, או שהפסיק בור או אמת המים או רשות הרבים ביניהם, הרי זה אין לו קרקע, לפיכך לא קנה האילנות שביניהם ואם יבש האילן או נקצץ ילך לו {והוא שאין גזעו מחליף, אבל אם גזעו מחליף אין זה אילן חדש אלא כעולה מן הגזע דמי והוא משל בעל האילן (טור)}."

סעיף ח

ע"פ משנה וגמ' ב"ב פא. פסק בשו"ע "כל מי שקנה ג' אילנות ויש לו קרקע, אם הגדילו והוציאו חוטר, יקוץ, כדי שלא ימטע הדרך על בעל השדה {ואם המוכר אומר שהגדילו, והלוקח אומר שלא הגדילו, על הלוקח להביא ראיה (רמב"ן, דהמוכר מוחזק בשדה, ולא אמרינן אם הגדילו היה מכריחו המוכר מיד לקוצצו, דדילמא לאו אדעתיה היה אז, סמ"ע)} וכל השריגים והאמירים (הסעיפים העליונים שבאילנות) היוצאים מהם ואפילו מהשרשים, הרי הם של בעל האילנות שהרי יש לו קרקע."

סעיף ט

ע"פ שם פסק בשו"ע "הקונה שני אילנות בתוך שדה חבירו אין לו קרקע, לפיכך אם מת האילן או נקצץ, אין לו כלום {מיהו יש לו כמלא אורה וסלו, וכל שכן תחתיה, ללקט שם פירותיו, ואין המוכר יכול לזרוע שם (דמטנפי פירותיו דהלוקח בשעה שיפלו שמה), גם יש ללוקח דרך ללקט פירותיו מן האילנות שקנה (דהרי הוא כאדם המשאיל מקום לחבירו להניח שם חפציו דמשאיל לו ג"כ מקום לילך שם) (טור ע"פ הרא"י)}. הגדילו שני האילנות והוציאו שריגים ואמירים, יקוץ שמא יצמחו בארץ ויאמר למוכר שלשה אילנות מכרת לי (דכך נראים אחר דנתכסו בקרקע) ויש לי קרקע {אבל אם נתפשטו הענפים, אפילו למרחוק, א"צ לקוץ (טור), אף שהצל רע לבית השלחין, מ"מ כיון דאין לו קרקע הרי שיעבד לו המוכר שדהו לכל צרכיו ועל שם כן לקחן ממנו, משא"כ בקנה ג' אילנות וקנה הקרקע עמהן דלא שיעבד לו המוכר מקרקעיתו כלום)}."

ביאר הסמ"ע (לב) בסיפא דצריך לקוץ, דאע"ג דהלוקח צריך להביא ראיה שקנה ג' ולא תהיה לו וכטור ורמ"א בסע' ח', מ"מ לא ניחא ליה לירד עמו בדינא ודינא, ועי"ל דדוקא בסע' ח' שהגדילו הענפים וכן דרכן שיגדילו מש"ה צריך הלוקח שאומר שלא הגדילו להביא ראיה, משא"כ בזה שיצמח סמוך לארץ ענף חדש ויתכסה בעפר שהוא דבר שאינו שכיח, אם אירע שצמח ענף סמוך לארץ צריך לקוצצו מיד, משום דלאחר שיתכסה בארץ ויבואו למשפט יהיו דברי הלוקח קרובים לשמוע באמרו שקנה מתחילה ג' אילנות כיון דלא שכיח הוא למצמח סמוך לארץ.

סעיף י

ע"פ שם פסק בשו"ע "כל העצים שקוצץ בעל השני אילנות מהם, העולה מהגזעים והוא הרואה פני חמה, הרי הוא של בעל אילנות, והעולה מהשרשים והוא שאינו רואה פני החמה הרי הוא של בעל

השדה. ובדקל, אין לבעל הדקל מן העולה כלום, לפי שאין לו גזע (ר"ל שאין ענף יוצא מהגזע הוא הסדן שלו, סמ"ע ועיי"ש).

סעיפים יא – יב

ע"פ ב"ב לו. פסק בשו"ע "המוכר קרקע ושייר אילנות, הרי יש לו חצי הקרקע כולה (רמב"ם, דמפרש חצי קרקע הנוכר בגמי חצי ממש), שאילו לא שייר בקרקע היה אומר לו הלוקח עקור אילנך {ווי"א דאין לו אלא הקרקע הצריך להן (ראב"ד רשב"ם)} (יב) וכן אם שייר שני אילנות בלבד, יש לו קרקע הראוי להם, שאילו לא שייר הקרקע היה הלוקח אומר עקור אילנך ולך".

סעיף יג

[מה הדין במכר קרקע לאחד והאילנות לאחד? מה קשה על הרמב"ם והשו"ע מדין החזיק אחד בקרקע ואחד באילנות וכיצד יש ליישב?]

ע"פ הרמב"ם דלמד בסוגיה הנ"ל פסק בשו"ע "מכר הקרקע לאחד והאילנות לאחר, והחזיק זה באילנות וזה החזיק בקרקע, זה קנה האילנות עם חצי הקרקע וזה שהחזיק בקרקע קנה חצי הקרקע בלבד" והרמ"א פסק כתוס' – "ויש חולקין וס"ל דאין לבעל אילנות בקרקע כלום, רק אם יבשו יוכל ליטע אחרים תחתיהם".

כתב הסמ"ע (לח) שהקשה ה"ה דהרמב"ם (ובשו"ע לעיל סוף סימן קמ"א) כתב החזיק אחד באילנות ואחר בקרקע וכל אחד טוען כולה שלי דיש לזה שהחזיק באילנות ובקרקע תחתיהן וביניהן וחוצה להן כמלא אורה וסלו, וכאן פסקו דיש לבעל האילנות חצי הקרקע, ודוחק לומר חצי הקרקע לאו דוקא קאמר אלא לשון הגמרא נקטו, דנתבאר בסעי' יא שהרמב"ם פירש חצי הקרקע הנזכר בגמרא דחצי דוקא קאמר, וכתב הסמ"ע "לישב בדוחק" דדוקא הכא דהוא ברור דהמוכר מכר לבעל האילנות האילנות כמו שמכר לבעל קרקע הקרקע, מש"ה יכול בעל האילנות לומר כיון שמכר לי האילנות להיות לי עכ"פ חלק בקרקע לצורך אילנותי וכשם ששייר לי חלק קרקע שייר לי החצי כולה, משא"כ לעיל בשנים שבאו כל אחד בטענת חזקה וכל אחד אומר כולה שלי, דיכול להיות שבעל הקרקע אומר אמת שהוא כולו שלו עם כל האילנות, אלא שכיון שיש לבעל האילנות עדי חזקה שאכל פירות האילנות צריכין ליתן לו עכ"פ האילנות, מ"מ אין לנו ליתן לו אלא מה שהחזיק בו, והמותר כולו מהסברא ליתנו לשני שהחזיק בקרקע, והמשיך הסמ"ע לבאר דדעת הרשב"ם שגם כאן אין לבעל האילנות אלא תחתיהן וביניהן, והתוס' והרא"ש ס"ל דגם כאן אין לבעל אילנות אפילו תחתיהן וביניהן, וטעמם דאמרינן דלכל אחד מכר בעין יפה כל מה שהזכיר לו במכירתו, ומש"ה בעל הקרקע נוטל כל הקרקע ואינו משייר לבעל האילנות אלא מקום נטיעתו, דבזה ודאי אמרינן דגם לבעל האילן מכר לו האילנות בעין יפה דהיינו הצורך להן באופן שאינו יכול לומר לו בעל הקרקע עקור אילנך וזיל, וצריך ליתן לו מקום בתוך הקרקע ללקוט פירותיו כל שנה וגם ליטע אחרים במקומן כשיתבשו, אבל אין לו חלק בקרקע לזרוע תחתיהן וביניהן ואינך הנזכרים לעיל במוכר ג' אילנות לאחר בתוך שדהו, דדוקא שם שייד לומר דמכר לזה בעין יפה להניח לעצמו הפחות, משא"כ כשמכר לשנים, דמה ראית לומר דיפה כח בעל האילן ובא לגרוע כח דבעל הקרקע, ותמה על הרמ"א שלא כתב כאן אלא דעת ר"י ולא דעת רשב"ם הנ"ל, ולעיל סוף סימן קמ"א לא כתב דעת ר"י כמו שכתב כאן דעת היש אומרים שהוא דעת ר"י, ובתוס' כתבו דעת ר"י בשני הדינים בשוה, ועל המחבר אין לתמוה מפני שהוא סתם כאן ולעיל כדעת הרמב"ם, ותירץ דס"ל לרמ"א סברא הפוכה מדלעיל, והוא דדוקא כאן דמכר ודאי לזה הקרקע מש"ה מסתבר לומר שקנה הקרקע כולו לבדו זולת הצריך לאילנות, משא"כ לעיל דאין אנו יודעים האמת כדברי מי, ויכול להיות דזה שהחזיק בקרקע לא מכר לו כלום, מש"ה מסתבר דברי רשב"ם או דהרמב"ם ליפות כחו גם דבעל האילנות.

סעיף יד

ע"פ משנה וגמ' ב"ב פ. פסק בשו"ע "הלוקח זיתים מחבירו לקוץ, מניח מהאילן סמוך לארץ ב' גרופית, וקוצץ. לקח בתולת שקמה, מגביה ג' טפחים, וקוצץ. סדן של שקמה, ב' טפחים. ובשאר

אילנות, טפח, וקוצץ. בקנים ובגפנים, מן הפקק ולמעלה. בדקלים ובארזים, חופר ומשרש, לפי שאין גזעם מחליף".

סימן ריז – המוכר בתוך שדהו אמת השלחים או דרך יחיד או דרך רבים או מקום לעשות קבורה

סעיפים א – ג

ע"פ **ב"ב צט: פסק בשו"ע** "המוכר לחבירו בתוך שדהו מקום אמת המים (כלומר שהלוקח יחפור באותה שדה לצורכו אמת המים להשקות ממנו בית השלחין שלו שצריכים מים טובא) להשקות בה בית השלחין, נותן לו בתוך שדהו אמה שרחבה שתי אמות, ואמה מכאן ואמה מכאן לאגפיה, ואם מכר לו אמת המים להשקות בה בקילון, נותן לו אמה שרחבה אמה, וחצי אמה מכאן וחצי אמה מכאן לאגפיה".

הסמ"ע (א) תמה על הרמ"א שלא הביא גירסת הרשב"ם והרא"ש ברישא שנותן לו אמה לצורך רחבה של האמה ובי אמות לשפות ועל שם זה נקראת אמת המים על שם שהיא רחבה אמה.

גבי קילון בסיפא כתב **הסמ"ע** (ב) דכן גירסת הטור, אולם הרמב"ם כתב סילון וכתב עליו ה"ה דפירושו לר"י מגא"ש מקום מעבר מי רגלים ומי תכבוסת של חצירו, אולם הסמ"ע למד ברשב"ם דכתב לפי גירסת קילון ופירושו דלהשקות בהמות.

ע"פ **פסק בשו"ע** (ב) "אלו האגפים בעל השדה נוטען אבל אינו זורען, שהזרעים מלחלים את הקרקע ומקלקלים את אמת המים", וכתב **הסמ"ע** (ג) דכן גירסת הרמב"ם אולם גירסת הרשב"ם "מלחלים" ופירושו שהשרשים מהנטיעות מעמיקים הרבה אבל הזרעים מתפשטים מיד בתוך ג' טפחים ומלחלין הקרקע למעלה בשפתו.

עוד ע"פ **פסק בשו"ע** (ג) "אמת המים שכלו אגפיה, בעל האמה מתקן בעפר אותה השדה, שעל מנת כן קבל עליו המוכר להיות אמת המים בתוך שדהו", וכתב **הסמ"ע** (ד) דמ"מ מיחדין מתחילה אמה לשפות דבאותה אמה אין המוכר רשאי לזרוע ולא לעשות שום דבר שיקלקל השפות, כדי שלא יצטרך הלוקח לתקן תמיד שפתי המים, אבל מהאמה והלאה רשאי המוכר לזרוע ולעשות בו מה שירצה, אלא שבאם יארע שקילקלו האמות של השפות, יטלו עפר מאותה שדה לחזור ולתקנם.

סעיף ד

ע"פ **ב"ב ק. פסק בשו"ע** "המוכר לחבירו דרך בתוך שדהו, אם דרך היחיד מכר לו, נותן לו שתי אמות ומחצה רחבה, כדי שיעמוד חמור במשאו על אורך הדרך {והוא דלא סיימי מחיצות, אבל סיימי, צריך לתת טפי (ר"י מגא"ש)}. מכר לו הדרך בין עיר לעיר, נותן לו שמונה אמות ברוחב הדרך. מכר לו דרך הרבים, נותן לו רוחב ט"ז אמה. מכר לו למעמד (מקום שהיו עומדים שם בשוכם מהקברות סמוך לבית הקברות), נותן לו בית ארבע קבין".

ביאר **הסמ"ע** (ו) ע"פ הרשב"ם דדרך היחיד ברישא כלומר לילך בו לשדהו שהוא הדרך המיוחד לו לבדו, לאפוקי אם קנה ממנו דרך שילך דרך שדהו מעיר זו לעיר אחרת, שאז רגילין לפגוע בני אדם זה בזה טעונין בבהמותיהן או רוכבין בעגלות שאז צריך ליתן רוחב שתי עגלות דהיינו ח' אמות כבסיפא.

סעיף ה

ע"פ **ב"ב יז: פסק בשו"ע** "האומר לחבירו בור וכותליה אני מוכר לך, נותן לו רוחב הכותל שלשה טפחים".

סעיפים ו – ז

ע"פ **ב"ב קא: כחכמים וכתב"ס פסק בשו"ע** "המוכר מקום לחבירו לעשות לו קבורה, או המקבל מחבירו לעשות בו קבורה, עושה מערה ופותח לתוכה שמונה קברים, שלשה מכאן ושלשה מכאן,

ושנים מכנגד הנכנס למערה. מדת המערה ד' אמות על שש, וכל קבר וקבר ד' אמות אורך ורוחב ששה טפחים ורום ז', נמצא בין כל קבר וקבר שמן הצדדים אמה ומחצה, ובין שנים האמצעיות ב' אמות", וכתב הסמ"ע ציורו ודלא כרשב"ם (ועיין בדרישה ובבאר הגולה).

עוד בשו"ע (ז) "המוכר קברו ודרך קברו, מקום מעמדו והספדו, באים בני משפחתו וקוברים אותו בעל כרחו של לוקח, ונותנים לו דמי הקבר שקברו אותו בה" שגנאי להם שבני המשפחה לא יהיו קבורים במקום אחד כמנהגם, וביאר הסמ"ע (טו) דנותנים לו דמי הקבר מפני שהקבר שקוברים בו המת אסור בהנאה, משו"ה צריכין להחזיר לו דמיו, משא"כ דרך ומקום מעמדו והספדו, אם יתרצה הלוקח ויאמר תספדוהו אותו בו ואח"כ אקחם לתשמישי, אין יכולין לסלקו מזה, ומשו"ה נמי לא קאמר אלא קוברים אותו בעל כרחו.

סימן ריח – המוכר בית כור עפר ויש בו סלעים ובקעים

סעיפים א – ב

ע"פ משנה וגמ' ב"ב קב: פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך {והוא הדין אם אמר בית כור לבד (ר"י והרא"ש, דלא כרשב"ם דדווקא דאמר לו בית כור עפר דמשמע הראוי לזריעה אבל אי לא אמר לו עפר אפילו כולו סלע הגיעו וכן אם אמר לו בית כור קרקע אפילו כולו סלע הגיעו דשמה לבנות בו בית או למשטח ביה פירי) { והיו בתוך השדות גאיות קטנים עמוקים עשרה טפחים, אע"פ שאין בהם מים (ואז ראוי לזרוע בתוכו, ומינה דה"ה בסלעים דאע"פ שיש עליהן עפר הרבה מלמעלה עד שראויין לזריעה, סמ"ע), או סלעים גבוהין עשרה טפחים (ורחבן ד' ואין בהם רובע הקב) (טור), { אין נכללים בתוך הבית כור, שאין אדם רוצה ליתן מעותיו במקום אחד ונראים כשנים או שלשה מקומות (ר"י מגאש והרמב"ם -) ולוקח אלו הגאיות והסלעים בכלל הבית כור בלא דמים { וי"א דנשארו למוכר ומכל מקום הלוקח צריך ליקח שאר השדה (ואינו יכול לומר איני רוצה שדה מופסקת בסלעים) בלבד שיוכל להעביר המחרשה ביניהם (רשב"ם ורא"ש) }".

המשיך השו"ע (ב) "היו פחות מכאן {אפילו מלאים מים (טור)}, נמדדים עמה (דאז אין ראויין לזריעה כלל, וה"ה בסלעים שאין גבוהין י' טפחים אפילו אין ראויין לזריעה כלל נמדדין עמה, משום דאין לך שדה שאין בה טרשים או גאיות, סמ"ע). בד"א, בשלא היה בהם אלא בית ד' קבין והיו הארבע קבין מובלעים בתוך חמשת קבין בתוך רובה של שדה, אבל היו יותר על ד' קבין {והם גבוהין ג' (טור), דכל הפחות מג' כארץ מישור דמי וגם בעלמא אמרינן דהוה כלבוד, סמ"ע} או שהיו מפוזרים הרבה, או אינם מובלעים, אף על פי שאין בהם י', אינם נמדדים עמה".

כתב הסמ"ע (יב) עמש"כ בסיפא "שהיו מפוזרין הרבה" דהרשב"ם חולק דפירש דמה שאמרו בגמרא שצריך שיהיו מובלעים ד' קבין בה' דלא אתי אלא לאפוקי בפחות מה' קבין דהוה כסלע יחידי, אבל אם מפוזרין הדי' קבין ביותר מה', כ"ש דלא מחשבי כסלע יחידי ונמדדין עמו דבטלי גביה, והרמב"ם והשו"ע ס"ל דדווקא ה' קבין קאמרי, לא פחות דהוי כסלע יחידי, ולא יותר דאז מבלבלים ללוקח השדה שקנה שאינה נוחה לזרוע כשיהיו הטרשים מצויים בכל צד, וזה שכתב או שהיו מפוזרים הרבה, פירוש יותר מבה' קבין, או אינם נבלעים, ר"ל שאינם מובלעים בה' קבין אלא בפחות.

סעיפים ג – ד

ע"פ בעיות שם דלא ניפשטו (ובכולן אין המחרשה נכנסת בקלות) וקיי"ל דכל תיקו דממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע וע"פ כמה פירושים וגרסאות ברא' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "היו נבלעים רובן במיעוטן ומיעוטן ברובן, או שהיו מחולקים כמו חוט שוה (דאז אין המחרשה נכנסת ביניהן לחרוש מצד זה לצד השני), או כמו עגול, או כמו משולש, או שהיו בצדדין, או שהיו דרך עקלתון, כל אלו ספק והמוציא מחבירו עליו הראיה (הלכך אם כבר נתן המעות עליו לקבלם, ואם עדיין לא נתן מעות א"צ לקבלם, סמ"ע)".

כתב הסמ"ע (טז) דבגמ' מסודר האיבעיות כשיר, כלומר בעיגול, ואח"כ כשורה מהו וכו' ופירש רשב"ם שהאיבעיות הן באת"ל, את"ל בעיגול מזדרע, כשורה מהו, וכן כולן אחרון אחרון לא מזדרע כזה שלפניו, ואילו הרמב"ם והמחבר שהקדימו כשורה לכעיגול אי אפשר לפרש כן.

עוד בשו"ע (ד) ע"פ בעיא דלא נפשטא "וכן אם היה עפר למעלה וסלע מלמטה, או סלע מלמעלה ועפר מלמטה, הרי זה ספק", וביאר הסמ"ע (כ) ע"פ הרא"י דבכה"ג ראויין לזריעה קצת אבל אין יניקת הזרעים בטוב כיון שסלע למטה מהעפר א"נ משום דיש שם עליו עפר מעט שאינו בעומק המחרישה מ"מ ראוי לזרוע איזה ענינים.

סעיף ה

ע"פ ב"ב קג. וכגירסת רב האי פסק בשו"ע "היה בו סלע יחיד", אפילו בית רובע לכור, אין נמדד עמה, ואם היה סמוך למצר, אפילו כל שהוא, אין זה נמדד עמה. הפסיק עפר בין סלע למצר, הרי זה ספק. { כל אלה דברי הרמב"ם, אבל יש דעות אחרות בדינין אלו והביאן הטור }."

סעיף ו

ע"פ משנה ב"ב קב. וכרמב"ם פסק בשו"ע "אמר לו כבית כור עפר אני מוכר לך, אפילו היו בה גאיות עמוקים עשרה טפחים או יותר, או סלעים גבוהים עשרה טפחים או יותר, הרי אלו נמדדים עמה" והרמ"א פסק כרשב"ם והרא"ש דהגבילו "וי"א דוקא שאין בהן יותר על ד' קבין", ועוד הוסיף "וכל זה מיירי שאין לוקח עומד בתוך השדה, אבל אם עומד בתוך השדה הוי כאילו אמר בית כור עפר אני מוכר לך הן חסר הן יתר, ואפי' חסר ז' קבין ומחצה הגיעו (תוס' ורא"ש)".

כתב הסמ"ע (כד) דהטור למד ברמב"ם דחולק על שא"ר מדקבע הרמב"ם דין זה אחר כל דינים הנ"ל, כאילו אמר כל הני דינים המה דוקא בא"ל בית כור אני מוכר לך, אך הקשה על הרמ"א דהטור כתב בשם רשב"ם דגם באומר כבית כור צריך שלא יהא בו יותר מד' קבין אבל ד' קבין אפילו באומר בית כור עפר אני מוכר לך ואינו גבוה עשרה והרמ"א כתב דיש אומרים 'דוקא שאין בהן ד' קבין', ולכן הגיה ברמ"א דצריך להיות ויש אומרים דוקא שאין בהן יותר מד' קבין, אולם הש"ך (א) תירץ דהרמ"א איירי בכל ענין אפילו אינו מובלע בתוך ה' קבין ובתוך רובה של שדה אבל ד' קבין צריך שיהא דוקא בכל התנאים הנזכרים לעיל כי לרשב"ם דינא דבית דכבית כור לא עדיף אלא לענין שנמדדים אפילו גבוהין אבל בכל דבר הוא דומה לנדון דלעיל.

סעיף ז

ע"פ משנה ב"ב קג: פסק בשו"ע "האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל, אם פחת כל שהוא מנכה לו מן הדמים (אך המקח קיים דכל לוקח ומוכר אפילו במקח א' לאו דוקא מעמידין דבריהם אלא לפי משקל ולפי מנין, באה"ג בשם הרשב"א), ואם הותיר כל שהוא, יחזיר לו", וביאר הסמ"ע (כז) דלשון "מדה בחבל" משמע שאינו מדקדק שאם לא יהיה בית כור שלם שיהא המקח בטל אלא שישלם לו לפי ערך, משא"כ כשא"ל בית כור עפר סתם ואינו עומד בתוכו, דאם חסר או יתר אפילו רובע לכור יכולים לבטל אף אם יאמר לו המוכר תנכה לי מהדמים מה שחסר לך, דהלוקח יכול לומר כונתי היתה דוקא אבית כור שלם ומש"כ הטור דאפילו חסר קב מבטל המקח, קב לאו דוקא הוא, ועוד ביאר ע"פ התוס' דאינו דומה לריש סימן רל"ב דכל דבר שנמכר במדה אפילו לית ביה שיעור אונאה המקח בטל, דהיינו דוקא כשהטעהו וא"ל שהוא מדה כך וכך ולא נמצא כן, אבל כאן לא א"ל בבירור שהוא כך וכך, אלא א"ל שימדדו אם הוא כור כמו שהוא סבור וינכה לו אם הוא פחות מכור.

סעיפים ח – יב

ע"פ ב"ב קג: - קד. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (ח) "א"ל בית כור עפר אני מוכר לך, ה"ז כמי שפירש ואמר בית כור עפר בין חסר בין יתר, ואם פחת מהמדה א' מכ"ד, שהוא רובע לכל סאה, או הותיר רובע לכל סאה, הגיעו. יתר על כן, יחשוב עמו כל הרבעים שחסרו או הותירו, וכל שפחת מבית כור ינכה לו מהדמים. { י"א דוקא שפחת שעדיין נקרא בית כור, אבל יתר מכן, לא, דהא בית כור קאמר ליה. ודווקא שאין לו קרקע יותר, אבל מכר לו בית כור בשדותיו, נותן לו בית כור מכוון (ר"ן) }

וכל שהותיר על בית כור, יחזיר לו". ביאר הסמ"ע (כח) דהמחבר כשיטת הרמב"ם דלא כתב בית כור עפר זזה, דבאומר בית כור סתם ולא הזכיר מדה בחבל ולא הן חסר הן יתיר, דדינו כאילו א"ל הן חסר הן יתיר ועד רובע לבית סאה הוה מחילה, וזה דלא כתוס' והרא"ש דמפרשים דהגמרא מיירי בדעומד בתוכו וכרמ"א בסעי' ו', והר"י הלוי פירש דמיירי בא"ל בית כור עפר זה אני מוכר לך, ושניהן אמת לדינא, דגם כשאומר לו בפירוש בית כור "זה" אע"פ שלא עמד בתוכו לא על חנם א"ל "זה", משו"ה ה"ל כאילו אמר הן חסר הן יתיר.

המשך השו"ע ע"פ שם (ט) ומה הוא מחזיר לו, אם היה התוספות פחות מט' קבין מחזיר לו דמים כשעת המכירה, ליפות כח המוכר. ואם היתה התוספת סמוכה לשדה אחרת של מוכר, מחזיר לו אותה תוספת קרקע, שהרי סומך אותה לשאר שדותיו ואינו מפסיד כלום. (י) היתה התוספת יתירה על ט' קבין, נותנים רובע לכל סאה וסאה, והנשאר יתר על הרבעים, אם יש בו ט' קבין, נותן כל הרבעים כולם עם היתר מהקרקע, ונותנו לו כשעה שלקחה ממנו. (יא) בד"א, כשהיתה בזול בשעת ממכר והוקירה בשעת החזרת היתר, אבל אם היתה ביוקר והוזלה, אומרים ללוקח אם רצית ליתן לו דמי התוספת כולה תן לו דמים כפי הממכר ואם רצית ליתן לו קרקע תן לו כמו ששעה עכשיו. (יב) דין חצי קב בגינה כדין ט' קבין בשדה שאם הותיר בגינה פחות מחצי קב על הרבעים, אינו מחזיר לו אלא דמים. הותיר חצי קב, מחזיר לו כל הרבעים עם היתר בדמים, או קרקע כשעת הזול של עת החזרה."

וכתב הרמ"א (יג) "וכל מה שכתב מתחלת סעיף ט' ע"כ לשון הרמב"ם פ' כ"ח מהלכות מכירה, והמגיד משנה הניחו שם בצ"ע, והעיקר כדעת י"א (רשב"ם) כי כל שהוא פחות מט' קבין, הרשות ביד המוכר ליקח קרקע או מעות, ואם נותן לו מעות נותן כשעת הזול, בין היתה בזול והוקירה או היתה ביוקר והוזלה, אבל היתה לו שדה אחרת סמוכה לתוספת זו, נותן לו קרקע, וכן אם היתה התוספת ט' קבין, ומחשבים כל המותר, בין הרבעים בין הנשאר."

כתב הסמ"ע (לה) דהמחבר פסק בכל המחלוקות כרמב"ם, דס"ל להלכה בזה דרובע לבית סאה ניתן למחילה באומר הן חסיר והן יתיר וטפי לא, ושם הוא יתר מרובע לבית סאה צריכין להחזיר גם הרבעין עצמן ושד המוכר בו על העליונה, ובכל זה ס"ל לרמב"ם כטור ורשב"ם, אלא שמחולק עמיהן באם הוא יותר מרובע קב לבית סאה והגיע היתרון עם הרבעין לט' קבין, דלרשב"ם והטור אין בזה יד המוכר על העליונה אלא אם ירצה הלוקח מחזיר לו הקרקע בעינו בעל כרחו דמוכר, והרמב"ם ס"ל דגם בכה"ג יד המוכר על העליונה, אא"כ היה יתרון כ"כ שאחר שנתת לכל בית סאה רובע ישאר בהיתר עוד ט' קבין, ובזה דוקא אמרו שמחזיר לו הקרקע בעינו בעל כרחו, ואפילו כשהיתרון כ"כ הרבה ס"ל דעדיין יד הלוקח אינה על העליונה עכ"פ, עיי"ש באריכות.

סעיף יג

ע"פ בעיא דלא איפשטא בב"ב קד: וכלשון הרמב"ם כתב בשו"ע "מכר שדה ונעשה גינה ביד הלוקח, או גינה ונעשה שדה, ה"ז ספק אם מחשב לו כדין שהיתה בעת המכר או כדין שהוא עתה", וביאר הסמ"ע דהיה שדה בשעת מכירה והיה במותר מעט יותר משני רבעים לשני סאין שמכר לו ובזה יד המוכר על העליונה ליתן לו דמים אם ירצה ונעשה גינה כלומר שעלה בה מעין שראוי לקבוע בה זרעים שצריכים מים הרבה, קודם שהחזיק הלוקח במותר וקם בדין חזרת תורת קרקע, או שהיתה גינה בשעת מכירה והיה בדין חזרת קרקע, ונתיבש המעין ויצא מדין גינה לדין ליתן לו דמים למוכר, זהו איבעיא דלא איפשטא ומחזיר לו מה שירצה, שאין כופין הלוקח ליתן הדמים שהמוציא מחבירו עליו הראיה (באה"ג בשם הרב המגיד).

סעיף יד

ע"פ ב"ב קה. וכחכמים פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל בין חסר בין יתר (דאמר לו ב' לשונות סותרות), או שאמר ליה בית כור עפר אני מוכר לך בין חסר בין יתר מדה בחבל, הלך אחר הפחות שבלשונות ואין לו אלא כדין, אם חסר אם יתר."

כתב הסמ"ע (מב-ג) לבאר דהולכים אחר הלשון שמפחית הדיבור שא"ל בתחילה בית כור, ואמרינן לאו דוקא בית כור אמר אלא אפילו פחות או יותר, א"נ, מפני שג' דינין תולין בג' לשונות שאומר, דהיינו אומרו סתם בית כור דדינו שצריך ליתן לו בית כור שלם ואפילו ניכוי דמים לא מהני, ומדה

בחבל הוא ג"כ בדקדוק אבל מהני ביה ניכוי דמים, ובין חסר ובין יתר הוא לשון גרוע שלא דוקא קאמר, וקאמר דהולכין בזה אחריו, ואין לו אלא כדין אם חסר ור"ל בין יהיה לגרועותא דלוקח כגון שיש בו חסרון, ובין שהוא לטובתו כגון שיש יתרון, בשניהן הולכין אחריו, ומשו"ה כתב ואין לו, ר"ל ללוקח, ולא איירי דוקא בדנתן כבר דמים, אלא אפילו אם פחת ולא נתן עדיין דמים, צריך ליתן למוכר כל דמי בית כור, דכבר נגמר המקח בשעת קנייה והמעוה הן חוב עליו, וכתב דזה דלא כפירוש ה"ה ב"י ולבוש ברמב"ם, אולם הש"ך (ב) פירש כמותם שהפחות שבלשונות לעולם רעותא ללוקח ולשון בית כור דנקטו הרמב"ם והמחבר כאן הוא לאו דווקא ואינו אלא פירוש של מדה בחבל וכוונתם כראב"ד דהפחות שבלשונות קולא הוא לנתבע ואם נתן מעוה הלוקח הוא התובע ואם לא נתן והלוקח מחזיק והמוכר תובע מעוה יתרים הוא התובע ופעמים שחסר הוא קולא או חומרא לנתבע וכן היתר.

סעיף טו

ע"פ משנה ב"ב קו. וכרב הונא פסק בשו"ע "מכר לו בית כור ואמר ליה בסימניו ובמצריו, פחת שתות או הותיר שתות הגיעו, פחת יתר על שתות, ינכה לו מהדמים. הוסיף לו יתר על שתות, יתן לו דמים או קרקע, הכל לפי השויר, אם הנשאר בשדה פחות מט' קבין, ובגינה פחות מחצי קב, ולא היה סמוך לשדה המוכר, מחזיר לו דמים".

סעיף טז

ע"פ קו: פסק בשו"ע "המוכר לחבירו שדה שהלוקח יודע אותה ואת מצריה וכבר הורגל בה, אפילו אמר ליה יש במדתה ק"ק, ולא נמצא אלא ק"נ, הגיעתו, שהרי ידעה וקיבל עליו ומה שאמר ליה חשבון ק"ק כלומר שהיא שוה כמו אחרת שיש במדתה מאתים".

כתב הסמ"ע (מז) דכתב הרב המגיד בשם הרשב"א דהמעשה כך היה דהיה חסר רביעית (ק"נ מק"ק), אבל לאו דוקא, דה"ה אם היה חסר מחצה דאמרינן הגיעתו, וכתב הסמ"ע דלא מצא מי שחולק עליו, ותמה על המחבר והרמ"א שלא כתבו דעתו.

עמש"כ המחבר "כלומר שהיא שוה" כתב הסמ"ע (מח) דכן דעת הרמ"ה בטור דבעינן שיהא באמת טוב משדה אחרת ושויא כ"כ, אולם דעת הרשב"ם דא"צ שיהא טוב דלהשביח מקחו אמר כן, והסכים הטור עם הרשב"ם, ולכך תמה על המחבר והרמ"א שסתמו בזה.

סעיפים יז – יט

ע"פ ב"מ קד. פסק בשו"ע "יז) האומר לחבירו בית כור פלוני (דאל"כ לית לן למימר שלא מכר לו אלא שמא, ב"י ובאה"ג, ועיין קצות סק"א) אני מוכר לך, אע"פ שאין במדתו אלא לתך, הגיעו, שלא מכר לו אלא מקום הנקרא בית כור, לפיכך צריך המוכר להביא ראיה שהוא נקרא בית כור. (יח) וכן האומר לחבירו כרם שלי במקום פלוני אני מוכר, אף על פי שאין בו גפנים, הגיעו, והוא שיהיו קורים אותו כרם, וכן האומר לחבירו פרדס זה אני מוכר לך, אפילו אין בו רמונים, הגיעו, והוא שיקרא פרדס, וכן כל כיוצא בזה. (יט) (רמב"ם -) כל אלו הדברים במקום שאין שם מנהג, אבל במקום שיש מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום".

סעיף כ

ע"פ משנה וגמ' ב"ב קז: פסק בשו"ע "האומר לחבירו חצי שדה אני מוכר לך, שמין כמה שוה כל השדה ונותן לו מהכחוש שבה מה ששוה חצי הדמים של כל השדה (כי יד המוכר על העליונה וניחא ליה במעט טוב יותר מהרבה מהגרוע). וכן אם אמר לו חציה בדרום אני מוכר לך, שמין לו דמי כולה ונותן לו בדרומה כחצי כל הדמים (כרמב"ם ודלא כטור), ומקבל עליו הלוקח לעשות בחלקו מקום הגדר {ווי"א דהמוכר נותן מחלקו המקום לעשות בו גדר וכו' (טור)} ומאחורי הגדר סמוך לגדר חריץ קטן רחב שלשה טפחים, וחוצה לו חריץ אחר גדול רחב ששה טפחים, ובין שני החריצין רחב טפח, כל זה שלא תקפוץ הנמיה".

כתב רע"א דהר"ן הביא בשם הרמב"ן דהנותן חצי נכסיו לחבירו אינו נוטל חצי בכל כלי וכלי או בכל שדה ושדה אלא שמין הנכסים ונוטל הכחוש והר"ן חלק דלמה לא יזכה במחצית כל דבר ודבר.

סעיפים כא – כב

ע"פ **ב"ב סא:ב**. פסק בשו"ע **"היה לו חצי השדה"**, ואמר לחבירו חצי שיש לי בשדה מכרתי לך, קנה החצי כולו. אמר ליה חצי השדה שיש לי, לא קנה אלא רביע {ועיין לעיל סימן רי"ד סעיף ז'}. היה לו בקעה גדולה, ובתוכה שדות הרבה, וכל אחת חלוקה במצר שלה, ומכר לו בה שדה ומצר לו מצרי הבקעה, לא קנה אלא שדה אחת, אע"פ שיש מעט שקורים לבקעה שדה {ועיין לעיל סי' רי"ד סעי' ז', אבל אם אין מצר מפסיק, קנה הכל, דכל המוקף במצר אחד נקרא שדה אחד (רא"ש) ועיין ריש סי' רי"ט}.

כתב **הפתי"ש** (א) בשם **כנסת יחזקאל** דדוקא באמר חצי השדה בה"א, אבל אם אמר 'חצי שדה' דאית לי, קנה החצי כולו, כי בלא ה"א תיבת שדה קאי על חצי, אבל השדה בה"א אז תיבת השדה מופסקת מן חצי והוא כאילו אמר חצי מן השדה דאית לי, ולכך לא קנה אלא רביע.

סעיפים כג – כד

ע"פ **ב"ב סא:קעג**: פסק בשו"ע **"האומר לחבירו שדה דבי חייא אני מוכר לך"**, והיו לו שתי שדות הנקראים בשם זה, לא קנה אלא הפחות שבהם. האומר לחבירו **שדות אני מוכר לך**, מיעוט שדות שתיים. אמר ליה כל שדות, אפילו ג' וד' (וה"ה יותר דהכל בכלל, סמ"ע) חוץ מגנות ופרדסים {ודוקא שאמר שדות, אבל אם אמר כל קרקעות, הכל בכלל (סמ"ע): ויש להסתפק אם העבדים הן בכלל סתם קרקעות. ש"ך: בכלל מטלטלי, אפילו בתים (רבינו יונה, כמ"ש בש"ס בכמה מקומות אין חקר שנקרא בית קרקע, גר"א, וכתב הפתי"ש בשם רע"א דבלאו לשון 'כל' נכלל בתים בקרקע)}. אמר ליה נכסים, אפילו גנות ופרדסים, אבל לא בתים ועבדים. ואם אמר ליה כל נכסים (סמ"ע): כן דעת הרמב"ם דבעינן 'כל' אולם דעת רבינו יונה והרא"ש אפילו לא א"ל 'כל' אלא נכסי סתם, אפילו בתים ועבדים וכל המטלטלים הידועים לו (ש"ך): בסימן רמ"ח כל המטלטלים בכלל נכסי אע"פ שלא אמר כל, שאני התם דמתנה בעין יפה נותן וחילוק זה מוזכר בתוס' עיי"ש), ואפילו תפילין שבראשו בכלל המכר. {ודוקא שאמר כל נכסי, אבל אמר נכסי דבי פלניא, לא מכר לו המטלטלין שקנה מאותו פלוני, דאין מטלטלין נקראים על שם המוכר (רבינו יונה, ולמד ה"טור בדבריו דאפילו אמר כל, אולם דעת הש"ך דכל נכסי דבי חייא אני מוכר לך גם המטלטלים בכלל)}.

כתב **הסמ"ע** (סא) דאם אמר ליה קרקעות ולא כל, ואין לו אלא שדה אחת ופרדס אחד, דגם הפרדס בכלל, כיון דאמר קרקעות בלשון רבים ואין לו אלא אלו השנים ופרדס הוא בכלל קרקעות.

כתב **רע"א** בשם הרשב"א ועוד (בב"י) דדוקא כה"ג שאומר שדות או שדה שלי או שדות של פלוני, אבל באומר שדותי, כולם בכלל, ובאומר שדות פלוני י"ל דג"כ כולם בכלל, ויש חולקים בזה, ובאומר השדות שלי או של פלוני כיון דאמר בה' הידוע כולו, ורבינו יונה יושב בזה סוגיה דהמוכר את הבית לפרק מי שמת דהכא מיירי באומר כל נכסי בציר"י וכגון דאמר כל נכסי דבי ר"ח משום הכי בעינן כל, ובפרק מי שמת מיירי באומר נכסי לפלוני היינו נכסי בפת"ח וכולם בכלל.

סעיף כה

ע"פ **ב"ב ל**. גבי **עובדא דבר סיסין** וכתב נחמן פסק בשו"ע **"האומר לחבירו שדה ראובן אני מוכר לך"**, וכיון שבא הלוקח להשתמש בה אמר ליה המוכר אינה זו השדה שהיתה של ראובן אלא כך היא קרויה ולעולם לא היתה לו אלא זו שהיתה של ראובן ולקחתיה ממנו והיא שמכרתי לך, על המוכר להביא ראיה, ואם לא הביא ראיה זוכה הלוקח בזו שכל העם קורין אותה של ראובן", וביאר **הסמ"ע** (סו) ע"פ הרשב"ם דהראיה שצריך להביא דזו לא היתה של ראובן, ואם מביא ראיה א"צ ליתנו לו אלא האחרת, אף שאין קורין אותה ע"ש ראובן, דמסתמא האומר שדה ראובן ר"ל השדה שקניתי מראובן, וכיון שמביא ראיה שזו לא קנה מראובן לא היתה דעתו על זה, ודלא כלבוש דכתב שצריך להביא ראיה שמכר לו השדה השניה.

סימן ריט – כיצד מסיימין המצרים ואם לא סיים אותם

סעיף א

ע"פ **"ב"ב סב: פסק בשו"ע** "האומר לחבירו שדה פלוני אני מוכר לך, קנה כולה, אפילו היא גדולה הרבה, **אע"פ שלא סיים המצרים**, כל זמן שאין מצר מפסיק {**ורא"ש** - } מצר לו מצר מזרחי ומערבי ולא הזכיר צפוני ודרומי, קנה כל השדה, ולא אמרינן שלא יקנה רק תלם אחד במזרח ותלם אחד במערב".

סעיף ב

ע"פ **"ב"ב סב: פסק בשו"ע** "מצר לו מצר ראשון ומצר שני ומצר שלישי, ולא מצר מצר רביעי, קנה השדה כולה, אבל מצר הרביעי לא קנה, כיצד, אם היה מובלע בין המצרים (□) ואין עליו רכב של דקלים ואין בו תשעה קבין, קנה אף המצר הרביעי. ואם לא היה מובלע (□) ויש עליו רכב של דקלים, או שיש בו ט' קבין לא קנהו, היה מובלע ויש עליו רכב דקלים, או שיש בו ט' קבין, או שלא היה מובלע ואין עליו רכב של דקלים ואין בו ט' קבין, הרי הדבר מסור לב"ד כפי מה שיראה לאיזה דרך שדעתן נוטה, יעשו" [ציורי הסמ"ע בסימן זה לקוחים מ"שו"ע פריעדמאן].

כתב הסמ"ע (ה) דכלל דברי הטוש"ע דאם יש בו תרתי לטיבותא, דהיינו שאינו מובלע ויש בו דבר חשיבות, שיש בו שיעור שדה דהיינו ט' קבין, או שיש עליו רכב דקלים שהוא גם כן דבר חשיבות כמ"ש בסימן רט"ו ורי"ח, אזי ודאי אינו מכור עמו, ואם יש בו תרתי לגריעותא, שהוא מובלע וגם אינו בו דבר חשיבות הנ"ל כלל, אזי ודאי מכור עמו, ואם יש בו חד צד לטיבותא וחד צד לגריעותא, זה מסור לבית דין.

סעיף ג

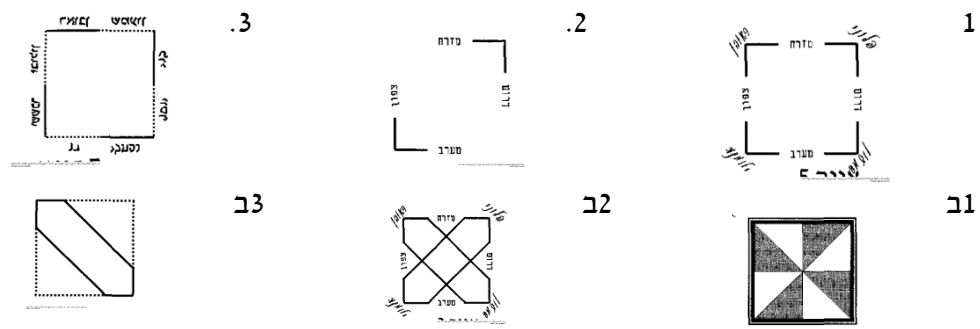
ע"פ ב"ב סב. וכרמב"ם דפסק כרב (והא דשתק למאי דאמרי ליה רב כהנא ורב אסי משום דלא חש להשיבם, רמ"ה) פסק בשו"ע "מצר לו מצר אחד ארוך ומצר אחד קצר, אם היה הארוך של איש אחד, לא קנה מן הארוך אלא כנגד הקצר, ואם היה של שנים, קנה כנגד ראש תור" והרמ"א פסק כרא"ש דלא כרב (מדשתק רב הודה להם) "ויש אומרים דאפילו באיש אחד קנה באלכסון כראש תור".

ביאר הסמ"ע (ז) סברת הרמב"ם דמדהוה ליה למכתב מצד ראובן מן המזרח ומצד לוי מן המערב, וכתב לו מצד ראובן ושמעון מן המזרח, ודאי היתה דעתו להקנותו שדה שלו מצד מזרח כשיעור רוחב השדות שיש לראובן ושמעון מצד שדהו, ומדמצר לו מצר מערב קצר, אמרינן שדעתו היתה ליתן לו בראש התור, דהיינו באלכסון מסוף כלות מיצר מזרח הארוד לצד מצר מערב הקצר.

ראובן
שמעון
שדה
לוי
מנשה

סעיף ד

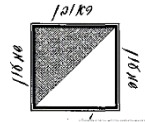
ע"פ בעיות בסב. דמסקי בתיקו ודעת הרמב"ם דאמרינן שודא פסק בשו"ע "סיים לו את הזויות בלבד, ולא מצר לו את המצר של כל רוח (1), או שסיים לו ב' מצרים כמין גם {זה כנגד זה} (2), או שסיים לו חלק מכל רוח ורוח (3), הרי זה לא קנה את כולה, אלא יקנה ממנה כפי מה שמצר לו (1ב, 2ב, 3ב) וכפי מה שיראו הדיינים".



בבזק הבית כתב דיש לתמוה למה פסק בה שודא דדייני דהוה ליה לפסוק כשאר תיקו דדיינין בהו קולא לנתבע, ובש"ך (ב) כתב דאין כוונת הרמב"ם כאן לשודא אלא רק כפי מה שיראו הדיינים שיעור שמכר לו.

סעיף ה

ע"פ ב"ב סב. פסק בשו"ע "היה מצר ראובן מזרח ומערב, ומצר שמעון צפון ודרום, צריך שיכתוב לו מצר ראובן משתי רוחות ומצר שמעון משתי רוחות", דאלי"כ לא קנה אלא החצי, סמ"ע -



(עיי"ש בסמ"ע בעוד ציורים שלמד בגרסאות הטור).

סעיף ו

ע"פ ב"ב סב: פסק בשו"ע "היה לו שדה, ומכר מקצתו לשמעון לצד מערב, ומצד מזרח עכב לעצמו, ומצר לו מצר מערב ולא מצר לו מצר מזרח, אלא כתב מצר מזרח דמינה פליגא, או דמינה פסיקא, אם כתב לו ואילין מצרנהא, קנה חצי השדה, ואם לא כתב לו כן לא קנה אלא תשעה קבין".

סימן רכ - המוכר את הספינה וקרן וצמד בקר ופרה וחמור ושפחה

סעיף א

ע"פ משנה וגמ' ב"ב עג. פסק בשו"ע "המוכר את הספינה מכר את התורן (עץ גבוה שתולין עליו הנס והנס וילון התלוי בתורן נגד הרוח) ואת הנס ואת העוגנין (ברזל כעין מזלג המעגן ומעכב הספינה) ואת כל המשוטין המנהיגים אותה {ובכלל זה החבלים שמושכין בהן הספינות לנמל (ה"ה)} ואת הכבש (גשר) והאסקלא שעולים בה לספינה ויורדים עליה ואת בית המים שבתוכה (מקום שמשתמרין שם מים מתוקים), אבל לא מכר (שכל אלו אף שהן עשויין לצורכי הספינה, מ"מ אין שם ספינה עליהן ויכול לעשות בו שימוש ג"כ לדבר אחר, סמ"ע) את הספינה הקטנה, בין שהיא עשויה לילך בה ליבשה בין שהיא עשויה לצוד בה דגים, ולא את העבדים המשמשין בה ולא את המרצופים ולא את הסחורה שבתוכה. ובזמן שאמר ליה הוא וכל מה שבתוכה אני מוכר הרי כולם מכורים".

המחבר נקט כרמב"ם לגרוס גם כבש וגם אסקלא (ראה ה"ה וטור), וביאר הסמ"ע (ד) דכוונתו דהעשוי לעלייה מהיבשה לספינה קרוי כבש והעומדת בתוך הספינה בצד הפתח לירד ולעלות בה נקראת בלשוננו אסקלא, עיי"ש.

סעיפים ב - ג

ע"פ משנה וגמ' ב"ב עז: פסק בשו"ע "המוכר את הקרון לא מכר את הפרדות, בזמן שאינם קשורות עמו. מכר את הפרדות, לא מכר את הקרון {היו קשורין זה בזה, מכר הקרון מכר הפרדות; מכר הפרדות לא מכר הקרון (טור)}", וביאר הסמ"ע (ז) דעל הפרידות יכולין לרכוב ולבוא למקום חפצו בלא הקרון, משא"כ בעגלה בלא פרידות והרי הן קשורין יחד. בסעי' ג' פסק ע"פ הנ"י "י"א דה"מ במוכר, אבל במשכיר את הקרון השכיר גם הפרדות, אע"פ שאינם קשורות עמו", דאין דרך לשכור עגלות מזה ופרידות מזה, ובדאי כונתן היתה בשעת השכירות כפי המנהג ושיהיו שניהן שכורין לו.

סעיף ד

ע"פ משנה וגמ' ב"ב עז: פסק בשו"ע "מכר את הצמד (העול שנותנים על שני השוורים כשמוליכים אותן יחד לחרישה או בשאר משא) לא מכר את הבקר. מכר את הבקר לא מכר את הצמד, אפילו

במקום שקורין [מקצתן] לצמד בקר {ודוקא שאינן קשורין ביחד, אבל קשורין ביחד מכורים (ר"י מגא"ש רמב"ן ועוד)}."

סעיפים ה - ו

ע"פ תוספתא דב"ב כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "המוכר את העול, מכר את הפרה. מכר את הפרה, לא מכר את העול" והרמ"א פסק כראב"ד "ויש חולקין וסבירא להו דמכר העול לא מכר פרה וכן נראה לי עיקר" - דאע"פ שהוא כן בתוספתא אין סומכין עליה שאין הטעם שלה ברור והרב לא הביאו בהלכות, וגם הטור תמה בזה האין תמכר הפרה אגב העול, והכ"מ כתב דאפשר שכך היה לשון ב"א בזמנם (באה"ג). הסמ"ע ביאר שיטת הרמב"ם דאיירי בקשורים יחד הפרה בעול וכן במכר העגלה מכר הבקר מיירי דוקא בקשורין, והטור והרמ"א לא פירשו כן דס"ל דטעם הרמב"ם בזה הוא דאף דהבקר אינן נגררות אחר צמד, היינו טעמא דבקר שנים הן וחשובין, משא"כ פרה יחידה, ובמוכר העגלה ס"ל דנמשכת הבקר אחריהן אף על גב דלא נמשכו הפרידות אחר הקרון, דחשיבי טפי, אבל הוא דוחק.

בסעי' ו' אותה מחלוקת על בסיס התוספתא בין הרמב"ם והמחבר לראב"ד והרמ"א - וז"ל השו"ע "מכר את העגלה, מכר את הבקר. מכר את הבקר, לא מכר את העגלה {ויש חולקין כמו שנתבאר}."

סעיף ז

ע"פ ב"ב עה. פסק בשו"ע "המוכר את החמור מכר את המרדעת (כעין אוכף שמניחין על החמור כל היום כולו כדי שיתחמם) ואת האוכף (כלי עץ נתון על המרדעת לרכיבה או כדי למנוע חכוך המשאוי), אע"פ שאינם עליו, אבל לא מכר את השק ולא מרכבת הנשים, ואפילו היו עליו בשעת המכר {אא"כ אמר ליה הוא וכל מה שעליו מכור לך (ר"י ורא"ש), וכתב הסמ"ע בשם הטור בשם הרמ"ה דה"ה אם אמר ליה וכל מה שראוי להיות עליו, ולא פליגי בזה}."

כתב הסמ"ע (יג) דמוכח ברי"ף ורא"ש דהא דשק ומרכבת הנשים אינן נמכרין בעודן עליו, הוא מכח דהוא איבעיא דלא איפשיטא בגמ' אי גם בעודן עליו פליגי רבנן ואמרי דאינן מכורין והוה חומרא לתובע וקולא לנתבע, וממילא אם כבר באו ליד הלוקח והמוכר בא להוציא מידו המוציא מחבירו וכו'.

סעיף ח

ע"פ ב"ב עה. וכלישנא בתרא פסק בשו"ע "בכל אלו הדברים אין הדמים ראייה, שאם טעה בכדי שהדעת טועה יש לו אונאה או ביטול מקח, כדן כל מוכר ולוקח, ואם טעה בכדי שאין הדעת טועה, לא בטל המקח, שזה מתנה נתן לו" וכתב הרמ"א ע"פ הרמ"ה "ודוקא במקום שקורין לבקר בקר ולצמד צמד, אבל אם רוב בני אדם קורין לצמד בקר, אז אמרינן הדמים מודיעים, ואם כל בני אדם קורין לצמד בקר, ולצמד לבד מפרשים צמד לבד, אפילו בלא הודעת דמים הכל מכור. וי"א (רמ"ה) הא דאמרינן מכר בקר לא מכר הצמד, היינו בסתם, דאימור לשחיטה זבניה, אבל אם פירש לרדיא, מכר הצמד עם הבקר."

סעיפים ט - י

המוכר לחבירו פרה או אתון או שפחה, באילו מקרים המכירה כוללת גם עובר או ולד? איך תתיישב סוגיית "מחליף פרה בחמור וילדה זה אומר עד שלא החליף וזה אומר לאחר שהחליף" עם הסוגיה דלעיל?

ע"פ תוספתא שהובאה ברי"ף והרמב"ם פסק בשו"ע "המוכר את השפחה מכר כלים שעליה, אפילו הם מאה, אבל לא מכר השיריים ולא הנזמים ולא הטבעות ולא את הקטליאות (חוטין שעורכין בהן גרגירי זהב וקושרין אותן על הצואר בדוחק) שבצווארה. ואם אמר ליה שפחה וכל מה שעליה, הרי כולם מכורים, אפילו יש עליה כלים של מאה מנה. האומר לחבירו שפחה מעוברת אני מוכר לך פרה מעוברת אני מוכר לך, מכר לו את הולד {וי"א (רא"ש) דאפילו מכר לו שפחה ופרה סתם, אם הם

מעוברות הולד מכור} ", **ובלבוש** פסק כרמ"א אך **הסמ"ע** (יט) חלק ודווקא דאמר שפחה זוי', וכן הסכים **בקצות** (א) דמוכר פרה זו מכור ולדה ומיהו פרה סתם יכול ליתן איזה שירצה.

כתב **הפת"ש** (א) ע"פ **בט"ז** בסימן רכ"ג דאין כאן מחלוקת וגם הרי"ף והרמב"ם מודו לרא"ש דאלי"כ יקשה לדידהו דין דהתם שהוא משנה בב"מ דף ק' המחליף פרה בחמור כו' זה אומר עד שלא מכרתי ילדה כו' על הלוקח להביא ראייה, במאי איירי, אי אמר פרה סתם הא לא מכר הולד אפילו נולד אח"כ, ואי אמר פרה מעוברת הא מכרו אפילו נולד קודם כו', ובשו"ת **חת"ס** כתב דזה אינו דהרמב"ם חולק בודאי וכן דעת הרמ"ך דאפילו באומר פרה זו דוקא בהזכיר לו מעוברת, הא לאו הכי אין העובר בכלל, ואת המשנה שם העמיד דמיירי בשאמר לו פרה מעוברת והמוכר טוען אני לא מכרתי אלא מעוברת וסכנת הלידה עליך אבל עכשיו שכבר ילדה קודם משיכה הרי פרה וולדה שלי ואני אעמיד לך פרה מעוברת אחרת ותסבול אחריות הלידה [ועוד דחה ראיית הקצות סק"א לרא"ש ממשנה בתמורה דאפילו לא אמר מעוברת אלא כל שאומר פרה זו ושפחה זו הולד מכור, דליתא, דיש לחלק בין קדושת הגוף לשארי דברים, עיי"ש], והוסיף דכל זה היכא דשניהם יודעים שהפרה מעוברת, אבל היכא ששניהם לא נתכונו אלא לפרה סריקא ונמצאת טעונה, פשיטא שאין ולדה בכלל ומודה הרא"ש שהמוכר יכול לטעון אדעתא דהכי לא מכרתי.

סעיף יא

ע"פ **תוספתא ופוסקים ומשנה ב"ב עח**: פסק בשו"ע "שפחה מניקה אני מוכר לך פרה מניקה אני מוכר לך, לא מכר לו את הולד. חמורה מניקה אני מוכר לך, מכר לו את הסייח (חמור קטן), שאין אדם קונה חמור לחלבה", וביאר **הסמ"ע** (כ) דלא מכר הוולד שיד הלוקח על התחתונה ויכול המוכר לומר מניקה דקאמר משום חלבה, ובשפחה נמי כונתו היתה להודיע שהיא ראויה להניק את הבן דלוקח.

סעיפים יב – יג

ע"פ **תוספתא דערכין** (ראה באה"ג וגר"א) כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "האומר לחבירו ראש עבד זה או ראש חמור זה אני מוכר לך, ה"ז מכר חציו, וכן הדין בכל אבר שהנשמה תלויה בו. אמר ליה יד עבד זה או יד חמור זה אני מוכר לך, משמנים ביניהם (לשון שומא, כלומר שישומו אותו אבר שמכר לאיזה מלאכה הוא ראוי, ולפי שוויו יטול), וכן הדין בכל אבר שאין הנשמה תלויה בו, אמר ליה ראש פרה אני מוכר לך, לא מכר אלא הראש בלבד, שהרי ראשה נמכרה תמיד בבית המטבחים".

סעיף יד

ע"פ **משנה ב"ב פג**: פסק בשו"ע "המוכר את הראש בבהמה גסה, לא מכר את הרגלים. מכר את הרגלים, לא מכר את הראש. מכר את הריאה ("קנה" במשנה), לא מכר את הכבד. מכר את הכבד, לא מכר את הריאה. אבל בבהמה דקה מכר את הראש מכר את הרגלים. מכר את הרגלים לא מכר את הראש, מכר את הריאה מכר את הכבד, מכר את הכבד לא מכר את הריאה".

סעיף טו

ע"פ **תוספתא דב"ב** שהובאה ברמב"ם והרא"ש פסק בשו"ע "אין דברים אלו אמורים אלא במקום שאין מנהג ידוע, אבל במקום שיש מנהג ידוע הכל הולך אחר המנהג".

סעיף טז

ע"פ **ב"ב עט**: **כרמב"ם** דפסק כתי"ק דברייתא וכדאמר רבא מתני' יחידאה היא כר' נתן "המוכר את הבור לא מכר מימיו, מכר אשפה מכר זבלה {וי"א (רשב"ם) מכר בור, מכר מימיו" (דהלכה כמשנה דסתם במשנה ומחלוקת בברייתא הלכה כסתם, וכתב באה"ג לקיים דברי הרי"ף והרמב"ם י"ל דא"כ לימא מתניתין מני ר' נתן ומדאמר מתני' יחידאה היא משמע ודאי דאתא למימר משום דיחידאה לא קי"ל כוותיה) (רמב"ם ורשב"ם -) מכר מים וזבל, לא מכר הבור והאשפה".

כתב הסמ"ע (כג) בשם הנ"י (בדרכ"מ) דאם מכר באר מים חיים כ"ע מודים שמכר המים שעל שם זה נקרא באר.

סעיפים יז – יח

פסק השו"ע "(משנה ב"ב עה: -) מכר שובך, מכר יונים. מכר כוורת, מכר דבורים. (יח) י"א (רא"ש ע"פ התוספתא -) דה"ה איפכא, מכר יונים, מכר שובך. מכר דבורים, מכר כוורת. (משנה פ. -) בד"א, שפירש שמכר כל פירות השובך והכוורת בלי שיור. אבל אם מכר סתם פירות הכוורת, לא מבעיא שלא מכר הכוורת, אלא אף הדבורים לא מכר כולם, אלא יקח הלוקח ג' נחילים (ג' חבורות הנולדות ראשונה, שכן דרך הכוורת שבתחלת ימות הקיץ יוצא מן הכוורת נחיל של דבורים ילדות ומביא כוורת חדש ומכניסן לתוכו, וכן לסוף ט' או י' ימים וכו', רשב"ם) הראשונים, ומכאן ואילך נוטל נחיל ומניח נחיל, כדי שתתישב הכוורת. (רמב"ם ע"פ הגמ' -) ואם מכר סתם פירות השובך, אינו יכול ליטול כל הגוזלות שילדו בו מעתה, מפני שהאמהות בורחות, נמצא שהחריב כל השובך, אלא מניח מהם כדי ליישב השובך. וכמה מניח, אם היו בו אמהות ובנות בעת מכירת הפירות, מניח בריכה (פי' דרך היונים לעשות שני ולדות בכל חדש זכר ונקבה, וכל שני ולדות נקראו בריכה) ראשונה שיולידו האמהות, כדי שיצטוו האמהות עם הבריכה הראשונה ועם הבנות שעמהם, ומניח ממה שיולידו הבנות ב' בריכות, כדי שיצטוו הבנות עם שתי בריכות שיולידו. וכל הנולד מאחר ב' בריכות של בנות והבריכה הראשונה של אמהות, הרי אלו שליו". כתב הרמ"א ע"פ הרשב"ם "בכל דברים אלו (ר"ל בכל מש"כ בסימן זה, גר"א) אין חילוק בין מכר למתנה, אע"ג דלענין דברים המחוברים יש חילוק (דקרקע הוא חשוב בטלי אגבו בנותן אף על גב דלא בטלי במוכר, סמ"ע), כמו שנתבאר לעיל סימן רט"ו סעיף ו', לענין מטלטלין אין חילוק".

סימן רכא – מוכר שאומר במאתים ולוקח אומר במנה

סעיף א

ע"פ תוספתא דקדושין שהובאה ברי"ף (קידושין ד.) והרמב"ם פסק בשו"ע "המבקש לקנות מחבירו מקח, מוכר אומר במאתים אני מוכר לך, והלוקח אומר איני לוקח אלא במנה, והלך זה לביתו וזה לביתו, ואחר כך נתקבצו ומשך זה החפץ סתם, אם המוכר הוא שתבע הלוקח ונתן לו החפץ, אינו נותן אלא מנה. ואם הלוקח הוא שבא ומשך החפץ סתם, חייב ליתן ק"ק".

כתב הרמ"א ע"פ הנ"י "היה בתחילה קציצה ביניהן, וחזר אחד, וחזרו ומשכו סתם, אמרינן ודאי על קציצה הראשונה קנו", וביאר הסמ"ע (ב) דקמ"ל בזה דאע"ג דחזר המוכר מחמת שמכרה לדעתו בזול ואומר איני רוצה ליתן לך המקח אא"כ תוסיף סלע על קציצה ראשונה, וחזר עליו הלוקח עד שנתן לו הסחורה סתם, דהל"ל כשחזר עליו הלוקח ולקחו ממנו דעת הלוקח היתה למלאות רצון המוכר וכמ"ש בדין הנ"ל בזה אומר במנה וזה אומר במאתים, קמ"ל דלא.

אולם הס"ז כתב דצ"ע מאד, מאחר שאין לנו גילוי דעת מהלוקח דלא נחא ליה ליקח בסך החזרה, במה נתבטלה החזרה שפירש המוכר בפירוש שאינו רוצה ליתן בסך הראשון כמ"ש רמ"א עצמו היה תחילה קציצה ביניהם וחזר אחד, משמע שחזר בפירוש, ואין לומר דמיירי שהלוקח הרבה והפציר במוכר, דלא ה"ל לרמ"א לשתוק מזה כיון שהוא מיסוד הדין, וכתב דאין בידו לקיים דברי הרמ"א אלא בדרך זה דהכי קאמר, אם חזר אחד מהן מן הקציצה ונתבטל המקח, ואח"כ בא הוא עצמו ומשך בסתם, ודאי אדעתיה דקציצה הראשונה משך, דהא הצד שכנגדו לא גילה דעתו שמבטל הקציצה, וא"כ הוה הדין כמו שכתב המחבר אם המוכר הוא שתבע כו', אלא שאין ענין זה שייך לנ"י הנזכר, אבל הוא אמת מצד הדין אך אין לו מקור, וצ"ע, ולעיקר הדין נראים הדברים דכל שחזר המוכר בפירוש מהקציצה הראשונה והלוקח בא ומשך סתם, אדעתיה דקציצה הב' משך (וראה גם קצות).

סימן רכב – שנים חלוקים על המקח ושאר טענות שבין המוכר והלוקח

סעיף א

מכר קרקע לשנים וכל אחד אומר לי מכר, מה הדין, ואם המוכר הוא מפסולי עדות האם ישתנה הדין?

קדושין עג: "תניא נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי במה דברים אמורים שמקחו בידו אבל אין מקחו בידו אינו נאמן. וניחזי זוזי ממאן נקט לא צריכא דנקט מתרווייהו ואמר חד מדעתיה וחד בעל כרחיה ולא ידיע הי מדעתיה והי בעל כרחיה" ופירש רש"י "בזמן שמקחו בידו - דרמיא עליה למידק שלא לחזור לו מזה ולהחזיר לו דמיו ויתן המקח למי שלא נמכר לו דקם ליה במי שפרע הילכך מידק דייק אבל בזמן שאין מקחו בידו ושניהם אווזים בו אינו נאמן דכיון דלאו עליה רמיא תו לא דייק לזכור מי הוא".

הרי"ף (בריש ב"מ) למד דבב"מ ב: דאמרין ולא ידע מי הוא מדעתיה ומי הוא בעל כרחיה - מכלל דאי ידע מי הוא מדעתיה ומי הוא בעל כרחיה נאמן אע"ג דאין המקח יוצא מתחת ידו, והוכיח הרי"ף דבב"מ איירי באין המקח יוצא, ולדעתו כל זמן שהמקח בידו נאמן לא שנא נקט זוזי מתרווייהו מחד מדעתיה ומחד בעל כרחיה לא שנא נקט מחד, ואם אין המקח בידו ונקט מתרווייהו זוזי אינו נאמן לומר מזה קבלתי מדעתי ונתרציתי לו והשני השליכם בעל כרחי אבל אי לא נקט אלא מחד נאמן אפילו אם אומר שנתרצה לשני דמידכר דכיר, כך למד הרא"ש בדבריו (ראה גם בד"ה) ובפי' רש"י.

ר"ת הקשה על רש"י מאיזה טעם יהיה נאמן יותר מעד דעלמא כשאינו בידו ואין לו מיגו, ולכן פירש שנאמר רק כל זמן שמהקח בידו ומשום מיגו, וע"ז אמרו שדווקא בנטל דמי מקח משניהם נאמן, אבל אם נטל רק מאחד אינו נאמן, שמיגו במקום עדים הוא, כיון שאין סהדי שלאותו שנתן לו המעות נתרצה. גם הרא"ש (ב"מ א, ב, ושם הכל) הקשה על סיעת הרי"ף כנ"ל ולכן פסק כר"ת דהיכא דנקט זוזי מחד אפילו מקחו בידו אינו נאמן לומר שנתרצה לשני לפיכך אם קבל מעות מאחד מהן וידוע ממי קבלם לא שנא על פי עדים או על פי הלוקחים או ע"פ המוכר בעצמו הוא זוכה במקח ואין המוכר נאמן לומר שנתרצה לשני אפילו אם מקחו בידו וכ"ש אם אינו בידו, ואי נקט זוזי מתרווייהו ומקחו בידו ואין ידוע מאיזה מהם מדעתו ומאיזה מהם בע"כ אלא ע"פ המוכר נאמן לומר מזה קבלתי מדעתי ומזה קבלתי בעל כרחי אבל אם אין מקחו בידו אינו נאמן אלא הרי הוא כעד אחד דעלמא לפטור מן השבועה אותו שמסייע לו.

הב"י תמה על ה"טור דכתב בדעת הרא"ש דאפילו אם ידוע בעדים איזה מהן נתן לו המעות או מי מהן נתן לו בעל כרחו נאמן לומר שנתרצה למי שלא נתן לו מעות, דזה לא כתב הרא"ש ומנין לו שיהא הוא נאמן להכחיש את העדים.

השו"ע העתיק לשון הרמב"ם שפסק כרי"ף (ב"י, מדסתם הרמב"ם וכתב דנאמן המוכר כל זמן שהמקח בידו, סמ"ע) "נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי, אימתי בזמן שהמקח יוצא מתחת ידו (סמ"ע: בכל גווני, ודלא כרא"ש דאינו נאמן אלא אי נקט זוזי מתרווייהו או מאחד ואומר שמכר לזה שנתן המעות, וטעם הרי"ף כרש"י משום דמידק דייק כל זמן שהמקח בידו כדי שלא לעמוד במי שפרע אם יאמר שנתרצה למי שלא נתרצה תחילה, ובמ"מ טעם אחר דכל זמן שהמקח בידו הרי הוא כדיין שנאמן לומר לזה זיכיתי ולזה חייבתי), אבל אם אין המקח יוצא מתחת ידו (אלא שניהם אווזים בו, באה"ג) הרי הוא עד אחד בלבד ודינו בעדות זו כדין כל אדם (סמ"ע ע"פ ה"טור - לפטור מן השבועה אותו שמסייע לו, ואם שניהם תופסים במקח אותו שאומר שנתרצה לו נוטל חציה וחצי הדמים בלא שבועה, והשני נוטל חציה וחצי הדמים ונשבע שבועה דאורייתא), שהרי אינו נוגע בעדותו {לא שנא נקט זוזי מחד, לא שנא נקט זוזי משנים ואמר שאחד מהם נתן לו בעל כרחו (טור)}, ולפיכך אם נטל הדמים משנים, ונטל מאחד מדעתו ומאחד בעל כרחו, ולא ידע ממי נטל מדעתו וממי נטל בעל כרחו, בין שהיה המקח בידו בין שהיו שניהם תופסים בו, אין כאן עדות כלל, וכל אחד מהם נשבע כתקנת חכמים בנקיטת חפץ ונוטל חצי המקח וחצי הדמים".

הסמ"ע (א) כתב דמש"כ הרמב"ם בסיפא דבזמן שאין מקחו בידו אינו אלא כחד רמז לדברי הר"ף דאף בזמן שאין המקח בידו וקיבל זוזי מחד דנאמן לומר דנתרצה לשני כיון דאומר דבר שאינו מן הסברה והיינו שיתרצה למי שלא קיבל ממנו זוזי, בודאי מדכר דכיר ברור הדבר בלא ספק ולא חשדינן אותו שישקר במזיד, משא"כ כשנקט זוזי מתרווייהו מחד מדעתו ומחד בע"כ, דע"ז דוקא אמרו דאינו נאמן כשאין מקחו בידו, דכיון דלית עליו מי שפרע אמרינן דאומר כן בדדמי, וכלומר דמש"כ הרמב"ם (והמחבר) דאינו נאמן איירי דוקא כשקיבל זוזי מתרווייהו, דהרי כתב דהוא ככל אדם שהרי אינו נוגע בעדות, וידוע שזהו דוקא כשקיבל זוזי מתרווייהו דאי לא קיבל אלא מחד או שלא קיבל עדיין משום אחד אלא שכל אחד אומר שקנאו במשיכה או בהגבהה, הרי יש לו עוד צד נגיעה לומר שנתרצה לזה שקיבל מעותיו, דאילו לשני היה צריך לטפל ולהוציאו מידו, או זה נוח לו והשני קשה ממנו [ובכך ביאר בהגהת הרמ"א לא שנא נקט זוזי מחד וכו' דעל פניו משמע דקאי אדסמיק ליה אין מקחו בידו, וזה דלא כמאן, דלר"ף הוא נאמן כבי תרי, ולר"ח אפילו מקחו בידו אינו נאמן לומר שהוא של השני שלא נתן לו מעות, ולכן כתב דהג"ה זו קאי ארישא בזמן שהמקח בידו, ופירש גם כן דברי הרמב"ם ודברי המחבר כדעת הר"ף וכנ"ל (וראה גם ש"ך ססק"א)].

הש"ך (א) נקט כריטב"א ודלא כר"ף והרא"ש דה"פ וניחזי זוזי ממאן נקיט בין מקחו בידו או אין מקחו בידו מאי צריכים לנאמנותו של מוכר הא מסתמא ידיע מילתא זוזי ממאן נקט ומסתמא לאותו נתרצה ואפילו אומר המוכר בזמן שמקחו בידו שמכר למי שלא נתן המעות אינו נאמן דהוי כמגו במקום עדים כמו שפירש ר"ח וכ"ש כשאין מקחו בידו אף על פי ששניהם מוחזקים במקח אם ידוע ממי קבל המעות אמרינן מסתמא לו מכר והרי הוא שלו לבדו, וע"כ הוצרכה הגמ' בקדושין לתרץ דנקט מתרווייהו ואמר מחד מדעתאי ומחד בע"כ וה"ה דה"מ לתרוצי דנקט מחד ולא ידיע ממאן אלא שדרכן של עדים לידע, אבל אי אין ידוע לעדים מאיזה מהן קבל אע"פ שהמוכר אומר שנתרצה למי שלא נתן המעות נאמן במגו כשמקחו בידו דאע"פ שמודה ממי קבל המעות מ"מ אי בעי לא הודה כלל שקבל ממנו המעות וכ"כ הרמב"ן, אך לא הסכים למש"כ הרמב"ן דאפילו ידוע בעדים ממי קבל המעות נאמן לאחר, דבזה עיקר כרא"ש דאם ידוע בעדים או ע"פ הלוקחים ממי קבל המעות אמרינן דמסתמא לו מכר, וכן למד בר"ח ודלא כרא"ש בר"ח.

עמש"כ המחבר דאם אינו בידו "הרי הוא עד אחד" כתב הש"ך (ב) דכתב **הגהת אשר"י** דהאידינא דאיכא שבועת היסט לא הוה עד כיון שיכול שכנגדו להשביע ולומר תן לי מקחי שקניתי ממך ועד שצריך שבועה לא חשיב עד, ואילו **בפלפולא חריפתא** (סק"ח בב"מ) כתב דמדברי הרא"ש ושא"פ שסתמו הדברים משמע דס"ל דאף האידנא דינא הכי לפי דאף האידנא אין כאן שום חיוב שבועה על זה העד דהא שנים או חזין מוקמינן אף במקח וממכר ואם כל א' יטעון שהמוכר התפיס לו לבדו א"כ אין להם על המוכר כלום שהרי הוא אומר שהמוכר נתן לו והיאך ישביעהו שמודה הוא שנתן לו ואם שכל א' יטעון על המוכר שלא נתן לו ושנתן לחבירו א"כ הודה שעדיין לא משך ויכול המוכר לחזור ואינו עומד אלא במי שפרע ומכיון שאין עליו אלא מי שפרע בזה לא שמענו דלא ליחשב עד עי"ש, אולם **הש"ך** כתב שדברי הפלפ"ח אינם נכונים דשפיר מיירי שיטעון שמשך והניחו אצל המוכר והמוכר נתנו אח"כ לחבירו והרא"ש והפוסקים לא מיירי מדין שבועה ולא באו אלא לומר שאין נוגע בעדות מצד הענין בעצמו והוי עד א' אבל מדין שבועה לא מיירי ומיירי היכא שא"צ לישבע כגון שפטריו משבועה אבל היכא דלא פטרוהו משבועה אין הכי נמי דמודו הרא"ש והפוסקים להגהת אשר"י דלא חשיב עד, ולענין דינא בעלמא היכא שצריך לקבל מי שפרע שפיר חשיב עד.

הקצות (ג) כתב דטעמא דפוסקים דלא חשבי ליה נוגע משום דאע"ג דטוען קניתי ממך באחד מדרכי הקניה ואתה נתת אותו לחבירי, כיון דהשתא מיהא ליתיה בחזרה דהא השני או חזו בו אינו משלם אלא כשעת הגזילה ודינו בכסף או במיטב, וכיון דכאן אין הכחשה ביניהם אלא בגוף החפץ ולא בדמים א"כ אינו נוגע בעדות כיון דליתיה עכשיו בחזרה וכמ"ש [ובהגהת אשר"י אפשר דמיירי שלקחו בזול ונפקא מינה בדמים, אבל השו"ע מיירי היכא דליכא נפקא מינה ביוקרא וזולא אלא שתובעין זה את זה בגוף החפץ ובזה לא הוי נוגע מטעמא שכתבנו, ואפילו היכא דאיכא נפקא מינה בדמים וכגון שלקחו בזול נמי לא חשיב נוגע, כיון דהמוכר כל זמן שמקחו בידו נאמן אפילו בלא מיגו וכרמב"ן, וא"כ ממה נפשך נאמן, אם טוען אני קניתי ממך ואתה נתת לשני א"כ כדן עבד דהא כל זמן שמקחו בידו נאמן, וכמו בשליש נאמן דאפילו הוציא השלישות מתחת ידו בלא עדים נאמן היכא שידוע שהשליש נתנו, דשליש אף על פי שאין שלישותו יוצא מתחת ידו הוא נאמן לזכות למי שנתנו בידו דכיון שמסרו לידו ובשעת מסירתו היה נאמן, אף על פי שלא מסרו בעדים תפיסתו מוכחת עליו דאיהו

יהיב ליה והוה כאילו אמר ענין שלישותו בעדים, וא"כ ה"נ כיון שמודה שהמוכר נתנו לו והרי המוכר נאמן בזמן שמקחו בידו, ואם טוען שלא בא לידו מיד המוכר אלא שחטפו מיד המוכר או מיניה, א"כ פשיטא דאין המוכר נוגע כלל והרי הוא עד אחד].

בענין השאלות דלעיל, גבי **קרקע ופסולי עדות**, דן בזה **כסף הקדשים** דלא נתפרש אודות ענין קרקע והמוכר או המשכיר ידו מושלת על הקרקע, וכתב דלטעם שכתבו משום מיגו שייך גם בזה מיגו וכן לטעם שכתבו משום דדייק אולי כן הוא בהנ"ל, אך לטעם שכתבו משום שהוא כדיין אולי לא שייך כן רק במטלטלי, ואולי אף לטעם משום דדייק הוא רק מצד תקנת חז"ל, וספק בתקנה הו"ל כאין תקנה ובלשון חז"ל איירי במטלטלי להדיא, ורק לטעם משום מיגו י"ל שכן הוא גם בקרקע. וגבי פסול עדות כתב דהש"ך בסימן קמ"ט כתב שיכולים להשביע היסת ע"י נכרי וגם שם אולי בבי' לריעותא כקטן נכרי אין להשביע, וגם אם משביעין גם ע"י ב' ריעותות י"ל דהיינו מצד דהו"ל עכ"פ רגליים לדבר כתיבה פרוצה מה שאין כן לגבי נאמנות המוכר אולי גם ריעותא אחת מגרעה הנאמנות - ואולי נאמנות המוכר כשמקחו בידו לא בפירוש אתמר הלכה למשה מסיני, רק נלמד ממה שבאיסורים נאמנים על מה שבידם ושם נאמנות גם אשה וצ"ע היטב.

סעיף ב

קנה מחמשה בני אדם ואינו יודע ממי קנה, מה הדין? שנים שהפקידו אצל ראובן, האחד מנה והאחד מאתים ואינו יודע מי הם מה הדין והאם שונה דינו? מה הדין בבא לצאת ידי שמים?

כלשון הרמב"ם ע"פ ב"ק קג: פסק בשו"ע "הלוקח מאחד מחמשה בני אדם, וכל אחד מהם תובע אותו ואומר אני הוא בעל המקח, והוא אינו יודע ממי מהם לקח, מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק (דאמר רבי שמעון בן אלעזר לא נחלקו רבי טרפון ורבי עקיבא על שלקח מאחד מחמשה ואינו יודע מאיזה מהם לקח שמניח דמי מקח ביניהם ומסתלק. על מה נחלקו שגזל אחד מחמשה שרבי טרפון אומר מניח דמי גזילה ביניהם ומסתלק ורבי עקיבא אומר אין לו תקנה עד שישלם הגזילה לכל אחד ואחד, וכתב הב"י דביבמות קי"ח ע"ב אמרין דת"ק פליג עליה דרשב"א וסבר דפליגי אף בלקח מקח מאחד מחמשה, מדמוקי סתם מתניתין דהתם כרבי שמעון בן אלעזר משמע דהילכתא כוותיה וכ"פ הרי"ף והרא"ש), ויהיו הדמים מונחים בבית דין (הרב המגיד) עד שיוודו או עד שיבא אליהו. ואם הוא חסיד, נותן דמים לכל אחד ואחד, כדי לצאת ידי שמים (ע"פ ב"מ לז. גבי אמר לשנים גזלתי לאחד מכס מנה ואיני יודע איזה מכס או אביו של אחד מכס הפקיד אצלי מנה ואיני יודע איזהו, ודלא כרב המגיד בשם רמב"ן ורשב"א דבמקח אפילו בא לצאת ידי שמים מניח ביניהם ומסתלק)".

כתב הש"ך (ג) דמש"כ המחבר ברישא דכל אחד תובע, דאין חילוק בין תובעים אותו תחלה או רק שכל א' תובעו בברי מיקרי תובע, ואם אינו תובע בברי אפילו תובעו מתחלה בשמא דינו כאינו תובעו, ותובעים אותו לרבותא נקט דכ"ש כשאין תובעין אותו דמניח דמי המקח ביניהם ומסתלק א"נ משום סיפא דאלו אינם תובעים אותו אפי' לצאת י"ש אין צריך (וכסמ"ע דלקמן).

עוד כתב הש"ך (ד) דהקשה הב"ח דמדוע מניח דמי המקח וכו', ישלם לכל א' וא' מדינא דהא ה"ל פושע דה"ל למידק וכדאמרין לגבי פקדון ותירץ דבפקדון נמי אינו חייב מדינא אלא דוקא בשני כריכות כגון שהפקיד זה שלא בפני זה וכמ"ש בסימן ש' אבל כאן קאמרין לקח מא' מחמשה כו' משמע דמיירי שכל החמשה היו ביחד כשקנה מא' מהם דנעשה כאלו הפקידו בכרך א' דמימר אמר להו אתון גופיכו לא קפדיתו אהדדי, אולם כתב הש"ך דאינו נראה דמ"מ תיקשי לרי"ף רמב"ם ומחבר וסייעתם דס"ל בסי' ש' שדוקא כרך א' ממש פטור אבל הפקידו זה בפני זה חייב וה"נ כהפקידו זה בפני זה דמי ועוד דדוקא בפיקדון שהפקידו שניהן זה ק' וזה ר' שייך למימר אתון גופיכו לא קפידתו אהדדי כיון שהפקידו שניהם יש לחוש לחלוף אבל הכא שלא מכר רק א' לא שייך לומר כן דמהיכי תיתי יאמר אחר שהוא מכר דבר שלא היה מעולם, אלא דמעיקרא לק"מ ואשתמיטתיה לב"ח דברי הנ"י שכתב להדיא דדוקא בפקדון חייב מטעמא דה"ל למידק שמפקידין אותו בידו לזמן רב אבל במקח דלפי שעה רוצים הדמים נמצא דלא ה"ל למידק דסבר מיד יבוא המוכר אחר מעותיו וכ"כ במעדני מלך והסמ"ע בסימן ש', ולפ"ז אפילו לקח מה' בני אדם שלא היו ביחד דינא הכי.

עוד כתב הש"ך (ה) דהמחבר נמשך אחר פירוש הרב המגיד ברמב"ם דמונחים היינו בבי"ד, ותמה עליו שהרי בפ"ה מהל' שאלה כתב הרמב"ם להדיא יהיה מונח אצלו וכ"כ המחבר לקמן בריש סימן ש', ולכך כתב הש"ך דהדברים כפשטן שיהיו הדמים מונחים בידו וכן פירש"י בב"מ דף ל"ז וכ"ד הרז"ה והרמב"ן, וסיים דמ"מ נראה דהלוקח צריך לישבע היסת שאינו יודע, ובנתיבות פסק כש"ך.

עמש"כ בסיפא דאם הוא חסיד וכו', כתב הסמ"ע (ו) דהיינו דוקא כשכל אחד תבעו, אבל אם אינן תובעין אותו אלא הוא מעצמו אמר להם לקחתי מאביו של אחד מכם ואיני יודע מאיזה א"צ אפילו לצאת ידי שמים ליתן לכל אחד. הש"ך (ו) חלק על הסיפא דמחבר דבסימן ש/א פסק בסתם דפטור אפילו לצאת ידי שמים והיינו כמ"מ, וביאר הש"ך סברת המ"מ שבפרק המפקיד דימו דין מקח לדין מפקיד בכרך א', ואילו המחבר מחלק בין מקח למפקיד וזהו דוחק לחלק בכך כיון דבתרומתו לא פשע ודברי המחבר צ"ע. הקצות (ה) יישב דעת הרמב"ם והמחבר דכאן אינו מדובר אלא למדת חסידות והיינו ממה שאמרו בב"ק ק"ג מעשה בחסיד אחד ואמר רבי עקיבא אינך יוצא עד שתחזיר לכל אחד ואחד ומשמע דאינו אלא לחסיד, ואכן לענין ידי שמים במקח פטור כיון דלא הו"ל למידק.

סעיף ג

כלשון הרמב"ם ע"פ ב"ק קג: (דאמרינן התם ואי סלקא דעתך דנשבע מה לי גזל מה לי מקח הרי דנשבע מקח וגזל שוין, ה"ה) פסק בשו"ע "לקח מקח מאחד מחמשה בני אדם וכפר בו ונשבע על שקר, ועשה תשובה והרי הוא רוצה לשלם, וכל אחד ואחד תובע אותו ואומר אני הוא שכפרת בי ונשבעת על שקר, והוא אומר איני יודע, חייב לשלם לכל אחד ואחד, מפני שעבר עבירה" – וביאר הסמ"ע (ז) דאינו יוצא ידי תשובה עד שיחזיר הגזילה ליד הנגזל ולא במה שיניח בב"ד, וכיון שצריך ליתן לידו דהנגזל הי מניייהו מפקת ליתן לזה ולא לזה, דילמא האידך הוא הנגזל.

אולם הש"ך (ז) כתב על הסמ"ע דאין לשון זה מדוקדק, דהרי אפילו עומד במרדו ואינו רוצה לעשות תשובה ונודע לב"ד שנשבע לשקר כגון שהודה בפני אחרים וכה"ג קנסינן ליה וחייב לשלם לכל א' וא' כדמוכח בש"ס ופוסקים ובאבן העזר מט"א גבי קידש בביאה, ומש"כ הרמב"ם והמחבר בריש דבריהם ועשה תשובה היינו אורחא דמילתא נקטו משום דא"כ לא שכיח שיתברר שנשבע לשקר והיינו דלא כתבו כן בסוף דבריהם ודו"ק. אכן הקצות (ו) חלק על הש"ך דהא דאמרינן בעבד איסורא דצריך לשלם לכל אחד ואחד כדאמרינן בגזל מחמשה ביבמות דף קי"ח וכן באה"ע שם בקידש בביאה דחייב מדינא לכל אחת ואחת, משום דהתם חיוב בעבירה כגזל ומקדש בביאה, אבל הכא במקח חיובו על המקח בהיתר ועל שבועתו לשקר ליכא חיוב ממון כלל, ולכן רק בעושה תשובה והודה אז הוא דחייב בתשלומין אבל כל שלא הודה בתשובה ליכא חיוב כלל על שבועתו לשקר, והוסיף דאין להקשות דבעושה תשובה ורוצה לשלם בלא"ה חייב לצאת ידי שמים כבסעי' ב', דכבר נתבאר דלעיל אינו אלא מדת חסידות.

סעיף ד

מה הדין אם יש ספק אם היה תנאי במכירה?

כלשון הרמב"ם (וכתב ה"ה דדין זה פשוט בכמה מקומות בגמ' דהמוציא מחבירו עליו הראיה – שבועות מח. ב"ק מו. ב"מ ק. – גר"א) פסק בשו"ע "הרי שטען על חבירו ואמר מכרת לי, והוא אומר לא מכרתי או מכרתי ולא נתת לי הדמים, או שטען הלוקח ואמר שנתן הדמים ועדיין לא משך, או משכתי ולא ראיתי חפץ זה, והמוכר אומר לו הודעתיו לך, או שאמר אחד מהם תנאי היה בינינו, והאחד אומר לא היה תנאי כלל, בכל אלו הטענות וכיוצא בהם המוציא מחבירו עליו הראיה. לא היתה שם ראיה, נשבע הכופר, שמבקשים להוציא מידו, שבועת היסת. ואם הודה במקצת הטענה, [ישבע], או שיש עליו עד אחד, נשבע שבועת התורה כשאר הטענות כולן".

מוכר אומר מכרתי ואיני יודע למי, ובא אחד ואמר לי מכרת, מה הדין?

כתב הרמ"א ע"פ הגה"מ "יש מי שכתב האומר שדה מכרתי ואיני יודע למי, ובא אחד ואמר אני הלוקח, נאמן" ודינו ע"פ קדושין סג: גבי קדשתי את בתי ואיני יודע למי דנאמן מי שבא ואומר שהוא המקדש והלכה כרב אסי שנאמן אף לכנוס וה"ה הכא גבי שדה (גר"א).

כתב הסמ"ע (י) דכתב הלבוש שיכול זה להשביעו, והקשה הסמ"ע דהא אין נשבעין על טענת ספק כפסיקת הטוש"ע בסימן ע"ה, וכתב דאפשר דשאני הכא דזה בא להוציא מידו השדה, וגדולה מזה מצינו בסימן שאחר זה, במחליף פרה בחמור ומשך בעל הפרה החמור וילדה הפרה, ואינו ידוע אם קודם משיכה ילדה או אחר כך, ובעל החמור טוען שמא אחר כך ילדה, ובעל הפרה טוען ברי שקודם לכן ילדה, אפי"ה אמרו דאין מחזיק בעל הפרה בולד כי אם בשבועה.

כתב הש"ך דהרשב"א והרב המגיד חלוקים על ההגה"מ וכתב דכן קצת משמע בסימן קמו"ט ("כל חזקה שאין עמה טענה, אינה חזקה" עיי"ש) וכן דעת הגר"א ע"פ נוסחת הירו' דקידושין שבידינו דאמרין "נאמן" בסוגיה דלעיל דווקא בקידושין אבל לא ל"אחת משדותי מכרת" וכו' וכן פסקו רא' נוספים ותמה על הרמ"א דהשמיטם.

סימן רכג – המחליף פרה בחמור וילדה, או מי שיש לו ב' עבדים או ב' שדות

טעמים א – ב

מחליף פרה בחמור ומשך בעל הפרה את החמור וילדה הפרה ושני הצדדים נחלקים מתי, כמי הדין? ואם אינם יודעים מתי ילדה מה הדין?

ע"פ משנה ב"מ ק. ודלא כסומכוס הסובר בסתמא דמשנה דיחלוקו וכלשון הרמב"ם (מכירה כ), פסק בשו"ע "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, אפילו אין הפרה והשפחה ברשות מוכר אלא עומדת באגם, ואם לא הביא ראיה, ישבע המוכר על ולד הפרה בנקיטת חפץ, ועל ולד השפחה ישבע היסת (דאין נשבעים על עבדים שבועה חמורה). ואם הלוקח מוחזק, על המוכר להביא ראיה" (ז"ל הגמ' - "אמאי יחלוקו וליחזי ברשות דמאן קיימא ולהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה אמר רב חייא בר אבין אמר שמואל בעומדת באגם נמי דקיימא בסימטא ונוקמא אחזקת דמרא קמא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה אימור דאמר סומכוס בשמא ושמא בברי וברי מי אמר אמר רבה בר רב הונא אין אמר סומכוס אפילו בברי וברי רבא אמר לעולם כי אמר סומכוס שמא ושמא אבל ברי וברי לא אמר"). בהלכה יא פסק הרמב"ם – "זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינם ברשות אחד מהן יחלוקו, זה אומר ברשותי ילדה והאחר שותק זכה הטוען בולד". ע"פ פסיקת הטור כחכמים פסק בשו"ע בסע' 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 (רמב"ם) שיחלוקו". ה"ה תמה על הרמב"ם שפסק כסומכוס שהרי אין הלכה כסומכוס כמו שפסק בפ"ט מהל' נזקי ממון, ואולי שהוא סובר דהא דמוקמינן ליה כסומכוס דוקא ודלא כרבנן כשעומדת ברשות מוכר היא אבל בעומדת באגם אפילו רבנן מודו ואין זה משמעות הסוגיא וצ"ע.

עוד כתב ה"ה דמש"כ הרמב"ם (בהלכה יי) אפילו אומר המוכר איני יודע שישבע מוכר שאינו יודע לאו למימרא דכשהלוקח טוען טענת ברי ולא הביא ראיה לדבריו ומוכר אומר איני יודע שישבע מוכר שאינו יודע ותהיה שלו שהרי בהלכה יא פסק שאם שניהם טוענים שמא יחלוקו וא"כ כ"ש כשהלוקח טוען טענת ברי והמוכר אומר איני יודע שאינו נוטל המוכר בשבועת שאינו יודע, אלא הכוונה שצריך לוקח להביא ראיה ואין אומרים כיון שהוא טוען ברי ומוכר שמא יטול לוקח בלא ראיה, וכתב עליו הב"י דמה תיקן, דהא מ"מ ביד המוכר מעמידין אותה כל זמן שלא הביא הלוקח ראיה והדרא קושיא לדוכתה דכל שכן הוא משניהם אומרים שמא וצ"ע, עיי"ש.

וכתב הסמ"ע (ב) "ישוב לזה" דמש"כ הרמב"ם בלוקח טוען ברי והמוכר שמא דהמוציא מחבירו עליו הראיה ומסיק וכתב על זה דאם אין לו ראיה ישבע המוכר, היינו כשהולד עומד ברשות בעל הפרה, ומש"כ יחלוקו בשמא ושמא היינו כשעומדת בסימטא, וראיה לזה מדכתב ב' פעמים המוציא מחבירו

וכו', דרישא מיירי בעומדת ברשות בעל הפרה ואז אע"פ שטען המוכר איני יודע המוציא מחבירו עליו הראיה, וסיפא מיירי בעומדת באגם ומיירי שהמוכר טוען ברי, ועל שניהן מסיק בשוה ואם לא הביא ראיה ישבע המוכר, דהיינו ברישא משום שהוא ברשותו ובסיפא משום שטוען ברי, ועוד ביאר דהמחבר שינה מלשון הרמב"ם ולא כתב ב' פעמים המוציא מחבירו עליו הראיה, וגם התחיל וכתב בסע' שאחר זה בשניהן טוענין שמא והיא עומדת באגם דהמע"ה, וזה דלא כשיטת הרמב"ם דלקמן דפסק יחלוקו, ואליביה אין צריך לדחוק הכא דהכל בבא אחת, וקאמר דאפילו המוכר טוען שמא וגם עומדת באגם, אפי"ה על הלוקח שהוא המוציא להביא ראיה, ושם אינו מביא ישבע המוכר, והיינו כרבנן דס"ל כן אפילו בשמא ושמא וכדמסיק בסעיף שאחר זה, אלא שקשה דא"כ לא היה צריך המחבר לכתוב בסעיף הבא זה אומר איני יודע כו' על הלוקח להביא ראיה, דהא זה נלמד במכל שכן מהכא דאפילו בלוקח טוען ברי והמוכר שמא דעל הלוקח להביא ראיה, וגם קשה על הרמ"א דכתב וי"א דאפילו התובע הא זה כבר כתב המחבר הכא, ומשום כל הנ"ל העלה דע"כ כונת המחבר ג"כ כפירוש הנ"ל לדברי הרמב"ם, והוא דמש"כ דאפילו אם הלוקח טוען ברי והמוכר טוען שמא, מיירי כשהפרה עדיין עומדת ברשות מוכר, ומה שמסיק וכתב אפילו אין הפרה והשפחה ברשות מוכר אלא עומדת באגם, מיירי כשגם המוכר טוען ברי, ובסעיף זה כתב הדינים דכ"ע מודים בהו, ובסעיף שאחר זה כתב המחבר הדינין שפליגי בהו הרמב"ם והטור. עוד כתב בסע' ב' (ו) דהיה נראה דבשמא ושמא אם אין ללוקח ראיה ישאר הממון בחזקת מרא קמא ואפילו בלא שבועה [ובכך לתרץ מה שהקשה בסק"ב למה חזר וכתבו המחבר ולא סמך אמ"ש בסע' א' דאפילו בטוען הלוקח ברי והמוכר שמא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, משום דהתם אין המוכר נוטל כי אם בשבועה כיון דהלוקח טוען ברי, אך כתב דלפי"ז קשה דלא הו"ל לרמ"א לכתוב אזה דיי"א דאפילו התובע טוען 'ברי', דהא בזה ליכא מאן דפליג בהא דהמוכר אינו נוטלה אלא בשבועה וצ"ע (ועיין ט"ז ונתיבות ו').]

הט"ז למד ברמב"ם דפוסק כסומכוס, ודווקא בב"ק מ"ו אמרינן זה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה ואפילו הניזק אומר ברי והמזיק אומר שמא, מ"מ כאן קי"ל כסומכוס דדווקא התם דזה בא להוציא מתחת ידי המזיק משא"כ כאן דקיימא באגם וסימטא וכ"ד הרי"ף, אולם תמה עליו הנתיבות (ג) חדא דהיה לו לחלק ולכתוב דבעומדת באגם דיחלוקו, ועוד דהא כתב בסימן ת' דתפס מהני ועוד דהמחבר כתב בסמ"ט שצ"ט גבי שור שנגח את הפרה בפירוש דאפילו עומדת באגם, ולא כתב דלרמב"ם יחלוקו בכה"ג וכן הרמב"ם סתם וכתב לכל דינים שתלויין במחלוקת סומכוס וחכמים, דהמוציא מחבירו עליו הראיה כרבנן ולא כתב דבעומד באגם יחלוקו, ולכן יישב הרמב"ם באופן אחר דודאי כל כמה דאפשר לא דחינן סתם משנה מהלכה אם לא במקום שאמרו בש"ס בפירוש דלית הלכתא כוותיה, ויש הוכחה מהש"ס דחזקת מרא קמא עדיפא מחזקת מעוברת (עיי"ש) אך יש לומר דדוקא לתירוץ ראשון שבש"ס שם דמוקי למתניתין בברי וברי, ובזה ודאי דלא מהני חזקת מעוברת לרבנן לבטל חזקת מרא קמא, כמו דלא מהני לסומכוס בברי וברי לבטל חזקת מרא קמא וממון במקום דמהני לדידה, כמו כן לא מבטל חזקת מעוברת חזקת מרא קמא, דמהני לרבנן כמו לסומכוס חזקת מרא קמא וממון, אבל לרבא דמוקי למתניתין בשמא ושמא, נוכל לומר באמת דאתיא אפילו כרבנן, והא דקתני דיחלוקו, משום דבשמא ושמא חזקת מעוברת הוא כנגד חזקת מרא קמא, וכמו שחזקת מעוברת מבטל חזקת מרא קמא וממון לסומכוס, כמו כן מבטל חזקת מעוברת לחזקת מרא קמא לרבנן, ובמקום דליכא חזקת מרא קמא ממילא הדין דיחלוקו אפילו לרבנן, אבל חזקת ממון לרבנן דעדיף מחזקת מרא קמא, בודאי דאין חזקת מעוברת מבטל אותה, דהא אפילו חזקת הגוף דבתולה דעדיף מחזקת מעוברת ואפי"ה קי"ל בכתובות ל"ו דלא עדיף מחזקת ממון רק בברי ושמא, אבל בברי וברי או בשמא ושמא חזקת ממון עדיפא, ואף דשם כיון שלא נמצא לה בתולים ג"כ איכא דררא דממונא, ומכ"ש דעדיף מחזקת מעוברת, משא"כ לסומכוס דלא חשיב ליה חזקת ממון במקום דררא דממונא ולכך חזקת מעוברת עומד לנגדה, ולכך לא פסק הרמב"ם דיחלוקו בכל מקום דפליגי סומכוס ורבנן רק הכא משום דאיכא חזקת מעוברת לנגדה, ואתי שפיר ג"כ הא דפסק המחבר בשור שנגח הפרה דאפילו בעומד באגם דהמחע"ה, כיון דליכא חזקת מעוברת.

עמש"כ המחבר בסיפא "ואם הלוקח מוחזק על המוכר להביא ראיה" כתב **הקצות** (ב) דמדסתם ולא ביאר דהיינו דוקא אם הלוקח טוען ברי ולא בטוען שמא משמע דס"ל דאפילו טוען שמא מהני תפיסתו וסובר כשיטת הרמב"ם (פ"ה מבכורות ה"ג) דמהני תפיסה מספק בספיקא דדינא אפילו טוען שמא, מש"ה כאן בדררא דממונא נמי מהני תפיסה אפילו בטוען שמא, ודלא כתוס' (ב"מ ק) דלשיטתם (ב"מ ו) דס"ל דאינו מועיל תפיסה מספק, וגבי בכור נמי תקפו כהן מוציאין אותו מידו, וכן

דעת הרא"ש, ואינו מועיל תפיסה אלא בטוען ברי, ה"נ לא מהני תפיסה מספק כשטוען שמא. [הנתיבות (ה) הקשה על הקצות דלדבריו קשה על הרמ"א שלא הגיה לפי מה דקיי"ל מוציאין, ולכן פירש דס"ל למחבר כדעת ר"י לפי פירוש רש"ל דבתפס לוקח אפילו טוען שמא מהני משום דאיכא חזקת ממון וחזקת מעוברת, דתפיסת מוכר לא מהני אליבא דסומכוס, וא"כ לפי מה שפירש הט"ז בשיטת הר"ף והרמב"ם דס"ל דקיי"ל כסומכוס, רק במה דס"ל לסומכוס דחזקת ממון לא מהני בדררא דממונא בזה קיי"ל כרבנן, א"כ כשיש ללוקח חזקת ממון וחזקת מעוברת דמהני לסומכוס, מכ"ש דמהני לרבנן דאלומי קא מאלמי לחזקת ממון יותר מסומכוס, והוסיף דלפי מש"כ בטעמא דהרמב"ם בהא דיחלוקו דהוא משום דיש ללוקח חזקת מעוברת כנגד חזקת מרא קמא, ג"כ יש לומר דכשהלוקח מוחזק ויש לו חזקת ממון וחזקת מעוברת דמהני חזקתו]. **רע"א** כתב דדעת התוס' כאמור דדוקא בברי וברי לוקח לא צריך להביא ראיה אבל בשמא ושמא לא מהני תפיסתו ודעת הרמ"ך בשיטה דאף בשמא ושמא והלוקח מוחזק על המוכר להביא ראיה, ואך במוכר ברי ולוקח שמא בזה מסתפק דאפשר בכה"ג אף בלוקח מוחזק ברי ושמא ברי עדיף, וכתב רע"א לדייק מהר"ף והרא"ש דאף בברי ושמא דוקא קיימא באגם אבל קיימא ברשות לוקח מוקמינן בידיה דלוקח.

כתב **הפת"ש** (ב) בשם שו"ת **רע"א** בההיא דהמחליף פרה בחמור וקיימא באגם דקיי"ל דאזלינן בתר חזקת מרא קמא, אפילו אם היו כאן תרי ותרי כלומר שתי כתי עדים המכחישות זו את זו אם עד שלא מכרה ילדה או אח"כ, אפ"ה מוקמינן אחזקת מרא קמא, דאף דתרי ותרי ספיקא דרבנן ולא אזלינן בתר חזקה, זהו דוקא במילתא דאיסורא, אבל בממון אוקמא אדינא וקיימא חזקת מרא קמא.

סעיף ג

ע"פ ברייתא **ב"מ ק:** פסק בשו"ע "זה אומר ברשותי ילדה, **והאחר שותק**, זכה הטוען בולד" דשתיקה זאת כהודאה דמיא, **רי"ף**.

הנתיבות (ז) כתב דנשאר השיטה בצ"ע בשתק ולבסוף צות, בין בשתק מוכר שהוא ברשותו ובין בשתק לוקח שאינו ברשותו.

סעיף ד

ע"פ **ב"מ שם** והרמב"ם פסק בשו"ע "מי שהיו לו שני עבדים, גדול וקטן, או שתי שדות אחת גדולה ואחת קטנה, הלוקח אומר גדולה לקחתי, והמוכר אומר קטנה היא שלקחתי, על הלוקח להביא ראיה, או ישבע המוכר היסת שלא מכר אלא קטן (שאין נשבעין על קרקעות ועבדים דבר תורה אלא היסת, ה"ה, ועוד דהילך הוא ועוד דמה שטענו לא הודה לו דהו"ל כתבעו מנורה גדולה והודה לו קטנה, סמ"ע), ואם היתה שם הודאת מקצת (שדה גדול בעומריה או עבד גדול בכסותו, וראה סמ"ע בפרטי הדינים כאן), ישבע שבועת התורה על המטלטלים, ויגלגל עליהם הקרקעות".

סעיף ה

ע"פ **שם** וב"מ **צז:** וכרמב"ם פסק בשו"ע "אמר הלוקח גדול לקחתי והמוכר שותק, זכה הלוקח בגדול. ואם אמר המוכר איני יודע, על הלוקח להביא ראיה, או ישבע המוכר היסת שאינו יודע, ואין לזה אלא קטן" (וראה באה"ג וגר"א).

סימן רכד – המחליף פרה בחמור או שקנה ונמצא נקב בבית הכוסות

סעיף א

מחליף פרה החמור ומשך בעל החמור את הפרה ומת החמור ושני העדרים נחלקים מתי מת, מה הדין?

המוכר בהמה לשחיטה ונמצאת טריפה על מי להזכיה מתי נולד והאם גם על טריפות של סירכא ישנה? (ראה גם לקמן רלב"א)

כתובות עו. (רש"י וחברותא) "אמר רב יהודה אמר שמואל המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה (והחמור היה בבית בעליו) ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת חמורו על בעל החמור (המוכר) להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת הפרה... מיתבי מחט שנמצאת בעובי בית הכסות מצד אחד כשרה משני צדדין טריפה נמצא עליה קורט דם בידוע שהוא לפני שחיטה (וטריפה) לא נמצא עליה קורט דם בידוע שהוא לאחר שחיטה (וכשירה) - הוגלד פי המכה בידוע ששלשה ימים קודם שחיטה (ואם המכר היה יום או יומיים לפני שחיטה המקח טעות) לא הוגלד פי המכה המוציא מחבירו עליו הראיה (ומשמע -) ואי יהיב טבח (הקונה) דמי בעי לאיתויי ראיה ומפיק ואמאי בעל בהמה (המוכר) לייתי ראיה ונוקים (כמו שמוטל על בעל החמור המוכר במימרא דשמואל!) בדלא יהיב טבחא דמי (והא דקתני המוציא מחבירו בבעל בהמה קאמר וכגון דאיהו קא תבע) מאי פסקא (אי סבירא ליה לתנא דלעולם ראיה על בעל בהמה היא בין הוא המוציא ובין הוא המעמיד היאך הוא שונה המוציא מחבירו בבעל בהמה וקורהו לבעל בהמה לעולם המוציא מחבירו וכי פסק התנא דבר קצוב שלעולם מוכרים בהמות באמנה והוא המוציא) אלא כי אתא רמי בר יחזקאל אמר לא תצייתנהו להני כללי דכילל יהודה אחי משמיה דשמואל הכי אמר שמואל כל שנולד ספק ברשותו עליו הראיה (רש"י: על בעל הפרה להביא ראיה שמת החמור קודם משיכה הואיל וספק ברשותו נולד שלא נמצא החמור מת עד לאחר משיכת פרה) ותנא תונא כלה (וראיה ממומי כלה שם). מיתבי מחט שנמצאת בעובי בית הכסות כו' ואי דלא יהיב טבח דמי בעל בהמה בעי לאיתויי ראיה ומפיק ואמאי ספיקא ברשות טבח איתיליד דיהיב טבח דמי ומאי פסקא סתמא דמילתא כמה דלא יהיב איניש זוזי לא יהיב איניש חיותא (דרך העולם, שאין המוכר נותן את הבהמה לפני ששילם לו הלוקח)".

וכתב **הרא"ש** (ז, טז) על פירוש רש"י דכך דפירשו חכמי אשכנז וצרפת דכל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה בין להוציא בין להחזיק ממון שבידו מדפריך בסוף הגמ' והא ספיקא ברשות טבח איתיליד והיינו להחזיק, וחלק עמש"כ **הרי"ף** שאף לדברי רמי בר יחזקאל על בעל החמור (המוכר) להביא ראיה וקרי נולד ספק ברשותו לפי שהחמור היה עומד ברשותו וכאן נמצאו וכאן היו ואית לן למימר שמא מת החמור קודם משיכת הפרה אבל אם היה החמור עומד בסימטא על בעל הפרה להביא ראיה ולרב יהודה על בעל החמור להביא ראיה אפילו עומד בסימטא, וכתב **הרא"ש** דלא נהירא האי פירושא דמיד שמשך בעל החמור את הפרה נקנה החמור לבעל הפרה בכל מקום שהוא עומד וחזקת ממון וחזקת הגוף מסייע לבעל החמור ולמה נזקיק אותו להביא ראיה ולא שייך כאן נמצאו וכאן היו ועוד מאי קאמר רמי בר יחזקאל לא תצייתנהו להני מילי דכילל יהודה אחי כיון דלתרווייהו (לפי הרי"ף) על בעל החמור להביא ראיה דילמא הא דקאמר רב יהודה על בעל החמור להביא ראיה היינו משום דמסתמא דמילתא כל זמן שלא משך בעל הפרה את החמור עדיין הוא עומד בבית בעל החמור אבל אם היה עומד בסימטא היה מודה דעל בעל הפרה להביא ראיה אלא ודאי מילתא דרב יהודה ורמי בר יחזקאל הם דבר והפכו [כלומר דלפי הרא"ש וסיעתו לפי רב יהודה על בעל החמור להביא ראיה אע"פ שהספק נולד ברשות בעל הפרה ולפי רמי על בעל הפרה להביא ראיה כיון שהספק נולד ברשותו, ודלא כשיטת הרי"ף והר"ז שגם רמי סובר שעל בעל החמור להביא ראיה כיון שהחמור נמצא עדיין בביתו ומחלוקתם שלפי רב יהודה תמיד בעל החמור חייב להביא ראיה ולפי רמי רק בשהחמור מונח בבית בעל החמור על בעל החמור להביא ראיה ונ"מ במקרה והחמור מת דלרב יהודה אפילו נמצא החמור מת ברשות בעל הפרה על בעל החמור להביא ראיה כיון שהיה בעליו תחלה ואילו לרמי כיון שלא נולד הספק ברשותו אלא ברשות בעל הפרה על בעל הפרה להביא ראיה משום דאמרינן כאן נמצא וכאן מת, ב"י ודבר יעקב בכתובות]. עוד כתב הרי"ף דאיכא מאן דאמר דלית הלכתא כשמואל ואיכא מאן דאמר הלכתא כוותיה, וכתב **הרא"ש** דנראה מדבריו דהלכתא כוותיה. עוד כתב **הב"י** דהרמב"ם כרי"ף, ויכול להיות שידו לדינו של הרא"ש גבי עומד חמור בסימטא שעל בעל הפרה להביא ראיה.

וז"ל **השו"ע** כרי"ף "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" ואילו **הרמ"א** פסק **כרא"ש** "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 (מרדכי -) ואם אינו מביא ראיה, ישבע המוכר שלא ידע המומין אלו, ופטור". ועוד כתב ע"פ המרדכי "ראובן החליף עם שמעון סוס בין,

וכאשר משך שמעון הסוס בא כותי ולקחו ממנו ואמר שהסוס נגנב ממנו, ורוצה שמעון להחזיק ביון שבידו, אם ראובן מודה שנגנב הסוס, הוי מקח טעות ויוכל שמעון להחזיק מה שבידו. אבל אם ראובן אינו מודה, אמרין הכותי משקר, וצריך לתת הין לראובן".

כתב **הסמ"ע** (ב) דהרי"ף ס"ל (כמבואר ברא"ש) דכאן נמצא כאן היה ואמרין שבעודו בחזקתו דהיינו קודם שמשך הפרה מת אם לא שיביא ראיה שאחר המשיכה מת, וכתב דלכן מסיקים הטור והב"י בשיטת הרי"ף דהיינו דוקא אם עומד החמור בבית בעל חמור בשעת מיתה, אבל אם מת באגס הראיה היא על בעל הפרה, דבכה"ג ליכא למימר כאן נמצא כאן היה. בשיטת הרא"ש ביאר (ג) דס"ל כיון שנולד הספק דהיינו שנתוודע ממיתתו אחר המשיכה בזמן שהיה בחזקת בעל הפרה משו"ה עליו הראיה, ועוד כתב לבאר מדוע לא אמרין כן בריש סימן רכ"ג במחליף פרה בחמור ומשך בעל הפרה לחמור וילדה הפרה ואינו ידוע אם קודם המשיכה או אחר המשיכה, דה"ל למימר ג"כ כיון דבשעת משיכת החמור הפרה היתה בחזקת בעל החמור ובחזקה שהיתה מעוברת, ונולד הספק שנודע שאינה מעוברת אח"כ, נוקמה אחזקת מעוברת כמו שהיתה קודם לכן, דיש לומר דדוקא כאן דהחליף הפרה בחמור ידוע ובמשיכת הפרה זכה הלה בחמור, משו"ה מיקרי עומד ברשותו, משא"כ במחליף פרה בחמור ומשך החמור וילדה הפרה ומחולקים בולד, דלעולם לא נתברר אי הוה הולד בכלל הקנין, דיכול להיות שלא תלד ולד קיימא או שלא נתעברה, ונתקיים הקנין זולת הולד.

עמשי"כ הרמ"א בשם המרדכי דנשבע המוכר שלא ידע המומין כתב **הקצות** (א) דכתב **המרדכי** דליכא להימניה ללוקח במיגו כי לא יהיב דמי שיאמר ברשות המוכר נולד המום במיגו דאי בעי אמר פרעתיך, שהרי אינה טענה ודאי דא"כ הרי ידע המום קודם לכן וסבר וקבל הלכך לעולם לא מהימן במיגו, ובשל"ג הקשה על מש"כ ואם טען טענה ודאי ברשותך נולד הרי סבר וקיבל, וכי אי אפשר להיות שזה יתגלה לו עתה ע"י עדים שמצא עתה שמום זה היה בבהמה זו קודם שמכרה לו המוכר והוא לא ידע בהאי שעתא שלקחה, וא"כ הדרא קושיא לדוכתין ליפטר לוקח בטענתו במיגו דאי בעי אמר פרעתיך ונשאר בצ"ע, ו**הקצות** יישב דאינה קושיא, דודאי אפילו שמע מפיו מאה עדים שאמרו לו שהיה בה המום קודם, כל זמן שלא נחקרה עדותן בב"ד ובפני בע"ד וכל שעדיין לא העידו בב"ד לא הוי טענת ברי על פיהם אלא לענין שבועה דיכול להשביע על פי שמועה ששמע אפילו מפי קרוב, אלא אם טוען העמדתך בדין והעידו עדים בב"ד בפניך או שלא בפניו במקום שמקבלין עדים שלא בפני בע"ד כגון שהיו עדיו חולים, וכל כה"ג ודאי מהימן במיגו.

עמשי"כ השו"ע דעל בעל החמור להביא ראיה, כתב **רע"א** בשם הרמב"ן והרשב"א דאם טוען ברי א"צ ראיה אף אם הפרה אינה בביתו דברי וחזקה דגופיה דחמור מהני להוציא.

סעיף ב

[מה הדין אם נגנב או נאבד המקח אחר גמר הקנין שהיה ביניהם בתקיעת כף הנהוג בסוחרים, ואינו ידוע מתי נגנב אם קודם הקנין או אח"כ?]

ע"פ **כתובות שם וחולין נ**: כתב **הרמב"ם** וכ"פ **השו"ע** "מחט שנמצא בעובי בית הכסות 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", וביאר **הסמ"ע** דהדין ע"פ המנהג דאין רגילין הטבחים לשהות השחיטה ג' ימים אחר הקנייה, ומשו"ה מאחר שבדאי טרפה ושחטה תוך ג' ימים לקנייתה מהמוכר, אז בודאי בעודה ברשות המוכר ניקבה וה"ל מקח טעות, עיי"ש בעוד פרטי הדין וע"פ יו"ד, וכתב דדין זה דעל הטבח וכו' אליבא דכ"ע, דלרי"ף משום דכאן נמצא כאן נתהוו הנקב, ולרא"ש כיון דלא נולד הספק עד שמשכו הטבח, עליו הראיה.

כתב **הקצות** (ב) בתחילה דאם נגנב או נאבד המקח אחר גמר הקנין שהיה ביניהם בתקיעת כף הנהוג בסוחרים, ואינו ידוע מתי נגנב אם קודם הקנין או אח"כ, נראה דצריך לוקח לשלם דמים ומשום דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, אך המשיך דאמנם אפשר דעד כאן לא אמרין כל שנולד ספק ברשותו אלא היכא דאיכא חזקת הגוף וכמו בספק טריפה, וחזקת הגוף דאליס טובא הוא דאין

מחזיקין מרשות לרשות ואמרינן ברשותא דהשתא אישתני גופא, אבל בגניבה ואבידה דלא הוי חזקת הגוף דלא אשתני, אף על גב דחזקה הוי אבל לא אלים כמו חזקת הגוף, וכיון דלוקח מוחזק אין מוציאין מידו, והתם סוף פרק המדיר (כתובות עה.) נמי גבי מומין מיקרי חזקת הגוף, וכן הוכיח מהרמב"ם ומרדכי, וגם הביא ראיה מהתוספתא פ"ג דמציעא (ה"ב) המוכר פרה לחבירו ונגנבה זה אומר ברשותך נגנבה וזה אומר ברשותך נגנבה יחלוקו, נמצא גנב זה אומר ברשותו נגנבה וזה אומר ברשותו נגנבה יחלוקו, וביאור דרישא לענין דמי המקח ולכן זה אומר ברשותך נגנבה כו', וסיפא בנמצא הגנב חולקין בכפל, ומדתני רישא יחלוקו ולא אמרינן כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, מוכח דגבי גניבה ואבידה לא אמרינן האי כלל וכנ"ל והא דתני יחלוקו אתיא כסומכוס ולדידן דק"ל כרבנן המוציא מחבירו עליו הראיה ופטור הלוקח ואם לא נתן לא יתן.

סימן רכה – אם קבל עליו כל אונס שאירע או התנה בפירוש שלא יהיה עליו אחריות

סעיף א

מהי מידת אחריות המוכר לגבי קרקעות או מטלטלין שמכר?

מסקנת הגמ' בב"מ טו: דהלכתא אחריות טעות סופר הוא בין בשטרי הלואה בין בשטרי מקח וממכר, דחזקה היא דלא שדי איניש זווי בכדי להוציא ממנו בקניית דבר על ספק שהיום או מחר יבוא בעל חוב ויטרפנו ממנו, וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "כל המוכר קרקע או עבד או מטלטלין, הרי זה חייב באחריותו. כיצד, אם בא אחד והוציא המקח מיד הלוקח מחמת המוכר, חוזר הלוקח ונוטל כל הדמים שנתן מן המוכר, שהרי נלקח המקח מחמתו. כך הדין בכל ממכר, אע"פ שלא פירש הלוקח דבר זה, אלא קנה סתם. אפילו מכר הקרקע בשטר, ולא הזכיר בו אחריות, הרי זה חייב באחריות, שאחריות שלא נזכר, טעות סופר הוא".

כתב בעה"ת דלא אמרינן דאע"פ שלא קיבל עליו אחריות כמי שקיבל דמי אלא במוכר בשטר אבל במוכר על פה כיון דזביני לא הוו דלא כתיב בהו שטרא הכי נמי אמרינן דאחריות לא קיבל אבל אם התנה וקיבל בפניהם אע"פ שלא נכתב הרי זה גובה בעדי המכירה מנכסים משועבדים, ואילו דעת הנ"י דאחריות טעות סופר הוא לאו דוקא בשטר הוא אלא אפילו מוכר שדהו בעדים קיימא לן דגובה מנכסים משועבדים אע"פ שלא פירשו אחריות כלל גובה וכ"כ הרשב"א והר"ן, וכתב הש"ך (א) דכן משמע ברמב"ם והמחבר, אך העיר עמש"כ הגדו"ת שלא מצא חבר לבעה"ת שיאמר המוחזק קים לי כותיהו, דהא גם דעת רשב"ם כבעה"ת דבמוכר בעדים בלא שטר אינו חייב באחריות עד שיתנה.

עוד כתב הנ"י דג' מיני אחריות הם, אחריות דנפשיה כי ההיא דכתובות צ"א שלא יהיה הוא המוכר והוא המוציא לעצמו (רכו, ב), אחריות דמחמתיה כגון דטרפה בעל חוב ידיה, אחריות דעלמא כגון נמצאת שדה שאינה שלו, ולפיכך כתב רבינו האי דנהי דמסתמא אע"פ שלא פירש כולם בכלל, היכא שפירש אחד מהם הרי הוא כאלו מיעט שלמעלה ממנו ולפיכך אם פירש לו אחריות דנפשיה הרי הוא כאלו מיעט אותו דמחמתיה ודעלמא שהם למעלה ממנו, ואם פירש דמחמתיה הרי מיעט דעלמא שהוא למעלה ממנו, אבל אם פירש דעלמא אזי דמחמתיה ודנפשיה שהם למטה ממנו בכלל, ואם פירש דמחמתיה נהי שאין דמעלמא בכללו שהוא למעלה ממנו דנפשיה שהוא למטה ממנו בכללו, אבל במתנה דלאו אחריות טעות סופר הוא צריך לפרש את כולם הא קבל עליו אחד ממיני אחריות שזכרנו אין לך בו אלא פירושו בלבד אבל לא לשלמעלה ממנו ושלמטה ממנו, והובא בקיצור בסמ"ע (א). הנהיבות (א) תמה דכיון שהלוקח פירש אחריות דבעל חוב, אף דעביד איניש דזבין ארעא ליומיה, מכל שכן שאינו מרוצה בקנין אם לא שקיבל אחריות דגזילה, דהדרא פירא, ולא שדי זווי בכדי, וכתב שכן הקשה בשיטה שתירץ דהא דאחריות טעות סופר, הוא משום כי היכי דליקו בהימנותא, וכיון דגזול כל שכן דלא קפיד לקיים מקחו, וכתב הנהיבות דלפ"ז באם המוכר לא גזלה בעצמו רק שקנה שדה גזולה, ולא ידע אם היא גזולה ומכרה, בכלל אחריות דמחמתיה הוא, ואפילו בגזלה בעצמו אך צ"ע.

כתב **הסמ"ע** (ב) דגם חצי השבח גובה הבעל חוב מהלוקח וחוזר הלוקח וגובה אותו מהמוכר לו, אלא דלא איירי כאן מדין זה דסימן קט"ו, ועוד שסתם מטלטלין דאיירי מינייהו ג"כ כאן אינן משביחין.

כתב **הפת"ש** (א) בשם **צמח צדק** ו**עבודת הגרשוני** גבי ראובן ושמעון שהחליפו את בתיהם זה עם זה ולא נעשה שטר ביניהם רק מיד כתבו בפנקס הקהל הבתים כל אחד על שם בעליו והעילוי שהיה צריך ליתן אחד לחבירו נתן מיד, והחזיק כל אחד בשלו, וכחצי שנה אחרי כן יצא שטר חוב בקנין בפני עדים ושעבוד נכסים על ראובן בכפלים מה ששויים שני הבתים, ובא הבעל חוב בכח שטרו לגבות הבית שהוא עתה ביד ראובן הלוח שלו, כיון שהוא בני חורין, וגם הבית שביד שמעון שהשיג מן ראובן בחליפין, מפני ששעבודו קודם, ושמעון טוען שאין לו זכות רק בבית זה שהיה תחילה של ראובן הלוח, כיון שהוא קודם, אבל לא בבית זה שהוא עתה ביד ראובן, כיון שהיה שלו תחילה הרי יוחזר לו מפני אחריותו, אע"פ שלא כתבו אחד לחבירו אחריות דאחריות טעות סופר הוא, והשיבו שניהם בסגנון אחד שהדין עם הבעל חוב שיכול לגבות שני הבתים, דהא דאחריות טעות סופר דוקא באחד שלקח מחבירו משום דלא שדי אינש זוזי בכדי, אבל בכה"ג שהחליפו זה עם זה דהוו שניהם כלקוחות זה קונה מזה וזה קונה מזה, לא אמרינן אחריות טעות סופר, אלא כיון דלא פירש אין להם אחריות זה על זה, משום דאמרינן בההיא הנאה דאין זה מקבל אחריות על הבית שנתן לחבירו גמר ומקני, ואע"פ דבנידון נתן אחד לחבירו העילוי ששוה בית חבירו יותר משלו, ודילמא על אותן מעות י"ל דלא שדי אינש זוזי בכדי, מ"מ כיון דניחא ליה במה שאינו מקבל אחריות הוא על של חבירו, גמר ומקני לגמרי אפילו במעות שנתן, ועוד כיון דהבתים אין להם אחריות זה על זה, הוה ליה לפרש. **אכן בקצות** (בסימן קט"ז וגם בפת"ש כאן) כתב דאישתמיט להו תשובת הר"י בן מיגש דבחליפין נמי אחריות טעות סופר וראיתם מב"ב ק"ז יש לדחות, דהתם שאני כיון דאחריות דאביהם הוא ושניהם בשוה עומדין בספק, משא"כ הכא זה שהחליף ביתו שהוא יודע בנפשו שהוא שלם בלא מום ושום טורף לא יבוא עליו מהיכא תיתי ישליך אותו בכדי ויטול ביתו של חבירו שאינו יודע נגעי חבירו, ואם כן אדרבה הוא רוצה לקבל אחריות על שדהו, וחבירו נמי יקבל אחריות עליו, והסכים עמו ה**נתיבות** וכתב דלא ניתן לכתוב מרוב הפשיטות, וכ"ד ה**שב"י** דכל אחד קיבל אחריות של חבירו אנפשיה כמו דאמרינן לא שדי אינש זוזי בכדי הכי נמי אמרינן לא שדי קרקעו בכדי, כיון שהוא יודע בעצמו שקרקעו מנוקה ומשופה, אלא דכתב שאמנם גוף הנידון הנ"ל אינו תלוי בכל זה, דאע"ג דחייב באחריות, מ"מ הבעל חוב מוקדם יכול לטרוף לפי סברתם, ולומר למי שהחליף אם יש לך אחריות על מי שהחליף אתך לך חזור וטרוף ממנו מי ששעבודך עליו ועיקר הדין תלוי בסימן ק"ד דבעל חוב אחד אינו יכול לטרוף קרקע שמכר הלוח ונתן לו תמורתו בעד היתרון שנשאר חייב לו הלוח, שכבר פקע שעבודו מזו הקרקע, וה"ה בנידון זה, בעל חוב אחד אינו יכול לטרוף שניהם, דממה נפשך טורף אחד שלא כדן, כיון שטורף תחילה הבני חורין קרקע של ראובן, איך רוצה לחזור ולטרוף משמעון כיון שכבר קיבל תמורתו, אך בעל חוב מאוחר יכול לחזור ולטרוף, אך כתב **הפת"ש** דמצד זה אין כאן השגה על הצ"צ ועבוה"ג דהא באמת התומים בסימן ק"ד חולק על ה**שב"י** הנ"ל בדין קרקע שמכר הלוח ונתן לו תמורתו, ודעתו דאף בעל חוב אחד יכול לחזור ולטרוף קרקע זו עבור היתרון שחייב לו הלוח, וא"כ ה"ה בנידון שנים שהחליפו בתיים הדין עמם, אך בספר **בית מאיר** השיג על הצ"צ מצד אחר דלפום ריהטא דבכי ההוא גוונא לא יטרוף בעל חוב דראובן מידי מהבית שביד שמעון עכשיו, מפני שיאמר לו מה הפסדתיך, הא העמדתי לך אחריות נכסים תחת שעבודך, דבשלמא אם קונה בזוזי, הרי קונה קרקע דסמיכות המלוה עליו ונותן מידי דמצוי לאברוחי, ולכן אף דשוב קנה המוכר בהני זוזי קרקע אחרת, מ"מ לא זו שעבודו מקרקעו, אבל במחליף קרקע בקרקע, שמעולם לא פסק רגע אחת בלא שעבוד למלוה, שפיר יכול לומר מה הפסדתיך.

סעיפים ב – ד

האם יש טענת אונס על תנאים של מקח וממכר?

ראובן שכר חברת הובלה להוביל ספינת משא מת"א לנמל אשדוד כדי להטעינו על הספינה המפליגה ביום פלוני והחברה קיבלה על עצמה והתחייבה בכל אונס שיארע. ובינתיים הוכרזה שביתת תחנות דלק בכל הארץ ועל ידי כך נמנע מן החברה להוביל את המטען בזמן,

השוכר תובע מן החברה לפצותו על כל ההפסדים שנגרמו לו שהרי התחייבה בכל האונסים, החברה משיבה מה עלינו לעשות הרי הוכרזה שביתה של תחנות דלק בכל הארץ, מה הדין?

ע"פ ב"ב מה. וכאמימר דמידע ידיע דסתם גוי הוא אנס, ודלא כרבא, פסק בשו"ע "בד"א, כשהוציא המקח מיד הלוקח בבית דין של ישראל, כגון שהיה המקח מטלטלין והיו גנובים או גזולין, או שהיתה הקרקע גזולה, או שבא בעל חוב של מוכר וטרפה מיד הלוקח, והכל בבית דין של ישראל. אבל אם עובד כוכבים הוא שהוציא המקח מהלוקח, בין בדין המלך בין בערכאות שלהם, אין המוכר חייב באחריותו, ואע"פ שהעכו"ם טוען שהמוכר גנב חפץ זה או גזלו ממנו, והביא עדי עובד כוכבים על כך, אין המוכר חייב כלום, שזה אונס הוא ואין המוכר חייב באחריות אונס". וע"פ הרמב"ם (ע"פ גיטין עג. – הרב המגיד) פסק בסעי' ג' "בד"א בשלא התנה עמו, אבל אם התנה עמו שכל אונס שיוולד בקרקע זה יהיה חייב לשלם, אפילו בא עובד כוכבים וגזלה מחמת המוכר חייב לשלם, אבל אם נפסק הנהר שהיה משקה אותה, או שחזר הנהר לעבור בתוכה ונעשית בריכה (כלומר שחזר מלהיות עליו שם שדה, סמ"ע), או שבאה זועה והשחית אותה, הרי זה פטור (רע"א: אפילו אם כתב לו כל אונסים שבעולם שיוולדו מ"מ אין אונס דלא שכיח בכלל, ב"י בשם תש"י הרשב"א, ובתשובת ב"י כתב דאם קיבל עליו שלא יטעון שום טענת אונס בעולם כל אונס בכלל), שאלו וכיוצא בהן אונס שאינו מצוי הוא, ולא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא בעת שהתנה, וה"ה לכל תנאי ממון, שאומדים דעת המתנה ואין כוללן באותו תנאי אלא דברים הידועים שבגללן היה התנאי והם שהיו בדעת המתנה בעת שהתנה – (ד) מעשה באחד (גיטין שם) ששכר מלחים להביא שומשמים למקום פלוני, והתנה עמהם שהם חייבים בכל אונס שאירע להם עד שיגיעו השומשמים למקום פלוני, ונפסק הנהר שהיו מוליכים בו, ואמרו חכמים זה אונס שאינו מצוי ואין חייבין להוליך השומשמים על גבי בהמה עד אותו מקום, וכן כל כיוצא בזה".

הסמ"ע (ה) נדרש לבאר מאי קמ"ל ברישא "והיו גנובים או גזולין" דכבר נכתב בסעי' א', וביאר דקמ"ל דאפילו יש לבא לקחתו עדי גזילה וגניבה או הלואה, דמזה איירי מדבא להוציאו בבית דין, אפי"ה בעינן דוקא שהוציאו מיד הלוקח בבית דין, לאפוקי אם מסרה לו הלוקח מעצמו על פי עדיותיו דלא יוכל לחזור על המוכר באחריות, דיכול לומר לו אחוי טירפך ואשלם לך, אולם כתב ה^{נתיבות} (ד) דזה תמוה דבשלמא בבעל חוב יש לומר דהוי כפורע שלא מדעתו כשפרע שלא בב"ד, שיכול לומר מפייס היונא ליה, וכל זמן דלא תבעיה לבעל דין בבית דין אין לו להשתלם מנכסיו, דנכסוהי ערבין ביה ודין ערב יש לו, וכל זמן שלא אמר לו שלם אם שילם מעצמו הפסיד, אבל בעדי גזילה הלא עדיין יכול לתבוע את הנגזל שטרף ממנו שיברר עדי גזילה שלו לפני בית דין, וכשמברר בעדי גזילה יכולין הבית דין לכתוב לו טירפא גם אח"כ, וכתב דנראה דגם כונת הסמ"ע כן היא, דכל זמן שאין הבית דין מקבלין עדי הגזילה אינן יכולין לטרוף ממנו, אבל אם הולך עם עדי הגזילה לבית דין כותבין לו טירפא אף אחר שנתן לו את השדה (וראה גם פת"ש ב').

עוד ביאר הסמ"ע (ו-ז) דמש"כ המחבר 'בין בדין המלך' דאע"ג דדין מלך דין הוא, הני מילי מה שעושה מדעתו מצד חוקי המלכות, וכמש"כ הטו"ש בסמ"ע ש"ט, משא"כ זה דפוסק הדין על פי עדים גוים ויש לחוש שהן משקרין לפניו, ובגמרא נתנו טעם לזה "אשר פיהם דיבר שוא וימינם ימין שקר", הא אם מביא עדים ישראלים חייב המוכר, דהא אילו אתא לבית דין ישראל ג"כ היה טורף, ובכה"ג אמרינן דדין מלך וערכאותיהם דין אף על גב דאילו נתן מעצמו לטרוף לא היה יכול לחזור על המוכר, ומה שכתב 'בין בערכאות', קמ"ל בזה, אע"ג דערכאות דייקי טפי.

כתב הקצות (א) דאם העכו"ם כבר ערער קודם שלקחה והלוקח לא ידע מזה, דהו"ל מקח טעות, ולא אמרינן בזה אחוי טירפך, כיון דכבר יצא ערעור הו"ל כמו מום במקח כאילו נפחת והוזל. כע"ז כתב הפת"ש (ג) בשם הבית אפרים דאם בשעת המכירה כבר היה דין המלך על קרקע זו ופקודתו שיקח אחר קרקע זו או המלך בעצמו א"כ הוי מקח טעות דה"ל למוכר לגלויי ללוקח, ואין זה בכלל אונסא דמתיליד כלל, ובכה"ג מיירי הא דמוכתב למלכות אומר לו הרי שלך לפניך [ב"ב צ"ב ע"ב], אבל אם בשעת המכירה עדיין לא היה דין המלך כלל ושלם הוא מוכר, ועתה נתחדש דין המלך שיקחו הקרקע המלך או אחר, אע"פ שהוא בא מחמת המוכר כגוונא דכתיבנא, או כגון שלא פרע מס שנים שעברו, ועתה נתחדש הפקודה לקחת הקרקע עבור העבר וכיוצא בזה, כיון שעכ"פ עתה נתחדש ובשעת המכירה לא אסיק אדעתיה כלל, אונס הוא, שהרי נולד אחר המכר, וכשאין לו דין על הקרקע עצמה,

רק בתורת חוב ואפשר לסלוקי בזווי, אף על פי שהמקח חל בכה"ג, מ"מ עכ"פ בכלל קבלת אחריות הוא, לפי שאין זה אונס שנולד מחדש, עיי"ש עוד.

סעיף ה

ע"פ **ב"ב מד:** ולמד **הב"י דהרי"ף רמב"ם ורא"ש** פסקו כרב זביד על כן פסק **בשו"ע** "אם **התנה המוכר בפירוש שלא יהיה עליו אחריות**, אפילו אם נודע בודאי שהיתה גזולה, והוציאה הנגזל מיד הלוקח, אין המוכר חייב. ואצ"ל שאם בא בעל חוב וטרפה, שאינו מחזיר לו כלום, שכל תנאי שבממון קיים", דיאמר המוכר, דלהכי התנית עמך שאינני חייב באחריות, ואת סברת וקבלת עלך.

סעיף ו

[מה הדין במוכר לחבירו מרתף של יין והתנו ביניהם שלא יהיה אחריות על המוכר רק אם תשבר חבית או תשפך בלבד, ולא יהיה אחריות על הלוקח אלא לענין הטעם בלבד כגון אם יחמיץ ואחר כך אירע אונס ניסוך? מה הטעמים? האם ישנה נפק"מ בין הטעמים?]

ע"פ תשובת **הרא"ש** פסק **בשו"ע** "המוכר לחבירו מרתף של יין והתנו ביניהם שלא יהיה אחריות על המוכר רק אם תשבר חבית או תשפך בלבד, ולא יהיה אחריות על הלוקח אלא לענין הטעם בלבד כגון אם יחמיץ, אם אחר כך לא אירע כי אם אונס ניסוך, הוא על המוכר", ומבואר שם ובטור דהטעם הוא דהרי המוכר קיבל עליו אחריות היין דאתא ליה מעלמא דהיינו שפיכה ושבירה, ואמרין דה"ה כל אונס דאתי מעלמא, דמאי שנא הני מהני, והא דפרט שפיכה ושבירה מפני שהן אונסין דשכיחין, לאפוקי אונס ניסוך דלא אסקו אדעתיהו להתנות עליו, מה שאין כן הלוקח דלא קיבל עליו כי אם אונס שבא מגוף היין ולא אונס דאתי מעלמא כלל, ומהיכא תיתי לחייבו באחריות דניסוך, **סמ"ע** (יב).

כתב **בפת"ש** (ה) דבתחילה כתב הטור בשם **הרא"ש** טעם אחר והוא דהואיל ואיכא למידק שאחריות שבירה ושפיכה קיבל עליו המוכר ולא אחריות שום הפסד אחר ואיכא נמי למידק איפכא, אוקי ממונא בחזקת מריה ולא נוציא המעות מהלוקח שהוא מוחזק בהן כי עדיין לא פרע המעות, והסמ"ע שכתב רק טעם השני הנ"ל משמע ליה דזה הטעם הוא עיקר, ולפ"ז אפילו אם כבר נתן הלוקח המעות היה צריך המוכר להחזיר, אך בתשובת **פנים מאירות** פסק כטעם הראשון ולכך אם נתן כבר המעות אין מוציאין מיד המוכר, ועל טעם השני דאונס ניסוך דלא שכיח לא אסיק אדעתיה להזכיר בכתובה, הקשה דאדרבה כיון דלא שכיח ולא אסיק אדעתיה א"כ אינו בכלל האחריות, דאונסא דלא שכיח לא קיבל עליו כמבואר לעיל סעי' ג-ד, וזה דוחק לחלק ולומר בשביל דלא שכיח לא הזכירו, ולענין חיוב אחריות יהיה שכיח שקיבל עליו, ובפרט שלא הזכיר סתם אחריות אלא אחריות שבירה ושפיכה, והרא"ש לא דן אלא מטעם הראשון דאוקי ממונא וטעם השני לא כתב אלא סניף לטעם הראשון. **הפת"ש** כתב דכבר עמד **הדרישה** על קושיית הפנ"מ על הטעם ב' ותיירץ דעד כאן לא קאמרין לעיל דאין המוכר מקבל עליו אחריות כזה אלא כשאין הלוקח מתנה בהדיא איני רוצה לקבל עלי אחריות, אבל כאן פירש בהדיא שאחריות הטעם לבד מקבל עליו ולא שום אונס אחר, כו', אך **לדינא** כתב **הפת"ש** דנראין דברי זקינו הפנ"מ דאם כבר נתן המעות אין מוציאין מיד המוכר כיון דהרא"ש לא כתב טעם השני לחוד וכבר כתב בתשובת חכם צבי כשהפוסק מביא הרבה צדדים אין לסמוך על כל אחד מהצדדים ובפרט להוציא ממון, ובפרט **דבנתיבות** (ו) תמה על הדרישה בזה [דכתב דתירוץ הדרישה תמוה דהא אפילו פירש הלוקח כל אונסא דיתילד פטור המוכר מאונסא דלא שכיח ומחימוץ אין ראייה דחימוץ אונסא דשכיח הוא, וכתב דלכן הטעם הוא אחר דכיון דבגזילת גוי ודאי חייב דאונס המצוי הוא כמבואר בסעיף ג', וא"כ ה"ה אם ניסכו הגוי, כיון דביאת גוי מצוי הוא שבא לגזול וממילא מנסכו, ומה שכתב, דלא אסיק אדעתיה, כונתו שלא התנו באונס שריפה וכיוצא, והכל בכלל שבירה ושפיכה הוא].

עוד כתב **הפנ"מ** **דבסתם מכירה והמוכר קיבל עליו שיעמיד בשלימות** אף הרא"ש מודה דאין אחריות ניסוך בכלל, ואף אם לא נתן הלוקח המעות מחויב לשלם והביא ראייה ממשנה בטבול יום גבי לשון "שלום", והסכים עמו **הפת"ש** (שם) וכתב דאף אם המוכר לא הזכיר לשון להעמיד בשלימות רק אמר שמקבל כל אחריות דבזה אין ראייה ממשנה דטבול יום הנ"ל כיון שלא הזכיר לשון שלום, מ"מ אין אחריות ניסוך עליו כמבואר בדרישה הנ"ל.

סימן רכו – המוכר שדה שלא באחריות או יצא עליו קול ערעור

סעיף א

ע"פ ב"ק ח: וכלישנא בתרא דאביי פסק בשו"ע "ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות, ובא לוי והוציאה מיד שמעון, אם רצה ראובן לעשות דין עם לוי עושה (ונפק"מ דאיהו ידע למיטען טפי, רמב"ן, וברא"ש וטור כתבו דנפק"מ באם עשה ראובן הלוח שדה זו אפותיקי לבעל חובו אף על פי כן יכול ראובן לסלקו במעות, ע"ע בטור וב"י), ואין לוי יכול לומר מה לי ולך והרי אין עליך אחריות, שהרי ראובן אומר לו אין רצוני שיהיה לשמעון תרעומת עלי שהפסיד בגללי { (רשב"א -) אבל אם נתן לו במתנה (וגם לא נתנו לו באחריות כסתם מתנה, דא"כ היה לו הפסד ממון מחמת השבח, סמ"ע, והש"ך חולק דלעולם אינו נוטל יותר מחובו) לא יוכל לטעון בעדו, דהא ליכא כאן תרעומת }".

בתשובת חת"ס (פת"ש א) כתב נפק"מ נוספת במה דאזיל ראובן, ע"פ המבואר סימן לא/ב גבי שתי כתי עדים המכחישות זו את זו במלוח שיש לו על לוח אחד שני שטרות דיי"א דטוב לו שישורף הקטן שלא ישיביעהו הלוח שיש לו שני שטרות שאלו העדים חתומים עליו, וכתב החת"ס דבבא לטרוף מהלוקח ע"י הקטן לא מצי הלוקח למימר ליה שום דבר דא"ל מה לי ולך הלא כשאטרוף ממך שדה זו יותר אין לי עליך א"כ מה איכפת לך אם יש לי עוד שטר או לא, ומעתה אי לא הוה מצי ראובן המוכר לאשתעווי דינא בהדיה, אז היה גובה הקטן מהלוקח, ואח"כ היה הקטן כאילו נשרף והיה בא על המוכר עם הגדול לכשיהיה לו זוזי אח"כ, ולא יכול להשביעו שיש לו עוד שטר אחר כי אין לו, אבל השתא דמצי ראובן לאשתעווי דינא בהדיה אז ידו על התחתונה.

סעיפים ב – ג

מוכר שפירש שמוכר שלא באחריות כלל, איזה סוג של אחריות חלה עליו בכל אופן?

ע"פ כתובות צא: פסק בשו"ע "ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות, וחזר ולקחה משמעון באחריות, ובא בעל חוב של ראובן לטרוף אותה ממנו, אינו יכול לחזור על שמעון, שאע"פ שלא קבל עליו אחריות לשמעון, אחריות עצמו קבל שלא יהיה הוא המוכר והוא המוציא לעצמו, אבל אם בא בעל חוב של יעקב אביו וטרפה מיד ראובן, חוזר וגובה כל הדמים משמעון. (ג) (ומשם למד הר"ן -) המוכר שדה לחבירו שלא באחריות, חייב באחריות דנפשיה, ודוקא בזכות שיש לו בשעת מכירה, אבל אם בא לו זכות לאחר מכאן, חוזר עליו".

סעיף ד

ע"פ הרא"ה פסק בשו"ע "אפוטרופסים שמכרו בנכסי יתומים, לא אמרינן דאחריות דנפשיהו קבילו", דדוקא באלמנה הוא דאמרינן דאחריות דנפשיה קבילה לפי שמוכרת לעצמה אבל אפוטרופסי יתומים כיון שאין מוכרין לעצמן אלא ליתומים לא אמרינן דאחריות נפשיהו קבילו אלא חוזרים וטורפין בחובם, וכתב הסמ"ע (ט) דהדין הוא דאחריות דמכירה לאו על נכסייהו דאפוטרופסים הוא כי אם אנכסי יתומים, וכמש"כ הטו"ש בסיומן ק"ט, אלא שתאמר איך יהיה הוא המוכר והוא המוציא לנפשו בחובו שיש לו על היתומים, קמ"ל שאינו דומה, שכאן לא מכרו לנפשם כלום אלא הן כבית דין שמכרו נכסי שמעון לראובן בחובו, ופשיטא הוא דאם יש לבית דין שטר מוקדם על שמעון דחוזרין וגובין מידו.

סעיף ה

ע"פ מימרא דאביי ב"ק ט. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המוכר קרקע לחבירו, ואחר שקנה הלוקח באחד מהדרכים שקונים בהם, קודם שישתמש בה, יצאו עליו מערערין, ה"ז יכול לחזור בו, שאין לך מום גדול מזה, שעדיין לא נהנה בו ובאו התובעים. לפיכך יבטל המקח ויחזיר המוכר את הדמים, ויעשה דין עם המערערים. ואם נשתמש בה הלוקח כל שהוא, ואפילו דש המצר שלה ועירבו עם הארץ, אינו יכול לחזור בו, אלא עושה דין עם המערער, ואם הוציאה מידו בדין יחזור על המוכר, כדין כל הנטרפין" וכתב הרמ"א ע"פ הרא"ש והטור "וכל זה מיירי בערעור שלא נתברר עדיין לגמרי אבל בית דין רואין שיש אמתלא בדברי המערער, אבל אם לא יצא רק קול בעלמא אפילו לא נתקיים המקח

לגמרי, לא יכול לבטל המקח בשביל דברים בעלמא, ואם חזר הלוקח מחמת ערעור אף על פי שנתבטל הערעור אחר כך, נתבטל המקח ושניהן יכולין לחזור בו. אם בא ערעור על השדה מחמת שהמוכר היה חייב לאחרים, והמוכר אומר שיש לו שוברים על החובות, מקרי ערעור ויכול הלוקח לחזור בו וא"צ לקנות דבר ולשמור שוברו לעולם".

כתב **הסמ"ע** (י-יא) ארשיא דקודם שנשתמש וכו' דיחזיר המוכר את הדמים, דזה דעת הרמב"ם דמיירי דנתן המעות, אולם הרא"ש והטור פירשו לדין זה דאיידי דעדיין לא נתן למוכר דמי השדה אלא שקנאה באחד מדרכי הקנאה. עוד חלוקים עמ"ש"כ דדש המיצר שהם פירשו הולך אמיצר השדה לראות אם היא כאשר אמר לו המוכר וגם לראות מה היא צריכה, וכתב הסמ"ע דאליביהו אם כבר נתן המעות אין הלוקח יכול להחזיר ולהוציא המעות מתחת ידו אפילו רואים הבית דין אמתלא גמורה בערעור שיוצא על השדה, משום דהמוכר מצי למימר לו אחוי טרפך ואשלם לך וכמ"ש הרא"ש בתשובה בהגהת הרמ"א (ותמה על הרמ"א שלא הזכיר דבר מכל הנ"ל) ומש"כ דבריו אדברי המחבר הנ"ל, והוא איירי כשכבר נתן המעות אלא שעדיין לא נשתמש בה כלל, דבכה"ג ס"ל דאפילו נתברר הערעור דהיינו שהראה שטרות ואינן מקוימין, אין הלוקח יכול לחזור ולהוציא המעות מיד המוכר עד שיהיו שטרות מקוימין לגמרי, דבזה אפשר דהרמב"ם ס"ל דיכול לחזור ולהוציא המעות מידו כיון דלא נשתמש בו עדיין אפילו לא הוציא עדיין בדין מידו.

כתב **רע"א** בשם **הרשב"א** (בב"י) דעסיקין היינו דוקא עוררים בגוף אבל יצא עליו חובות אפילו לא החזיק בה אינו יכול לחזור.

סעיף ו

ע"פ **הרמב"ם** פסק **בשו"ע** "אסור למכור לחבירו קרקע או מטלטלין שיש עליו עסק ודין עד שיודיעו, שאף על פי שהאחריות עליו, אין אדם רוצה שיתן מעותיו וירד לדין ויהיה נתבע מאחרים", וביאר ה"ה דפשוט הוא והטעם שלא יהיה זה פחות משאר אונאות שהן ובשבועות דף ל"א אמרינן 'ואשר לא טוב עשה בתוך עמיו' זה הלוקח שדה שיש עליו עסיקין וכיון שהלוקח לא טוב עשה נראה שהמוכר אסור למכור אותה בסתם, ופירוש 'עסיקין' עוררין מלשון "התעסקו עמו" בבראשית פכ"ו.

הלכות אונאה ומקח טעות

סימן רכז – עד כמה הוה מחילה או חזרת האונאה ושליח שטעה ואחים שחלקו וטעו

סעיף א

נאמר **בויקרא** (כ"ה, י"ד) "וכי תמכרו ממכר לעמיתך וכו' לא תונו", ועל כן פסק **בשו"ע** "אסור להונות את חבירו, בין במקחו בין בממכרו, ואיזה מהם שאינה בין לוקח בין מוכר, עובר בלאו". **הגר"א** ציין לב"מ נא. – "מתניתין. אחד הלוקח ואחד המוכר יש להן אונאה.. גמ'. מנהי מילי דתנו רבנן וכי תמכרו ממכר לעמיתך אל תונו אין לי אלא שנתאנה לוקח, נתאנה מוכר מנין תלמוד לומר או קנה אל תונו, ואיצטריך למכתב לוקח ואיצטריך למכתב מוכר דאי כתב רחמנא מוכר משום דקים ליה בזבינתיה אבל לוקח דלא קים ליה בזבינתיה אימא לא אזהריה רחמנא בלא תונו ואי כתב רחמנא לוקח משום דקא קני דאמרי אינשי זבנית קנית אבל מוכר דאבודי קא מוביד דאמרי אינשי זבין אוביד אימא לא אזהריה רחמנא בלא תונו צריכא".

הסמ"ע (א) הביא בקצרה את הטור שכתב דלאו זה בכלל גזילה הוא וכמו שאין לוקחין על לאו דגזילה משום דניתן להשבון כדכתיב והשיב את הגזילה, כך אין לוקחין על לאו זה דג"כ ניתן להשבון וכ"כ הרמב"ם.

סעיף ב

ב"מ מט: "משנה. אונאה ארבעה כסף מעשרים וארבעה כסף לסלע (אם היה המקח בדמי הסלע)" ובגמ' "אתמר רב אמר שתות מקח שנינו (דווקא במקח אך שתות אצל מעות שנתן זה - אין זה קרוי שתות להיות בו דין אונאה) ושמאל אמר שתות מעות נמי שנינו (רש"י: וכל צד שאתה מוצא שם שתות אונאה, בין לצד מעות ובין לצד שויו של חפץ - יש שם אונאה ואין כאן לא מחילה ולא ביטול מקח)" והלכה כשמאל בדיני. נ: "אמר רבא הלכתא פחות משתות נקנה מקח יותר על שתות בטל מקח שתות קנה ומחזיר אונאה".

כתבו הטור והסמ"ע (ב) בשם הרא"ש דחז"ל שיערו דעד שתות הוה מחילה לפי שכן הוא דרך מקח וממכר שאין הלוקח והמוכר יכולין לכונן דמי המקח בצמצום, ודרך העולם למחול עד שתות במקח או במעות אף שהוא עולה הרבה כל שאין שם שתות עליו.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם ע"פ המשך הגמ' "כמה תהיה האונאה ויהיה חייב להשיב, שתות בשוה, כיצד, הרי שמכר שוה שש בחמש (סמ"ע ע"פ הגמ': שתות מקח ויותר משתות במעות שקיבל ולא הו"ל דין ביטול מקח כיון שבצד אחד לא הוה אלא שתות) או שוה שבע בשש (שתות מעות ופחות משתות מקח), או שוה חמש בשש (שתות מעות ופחות משתות מקח), או שוה שש בשבע (שתות מקח ופחות משתות מעות ואעפ"כ דין אונאה עליו ולא דין מחילה כל שיש שתות מצד אחד בשוה), הרי זה אונאה ונקנה המקח, וחייב המאנה לשלם האונאה ולהחזירה כולה למתאנה".

סעיפים ג - ד

באונאה במקח יותר משתות אם שניהם יכולים לחזור בהם או רק המתאנה בלבד, האם יש הבדל בין אם המתאנה תובע החזרת דמי האונאה או לא?

ב"ב פג: "א"ר חסדא מכר לו שוה חמשה בששה והוקרו ועמדו על שמונה מי נתאנה לוקח לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר, מאי טעמא דאמר ליה אי לאו דאוניתן לא מצית הדרת בך והשתא דאוניתן מצית הדרת בך מכר לו שוה שש בחמש והוולו ועמדו על שלשה מי נתאנה מוכר מוכר יכול לחזור בו ולא לוקח משום דא"ל אי לאו דאוניתן לא מצית הדרת בך והשתא דאוניתן מצית הדרת בך", וכתב הרי"ף דמסתברא לן דלא קיימא דרב חסדא אלא אליבא דמאן דאמר בסתם משנה ב"מ נ"א "מי שהוטל עליו (מי שנתאנה) ידו על העליונה", אבל דרב חסדא ליתא דהא פסק רבא בנ: הלכתא שתות קנה ומחזיר אונאה, מיהו כי ליתא לדרב חסדא בשתות הוא דליתא אבל בביטול מקח כגון שמכר לו שוה ארבעה בחמשה ולא הספיק בכדי שיראה לתגר או לקרובו עד שהוקרו ועמדו בשבעה לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר דא"ל לוקח אי לאו דאוניתן לא מצית הדרת בך השתא דאוניתן מצית הדרת בך וכן המוכר שמכר שוה חמשה בארבעה והוול ועמד על שלשה מוכר יכול לחזור בו ולא לוקח דא"ל אי לאו דאוניתן לא מצית הדרת בך השתא דאוניתן מצית הדרת בך, וראה לקמן סעי' י - יא.

וכתב הרא"ש (בב"ב) "וא"ת בביטול מקח דאמרין בפרק הזהב דשניהם חוזרים (דף נ' ע"ב) "אילו שתות מי שנתאנה חוזר ואילו יתר על שתות שניהם חוזרין" אמאי לא קאמר מתאנה למאנה אי לאו דאוניתן וכו' כמו דאמרין בשתות ותירץ ריב"ם (תוס' ב"ב פד. ד"ה אי לאו, וראה לקמן) דביתר משתות אין המאנה חוזר אא"כ המתאנה תובע אונאתו אבל אם המתאנה רוצה לעמוד במקחו ופוטל את המאנה מדמי אונאתו אין המאנה יכול לבטל המקח משום דא"ל אי לאו דאוניתן, ונראה שר"ב אלפס סובר כן מדמפרש דלדין נפקא במילתיה דרב חסדא לענין ביטול מקח דלא מצי מוכר הדר ביה משום דא"ל אי לאו דאוניתן וכו' אלמא דבביטול מקח ליתא חזרה לגבי מוכר אם אין המתאנה תובע אונאתו" וכתב הב"י דכ"ד הרמב"ם (יב,ד).

אולם דעת רבינו יונה והרא"ש דשניהם חוזרין סתמא קאמר וסתמא לאו בתובע אונאתו מיירי שהרי אין יכול לתבוע אונאתו ביותר משתות אלא או יבטל המקח או יתרצה בו לכן פירשו דהא דקאמר שניהם חוזרים היינו כל זמן שהמתאנה יכול לחזור בו גם המאנה יכול לחזור בו והיינו טעמא דלא מצי א"ל אי לאו דאוניתן וכו' משום דאין חזרת המאנה אלא משום לתא דחזרת המתאנה דמקח שיש בו טעות ביתר משתות מסתמא יחזור בו המתאנה דכיון שאין יכול לתבוע אונאתו ודאי יבטל המקח

שאינן אדם מוחל על אונאה יתר משתות הילכך כיון דמסתמא מקח טעות הוא גם המאנה חוזר (גר"א): וזה כתירוץ קמא בתוס' שם לפני שהביאו את ריב"ם וז"ל "וי"ל לפי שהוא רחוק מן המקח יותר מדאי וכאילו לא מכר כלל שאין ראוי מקח כזה להתקיים" דהא לא שייך למימר אי לאו דאונתן וכו' שהרי כנושא ונותן בלא משיכה דמי אבל אם נתרצה המתאנה במכר אין המאנה יכול לחזור בו אח"כ וכן אם נתאנה הלוקח ביתר משתות ושהה בכדי שיראה אע"ג דאמרו רבנן מוכר לעולם חוזר הכא אין המוכר יכול לחזור בו כיון שנתקיים המקח לגבי הלוקח שנתאנה דכיון דאמור רבנן דהלוקח שנתאנה אין יכול לחזור בו אפילו בביטול מקח אחר בכדי שיראה אלמא שנתקיים המקח הילכך אין המאנה יכול לחזור בו דהא ליכא למימר מקח טעות כיון דאותו שנתאנה אין יכול לחזור בו דודאי לא תקון רבנן חזרה לגבי המאנה משום דאמר לו אי לאו דאונתן. הרא"ש רצה לומר דכן סובר גם הרי"ף אולם הטור למד בדבריו כפשטא דלישנא כריב"ם והרמב"ם דמסתבר דכתב הרמב"ם כשיטת הרי"ף.

וז"ל השו"ע (ד) כרי"ף רמב"ם וריב"ם "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" והרמ"א כר' יונה ורא"ש "ויש אומרים דאף המאנה יכול לחזור בו, אלא אם כן נתרצה המתאנה פעם אחת או ששתק יותר מן השיעור שיתבאר בסמוך סעיף ז"ל.

הסמ"ע (ח) כתב בסברת רבינו יונה דכיון שהנתאנה יכול לחזור לא נגמר המקח מעולם משו"ה גם המאנה יכול לחזור, והקשה הטור דכתב בסוף סימן רכ"ו ובסימן ק"צ בהיכא דעייל ונפק אזוזי כיון שנתבטל המכר לגבי המוכר נתבטל גם גבי לוקח ואפילו אם נתרצה המוכר יכול הלוקח לחזור בו אלא שידו על התחתונה, ותירץ דשאני התם דמיד שעיל ונפיק אזוזי נגלה שלולי צורך המעות לא היה מוכרו, ונתבטל המקח מיד כשלא נתנו לו, משו"ה אף שנתרצה אח"כ לקיים המקח, כיון שכבר נתבטל יכול הלוקח לחזור בו, אבל הכא דלא גילה המתאנה מתחילה דעתו שרוצה לחזור בו, משו"ה כשנתרצה אח"כ הו"ל כאילו נתרצה מעיקרא, משו"ה אין המאנה יכול לחזור בו.

כתב הנתניבות (א) דיש ללמוד מהסמ"ע דאם הלוקח קידש אשה בחפץ זה והמאנה רוצה לחזור מהמקח ולבטל הקדושין קודם שנתרצה המוכר, הקדושין בטלין דאין אדם מקדש בדבר שאינו שלו, אבל אחר שכבר נתרצה המוכר, שכתב הסמ"ע דהוי כאילו נתרצה מעיקרא, ממילא שוב אינו יכול לבטל הקדושין, אך כתב דאמנם באמת נראה קושית הסמ"ע מהא דעייל ונפיק אזוזי לא קשיא, דשאני הכא גבי אונאה, דהטעם דאינו יכול לחזור בו, משום דהנתאנה יכול לומר אי לאו דהונתני לא היית יכול לחזור ועתה שהונתני תחזור היאך יהיה חוטא נשכר, והנך פוסקים סברי, דכל זמן שהנתאנה יכול לבטל, לא נגמר המקח עדיין ויכול גם המאנה לבטל, אבל אחר שהנתאנה אין יכול לבטל, גם הם מודים שאין המאנה יכול לבטל מטעם הנ"ל שלא יהיה חוטא נשכר, וא"כ י"ל דאין המקח נגמר עד אחר שנתרצה המתאנה, וממילא אין הקדושין שבנתיים חלין כלל, אך סיים דמ"מ נראה כדברי הסמ"ע, דכשלא חזר בו המוכר הראשון הוי כגילוי מילתא למפרע שהמוכר לא היה רוצה לחזור כלל, וממילא המקח קיים למפרע, והביא ראיה לזה מנושא ונותן באמנה דסעיף כ"ז עיי"ש.

המוכר לחבירו חפץ בששים זוז, ואינו שוה רק נ"א, מה דינו לענין אונאה אם דנים לפי ערך המקח, ולפי זה יש כאן אונאה יתירה על שתות, או דנים לפי סכום הכסף שנתן ושיעור האונאה הוי פחות משתות?

פסק בשו"ע (ג) ע"פ נוסחת ה"ה (סמ"ע לקמן) **ברמב"ם** "היתה האונאה פחות מזה בכל שהוא, כגון שמכר שוה שבעים בששים ופרוטה, אינו חייב להחזיר כלום, שכל פחות משתות דרך הכל למחול בו" וכתב **הסמ"ע** (ה) **דנוסחת הטור ברמב"ם** כגון שמכר שוה ששים בחמשים ופרוטה או בשבעים פחות פרוטה ותמה ה"ה על זה למה תהיה זה מחילה הלא כשמכר שוה שבעים בששים הוה אונאה דהו"ל אונאה שתות מעות אף דאינו שתות מקח וה"נ במכר שוה ס' בנ' ופרוטה, אף דאינו שתות בשיווי המקח, מ"מ הוא יותר משתות מצד המעות שקיבל בעדו וכתב ה"ה דאולי דעתו שכיון שבשוה ששים בחמשים ופרוטה החשבון משיווי המקח גדור לששה חלקים, ר"ל שעשרה שזהו חשבון גדור כלומר שאין בו שבר הוא חלק ששה מששים, אע"פ שנתאנה יותר מאונאת שוה שבע בשש, אין אנו הולכין אלא אחר חשבון השתות והרי זה פחות משתות והוה מחילה וביאר הסמ"ע דבריו באריכות דהכי קאמר דכיון שהמקח שוה ששים, החשבון הגדור ממנו דוקא ו' חלקים, נמצא דשתותו עשרה, ולא

שתחלק הששים לשבעה חלקים עיי"ש (וראה בספר עזר משפט שמחשב היטב בחשבון האחוזים כוונת הרב המגיד והסמ"ע), אבל הרב המגיד עצמו הסיק דהוא דוחק ושעיקר לומר שטעות סופר ברמב"ם וכ"פ בשו"ע.

הרמ"א פסק (ד) ע"פ המרדכי "מכר לו שוה ס' בני"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". ביאר הסמ"ע (ט-יא) דבמכר שוה ס' בני"א לגבי שיווי המקח הוא פחות משתות דשתותו הוא י' דינרין ולא נתאנה המוכר כי אם בטי', ולגבי קבלת המעות הוה יותר משתות שכשתחלק נ"א לו' חלקים יגיע לחלק ח' דינרין וחצי בצמצום, והוא נתאנה בטי' דהוא חצי דינר יותר משתות מעות שקיבל, והוה ביטול מקח מצד המעות, ובמכר שוה נ"א בס' הוה איפכא, דכי אזלינן בתר שיווי המקח הוה יותר משתות, ובצד קבלת המעות הוה פחות משתות דשתות היא י' ולא קיבל רק ט', פסק המרדכי דאזלינן בתר המקח ונמצא דבמכר ס' בני"א הוה מחילה ובמכר נ"א בס' הוה ביטול מקח, והטעם דטעו אינשי במקח, ומשו"ה אם הוא פחות משתות מצד המקח, אף דהוא יותר משתות מצד המעות, לא אמרינן דטעו, דאין רגילין לטעות בחשבון נתינת הדמים ואמרינן דמחל לו.

הסמ"ע הקשה על הרמ"א בסע' ד' דזה דלא כדעת ה"ה שהביא המחבר בסע' ג' והרמ"א סתם והן כשני הפכים בנושא אחד וצ"ע.

סעיף ה

האם יש דין איסור אונאה בפחות משוה פרוטה?

על **המשנה ב"מ נה**. "חמש פרוטות הן" אמרינן בגמ' "וליתני נמי האונאה פרוטה אמר רב כהנא זאת אומרת אין אונאה לפרוטות ולוי אמר יש אונאה לפרוטות וכן תני לוי במתניתיה חמש פרוטות הן האונאה פרוטה".

וכתב הרי"ף דלית הלכתא כלוי וכתב הטור בדעתו דאם לא אינהו במעה אינו חייב להחזיר שאין אונאה בפרוטות וכיון דאפיקתיה מפרוטה אינה בפחות ממעה שהיא מטבע הקטנה הנמצא מכסף, ודעת **רמב"ם** שפסק כרב כהנא שאין אונאה בשוה פרוטה אלא כשהיא יתר לפרוטה. **הרא"ש** פסק **כרמ"ה** דהלכה כלוי דתניא כוותיה בדף נו ע"ב. **הב"י** כתב על הטור דאינו מוכרח לפרש כן בדברי הרי"ף דאפשר דסובר כדברי הרמב"ם שלא מיעט רב כהנא אלא פרוטה בלבד אבל כל שהוא יותר מפרוטה הוי אונאה.

וז"ל **השו"ע** כרמב"ם "אין המאנה חייב להחזיר עד שתהיה האונאה יתר על פרוטה, היתה פרוטה בשוה, אינו מחזיר" **והרמ"א** כרמ"ה "וי"א דחייב להחזיר פרוטה".

הסמ"ע (יב) כתב הפוך מהב"י, דהרמב"ם יסבור כפי שלמד הטור ברי"ף דכיון דאפיקתיה מפרוטה אין אונאה עד שיהיה בו כשיעור מעה.

סעיף ו

האם יש איסור אונאה בפחות משתות?

כתב **הטור** בשם **הרא"ש** (שם ב"מ ד, כ) "ויראה דאפילו פחות משתות אסור לו להונות אם יש בו ש"פ כיון שיודע שאין מקחו שוה כך דרחמנא אמר אל תונו בכל דבר שיש בו שיווי ממון הזהירה תורה שלא יונה את חבריו אלא שחכמים אמרו עד שתות הוי מחילה לפי שכן הוא דרך מקח וממכר שאין הלוקח והמוכר יכולין לכונן דמי המקח בצמצום ודרך העולם למחול טעות עד שתות אבל אם המוכר בקי בערך ממכרו ואין הלוקח בקי כל כך או אם הלוקח תגר ובקי בערך המקח יותר מהמוכר אל יונו זה את זה אם לא שפירש חוץ ממטבע שכל זמן שלא הגיע לכדי אונאה מותר לכתחילה להוציאה ביפה שגם אחר יקבלנה מידו ואין בו הפסד כלל או שמא כיון דדרך מקח וממכר בכך ופעמים הלוקח חפץ במקח ומוסיף עליו דמים יותר מדמי שוויו ופעמים שהמוכר מזלזל בממכרו לפי שאין חפץ זה ערב עליו או שהוא דחוק למעות הילכך עד שתות הוי בכלל המקח ואין כאן אונאה כלל וצריך עיון וירא שמים יוצא ידי שניהם".

כתב **השו"ע** והשמיט סיפא דרא"ש דירא שמים וכו' - "יש להסתפק אם מותר להונות את חברו בפחות משתות, אם יש באונאה שוה פרוטה, אבל מטבע, כל זמן שלא הגיע לכדי אונאה מותר לכתחלה להוציאה ביפה".

כתב **הסמ"ע** (יד) דמ"מ נראה דאין הלוקח יכול לומר אף שהוא עדיין מוחזק בדמי הקנייה אני לא אמחול בפחות משתות שהונאתני, אלא שבטלה דעתו אצל רובא דעלמא שרגילין למחלו ומוציאין מידו ליתנהו למוכר.

בנתיבות (ססק"ב) כתב דמשמע מדברי התוס' דמותר להונות חברו בשתות אדעתא להחזיר לו האונאה ואינו עושה כן רק כדי שיתקיים המקח בשוויו.

סעיפים ז – ח

עד מתי יכולים לחזור המוכר או הקונה ולתבוע אונאה, יש לפרט הדין אם הקונה כבר שילם וביד מי המקח? (וראה גם סעיף י"ז)

פסק **השו"ע** (ז) "**(משנה ב"מ מט: -) עד מתי יכול לחזור, ולתבוע אונאתו בשתות ולבטל המקח ביותר משתות (כרבא בגמ' דשיעורא גם לשתות וגם ליתר משתות), עד כדי שיראה לתגר או לקרובו. ואם שהה יותר, אינו יכול לחזור ולא לתבוע אונאתו. (טור ברא"ש -) ואם יברר שהיה לו אונס (קצות: בעדים) ועל כן לא חקר בתוך זמן זה לידע אם נתאנה, יכול לחזור בו עדיין (גר"א: דהא משום מחילה הוא וכמו שחילקו בדף נ"ב בין כפרים לכרכים).. (ח) (גמ' עד נא. ורמב"ם -) בד"א בלוקח, שהרי המקח בידו ומראהו, אבל המוכר חוזר באונאה לעולם (פרט לסעיפים דלקמן, סמ"ע), ואצ"ל בביטול מקח, שאינו יודע דמי זה שמכר עד שיראה כמותו שנמכר בשוק (ש"ך ה': וכן בקרקע ובחזקות דקרקע אינו יכול לחזור אחר שיעור דכדי שיראה לתגר וקרובו). 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".**

כתב **הסמ"ע** (טז) ע"פ הטור דאחר זמן הנ"ל אפילו קנה שוה מנה במאתים מקחו קיים ואין צריך להחזיר לו אונאתו, ואף שהשמיטו המחבר, ודאי ס"ל ג"כ הכי, דממילא נלמד ממ"ש דין זה גם ביותר משתות, דביותר משתות תו אין חילוק במטלטלין.

כתב **הש"ך** (ד) עמש"כ המחבר דאחר זמן שיוכל להראות לתגר לא יכול לתבוע אונאתו, דמשמע שכבר נתן המעות וכ"כ בהגהות אשר"י דאם לא נתן המעות מגו דיכול למימר לו נתתי יכול גם כן לומר לא נתרצתי וצ"ע, והקצות (ג-ד) חלק דמשמע מסתימת הפוסקים דאפילו לא נתן מעות נמי המקח קיים ומשום דחזקה מחל והו"ל מיגו במקום חזקה, אך אם עדיין לא נתן המעות נאמן לומר שהיה לו אונס במיגו דפרעתי. אולם הנתיבות (ב) פסק כש"ך (פת"ש ב': וצ"ל דס"ל דלא הוי חזקה אלימתא רק כמו חזקה אין אדם פורע תוך זמנו) אלא דהוסיף דזה דוקא בשתות ואחר כדי שיראה, אבל בפחות משתות שהטעם הוא כסמ"ע סק"ב לפי שכן דרך משא ומתן שאין הלוקח וכו' א"כ אפילו יש לו מיגו לא מהני. בפת"ש (ב) למד בכמה פוסקים כש"ך ושכ"פ בשער משפט דכתב הטעם (דלא כש"ך) דכיון שהוא מוחזק במעות יכול לומר דלכך לא חשש לחקור על אונאתו מיד, והביא שכתב המשכנות יעקב דהגם שהש"ך סיים וצ"ע אין זה מוציא מידי ודאי משמעות הרמב"ם והמחבר עיי"ש, וביאר הסברא דאין מועיל בזה מחילה דכל זמן שאונאתו בידו אין הלה יכול להוציא מידו מטעם דאין זו ראייה על המחילה, דיכול לומר מאי אצווח הלא עדיין מעותי בידי ולא אוציאם מידי עד שאחקור על זה ולא מחלתי כלל, ועוד ואטו אם אדם אומר לחבירו אני מוחל לך מה שתגזול ממני המפני זה יהא מותר לגזולו ונניח לו לעבור בלא תעשה, ואין מחילה מועיל רק במה שכבר ביד חבירו, ודוקא בחוב, אבל מה שעדיין תחת ידו אין מועיל מחילה כלל כמבואר בכל הפוסקים וכ"ש בזה שאין כאן רק ספק מחילה מדשתק, ואיך יוציא מתחת ידו עבור זה, והבא לכופו להוציא מידו המעות הוא עובר בלאו דלא תנונו ומחזיק בידי עוברי כמש"כ האבן עזרא בפסוק לא תנונו דנאמר לשון רבים, דקאי על המסייעים בזה.

הפת"ש כתב דיש ג' נפק"מ בין טעם דמיגו דכתבו הש"ך והג' אשר"י לבין הטעם שכתבו השע"מ מל"מ רע"א ומשכנ"י דכיון שהוא מוחזק לא חשש לחקור וליכא ראייה שמחל, תחילה לענין אם צריך הלוקח לישבע שלא נתרצה, דלטעם הש"ך משום מיגו דפרעתי א"כ צריך לישבע היסת דאף

שהמוכר אינו יכול להכחישו בברי מ"מ כיון דאינו נאמן אלא במיגו דפרעתי צריך לישבע היסת כמו אילו טען פרעתי, אולם לטעם המל"מ וסיעתו אין צריך שבועה כלל, ועוד נפק"מ היכא שבעת הקניה קנה במזומנים רק אח"כ אחר שיעור כדי שיראה תפס הלוקח מהמוכר שלא בעדים, דלטעם הש"ך גם בכה"ג שייך מיגו ויכול לומר לא נתרציתי וכן מבואר להדיא בבית מאיר, אבל לטעם המל"מ בזה שלא היה מוחזק מתחילה היה לו לחקור ומדשהה ולא חקר, ע"כ דמחל ולא מהני ליה תפיסתו אח"כ, ועוד נפק"מ להיפוך, אם קנה בהקפה ואח"כ אחר שיעור כדי שיראה תפס המוכר דמי מקחו, בזה לטעם דמיגו, כאן ליכא מיגו ואינו יכול לתבוע אונאתו, אבל לטעם שלא חשש לחקור כיון שהיה מוחזק, גם כאן שייך טעם זה ויכול לתבוע אונאתו ומוציאין מיד המוכר, ודינו כמו קודם השיעור כדי שיראה, וכתב הפת"ש דכל כה"ג הדין עם המוחזק ויכול לומר קים לי.

בענין האונס כתב **הסמ"ע** (יז) דאם אחר הלקיחה היה לו אונס שלא היה יכול לחקור מיד אחר שיווי מקחו, אע"פ שעבר האונס אח"כ ולא הראהו לתגר, מ"מ יכול לחזור עדיין ולהתנצל ולומר שמתחילה אירע לו אונס ואח"כ לא עלה על דעתו לחקור עד עתה. עוד בענין האונס כתב **הנתיבות** (ג) דאם מברר שהראה לתגר ואמר לו התגר שהוא שוה כמו שנתן, והתגר טעה, יכול לחזור שאין לך אונס גדול מזה, שחכמים נתנו בזה שיעור בכדי שיראה לתגר והראהו לתגר, ומה יעשה במה שתגר טעה, והוכיח כן בתשובת הרא"ש, וכ"פ בפת"ש (ג), ותמה על המשכנות יעקב דקצת לא משמע כן בדבריו.

כתב **הנתיבות** (ה) עמש"כ המחבר דבד"א בלוקח, משמע דאם קנה בקנין סודר והמקח עדיין תחת יד המוכר, הוא להיפך, שהמוכר אין יכול לחזור בו שהמקח בידו, והלוקח יכול לחזור שהרי אין המקח בידו, ושיעור כדי שיראה מתחיל אחר שבא המקח לידו, אולם **הפת"ש** (ה) כתב דלפמ"ש בסעי' ז' סק"ב דהיכא שהלוקח משך החפץ ולא נתן הדמים יכול הלוקח לחזור בו אף אחר שיעור כדי שיראה משום כיון דהלוקח מוחזק במעותיו לא חשש לחקור וליכא ראייה שמחל, א"כ הכא שהמקח תחת יד המוכר י"ל ג"כ כיון שהמוכר מוחזק בחפץ לא חשש לחקור וליכא ראייה שמחל [והנתיבות לשיטתו דלא ס"ל טעם זה רק טעמו של הגהות אשר"י משום מיגו, עיי"ש], וכן נראה דעת רע"א, ומבואר שם, דאף מי שיחלוק על סברא הנ"ל ויסבור דמוחזק לא מהני, היינו דוקא היכא שהמקח נגמר בקנין גמור במשיכה או בקנין סודר, בזה י"ל כיון דאין בכחו לחזור ואין לו על מה לסמוך מוכח דמחל, אולם אם המקח לא נגמר בקנין גמור רק ע"י קנין מעות, שהלוקח נתן מעות ולא משך החפץ וגם לא קנה בקנין סודר, בזה בודאי יכול המוכר לחזור אף אחר שיעור כדי שיראה ואינו צריך לקבל מי שפרע, דכיון דליכא קנין גמור רק לענין מי שפרע, בזה ליכא ראייה דמחל מדשהה כדי שיראה, די"ל דסמך עצמו על מה שבידו לחזור ע"י קבלת מי שפרע.

כתב **רע"א** דאם אין תגרים בעיר אע"פ שהיה שהות לשלוח לעיר אחרת לא אמרינן דמחל.

כתב **בפת"ש** (ו) בשם **רשמי שאלה** שנסתפק אם הלוקח כבר מכר החפץ לאחר אם נאמר דגם המקח השני בטל דהוי כמוכר דבר שאינו שלו וא"כ יכול המוכר ראשון להכריח ללוקח ראשון ושני לבטל המקח או לא ואביו השיב שהמקח השני נתקיים ואף אי ביטול מקח הוי גזילה [המל"מ הוכיח מהרמב"ם דביטול מקח לא הוי גזילה], מ"מ הלוקח שני ודאי אינו מחויב להאמין למוכר וללוקח ראשון שהיה מקח טעות ביניהם, דילמא איכא שום ערמה ביניהם או שמכר הראשון מחמת דחקו וידעו שניהם מן האונאה, ובמה יודע זה דליכא ערמה, וא"כ לענין אם צריך לוקח ראשון לשלם למוכר כל דמי שווי החפץ אם יקבל הלוקח ראשון בחרם שלא היה יודע שיש ביטול מקח וא"כ מכר ברשות המוכר, ואילו איבדו בידים או שנתנו לגוי ודאי דלא היה צריך לשלם מביתו, השתא נמי דמכרו לישראל אחר ודאי אין צריך ליתן יותר ממה שקיבל כו', אבל אם אינו יכול לקבל חרם כנ"ל אז ודאי צריך ליתן למוכר ראשון דמי שווי של החפץ, וציין הפת"ש גם לנתיבות (א) בסעי' ד.

אם המוכר התאנה ונחלקו המוכר והקונה אם המוכר ראה חפץ דומה ולא תבע, האם הוא יכול לתבוע אונאה?

ע"פ מימרא דרב נחמן בעובדא דאושפיזכניה דרמי בר חמא בב"מ נא: המשך השו"ע על הנאמר 'אבל המוכר חוזר באונאה לעולם' - "וכן אם נודע שבא לידו בממכרו וידע שטעה ולא תבע אינו יכול לחזור ולתבוע שהרי מחל".

כתב **הסמ"ע** (כ) דמשמע דוקא אם נודע בבירור שבא לידו דבר שהיה כזה שמכר אבל אם היו מחולקים בזה אף שהלוקח טוען ברי שנזדמן למוכר כעין זה הדין עם המוכר אף שבא להוציאו, דאמרינן סתמא אין אדם מוכר מקח כדי לחזור בו ובודאי לא ידע עד הנה (קצות): טעם אחר - דמחילה טענה גרועה היא ואינו נאמן אלא במיגו דפרעתי וכאן אינו יכול לטעון פרעתי דמי אונאה דמי יימר דמגבי ליה רבנן, וכן הסכים ה**נתיבות**), והא דכתב הרמ"א בסע' הבא דאם הם מחולקים בשינוי שער דעל המתאנה להביא ראיה, הא כתב שם הטעם בצידו, והוא דשינוי השער הוא מצוי, וכתב **הקצות** (ו) דמצא כדברי הסמ"ע דאף שהלוקח טוען ברי וכו' כנ"ל בשיטה בשם הרמ"ך אלא שהוסיף שם דיצטרך המוכר לישבע היסת. עוד כתב דהא דאינו נאמן במיגו דהחזרתי דמי אונאה דמחילה נמי נאמן במיגו דפרעתי, דכיון דלקחו בתחלה לא עביד דפרע אונאה עד דשמו לו רבנן ומחייבין אותו ולא עבד דפרע דאמר מי יימר דמחייבי לי רבנן, ואם אינו ידוע בכמה קנה אלא ע"פ הלוקח נראה דנאמן שבא לידו כממכרו ומחל במיגו דאי בעי טען שקנה בלא אונאה.

אם הקונה ידע מהאונאה ושתק האם יכול לחזור בו?

ב"מ נא. "ההוא גברא דהוה נקט ורשכי לזבוני קרי שיתא ושויה חמשא ואי הוו יהבי ליה חמשא ופלגא הוה שקיל אתא ההוא גברא ואמר אי יהיבנא ליה חמשא ופלגא הויה מחילה אתן ליה שיתא ואתבעיה לדינא אתא לקמיה דרבא אמר ליה לא שנו אלא בלוקח מן התגר אבל בלוקח מבעל הבית אין לו עליו אונאה". כתב הרמ"א ע"פ **המרדכי** בשם **ראב"ה** ע"פ הגמ' הנ"ל "היה יודע הלוקח בשעה שלקחו שנתאנה, ושתק, ומיד אחר הלקיחה, קודם [זמן] שיראה לתגר או לקרובו, תובע אונאתו, לא אמרינן דמחל הואיל וידע", דלא אמרינן שתיקה כהודאה, והוכחתו כאמור מהא דקנו שוה חמשה בשיתא וידעו הלוקחות דיש בו כדי אונאה ולקחוהו אדעתא דהכי שיתבעו למוכר ופסקו בגמ' שהדין עם הלוקח (סמ"ע), והב"י תמה שזה היפך מהמשנה וה**דרכ"מ** יישב דלא קאמר רק כשידע בשעת המקח ושתק עד אחר המקח אבל לעולם לא שתק בכדי שיראה לתגר ולהכי קאמר דלא הוי מחילה, ואפשר דמיירי שהיה אנוס ולא היה יכול לתבעו לדין קודם לכן ולכן שתיקתו לא הוי מחילה וצ"ע.

כתב **הסמ"ע** (יח) דנלמד מסתימת הראב"ה וטעמו דלא אמרינן דשתיקה כהודאה, דאפילו קנו שוה חמשה בשבע דהוה כדי ביטול מקח וידעי מזה, אפילו הכי יכולין לחזור בהן בכדי שיראה לתגר, דאל"כ לא היה לרמ"א לסתום אלא לפרש, ודלא כלבוש שחילק דהא דיכול לחזור היינו דוקא אם לא נודע ללוקח עד אחר שכבר גמר המקח, אבל אם קודם גמר המקח ידע דיש בו אונאה וקנהו, תו לא מצי לחזור ולתבוע אונאתו דאמרינן דגמיר ומחיל.

הב"ח (בקצות) האריך לחלוק על הרמ"א דצריך לומר דלא מיירי אלא דומיא דהני עובדי בגמ' שאמר הלוקח בפני עדים אתן לו שיתא ואתבעיה לדינא דהתם כיון שנתברר דידע ולא מחל אע"פ ששתק בשעת לקיחה אין שתיקתו מחילה אבל אם לא נתברר שהיה דעתו לתבועו אח"כ אע"פ דנתברר דידע הלוקח שאינו שוה אלא חמשא וקנאו בשש אמרינן מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה, דהא אפילו היכא דטעה בכדי שאין הדעת טועה פסק הרא"ש בתשובה דידע ומחיל כדאיתא בב"ב ע"ח כ"ש היכא שנתברר שידע בשעת לקיחה שאינו שוה אלא ה' ולקחו בשיתא דאמרינן ידע ומחיל, והוסיף דלפ"ז אפילו תובעו לאחר בכדי שיראה נמי צריך להחזיר, דהא טעמא דזמן בכדי שיראה אינו אלא למאן דטעי וקבעו לו זמן לחקור, אבל האי דידע בשעת לקיחה שאינו שוה אלא ה' וקנאו בששה לתבועו לדין ולא מחל שהרי אמר בפני עדים אתבעיה לדינא, התם ודאי יכול לתבועו אף לאחר זמן. **הקצות** (ה) הכריע כרמ"א והסמ"ע דאי נימא דכי לא אמר אתבעיה לדינא הוי מחילה ומשום דידע, א"כ כי נמי אמר אתבעיה לדינא מאי הוי כיון דלא היה אנוס בדבר הוי מחילה, ואפילו מסר מודעא קודם כל שלא הכירו באנוסו זביניה זביני ואפילו לא קיבל רק מעט.

הנתיבות (ד) פסק כט"ז דבביטול מקח ודאי דאין יכול לחזור ולא קשה א"כ קושית הב"ח על הרמ"א דהתם איירי בביטול מקח, דעל כרחק בביטול מקח צ"ל דידע ומחיל, דאם היה דעתו לתבועו אח"כ ולבטל המקח לא היה קונה אותו כלל מעיקרא, והעיקר כדברי הרמ"א דאף בלא גילוי דעת יכול לומר שהיה דעתו לכך.

עוד מבואר **בקצות** (שס) דכששניהם יודעין מהאונאה הוי כאילו התנה דבכולהו עניינא שהידיעה ברורה וגלויה דמחיל אין צריך על מנת, רק גבי יודע אני שאינו שוה אלא מנה, בזה יש מקום לומר

שאין המחילה אצל הלוקח חלוטה כ"כ, דאפשר שהלוקח חושב, שהמוכר להשביח מקחו אומר כך, ובאמת שוה יותר, לכן בעינין על מנת, **והנתיבות** (שם) חלק במש"כ גבי שניהם יודעים דמהיכי תיתי נאמר דהוי כאילו התנה, הא בתנאי בעינין דיני תנאים, ואיזה אומדנא דמוכח יש כאן, **ובפת"ש** (ד) ע"פ תשובת **גליא מסכת הכריע** כקצות.

סעיף ז

אם נחלקו האם השתנה השער על מי להביא ראיה?

בהמשך לסעי' הקודם, נשאל **הרא"ש** בתשובה דהא דאמרינן מוכר לעולם חוזר עד מתי יהיה זה והשיב וכ"פ בשו"ע **"במה דברים אמורים, בשלא נשתנה השער"**. אבל אם נשתנה השער ומפני כך רוצה לחזור בו, אינו רשאי {אמר המאנה שנשתנה השער, ומתאנה אומר שלא נשתנה, על המתאנה להביא ראיה, דדרך השערים להשתנות תמיד (**מרדכי**)}, וכן אם מכר מפני דוחקו, וזלזל במכירתו יותר מכדי שהדעת טועה, שניכר שמפני דוחקו הוצרך לזלזל, אינו יכול לחזור, דידע ומחיל".

הקשה הקצות (ז) דפסק הב"ש באבן העזר ל"א בשם הרמ"ה והטור דאי קדיש במידי דלא ידעינן אי הוי שוה פרוטה בעידן קידושין או לא אזלינן בתר השתא ואי אית ביה שוה פרוטה השתא הוי קידושי ודאי ולא חיישינן שמא באותו פעם היה פחות משהו פרוטה כדי לחוש לקידושי שני, והיכי סמך בשערים העשויין להשתנות למיזל בתר השתא דלפי דעת הרמ"א כאן לא אזלינן בשערים בתר השתא. **הנתיבות (ז)** יישב **דלעולם אין מבטלין קנין הברור בשביל ספק בתנאי במקח** כמבואר ברשב"א בב"י סימן כ"ט, שכל שיש קנין ברור אין מבטלין אותו מספק, וה"נ בקדושין כיון שכבר הוחזקה במקודשת לפנינו וגם עכשיו כשנראה לפנינו הוא שוה פרוטה והיא מקודשת ודאי לפנינו, אין עושין ספק לקלקל קנין ודאי [רק שהמרדכי (עיי"ש) מחלק שלא תקשה מהא דר' נתן גבי שכיב מרע, דשם איכא ספק לפנינו בבית דין בעת בוא השטר מחמת שלא נכתב בתוכו לא לשון בריא ולא לשון שכיב מרע, והיה לנו להעמידו בחזקת מרא קמא כיון שלא הוחזק מקודם במתנתו עד עכשיו שבא להוציא השדה עם השטר מתנה, ותיכף כשנראה השטר נולד הספק, וכיון שמקלקלין החזקת מרא קמא בשביל חזקה דהשתא, אלמא דחזקה דהשתא אלימא טובא, לזה מחלק דרך השערים להשתנות, וא"כ אין כאן חזקה רק ספק, וממילא אין מקלקלין קנין ברור שהוא לפנינו בשביל ספק, ועוד דמסתמא לא היה בו אונאה, דאחזוקי אינשי בגזלנותא לא מחזקינן], אך הוסיף **דאמנם לפי המהרי"ט** דלקמן דמיירי שידוע שהיה בו אונאה בשעת מכר, רק כשנשתנה עד שנשתנה השער אינו יכול לחזור, וא"כ לכאורה היה המאנה צריך לברר כיון שיש ביטול מקח לפנינו, ואפשר ליישב דאמרינן מסתם איתרמי ליה זבינתא כזבינתיה רק כשרואין שצווח כשעודן בשער אחד אמרינן מדלא צווח עד האידנא מסתמא עדיין לא איתרמי ליה, אבל כשיש לתלות שצווח האידנא שהוא משום שינוי השער, תלינן מן הסתם דודאי איתרמי ליה זבינתא כזבינתיה.

כתב **הנתיבות (ז)** דקמ"ל הכא דאם לא נתאנה כלל רק שרוצה לחזור משום דבתוך כדי שיראה הוי כלא נגמר המקח, וכיון שנתייקר בכדי ביטול מקח בתוך שיעור זה יהיה יכול לחזור, קמ"ל דאין יכול לחזור בו משום שינוי שער, דלא חשיב נתאנה, אך כתב דאמנם בשו"ת **מהרי"ט** כתב דאפילו ידוע בעדים שבשעת מכירה היה בו אונאה, כל שנשתנה השער אין יכול לחזור, דדוקא כשלא נשתנה השער אמרינן דודאי לא איתרמי ליה זבינתא כזבינתיה עד האידנא דאל"כ למה לא צווח עד השתא, משא"כ כשנתייקר השער, אפשר דאיתרמי ליה זבינתא מקודם, רק שלא רצה לחזור משום דבר מועט ועכשיו משום יוקר השער הוא דרוצה לחזור.

כתב **הפת"ש (ז)** דפסק בפנ"מ דאם נתיקר או הוזל כל כך שנתאנה המוכר או הלוקח שתות, **אם לא היה למוכר באותו עת הסחורה ההיא ברשותו אלא שהתחייב** באופן המועיל כשיהיה לו שמחויב למכור לו **דכיון שעכשיו יש במקח הזה אונאה חוזר**, והא דאמרינן דאם נשתנה השער אינו יכול לחזור זה מיירי במטלטלים שהם בעין בשעת המכירה, אבל אם התחייב במה שאינו ברשותו והתחייב לקנות א"כ באותו זמן שקונה יש בו אונאה, בשלמא אם נותן כל המעות על המקח חשבינן כאילו קנה מיד לפי סך המעות ואשתכח דכי אייקר ברשותו דלוקח אייקר וצריך המוכר לקיים תנאו, וכמו כן אם הוזל ברשות לוקח הוזל, אבל היכא שלא נתן שום מעות למוכר אלא עשו שטר התחייבות, נהי דלא יוכלו לחזור דחשבינן כאילו הוי ברשותו וקנו בדרכי הקניה, מ"מ עכשיו שנתאנה למה לא נדון בהם

דין אונאה בשתות וביטול מקח ביותר משתות, אולם דעת **הבית אפרים** כתב בכיוצא בזה במי שהתחייב עצמו להעמיד סחורה לחבירו לזמן פלוני והוא ישלם לו בזמן ההוא בבנק בנקוטים ובזמן ההוא עלה הבנק צעטיל או ירדו, והעלה דאם בשעת משא ומתן היה ידוע שאפשר שבעת ההוא יעלו או ירדו, ועשו המקח ביניהם בקנין גמור באופן שאינו יכול לחזור, גם בזה לא מצי הדור ביה ואין בזה דין אונאה, דמעיקרא אדעתא דהכי נחית וגמר ואקניה, אם לא שעלה או ירד כמה מעלות שלפי ראות עיני הב"ד לא הו"ל לאסוקי אדעתיה שיהיה שינוי כזה.

עמש"כ המחבר דמכר מחמת דוחקו וכו', הביא הפת"ש (ט) תשובת **רשמי שאלה** דכתב גבי אשה שמכרה טליתו של בעלה בשליש שווי בעוד שלא היה בעלה בביתו והתנצלותה שמכרה מחמת דוחקה, ואחר כמה שנים בא בעלה לביתו ורוצה לחזור ולבטל המקח, דאינו יכול לבטל המקח לפי המבואר באה"ע סימן ע' דכשהלך בעלה למדינת הים אם לא עמדה בדין אלא מכרה לעצמה למזונות מכרה קיים וגם סתם נשי דידן יש להם דין נושאת ונותנת תוך הבית ויש לה רשות למכור בלי רשות הבעל ובפרט בדבר מועט וע"פ המבואר הכא דאם מכר מפני דוחקו אינו יכול לחזור מחמת אונאה, איברא דיש לחלק, דבשלמא הכא שמכר בעצמו בודאי יש לאדם כח לבזבז נכסיו ולהכי אם מכר מחמת דוחקו אמרינן בודאי ידע ומחיל, אבל בנידון הנ"ל אף שהלך בעלה למדינת הים, אכתי מאן יימר דיש לה כח ג"כ לבזבז מנכסי בעלה אף מחמת דוחקה דהיה לה למכור בב"ד וגם אפשר דצריך חקירה אם לא הטריחה כלל במכירתה להראות הטלית ג"כ לאחרים לשאול כמה היא שוה אלא רק הלכה לבית הלוקח ומכרה תיכף אפשר דזה דומה לפשיעה בפקדון ואפשר שהאשה נאמנת על זה בשבועה, ולא הוי להוציא שהרי הלוקח אינו מוחזק רק מספק שאין ידוע אם פשעה, וסיים "אם יהא דעת המעיין נוטה לחלק הסותר יעשה פשרה".

סעיפים י – יא

ע"פ מימרא דרב חסדא **בב"ב פג:** (בסע' ד') וע"פ מש"כ הרי"ף דאע"ג דרב חסדא איירי באונאה שתות ולא קיימא לן כוותיה מ"מ נפק"מ לדידן לענין ביטול מקח בהני גווני דלקמן, וכן פסק הרמב"ם וכביאור ה"ה פסק בשו"ע "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 יהא חוטא נשכר. (יא) וכן מוכר שמכר שוה חמש בארבע, וזל ועמד בשלש, מוכר יכול לחזור ולא לוקח, שהרי אומר לו המוכר ללוקח לא מפני שהוניתני תחזור ביי".

כתב הסמ"ע (כא) דאף לרמ"א בסעיף ד' דס"ל דאף המאנה יכול לחזור בו אא"כ נתרצה המתאנה, שאני הכא דמיד שהוקר מסתמא לא יחזור בו עוד הנתאנה, ומ"מ הנתאנה עצמו יכול לחזור בו עד שיראה לתגר דאף אם נתיקר אמרינן מסתמא דעתו הוה דכל שיש לו זמן לחזור אינו גומר בדעתו לגמור המקח עד שיכלה זמנו.

סעיפים יב – יג

בהמשך לנ"ל, פסק בשו"ע ע"פ הרמב"ם והרא"ש **בשם י"א** "המוכר שוה חמש בשש, ולא הספיק להראותו עד שהוקר ועמד בשמנה, הרי המוכר חייב להחזיר האחת של אונאה, שהרי נקנה המקח וחייב להחזיר (סמ"ע: ר"ל קודם שהוקר היה נגמר המקח והיה על המאנה ליתן האונאה להמתאנה, גם עתה שהוקר יתנהו לו -), וכשהוקר, ברשות לוקח הוקר" ודלא כרבינו יונה הסובר שאין יכול לתבוע אונאתו דכיון שהיה יכול לחזור בו לא נתקיים המקח עד עתה ואין המתאנה יכול לתבוע אונאתו אלא כשיש שם אונאה בשעה שהמקח מתקיים.

ועוד פסק בשו"ע (יג) ע"פ הרמב"ם "וכן אם מכר שש בחמש, והוזלו ועמדו על שלש, הרי הלוקח חייב להחזיר סלע אחת של אונאה, שהרי נקנה המקח, וברשות לוקח הוזל", וכתב הסמ"ע (כד) דשלוש לאו דוקא קאמר, אלא ה"ה בארבע, אלא מפני שבבבות שלפני זה הוצרך לומר שנתיקר שנים.

סעיף יד

סוחר שקונה ומוכר האם יש לו טענת הונאה?

ע"פ משנה ב"מ נא. וכת"ק ודלא כרבי יהודה, פסק בשו"ע "כשם שיש אונאה להדיוט כך יש אונאה לתגר" אע"פ שהוא בקי".

כתב ה^{נתיבות} (ט) דאף דכתב לעיל (ג) בסעי' ז' דבהראה לתגר והתגר טעה דיכול לחזור בו דאונס הוא, מ"מ בתגר שלקח לעצמו אינו יכול לחזור רק בכדי שיראה לתגר, יש לומר, דסמך עצמו שיראה לתגר אחר ומחמת שהוא להוט על קנייתו אינו מדקדק שפיר, וגם לא פלוג רבנן.

סעיף טו

האם יש טענת הונאה ביהלומים?

משנה ב"מ נו. "אלו דברים שאין להם אונאה העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות רבי יהודה אומר אף המוכר ספר תורה בהמה ומרגליות אין להם אונאה אמרו לו לא אמרו אלא אלו".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם כחכמים "בכל המטלטלים שייך אונאה, אפילו בספרים ואפילו באבנים טובות ומרגליות, (ע"פ נב: "בטלית לא מפליג בין כרכים לכפרים משום דטלית כל אינש קים ליה בגויה סלע שולחני הוא דקים ליה" -) ויש ללוקח לחזור בהם עד שיראה אותם לתגרים הבקיאם 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".

כתב הקצות לעיל (א) דכתב הריטב"א בקידושין ח' גבי לעולם דלא שוי חמש סלעים וכגון דקיבל עליה כהן כי הא דרב כהנא כו' אמר רב אשי לא אמרן אלא רב כהנא דגברא רבה הוא ומבעיא ליה סודרא אבל לכ"ע דלא שוי לא ואע"ג דקבליה עליה לאו כל כמיניה, דשמעין שהמוכר חפץ לחבירו בשיתא ובשוק לא שוה אלא חמשה אי להאי לוקח שוה שיתא אין בו משום אונאה דבתר ידידיה אזלינן, אבל אי לדידיה לא שוה אלא מפני שהוא דחוק בדבר הא ודאי קציצה מתוך הדחק לא שמיה קציצה והכי מוכח ביבמות ק"ו, ופסק כמותו רע"א, וכתב הקצות דקשה דהא קי"ל הכא דאפילו במרגליות ושאר דברים שאדם רוצה לזווגן יש לו אונאה, ומשמע דאפילו הלוקח גופיה צריך לו, וכן מש"כ בקציצה מתוך הדחק דאפילו נתן לו דמים, לפי מה דקי"ל בטול דינר והעבירני דאם כבר נתן אין מוציאין מידו בסימן רסד/ח א"כ מכל שכן הכא, ואפילו היכא דלא נתן מעות נראה דלא דמי מקח לשכירות, ומשום דשכירות אינו אלא בדיבור ויכול לומר משטה אני בך, אבל אם היה קנין גם בטול דינר מחייב, וצ"ע.

רע"א דייק מלשון המחבר 'והוליד המקח' דדוקא בכה"ג שהלך ואח"כ שתק הוא דהוי מחילה, אבל הוליד הסחורה למקום אחר אף ששהה בכדי שהיה לו לשלוח לעיר אחרת ולהראות לבקיאם מ"מ לא הוי מחילה.

הביא הפת"ש (יא) שבתשובת כנסת יחזקאל כתב אודות התקנה שנתקנה בקהילתו מזמן רב שלא יהיה טענת אונאה באבנים טובות ומרגליות וז"ל התקנה מאחר ששגור בפי עולם לטעון טענת אונאה במשא ומתן אבנים טובות ומרגליות, ורוב הקהלה מחייבתם באותו משא ומתן, ומכח טענה זו א"א לישא וליתן במשא ומתן הנ"ל, בכך כדי להעמיד המשא ומתן על בוריו וגם שלא יהא ח"ו נגד דין תורה, ויצא מפי חכמים שטענת אונאה במשא ומתן אבנים טובות ומרגליות לא יהיה יותר רק כל זמן שהסחורה ביד המוכר ותיכף שיקח הסחורה לידו וילך מן המוכר, אף שלא נתן הלוקח המעות וגם לא חתם חילוף כתב, אעפ"כ מחויבים להחזיק הסחורה כפי שקנה ואין לו שום טענת אונאה, ופסק שם דהתקנה הנ"ל לא נתקנה רק על הלוקח מטעם הנ"ל אבל לא על המוכר, ועל המוכר נשאר דין תורה, ואף בלוקח דוקא אם נתאנה פחות מחציו, אבל אם נתאנה בחציו דהיינו כפליים מן שויו, לא נתקן, דהא מפורש בתקנה הנ"ל שלא רצו שיהא נגד דין תורה, ואיך יצא מפי חכמים לתקן כן שהוא נגד דין תורה אלא ודאי שפסקו כדעת ר"ח שפסק כר' יהודה, ודבר זה רשות לחכמים לעשות משום תיקון עולם כמ"ש הרא"ש דרשות לחכמים לפסוק כפוסק אחד לתקנת עולם, לפי"ז הרי גם לר' יהודה בכפל יש אונאה כמפורש בגמ', על כן במוכר נשאר דין תורה ואם נתאנה לוקח בכפל המקח חוזר.

סעיף מז

ראובן מכר לשמעון מטבע זר מטבעות ושטרי כסף במחיר הגבוה בעשירית מערכם באותו יום. האם רשאי שמעון לתבוע את ראובן על האונאה?

ע"פ **המשנה ב"מ נא: וכרבי שמעון** דפסק כמותו רבא וכדעת **הרמב"ם** פסק בשו"ע **"יש אונאה במטבעות עד שתות (וכמו טלית) (אע"ג דכי תמכרו ממכר כתיב ובמטבע אין כאן מקח וממכר כל כך, סמ"ע)**, 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 (לקמן סימן רל"ב, סמ"ע) ואילו **הרמ"א** פסק **כרא"ש** דלא גרסינן רבא אלא רבה וא"כ הלכה כבתראי כאביי ולפיכך הלכה כרבי יהודה – **"וי"א דשעור אונאה במטבע, אחד מ"ב. ופחות מזה הוי מחילה, יתר על זה בטול מקח, וכל זמן דהוי מחילה, מותר להוציאו לכתחילה ביפה, כמו שנתבאר סעיף ו", וטעמו של אביי דטלית עד שתות מחיל איניש דאמרי עשיק לגביך ושוי לכרסיד (הצריך לכסות גופך וגביך קנה ביוקר ולמאכלך לא תקנה אלא בשווין, רש"י) אבל סלע כיון דלא סגי ליה (שאינו יוצא בהוצאה) לא מחיל.**

ביאר **הנתיבות** (טז) דמש"כ המחבר שצירפה בעשרים דינר ר"ל שלפעמים מטבע א' חשובה מחבירו ושוה יותר מקיצבת המלך אצל השולחני, דיש לומר כיון דלפעמים משתכר החנווני בחילוף ממטבע למטבע והוי אונאה, אבל אם לא ידע שיעור קיצבת המלך של מטבע זו, כגון שהמלך קיצב המטבע של דינר זהב בכ"ד דינרין והוא היה ממדינה אחרת וסבר שקיצבת המלך לא היה רק בכ"א וצירפה בכך, הוי כטעות שבמדה ומנין דאפילו בפחות מכדי אונאה חוזר, עיי"ש.

סעיף יז

ע"פ **משנה וגמ' ב"מ נב: פסק בשו"ע "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 (פירוש לכבוד שבת, ואפילו בעשיר שיש לו מעות אחרים להוציאן, מ"מ לא נתנו לו זמן יותר משום דסתם שאינו בקי במטבעות מוציא המטבעות המסופקים בעיניו ומשמר בתיבתו הטובים בודאי, סמ"ע), 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".

עמש"כ המחבר 'ובלבד שתצא על ידי הדחק' כתב **הסמ"ע** (לא) דכן הוא ג"כ לשון הטור ור"ל דאם אינו יוצא ע"י הדחק אז אפילו במדת חסידות אין צריך להחליפה, ואין לתמוה ע"ז שהרי גדולה מזה אמרו, דלאחר שיראה לתגר אפילו מכר שוה מנה במאתים המקח קיים ואין צריך להחזיר לו אונאתו, ודלא כלבוש שאם אפילו ע"י הדחק אינה יוצאה, פשיטא שחייב להחליפה אפילו לאחר זמן רב, וזה אינו, ואף שמשלשון הרמב"ם ג"כ מוכח דס"ל הכי, כבר תמה ה"ה דבגמ' לא משמע הכי, ומשו"ה נמי לא העתיק המחבר לשון הרמב"ם כדרכו והעתיק לשון הטור שהוא כדמוכח מהגמרא.

סעיף יח

ע"פ **ב"מ נב: פסק בשו"ע "נפחתה וחסרה** (המטבע) כדי אונאה, אסור לקיימה, מפני שבקל מרמין בה. ולא ימכרנה לאנס או לתגר, מפני שמרמין בה אחרים. ולא יעשנה משקל ולא יזרקנה לתוך גרוטאותיו (שברי כלי כסף ושאר מתכות), אלא יתיכנה או יקבנה באמצעה ויתלנה בצואר בתו, אבל לא יקבנה מן הצד (דיש לחוש שיחתוך מקום הנקב). 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 {ומטבע שאין לוקחין אותה רק במשקל, מותר לקיימה, שכל הלוקחה ישקלנה (רי"ן)}".

כתב **רע"א** דדעת הרמב"ם ורוב הפוסקים דאם לא חסרה אלא פחות משתות יקיים לשאת ולתת בה אבל לא למשקל ואילו דעת רש"י דאף בכל שהוא אסור לקיימו, והכריע רע"א דבפחות משתות בכל הדברים אפלו לכתחילה מותר להנות וכסעיף ו'.

סעיף יט

מה דין אונאה באכסרה?

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 (רש"י: לשון ממכר ולא לשון חליפין וכיון שיש לו דין ממכר יש בו אונאה), רב אבא אמר רב הונא מכור לי באלו קנה ואין לו עליו אונאה", **ופסק הרמב"ם** (והרי"ף) כרבה **ופסק בשו"ע** כלשונו **"הלוקח בדמים אכסרה"** (בלא מניין ובלא מדה ובלא משקל), כגון שחפן מעות וא"ל מכור לי פרתך באלו, קנה ומחזיר אונאה, והוא הדין ללוקח פירות אכסרה בסלע או בשתים (שלוקח בעד הסלע הפירות החפונים), שקנה ומחזיר אונאה **"והרמ"א פסק כרא"ש"** שהסתפק כמי הלכה ותלה זאת גם בשאלה האם גרסינן רבה או רבא – "ויש אומרים דספיקא הוי ואין מוציאין ממון מיד המאנה".

כתב **הסמ"ע** (לד) גבי הסיפא שהפירות חפונים דומה למש"כ הטוש"ע בריש סימן ר"ט ערימה זו של חיטים אני מוכר לך בכך וכך אע"פ שאין מדת הערימה ידוע אע"פ שנמצא חסר או יתר על האומד הרי זה ממכרו קיים ויש להן אונאה לפי שער שבשוק, ומה לי שחפן פירות ומכר לו במעות או מכר לו ערימה, וא"כ תימה על הרמ"א שכתב אחר זה פלוגתא דיש אומרים ספיקא הוא, ומשמע דגם אפירות אכסרה קאי, ולעיל סימן ר"ט כתבו הטור והמחבר סתם דיש בו אונאה בלי שום מחלוקת והטור לא כתב פלוגתא בזה כי אם בלוקח בדמים אכסרה וצ"ל דהג"ה זו קאי דוקא אחפן מעות.

הט"ז פסק כמחבר דלא שבקינן פשיטותא דהרי"ף והרמב"ם משום ספיקא דהרא"ש.

כתב **בנתיבות** (יא) בשם **הכס"מ** דאם לא הזכיר לשון מכירה אלא אמר לו הילך פרתך באלו אין לו עליו אונאה.

סעיף כ

[האם יש אונאה בחליפין? פרט.]

ע"פ **הרמב"ם** דלמד כן **בירו' (ה"ה)** פסק **בשו"ע** **"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 **(נתיבות ופת"ש: דוקא בעסוקין עדיין באותו ענין דאין סברא שיועיל שומא אחר המכירה כי מה דהוה הוה)**, יש להם אונאה (דכליו קונין בחליפין דכתיב בהו נעל, וחליפין אין בהן דין אונאה, דכי תמכרו ממכר או קנה כתיב, משא"כ פירות וגם שמוהו, משו"ה חל עליהן דין מכר טפי, **סמ"ע**), **ודלא כרמב"ן** דכתב דכי אמרינן דאין אונאה לחליפין בחליפין שאינו מקפיד עליהם אבל במקפיד יש לו אונאה וכן במחליף כלי בכלי וראה אותו שיש לו אונאה ולא אמרו אין לו אלא במי שניכר שאינו מקפיד כגון מכור לי באלו אבל בכל חליפין דעלמא יש לו אונאה, ואילו תלמידי **הרשב"א** הכריעו כרמב"ם – "שאין אונאה לחליפין לעולם אלא במכר דממכר כתיב".

כתב **הסמ"ע** (לה) דכלים בכלים מיירי אפילו שמו הכלים קודם המכירה או אחריה, מ"מ כיון דדרך חליפין החליפום, ויש רוצה במחט יותר מבשריון, משו"ה אין בו דין אונאה דלאו ממכר הוא, דאלי"כ מאי איריא חליפות פירות בפירות דמסיק וכתב דיש בו אונאה בשמוה, הלא גם כלים בכלים נמי דינא הכי בשמוהו, אולם **בפת"ש** (יב) ובנחל"צ כתבו דרבים חולקים על זה, ולדינא בכלים אם שמו קודם והמתאנה מוחזק אין מוציאין מידו דיכול לומר קים לי.

בבא"ה (כח) כתב דדעת **המהרשד"ם** דלאו דוקא בכלים דהוה להשתמש אלא אפילו היו רוצים לסחורה מהטעם שכתבו תלמידי הרשב"א שאין אונאה לחליפין אלא במכר דממכר כתיב, אולם דעת **הרדב"ז** דדווקא בבעלי בתים המחליפים כלי בכלי או בהמה בבהמה הוא דאין להם אונאה אבל בכלים ובהמות העומדים לסחורה יש להם אונאה אפילו לדעת הרמב"ם, וכן הביאו **הנתיבות** (יא) אך הוסיף דזה דוקא כששמו אותן קודם או אחר כך אבל כשלא שמו אותן אין לו אונאה, דלא גרע מפירות ושכן כתב השטמ"ק, וכתב **הפת"ש** (יב) דעפ"ז י"ל דלא כבא"ה ולא פליגי הרדב"ז עם

המהרשד"ם אלא דהרשד"ם מיירי בלא שמו והרדב"ז מיירי בשמו, וכתב הפת"ש דאם האונאה יותר מפלגא חוזר, כיון דבעומדים לסחורה לא שייך טעמא דהרמב"ם שזה רוצה וכו' רק טעמא דתלמיד הרשב"א דאתמעט מגזירת הכתוב, א"כ באונאה טפי מפלגא חוזר כמו בקרקעות.

עוד כתב הפת"ש בשם **השב"י** בנידון שהחליפו טבעת על פירות ואותן פירות שוין לפי השער שבשוק לערך עשרים זהובים וכשהראה שמעון הטבעת לתגר נערך ששה זהובים ולא יותר וביקש שמעון לחזור בו ולבטל המקח כיון שנתאנה יותר משתות והשתופים טענו שאין אונאה בחליפין, דכתב דאין לפשוט זה מדיוק לשון הרמב"ם המחליף כלים בכלים כו', משמע אבל כלים בפירות יש אונאה, דא"כ נדייק מסיפא איפכא שכתב אבל המחליף פירות בפירות כו', אך באמת יש בכח"ג דין אונאה, דהנה "יש להבין" טעם הרמב"ם דהמחליף כלים בכלים אין לו אונאה שזה רוצה במחט יותר משריון, א"כ מאי איריא חליפין אפילו לקח כלי במעות נמי נימא הכי דאין בו אונאה, אלא פירוש הדבר דדווקא המחליף כלי בכלי כיון שזה חפץ בכלי זה ואין לו מעות או שאינו רוצה לקנות במעות רק להחליף ע"י כלי אחר שאינו צריך לו והשני להיפך, וזה דבר שאינו מצוי כל כך להזדמן שנים גם יחד שצריכין ורוצין להחליף הכלים זה בזה, על כן אין בהם דין אונאה כטעם הרמב"ם, אבל בקנה כלי במעות או אפילו בפירות שיש להם שער שבשוק דהוי כמעות, ולא בתורת קניית חליפין, שזה דבר מצוי לקנות כלי כזה ע"י מעות כדאמרי אינשי עם מעות יכול לקנות הכל, ודאי דאית ביה דין אונאה, וא"כ גם בנידון דידן שהחליף כלי בפירות, אית ביה דין אונאה, ובנידון דידן הוי מקח טעות וחוזר, ומסתבר טעמיה [וה"ה אם אחד לקח כלי לעצמו והשני לקח הכלי לסחורה דינו כמו במחליף כלי על פירות, עיי"ש אם חלוקים עבור מה לקח], ודלא כרדב"ז שכתב שהמחליף כלים בפירות או בסחורה אחרת אף על פי שאין ללוקח עתה הכלי אונאה לפי שהוא צריך לאותו כלי לבעל הפירות יש אונאה שאם נתאנה בעל הפירות יחזור שהרי אומר לא בשביל שבעל הכלי אין לו אונאה אני אפסיד את דיני, הרי דפשוט בעיניו שאין לבעל הכלי אונאה.

כתב **הפת"ש** (יג) בשם **הרדב"ז** דאפילו ביטול מקח ביותר משתות אין בחליפין, שהרי כתב הרמב"ם אפילו מחט בשריון, והדבר ידוע שהשריון שוה כמה אלפי אלפים מחטין, ועוד כתב דאפילו ע"י מום אין החליפין מתבטלין, שהרי מחט בשריון אין לך מום גדול מזה, והשיגו **המחנה אפרים** דזה תמוה מאוד והעיקר כמסקנת הרדב"ז עצמו שאם יש מום במחט או בשריון חוזר, דמצוי למימר כלי שלם הייתי צריך, וכ"כ בפשיטות **בנתיבות** (יב) דטענת מומין ודאי דיש לו, דאין אדם מתפייס במומין (כתובות ע"ה ע"ב) וכ"פ **במחנ"א** (נתיבות).

סעיף כא

[מה הדין במקרים הבאים – שאין לך עלי אונאה, על מנת שאין בו אונאה, וביודע אני בו שאינו שווה כך ואעפ"כ].

ע"פ **ב"מ נא: פסק בשו"ע** "האומר לחבירו על מנת שאין לך עלי אונאה, יש לו עליו אונאה (כרב ודלא כשמואל) 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 (סמ"ע: משמע דלא סגי באמר ליה סתם יודע אני שיש בו אונאה על מנת אלא צריך לפרש דאל"כ יכול לומר לא ידעתי שיש בו אונאה כל כך דאמחול) 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".

כתב **הסמ"ע** (לו) דהטעם ברישא שיש לו אונאה (בשונה משמיטת כספים) משום דלא ידע דאית ביה אונאה דמחיל דאף דאמר ליה על מנת שאין לך עלי אונאה סבר דאין בו אלא פחת כל דהו, ודלא כלבוש דכתב דלא מהני משום דהוה כמתנה על מה שכתוב בתורה, דזה אינו, דאינו מתנה על דין תורה אלא מתנה עמו שימחול לו האונאה שבו, ובקצות (ח) הסכים לטעם הלבוש עיי"ש, וכ"כ **הנתיבות** (יג) שהוסיף שאולם אם אמר על מנת שימחול לו אונאה, הרי זה תנאי גמור, דהיינו אם ימחול לו כשיוודע לו האונאה יהיה המקח קיים ואם לא ימחול לו יהיה המקח בטל, ומשו"ה אפילו יש בו אונאה שתות שהדין שקנה ומחזיר אונאה, המוכר יכול לבטל המקח מחמת התנאי, דהא גם מדין תורה יכול למחול האונאה, ואין זה כמתנה על מה שכתוב בתורה, משא"כ כשיתנה על מנת שלא יהיה לך עלי אונאה,

שהוא רוצה שיהיה האונאה מחול מעכשיו מחמת התנאי אף שלא ימחול המתאנה, הוי מתנה על מה שכתוב בתורה.

כתב הקצות (ט) דאם התנה המוכר על מנת שאין לך עלי אונאה והלוקח תובע אונאה דהיכא דאיכא שתות דקנה ומחזיר אונאה, יכול המוכר לחזור מן המקח, ואע"ג דלר' מאיר בעל מנת שאין לך עלי שאר כסות המעשה קיים והתנאי בטל, לרבי יהודה כיון דאינו נגד דבר תורה בתנאי שבממון נהי דיכול לחזור בו הלוקח ולתבוע אונאתו אבל המעשה מיהא בטל כיון שהתנאי לא נתקיים עיי"ש **ובנתיבות (יג)**.

עמ"ש"כ המחבר **במציעתא דאין צריך לומר אם אמר ליה על מנת שאין בו אונאה**, דיש בו, כתב **הסמ"ע** (לח) דהטעם דמשמע כוונתו על מנת שלא יהא בו דין אונאה ואי אפשר לו להתנות לבטל דין תורה, ובכה"ג גם בשביעית אם אמר ליה על מנת שלא תשמטני שביעית לא אמר כלום, **וחזר הדבר לדין תורה, פחות משתות מחילה שתות קנה ומחזיר אונאה**, כן דעת הרשב"ם, אולם דעת רש"י דבכה"ג הוה מקח טעות וחוזר בו לגמרי אם ירצה אפילו אין בו אלא אונאה שתות, ובמחבר שכתב לשון 'ואין צריך לומר' משמע דס"ל דדינו כאילו אמר על מנת שאין לך עלי אונאה, דבו פשוט דאינו חוזר לגמרי בשתות, אלא הו"ל כאילו לא התנה כלל וכרמב"ם.

ובקצות (שס) כתב דבעל מנת שאין לך עלי אונאה יכול המוכר לחזור בו וה"ה על מנת שאין בו אונאה נמי יכול המוכר לחזור וכשיטת רש"י.

כתב הנתיבות (יד) דמוכח מהסמ"ע דבאונאה פחות משתות לא נתבטל אפילו לרש"י, והטעם דבפחות משתות אין שם אונאה עליו, ודלא כב"ח, ולפ"ז באומר יודע אני שיש בו אונאה, שכתב הסמ"ע בסק"ל"ט שיכול לומר לא ידעתי שיש בו אונאה כל כך, מ"מ אם אין בו אונאה רק שתות, שוב אינו יכול לומר כן, דאונאה אינו משמע בפחות משתות, וממילא מהני התנאי.

כתב הפת"ש (טו) בשם **הרדב"ז** בנידון בראובן שמכר לשמעון מכר ומחלו זה לזה אונאת שתות ונמצא **במכר אונאה יותר משתות** דהוי ביטול מקח וחוזר, דהא פחות משתות הוי מחילה ואם הוא שתות מחזיר הכל אפילו מה שהיה ראוי להיות מחילה, וטעמא, דפחות משתות מחיל אינש טפי לא מחיל כלל וכיון דליכא מחילה הדבר ברור דהוי ביטול מקח וחוזר.

כתב הפת"ש (טז) בשם **הגליא מסכת** בנידון באומר חפץ זה שאני מוכר במאתים יודע אני שאינו שוה אלא מנה ונמצא אונאה במנה עצמו, היינו שאינו שוה רק שמונים, דיש כאן ביטול מקח בכל אופן, משום דהלוקח אומר אני סבור וקיבל להוסיף על כל זוז מקרן עוד זוז כפל, וממילא כשיש פחת שאינו שוה רק שמונים, לא הייתי נותן עבורו רק כפל על שמונים, ויש אונאה ארבעים, ולא אמרינן דלחשוב מהסך שנותן קונה זה וממילא אונאה ופחת עשרים שיש כאן הוא פחות הרבה משתות, וכתב **הפת"ש** דמדבריו מבואר דאילו נמצא פחת פחות משתות מזה המנה עצמו, אין ספק כלל דודאי המקח קיים אך **רע"א** מסתפק בזה.

סעיף כב

ע"פ **הרמב"ם** דלמד **מב"מ פ. ג.** גבי 'המוכר שפחה לחבירו וא"ל גידמת היא', פסק **בשו"ע** '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".

סעיפים כג - כד

ע"פ עובדי דאמוראי **בב"מ נא.** פסק **בשו"ע** 'בעל הבית המוכר את כלי תשמישו ואינה את הלוקח, אין בו דין אונאה, שאילו לא הרבה לו בדמים לא היה מוכר כלי תשמישו (דהוה ליה כמפרש יודע אני שיש בו אונאה דאין לו עליו אונאה, **רש"י** בשם השאליות). (רא"ש -) ואפילו מכרם מחמת דוחק, אין בו אונאה, ויש מי שאומר דדוקא שהלוקח יודע שזה המוכר בעל הבית (ע"פ רש"י הנ"ל), אבל אם לא ידע או שקנה ע"י סרסור, יש בו אונאה".

ביאר **הסמ"ע** (מב) דגבי סרסור בסיפא אף אם ידע הלוקח שהן של בע"ה, כיון שהבעל הבית מסרו לסרסור למכור למי שיבוא לקנותו, ודאי נתיאש, שלא ידע הלוקח שהן של בע"ה, ועל דעת להחזיר לו אונאה מסרם לו, ובסעיף ל' שכתב המחבר פלוגתא באינה השליח ללוקח אי מכרו בטל בכל שהוא וכאן סתם בסרסור דיש בו אונאה, יש לחלק בין סרסור דיש לו שייכות וחלק בו ואין לומר גביה לתקוני שדרתיך דבו כו"ע מודו. **הט"ז** (בקצות) תמה על הסמ"ע דדלמא צוה בעה"ב לסרסור שלא יתנו רק בסך קצוב יותר משויה והוא מכר כן, וכיון שהלוקח ידע שהמעות מגיע לבעה"ב המשלחו, ודאי מפסיד הלוקח מכח עצמו, והקצות (י) הסכים עם הסמ"ע כיון דאפילו ידע הלוקח בשעת מקחו שאינו שוה וקנה ביותר, אפ"ה יכול לתבוע אונאתו בכדי שיראה לתגר וכמ"ש הרמ"א סעי' ז', ועיקרא דמלתא היכא שהמוכר יודע בלוקח שמבין טיב המקח כמה שוה ורוצה יותר משויו הו"ל כאילו התנה המוכר אדעתא דמחילה, וכן הלוקח קונה נמי אדעתא דהכי, אבל אם אין המוכר יודע בלוקח שיוודע טיב המקח ושוי דלא הו"ל מוכר כמתנה תנאי כיון דמוכר סבור שלוקח אינו יודע כלל שווי של מקח, ובזה אפילו ידע הלוקח שיווי המקח לא מחל יותר ויכול לתבוע אונאתו, ובלוקח מבעה"ב שניהם יודעין ואדעתא דמתנה ומחילה קנה, אבל ע"י סרסור כיון שאין הדבר ידוע לסרסור שלוקח יודע שהוא של בעה"ב, אע"ג דלוקח ידע שהוא של בעה"ב הו"ל כהך דינא דרמ"א סעיף ז' דלוקח ידע בשווי של מקח, ויכול לתבוע אונאתו. **הנתיבות** (טז) הסכים עם הט"ז עיי"ש.

המשיך **השו"ע** (כד) "**הרא"ש** -) הא דמוכר כלי תשמישו ואינה את הלוקח אין לו דין אונאה, הני מילי בשותות, אבל ביותר משותות הרי הוא כשאר כל אדם. ויש חולקים (**רמב"ם** דסתם דאין לו אונאה)".

כתב **הפת"ש** (יז) בשם **הגליא מסכת דהרמב"ם** מודה דמוס חוזר עליו.

סעיף כה

אם קנו על סמך חוות דעת מומחה בתשלום והתברר שיש אונאה, ואי אפשר להחזיר את החפץ, האם המומחה חייב? מה הדין אם הוא מקבל אחוזים מהרווח?

ע"פ שו"ת **הרא"ש** פסק בשו"ע "מוכר ולוקח שנתרצו לגמור המקח על פי שומת לוי, ושם אותו בסך ידוע ונמצא שיש בו אונאה, יש לו דין אונאה (דמה שנתרצה שמעון לקחתו בשומת לוי לא עדיף ממי שפירש על מנת שאין לך עלי אונאה דקיי"ל דיש עליו אונאה, וכ"ש בנידון זה שלא כיון ראובן למכרו לו ביותר מדמי שווי ולא שמעון לקנותו יותר מדמיו). ואם אי אפשר להחזיר האונאה, כגון שהלך המאנה לדרכו, אם לוי הוא תגר ובקי בשומא ולא קיבל שכר על השומא פטור (**סמ"ע**: ואם אינו תגר היה חייב אפילו לא קיבל שכר עליה דגרם לו היזק, אבל אם הוא תגר ובקי, בחנם פטור, בשכר חייב, כמו טבח אומן שקלקל בסימן ש"ו)".

כתב **הרשב"ץ** בתשובה (**בקצות** יא) בנידון שראובן קנה צרור אחד מעפרות זהב מערבי אחד והראהו לצורף אומן אחד ואמר לו ראה אם הוא זהב מזוקק או אם יש בו זיוף ואם הוא מזוקק אתן לך חצי הרווח בשכרך, ראהו האומן ואמר לו נראה לי שהוא זהב מזוקק ואין בו זיוף והכרתי זה מתוך כבודו, וסמך עליו הלוקח וקנאו בחזקת שהוא זהב מזוקק והתיכו ונמצא נחשת, ופסק דהאומן פטור שאין חיוב על אומן אלא כשהוא נוטל שכר ומה שנוטל למחצית אינו נחשב דהא אינו מתחייב אלא כשיש שם הפסד וכשיש שם הפסד אין לו שכר, ואינו קרוי שכר לחייבו בתשלומין אלא כשנוטלו אפילו יש שם הפסד ונותנו לו מכיסו בשעה שמראהו לו, וכ"ד **הנתיבות** (כב) לדחות הדימוי לסימן ש"ו דהתם אם לא יפשע ולא ינבל, יטול שכרו, משא"כ כאן, אם לא פשע והיה רואה שהוא נחושת, לא היה לו שכר כלל דהא לא הבטיח לו רק חצי ריוח.

סעיף כו

האם יש דין אונאה בגוי?

ע"פ **בכורות יג**: פסק בשו"ע "**ועכו"ם** אין לו אונאה שנאמר איש את אחיו (ע"פ שם וע"ז עא. דבביטול מקח יחזיר הגוי וה"ה לאונאה -) ועכו"ם שהונה את ישראל מחזיר אונאה כדינים שלנו, שלא יהיה זה חמור מישראל".

כתב הש"ך (יד) בשם רש"ל דישראל ועכו"ם שאינו לישראל אחר ובדין עכו"ם אינו יכול להשתלם מהעכו"ם החצי אונאה צריך הישראל להחזיר לו הכל דק"ל כרבי נתן דכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי וכו' ועוד דמסתמא עיקר סמיכת הישראל היה על ישראל ולא על עכו"ם, ומ"מ היכא שנתאנה במקח טעות כגון שחמתית ונמצא לבנה או כסף ונמצא בדיל וכה"ג שכתוב בסימן רל"ג דאפילו בדיניהם איכא לאשתלומי מעכו"ם א"כ ודאי הישראל אינו משלם אלא חלקו אע"ג שהעכו"ם הוא אלם, ודמי למש"כ בסימן תי/לז בשם י"ח (גבי שנים שהזיקו "דכיון דחבירו מדינא בר תשלומין אלא שאין לו מה לשלם למה יפרע זה בשבילו") ושכן עיקר.

סעיף כז

נושא ונותן באמונה, יש לו דין אונאה?

ע"פ ב"מ נא: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הנושא ונותן באמונה (רש"י: מכור במה שתוכל, ותן לי המעות לזמן פלוני, והנני סומך עליך, ונותן לו שכר טרחו), אין לו עליו אונאה (דלא נחית אדעת שיווי החפץ). כיצד, חפץ זה בכך וכך לקחתיו כך וכך אני משתכר בו, אין לו עליו אונאה (ש"ך: וה"ה אם נתאנה מוכר)".

הטור הוסיף דיש מפרשים (אור זרוע) דאפילו לא אמר לו בכך וכך לקחתיו, אלא אמר לו תן לי חפץ זה כמו שקנית אותן ואני מאמינך במה שתאמר שקנית אותו ואוסיף לך כך וכך לריוח, אין בו אונאה, שאפילו נתאנה בו לוקח ראשון צריך ליקח כמו שקנאו, דאדעתא דהכי משכו ליתן לו כמו שקנאו, והב"י כתב דמשמע לטור דזה פירוש מחודש ולא היא אלא הוא בכלל לשון הרמב"ם, וכתב הסמ"ע דהמחבר לשיטתו דהשמיט הי"מ, והסמ"ע ביאר דעת הטור דחידשו בזה הי"מ דאף דלא ידע בשעת משיכה בכמה קנהו דלימחל, אפ"ה אין בו אונאה, כיון דאמר בהדיא שמאמינו לו ויתן לו בעדו כל מה שנתן הוא בעדו ועוד יתן לו ריוח מה, נמצא שמתחילה לא היתה כונתן על שיווי המקח.

כתב הש"ך (טו) דיש לדקדק מהגמ' שכשם שאין לו דין אונאה כן אין דין ביטול מקח, מטעם דבברייתא בחד מחתא כלל האי דנושא ונותן באמונה עם האותן ע"מ שאין לך עלי אונאה ועל שניהם תני אין להם אונאה ובע"מ שאין וכו' למאי דמסיק רבא במפרש אפילו גבי ביטול מקח אין לו אונאה כמבואר בש"ס ובשו"ע סכ"א א"כ גם בנושא ונותן באמונה כן הוא דעל שניהם יחד אמר בש"ס אין לו דין אונאה אך סיים דמ"מ צריך להתיישב למעשה.

כתב רע"א בשם שבו"י ועוד דמ"מ ביש בו מום בטל המקח, וכ"כ בפת"ש (יט) בשם פוסקים נוספים דאלי"כ היה לנו להשמיע רבותא יותר.

כתב הנתיבות (יט) שבתשובת מהרי"ט הקשה על דין זה דלא יהא אלא אמר על מנת שאין לך עלי אונאה דיש לו אונאה, וכן קשה בהך דבעה"ב דסעיף כ"ג, הא בסעיף כ"א מצריך שיפרש לו סך האונאה, ועוד דמאי שנא הנושא ונותן באמונה דאין לו אונאה וכתבו הטעם משום דלא נחית אדעת שיווי החפץ, ומאי שנא הא דמכור לי באלו דסעיף י"ט דיש אומרים דיש לו אונאה, וביאר וחילק דבנושא ונותן באמונה הוי כאילו נעשה המוכר שלוחו של לוקח לקנות, וכתב עליו דהוא דחוק ויש לחלק בפשיטות, דבשלמא בעל מנת שאין לך עלי אונאה דנחת אדעת שיווי המקח רק שהתנה בעל מנת והנ"י כתב הטעם כיון דלא ידע ומחיל הוי כמתנה על מה שכתוב בתורה, ר"ל דכיון דהתנאי בטל וממילא המאנה עבר על לאו דלא תנונו וחייב בהשבה דהא הלאו ניתק לעשה דהשבה, ולפ"ז אתי שפיר דבעה"ב אין בו שום איסור אונאה כלל כיון דלא נחית אדעתא דשיווי כלל ומוכרין ולוקחין על האמת, וכן בנושא ונותן באמונה דהא המוכר אינו יודע שווי כלל דהא באמת נתן בעדו כל כך, ולישא וליתן על פי האמת לא אסרה תורה כלל ואין בו דין השבה, וכן במכור לי באלו י"ל דמיירי שהמוכר יש לו אומדנא כמה החפץ ושייך בו אונאה, אבל בדבר ששניהם אי אפשר להם לידע אפילו ע"פ אומדנא, לא שייך אונאה, דלא נחת אדעתא דשיווי כלל ואין רק כמשחק בקוביא, ואידי דבעי לקנות גמר ומקנה, וכתב דלפ"ז אם כבר נתברר למוכר שנתאנה ונשא ונתן באמונה, דיכול המתאנה לחזור בו, דכיון דנתברר לו, שוב אסור להונוח לחבירו, ועובר על לאו דלא תנונו, וניתן להשבה. בפת"ש (יח) כתב ע"פ המחנ"א דלפי ביאור האו"ז בלא"ה לא קשה קושיית מהרי"ט דבכה"ג ודאי לאו אומדנא דידיה קא סמך שהרי עדיין לא ידע כמה, אלא חיתא דקיטרי קביל עליה בין רב בין מעט, א"כ י"ל דאפילו ידע מקודם המוכר שנתאנה ומכר אח"כ באמונה, אינו יכול לחזור מהאי טעמא דסבר וקיבל.

עוד כתב ה**נתיבות** (שם) דאם המוכר לקח מישראל שאינה למוכר ומכרו לחבירו באמונה, נראה דיכול המוכר לחזור דכיון שהמקח נתבטל נגד המוכר הראשון הוי כמכר דבר שאינו שלו, אבל אם כבר נתרצה המוכר הראשון באופן שאין המוכר השני יכול לחזור בו מהמוכר הראשון וכאילו נתרצה מעיקרא דמי ואינו יכול לבטל המקח, וכן הלוקח השני נראה דיכול לבטל המקח קודם שנתרצה המוכר הראשון, דיכול לומר כיון שהמקח שלך בטל אין אני יכול להשתמש בה, דהוי כאילו מכרת דבר שאינו שלך והמקח שלי ג"כ בטל, ועוד דלמחר יבוא המוכר שלך ויקח המקח ממני, אולם זה תלוי בהבנה בסימן רכזה גבי אחוי טירפך האם דווקא בקרקעות אבל במטלטלין כשעומדין ברשות הנגזל דהיינו שלא נתייאש הנגזל אסור לשום אדם להשתמש בו דשואל שלא מדעת גזלן הוא וכנ"ל או דאפילו בגזילת מטלטלין יכול לומר לו אחוי טירפך וכלומר דאף שאסור להשתמש מ"מ אינו יכול לבטל המקח עד שיוציא הנגזל בב"ד, ועוד דבאונאה אפילו המאנה יכול להשתמש בו כל זמן שלא חזר בו המתאנה, דאימר לא יחזור בו המתאנה כלל.

בפת"ש (יח) האריך להביא תשובת הגליא מסכת דכתב גבי תגרי זמנינו שהנהוג שהסוחר אומר לבעל החנות על נאמנותו בכך וכך לקחתיו ומתפשר עבור ריוח כך וכך פראצענט [אחוזים], אם נמצא אח"כ אונאה שנתאנה הסוחר בקנייתו, יכול בעל החנות הקונה מהסוחר לתבוע אונאתו, בין לדעת הרמב"ם ובין לדעת הר"ח והאוי"ז (עיי"ש מה שהאריך לפלפל בין הדעות ובהבנת הסוגיה), והביא שם בתשובה תשובת מוה"ר דוד אב"ד דמיר שהשיב על כל דבריו דבמשא ומתן של הסוחרים תגרי זמנינו הנסחר ע"פ אמונה אין בזה דין אונאה כלל, והוסיף דלדעתו לפירוש הרמב"ם דוקא במי שדרכו תמיד להיות נושא ונותן באמונה והלוקח והכל יודעים מזה כדרך סוחר זמנינו, בזה הסברא נותנת שלא יהיה דין אונאה לא בקרן ולא בריוח, כי הלוקח אינו יורד כלל על שווי המקח מחמת שידוע שהמוכר אינו מוכר כלל בשווי המקח רק באמונה כפי מה שקנה, אבל באיש שאין דרכו להיות נושא ונותן באמונה, והוא עובר בשוק ואומר חפץ זה בכך לקחתיו ואני רוצה להשתכר כך והלוקח נתרצה בזה, אינו מוכח שהמקח נגמר ע"י אמונה די"ל הלוקח טעה וסבר ששורה כך (וגם ר"ח יודה לזה עיי"ש) וסיים דמסתימת דברי הפוסקים משמע שלא חילקו כלל בזה ובכל אופנים כשהמקח נעשה ע"י אמונה אין אונאה לזאת, אך סיים דעדיין אינו מחליט דבריו להלכה.

כתב הפת"ש (כ) בשם ה**רדב"ז** וה**שע"מ** גבי נידון שראובן קנה סחורה בפני שמעון ואמר שמעון לראובן אתן לך ריוח דינר ותננה לי ונתנה לו, דאין לו עליו אונאה ומכ"ש הוא מנושא ונותן באמונה, אם הוא סומך על אמונתו של זה לא יסמוך על מה שראו עיניו, והראיה ממש"כ ר"ח ואוי"ז בטעם הדין דנושא ונותן באמונה והכא נמי לא סמך על שווי הסחורה אלא על מה שראו עיניו שנתן ראובן בפניו ולפיכך אין לו עליו אונאה.

סעיף כח

ע"פ ברייתא **שם נא**: פסק בשו"ע "הנושא ונותן באמונה, לא יחשוב הרע באמונה והיפה בשווי", שאם קנה י' יריעות בי' 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 שנתפשר עמו שיתן לו ריוח", וביאר ה**סמ"ע** (מז) דדרך התגרים כשקונים יריעות או כיוצא בו הרבה יחד, ואי אפשר שיהיו שוים אלא אחד רע ואחד טוב ואחד בינוני, דרכן להשוות ליתן בעד כל אחד ואחד בשוה, דרך משל זהוב, כי אומר הלוקח, אף אם אלו אינן שוין כ"כ, הרי אחרות כנגדן שהן שוות יותר, וקאמר דאף דבדרך קנייתו פסק בשוה בעד כל אחד זהוב, כשימכור לחבירו לא יחשב לו הרעות בעד זהוב והטובות בשוים, אלא אם יקנה כולם יחד ממנו אז יחשבם לו כמו שקנאם ויתן לו ע"ז ריוח כמו שהתנה עמו, ואם יקנה ממנו אחד אחד, אז יחשוב הערך מה שמגיע על כל אחת בפני עצמה זו לפי טובתה וזו לפי פחיתתה.

סעיף כט

אם מכר קרקע במחיר יותר מכפול מהשווי, האם יש בזה אונאה?

האם יש דין איסור אונאה בקרקעות?

משנה ב"מ נו. "ואלו דברים שאין בהם אונאה עבדים ושטרות וקרקעות", ובגמ' יליף לה מדכתיב בפרשת אזהרת אונאה וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד דדרשו מדכתיב מיד, דהיינו דוקא מטלטלין הנקנין מיד ליד, לאפוקי קרקעות. עוד שם "אמר רבא אמר חסא בעי רבי אמי אונאה אין להם ביטול מקח יש להם או אין להם, אמר רב נחמן הדר פשיט רבי אמי אונאה אין להם ביטול מקח יש להם, רבי יונה אמר אהקדשות רבי ירמיה אמר אקרקעות ותרווייהו משמיה דרבי יוחנן אמרו אונאה אין להם ביטול מקח יש להם מאן דאמר אהקדשות כ"ש אקרקעות ומאן דאמר אקרקעות אבל אהקדשות לא", וכתב הרי"ף **דאיכא מאן דס"ל** הלכתא כרבי אמי ורבי יוחנן דאונאה אין להם ביטול מקח יש להם **ואיכא מאן דסבר** ביטול מקח דאמר ר' יוחנן לאו יותר משתות הוא אלא על חד תרין הוא וכן הוא בירו', וכתב דהאי מימרא דרבי אמי ורבי יוחנן ליתיה משום דחזינן לרב נחמן דהוא בתרא דס"ל דאין לקרקעות אונאה כלל ואפילו שוה מנה במאתים (ב"מ ק"ח, קידושין מ"ב) והא דרבי אמי ורבי יוחנן ליתא דקיי"ל כרב נחמן בדיני ועוד דרב נחמן גופיה הוא דאמרה משמיה דחסא אמר רבי אמי והא לא סבירא ליה כוותיה והא דאיתמר בגמרא דבני מערבא משמיה דרבי יוחנן לא עדיף מהא דאיתמר משמיה בגמרא דילן והא אידחי ליה מדרב נחמן, וכ"פ הרמב"ם.

אולם הרא"ש חלק על הרי"ף דדוקא מאביי ורבא ואילך הוא דפסקינן הלכתא כבתראי אבל מקמי אביי ורבא לית הלכתא כתלמיד במקום הרב ורב נחמן תלמידו של שמואל היה והלכה כרבי יוחנן נגד שמואל בכל מקום וכל שכן נגד רב נחמן תלמידו והא דקיימא לן הלכה כרב נחמן בדיני היינו דוקא כנגד רב ששת, לכן פסקינן כר"ת שפירש דגמרא דידן סברה כגמרא דבני מערבא והא דאמר רבי יוחנן הכא ביטול מקח יש להם היינו בפלגא והא דאמרין בדף ק"ח דזבין במאתיים ושוה מנה אין אונאה לקרקעות לאו דוקא מאתים אלא מעט פחות ממאתיים או שוה מנה ומעט יותר.

וז"ל השו"ע כרי"ף "אלו דברים שאין להם אונאה העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות; אפילו מכר שוה אלף בדינר, או שוה דינר באלף, אין בהם אונאה" והרמ"א כר"ת "וי"א דדוקא עד פלגא, אבל יותר מפלגא, כגון שמכר לו אחד יותר משנים, הוי אונאה (סמ"ע: ר"ל ביטוח מקח, וה"ק ישנו בכלל לא תונו הכתוב בתורה וז"ל נתנו שיעור לאונאה דהוא יתר משתות דהמקח בטל)".

עמש"כ הרמ"א דיותר מפלגא יש אונאה הא בפלגא אין, כתב הסמ"ע (ג) דאכן כך כתבו התוס' בשם ר"ת אבל צ"ל דלאו דווקא (וכ"ד רש"ל, רע"א) כיוון שהרא"ש והטור כתבו דפלגא הוי אונאה והוכיחו כן מהירוי, אולם הש"ך (יז) כתב דאדרבה בירו' מוכח כרמ"א דבפלגא אין אונאה, אך כתב דבכל אופן בסוף סימן ס"ו כתב דהעיקר כדעת הרי"ף, וסיים דבתשובת רשד"ם כתב דהוי ספיקא דדינא.

עוד כתב הסמ"ע (נא) בשם רש"ל דאף דאיתמעטו הני מדין אונאה, מ"מ לא גרעי מאונאת דברים וגניבת דעת, ובכלל לא תונו איש את אחיו הן (פת"ש: צ"ל 'לא תונו איש את אחיו') וכמו שיתבאר בריש סימן רכ"ח אם לא שהמוכר בעצמו לא ידע מאונאתו, וברע"א גם כתב שהרמב"ן עה"ת 'והרא"ה בספר החינוך' כתבו דמ"מ גם הלאו עובר גם באלו ולא מיעט הכתוב אלא מדין תורת אונאה וביטול מקח, אולם המל"מ הביא מהתוס' שחולקים ע"ז וס"ל דאפילו לאו ליכא (והפת"ש תמה על הסמ"ע שלא הביא דברי הרמב"ן).

< כתב הקצות (קכו, ט ובפת"ש כב) דהא דאין אונאה לשטרות היינו דוקא במוכר שט"ח בכתיבה ומסירה דכיון דהשטרות אין גופן ממון אימעטי מדין אונאה מכלל ופרט מה הפרט מפורש דבר שגופו ממון, אבל מוכר חובות בע"פ ע"י מעמד שלשתן יש להם אונאה דחובות גופיה הוי גופן ממון, ואע"ג דאין יכול להקדישן, היינו מטעם אחר משום דבר שאינו ברשותו, אבל גופו ממון הוי, ובדברי חיים חלק עליו דהא דבעי בגמ' דטעם שטרות משום דאין גופן ממון הוא משום דהוי דבר המטלטל ונקנה מיד ליד לכך בעי הטעם דאין גופו ממון, אבל במלוה ע"פ בלא"ה לית ביה דין אונאה דאימעט מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד ולא עדיף מקרקע דיצאו קרקעות שאינן מטלטלים, וכן נשמע בפשיטות בחו"ד דבמוכר חוב בע"פ אין בו דין אונאה מדלא מפליג בזה.

האם יש איסור אונאה בממון עניים או רבים?

בהמשך למש"כ דשינוי בב"מ נו. כתב הסמ"ע (מט) דהרי"ף והרא"ש בהעתיקם הגמרא השמיטו דין הקדש, ודטעמייהו דס"ל דבזמנינו אין לנו הקדש בדבדק הבית אלא הקדש מתנות עניים ודבית הכנסת

ודין חולין גמור יש לו כמש"כ הרא"ש בתשובה דהרי הוא בכלל עמיתך ויש בו אונאה (וראה גם בסוף הבי"ש בשם רי"ו).

בפת"ש (כג) כתב דדעת **הבאר עשק** דכשם דאימעות מהפס' 'כי תמכרו ממכר לעמיתך' הקדש ה"כ **נמי אימעות קהל**, **והשבו"י** דהוה דזה לא נשמע מעולם ואדרבה מדאיתמעט בש"ס הקדשות מעמיתך, מכלל דהדיוט אף בשל רבים איכא אונאה, ועוד הוכיח מהרא"ש הנ"ל דהשמיט הא דהקדשות משום דבזה"ז ליכא הקדש אלא לעניים ולבית הכנסת דיש לו דין חולין, ואיכא דין אונאה אף דרבים ניהו, אמנם הוסיף דאינו חייב להחזיר עד שתהא אונאה פרוטה לכל אחד ואחד, והעיר **הפת"ש** דגם בסימן רס"ב סעיף ב' איתא דאפילו אבידה שווה הרבה, אם היא של שותפים הרבה שאינו מגיע לכל אחד שוה פרוטה, אינו חייב להחזירה.

סעיף כ

קידושין מב: "אמר רבא הא דאמרת פחות משתות נקנה מקח לא אמרן אלא דלא שווייה שליח אבל שווייה שליח אמר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי", וז"ל **השו"ע** ע"פ **הרמב"ם** ע"פ הנ"ל **וכתובות צט:** "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 (**רב האי**) שהוא הדין שמכרו בטל בכל שהוא (שחז"ל השווה הדברים שלא יהא כח המוכר עדיף במוכר ע"י שלוחו מכח הלוקח), ויש מי שאומר (**רבינו יונה**) שדינו כשאר כל אדם דעד שתות הוי מחילה וזכה המשלח ביתרון (דשאני לוקח דהוא עצמו היה בקנין וידע מה קנה ומה לו שקנהו מהשליח או מהמוכר עצמו)".

< **סע' לא:** כתב **השו"ע** "דין ב"ד שמכרו בשל יתומים וטעו נתבאר בסימן ק"ט".

סעיף לב

קיימא לן אין אונאה לקרקעות, האם בשכירות קרקע יש דין אונאה?

האם יש אונאה לשכירות בתים?

ע"פ בעיא דאיפשיטא בב"מ נ"ו: פסק **בשו"ע** "כשם שאין לקרקעות אונאה כך שכירות קרקע אין לו אונאה (מי כתיב וכי תמכרו ממכר לעולם ממכר סתמא כתיב ושכירות ליומיה ממכר הוא), (**רמב"ם** -) אפילו שכר טרקלין גדול בדינר לשנה (המחבר לשיטתו בסע' כ"ט דאפילו שוה אלף בדינר אין בו אונאה, אבל לרא"ש דוקא עד פלגא וכן הוא בטור, **סמ"ע**), או רפת קטנה בדינר בכל יום, אין לו אונאה".

כתב **רע"א** בשם מהריט"ץ דבמכר לו קורת ביתו כיון שעיקר המכירה לעוקרם ולתולשם הוי כמטלטלין ויש בהם אונאה.

סעיף לג

ראובן שכר שמעון שהוא בעל רכב להסיעו במשך יום שלם וקצב אתו מחיר, ולאחר מכן התברר לשמעון שהמחיר בשוק הוא יותר גבוה האם יכול לטעון שנתאנה?

מה דין אונאה בעובד?

ע"פ טעם הנ"ל כתב **הרמב"ם** וכ"פ **בשו"ע** "השוכר את חבירו לעשות עמו, בין בקרקע בין במטלטלין, אין לו אונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן, ועבדים (קידושין כח.) אין בהם אונאה (אע"ג דעבדים שאמרו 'והתנחלתם' יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות היינו עבד כנעני, מ"מ עבד עברי נמי דומה לקרקע כמ"ש בקדושין וזה שהשכיר נפשו כפועל שם עבד עליו, **סמ"ע** ש"ך וגר"א) {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 (**סמ"ע**): אפילו יותר משתות וכ"כ בהדיא בתה"ד וכ"כ המחבר בסע' ל"ה ודווקא כשכבר נעשית המלאכה) וצריך להחזיר לו (תה"ד)".

סעיפים לד - לו

האם יש הונאה בביצוע עבודה בקבלנות בקרקע או במטלטלין, ומה הדין אם הקבלן חשב שיש לו לחצוב בקיר בלוקים, וקבע מחיר נמוך, ואחר כך התברר שזה קיר בטון והעבודה קשה ביותר, האם יכול לטעון הונאה?

ע"פ בעיא דעלתה בתיקו בנו: כתב הרמב"ם (ודלא כגירסת ר"ח) וכ"פ בשו"ע (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", וביאר הסמ"ע האיבעיא ע"פ סיעת הרמב"ם דמדובר שראובן שכר לשמעון בקבלנות לזרוע לו שדהו בזרע של ראובן ואין עליו אלא מלאכה וטירחת הזריעה, אי אזלינן בתר הקרקע והו"ל קבלן דקרקע, דאילו פועל נקרא עבד ואין להן אונאה, ואין לקרקע אונאה, או בתר הזרע אזלינן ויש בו אונאה, וגבי השבועה האיבעיא אי כמאן דמנח בכדא דמי ונשבעין עליהן שבועה דאורייתא דמודה מקצת, או דילמא בטלינהו אגב ארעא ואין נשבעין עליה אלא היסת, והחילוק בין האיבעיות, דבאיבעיא הראשונה לא טענו כלל שממונו נשאר בידו, אלא בעד הטירחא והמלאכה שלא רצה לטרוח ולזרוע הרבה ועי"ז בא לידי הפסד, ובאיבעיא שניה קמיבעיא ליה בטענו ממון שסאה מזרעי נשאר בידך שלא זרעת והוא מודה מקצת.

ע"פ בעיא דרבי זירא נו: דאיפשטא פסק בשו"ע (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 (אך אינו יכול לחזור בו ואפילו אם יש בו יותר משתות מאחר שכבר נעשית המלאכה, סמ"ע ע"פ תה"ד הנ"ל), (רמב"ם -) ואפילו לאחר זמן מרובה (שאין זמן קצוב אלא בלוקח שמקחו בידו ומראה לתגר או לקרוביו דדוקא בקנין מטלטלין שהן בידו ואין כן דרך בשכירות וגם בגמ' לא נזכר זמן שכירות, ה"ה, ובסמ"ע הוסיף דבשכירות כיון דאינה משתלמת אלא לבסוף, אין מדרכו להראותו עד לעת תשלומין, וכבר עבר זמן מרובה תו לא חלקו)".

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע (לו) "הקבלן יש לו אונאה (ה"ה): כיון שאין זה שכירות ימים כשאר פועלים יש בה 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 (סמ"ע): המאנה ודאי אינו יכול לחזור בו מיד שנתרצה המתאנה שלא לחזור בו כדין לוקח ומוכר)".

[במל"מ ביאר סברת הרמב"ם דפועל יכול לחזור מטעם כי לי בני ישראל עבדים וקבלן אינו יכול לחזור מהאי טעמא אלמא פועל דמי לעבד ולא קבלן ומאי דאימעיט מאונאה הוא עבדים שהוקשו לקרקעות וקבלן לאו עבד מיקרי]. רע"א פסק כרמב"ן החולק על הרמב"ם (הובא ברב המגיד) ואין לקבלן אונאה.

בעמודי אור (פת"ש כו) כתב באחד ששכר חבירו לבנות לו בית בקבלנות וקודם גמר הבנין ראה הקבלן שנתאנה במקח ורצה לחזור, והסיק דהיינו ממש בעיא דסעי' ל"ד, וספיקא הוא ואין להוציא מיד המוחזק, אך בשפיית העצים ותיקונן בפני עצמה בזה ודאי יש אונאה, ומלאכת הבנין בחיבורו לקרקע בפני עצמה וכההיא דשוכר פועל עם סוס לעיל סעיף ל"ג.

כתב בפסקי המשפט שבבניה באבן שכל העבודה היא בקרקע אינו דומה לזריעת חיטים ובודאי שאין אונאה, כדין מחובר לקרקע.

כתב בפתחי חושן (הונאה פ"י הע' י) "בדין קבלן שטעה בהערכת המלאכה, שיש לומר שאם טעה בדבר שמציאות, כגון שנמצא במהלך העבודה דברים שלא היה יכול להעלות על הדעת, דהוי כמקח טעות, ולכאורה נכון הוא, אלא שגם בזה יש לדון כיצד ישלם, כיון שא"כ בטלה הקציצה, אמנם אם נודע לו באמצע העבודה, יכול לחזור ולקבוע מחיר חדש, ועכ"פ צריך להודיע קודם שממשיך במלאכה".

סעיפים לו – לח

ע"פ **קדושין מב: פסק בשו"ע** "האחים והשותפים" שחלקו המטלטלים (מייירי דהמטלטלין הן פירות ושמו אותן, דבלא"ה הא חליפין אין להן אונאה כמבואר בסעיף כ', נתיבות) הרי הם כלקוחות (כיון דכל אחד מהן הוא שותף בכולו נמצא דבמה שחולקין שיקח ראובן דבר זה לבדו וימחול לו שמעון חלקו שבו כדי שיקח שמעון דבר זה לבדו, הרי כלקח כל אחד חלק חבירו בעד החלק שיתן כנגדו בדבר השני) - פחות משותות 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. (לח) אם התנו ביניהם שיחלקו בשום הדיינים, וטעו בשתות, בטלה החלוקה, שהדיינים ששמו ופחתו שתות או הותירו שתות, מכרן בטל".

כתב ה**נתיבות** (כב) בשם ה**מהרי"ט** באחד שאין לו חלק בגוף הסחורה רק שנתחייב ליתן לו חלק בריוח ואין לו חלק בהפסד כשתימכר הסחורה, ומכר חלק ריוח שלו, דאין בו דין אונאה, [וכתב על זה ב**פתחי חושן** (הונאה פ"י הע' ה) דה"ה מניות אין גופן ממון ואין אונאה, וב**פסקי המשפט** אות כ"א כתב דכן הדין יהיה במכירת עסק ומוניטין שאין גופו ממון ואין ממשות ולכן לא שייך אונאה].

סעיף לט

ראובן ושמעון אחים, חילקו על תנאי, שמי שיפול לו בית פלוני שיפתח לו פתח למבוי, ולא שמו אל ליבם שיכולים בני המבוי לעכב, ונפל אותו בית לראובן ואומר שמעון אסלק ממך התרעומת של בני המבוי האם יכול ראובן לבטל החלוקה?

ע"פ שו"ת ה**רא"ש** פסק בשו"ע "ראובן ושמעון אחים חלקו על תנאי שמי שיפול לו בית פלוני שיפתח לו פתח למבוי, ולא שמו אל לבם שיכולים בני המבוי לעכב עליו (היינו היכא דהמבוי סתום דאז יאמרו דמרבה עליהן הדרך), ונפל אותו הבית לראובן, אם רוצה ראובן לבטל החלוקה מה הרשות בידו (ואפילו אם יאמר שמעון אסלק ממך התרעומת של בני המבוי, יאמר ראובן אי אפשר לקנות לי תגר בפתיחת הפתח, ועוד כיון שבשעת החלוקה טעו בזה שהיו סבורים שיכול לפתוח הפתח והוא אינו יכול החלוקה מעיקרא בטעות היתה ובטלה לה, **רא"ש** ו**טור**, ולא דוקא שיטעו דיינים' אלא ה"ה אי טעו אחריני בחלוקה וכסעי' ל"ז, אלא שהמעשה כך היה בשאלות ה**רא"ש**, **סמ"ע**)".

סימן רכח – אסור להונות בדברים ולגנוב דעת הבריות ולרמות במקח וממכר

סעיפים א – ג

ע"פ **משנה וגמ' ב"מ נח: -נט: פסק בשו"ע** "כשם שאונאה במקח וממכר, כך אונאה בדברים. וגדולה אונאת דברים מאונאת ממון, שזה ניתן להשבון וזה לא ניתן להשבון, זה בגופו וזה בממונו, והצועק על אונאת דברים נענה מיד ("כל השערים ננעלין חוץ משערי אונאה" מדכתיב 'ובידו אנך' עי"ש) {ו"א (נ"י) דאין מצווין על אונאת דברים אלא ליראי השם (ע"פ דף נ"ט 'ולא תונו איש את עמיתו עם שאתך בתורה ובמצוות אל תוניהו') ומי שמאנה את עצמו מותר להוניהו (ע"פ המדרש דזה אינו קרוי עמיתך)}".

ביאר ה**סמ"ע** (ד) במש"כ הרמ"א 'ומי שמאנה את עצמו' דכונת המדרש היא כיון דאין דרך בני אדם להונות אדם את עצמו, משו"ה אינו נקרא עמיתך, שאינו מכלל בני הישוב והדרך ארץ, **ודלא כמפרשים** דר"ל אם אחד מאנה אותך ג"כ אתה מותר להונתו ועצמו דכתב, ר"ל עצמו של זה שמתיר לו המדרש לחזור להונתו, **דזה אינו** דלשון עצמו אינו משמע כן, דהל"ל מי שמאנה אותך, ועוד מאי איריא עצמו ואותו, אפילו מאנה לאחרים ג"כ אתה מותר להונתו.

ע"פ **שם פסק בשו"ע** (ב-ג) "צריך לזהר ביותר באונאת הגר, בין בגופו בין בממונו, לפי שהזהר עליו בכמה מקומות. צריך לזהר ביותר באונאת אשתו, לפי שדמעתה מצוייה".

סעיף ד

ע"פ **שם פסק בשו"ע** "כיצד הוא אונאת דברים", לא יאמר בכמה אתה רוצה ליתן חפץ זה, והוא אינו רוצה לקנותו. היו חמרים מבקשים לקנות תבואה, לא יאמר להם לכו אצל פלוני, והוא יודע שאין לו למכור. אם היה חבירו בעל תשובה, לא יאמר לו זכור מעשיך הראשונים. אם היה בן גרים, לא יאמר לו זכור מעשי אבותיך. אם היו יסורין באים עליו, לא יאמר לו כדרך שאמרו חביריו לאיוב הלא יראתך כסלתך זכר נא מי הוא נקי אבד (והם שאמרו לו כן מפני שהיה איוב מטיח דברים כלפי השגחת השם יתברך ומדותיו, סמ"ע). (**ורמב"ם** –) אם נשאלה שאלה על דבר חכמה, לא יאמר למי שאינו יודע אותה חכמה מה תשיב בדבר זה, וכן כל כיוצא בדברים אלו".

סעיף ה

ע"פ **נח: ורש"י פסק בשו"ע** "יזהר שלא לכנות שם רע לחבירו (והוא מג' היורדים לגיהנם שאינם עולים), אע"פ שהוא רגיל באותו כנוי, אם כוונתו לביישו, אסור".

סעיף ו

האם מותר לגנוב דעת גוי? (ראה גם שמח/ב)

ע"פ **חולין צד. והרמב"ם פסק בשו"ע** "אסור לרמות בני אדם במקח וממכר או לגנוב דעתם, כגון אם יש מום במקחו צריך להודיעו ללוקח (אע"פ שאין בו אונאת ממון, סמ"ע), אף אם הוא עכו"ם, לא ימכור לו בשר נבילה בחזקת שחוטה, ואף לגנוב דעת הבריות בדברים שמראה שעושה בשבילו ואינו עושה, אסור. כיצד, לא יסרהב [בחבירו] שישעוד עמו, והוא יודע שאינו סועד, ולא ירבה לו בתקרובת והוא יודע שאינו מקבל, ולא יפתח חביות הפתוחות לחנוני, וזה סובר שפתחם בשבילו, אלא צריך להודיעו שלא פתחם בשבילו, ואם הוא דבר דאי בעי ליה לאסוקי אדעתיה שאינו עושה בשבילו, ומטעה עצמו שסובר שעושה בשבילו לכבודו, כגון שפגע בחבירו בדרך וסבור זה שיצא לקראתו לכבדו, אין צריך להודיעו".

כתב **הסמ"ע** (ח) דמלשון 'יסרהב' וגם אחר זה כתב ולא ירבה לו בתקרובת, יש לדקדק דדווקא בכה"ג להפציר בו ולהרבות שלא כנהוג הוא דאסור, אבל לדבר לו פעם אחת ושתיים בוא אכול עמי, מותר, כי אדרבה אם לא ידבר עמו כן יתבזה חבירו, דהרואים שנכנס ויוצא ואינו מכבדו לומר לו בוא ואכול עמי, יאמרו שהוא מפני שפלותו, כי אין הכל יודעין שנמנע לומר כן מפני שידוע שאינו סועד.

עמש"כ המחבר 'ולא יפתח חביות' וכו' כתב **הסמ"ע** (ט) דמסקנת הגמ' ע"פ רש"י דאם היה האורח חביב עליו דבלא"ה היה פותח לו מותר, והב"י תמה על הטור שהשמיטו, ולשון הטוש"ע שלא יפתח חביות הפתוחין, משמע דהחביות כבר נפתחו בשביל החנוני, וזה הבע"ה מראה נפשו לפני האורח כאילו עתה פתחו בשבילו, וזה ג"כ אסור, ולא אמרינן איהו דאטעיה נפשיה דהיה לו לראות שפתוחות היו כבר, ואפשר שגרסתן היתה כן בגמרא, הפתוחות ולא המכורות, והכי מסתבר, דמסתמא אין החנוני קונה יין א"כ טועמו תחילה.

סעיפים ז – ח

ע"פ **שם פסק בשו"ע** "לא יאמר לו סוך שמן מפך זה, והוא ריקן. ולא ילך לבית האבל ובידו כלי ריקן, וסובר האבל שהוא מלא [יין], ואם הוא עושה כדי לכבדו, מותר. לא ימכור לו עור של בהמה מתה בחזקת שהיא שחוטה, ולא ישלח לו חבית של יין ושמן צף על פיו".

כתב **הסמ"ע** (י) דמדובר דריקן וגם יודע בו שלא יסוך, ומשו"ה דוקא אסור מפני גניבת דעת, דחבירו יחזיק לו טובה חנם, אבל אם היה בו שמן אף שיודע בו שלא יסוך מותר לו לדבר בוא וסוך ממנו, מפני הכבוד.

סעיף ז

ע"פ משנה וגמ' ב"מ ס. פסק בשו"ע "אין מפרכסין לא אדם ולא בהמה ולא כלים, כגון לצבוע זקן עבד העומד למכור כדי שיראה כבחור, ולהשקות הבהמה מי סובין שמנפחין וזוקפין שערוניה כדי שתראה שמינה. וכן אין מקרדין ולא מקרצפין אותה כדי לזקוף שערוניה, ולצבוע כלים ישנים כדי שיראו כחדשים (אבל חדשים מותר לצבוע כדי ליפותם שבלא"ה הן חדשים וטובים, טור וסמ"ע). ואין נופחין בקרבים כדי שיראו שמנים ורחבים, ואין שורין הברש במים כדי שיראה לבן ושמן (אבל אם המנהג של הקצבים לשרותו כדי שיראה לבן מותר דאין מאנה בו דהרי הכל יודעין דדרך הקצבים לשרותו, סמ"ע ע"פ הגמ')".

סעיף י

ע"פ שם נט: פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם "אין מערבין מעט פירות רעים בהרבה פירות יפים כדי למכרם בחזקת יפים, אפילו חדשים בחדשים (סמ"ע: ר"ל אפילו אין בהן רעות כלל דא"א כל שהן משתי שדות מסתמא יהיה האחד טוב מחבירו והכי קאמר, אין מערבין מעט פירות רעים בהרבה פירות יפים, ומהאי טעמא אפילו חדשים בחדשים משתי שדות נמי לא יערב דא"א שלא יהיה האחד טוב מחבירו, ולא התירו לעשות כן כי אם בתגר מפני שהכל יודעין שדרכו בכך לערב יחד), ואצ"ל {חדשים בישנים (שהישנים טובים יותר לאכילה) ואפילו (טור)} ישנים עם חדשים (ודלא כרש"י שמתיר לערב ישנים בחדשים, אלא כרא"ש האוסר לפי שזה שקונה חדשים אולי רוצה לישנם והישנים אין ראויין לישן), אפילו הישנים ביוקר מחדשים, מפני שהלוקח רוצה לישן".

סעיפים יא – טו

ע"פ משנה וגמ' שם ס. פסק בשו"ע "י"א) ביין התירו לערב קשה ברך, בין הגיתות בלבד, מפני שמשביחהו {וכ"ש רך בקשה דשרי (טור ורא"ש ואף שלא בין הגיתות, ודלא כרש"י דאסור)} ואם היה טעמו ניכר, מותר לערב בכל מקום, שכל (דבר) הניכר טעמו מרגיש הלוקח, ולפיכך מותר לערב אותו לעולם. (יב) אין מערבין מים ביין, ומי שנתערב מים ביינו, לא ימכרנו בחנות אלא א"כ הודיע לקונה, ולא ימכרנו לתגר אף ע"פ שמודיעו, שמא ירמה בו אחרים. (יג) מקום שנהגו לערב בין הגיתות מים, מותר לערב כשיעור שדרכם לערב. (יד) במקום שנהגו שכל מי שקונה דבר טועמו תחלה, מותר לערב בו לעולם, אבל אם אין הכל טועמים, לא. (טו) אין מערבין שמרי יין ביין. אפילו אם קנו ממנו שתי חביות של יין, אין מערבין שמרי חבית זה בשל זה. אבל אם קנה ממנו חבית יין המדה בכך וכך, כשבא למדוד יכול לערב השמרים עם היין, ומוכר לו הכל ביחד".

כתב הפת"ש (א) בשם חות יאיר דמש"כ דמותר לערב יין דדווקא בקנה ממנו סתם, משא"כ אם מכר חביות מיוחדים וכל שכן אם התנה על יין רך, דאינו רשאי לערב.

סעיפים טז – יז

ע"פ שם פסק בשו"ע "התגר" נוטל מחמש גרנות ונותן למקום אחד, או מחמש גתות ונותן לתוך חבית אחד, שהכל יודעים שלא גדלו כולם בשלו, ובחזקת זה קונים ממנו. ובלבד שלא יכוין לקנות הרוב ממקום הטוב כדי שיצא עליו קול שהוא קונה הכל ממקום הטוב, וקונה גם ממקום הרע ומערבו עמו. מותר לברור הפסולת מתוך הגריסים ומן הקטניות כדי שיראו יפים, שזהו דבר הנראה לעין ויכול הלוקח לראות ולהבין כמה שוים יותר בשביל שהוציא מהם הפסולת, ובלבד שלא יברור העליונים ויניח הפסולת בתחתונים".

סעיף יח

ע"פ משנה שם וכחכמים פסק בשו"ע "מותר לחנוני לחלק קליות ואגוזים לתינוקות, כדי להרגילם שיקנו ממנו (דאנא מפלגינא אמגוזי ואת פליג שישקיי). וכן יכול למכור בזול יותר מהשער, כדי שיקנו ממנו, ואין בני השוק יכולים לעכב עליו {וע"ל סימן קנ"ו סעיף ה'}".

עמ"ש"כ המחבר דיכול למכור בזול וכו' **הפט"ש** (ב) ציין למש"כ בסימן קנ"ו בשם **הפנ"מ** - דדוקא במכירת פירות ותבואה כשיראו אוצרי פירות שהוזלו יביאו כל פירותיהם למכור וישתנה השער, אבל במכירת השכר דמ"מ ע"י זה לא ימכרו בזול התבואה אזי אסור (עיי"ש ובערוה"ש ואכמ"ל).

סעיפים יט - כ

ע"פ **ב"מ מ. וס.** וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "אסור לערב שמרים, בין ביין בין בשמן, ואפילו כל שהוא. המוכר לחבירו שמן מזוקק, אינו מקבל שמרים. מכר לו שמן סתם, מקבל לוג ומחצה שמרים לכל מאה לוג, ומקבל בשאר שמרים שמן עכור העולה למעלה על פני השמן יתר על השמרים הידועים באותו מקום. בד"א, כשנתן לו מעות בתשרי, שהשמן עכור, ולקח השמן בניסן במדת תשרי שהיא גדולה מפני אותו השמן הקופה למעלה, אבל אם לקח במדת ניסן שהיא קטנה מפני שכבר צלל השמן, אינו מקבל אלא השמרים בלבד. {ווי"א (רא"ש) דאין מנכה לו השמרים, אלא דמותו לערב שמריו שבחביות, אבל אם לא ערבן אינו מנכה לו רק בשביל הקמחים הצפים למעלה, בד"א כשמכר לו בשעה שהוא עכור, אבל כשמכר לו בשעה שהוא צלול, אינו מנכה לו אפילו הקמחים}."

סימן רכט - המוכר לחבירו חטים או שעורים או פירות כמה פסולת צריך לקבל הלוקח

סעיפים א - ב

ע"פ **ב"ב צג:--צד.** ו**הרמב"ם** (ע' בב"י) פסק בשו"ע "המוכר חטים לחבירו מקבל עליו רובע קטנית לכל סאה. שעורים, מקבל עליו רובע נישובית לסאה. עדשים, מקבל עליו רובע עפרורית לסאה. תאנים, מקבל עליו עשר מתליעות לכל מאה {והוא הדין אחד לכל עשרה (טור)}. מכר לו שאר פירות, מקבל עליו רובע טינופת לכל סאה. נמצא בהם יתר על השיעורים האלו, כל שהוא, ינפה הכל ויתן לו פירות מנופים וברורים שאין בהם כלום. {ווי"א (ר"ן) דדוקא בדלא ידעין [ש]ערבן, אבל אם ידוע שהמוכר לא ערבן, צריך לקבל [אלו] השיעורים והמותר ינכה לו, ווי"א (רשב"ם) דבידוע שלא ערבן צריך לקבל עליו הכל, ווי"מ (רמ"ה) דכל זה במוכר לו פירות סתם או שאמר פירות יפות אלו, אבל אם אמר פירות אלו ולא אמר יפות, צריך לקבלן כמו שהן, ואם אמר פירות יפות ולא אמר אלו, נותן פירות שכולן יפות}. (ב) (רי"ף **רמב"ם** -) אין כל הדברים האלו אמורים אלא במקום שאין שם מנהג, אבל במקום שיש להם מנהג, הכל כמנהג המדינה, יש מקומות שנהגו שיהיו כל הפירות מנוקים וברורים מכל דבר, ושיהיו היינות והשמנים צלולים, ולא ימכרו השמרים כלל, ויש מקומות שנהגו אפילו היה בהם מחצה שמרים, או שהיו בפירות עפר או תבן או מין אחר, ימכור כמות שהוא. (גמ' שם -) לפיכך הבורר [צורר] מתוך גרנו של חבירו, נותן לו דמי חטים כשיעור צרור שברר (אע"ג דקי"ל גרמא בניזקין פטור, האי דינא דגרמי הוא ומזיק בידים הוא והזיקו נעשה מיד), שאילו הניחו היה נמכר במדת חטים ואם תאמר יחזירנה, הרי אמרו אסור לערב כל שהוא".

עמ"ש"כ המחבר בשם הרמב"ם בסיפא 'לפיכך' כתב **הסמ"ע** (ח) דבטור ליתא וצ"ל כוונת הרמב"ם דמטעם דכיון דמותו למוכרו עם התבואה ועולה לה במדה, זה שהזיקו צריך לשלם לו, והשתא אתי שפיר דלא באו ללמד דין הבורר צרור מהמנהג, אלא אדרבה בא לומר שהולכין אחר המנהג שהרי מצינו שאמרו הבורר צרור כו' צריך לשלם.

סימן רל - המוכר לחבירו מרתף של יין והלוקח יין והחמיץ

סעיפים א - ד

ע"פ **משנה וגמ' ב"ב צג:--צה.** פסק בשו"ע "האומר לחבירו מרתף זה של יין אני מוכר לך למקפה (לצורך התבשיל להטעים המאכל, ויין כזה צריך להיות טוב שלא יתקלקל בעמידתו זמן מרובה, ובפרט כשכבר התחילו להסתפק ממנו והחבית אינה מלאה, אלא מאחר שאמר לו ג"כ זה, דמשמע

כמות שהוא, משו"ה אינו צריך ליתן לו כולו טוב, סמ"ע) {או אומר מרתף זה אני מוכר לך למקפה (רמב"ן)}, או שמכר לו מרתף של יין סתם (דהלכה כדברי המיקל במח' רב אחא ורבינא) הרי הלוקח מקבל עליו עשרה קנקנים בכל ק' שלא יהיה יינם טוב אלא כבר התחיל להשתנות יתר על זה לא יקבל {וכל שאמר ליה שלקחו לשתות מעט מעט, הוי כאלו אמר למקפה (ה"ה)}". (ב) אמר ליה מרתף של יין אני מוכר לך למקפה {או שאמר ליה מרתף אני מוכר לך למקפה (טור)} או שאמר ליה חבית של יין אני מוכר לך, נותן לו יין שכולו יפה וראוי לתבשיל. (ג) אמר ליה מרתף זה של יין, נותן לו יין הנמכר בחנות שהוא בינוני (כלומר שהתחיל קצת להחמיץ, טור), לא רע ולא יפה {והוא הדין אם אמר חבית זה של יין (טור)}. (ד) אמר ליה מרתף זה אני מוכר לך אפילו כולו חומץ הגיעו".

סעיפים ה – ו

ע"פ משנה וגמ' ב"ב צז:--צח וזכר' יוסי בר חנינא כלשון הרמב"ם וכרוב הרא' ודלא כרשב"ם, פסק בשו"ע "המוכר יין לחבירו ונתנו הלוקח בקנקניו (ואפילו הקנקנים חדשים וטובים אפילו לא טלטל הלוקח הקנקן על כתיפו כלל אפילו הכי אמרינן מכח העירוי שעיריהו מקנקן המוכר לקנקן הלוקח הוא שגרם לו להתקלקל, וזה שכתוב חמרא אכתפיה דמרא שוור, אינו רוצה לומר דוקא כשטלטלו על כתיפו, אלא כשנתעסק בו ע"י כתפים והן פועלים שסייעוהו לערות מחבית לחבית, סמ"ע) והחמיץ מיד, אינו חייב באחריותו, ואע"פ שאמר ליה לתבשיל אני צריך לו, ואם ידוע שיינו מחמיץ, הרי זה מקח טעות {אם אמר לו למקפה (רי"ף וטור)} {ו} מכר לו יין, ונשאר בקנקניו של מוכר והחמיץ, אם אמר ליה למקפה אני צריך, או שאמר ליה לשתות מעט מעט אני צריך והחמיץ, מחזיר ואומר לו הרי יינך וקנקנך, ואם לא אמר ליה למקפה, וגם לא אמר ליה לשתות מעט מעט, אינו יכול להחזיר, שהרי אומר לו למה לא שתית אותו ולא היה לך להשתותו עד שיחמיץ {ודוקא ששהה אותו יותר משיעור יומיה דאורחיה דהאי לוקח למשתי כהדין חמרא (רב האי)}".

סעיפים ז – ט

ע"פ ב"ב צז:--צח. פסק בשו"ע "המוכר חבית של שכר לחבירו, והחבית של מוכר, והחמיצה בתוך ג' ימים הראשונים, הרי היא ברשות מוכר ומחזיר את הדמים (דשכר אין דינו כדין יין, שהיין תלוי במזל אדם טפי, לפיכך אפילו אם נמצאו חומץ תוך ג' ימים אין המוכר חייב באחריותו, שאנו אומרים יין היה כשקנאו ומזלו גרם לו שמיהר להחמיץ, סמ"ע ע"פ הגמ', מכאן ואילך ברשות לוקח. (ח) המוכר חבית של יין לחבירו כדי למכרה מעט מעט, והחמיצה במחציתה או בשלישיתה, חוזרת למוכר, ואם שינה הלוקח הנקב שלה, או שהגיע יום השוק ושהה ולא מכר, הרי היא ברשות הלוקח. (ט) וכן המקבל חבית של יין מחבירו כדי להוליכה למקום פלוני למכרה שם, וקודם שהגיע שם הוזלה היין או החמיצה, הרי זה ברשות מוכר, מפני שהחביות והיין שלו".

כתב ה^{נתיבות} (בחיידושים, ובביאורים באריכות) על סעי' ט' דדוקא כשהוזל בכל מקומות מחמת איזה סיבה, דאז איכא אומדנא דאדעתא דהכי לא קיבלה, אבל כשהוזל רק באותו מקום שרוצה להוליכה שם, אין הזול על הנותן רק כשהוזל קודם שהתחיל להוליכה, ובהחמיץ לעולם על הנותן, ובלוקח להוליכה למקום פלוני והוזל בכל המקומות, הוא מחלוקת הפוסקים, קצת סוברים דבמקח אינו יכול לחזור, והר"ח ס"ל דאפילו הלוקח יכול לחזור, והרמ"ה חילק דדוקא כשלא נתן המעות יכול לחזור, משא"כ כשנתן המעות, ולענין אחריות אונסין הדין כך, אם נאנס קודם שהתחיל להוליכה פטור המקבל, רק בגניבה ואבידה חייב שהוא שומר שכר, ובאונסים שאירע אחר שהתחיל להוליכה קודם שהוזל בכל המקומות, חייב באונסים של חלקו, אבל כשנאנס אחר שהוזל בכל המקומות פטור, ואם נתן שכר למקבל ששוה פרוטה, חייב בגניבה ואבידה אפילו על חלק הנותן.

סעיף י

ע"פ משנה וגמ' ב"ב צז: פסק בשו"ע "האומר לחבירו יין מבושל {או מבושם (גירסת הרי"ף והרא"ש והמחבר נקט גירסת הרמב"ם)} אני מוכר לך, חייב להעמיד לו עד העצרת {אם הוא בקנקניו של מוכר (טור)}, אמר ליה יין ישן אני מוכר לך, נותן לו משל שנה שעברה. מיושן, משל שלשה שנים. וצריך שיעמוד ולא יחמיץ עד החג. ובמקום שיש מנהג ידוע, הכל כמנהג המדינה. {שכר, אין דינו כיוין, וכל שהחמיץ תוך שלשה לקנייתו הרי זה ברשות מוכר, לאחר שלשה ברשות לוקח. ואם נתנו הלוקח

לקנקניו, הרי זה מיד ברשות לוקח (טור). ראובן תובע לשמעון מכרת לי יין בחזקת יין טוב, ושמעון אומר מה שטעמת אתה נוטל, הדין עם המוכר, ואם אומר שאחר כך ערבו וזה כופר, ישבע ויפטר (מרדכי)."

כתב הש"ך (א) דהרמ"א חילק דוקא אם הוא בקנקן דמוכר אמרינן דעד העצרת אך פסק הש"ך כר"י (בב"ל) ור"ן דאפילו בקנקנים דלוקח חייב להעמיד לו עד עצרת.

סימן רלא – שלא לרמות במדה ובמשקל וכיצד יעשה אותם וכיצד ישקול וחייבין להעמיד ממונים על המדות ועל השערים

סעיף א

[האם אסור להטות גוי במשקל ומידה? פרט.]

כנאמר בויקרא (יט, לה) וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המודד או שוקל חסר לחבירו, או אפילו לעובד כוכבים, עובר בלאו דלא תעשו עול במדה במשקל ובמסורה", וכתב ה"ה דהמקור גבי עכו"ם בב"ק דף קי"ג דגזל הגוי אסור והמשקל הוא כגזל כנאמר בב"ב דף ס"א, וכתב באה"ג "וראיתי בילקוט... בשם תנא דבי אליהו במעשה באחד שסיפר לו שעשה עולה לגוי במדידת התמרים שמכר לו ואח"כ קנה בכל המעות שמן, ונקרע הכד ונשפך השמן ואמרתי ברוך המקום שאין לפניו משוא פנים הכתוב אומר לא תעשוק את רעך ולא תגזול וגזל העכו"ם גזל".

כתב הסמ"ע (א) דאע"ג דלענין אונאה כתבו הטוש"ע בסימן רכ"ז דאינו עובר עליה בגוי, שאני אונאה דכתיב ביה 'עמיתך' וגם לית ביה משום גזל כיון דראה מה שקנה, משא"כ מדה דעל הימנותו סמך יש ליתן לו מדה שלימה.

כתב הפת"ש (א) דדעת הב"ח דלרמב"ם האיסור להטות גוי מדאורייתא אבל לטור איסורו מדרבנן, ואילו לכנה"ג לכ"ע דאורייתא.

סעיף ב

ב"ב פט. "לא יהיה לך בביתך.. יהיה לך - מלמד שמעמידין אגרדמין למדות (ממונה להלקות ולענוש מעוותי המדות, רשב"ם)", וז"ל השו"ע כלשון הטור "חייבים ב"ד להעמיד ממונים שיהיו מחזירים על החניות, וכל מי שנמצא אתו מדה חסרה או משקל חסר או מאזנים מקולקלים רשאים להכותו ולקנסו כאשר יראה לבית דין" וראה לקמן סעי' כ'.

סעיף ג

ע"פ ב"ב פט: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "אסור לאדם להשהות מדה חסרה [בביתו] אפילו שאינו מודד בה, ואפילו לעשות עבית של מי רגלים, שמא יבא מי שאינו יודע וימדוד בה, ואם יש מנהג בעיר שאין מודדים אלא במדה הרשומה ברושם הידוע, וזו אינה רשומה, מותר להשהותה".

סעיף ד

ע"פ ב"ב פט: פסק בשו"ע "מכמה עושים המדות, מסאה, וחצי סאה, ורובע סאה, קב, וחצי הקב, ורובע הקב, וחצי רובע הקב, ושמינית הרובע. אבל לא יעשה קביים, שלא תתחלף ברובע הסאה שהוא קב ומחצה. ומדות הלח עושין הין, וחצי הין, ושלישית הין, ורביעית הין, ולוג, וחצי לוג, ורביעית הלוג, ושמינית, ואחד (גירסת הרמב"ם, ואילו גירסת הרשב"ם חצי שמינית) משמנה בשמינית".

סעיף ה

ע"פ שם פסק בשו"ע "אין עושים המחק (במקום שאין גודשין המדות אלא ממלאין המדה ומוחקין אותה ע"ג, וקאמר דלא יעשה העץ שמוחקין בו מדבר קל שאז עובר מעל גבי דבר הנמדד ואינו מוחק

יפה ורע למוכר, ואם הוא נעשה מדבר כבד ביותר אז נכנס בעומק וימחוק ביותר ואז רע ללוקח, לכך עושין אותו ממין דבר אמצעי, סמ"ע מדלעת מפני שהוא קל ורע למוכר, ולא משל מתכת מפני שהוא כבד ורע ללוקח, אלא עושין משל אגוז שקמה ואשכרוע (מין עץ). ואין עושין אותו מצד אחד עב ומצד אחד קצר (מפני שהעב אינו נכנס כ"כ בתבואה ועובר מעל גביו ורע למוכר והקצר נכנס ביותר ורע ללוקח, וחיישין שבצד העב יבוא למחוק כשיבוא לקנות ובצד הקצר כשיבוא למכור, סמ"ע). ולא ימחוק מעט מעט, מפני שהוא מפחית ללוקח (דהעושה כן הוא מוחק הכל בכח ונכנס בעומק התבואה ורע ללוקח, וההיפך כשמוחק בבת אחת, סמ"ע), ולא ימחוק בבת אחת (במהירות), מפני שהוא מפחיתו למוכר, אלא בפעם אחת במתון".

סעיף ו

ע"פ **ב"ב פט: ומשנה פז**. פסק בשו"ע **"כשמודד דבר לח**, לא יעשה בענין שתעלה הרתיחה ויראה המדה כאילו היא מלאה, אפילו היא קטנה מאד שאין ברתיחה שוה פרוטה, וצריך להשהותה (הפוכה, סמ"ע) אחר שיפסיק הקילוח, כדי שיטופו ממנה שלשה טיפי, בד"א בבעל הבית המוכר, אבל חנווני אינו צריך להטיף (דהוא מוכר תדיר ואין לו פנאי לשהות)".

סעיף ז

ע"פ **משנה ב"ב פח**. וכת"ק **כרמב"ם** ודלא כרשב"ג ואף דכל מקום הלכה כרשב"ג אפשר דשאני הכא דמסתבר טעמיה דת"ק (ב"י), פסק בשו"ע **"הסיטון** שקונה {הרבה} ביחד ומוכר לחנונים, מקנה המדות שמודד בהם דבר לח (דדבר לח הוא נדבק במדות לאפוקי מהרמ"ה בב"י דגם בדבר יבש צריך לקנה מדות שהן עמוקות והאבק נדבק בהם, משא"כ בכף המשקולות דהכל מודים בדבר יבש) אחת לשלשים יום, ובעל הבית שאינו מוכר כ"כ, די לו שיקנה אחת ל"ב חדש, והחנוני שאינו צריך להטיף שלשה טיפין ונדבק בה הרבה, צריך לקנה פעמיים בשבת".

סעיף ח

ע"פ **משנה וגמ' ב"ב פח**: (ודרשין מהפס' "איפה שלמה וצדק") פסק בשו"ע **"במקום שנהגו למוד בדקה** (פירוש דקה כגון לוג, וגסה כגון קב וכשמודד בדקה היה ללוקח עודף מעט לכל לוג דאי אפשר לצמצם, משא"כ כשימדוד לו בקב דלא יהיה לו אלא עודף אחד לששה לוגין דרע ללוקח, ובהיפך הוא רע למוכר, סמ"ע ע"פ רשב"ם, ואילו לפי ה"טור פירושו בשניהן סאה או קב אלא שאחד גדול יותר שותות מהשניה דמותר להוסיף כדלקמן סעי' ט"ו, ואמר שמקום שנהגו למדוד סאה קטנה לא ימדוד בגדולה או איפכא אף על פי שרוצה לנכות לו או להוסיף לפי ערך), לא ימדוד בגסה אפילו אם יתן ג' גסות בשביל ד' דקות. וכן במקום שנהגו למוד בגסה לא ימדוד בדקה. ובמקום שנהגו לגדוש, לא ימחוק אפילו אם ירצה לתת לו שלשה מחוקות בשביל שנים גדושות. ואפילו במקום שמוכרים סאה גדושה בג' דינרים, וא"ל תן לי סאה מחוקה בב' דינרים, אסור, וכן במקום שנהגו למחוק, אין לגדוש".

סעיף ט

ע"פ **ב"ב פט**. פסק בשו"ע **"המשקולות עושין אותם ליטרא, וחצי ליטרא, ורביע ליטרא, אבל לא יעשה שליש ליטרא ולא חמישית ליטרא ולא שלשה רביעית ליטרא, מפני שמטעים בהם",** וכתב **רשב"ם** (בב"י) דבית דין קדמונים התקינו המדות עד כאן ופחות מכאן שוקלים במטבעות ואם יבא אדם לתקן בפחות אין שומעין לו פן יבואו לרמות ולומר זהו רביע ליטרא אי נמי מתקני מתקלי בענין זה ולא שליש ליטרא ולא חמישית ליטרא מפני שמטעין בהן.

סעיף י

ע"פ **ב"ב פט**: פסק בשו"ע **"אין עושין משקלות ממיני מתכת** אלא מצחיח סלע, ויש מי שאומר (ר"ת) שמשקלות של כסף וזהב ושל דבר יבש עושים אותם של מתכת, אם ירצו {וכן נהגו, ומשקולת קטנה ששוקלין בה כסף וזהב יש לחפותה בעור שבשחיקה מועטת מביא היזק גדול (תוס')}".

ביאר **הסמ"ע** (טו) ברישא דהטעם ברמב"ם מפני שמיני מתכות מעלין חלודה ומתחסרין ולפי"ז יש לזהר אפילו במשקל דדבר יבש, ור"ת נתן הטעם משום דהלכות דבוק בהן ומתיבש עליהן ומכביד, וזהו טעם דה"א דס"ל דמשקולות בדבר יבש מותר לעשות בשל מתכות, ומש"כ הרמ"א 'וכן נהגו' אדלעיל קאי שנהגין לעשות משקולות של דבר יבש ממיני מתכות, ואח"כ מתחיל ענין בפני עצמו דלמשקולות של כסף וזהב צריך לעשות חיפוי עור משא"כ למשקולות ששוקלין בהן בדיל ועופרת והדומה לו שאין באין לידי הפסד גדול אא"כ ישחקו הרבה וזה אינו שכיח משו"ה לא הקפידו.

סעיף יא

ע"פ **ב"מ סא: ושם פסק בשו"ע** "אסור להטמין המשקולות במלח" – לדעת ר"ת כדי שיקלו, ולרשב"ם מפני שמכבידין.

סעיף יב

ע"פ **משנה ב"ב פח. פסק בשו"ע** "החנוני ששוקל דבר לח, צריך לקנח המשקל פעם אחת בשבת, והמאזנים, בכל פעם ששוקל", וביאר **הסמ"ע** (יח) דדבר לח נדבק במשקל ובמאזנים, ומפני שהדבר לח מונח בכף מאזנים משו"ה הצריכוהו לכף מאזנים קינוח בכל פעם, משא"כ המשקל שמונח בכף השניה אין צריך קינוח אלא מפני דהמודד דבר לח נוגע בידו המלוכלכת.

סעיף יג

ע"פ **ב"ב פט. פסק בשו"ע** "המאזנים צריך שיהיו מיושרים כל אחד לפי מה שהוא. כיצד, מוכרי עששיות של ברזל וכיוצא בהם, צריך להיות חוטי המאזנים שאוחז השוקל בידו, תלוי באויר שלשה טפחים, וגבוהים מהארץ ג' טפחים, ואורך הקנה שכפי המאזנים תלויים בו ראשו י"ב טפחים, ואורך החוטים שכפי המאזנים תלויים בהם י"ב טפחים (כהבנת הרמב"ם ודלא כרשב"ם), ושל מוכרי צמר ושל מוכרי זכוכית, יהיו גבוהים מהארץ ב' טפחים, ואורך החוט שהם תלויים בו ב' טפחים, ואורך החוטים ואורך הקנה ט' טפחים. ושל חנוני ושל בעל הבית יהיו גבוהים מהארץ טפח, ואורך החוט שהם תלויים בו טפח, ואורך הקנה ואורך החוטים ו"ו טפחים. ושל מוכרי כסף וזהב ושל מוכרי ארגמן טוב ושאר עניינים דקים, יהיו גבוהים מהארץ שלשה אצבעות, ואורך החוט שהם תלויים ג' אצבעות, ואורך הקנה ואורך החוטים לא נתנו בהם שיעור, אלא כפי מה שירצה".

סעיף יד

ע"פ **משנה וגמ' ב"ב פח: פסק בשו"ע** "מקום שנהגו להכריע" ("דאמר קרא וצדק - צדק משלך ותן לו" ונלמד מכאן גם גבי מקום שלא נהגו הכרע כדלקמן, סמ"ע), צריך להכריע טפח. ובמקום שלא נהגו להכריע, שוקל עין בעין, וצריך להוסיף אחד (תיקו באיבעיא בגמ' באיזו כמות וכיון דספיקא אזלינן לקולא למוכר -) מק' בלח ואחד מד' מאות ביבש (הכרע הלח מרובה על היבש מפני שמן הלח ישאר בכלי ואין כן מן היבש, ה"ה). אם היה שוקל י' לטרים לא יאמר לו שוקל לי כל ליטרא וליטרא לבדה עם הכרעה, אלא שוקל את כולן בבת אחת והכרע אחת לכולן (דבפעם אחת אפשר לצמצם אותו פעם יותר מאשר יצמצם ב' פעמים דא"א שיצמצם כל ה' פעמים, סמ"ע). היה שוקל לו שלשה רביעי ליטרא לא יאמר לו שוקל לי כל רביעי ורביעי בפני עצמו, אלא ישקול לו ליטרא ויתן רביעי ליטרא עם הבשר (סמ"ע: דוקא במקום שאין מכריעין, דבמקום שמכריעין לא יעשה כן, דיהיה בזה הפסד למוכר דיצטרך ליתן לו הכרע גם לרביעי העודף על משקל ליטרא שהניח בכף מאזנים חנם, כי אף שהניח רביעי ליטרא לצד הבשר, הלא ההכרע כולו הוא מהבשר ולא מאותו רביעי משקל, נמצא דהבשר יכריע כל משקל הליטרא שהניח בכף מאזנים), שאם אתה אומר יתן חצי ליטרא ורביעי ליטרא בכף אחת שמא יפול רביעי הליטרא ולא יראהו הלוקח (וגי' הסמ"ע 'שמא יפילו ר"ל המוכר יפיל בערמה").

כתב **הסמ"ע** (כא) דמקום שנהגו וכו' לא קאי אכל המשקולות דסעי' י"ד ולא קאי אלא אחנוני שמוכר דבר מאכל וכיוצא בו ובגמ' מפורש ג"כ דשיעור הכרע משקל החנוני הוא טפח. עוד חלק שם עמש"כ הלבוש דצריך להכריע טפח שהוא מעט יותר ממה שדרך להכריע, דלמה כתב שהוא 'מעט' יותר הלא יותר 'הרבה' הוא גם במקום דאין מכריעין טפח שם שוקלין עין בעין אלא דנותנים הוספה וכמו שכתבו הטוש"ע בסמוך, ואי משום דא"א לצמצם הא כך לפעמים פוחת מעט כמו דלפעמים מוסיף.

כתב הסמ"ע (כב) ע"פ רשב"ם (בב"י) דלפחות מליטרא לא בעינן הכרע טפח דנפיש מדאי הכרע טפח בדבר קל.

סעיף טו

ע"פ ב"ב צ: פסק בשו"ע "בני מדינה שרצו להוסיף על המדות או על המשקלות, לא יוסיפו יותר על שתות, שאם היה הקב משל חמש (סמ"ע – 'מכיל חמש') ועשאוהו שש הרשות בידם, יותר על ששה לא יעשו".

סעיפים טז – יז

ע"פ ב"מ קז: והרמב"ם פסק בשו"ע "במידת קרקע בין אחים או בין שותפין, צריך לדקדק בחשבון מדידתו על פי העיקרים המתבארים בכתבי הגימטריא (חכמת השיעור והתשבורת ועליו אמרו שחשבון תקופות וגימטריאות הן הן פרפראות לחכמה ור"ל הן פרפראות לחכמת התכונה הקרוי חכמה ובינה, ה"ה), שאפילו מלא אצבע מהקרקע רואים אותה כאילו היא מלאה כרכום (כדבר חשוב). (יז) ארבע אמות הסמוכים לחרץ מזלזלין במדידתו, והסמוכים לשפת הנהר אין מודדין אותם כלל, מפני שהם של בני רשות הרבים (רש"י וסמ"ע: יד' אמות דאניגרא זלזל בהו דאנהרה לא תמשחנו כלל' כלומר אמת המים שהמשיכוהו מן הנהר הגדול אל השדות על פני הבקעה כולה, ומניחין בעלי כל שדה ושדה מלזרוע את אגפיה רוחב ד' אמות שלא תתקלקל שפתה, ומודדין אותה כולה ביחד, ומציינין אותו שלא יחרושו מן הסימן ולחוץ, לא תמשחנו כלל, אלא באומד הדעת יניחנו כדי שיהא ניכרים לעינים שהן שלימות ורחבות)".

סעיף יח

ע"פ ב"מ סא: פסק בשו"ע "המודד את הקרקע, לא ימוד לאחד בימות החמה ולאחד בימות הגשמים, מפני שהחבל מתקצר בימות החמה ("לא תעשו עול במשפט"). (רמב"ם -) לפיכך אם מדד בקנה או בשלשלת וכיוצא בהן, אין בכך כלום".

סעיף יט

ע"פ ב"ב פח: פסק בשו"ע "עונש המדות והמשקלות קשה מאד, שאי אפשר למודד או לשוקל שקר לשוב בתשובה הגונה, (רמב"ם ע"פ המדרש -) והרי הוא ככופר ביציאת מצרים (ה"ה): דכופר בהשגחה וסובר שהיא כלה בגלגל הירח ולא בארץ הנקראת על צד ההשאלה הדום רגלי השם כמו שאמר והארץ הדום רגלי וכן הוא הכופר במצוה הזו ויציאת מצרים היו בה מופתים מחודשים והם מורים על החידוש ועל ההשגחה ובה יתקיימו לנו ציווי התורה ואזהרותיה ובלתי כן יתבטלו כולן וזה מאמרו של הרמב"ם שהיא גרמה לכל הציוויים)".

כתב הסמ"ע (לד) ע"פ הרשב"ם דקשה תשובתן משום דא"א להשיבו לבעלים כיון דלא יוכל לידע למי מדד וכמה פעמים מדד להן, ואף דיש לו תשובה קצת במאי דיכול לעשות בו צרכי רבים וכמו שאמרו בב"ק צ"ד בגזלנים ובמלוה בריבית דאינן יודעין ממי גזלו וממי לקחו ריבית, מ"מ אין זה תשובה הגונה, משא"כ בשאר עבירות אפילו גדולות כעריות וע"ז דהן חטאים בינו ובין המקום יתברך, יש להן תשובה בחרטה ובידוי ובסיגופים, והב"י לאחר שהביא דברי הרשב"ם הנ"ל כתב שהרמב"ם "קיצר" דכתב 'שזה בינו ובין המקום וזה בינו ובין חברי'.

סעיף כ

ע"פ ב"ב פט. מימרא דרב חמא ("מעמידין אגרדמין בין למדות בין לשערים מפני הרמאין") ודלא כשמואל פסק בשו"ע "חייבים בית דין להעמיד ממונים על השערים שלא ירויח כל אחד מה שירצה, שאין לו לאדם להרויח בדברים שיש בהם חיי נפש (רמב"ם מכירה פי"ד, ונראה שדימה זה למה שאמרו שם בדף צ ע"ב אין אוצרין פירות בארץ ישראל דברים שיש בהן חיי נפש כגון יינות שמנים וסלתות, ה"ה), כגון יינות שמנים וסלתות, אלא השתות (ע"פ ב"מ מ: "אמר שמואל המשתכר אל ישתכר יותר על שתות) בד"א (שם 'איכא טרחיה ודמי כרזנייתא'), במוכר סחורתו ביחד בלא טורח,

אבל חנוני המוכר סחורתו מעט מעט, שמין לו טרחו וכל יציאותיו (כל זה נחשב לקרן ושתות מהכל מותר לו להרויח נוסף על הקרן והוא טפי מאילו לא הרויח אלא שתות מהקרן, סמ"ע), ומותר עליהם ירויח שתות. (רשב"ם ורא"ש בב"ב - בד"א, כשלא הוקר השער, אבל אם הוקר השער, ימכור כפי היוקר. (רמ"ה -) והני מילי היכא דאיכא בית דין דפרשו לכולהו מוכרים לזבוני הכי, אבל אי כל חד זבין בכל מה דיכול, לא מיחייב האי לחודיה לזבוני בזול (ואף הירא את דבר ה' אין צריך ליזהר בזה, סמ"ע סקל"ח, דכי שלמי פירי דידיה מזבני אחריני ביוקר ואפסידוהו לו לחודיה בידים לא מפסדינן)."

כתב הסמ"ע (לו) דלפי הרמב"ם והטור ג' חילוקים, בעיקר אוכל נפש הדומה ליינות ושמינים וסלתות יכול להשתכר עד שתות ולא יותר, ובדברים שאין בהן אוכל נפש כלל כגון הקושט והלבונה יכול להשתכר כל מה שירצה אפילו כפלי כפלים מהקרן, ובדבר שיש בו ממכשירי אוכל נפש כגון כמון ותבלין והדומה להן מותר להרויח עד הכפל ולא יותר וזה מה דאמרינן בדף צ"א אין משתכרין פעמיים בביצים פליגי בה רב ושמואל חד אמר על חד תרין וכו' (עיין ה"ה כס"מ וב"י), ודלא כב"י הסובר דתבלין כמון ופלפלין שהם מכשירי מאכל אדם בכלל דברים שיש בהם חיי נפש הם לענין שלא ישתכר בהם יותר על שתות.

כתב הסמ"ע (לז) דדווקא מוכר מעט מעט צריך ליתן לו שכר טרחו נוסף על הרויח משא"כ בשאר סוחרים וכמו שכתב המחבר בסימן רכז/כח גבי משא ומתן באמונה.

כתב בפסקי המשפט (ד) ע"פ הרמ"ה בסיפא דהמחבר והסמ"ע שם (לח), דבזמנינו שאין כח ב"ד יפה לכפות על השערים בכל הרשתות והחנויות שלא ירויחו יותר משתות במוצרים של חיי נפש, אזי אין חיוב גם על אדם ירא שמים למכור בזול אלא יכול להרויח כרצונו (ע"פ מנחת יצחק, ובשבט הלוי חולק, עיי"ש, וראה גם פתחי חושן אונאה יד, יא), ועוד נראה ע"פ מש"כ מחבר ע"פ הרמב"ם דכשיש טורח מוסיף, וכיום, חלק לא מבוטל מהמחיר נגרם משינוע המוצר ברחבי הארץ.

סעיף כא

ע"פ ברייתא דאגרדמים ב"ב פט. והרמב"ם פסק בשו"ע "כל המפקיע שערים שמוכר יותר מהראוי, רשאים להלקותו ולענשו כפי הראוי".

סעיף כב

ב"ב צא. (רשב"ם וע' גם בב"י) "ת"ר אין משתכרין פעמים בביצים אמר מרי בר מרי פליגי בה רב ושמואל חד אמר על חד תרי (דביצים אין בהם חיי נפש כל כך וגם טורח מרובה ורויח מועט הוא לעני המחזר בעיירות לקנות ביצים ולכך התירו לו להשתכר יותר משתות) וחד אמר תגר לתגרא (אלא תגר ראשון ימכור לצריכין אבל לא לתגר אחר דיש כאן ריוח שתי פעמים לתגר ראשון ולתגר שני ומוקירן יותר מדאי אבל בשאר דברים מותר שאם יוקיר זה ימצא אחרים שימכרו בזול)".

וזל השו"ע "אין משתכרין בביצים פעמים אלא התגר הראשון הוא מוכרן בשכר והלוקח ממנו מוכרן בקרן בלבד (רמב"ם), ויש מי שאומר (תוס' וטור) שמותר להשתכר בביצים עד הכפל (על חד תרי), אבל לא יותר".

כתב ערוה"ש (כב) דבזמנינו שמביאים אותם לשוק ככל הסחורות דינם ככל אוכל נפש.

סעיף כג

ע"פ ב"ב צא. פסק בשו"ע "אסור לעשות סחורה בארץ ישראל בדברים שיש בהם חיי נפש, אלא זה מביא מגרנו ומוכר, וזה מביא מגרנו ומוכר, כדי שימכרו בזול, ובמקום שהשמן מרובה, מותר להשתכר בשמן" ופירש רשב"ם "אין משתכרין - לקנות יין ושמן וסלתות מבעה"ב למכור בשוק אלא בעה"ב עצמו ימכור לצריכין כמו שימכור לחנוני ומיהו לקנות חטין ולעשות פת מותר דכיון דאיכא טירחא שרי אבל למכור הדבר בעין כמו שקונה אותה מבעה"ב אסור דהא בעה"ב נמי מצי מזבין ליה בלא טורח".

סעיף כד

ע"פ ברייתא ועובדי דאמוראי **ב"ב ז: צא**. פסק בשו"ע "אין אוצרין פירות" שיש בהן חיי נפש בארץ ישראל, וכן בכל מקום שרובו ישראל (רמב"ם רא"ש ועוד דהכי מוכחי עובדא דשמואל ואבבה שם דהא אינהו בח"ל הו). בד"א, בלוקח מהשוק, אבל לאצור הגדל בשלו, מותר. ובשנת בצורת לא יאצור יותר מכדי פרנסת ביתו לשנה".

דן הסמ"ע (מב) דמדלא כתבו הרמב"ם והמחבר בסעי' כג את הדין "שרובו ישראל" משמע דס"ל דאפילו בכה"ג דסעי' כג מותר בחו"ל, כיון דנתנו שיעור דאסור להשתכר יותר משתות מותר אפילו לסחור בו, והשתא אתי שפיר דהשמיטו הרא"ש והטור להאי ברייתא ולא כתבו להאי דינא דסעיף כג כלל וצ"ע, עיי"ש.

סעיף כה

בריייתא **ב"ב ז: צ** "תנו רבנן אוצרי פירות ומלוי ברבית ומקטיני איפה ומפקיעי שערים עליהן הכתוב אומר לאמר מתי יעבור החדש ונשבירה שבר והשבת ונפתחה בר להקטין איפה ולהגדיל שקל ולעות מאזני מרמה וכתוב נשבע ה' בגאון יעקב אם אשכח לנצח כל מעשיהם", וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "כל המפקיע שערים, או שאצר פירות בארץ ישראל או במקום שרובו ישראל, הרי זה כמלוה ברבית (דהרי השו"א אותן בברייתא, ה"ה) – ועובר על 'וחי אחיד עמך', סמ"ע.

סעיף כו

ע"פ הברייתא וכת"ק **ב"ב ז: צ** פסק בשו"ע "אין מוציאין פירות" שיש בהן חיי נפש מארץ ישראל לחוצה לארץ או לסוריא, ולא מרשות מלך זה לרשות מלך אחר בא"י".

כתב הסמ"ע (מד) דגם דין זה לא כתבו הרא"ש והטור, דס"ל דבארץ ישראל דוקא אסרוהו משום ישוב ארץ ישראל, ולא בחו"ל אפילו במקום שרוב ישראל, א"נ משום דבמדינות הללו בעו"ה אין מצוי רוב ישראל וה"ל כדבר שאינו נהוג.

סעיף כז – כח

מה המקור לתוקף של הסכמות ותקנות קהל בענין המידות השערים ושכר הפועלים? האם מספיק רוב? ואילו תקנות צריך הסכמת כולם?

מה הדין אם חלק מבעלי אומנויות עשו תנאי ביניהם שכל אחד מהם שיעסוק באומנות חבירו ביום של חבירו ייענש וכד' האם תנאים קיים או לא?

האם רשאים בני עיר לעשות תקנות שמחייבות את כל בני העיר ואין היחיד יכול להתנגד?

ב"ב ח: ח "ורשאין בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר פועלים ולהסיע על קיצתן" – לקנוס את העובר על קיצת דבריהם להסיעם מדת דין תורה (רש"י), וז"ל השו"ע (כז) "רשאים בני העיר לקוץ להם שער לכל דבר שירצו, ולהתנות ביניהם שכל מי שיעבור קונסים אותו כך וכך".

ב"ב ט. "הנהו בי תרי טבחי דעבדי עניינא בהדי הדדי דכל מאן דעביד ביומא דחבריה נקרעוה למשכיה (עור הבהמה), אזל חד מנייהו עבד ביומא דחבריה קרעו למשכיה. אתו לקמיה דרבא חייבינהו רבא לשלומי, איתיביה רב יימר בר שלמיא לרבא ולהסיע על קיצתם לא אהדר ליה רבא אמר רב פפא שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי ה"מ היכא דליכא אדם חשוב אבל היכא דאיכא אדם חשוב לאו כל כמיניהו דמתנו", וז"ל השו"ע (כח) כלשון הרמב"ם "רשאים בעלי אומנות {לעשות תקנות בענין מלאכתם כגון (טור)} לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד ביום שיעשה חבירו וכיוצא בזה, וכל מי שיעבור על התנאי יענישו אותו כך וכך {והא דבני אומנות יכולים לתקן ביניהם תקנות היינו כולם ביחד (פתי"ש: לשון הלבוש דדוקא שהיו כולם ביחד ותיקנו ע"פ הרוב, וראה לקמן) אבל שנים וג' מהם לא מהני (ה"ה)} בד"א, במדינה שאין בה חכם חשוב ממונה על הציבור, אבל אם ישנו אין התנאי שלהם {או של כל בני

העיר (טור) { מועיל כלום, ואין יכולים לענוש ולהפסיד למי שלא קיים התנאי (כלומר עבר על התנאי, דאם נפרש על קבלת התנאי אזי משמע שאם קיבל עליו התנאי אע"פ שלא היה בפני החכם חייב וזה הפך מאי דאיתמר בגמרא, ב"י), אלא אם כן עשו מדעת החכם } מיהו אם ליכא הפסד לאחרני יכולין לתקן ביניהם מה שירצו (ר"ן) }."

[בענין מקור הסמכות של בני העיר, יש להרחיב מעט ע"פ מאמר של הרב ישועה רטבי בנושא: המרדכי (סימן תפ) כתב כשם שהבית דין יכול לתקן תקנות מדין הפקר ב"ד הפקר כך גם טובי העיר הם כמו גדול הדור והפקרם הפקר, ומכאן הסמכות שיש לטובי העיר לתקן תקנות, והרא"ש הוסיף שכל בעלי האומנות נחשבים כבני עיר לעצמם. הריב"ש (סימן שה) כתב שהסמכות של הקהל לתקן תקנות היא ככל תנאי שבממון, והחת"ס (או"ח קצג) כתב "בני הקהילה - דין שותפים להם"].

על הגהת הרמ"א ע"פ הטור שבישנו חכם אף תנאי "של כל בני העיר" אינו מועיל, כתב הסמ"ע (מה) שאולם מהר"ם אלשק"ר כתב ע"פ הרמב"ם והרמב"ן דדוקא אבני אומניות קאי, אכן בש"ך (ד) כתב דמקור הדין ברא"ש שכתב שבעלי אומניות הם הנקראין בני העיר בענין מלאכה, וגם דינו אמת, דהא פריך בש"ס לרבא ורשאין בני העיר להכריע על קצותן ומשני ה"מ דליכא אדם חשוב, ש"מ אפילו בני העיר אינן רשאין לתקן זולתו ועוד דאם איתא דבני העיר עדיפא אם כן מאי פריך מבני העיר, "וכן נראה להורות כמור"ם" ודלא כסמ"ע.

בשו"ת חת"ס (פת"ש ו) הביא מהריב"ש כסמ"ע דדוקא בני אומנות צריכים הסכמת חבר עיר אבל בני קהילה לא צריכים וכ"פ, אמנם בחוט המשולש וושב הכהן האריכו לדחות את הסמ"ע וגם בני עיר אם יש שם ת"ח הממונה על הצבור אינם יכולים לעשות תקנה עד שיסכים עמהם ורבים מאוד מהראי' כולחו ס"ל דאין חילוק בין בני אומנות או בני עיר ובודאי יש לנו לומר דגם הרמב"ם ס"ל כן, דאליכ איך לא היה מביא אחד שהרמב"ם חולק בדין זה, ומעתה אין ספק דהלכתא הכי, ודברי הרמ"א והלבוש שכתבו 'או של כל בני העיר' הוא ברור ואמת להלכה ולמעשה.

בבא"ה (כו) כתב דבספר בני חיי האריך מאד בעניני תקנות הצבור ובית דין למגדר מלתא ולטובת בני העיר והביא כמה דינים - דעת משפט צדק אפילו למ"ד דהרוב יכולין לכוף המיעוט ה"מ במעמד כלם (וכן דעת מהרשד"ם, רע"א), וכ"ד מהרש"ך הא דמהני רוב נגד המיעוט היינו דוקא כשהיו כולם במעמד אחד ונשאו ונתנו בדבר ועלתה הסכמתם לפטור או לחייב אבל כל שאינן נקבצין במעמד אחד כולם אלא שהשמש הולך לכל א' וא' בפני עצמו אין הרוב מועיל כנגד המיעוט. תשובת הרמ"א - אם כבר קיימו וקבלו אנשי העיר בתקון זה שוב א"י למחות. מהריב"ל - אם הדבר לסלק סכנה ונוק יכולין הרוב לכוף המיעוט לכ"ע, אפילו למ"ד דמלתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי יכולין הרוב לכוף המיעוט אך אותן שלא היו בעיר בשעת ההסכמה לא נכנסו, והמשפט צדק חולק דאפילו המיעוט אינן בעיר חייבים לקיים מה שהסכימו הרוב וכן המנהג. משא מלך - לשנות ממנהג אפילו יחיד יכול למחות. מהרי"ק - כל מה שהסכימו בעלי אומניות והתנו קיים אף בלא קנין ואין א' מהם יכול לחזור בו. מהרלב"ח (ברע"א) - אם בתחלה נועדו יחד הרוב והסכימו לדעה א' אפילו ירצו אח"כ לומר נחזור ונעמדה יחד יכולים המיעוט למאן ולסרב בדבר מאחר שהסכימו בלי ידיעתם ודווקא המיעוט יכולים למחות אבל הרוב שהסכימו א"י לחזור ולמחות לסוברים דמהני קבלת הרוב.

גם הפת"ש (ג) הביא בענין זה דכתב החות יאיר שנחלקו גדולי הקדמונים אם דוקא כל בני העיר ביחד או הרוב יכולים לכוף המיעוט (רע"א בסע' הבא ע"פ מגן גבורים - ר"ת רמב"ם ריב"ם ור"י בר קלונימוס ס"ל דהיכי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ולית ביה משום מגדר מלתא בעי דוקא כולם, ולרשב"א רמב"ן רא"ש ועוד דהרוב יכולים לכוף המיעוט) וכתב להשוות המחלוקת דודאי לתקן תקנות דלא שייכי בדין ודת של תורה כלל כגון הנהגת בעלי בתים ונשותיהם ומלבושים ומנהגי הסעודות וזיווגים ומכ"ש מה שהוא סייג וגדר לתורה ומצוה לא יכול יחיד או יחידים לעכב כלל אם רוב ציבור או אותן שנתמנו ע"פ רוב ציבור תיקנו איזה דבר, משא"כ בתקנות שהם נגד הדין והדת כגון בנתינת מס מנכסים שחוץ לעיר אם היה הדין נותן נגד תקנתם או שאפילו העשיר כמה רבבות לא יתן רק מסך כך וכך, אף שכוונתם רצויה ונימוקם עמם, מצי יחיד לעכב, והסברא נותנת לחלק בכך אף שלא חילקו הגדולים בזה בעצמם, ועוד כתב דאפילו היכא דמצי יחיד לעכב נגד הרוב, דוקא בתחילת התקנה כשרוצים לתקן או שצוח מיד כשיצא לאור, משא"כ בששתקו מתחילה וכבר נהגו הציבור כך פעמים ושלש בלי פוצה פה ולבסוף צוחו יחידים שתיקתם מתחילה הוי כהודאה.

עוד כתב **הפ"ש** (ו) עמש"כ הבא"ה בשם מהרש"ך ועוד דאפילו למ"ד דהרוב יכולין לכופ המיעוט ה"מ במעמד כולם דכן הוא בכמה מתשובות הרשב"א המוזכרות בכמה מקומות בב"י, והביא שכתב **בכנה"ג** בשם **מהרי"ט** דאם לא היה המשא ומתן יחד, אף על פי שיחזרו וישאו ויתנו כולם והראשונים שהסכימו שלא במעמד כולם עדיין הם בסברתם, אף על פי שהם רוב לגבי האחרים אין הסכמתם קיימת מטעם רוב לפי שהם נוגעים בדבר, דכסיפא להו למיהדר ממה שהסכימו בראשונה שיאמרו שאלו האחרים הצילום מהשגיאה. עוד בענין רוב מתוך כולם הביא דבתשובת **פני משה** כתב (ליישב כמה תשובות במהרשד"ס) דאפילו אם היחיד הוא רק מיחידי הקהל יכול לערער על מה שנעשה בלעדו כיון דלא היה רוב מתוך כל אך זה דוקא באם היה היחיד בעיר ולא נועדו עמו אבל אם לא היה בעיר לא בעינן רוב מתוך הכלל אלא מתוך כל הנמצאים בעיר, אך דאם זה היחיד ממפרנסי הקהל אף אם הלך מחוץ לעיר יכול לעכב, ואילו דעת **הבר"י** דלעולם סבר מהרשד"ס דהא דהרשב"א והרא"ש וסיעתם דבעינן רוב מתוך כולם אינו אלא במבוררים כממונים ופרנסים ובכה"ג ביחיד מהיחידים אפילו אם היה בעיר מוטל עליו לקיים כל דבר אשר הסכימו מנהיגי הקהל, ואם הקהל מנהגם שכל פורעי המס יהיו במעמד ונכללים במנין נמצא שכל פורעי המס הם מבוררים והיו כממונים, משו"ה מה שלא נמצא אתם האיש הזה דינו כאילו לא נמצא הממונה בשאר דוכתי.

סימן רלב – המוכר דבר במדה ובמשקל וטעה או שטעה במנין המעות ומוכר דבר ונמצא בו מום

סעיף א

ראובן מכר קרקע לשמעון ונמצא בה מום האם מום בקרקע מבטל המכירה? (ראה גם לקמן ריש סע' ג)

גיטין יד: "קנין בטעות הוא וכל קנין בטעות חוזר". **קידושין מב:** ועוד מקומות "אמר רבא כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה חוזר" ופרש"י שאין זה כשאר אונאות דקיי"ל בב"מ מ"ט דפחות משתות מחיל אינש דהתם אין כל אדם יכול לצמצם הדמים אבל טועה במדה טעות הוא ואדעתא דהכי לא עבד.

הר"ן (ב"ב קג): האריך בשיטות הרא' אהא דתנן שם מדה בחבל פחות כל שהוא ינכה יתר כל שהוא יחזיר, דדעת **רשב"ם** דאע"ג דאמר רבא כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה חוזר הני מילי במטלטלי אבל במקרקעי לא שייך בהו חזרה והוכיח כן מדף צ', וכתב הר"ן דליתא דודאי רבא אפילו במקרקעי אמרה וכן מוכח בקידושין שם דמדובר גם בקרקע, אלא ביאור הענין דנהי דאמרינן דכל דבר שבמדה וכו' דוקא כגון שאי אפשר להשלים הא איפשר להשלים משלים ואינו בטל כיצד מכר לו סאה פירות ונמצאת חסירה משלים אבל בשאי אפשר להשלים כגון בקרקעות בטל מקח לגמרי והיינו טעמא משום דאמר ליה מדה בחבל כדכתיבנא ולפי זה המוכר שדה לחבירו ונמצא שגזל מוכר מקצתו והרי אותו מקצת יוצא מתחת ידו מכיון שבטל מקצתו בטל כולו וכ"ד **הרמב"ם רמב"ן ורא"ש** דדוקא בדבר שאי אפשר להשלים בטל מקח, אבל **הרשב"א** סובר דכי אמר רבא כל דבר שבמדה אפילו פחות מכדי אונאה חוזר לאו בטול מקח קאמר אלא אונאה חוזרת ושתות ופחות משתות ויתר על שתות כולן שוים בדבר זה שבכולן המקח קיים והאונאה חוזרת ואין חילוק בין דבר שאפשר להשלים לדבר שאי אפשר להשלים שאפילו בדבר שאי אפשר להשלים כבית או שדה קנה ומחזיר אונאה והיינו מתניתין דתנן ינכה והיינו דשמואל דאמר מקמצין (ב"ב קו:) ולפי זה הלוקח שדה מחבירו ומקצתה יוצא מתחת ידו מפני שגזלה מוכר המקח מתקיים בשאר.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "המוכר לחבירו במדה ובמשקל או במנין, וטעה בכל שהוא, חוזר לעולם, שאין אונאה אלא בדמים אבל בחשבון חוזר, כיצד מכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצא 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". ביאר **הסמ"ע** (א-ג) בקצרה ע"פ הב"י והרא" דטעה בכל שהוא וכו' דדוקא באונאה אמרו חז"ל דמחיל

עד שתות דאין המוכר והלוקח יכולין לצמצם שווי דמי המקח משא"כ במדה ובמשקל ובמנין, וחוזר לעולם כלומר דהמקח קיים והאונאה שהטעהו בה חוזרת ומשלים לו המנין או המדה והמשקל בדברים שאפשר לו להשלים וכדמסיק במכר לו אגוזים, אבל במכר לו קרקע ואמר לו שהיא ארוכה כ' אמות, וחסירה חצי אמה ואין לו להשלים מקרקע שבצדה, המקח בטל לגמרי, ואפילו לזמן מרובה, ולאפוקי אונאה שנתנו שיעור ללוקח בכדי שיראה לתגר או לקרובו ולמוכר עד שיזדמן לו מכר כזה ולא יותר, דשאני הכא דטעותו ידועה, ודומה לחזרת הגזילה דאין לה זמן. אולם **רע"א** פסק כרשב"א והר"י מגאש (בב"י בסימן ר') דאף בא"א להשלים קנה ומחזיר הטעות דיש קנין לחצאין, וכן מוכר שדה ונמצאת חציו גזולה (כנ"י בב"י ודלא כריטב"א שכיון שלא חל המכר על הגזול כלל הוי דינו כאילו נמצא חסר ממנו).

תמה **הסמ"ע** (ד) מדוע לא כתב מש"כ הטור בשם הראב"ד דפעמים שהמקח בטל וחוזר בו כל זמן שלא השלים לו כיצד היה תופס שק מלא אגוזים וא"ל הילך שק זה בדינר ויש בו סאה של אגוזים והלך ומדדו ולא היה בו סאה ה"ז חוזר אף על פי שזה רוצה להשלים לו הסאה אבל אם היה לפניו שק של אגוזים וזה יודע שאין בו שיעור מדה וזה אומר הנה לך סאה של אגוזים בדינר ונטלו ומדדו ולא מצא בו מדה ה"ז קנה וישלים שהרי זה היה מכיר שלא היה בו סאה ועל דעת שישלים לו נטלו, ולמד כן מהמקדש את האשה במנה זה בקידושין ח' דאם לא ידעה ונמצא חסר דינר אינה מקודשת דעד כאן לא מפלגין בין מכר למלוה בכהאי גוונא אלא כשלא אמר מנה זה, ואף דכתב הרב המגיד שהראב"ד חולק בזה על הרמב"ם ושדברי הרמב"ם עיקר בזה הא השיג הב"י בזה על ה"ה וכתב שגם הרמב"ם מודה בזה וכן עיקר וכן מוכח מהטור.

סעיף ב

[מה הדין במלוה לחבירו ומצא הלואה יתרון במעות?]

ע"פ מימרא דרב נחמן ב"מ סג: גבי מאן דאוזיף פשיטי מחבריה ואשכח ביה הלואה טופיינא כלומר יותר ממה שסיכמו שילוה לו וע"פ פירוש רש"י, פסק בשו"ע "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 (ואפילו אי איניש תקיפא הוא דלמא מגזל גזליה המלוה מן הלואה לפני ימים רבים ועכשיו רוצה להשיב ואבלע ליה המלוה את הסכום שגזלו בחשבון, ואפילו אי מדובר באיש שלא היה לו עמו שום עסק מעולם איכא למימר אינש אחרינא מיגזל גזליה וא"ל להאי כי אתי פלוני גבך אבלע ליה בחשבון, שם בגמ' (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 (כלומר אם נמצא ו' או ח' יתירים, אין אנו אומרים חמשה מהן יחזיר ויתלה בטעות החמישיות והמותר יקחנו לנפשו, אלא אמרינן כמו שהמותר הוא במתנה כן נמי החמשה במתנה נתנם לו, סמ"ע). (רמב"ם ורא"ש -) ובלבד שהמעות יתרים שמצא לא יהיו כמנין החמישיות או העשירות, שאם היו כמנינם חייב להחזיר לו שמא האחרים שהיה מונה בהם החמישיות או העשירות נתערבו עמהם (פירוש - שאם היה לו בידו ארבעים דינרים ונותן ארבעים וארבעה או ארבעים ושמונה, אמרינן דהארבעה הנוספים הן מכח שמנה בעשירות ולכל עשירי שמנה הניח דינר אחד מן הצד לראות לסימן כמה עשירות מנה לו, כי כן דרך המונים, נמצא, כשמנה ארבעים דינרים הניח מן הצד ד' דינרים, ואותן האחדים שמנה בהן העשירות נתערבו בתוך המ' דינרים שמנה, ודין טעות יש לו ולא דין מתנה, סמ"ע) {ובמקום שרגילים למנות אחת אחת או שנים שנים וכיוצא בזה, מקרי שהדעת טועה לפי המנהג שרגילין למנות (תוס' וה"ה) }".

גבי נידון דאמרינן מעות מתנה כתב הסמ"ע (ח) בשם הדרכ"מ דאם בא אח"כ הנותן ואמר טעיתי במנין המעות שנתתי לך, דעת רי"ו דחייב להחזיר לו, ודעת הג' מרדכי דאין צריך להחזיר, וכתב הש"ך (ב) שהש"ג פסק דצריך להחזיר, וכתב עוד שהמלוה לחבירו ואינו תובע הלואתו אין הלואה חייב לשלם לו מאיליו הואיל ואינו תובע אומר דבמתנה ביקש ליתן לו, וכתב הש"ך דצ"ע בזה.

סעיף ג

עד מתי יכול המתאנה לחזור בו ממקח במקרה של אונאה (ראה רכז/ז) ועד מתי ניתן לחזור ממקח כאשר נמצא בו מום? מה הדין הנידון לעיל כאשר עדיין לא שילם, כאשר נאנס ולא כל לבדוק בזמן, וכאשר כבר השתמש בחפץ?

ע"פ הרי"ף והרמב"ם (ה"ה: ע"פ הגמ' דסעי' א') פסק בשו"ע "המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלים, ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפילו לאחר כמה שנים, שזה מקח טעות הוא (רמב"ם -) והוא שלא ישתמש במקח אחר שידע במום, אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום ה"ז מחל ואינו יכול להחזיר (ה"ה: נראה שלמד כן מכתובות ע"ה המקדש את האשה ובא עליה ונמצאו בה מומין דאמרינן חזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו יפה וחייב בכתובתה)".

כתב הסמ"ע (י) בשם הרב המגיד דלאו דווקא נשתמש אלא הוא הדין אם היה דבר שהלוקח יכול להבחין לאתגר כגון שיכולין לנסותו ולטועמו ולא הקפיד לעשות כן, והמוכר מכר לו סתם, אינו חוזר, וכתב התיבות (א) דהטעם נראה דהוי כמו בכדי שיראה ולא הראה, ובמל"מ (נתיבות ופת"ש) הקשה דהא אפילו ראה המום ושתק לא הוי מחילה עד שנשתמש בה ומכל שכן כשלא ראה המום כלל רק שהיה יכול להראותו, וכן מוכח מהרמב"ם מדכתב והוא שלא נשתמש בו אחר שראה המום, משמע דאפילו ראה המום ושתק חוזר, דאי לא מאי אריא נשתמש אפילו ראה ושתק אינו חוזר, וא"כ ק"ו בהיה יכול לבדוק ולא בדק דודאי חוזר, ועוד דהא כתבו התוס' בב"ב דף צ"ו גבי כל ג' ימים דאי לא טעמו המוציא מחבירו עליו הראיה אלמא דאף שיכול לטועמו תיכף לא אמרינן דמחיל. בפת"ש (א) הביא כמה פוסקים שצינו למהריט"ץ שחולק על הסמ"ע, ואילו בשו"ע כתב דאין כאן מחלוקת כלל, דאם קודם גמר המקח היה יכול להבחין, וזהו פירוש לאלתר שכתב ה"ה ולא הבחין, ש"מ דמחל אף אם יהיה בו מום זה, אבל אם כבר גמר המקח ונתגלה בו מום אף אם אח"כ שתק זמן מה יכול לחזור בו, והא דשתק לפי שלא היה לו עוד צורך במקח ההוא וכיון שידע שיש לו עוד שהות לחזור כל אימת שיצטרך לדבר, לכן כל זמן שלא השתמש במקח לא הוי מחילה. התיבות כתב די"ל דכוונת הסמ"ע דכמו בראה המום ונשתמש בו אמרינן שמחל, כה"ג ביכול להבחין ונשתמש בו אמרינן ג"כ שמחל אך כתב עליו הפת"ש דאף שהדין אמת לא ניתן להכניסו לה"ה והפירוש הנכון כשבו"י. בערוה"ש (ה) כתב דלא כנתיבות דכי מחוייב הלוקח להעלות על דעתו שהמוכר אנהו וכי באומדנא קלה כזו נחייב את הלוקח שקנה דבר ואח"כ נתגלה בו מום, "וכן משמע מכל רבותינו הראשונים דרק שימוש אחר שנתוודע בהמום הוי מחילה ולא דבר אחר וכן עיקר לדינא".

גבי מה שחילק המל"מ עצמו דכשלא נתן המעות אמרינן דלכך שתק כיון דלא נתן המעות וסמך שינסה קודם שיתן המעות ור"ל דכשלא נתן דמי המקח לעולם יכול לחזור בו (פתחי חושן ה, יג, ט), כתב התיבות (א) דעדיין קשה, דא"כ באונאה אחר שיראה ג"כ נימא הכי דכשלא נתן המעות לא מחיל והש"ך בסימן רכ"ז כתב דדוקא בשיש לו מיגו נאמן מוכח דבלא מגו לא אמרינן דמחיל, ולעומ"ז הפת"ש כתב דהביא בסימן רכ"ז דכמה גאונים הסכימו לדברי המל"מ דגם בלא מיגו נאמן בכה"ג לומר לא מחלתי, ובגלילא מסכת כתב על המל"מ דזה דוקא אם עדיין לא נשתמש אבל אם נשתמש לא שייך לחלק בזה בין יש בידו או אין בידו, דכיון דאם לא נתפייס על המום לא היה רשאי להשתמש בו דנקרא גזלן, בודאי דאינו מועיל מה שהיה מעות המכר בידו.

עוד כתב התיבות (א) דאם לא היה יכול להחזירו כגון שלא היה המוכר בביתו והוא דבר שעושה ואוכל ונשתמש בו כדי שיעשה ויאכל, יכול לחזור בו אפילו אחר כמה ימים, דנהי דנתבטל המקח, מ"מ דמי לשומר אבידה בסימן רסז/כב שאם הוא דבר שעושה ואוכל שיעשה ויאכל (פת"ש: כ"כ בתשובת מיימוני עיי"ש). וגבי אונאה כשנשתמש בו ולא החזירו מחמת שלא היה המאנה בביתו אם הוא שתות הרי הוא קנה ומחזיר אונאה, אפילו נשתמש בו אינה ראייה שמחל דהא שלו הוא, רק כשהיה יכול להחזירו ולא החזירו אמרינן דמחל, וביותר משתות דמי למום, לכן אפילו לא היה יכול להחזיר, אם נשתמש בו אחר בכדי שיראה אמרינן דודאי מחל וכתב הפת"ש (א) שכ"כ הריטב"א, וכ"כ במחנ"א והוסיף עוד דהוא הדין לענין מום אם נמצא מום במקח והודיע למוכר ואח"כ נשתמש בו יכול לחזור ולא אמרינן בכה"ג דמחל ואינו יכול להחזיר, אולם בתשובת גליא מסכת חלק דיש לחלק בין טענת אונאה לטענת מומין, דבשלמא בטענת אונאה אף ביתר משתות מ"מ גוף המקח ישר

בענינו ועיקר טענתו הוא על הוספת דמים, שפיר י"ל דמועיל הידיעה למוכר כדי שידע שמה שהשתמש לא יהיה מחילה לתביעת ממון שיש לו, הואיל ואינו יורד המוכר תיכף לבטל המקח מסתמא מתרצה לסלק דמי יתרון שקיבל ושניהם רוצים בקיום המקח, משא"כ בטענת מומין דאין ביניהם טענת דמים כלל רק שאינו מתרצה בעיקר הקניה, בודאי שאין שום תועלת במה שהודיע למוכר תביעת המום שיהיה לו רשות להשתמש בו, ומדהשתמש על כרחך שהתפייס על מומו, וכתב הפת"ש דנעלם ממנו המחנ"א, אולם אם כבר שילם למוכר ובא עתה להוציא מהמוכר צ"ע כי לכאורה דברי הרב גליא מסכת הנ"ל דברים של טעם הם.

ראובן תושב באר שבע קנה מכונית משא משמעון שגם הוא תושב באר שבע, על מנת שהיא תקינה, והקונה נסע במכונית כדי להוביל משא לחיפה, באמצע הדרך הרגיש בתקלה ומיד חזר לבאר שבע, ותובע מהמוכר לבטל את העסקה כי מכונית תקינה קניתי ממך והרי היא לא תקינה והמוכר טוען היה עליך להודיעני מיד כשהרגשתי בתקלה, עם מי הדין?

עוד כתב בפת"ש (שם) דכתב בספר **ארחות משפט** דעוד יש להסתפק טובא בעיקר דין זה דאם השתמש, א"א הקונה הוא מההמונים ועמי הארץ שאינם יודעים כלל מדין דאם השתמש בו, ואינו יודע כלל מעיקר דבר זה דאסור להשתמש בו מאחר דרוצה להחזירו, אך מורה היתר לנפשיה דכל זמן שחבירו לא החזיר המעות מותר לו להשתמש בו, אבל מ"מ אינו מוחל בשום אופן, וצווח ככרוכיא שודאי רוצה לחזור, ³ומכל שכן אם ראה המום בדרך [כגון אם קנה סוס ונסע עליו בדרך ובאמצע הדרך מצא בו מום ונסע על הסוס בחזרה לעירו ובדעתו לעמוד על זה בדין תורה אך עכ"פ הלא זה השתמש בו אחר שראה המום], האם נאמר בכזה דודאי מחל, והלא אנו רואין דודאי לא מחל אך מגודל הכרח משתמש בו, הילך ברגליו ויוליד בידיו העגלה עם המשא שעליו, וצ"ג בכל זה, וכתב הפת"ש דלכ' פשוט בדין א' שהשתמש מחסרון ידיעה אינו יכול לחזור דלא נתנו חז"ל דבריהם לשיעורין, ובדין ב' שהשתמש מכח אונס שראה המום בדרך לכאורה פשוט דודאי יכול לחזור, כמו באונאה יותר משיעור כדי שיראה וצ"ע.

כתב בפסקי המשפט (ה) שהיוצא מהפת"ש שאם היה השימוש מחוסר ברירה ודאי יכול לחזור כיון שהשתמש מכח אונס לא מקרי מחילה, וכתב דלפ"ז אם קנה רכב ותוך כדי נסיעה מחוץ לעיר הבחין שהרכב פגום ורוצה לבטל המקח יכול לעשות זאת אע"פ שהמשיך להשתמש ברכב עד שחזר לעיר, דכיון שאינו יכול להשאר מחוץ לעיר ללא רכב אין שימוש זה מונע ממנו לבטל את העסקה.

ראובן קנה פרשיות תפילין מהודרות מסופר סת"ם, בהגהה אחר שנה נמצאו הפרשיות פסולות מעיקרן, האם יכול לתבוע את דמי הפרשיות מהסופר?

עמש"כ הסמ"ע (י) דאם היה דבר שהלוקח יכול להבחין לאלתר כגון שיכולין לנסותו ולטועמו ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם אינו חוזר, כתב **כסף הקדשים** (כאן סע' ג') דאם אין דרך התגרים להבחין וכמו חבית יין אין מי שיבחין כמה שמרים בה אם נמצא כשעירה שמרים יתרים מכפי הראוי הו"ל מום, ובפסקי המשפט כתב ע"פ דבריו דאם המנהג הוא שלא לבדוק אם יש פגמים במוצר שקנה לא איבד הלוקח את זכותו למרות כן.

ע"פ הנ"ל ניתן לומר שיכול הקונה לתבוע דמי הפרשיות מהמוכר שאין המנהג לקחת תפילין חדשות מסופר סת"ם ולבדקם, ועוד שקשה לומר שהקונה מחל בעקבות השימוש או הזמן, שאין אדם מוחל בשום דבר שבעולם על תפילין פגומות, ודמי למש"כ הנהיבות דאם השתמש ולא היה יכול להחזירו כגון שלא היה המוכר בביתו לא נחשב שמחל, וגם כאן כיוון שלא נוהגים לקחת תפילין חדשות מסופר סת"ם לבדיקה לא נחשב שמחל, אלא דיש לציין למש"כ **בכסף הקדשים** בסע' י"א גבי ראייה על המום דתפילין שנבדקו ונמצא בהם פסול והקונה תובע מהסופר או ממי שמכר לו, כל שניכר שהפסול הוא מתחלת כתיבה הרי פשיטא שצריך להחזיר לו המעות, אך פסול שאפשר שנעשה הטשטוש או המחק מחמת היישון הסופר יכול גם להוציא המעות מהקונה מצד כאן נמצא כאן היה כל שנטל על דעת קנין.

סעיף ד

ראובן מכר כלי לשמעון ונמצא פגום פגם המפחית אותו מדמיו, האם ראובן יכול לומר לשמעון קח את הכלי ואני אשלם לך דמי הפגם? ומה הדין אם שמעון מוכן לקחת את הכלי ואומר לראובן אקח את הכלי בתנאי שתשלם לי דמי הפגם?

כלשון הרמב"ם (ה"ה: פשוט הוא וכן הוא בב"מ פ. שמוס הוא כמקח טעות) פסק בשו"ע "אין מחשבין פחת המום, אפילו מכר לו כלי שוה עשרה דינרים ונמצא בו מום המפחיתו מדמיו איסור, מחזיר את הכלי ואינו יכול לומר לו הילך איסור פחת המום, שהלוקח אומר בחפץ שלם אני רוצה (ולא דמי לחזרת אונאה דסימן רכז/ב, דשם המקח שקנה הוא שלם בלי מום אלא שנתן לו יותר מדמי שוויה אבל כאן גוף המקח יש לו חסרון, סמ"ע), וכן אם רוצה הלוקח ליקח פחת המום הרשות ביד המוכר לומר או קח אותו כמו שהוא או תקח מעותיך והחזיר לי מקחי".

כתב הסמ"ע (יב) גבי הסיפא דלפמשי"כ הרמ"א רכז/ד ע"פ ר' יונה שכל שלא גילה המתאנה דעתו שרוצה לקיים המקח ומסתמא יחזור בו, הרשות גם ביד המאנה לחזור בו, הכי נמי ביש בו מום במה שקנה, ולמד ה^נתיבות (חי' ו') בדבריו דאם כבר נתרצה הלוקח במום לכ"ע אינו יכול לחזור.

ערוה"ש (ו) חלק אסמ"ע ואף ליי"א שם בסימן רכ"ז (ר' יונה), במום לכ"ע אין המוכר יכול לבטל המקח דבאונאה אפשר שלא ידע המקח אבל במום מסתמא ידע.

כתב השב"י (פת"ש ב) דמי שקנה כמה חתיכות בגד במקח אחד ונמצא מום באיזה מהם, הרשות ביד המוכר לומר החזר לי כולם כיון שבמקח אחד קנה כולם.

סעיפים ה – ז

יש מומים שמבטלים המכירה ויש שאין מבטלים, ונאמר בזה כלל איזה מומים מבטלים איזה אינם מבטלים, מה הוא הכלל?

מה מקרי מום לבטל מקח, ואם המוכר התנה על מנת שאינך חוזר במום, האם מהני התנאי?

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע (ה) "ראובן שמכר לשמעון בתים שיש לו בעיר אחרת (לאחר ששמעון ראה הבתים והיו שלימים), וקודם גמר המקח נכנסו עובדי כוכבים בבתיים וקלקלו קצת מקומות ועשו הכתלים ועקרו דלתות הבית והחלונות (ושמעון לא ידע מזה וגמר המקח בסברו שנשארו כמו שהיה כשראם, ואחר גמר המקח נתוודעו שנתקלקלו קודם גמר המקח -) ורוצה שמעון לחזור בו, וראובן טוען שכיון שהוא מום עובר ינכה לו מן הדמים כדי שיחזיר הבית לקדמותו ויקיים המקח, הדין עם ראובן {שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית (סמ"ע: ודוקא בזה שהיה יכול לחזור לקדמותו בדמים שינכה לו ומחשב מום עובר וכ"כ שם הרא"ש, אבל במום קיים אפילו בכל שהוא, כבר נתבאר בסע' ד' ויתבאר בהמשך ההגהה דהמקח בטל במום שהוא בגוף הבית) (הג' מרדכי -) וכן מום שאינו בגוף הבית, כגון שיש לאחר דרך עליו או אמת המים עוברת שם, מסלק המום 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".

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע (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", וכתב ה"ה דזה פשוט דהכל כמנהג המדינה.

ועוד ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע (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 (דיכול לומר סברתי שאין בו מום, וגם אתה לא אמרת לי כן מפני שידעת שיש בו מום אלא להשביח דעתי אמרת לי כן, סמ"ע), עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול הלוקח, או עד שיאמר לו [כל מום] שימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך

וכך קבלתי אותו, שהמוחל צריך לידע הדבר שמוחל לו בו ויפרש אותו, כמו המפרש האונאה (ה"ה): דין זה למד מדין אונאה מקל וחומר ומה אונאה רכז/כא דאינה חוזרת אליו אלא בכדי שיראה לתגר אפ"ה אמרו שאינה מחילה עד שיזכור לו המום בפירוש קל וחומר לטעות מום שחוזר בו לעולם) {מכר לו כלי של עץ ואמר לו שהוא של זהב, הואיל והלוקח חזי ליה מצי א"ל דטוב כשל זהב אמרתי (נ"י)} הטור תלה את דברי הרמב"ם בשיטתו שאין אדם מקנה לחבירו דבר שאין לו קצבה ולפ"ז דעת הרא"ש דיכול להקנותו והוא הדין שיכול למחול, אולם הבד"ה והדרכ"מ כתבו דלפי טעם ה"ה הנ"ל אין זה קשור לאינו קצוב וגם הרא"ש מודה בזה, וכן הסכים הסמ"ע (יו) דאל"כ סותר המחבר דבריו לסימנים ס' ור"ז דלא פסקין כרמב"ם, וכ"ד הש"ך (ד).

הנתיבות (ב) חלק על סברת ה"ה ודעימיה, דלא דמי לאונאה, דבשלמא באונאה הוא פחות משווי וצריך הוא למחול דמי אונאה וכיון דלא ידע דמחיל לא מהני, משא"כ כשמכרו בשווי כמו ששנה עם המום ואין לו מה למחול ולא שייך לומר לא ידע דמחיל, רק מסתם אמרינן דחזקה שאין אדם קונה דבר שיש בו מום, אבל כיון שפירש לו שיש בו מומין וחזינן דהאי גברא לא קפיד במומין המקח קיים.

ובתשובת **ושב הכהן** (פת"ש ד) כתב לפרש דברי הטור דלא בא לחלוק כלל על עיקר הדין וגם הטור ס"ל גבי מום צריך שיפרש כמו באונאה, רק הטור הבין ברמב"ם שהמוחל צריך לידע כו', קאי גם אשאר דברים שאין להם קצבה, על זה כתב וזה נוטה לצד דבריו, ועוד כתב דלפי הטעם שכתבו הפוסקים גבי אונאה ומום דלא מהני מחילה בסתם משום דמן הסתם לא היה דעתו למחול אלא סמיכות דברים בעלמא, לפ"ז יש להסתפק היכא שמודה שבשעה שהתנה ואמר ע"מ שאין לך עלי אונאה או מום היה דעתו למחול רק שעתה רוצה לחזור אם יכול לחזור או לא, דאפשר כיון דקיי"ל כל תנאי שבממון קיים והא דאמרינן דלא מהני מחילה בסתם הוא משום שלא היה דעתו למחול וזה שמודה שהיה דעתו למחול אינו יכול לחזור, או דילמא כיון דמן הסתם אם אמר ע"מ שאין לך עלי אונאה אינו כלום לכן אפילו מודה שהיה בלבו למחול הוה המחילה דברים שבלב ואינו כלום, וצ"ע.

כתב **השב"י** (פת"ש ד) אודות ראובן שהיה לו טבעת מזוייף וא"ל שמעון מכור לי טבעת זו, וא"ל ראובן איני ערב לך שהוא טוב כי אולי הוא מזויף כאילו מסתפק בדבר, וא"ל שמעון איני חפץ בערבות שלך, וקנאו ממנו, ואח"כ נתפרסם שהוא מזוייף גמור ורוצה שמעון לחזור בו, וראובן טוען שמחל לו במה שאמר איני חפץ בערבות שלך, ופסק דפשוט שהמקח בטל, ומה שאמר איני חפץ בערבות שלך לא הוי מחילה, רק הכונה לפי שאין צורך לערבות שלו דאם ימצא שאינה אותו גם בלי ערבות צריך להחזיר לו מעותיו, ופשיטא אם המוכר ידע שהוא מזויף ועשה עצמו כמסתפק לפני הלוקח דהוי מטעהו גמור ואף אם היה לשון מחילה ממש לא מהני, ולא גרע מב"מ דף פ' גבי המוכר פרה לחבירו ואמר לו פרה זו נגחנית היא וכו', אלא אפילו אם המוכר באמת היה מסופק מ"מ צריך לחזור דמחילה בטעות היא, ועוד כיון שהלוקח לא ידע שהוא מזוייף לא שייך מחילה כלל.

ראובן מכר לשמעון 'קרקע חקלאית' על דעת שכבר הופשרה לבניה אלא שלאחר מכך הוברר לקונה שטרם בוצעה ההפשרה, האם חשיב מום במקח?

יש ללמוד מהמחבר והרמ"א בשם הרא"ש לעיל שבקלקלו עכו"ם לא בטל המכר "שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית", דאילו בנידון השאלה שהוברר לקונה לאחר המכירה שטרם בוצעת הפשרת הקרקע לא נקרא כבר קרקע למגורים דהוא מכר לו קרקע למגורים וקיבל קרקע חקלאית, וכן יש ללמוד מהג' מרדכי ברמ"א שאם המום בגוף הבית כגון שאמר לו שיש לו כותל שלם ונמצא רעוע אינו יכול לבנות לו כותל שלם, וא"כ נראה דהמכר בטל, אלא דאם יש אפשרות ביד המוכר להפשירה (בהקדם) נראה דיש לדמות הדין למש"כ הרמ"א בשם הג' מרדכי שאם מסלק המום המקח קיים.

סעיפים ח – ט

ע"פ ב"מ פ. ופירוש הרי"ף רמב"ם ורא"ש לסוגיה פסק בשו"ע "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 דעתי (אולם רש"י פירש ברישא - מוס זה ומוס אחר כלומר שפירש לו שם אותו המוס לבדו ואמר ליה מוס זה בה ועוד מומים אחרים אין זה מקח טעות דכיון דאותו המוס הזכיר לו לבדו היה לו לבדוק אך המומים אכן קיימים). אבל [אם] יש בה מומים הניכרים, בין כולם בין מקצתם, ויש בה גם המוס שאינו ניכר, כגון שהיא חגירת וגם נשכנית, או שהיא עוורת וגם נשכנית, אין זה מקח טעות, דכמו שמחל על הניכר כך מחל על שאינו ניכר. (ט) היה בה מוס אי ניכר, והראה לו וא"ל יש בה מוס פלוני ומוס 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".

עמש"כ המחבר בסיום דבריו 'שלא הזכיר לו אלא מומין שבה' הקשה הסמ"ע (יט) דמשמע הא אם הזכיר לו גם מומין שאין בה הוה מקח טעות, ויש להבין על איזה מומין כתב כן, דאי אמומין שהן נגלין קשה דבסעי' ח' אמרינן בין שנמצא בה כולן או מקצתן דלא הוה מקח טעות, ואי אמומין שאינן ניכרין כתב כן קשה הלא לשון אפילו היו בה כל המומין קאמר דמשמע מכל שכן כשאין בה כולן, וכתב דצ"ל דאמומין גלויין כתב כן, ושאיני הכא שנמצאו בה הרבה מומין שאינן גלויין, ואם הזכיר במומין הגלויין מומין שאין בה, היה יכול לומר סברתי כשם שמומין הגלויין שהזכיר לי קצתם אין בה כך נמי המומין שאינן גלויין ודאי קצתם אין בה וכשימצא אח"כ שכולן בה הוא מקח טעות, עיי"ש.

סעיף י

ע"פ קידושין יא. וב"ב צב: פסק בשו"ע "המוכר עבד או שפחה, אין הלוקח יכול להחזירו מפני מומין שאין מבטלין אותו ממלאכתו, והם הנקראים סמפון (כמ"ד אין סמפון בעבדים אי מבראי הא קא חזי ליה ואי מגוואי למלאכה קא בעי ליה -) 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 או משועמם הרי זה מוס מפני שמבטלו ממלאכתו, וכן אם נמצא בו צרעת וכיוצא בו מדברים המגואלים, הרי זה מוס, מפני שנפשו של אדם אוננת מהם ונמצא שאינו מתעסק לו במלאכת אכילה ושתיה. וכן אם נמצא לסטים מזוין, הרי זה מוס המאבד את כולו, מפני שהמלך תופס אותו והורגו, וכן אם נמצא מוכתב למלכות, ה"ז מוס ומחזירו, מפני שהמלך תופסו למלאכתו בכל עת שירצה. אבל אם נמצא גנב או חוטף או גונב נפשות (קוביוסטוס רש"י) או בורח תמיד או זולל וסובא וכיוצא בדברים אלו (וכל שכן משחק בקוביא, סמ"ע ובאה"ג), אינו יכול להחזיר, שכל העבדים בחזקת שיש בהם כל הרעות, אלא אם כן פירש {ויש אומרים (ר"ת) דגונב נפשות הוי כמו מוכתב למלכות אבל משחק בקוביא לא הוי מוס (לכ"ע והוא לשון שאינו מדוקדק, סמ"ע, עיי"ש)}".

כתב בחות יאיר (פת"ש ה) במי ששכר שפחה ונודע לו שקודם שבאת לביתו היתה זונה אך אינה מעוברת, דחוזר, דודאי איכא למיחש מאחר שטעמה טעם איסור צריכה שימור שלא תצא חוצה בלילה ושלא ימשכו פוחזים לביתה ויש כמה חששות, ואפילו בלוקח שפחה דקיי"ל מומין שבסתר שאין בהם ביטול מלאכה אינו חוזר, היינו מומין שהם בה נגד רצונה, אך אם נאנסה אין חשש היזק להבא מחמת המוס, משא"כ בכה"ג שטבעה ויצרה רק רע, והוסיף דאפשר דאף בנתפתתה פעם אי בדרך מקרה וידוע שכל ימיה היתה צנועה, מחויב בעה"ב להחזיקה, רק לא תקל ראשה ולא תצא מביתה רק ברשות בעה"ב, אולם השב"י חלק דלא דק, דמבואר בש"ס ופוסקים דסמפון בעבדים לגמרי ליכא וכמה משניות דשפחה היא בחזקת זונה.

עוד חלק השב"י דלמד בחות יאיר דמשמע מדבריו דאף בעבד ישראל אמרינן אין סמפון בעבדים, זו שגה, דודאי דוקא בעבדים כנענים, משא"כ בעבד או שפחה ישראל שכל ישראל בחזקת כשרות, ומהאי טעמא פסק שם באחד ששכר שפחה עברית ואח"כ נודע לו שהיא מוחזקת לגנבנית, דודאי יכול לחזור בו, אף שהיתה יכולה להשכיר עצמה במקום אחר, כי בישראל ודאי דהוי מוס גמור אי איכא עדות ברורה להוציאה מחזקת כשרות.

סעיפים יא - יב

המוכר לחבירו מטלטלין או בהמות ונולד מום וקשה לקבוע מאמתי המום מי צריך להוכיח (ראה רכד, א), ואם לטריפות של סירכות יש דין מיוחד? ומה הדין בספק טריפה לענין טענת מום?

ע"פ **חולין נ: פסק בשו"ע** "המוכר בהמה לחבירו לטבחה ושחטה ונמצאת טריפה, 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 (ע"פ התוס') דכתבו המוציא מחבירו עליו הראיה פירשו על הלוקח להביא ראיה שברשות מוכר נטרפה ואע"פ שלא נתן מעות דכאן נמצא כאן היה כדאמרין בכתובות ע"ו והא דקרי ליה המוציא משום דסתמא דמילתא כל כמה דלא יהיב דמי לא יהיב ליה חפצא, וכ"פ הרמב"ם)".

כתב **הפתי"ש** (ו) עמש"כ המחבר ברישא דהוי מקח טעות "ובמדומה דעכשיו לא נהגו כן, וא"כ מנהג מבטל הלכה כמו גבי ביצים מוזרות לקמן סעי' י"ט, ויש לחקור אחר המנהג, והוא הדין בשאר דברים שדרך למוכר סתומים וחתומים כמות שהן, כגון תיבות עם דפי זכוכית לחלונות או תיבות עם אתרוגים וכיוצא בזה, יש לב"ד בכל מקום לחקור אחר המנהג".

כתב **הנתיבות** (ג) דבטור לא נקט 'לטבחה' ומשמע אפילו מכרה סתם הוי מקח טעות דטריפה אינה חיה וגם אינה בחזקת בריאה כשהיא טריפה וא"כ אפילו לחרישה הוי מום במקח, והא דנקט המחבר 'לטבחה' הוא משום שכתב בסעי' יב דאפילו טריפות דסירכא מבטל המקח, וטריפות דסירכא הוא רק מכח ספק כמ"ש הסמ"ע סקכ"ח, ובש"ך סימן ש"ו כתב דהא דאינו יכול לומר אייתי ראיה שהיא טריפה הוא משום כיון דהוא ספק פרשי אינשי אין לך מום גדול מזה, ולפי"ז דווקא בקנאה לאכילה יכול לומר כך, דמה בכך שהיא רק ספק טריפה הא מ"מ אסורה לאכילה והוי מום, משא"כ בלקחה לחרישה דטעמא דהוי מום בטריפה משום דאינה חיה ואינה בריאה, ודאי דבספק טריפה יכול המוכר לומר אייתי ראיה שהיא טריפה שאינה חיה, ולכך הוצרך לכתוב ברישא שקנאה לטבחה משום סיפא דסירכא דאינו רק בקנאה לטבחה, משא"כ הטור שפסק דסירכא אינו מבטל מקח, לא היה צריך לכתוב לטבחה, דבדינא דרישא אין חילוק בין קנאה לטבחה או לחרישה הוי מום במקח, ובסיפא בסירכא לטור ג"כ אין חילוק דאפילו לטבחה אינו מבטל המקח מטעם דהוה ליה לאתנווי.

וז"ל **השו"ע** בסעי' יב "**טריפות דסירכא** (כשנמצאת סירכא עבה או שמיד שקנאה שחטה ומצא בה הסירכא, שבודאי נעשית קודם שקנאה בעוד הבהמה ברשות המוכר, דודאי לא עדיף סירכא מנקיבת בית הכוסות הנ"ל דאם יש בו ספק אמרינן דיפסיד הלוקח, סמ"ע) הוא הדין דמבטל מקח (**רמב"ן**), וכן נראה ברמב"ם שכתב 'ונמצאת טריפה' משמע דבכל טריפות שבעולם הוי דינא הכי, ב"י), ויש חולקים (**רא"ש**) {דהואיל והוי דבר דשכיח ליה לאתנווי (**טור**), (**ר"ן** -) ואפילו טריפה שאנו אוסרין (או מחמת חומרות הגאונים, סמ"ע) מספק (כגון טריפות דסירכא שאנו מטריפין מכח ספק שאין אנו בקיאים לבדוק, סמ"ע) מבטל המקח ואין המוכר יכול לומר אייתי ראיה דטריפה הוי}."

מה הדין באם התנה המוכר שלא יהיה טריפה ונמצא שהיה נבילה?

כתב **הריב"ש** (**קצות** א) גבי שוחט בהמה ולא בדק בסימניו והניחן כסבור שהן שחוטין, ואח"כ בא בעל הבהמה ומכר הבני מעיים בז' פשוטין על מנת שיפרעם הלוקח אם כשרה ואם טריפה, ולבסוף נתברר הדבר שלא נשחטה כראוי, ונשאל אם על המוכר להחזיר המעות ללוקח כיון שזו נפסלה בשחיטה נבילה היא ולא טריפה מי אמרינן ללוקח לקחת אותן בני מעיים כאשר הם, ופסק דהדין עם המוכר ועל הלוקח לקחת הבני מעיים ואף על גב שלפי האמת אין זה טריפה אלא נבילה, במקח וממכר אזלינן בתר לישנא דאינש שאין מדקדקין בין נפסלה בשחיטה או אם נשחטה כראוי ודבר אחר גרם לה ליפסל, ובין לזו ובין לזו טריפה קרי לה, ודמיא למאי דאמרין בב"ב בית כור עפר אני מוכר לך אע"פ שאין בו אלא לתך הגיעו שלא מכר לו אלא שמא והוא דמתקרי בית כור וכו', ועוד שאפילו נאמר שרוב בני אדם אין קורין לזו טריפה, כל שהמיעוט קורין לה טריפה יד המוכר על העליונה כיון שהוא מוחזק, לפי שאין הולכין בממון אחר הרוב לאפוקי ממונא מיד מי שהוא מוחזק

בה. וכתב **הקצות** דמשמע מיניה דאם הלוקח מוחזק ולא נתן עדיין את המעות ומיעוט קרי לנבילה נבילה אין הולכין בממון אחר הרוב לאפוקי ממונא מיד הלוקח, אך "לא נדע כוונת הריב"ש במה דשקל וטרי בענין זה דמה בכך דהוי נבילה מה בין נבילה לטריפה כיון דשניהם אסורים" והא אפילו בשני מינין דהמקח בטל (סימן רל"ג) אינו אלא משום דאיכא דניחא ליה האי מינא ואיכא דניחא ליה בהאי אבל בין טריפה לנתנבלה בשחיתתה מאי קפידא בין האי להאי, ואפשר לפי מ"ש הרשב"א בתוה"ב דהא דמזמנין לנכרי על בני מעים היינו דוקא בבהמה שנשחטה כראוי ומשום מי איכא מידי דלישראל שרי אבל אסור לזמן לו בבני מעים מבהמה שנתנבלה בשחיתה כיון דלאו שחיתה היא הו"ל אבר מן החי, והובא בש"ך יו"ד כ"ז וא"כ ודאי הו"ל מום, דטריפה מותר למכור לנכרי ואילו בנתנבלה בשחיתתה אסור למוכרו לנכרי, אלא משום דהתנה בפירוש אם כשרה אם טריפה וכיון דקרו לנבילה נמי טריפה הרי סבר וקבל בתנאו, ולא מצי לוקח לומר סבור הייתי שנשחטה כהוגן כמש"כ הריב"ש, כיון דנתן המעות והמוכר אמר אם כשרה אם טריפה היה ללוקח להתנות לא נבילה, ובזה הוא דצריך הריב"ש לאתויי עלה הך דאין הולכין בממון אחר הרוב, וממילא כשהלוקח מוחזק ומיעוט קרו לנבילה נבילה דא"צ ליתן הדמים, ומשום דמיירי במכר בני מעים ובזה הוא דאיכא קפידא בין טריפה לנבילה, אבל מוכר בשר והתנה אם כשרה אם טריפה ונודע שנתנבלה בשחיתתה אפילו רובא קרי לנבילה נבילה והלוקח מוחזק, צריך ליתן הדמים כיון דליכא קפידא כלל בין טריפה לנבילה. אולם ה**נתיבות** (ד) חלק עמש"כ הקצות דכיון דאין נפק"מ בין נבילה לטריפה דתרוייהו אסורין באכילה נינהו אין כאן מקח טעות, דלא נהירא דודאי אם מכר לו בחזקת טריפה אף שהיא נבילה אינו מקח טעות, אבל הכא שאינו רק תנאי אם תהיה זו טריפה אין זה אלא כתנאי על מנת שלא תחזור עלי במום פלוני, כל שאינו בלשון התנאי חוזר עליו משום מום אף שהוא שוה למום שהתנה עמו, דודאי אפילו אם התנה עמו שאין אתה חוזר עלי בטריפות הריאה ונמצא טריפה בחוט השדרה חוזר עליו, אף דשניהן אינן רק טריפה, דספק אחד קיבל עליו ולא שני ספיקות, וא"כ ה"ה אם נבילה אינה בכלל טריפה בלשון בני אדם דמי ממש להתנה שלא יחזור עליו בטריפות הריאה ונמצא טריפה בשדרה.

סעיפים יג – יד

מכר דבר שיש בו מום והקונה עשה מום אחר בממכר טרם שנודע לו המום, ורוצה להחזיר את המקח, האם חייב לשלם למוכר עבור תיקון המום שעשה בו?

ע"פ דין דסעי' י"א (דאע"פ שאחר ששחטה ונמצאת טריפה הוא גרוע מאילו לא שחטה ואפילו הכי מחזירה למוכר ופטור, סמ"ע) למד הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "המוכר דבר שהיה מום בממכרו, ועשה בו הלוקח מום אחר קודם שידע לו המום הראשון, אם עשה דבר שדרכו לעשותו (כשחיתה), פטור, ואם שינה ועשה מום אחר קודם שידע לו המום, מחזיר המקח לבעליו ומשלם דמי המום שעשה – (טור וסמ"ע: כיצד -) (יד) (טור וה"ה -) קנה סדין וקרעו לעשות חלוק, ואחר כך נודע המום מחמת הקריעה, מחזיר לו הקרעים, תפרו ואחר כך נודע המום, אם השביח נוטל שבח התפירה מהמוכר (ר"ל אם קנאה ב"י דינרין, ומכח המום אינו שוה כי אם ח', ומחמת התפירה היא שוה ט', אם עדיין לא נתן לו המעות דמי הקניה מחזיר לו החלוק התפורה והמוכר נותן לו דינר שהשביחה, ואם כבר נתן לו הי' דינרין דמי הקניה צריך להחזירם לו המוכר ועוד יוסיף עליו דינר, סמ"ע), וכן כל כיוצא בזה".

הקשה ה**נתיבות** (ה) דלא דמי לסעי' יא דשם בקנאו לשחיתה מיירי דתרוייהו לא ידעו אם היא טריפה ואי אפשר להתברר רק בשחיתה ודאי כשהזיק בדבר שאין דרכו לעשותו והיה באופן דהוי היזק אפילו בבהמה טריפה חייב, משא"כ במכר, אחר שהמוכר ידע מהמום ואינה את הלוקח מהיכי תיתי יתחייב הלוקח, דהא הלוקח בחזקת שלו הזיקה, ודמי להא דסימן שמא/ד ביורשים שהניח להן אביהן פרה שאולה וטבחיה ואכלוה דמשלמין דמי בשר בזול משום הנאה דידהו, משמע דאם הזיקו הבהמה ולא היה להן שום הנאה דאין משלמין כיון שנאנסו וסברו שהיא שלהן, וה"נ דכוותיה, וכתב דאפשר לחלק דבמזיק באונס יש חילוק בין אונס דדמי לאונס גניבה שפטור ובין אונס דדמי לאונס דאבידה דחייב כמ"ש התוס' בב"ק דף כ"ז וא"כ י"ל דהכא כיון שאפשר לבדוק אחר המום קודם שנשתמש בו דמי לאונס דדמי לאבידה דחייב, ומהאי טעמא בסעיף ט"ו בחצר ודר בו חייב להעלות לו שכר, ומשמע כמו בדר בחצר חבירו, אפילו בגברא דלא עביד למיגר רק שהחצר קיימא לאגרא, אף שהמוכר הזיק את עצמו דאם היה מודיעו היה יכול להשכירו, מ"מ כיון שדר בו בלא בדיקה אחר המום חייב הלוקח לשלם דחשיב כאילו הוא המזיק מדעת ומ"מ צ"ע.

סעיף טז

מכר בית לחבירו ונמצא בו מום שמבטל המקח, ובא להחזירו למוכר, האם חייב לשלם לו שכ"ד על התקופה שדר בו?

ע"פ הרמב"ם (ה"ה: למד כן מב"מ סו: בכיוצא בזה שאם המקח בטל הדרא ארעא והדרי פירי) פסק בשו"ע "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".

כתב הלבוש (בסמ"ע לג) דהטעם דמחזיר הפירות דאם לא כן הוא כריבית דכיון שנתבטל המקח מעיקרא ה"ל הדמים הלואה גביה והפירות שאכל הן בעד דמי המעות שהיו בידו בטלים וה"ה דמי שכירות החצר, והקשה עליו הסמ"ע דא"כ ה"ל לרמב"ם והטור לחלק ולכתוב דהיינו דוקא אם כבר קיבל המוכר מהלוקח דמי הקניה, ועוד דאף אם כבר נתן לו דמי המקח לא עדיף מאבק ריבית דאין צריך להחזירו, לכן כתב דלאו מטעם ריבית הוא, אלא כיון דהמקח בטל מעיקרו הפירות שאכל או שכר השכירות דחצר שדר בו יהיה בגזל בידו, ומשו"ה אף אם עדיין לא נתן לו דמי הקניה צריך להחזיר לו הפירות ושכר החצר, עיי"ש באריכות.

סעיף טז

מדין דסעי' י"א למד בשו"ת הרא"ש וכ"פ בשו"ע "ראובן שמכר לשמעון [ג'] (מיותר, ע' סמ"ע) 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" - וכתב הסמ"ע (לה) דממילא אם המעות עדיין ביד לוקח והמוכר בא להוציא מידו המעות, עליו הראיה, ולא דמי למוכר לחבירו בהמה לשוחטה ונמצאת טריפה דסעי' י"א דעל הלוקח להביא ראיה ואם אין לו ראיה מוציאים המעות מידו, דשאני התם דמעמידן בהמה על חזקתה וסתם בהמה אינה נטרפת וברשות הלוקח נעשה הספק ואמרינן כאן נמצא כאן נתהוה המום, משא"כ גבינות דאין להם חזקה דרוב גבינות כשנתיישנו דרכן להתלע, ודלא כמשמעות הב"י דדין זה דגבינות ודבהמה הנ"ל שוין הן.

סעיף יז

ע"פ שו"ת הרא"ש פסק בשו"ע "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 ליסבע ישבע הלוקח שהתנה עמו לתת לו שמן טוב וצלול ושהוא השמן שנתן לו ויחזיר לו השמן, או ישומו כמה דמיו פחותים משמן טוב, ואם ירצה הלוקח לקחתו יחזיר לו הפחת".

ביאר הסמ"ע (לו) דמעשה היה שלא בירר המוכר טענתו, אם טען שלא הבטיחו מעולם להיותו צלול או אם טוען אמת שהבטיחו בצלול ונתתי לו צלול והוא החליפו בשמן עכור זה, משו"ה השיב הרא"ש שאם המוכר נשבע לפטור נפשו אזי אין צריך לפרוט בשבועתו אלא שנתן לו שמן כמו שהתנה עמו, משא"כ כשבא הלוקח ליסבע על טענתו ולהוציא, אז אם המוכר סתם טענתו צריך הוא ליסבע לו על שני הפרטים כלומר שהבטיחו בצלול ושהוא לא החליף שמן שנתן לו בשמן זה העכור לפנינו והמחבר קיצר, ודלא כלבוש שכתב שהמוכר היה טוען שהחליף השמן דאם כן לא היה צריך הלוקח ליסבע שהתנה עמו לתת לו שמן צלול שהרי המוכר מודה לו בזה.

כתב הסמ"ע (לו) דממה שכתב המחבר "ישבע המוכר" משמע דאם עדיין המעות ביד הלוקח ואז המוכר הוא בא להוציא, דיסבע הלוקח לפטור נפשו, אך זה אינו מוכרע, דיש לומר מיד שמשך שמעון השמן לרשותו קנאהו והמעות נעשו הלואה בידו ודומה להחליף פרה בחמור בסי' רכ"ג ורכ"ד, מיהו אינו דומה להתם, דהתם ברשותו נולד הספק ואמרינן כאן נמצא כאן נתהוה, מה שאין כן השמן שהוא עכור לפנינו, דמסתמא היה עכור גם כן מעיקרא (ש"ד: פשוט ולית בה ספיקא דדינא וזה עיקר).

עוד כתב הסמ"ע (לח) דמה שכתב המחבר 'ואם ירצה' הלוקח לקחתו, אף שלא כתבו הרא"ש והטור, משום דס"ל למחבר (וכתב בבד"ה) דאם אינו רוצה הלוקח בשמן מחזירה לו על כרחו דהוי מקח

טעות, ומיהו אף אם רוצה הלוקח ליקח הפחת מהמוכר אינו יכול לכופ למוכר וכדין כל מקח טעות דשניהן חוזרין, וכ"ד השל"ג. **בבד"ה** כתב יישוב נוסף מדוע לא יכול לומר הלוקח איני רוצה שמן עכור (ותירוץ א' כדלעיל בסמ"ע) די"ל דמיירי הכא כשאותו שמן יכול ליעשות צלול על ידי שיניחו אותו וירדו שמריו ועכירות שבו למטה.

סעיף יח

אדם שקנה שור מחבירו מסרסור והעמידו ליד שוורים שלו והשור לא אכל ומת, והתברר שלא היו לו שיניים והסרסור לא ידע מזה, על מי חוזר הלוקח?

ב"מ מב: "ההוא אפוטרופא דיתמי דזבן (קנה) להו תורא ליתמי ומסריה לבקרא (רועה) לא הוה ליה ככי ושיני למיכל ומית, אמר רמי בר חמא היכי נדיינו דייני להאי דינא נימא ליה לאפוטרופא זיל שלים אמר אנא לבקרא מסרתיה, נימא ליה לבקרא זיל שלים אמר אנא בהדי תורי אוקימתיה אוכלא שדאי ליה לא הוה ידעינן דלא אכל, מכדי בקרא שומר שכר דיתמי הוא איבעי ליה לעיוני! אי איכא פסידא דיתמי הכי נמי והכא במאי עסקינן דליכא פסידא דיתמי - דאשכחוהו למריה דתורא ושקול יתמי זוזי מיניה, אלא מאן קא טעין מריה - דתורא קטעין - איבעי ליה לאודוען, מאי מודעינן ליה מידע ידע דמקח טעות הוי! בספסירא (ספסר) דזבן מהכא ומזבין להכא הלכך מישתבע (ספסרא) איהו דלא הוה ידע ומשלם בקרא דמי בשר בזול".

וכתב הרמב"ם (טז,יא) "היה המוכר ספסר שלוקח מזה ומוכר לזה ואינו משהה המקח עמו ולא ידע במום זה הרי הספסר נשבע שבועת היסט שלא ידע במום זה ויפטר מפני שהיה על הלוקח לבדוק השור בפני עצמו ולהחזירו לו קודם שימות ויהיה הספסר מחזירו על המוכר הראשון והואיל ולא עשה הוא הלוקח הפסיד על עצמו וכן כל כיוצא בזה". והקשה הטור דאינו נראה כן מהגמ' דאסקינן שהמוכר חייב לשלם ליתמי אע"פ שהיה סרסור שקונה ומוכר אפשר שלא הכיר בו מ"מ הטעה אותם וצריך לשלם, כן הקשה ה"ה וכתב שצ"ל שהרמב"ם מפרש הא דאמרין אשכחוהו למריה דתורא ושקלי יתמי זוזי מיניה שנתנם המוכר מרצונו ולא שמחויב בזה, והקשה עליו הב"י דאינו מחזור דאטו בשופטני עסקינן שהיה המוכר פטור ורצה לשלם מדעתו ועוד דאם כן לא הוה ליה לתלות הדבר ביתומים ולומר דאשכחוהו למריה דתורא ושקלי יתמי זוזי מיניה אלא הוה ליה לתלות הדבר במוכר ולומר דמריה דתורא יהיב זוזי ליתמי. לכן ביאר דהרמב"ם למד דלא שקלו ממש היתומים אלא דכיון דמוכר נמי קמן תו ליכא פסידא ליתמי דהא מצו למשקל דמי תורא מיניה אלא דאיהו טעין איבעי ליה לאודען ומשום הכי בעי לפטור עצמו ואקשינן מאי מודעינן ליה מידע ידע דמקח טעות הוא ופשיטא דחייב ומהדרינן ספסירא הוה וכיון שהוא ספסירא פשיטא דמיפטר ואם כן לית לן לספוקי אלא אי משלם אפוטרופא או בקרא ומשום הכי אמרינן היכי נדיינו דייני להאי דינא נימא לאפוטרופא זיל שלים וכו' נימא לבקרא זיל שלים וכו' ולא אמרינן נימא למוכר זיל שלים אלא ודאי פטור הוא הספסירא, ומשום הכי אסיקנא משתבע הספסירא דלא הוה ידע ומיפטר ומשלם בקרא ליתמי דמי בשר בזול משום דשומר שכר דיתמי הוא, וסיים דפירוש זה בגמ' מדויק יותר מרש"י והרב המגיד, והדרכ"מ כתב דפירוש הב"י ברמב"ם בדוחק.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "המוכר דבר שיש בו מום שאינו נראה, ואבד המקח מחמת אותו המום, הרי זה מחזיר את הדמים, כיצד המוכר לחבירו שור שאין לו טוחנות 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 שלוקח מזה ומוכר לזה ואינו משהה המקח עמו ולא ידע במום זה (זה תלוי בזה דכיון דאינו משהה מסתמא לא ידע והמוציא מחבירו עליו הראיה, סמ"ע), הרי הספסר נשבע שבועת היסט 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 {ויש חולקין (רא"ש וטור) וס"ל דאפילו הסרסור צריך לשלם דאע"ג דהוא נתאנה אין לו להונות אחרים, וה"ה בכל כיוצ"ב וכ"נ לי עיקר. (מרדכי -) וכל שכן בדבר שלא פשע הקונה כלל (דבשור דפשע הלוקח קצת דהיה לו לבדוק השור לראות על אכילתו ועל בריאותו, סמ"ע), כגון שמכר לו טבעת בחזקת זהב ואחר כך שברו הלוקח ונמצא בו בדיל, שחייב להחזיר מעותיו אע"ג שגם המוכר נתאנה בו, ואם אינו מאמינו שנמצא בו בדיל, נשבע שאינו

יודע מזה, ונפטר (והא דאין משביעין על טענת ספק ומהיכא תיתי לומר שידע המוכר שהיה בו בדיל והרי הוא גם כן קנהו בחזקת זהב - אפשר דמייירי דזה הלוקח שמצא בו בדיל טוען עליו אתה לא קניתהו מאחר אלא צוית לצורף לעשות לך כך תוכו בדיל, משו"ה צריך לישבע, סמ"ע, והש"ך כתב דאייירי כפשוטו ולק"מ דכיון שהלוקח אומר ברי לי שהיה בו בדיל א"כ ה"ל כאומר ברי לי שאתה חייב לי והלה משיבו איני יודע אם אני חייב לך דנשבע שאינו יודע) {}."

[בנתיבות (ו) האריך ביישוב הסוגיה לרמב"ם, וכתב דלדבריו דוקא כשפירש לו שלקחו לרדיא, אבל כשלקחו סתם ממילא לא היה יכול להחזירו למוכר הראשון, ואין לו טענה, ומחוייב הספסר לשלם ללוקח אם הלוקח פירש שלקחו לרדיא או כשלוקחים הן יתומים שסתמייהו לרדיא זבני, והא דנתחייב לוקח בסוגיה דס"ל כראב"ד שהביא בשיטה דהלוקח כשומר שכר הוי שהרי הוא עומד להחזיר המקח לבעליו, והי"א שהביא רמ"א ס"ל כשיטת הריטב"א שהביא דהלוקח אינו אלא כשומר חנם, משו"ה פטור מכח טעמא דאמר התם אנא גבי תורי אוקימתיה וכו', ולפי"ז לדבריהם אם היתה פשיעה בדבר, ודאי דחייב מהאי טעמא דהייתי מחזירו למוכר ראשון, ועיי"ש (ובסק"ז)].

מה הדין באם אדם קנה מסרסור מטיל בחזקת בדיל, ואחר כך מתברר שהיה בו כסף. למי שייד הכסף?

ראובן קנה מגוי כלי בחזקת כלי נחושת ומכרו לשמעון, אחרי זמן מצא שמעון שהיה הכלי כלי כסף מצופה נחושת, האם יכול ראובן לטעון למקח טעות ומדוע? ומה הדין אם היה הכלי כלי כסף אלא ששניהם לא היו מבינים בדבר? ומה הדין אם מכר לחבירו חצר והקונה חפר בור ונמצא בו אוצר למי שייד האוצר? ומדוע? האם שייד בזה קנין חצר ומדוע?

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי והג' אשר"י "ואם קנה הסרסור (וה"ה אם קנה מתחלה לעצמו, ש"ך בשם הרא"ה הנ"ל) דבר בחזקת בדיל ומכרו, ואח"כ נודע שהיה בו כסף או זהב, זכה הלוקח, שלא זכה בו הסרסור מעולם הואיל ולא ידע בו ועיין לקמן סי' רס"ח".

כתב הנתיבות (ח) דווקא בכה"ג שאין דרך להוודע כלל, והוי כאבודה ממנו ומכל אדם דהוי הפקר, משא"כ במצא כסף שהוא כרוך במטלית ולא ידע מה הוא וכיוצ"ב בדבר שדרכו להוודע, זכה הראשון.

כתב הפת"ש (ח) דבעבודת הגרשוני כתב בתחילה דדווקא בנידון דהרמ"א שהיה כסף מבפנים ומבחוץ היה מצופה בבדיל, משא"כ אם הכלי תוכו כברו הכל כסף רק שהקונה והמוכר לא היו מבחינים ומבינים שהוא כסף, כי הטעמים הנאמרים בנדון של הרמ"א לא שייכי כולי האי בנדון כזה, ור"ל דלא זכה הלוקח אלא המוכר, אמנם מצא בלבוש דהקונה כלי מעכו"ם בתורת בדיל ומכרו הוא לישראל בתורת בדיל, ומצאו בו אח"כ שהוא חלול בפנים והוא מלא כסף פסק להדיא שאפילו הוא עצמו כסף מ"מ לא זכה בו "הלוקח מן העכו"ם" (ר"ל המוכר) כיון שלא ידע ולא נתכוין לקנותו, ומי יבוא אחריו לחלוק עליו מסברא, ומה גם שהסמ"ע לא השיג עליו, שמע מינה שתיקה כהודאה דמיא, ממילא יש לפסוק כן למעשה, והלוקח זכה.

בנידון השאלה דאוצר בחצר נראה דדמי למש"כ הנתיבות דדינו כאבודה ממנו ומכל אדם וזכה השני, ולגבי הא דיקנה הראשון האוצר מדין קנין חצר יש להביא המשנה בב"מ כה: "מצא בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו", ובתוס' שם כתבו "וא"ת וליקני ליה חצירו לבעל הגל או לבעל הכותל וי"ל דאין חצר קונה בדבר שיכול להיות שלא ימצאנו לעולם כמו הכא שהוא מוצנע בעובי הכותל", וכן נראה ברמב"ם (אבידה טז, ח) "והואיל וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו שיתבאר, למה לא יקנה בעל החצר זה המטמון שבתוך הכותל הישן, אע"פ שהוא של אמוריים, ותהיה מציאה זו לבעל החצר, מפני שאינה ידועה לו ולא לאחרים, והרי זה המטמון אבוד ממנו ומכל אדם, ולפיכך הוא של מוצאו, ומה אבידה של אדם אמרה תורה אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, יצאת זו שנפלה לים שאבודה ממנו ומכל אדם, ק"ו למטמון קדמוני שלא היה שלו מעולם והוא אבוד ממנו ומכל אדם, לפיכך הוא של מוצאו", וראה לקמן רס/א.

סעיף יט

[מה הדין במוכר ביצים לחבירו ומצא שאינם ראויים לאכילה?]

ע"פ שו"ת הרא"ש פסק בשו"ע "המוכר ביצים לחבירו ונמצאו מוזרות" (שהתחיל להתהוות בו צורת האפרוח) שאינם ראויים לאכילה הוי מקח טעות ומחזיר את הדמים (ב"י -) ועכשיו לא נהגו כן, ומנהג מבטל הלכה".

הטור למד ברמב"ם דסעי' הקודם שחלוק על הרא"ש, והב"י דחה לימוד זה, דעד כאן לא קאמר הרמב"ם דישבע המוכר שלא ידע במום זה ויפטר אלא מפני שהיה לו ללוקח לבדוק השור ולהחזירו קודם שימות והיה הסרסור מחזירו לבעלים וכמבואר בדבריו אבל במוכר ביצים לחבירו ונמצאו מוזרות דלא שייך האי טעמא דהא אין אדם עשוי לבקע ביצים אלא בשעה שהוא צריך להם מודה הרמב"ם דהוי מקח טעות. **הסמ"ע** (מד) חלק על הב"י והדין עם הטור להשוות שני הדינים, דאם איתא דבשור ההפסד על הלוקח אף דהיה על הסרסור בעצמו לבדוק כדי להחזירו להמוכר לו ולא להונות בו אחרים, כמו הלוקח שאמרין בו דה"ל לבדוק במקחו ולהחזירו לסרסור ואפילו הכי ס"ל דהלוקח הבא להוציא יפסיד, הכי נמי בביצים הם שוין דלא הלוקח ולא המוכר יכולין לבדוק קודם עת בקיעתו, דנאמר דרך מקח וממכרן דביצים כך הוא ושההפסד היה לו להיות על הלוקח, וכיון דאמרין בביצים דההפסד על המוכר נאמר כן ג"כ בשור הנ"ל.

כתב **הסמ"ע** (מה) דאם התנה שיתן לו מביצים שנולדו והוא נותן מביצים שנמצאו במעי תרנגולת או אם אומר שרוצה מביצים הנולדים מתרנגול ותרנגולת ונתן לו מביצים דספנא מארעא, הוי מקח טעות.

[מה הדין במחזיר או משלם מעות לחייב לו ולאחר מכן טען המקבל שאינם טובים וטען

הנותן שאינו יודע אם הם שלו?]

כתב הש"ך (טו) בשם מהרשד"ם דאם חייב לו בעד קנין חפץ או שאר דברים ונתן לו המעות ואחר כמה ימים רוצה להחזיר מחמת שמצא מקצתם לא טובים והלה טוען למה לא בררת אותם בשעת פרעון, דאם הלה טוען שיודע בבירור שממנו לקח הרעים והלה טוען ברי לי שנתתי לו טובים נשבע הלה ונפטר, אבל אם טוען איני יודע אם הם שלי אם לאו, צריך לשלם ואין לו עליו אלא חרם סתם כדין איני יודע אם פרעתיך, ואם הוא טוען שמא והב' טוען שודאי נתן לו פטור בחרם סתם.

בהגהה בבא"ה חלק וכתב דדמי למנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור ונשבע שאינו יודע, ולא דמי לאיני יודע אם פרעתיך דהכא א"ל ודאי פרעתיך אלא דאת הוא דאמרת דנמצא טעות האי טעותא לא ידענא, ועוד דאם כדבריו לא שבקת חיי לכל בריה, וכ"כ הדגו"מ והוסיף דעיקר טעם דאיני יודע אם פרעתיך הוא משום דפשע אבל הכא למה היה לפורע לבדוק אדרבה כשרואה שזה לוקחם בחזקת טובים אין לו יותר לבדקם, והביאו ראיה מהרשב"א וכן הביאם הפת"ש (ט), ושכ"ד הטי"ז, אולם **בהגהות חת"ס** כתב דבתומים סימן ע"ה כתב לחלק דאם נתנם לו בעד סחורה ה"ל איני יודע אם נתחייבתי לך, אבל אם היה חייב ונתנם לו בפרעון אם לא עיין בהם הלווה כלל הו"ל למידע וחייב, ולבסוף סיים שהדגו"מ סתם ולא חילק "ועדיין צ"ע".

סעיפים כ – כב

על מי מוטלות הוצאות החזרת המקח שנמצא בו מום?

ראובן קנה משמעון רכב בירושלים והודיעו שהוא מוליכו לת"א למכרו שם, כשהגיע לת"א נמצא בו מום (המנוע התקלקל), על מי חל הוצאות ההולכה והחזרה? הבא מקור לכך. האם יש חילוק אם הודיע לשמעון שהוא מוליכו לת"א או לא?

הלכות מקח טעות, מה דין העושה מעשה ומתוך כך נמצא שהוציא חבירו הוצאות לאיבוד? הבא דוגמאות לכך. מה הדין בהוציא הוצאות על פיו? הבא דוגמאות לכך.

ע"פ משנה וגמ' ב"ב צב. וכת"ק וכהכרעת הרי"ף והרמב"ם פסק בשו"ע "המוכר לחבירו זרעוני גנה שאין עצמן של זרעונים נאכל, וזרען ולא צמחו, חייב באחריותן ומחזיר לו הדמים שלקח ממנו, שחזקתן לזריעה (סמ"ע): ואף שלא ידע גם המוכר שהם רעים מ"מ ה"ל לאסוקי אדעתיה שמא הן רעים ויפסיד זרעו, ומשום הכי נמי צריך להחזיר לו כל דמיו אף שהוא כבר כלה ואין המוכר יכול לומר ללוקח החזר לי זרעי ואני אחזיר לך המעות, אבל מה שטרח והוציא בזריעתן אין צריך המוכר ליתן ללוקח, והוא שלא צמחו מחמת עצמן (דמסתמא אמרינן שלא צמחו מחמת עצמן, רא"ש וסמ"ע), אבל אם לקחה הארץ בברד וכיוצא בו, אינו חייב באחריותן שמא מחמת הברד לא צמחו, וכן כל כיוצא ב. (כא) מכר לו זרעים הנאכלים, כגון חטים ושעורים, וזרען ולא צמחו, אינו חייב באחריותן, אפילו היה זרע פשתן שרוב בני אדם קונים אותו לזריעה, הואיל ואוכלים אותו אינו חייב באחריות זריעתו. {מיהו אם לא נתן עדיין המעות י"א (רמ"ה) דיכול הלוקח לומר לזריעה קניתי ועיין למטה סעיף כ"ג}. ואם הודיעו שהוא קונה לזרע, חייב באחריותו, והוא הדין לדברים הנמכרים לרפואה ולצביעה וכן כל כיוצא בזה. (רמב"ם ע"פ הנ"ל -) 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 (סמ"ע לקמן)], הרי הוא ברשות מוכר. ואם היה המוכר יודע בממכרו שהיה בו מום, חייב בהוצאות שהוציא הלוקח להוליך אותו למקום פלוני (משום דינא דגרמי, גר"א). ואם לא היה יודע שהיה בו מום, פטור מהוצאת ההולכה, ואינו חייב אלא בהוצאת החזרה (סמ"ע): לשונו לא מדוקדק והושפע מלשון הרמ"ה אף שפסק כרמב"ם, דלדעתו גם הטיפול מוטל על המוכר, ודלא כרמ"ה והלבוש דעל הלוקח מוטל לטרוח בהבאתם הואיל ולצרכו הביאם שם). ואם לא הודיע למוכר שמוליכו למדינה אחרת (נתיבות): אם הלוקח הוא ממקום אחר או שדרך סחורה זו להוליכה למקום אחר (הוי כהודיעו), והוליכו ונמצא בו שם מום, הרי זה ברשות הלוקח עד שיחזיר המקח במומו למוכר (סמ"ע): אינו ר"ל דיתנו לידו אלא שיביאו לעיר שהמוכר דר שם, ויאמר לו הנה מקחך לפניך בביתי כי אני חוזר בו). (המשך הרמב"ם -) (כב) הלוקח מקח ונמצא בו מום ואחר כך אבד או נגנב, הרי הוא ברשות הלוקח (נתיבות): כל מקום דהלוקח חייב אינו צריך לשלם רק כפי מה ששוע בשעת גניבה כדין שומר (נתיבות): היינו כשהיה לו שהות להודיע ולא הודיע לסמ"ע, ולש"ך אפילו לא היה לו שהות, עד שיחזיר המקח למוכר (סמ"ע): כאן מיירי שאינו מוליכו למדינה אחרת, משו"ה כתב דברשות הלוקח נגנב עד שיחזיר המקח, ור"ל עד שיוודיעו להמוכר שחוזר במקח ויקחו לנפשו, ומיד שמודיעו נפטר (הלוקח). ואם התליע או נפסד מחמת המום, הרי זה ברשות מוכר, ואם היה לו להודיע למוכר (אם הוא שיש תועלת בהודעתו למוכר, סמ"ע, אבל בנגנב או נאבד דרישא בכל ענין עומד ברשות הלוקח כל שלא הודיעו, דשם מסתמא יש תועלת בהודעה) ולא הודיעו, ה"ז ברשות לוקח".

הסמ"ע (נא) כנזכר לעיל הוסיף את המילים (בסע' כא) "אחרי שהודיעו" המוזכרות ברמב"ם, דאם לא כן מצי המוכר למימר אם הודעתני שאתה חוזר במקחך הייתי שולח מיד אחר מקחך ולא היה נגנב, והיה הפסד גניבה ואבידה על הלוקח, מיהו אם היה נגנב בעוד שלא היה שהות ללוקח להודיעו, אפשר דס"ל דהוא ברשות המוכר, דמה היה לו לעשות, אלא דלא איירי הרמב"ם כאן בזה, וזה דלא ככס"מ (הוזכר בקצרה והובא בבאה"ג) דכתב להסתפק האם מעת שנמצא בו המום הוא ברשות מוכר כיון שלא היה לו שהות להודיעו וישוב הלשון כך הוא אפילו אבד או נגנב הוא ברשות המוכר מאחר שהודיעו שרוצה להוליכו למדינה פלונית, ובב"י פטר מגניבה ואבידה באם לא היה שהות להודיעו. אולם הש"ך (יז) פסק כב"ח דאף שלא היה שהות להודיעו הוא באחריות הלוקח עד שיוודיעו דוקא.

בנידון השאלה יש בהוציא הוצאות על פיו וכו', יש לציין בתחילה לרמב"ם (זכיה ומתנה ו, כד) "הורו רבותי שאם היה מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לריעיו או יחלק מעות לשמשין ולחזנין וכיוצא בהן ועשה כדרך שעושין כל העם וחזרה בה משלמת הכל, שהרי גרמה לו לאבד ממון וכל הגורם לאבד ממון חבירו משלם, והוא שיהיו לו עדים כמה הוציא שאין זה נשבע ונוטל" והראב"ד השיג "איני משוער עם רבותיו בזה וזאת הגרמה דומה לזרעוני גנה ולא צמחו שאינו משלם לו ההוצאה, וכללו של דבר אבוד ממון שבעל הממון עושה אותו אף על פי שגרם לו זה פטור", וה"ה יישב הרמב"ם שאינו דומה לזריעה ששם היה מוציא בהן הוצאות כדי להרויח בהן ולפיכך אינו בדין שישלם זה מה שהוציא כדי להרויח אבל כאן לא היתה כוונתו להשתכר בדבר אלא להתנהג במנהג העיר וכיון שהוא נסמך עליה והיא חזרה בה בדין הוא שתשלם, ובשו"ע אב"ה נ/ג פסק כרמב"ם. [ניתן לציין לשער משפט ריש סימן שפ"ו שכתב ליישב את הרמב"ם ע"פ דיני גרמא, דבשלמא "במוכר

זרעוני גינה לא נעשה ההיזק מיד רק עד שיזרע אותם וכן במוכר קנקנים לא נעשה ההיזק מיד רק עד שיתן בהן יין, משא"כ בשידוכין שכבר האכיל לריעיו או שנתן מעות לשמשים א"כ כי חזרה אח"כ הרי תיכף בעת חזרתה נפסדו כל ההוצאות שהיו לו עד עתה ודמי למוחל ולמוסר דחייבים מדינא דגרמי בדבורא בעלמא".

הרב יצחק בירך דסקל (במאמר במרשתת) האריך בנידון באמר לאחד להוציא הוצאות וחזר בו וכן בלא אמר לו להוציא אבל הוציא מעצמו, וכתב דהעולה מתשובת רע"א (מהדורא קמא, סימן קלד) במקרה שביקשו ממוכרים להביא להם פירות כדי לקנותם וחזרו בהם הלוקחים, דאם אמר אחד לחבירו להוציא הוצאות כגון שאומר לאומן שיעשה לו כלי כדי לקנותו, והאומן הוציא הוצאות ועשה הכלי, וחזר בו הלוקח ולא קנאו, או לזה שביקש הלואה ממלוה, ואמר לו המלוה עשה לך שטר חוב ואלוה לך, באופנים הללו חייב לשלם לניזק הוצאותיו, והטעם בזה, כיון שאמר לו בפיו להוציא הוצאות, חייב לשלם לו ההוצאות, ובה הכל מודים, אבל אם לא אמר לו להוציא הוצאות, אלא שממילא הוציא הוצאות, כגון שמכר לו זרעים מקולקלים, והלוקח הוציא על דעת עצמו הוצאות לזרוע את הזרעונים, או שאירס אשה והוציא מעצמו הוצאות אירוסין ללא בקשת הכלה, וחזרה בה הכלה, באופנים הללו שלא אמר להוציא הוצאות, אלא שזה ממילא הוציא הוצאות, בזה סובר הרמב"ד שלעולם אין צריך לשלם ההוצאה, שלא הוי ממש כמוציא על פיו, אבל הרמב"ם מחלק באופן זה כשלא אמר לו בפירוש, וסובר, שאם הוציא כדי להשתכר, כגון בזרעים פטור המוכר, אבל הוציא שלא כדי להשתכר כגון באירוסין חייב, דכשמוציא כדי להרויח יודע הוא שלפעמים מרויחים ולפעמים מפסידים, ואע"פ שהמוכר גרם לו כך הוא דרך העולם, אבל כשהוציא על ידו הוצאות אירוסין שלא על מנת להרויח חייב אבי הכלה לשלם, וזה על פי שיטת הרב המגיד הנ"ל, וכיון דהלכה כרמב"ם, אף המוציא הוצאות מעצמו חייב הגורם לשלם לו נזקיו אלא אם כן הוציא מעצמו לצורך רווח, וסיים "העולה מזה להלכה", אמר לאחד להוציא הוצאות, וחזר בו, חייב לשלם לו הוצאותיו אפילו אם המוציא התכוון להרויח, לא אמר לו להוציא, אבל הוציא מעצמו כסעודת אירוסין וכזריעת זרעים וכדו', וגרם לו הפסד, אם המוציא התכוון לרווח פטור, ואם לא התכוון לרווח חייב".

סעיף כג

[במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, מה הדין אם עדיין המעות ביד הלוקח ורובא נמכרים לשחיטה האם מצי הלוקח לומר לרדיא זבני?]

ע"פ ב"ב צב. וכשמואל דלא אזלינן בממון אחר הרוב פסק בשו"ע "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, אע"פ שהרוב קונים לחרישה ולא אזלינן בתר רובא להוציא מיד המוכר (ואע"ג דק"ל כרבנן שאין הדמים ראויה, הני מילי גבי צמד בקר בסימן ר"כ שהדמים מכחישים את עיקר הלשון דעיקר לשון בני אדם קורין לעול בלא בקר צמד, אבל הכא בין לרדיא בין לשחיטה נקרא שור לכולי עלמא, בזה הולכין אחר הודעת הדמים, טור). (רמ"ה -) אבל אם עדיין המעות ביד הלוקח, לא מבעיא אם רובם קונים לחרישה, אלא אפילו כי הדדי נינהו, המוציא מחבירו עליו הראיה. (טור -) 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 {כל מקום דהוי מקח טעות וצריך להחזיר לו דמיו ואית ליה זוזי, צריך ליתן לו מעות, דהוי כבעל חוב (נ"י), ודלא כ"א (תשובת מיימוני) דיכול ליתן לו קרקע}."

עמש"כ המחבר בשם הרמ"ה וכתב 'אפילו כי הדדי נינהו', תמה ה^{נתיבות} (יב) דה"ל לאשמעינן רבותא יותר דאפילו רובא לשחיטה מצי הלוקח לומר לרדיא זבני, דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מיד המוחזק, ובפרישה תירץ דברובא לשחיטה מפקינן ממון מיד הלוקח ולא מהני ליה החזקה כל כך מאחר שכבר המשיך הבהמה וקנהו בקנין, משא"כ כשהמעות ביד המוכר דאין מוציאין מידו אף על גב דרובא לרדיא כיון דכבר קנאו הלוקח בקנין, והוא תמוה מאוד, מלבד דסברא דחוקה היא מוכח ג"כ בש"ס להיפך עיי"ש, אלא דודאי לעולם לא אזלינן בממון אחר רובא להוציא ממון אפילו מיד הלוקח,

והא דאמר אפילו כי הדדי ניהו הוא לאו דוקא, או דחשיב ליה כי הדדי כיון דרובא בממון לאו מידי הוא והעיקר הוא מטעם מוחזק. **בפת"ש** (י) הביא את מח' הפרישה והנתיבות ושכתב **הדגו"מ** ליישב ע"פ הב"ח עם התוס' דרובא לרדיא לא חשיב כולי האי כמו שאר רוב ולכך לא מהני רוב זה בממון א"כ י"ל דרובא לשחיטה שפיר הוי רוב גמור.

[עוד כתב **הנתיבות** (שם) דאם תפס המוכר אחר שנולד הספק ודאי לא מהני כיון שטוען שמא, אבל אם תפס הלוקח וטוען ברי לרדיא זבני, שהרוב מסייע לו דרובא לרדיא זבני, יש לעיין, דהא קי"ל דתפוס וטוען ברי מהני, ומכ"ש הכא דרובא מסייע ליה, ואפשר כיון דיש הרבה מומין דלשחיטה לא הוי מום ולרדיא הוי מום, וכמעט רובא דרובא מומין כגון עיוורת או חירת, רק טריפה הוי מום לשחיטה, וכיון דקי"ל דאין הולכין בממון אחר רוב והוא נתן המעות סתם אמרינן לשחיטה זבניה, ולכך סתמו הפוסקים דמשמע דלא מהני תפיסה].

סימן רלג – המוכר מין ונמצא מין אחר או רע ונמצא יפה

סעיף א

[מה הדין במכר לו כסף בחזקת כסף צרוף ונמצא כסף סיגים? לאיזה דין בש"ס ניתן לכאורה לדמותו? פרט.]

ע"פ **משנה וגמ' ב"ב פג: פסק בשו"ע** "המוכר לחבירו מין ממניי 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 (**סמ"ע**): בחלוקה זו אפילו אם המין השני הוא עדיף וביוקר יותר מהמין שהתנה עמו בשעת מכירה אפ"ה גם הלוקח יכול לחזור בו, וכן איפכא במוכר, כיון דהוא מין אחר לגמרי, משא"כ בחלוקה הבאה שרק זה שנתאנה חוזר). אבל אם מכר לו חטים יפות ונמצאו רעות, לוקח יכול לחזור בו אפילו לא נתאנה בסכום (שאע"פ שאין אונאת שתות בין אלו לאלו בדמי המקח לוקח יכול לחזור בו דהוי קצת כשינוי חפץ מחפץ שאם רצה המתאנה יכול לחזור בו ולבטל מקחו רשאי אבל לא המוכר לפי שאינו שינוי החפץ לגמרי, **ה"ה**), והמוכר אינו יכול לחזור בו אפילו הוקרו (**סמ"ע**): אבל אם נתאנה הלוקח כדי ביטול מקח דמסתמא יחזור בו הלוקח ואין שם מקח עליו ס"ל לר' יונה רא"ש וטור בסימן רכ"ז דגם המוכר יכול לחזור בו, ומיהו המחבר שם חלק ע"פ הרי"ף והרמב"ם דס"ל דהמוכר אינו חוזר בכה"ג). ואם מכר לו רעות ונמצאו יפות, אפילו לא נתאנה בסכום, מוכר יכול לחזור בו והלוקח אינו יכול לחזור אפילו אם הוזלו. מכר לו רעות ונמצאו רעות, יפות ונמצאו יפות (כפירוש הרמב"ם -) 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 {מכר לו בשר בחזקה שהוא מין איל מסורס, ונמצא שאינו מסורס, המקח קיים ומחזיר לו אונאתו (**פת"ש**): אפילו אם הוא פחות משתות לא אמרינן דהוה מחילה), אלא אם כן ידוע שהלוקח אסטניס שאינו אוכל כלל בשר איל שאינו מסורס, והוא הדין בכל כיוצא בזה (**תה"ד**), והנתיבות כתב דדין זה ספיקא דדינא דהב"ח חולק עי"ש וכן צוין בקצרה **בפת"ש**}."

כתב **הרמ"א** "מכר לו כסף בחזקת כסף צרוף ונמצא כסף סיגים, המקח קיים ומחזיר לו האונאה, דהכל מין כסף (**מרדכי**)".

הקשה **הש"ך** (א) על הרמ"א דצ"ע מאי שנא מיפות ונמצאו רעות דיכול הקונה לחזור, וכתב דאכן יש לומר בכוונת המרדכי דלא כרמ"א וכוונתו דאין שניהם יכולים לחזור הא לוקח בלבד כן יכול לחזור וכיפות ונמצאו רעות, ואפשר גם להגיה אין 'המוכר' יכול לחזור בו וכן הוא ברב"ן, והוי כדין אחר של המרדכי במכר לו טבעת של זהב ונמצא עופרת בתוכה דהוי מקח טעות, וכ"פ **הנתיבות** (ד) דלא כרמ"א, אולם **הב"ה** כתב ליישב דעת הרמ"א דיש לחלק בין ההיא דטבעת או כלי שקנה להיא דהכא דמירי שקנה נסכא של כסף דראוי להתיכו ולעשותו צרוף רק דהוצאת וטרחת ההתכה היא על המוכר וע"כ לא קאמר אביאסף במקור הדין אלא בכסף סיגים דבכלל מאתיים מנה וכדרך משל דבכלל עשרה דרהמי כסף סיגים יש ח' מכסף צרוף וא"כ הרי יש שם שיעור כסף צרוף שמכר לו, וכן

הסכים בתשובת **ושב הכהן (פת"ש ב)** דהתם אי אפשר לעשות מן הרעות יפות, משא"כ בכסף סיגים שיכול לעשות מהן כפי שהתנה ליתן לו כסף צרוף רק שיופחת מהמשקל וזה מנכה לו, ולכן אין חילוק בין אם האונאה שתות או פחות או יותר משתות ובכל ענין המקח קיים ומחזיר לו אונאה, והסיק שהדין ברור דאם מכר לו כסף בחזקת צרוף ונמצא סיגים שניהם אין יכולים לחזור רק שהמוכר משלים לו מה שנפחת מהמשקל ואין חילוק בין אם הוא שתות או פחות או יותר, ואין לחלק ולומר דדוקא אם מכר לו במשקל דהיינו כל ליטרא בכך וכך ונמצא סיגים הוא דמשלים לו אפילו אם הוא פחות משתות אלא בכל ענין צריך המוכר להשלים לו שיהיה כסף צרוף כ"כ כפי שקנה ממנו ואז גם הלוקח אינו יכול לחזור, אבל במוכר כלי בחזקת שהוא צרוף ונמצא סיגים יכול הלוקח לחזור.

סימן רלד – המוכר דבר איסור ואכלו הלוקח

סעיפים א – ב

מה הדין השוחט בכור ומכרו ואכלו הבשר או שחט פרה ומכרה ואכלו הבשר ונודע שהיא טריפה?

מי שמכר איסורי הנאה לחבירו והקונה אכלם האם חייב לשלם? ומה הדין אם הלוקח ערבס עם אוכל שלו ובישלם יחד האם המוכר חייב לשלם על כל התערובת? אימתי אינו חייב לשלם? (ראה גם לקמן)

המוכר חלב לחברו ואחרי שהלוקח שתה החלב נודע לו שזה היה חלב בהמה טמאה, אם יכול לדרוש בחזרה את הדמים?

ע"פ **משנה בכורות לז**. פסק בשו"ע "השוחט את הבכור ומכרו ונודע שלא הראהו למומחה, מה שאכל אכל ויחזיר לו את הדמים (משום קנס דאיסור, רש"י), והנשאר מהבשר ביד הלוקחות יקבר, ויחזיר להם את הדמים. (ב) וכן השוחט פרה ומכרה, ונודע שהיא טריפה, 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".

ביאר **הסמ"ע** (א-ב) דמש"כ המחבר 'שלא הראהו למומחה' רבותא קמ"ל, דאע"פ דיכול להיות שיש בה מום, מ"מ כיון דסתם בהמה בחזקת שאין בה מום וממילא אסורה דאורי, משא"כ בדיקת בהמה מטריפותיה דמספיקא עומדת בחזקה שאינה טריפה ואינה צריכה בדיקה אלא מדרבנן וכמש"כ הרמ"א בסע' ג', משו"ה כתב המחבר בסע' ב' 'וכן השוחט פרה ומכרה ונודע שהיא טריפה' כלומר נטרפה בודאי, ועוד, דבכור שלא נבדק אע"פ שנודע אח"כ שהיה בו מום אפ"ה אסור בהנאה מדרבנן וכמבואר ביו"ד ש"י, וכיון דהיה אסור בהנאה אין מנכה לו מן הדמים וכסע' ד לקמן, משא"כ בבהמה שלא נבדקה דאינה אסורה בהנאה, ומש"כ דייקבר ויחזיר כלומר דהלוקח יקברנו ולא יחזירנו למוכר שיקברנו, שלא האמינו לו ע"ז שמא ימכרנו לגוים ויהנה ממנו והוא אסור בהנאה, משא"כ במכר טריפה שבסע' ב' דהתם מותר בהנאה למכור הבשר לגוים משו"ה מחזירין לו הבשר הנשאר ולא חיישינן שיאכלנו, דהנחשד לאיסור קל דלפני עור כו' לא נחשד לאיסור חמור דיאכלנו וכמ"ש ביו"ד קי"ט, וגם ליכא למיחש שמא יחזור וימכרנו לישראל כמו שעשה בראשונה להנאות ממנו, שהבשר כשר הוא ביוקר מהטריפה, שהרי כל טבח שיצא מכשול כזה מתחת ידו מעבירין אותו ומכריזין עליו שלא יקנו ממנו שום דבר.

כתב **הנתיבות** (א) בנודע שהוא טריפה דסע' ב' דאם הלוקח עירבו עם כשירות ונטרף מחמת זה שאר בשר, לדעת הרמ"א בסימן כ"ה שפסק כתוס' והרא"ש שפסקו כר"מ, ובתוס' בב"ק כתבו דלר"מ חייב בטיהר את הטמא אפילו כשעירבו בעה"ב עם פירותיו, אי"כ ה"נ כאן דחייב, דהרי בכאן עשה במזיד, ואפילו הנך דפטרי התם, מ"מ הא כתב שם הש"ך לחלק בין מראה דינר לשולחני דכיון שהראהו

לשולחני שוב לא היה לו להראותו לאחר אבל הנשאל לחכם לא היה לו לבעה"ב למהר ועוד דבמראה דינר לשולחני מוכח מילתיה דסמיך עלה, והכא לא שייך כל הני טעמי, כיון שמכר לו במזיד בחזקת כשר מה היה לו לישאל עוד, וכל הטעמים שכתב הש"ך שם לא שייכים כאן, ולכן חייב לכולי עלמא.

סעיף ג

האם יש הבדל בהלכות מכירה בין מכר דבר האסור מן התורה לבין דבר האסור מדרבנן, מה ההבדל ומה הסברא בזה?

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "אבל המוכר לחבירו דבר שאיסור אכילתו מדברי סופרים, אם היו הפירות קיימים מחזיר הפירות ונוטל דמיו, ואם אכלם אכל ואין המוכר מחזיר לו כלום" (ריב"ש -) מכר לו מבהמה שלא נבדקה כראוי הוי כאיסור מדברי סופרים שהרי הבדיקה היא מדברי סופרים (דרוב בהמות כשירות)"}.

כתב ה"ה דלא מצינו מקור לחילוק הרמב"ם אולם אכן בגמ' הוזכרו רק דוגמאות מדאורי או איסורי דרבנן של איסור הנאה כגון יין נסך ועוד דבירו' חילקו לענין סחורה שכל דבר שאיסורו דבר תורה אסור לעשות בו סחורה וכל דבר שאיסורו מדבריהם מותר לעשות בו סחורה ואפשר שאף זה כן, וגם הריב"ש כתב דאע"פ שאין לרמב"ם ראייה ברורה לא מצאנו מן הבאים אחריו שחלק עליו. הסמ"ע (ד) כתב דדוקא במכשול דאיסור דאורי קנסוהו, ועוד דאין אכילת האוכל מחשב לו הנאה ואדברה מצער הוא לו שעבר על איסור דאורי באכילתן אף שהיה שוגג, משא"כ באכל איסור דרבנן.

הש"ך ביו"ד קי"ט (פת"ש א) הקשה למה אין המוכר מחזיר כלום דיחזיר מה שקיבל יותר מדמי הטרפה שהוא חייב מדינא ולא מצד הקנס, וחלק דהטעם הכא דהם לא גזרו איסור כדי להוציא ממון דלענין ממון אוקמיה אדין תורה, וכתב ה^הנתיבות דמשמע בש"ך שם בדברבנן אפילו המותר משויו א"צ המוכר להחזיר, והקשה עליו דכיון דהמקח בטל הוי כמזיק או כאוכל שלא במקח ולמה יצטרך לשלם יותר משויו, וכתב דאפשר דאף דבאיסורי תורה אפילו אוכלן בשוגג צריך כפרה ותשובה להגין על היסורין, מ"מ באיסור דרבנן א"צ שום כפרה וכאילו לא עבר דמי, דאמרינן בעירובין ס"ז בדברבנן עבדינן עובדא והדר מותבינן תיובתא ואילו היה נענש על השוגג היאך היה מניחין לו לעבור ולקבל עונש אלא ודאי דאינו נענש כלל על השוגג באיסור דרבנן והרי הוא להאוכל כאילו אכל כשירה, והרי נהנה כמו מן הכשירה, ומש"ה צריך לשלם כל דמי הנאתו כמו בזה נהנה וזה חסר מועט, דכללא הוא דצריך לשלם כפי מה שנהנה, משא"כ באיסור דאורייתא שמקבל עונש על השוגג וחסרונו גדול מהנאתו, וכתב הפת"ש (א) דמשמע מדבריו דאפילו אם לקח בהקפה צריך לשלם לו כהיתר, וכ"כ בהדיא בשער משפט דאף אם הלוקח לא נתן המעות מחויב ליתן לו כיון שכבר נתחייב בעת הקניה, אולם בשו"ת חת"ס כתב דדווקא אם כבר קיבל המוכר דמי כשרות א"צ להחזיר היתרון כיון דעכ"פ היה צריך לשלם לו דמי טרפה, אבל אם עדיין לא פרע לו א"צ לשלם רק דמי טרפה, ויכול הלוקח לטעון קים לי כחת"ס.

< דייק רע"א מהרמ"א ע"פ הריב"ש דאם היה הבדיקה מדאורי אף שהוא אסור רק מספק דאורי מ"מ דינו כודאי איסור, דמה שאכלו אכלו, ויחזיר להם הדמים.

במקרה שנודע שהחלב שקנה הוא חלב בהמה טמאה, מה הדין אם לפני ששתה עירב את החלב בששים של היתר אם חייב הלוקח לשלם למוכר דמי החלב, או יכול אף לדרוש החזרת הכסף אם כבר שילם למוכר דמי החלב?

כתב ה^הנתיבות (ב) דהנפק"מ בין ב' הטעמים שכתב הסמ"ע לעיל לחלק בין דאורי לדרבנן אי משום דקנסוהו ב' משום דלא חשיב הנאה כשאכל איסור דאורייתא, אם עירבם הלוקח בששים בלח בלח ואכל אחר שכבר הותר, דחשיב הנאה ולכך אין המוכר צריך להחזיר, אבל כן שייך לצד קנס על שגרם במזיד לבטל האיסור, אך יש לספק אם עירבו ועדיין בעין דנראה דיכול להחזיר הדמים וליקח חלקו מהתערובת המותר דבשר וטריפה כשני מינים דמי והמקח בטל, אך יש לספק אם התערובות אסור למוכר כיון שע"י גרמתו שגרם במזיד נתבטל האיסור ומבטל איסור במזיד אסור למבטל, או דגורם לא חשיב כמבטל איסור במזיד, ומסתבר לאיסור.

סעיף ד

האם הדין הנ"ל (סעיף א) שונה באיסור הנאה?

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "כל איסורי הנאה, בין מדברי תורה בין מדברי סופרים, מחזיר את הדמים ואין בהם דין מכירה כלל (כדין יין נסך בגמ', ה"ה)". הסמ"ע (ו) ביאר הסברא שהרי לא מפסיד למוכר כלום במה שאכלה הלוקח או האכילה לכלבים כיון שאסור לו להנות ממנו, משו"ה אין מנכה לו מהדמים שנתן לו בעדה, ואף אם מכרה הלוקח לגוי וקיבל דמים, אם הוא דבר שתופס דמיו הרי אסורין ביד הלוקח, ואפילו הוא דבר שאינו תופס דמיו כגון חמץ בפסח וערלה וכלאי הכרם, והא דשינוי בקידושין נ"ו מכר וקידש בדמיהם מקודשת, ה"מ לאחרים, אבל המוכר בעצמו שהוא בעל דבר אסור למוכרו, ואף אם מכרו קנסוהו, דאסור להנות הוא בדמיהן, משו"ה צריך להחזיר לזה הלוקח כל דמיו כנ"ל, וכן הסכים הש"ך (א) וכתב דזה דלא כמעדני מלך.

סימן רלה – קטן וחרש ושוטה ושכור מתי מוכר מטלטלין והקונה בשבת וביום טוב

סעיף א

מה דין קטן לבצע קניה או מכירה של קרקעות או מטלטלין?

גיטין נט. "מתני'. הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין.. גמ'. ועד כמה (מתחיל עונת הפעוטות שתקנו להם חז"ל) מחוי רב יהודה לרב יצחק בריה כבר שית כבר שר כהנא אמר כבר שב כבר תמני במתניתא תנא כבר תשע כבר עשר ולא פליגי כל חד וחד לפי חורפיה. וטעמא מאי (תקנו רבנן) א"ר אבא בר יעקב א"ר יוחנן משום כדי חייו (דאלי"כ אין שום אדם יהיה לו שום עסק עמו)".

משנה גיטין נט: "מציאת חרש שוטה וקטן יש בהן משום גזל מפני דרכי שלום" ובגמ' סא. "ר' יוסי אומר גזל גמור אמר רב חסדא גזל גמור מדבריהם למאי נפקא מינה להוציאו בדינין".

גיטין 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".

ב"ב קנה: "אמר מר זוטרא לא אמרן אלא למטלטלי אבל למקרקעי לא א"ל רב אשי למר זוטרא מ"ש מטלטלי דזביניה זביני אלא מעתה הא דתנן הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין ה"נ דעדות עדות א"ל התם בעינא ועמדו שני האנשים וליכא".

וי"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "קטן עד שש שנים אין קנייתו לאחרים כלום (סמ"ע): דאילו לקנות לעצמו קרקע כתבו הרמב"ם והמחבר סעי' ז' דהוה בכלל זכין לאדם שלא בפניו, והיינו דוקא לענין שאין המוכר לו יכול לחזור בו, אבל הקטן יכול לחזור בו דהוה בכלל אין חבין לאדם שלא בפניו, ומשש שנים עד שיגדיל אם יודע בטיב משא ומתן (היינו דאמרינן כל אחד כפי חורפיה, ה"ה) {דהיינו שבדקוהו ומצאוהו שיודע, ולאחר עשרה כל שאינו שוטה (טור בשם הרא"ש, דכן דייק מהגמ' בגיטין דנקטה עד כבר עשר וזה דלא כרמב"ם הסובר דאפילו בהיותו בשנת י"ג כל שלא הגדיל בעינן דוקא שיודע בטיב משא ומתן, סמ"ע, ותמה על הרמ"א מדוע לא כתב בלשון פלוגתא)} - מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנתו קיימת (דאי לא עביד ליה נייח נפשיה לא היה נותן לו המתנה ובכלל כדי חייו הוא, סמ"ע), בין בדבר מרובה בין בדבר מועט (סמ"ע-דרכ"מ: דעת הרמב"ן ורוב הרא' אפילו יותר מכדי חייו דלא פלוג רבנן, ודלא כרבינו האי שלא ימכור אלא כדי חייו), בין במתנת בריא בין במתנת שכיב מרע, ודבר זה מתקנת חכמים. והכל במטלטלים {וי"א (ר"ן) הואיל ואינו רק מכח תקנת חכמים, אם כן במקום שעשו שלא כהוגן, כגון שמכרו בנכסים מועטים שזכו בהן הבנות (כמבואר באבן העזר בסימן קי"ב), מכירתן לאו כלום היא (אבל בגדול מהני קנין דרבנן או קדושין דרבנן כגון בקטנה אפילו במקום איסור, נתיבות)}, אבל בקרקע אינו מוכר ולא נותן עד שיגדיל {דהיינו

שהקטן בן שלש עשרה (ובקרקע שירש בעינן דוקא שיהא בן עשרים שנה כמבואר בב"ב ובסעי' ט) והקטנה בת י"ב והביאו שערו (רמב"ם). (שו"ת הרא"ש -) ואפילו הוא קרקע שניתן לו במתנה (הרבותא דאע"ג דלא שייך בהו דדעת הקטן קרוב אצל זוזי ויזלזל במכירת קרקע בשביל המטבע, סמ"ע עיי"ש), 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 (מיוחסת לרמב"ן, ומוכח מלשונו דאף דלא אמר לו הקטן בפירוש לאכול הפירות אלא שהיה שם הוא וקרוביו ולא מיחו במתנה, אע"ג דרוצין לחזור אח"כ ולהוציא מידו הפירות אין שומעים להן, מטעם דמחילה כזו ואפילו בטעות ואפילו בקטן הוה מחילה, סמ"ע). (רא"ש -) ואם ירש מאביו שטר חוב, דינו כמטלטלים (סמ"ע: קמ"ל דלא תימא כיון דיש בו שעבוד קרקעות ודין קרקע יש עליו לענין שבועות ואונאה וכמה דברים גם בזה דין קרקע יש לו, לאפוקי מדעת הריטב"א בדרכ"מ דס"ל דלא מהני בקטן מכירת שטר חוב כיון דמילי נינהו ולא מהני תיקון כתיבה ומסירה כי אם בגדול וראה לקמן בקצות) ויכול למוכרו או ליתנו לאחר (ש"ך: וחזקת חנות דינו כקרקע).

כתב הסמ"ע (ד) בשם תשובת הרשב"א (בדרכ"מ) דקטן בן שש שנתנו לו מתנה ע"י גדול ולא פירשו לו מתי יתננה לו והוא נתן לו עכשיו, דאם אין הקטן חריף ובקי אזי פשע זה הגדול במה שנתנו לו. כתב ה^הנתיבות (א) דמוכח מדבריו דאחד שזיכה ע"י אחר מתנה לקטן ומסרו האחר לקטן אחר שהגיע לפעוטות שמקחן מקח, שפטור האחר כשנאבד מהקטן, וכתב דהיינו דוקא בכה"ג שהחפץ הנאבד של הקטן, וכיון דחכמים תיקנו שיהיה מתנתו ומחילתו קיים מכל שכן פרעון לידו, אבל של אחרים כשמסרו לקטן אף דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד מ"מ כשמוסר לקטן חייב.

כתב הקצות (ב) עמש"כ המחבר דבקרקע אינו מוכר ולא נותן עד שיגדיל, דאם מכר בעודו קטן וכשנעשה גדול לא מיחה שוב אינו יכול למחות, וכסעי' יד גבי קטן פחות מכ'.

עמש"כ המחבר בשם הרא"ש גבי שט"ח, כתב הקצות (ג) דקשיא לן דהא שט"ח אינו אלא בכתיבה והיכי כתבי עדים שטרא הא אין עדים חותמין אא"כ נעשה בגדול וברא"ש יישב דאין ענינו לכאן כלל דדוקא במכירת קרקע דאין קטן יכול למכור ואם מכר קרקע והקרובים אמרו שהיה קטן בשעת מכירה, לוקח מהימן משום חזקה דאין עדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול, ומשום דבקרקע לא תיקנו חכמים שיהא ממכרו ממכר ומתנתו מתנה כדי שלא ישחית נחלתו, אבל שטר כיון דהוה כמטלטלין יפה חתמו העדים אפילו אם היה קטן דמועיל כתיבת הקטן, אמנם מדברי הרמב"ם נראה דאפילו היכא דמועיל קנינו אפ"ה אין כותבין שטר על הקטן, ועוד צד דצריך בו עיון לפי שיטת ר"ת דשלא בפני המוכר לא מהני מסירה ובעי בפניו דוקא א"כ בקטן בפניו כשלא בפניו והיכי מהני ביה מסירת השטר כיון דשטר בעי כתיבה ומסירה, והרא"ש נראה דס"ל דמסירה מהני אפילו שלא בפניו וכטור בסימן קצ"ז אבל מדברי הרמ"א שם נראה דבעי בפניו, והעלה הקצות למסקנה דאם קדם הקטן וגבה מן הלוח דאין מוציאין מידו ללוקח, ומידי ספיקא לא נפקא מצד הכתיבה לפי דברי הרמב"ם ומצד המסירה לדעת ר"ת, וגם דעת הריטב"א דלא מהני. בנתיבות (ה) כתב דלק"מ קושית הקצות בתחילה דדוקא בשטר הצריך עדים אמרינן דאין שטר לקטן אבל שטר שקונין בכתיבה דמהני כתב יד של קטן גופיה ודאי דמהני אף בקטן, וגבי מה שהקשה הקצות ממסירה בפניו יישב דהא דבעינן מסירה בפניו אין הקפידא משום בפניו רק משום דבעינן מסירה מיד ליד (ע"פ תוס' ב"ב ע"ו) ומהני אפילו בקטן בודאי דאטו לא יועיל קנין ספינה לקטן שיקנה במוסירה, וכן להנך דס"ל דבהמה גסה לא נקנית רק במוסירה אטו אין לקטן קנין בבהמות והפוסקים כתבו סתם דיש לקטן קנין במטלטלין משמע דכל הקניינים דשייכים בגדול הן ג"כ בקטן.

כתב רע"א דגם בעבדי מקחן מקח דבמידי דרבנן עבדא כמטלטלין דמי.

סעיף ב

[האם קטן שיש לו אפוטרופוס מתנתו מתנה?]

ע"פ כתובות ע. פסק בשו"ע "בד"א בקטן שאין לו אפוטרופוס, אבל אם היה לו אפוטרופוס אין מעשיו כלום אפילו במטלטלים (דכיון דיש לו אפוטרופוס לא שייך בהו תקנת כדי חייו, ריב"ש) (ומתנה כמכר שאינו יכול לתת וכדעת הרמב"ם, ודלא כר"ח דמתנתו מתנה אפילו אם יש לו אפוטרופא, ב"י ופתי"ש)

אלא מדעת האפוטרופוס, שאם רצה לקיים מקחו וממכרו ומתנתו, במטלטלים, קיים {והוא הדין אם סמוכים אצל בעל הבית, שדינו כאפוטרופוס, כמו שיתבאר לקמן סימן ר"צ. אבל משהגדיל, אף על פי שיש לו אפוטרופוס שמינהו לו אביו, מקחו מקח וממכרו ממכר (ריב"ש), אף על פי שאפוטרופוס 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) }."

כתב הפת"ש (ב) דבתשובת מהר"ם אלשיך כתב שהמתנה שנתן היתום בן ט' שנים לזקינו מהנכסים שיש לו ביד אפוטרופוס הוא מתנה קיימת דהעיקר כדעת ר"ח בשם רב האי (וכן משמע קצת ברע"א), דכן נראה ג"כ ברי"ף תוס' סמ"ג רא"ש וטור דכולהו ס"ל דבמתנה אפילו יש לו אפוטרופוס מתנתו מתנה ודלא כרמב"ם, ועוד שאפילו הרמב"ם לא קאמר דבעינן במתנה שיסכים האפוטרופוס עמו אלא משום דילמא טעי הקטן בדעתו וסבר דהוא מקבל מתנה עבד ליה ניחא נפשיה ולא הכי הוא, או אפילו דידע דלא עבד ליה ניחא נפשיה הלך אחר שיחה נאה ויהיב ליה, משום הכי בעי דעת האפוטרופוס, אבל בנידון דידיה דמפורסם לכל שזקינו היטיב עמו וגידלו כאב, וגם הקטן עצמו פירש שמשום הכי נתן לו, ודאי דמודה הרמב"ם ז"ל דלא בעינן דעת האפוטרופוס. עוד כתב שם דאפשר דאפילו לרמב"ם הני מילי במתנת בריא אבל במתנת שכיב מרע דלא חיילא אלא לאחר מיתה מהני, דהא בשעתא דחיילא לית ליה אפוטרופא והוי כמאן דלית ליה אפוטרופוס מעיקרא, ועוד דבמתנת בריא בהקנאתו של נותן תליא מלתא ואין הקנאתו כלום אבל במתנת שכיב מרע לא תליא בהקנאה, ועוד דלא שייך אפוטרופוס אלא במילתא דהנאת היתום דהיינו בבריא דימחה במתנתו משום הנאת היתום דליוזן מממוניה, אבל בשכיב מרע דמאי דמחי אפוטרופוס לא הוי אלא להנאת יורשיו, אין לאפוטרופוס שייכות בהכי, דלאו אפוטרופוס ליורשי היתום נתמנה, וישאר הדבר אל מאי דאתמר דאי לא דעביד ליה ניחא נפשיה לא הוה יהיב ליה. וכתב הפת"ש דצ"ע לדינא, וברע"א לאחר שהביא דברי מהר"ם אלשיך גבי כותב לאחר מיתה הביא שזה במח' אחרונים.

סעיף ג

[מה הדין בקטן היודע בטיב משא ומתן שנשא ונתן במטלטלין וטעה?]

גיטין נט. "וטעותן עד כמה" א"ר יונה א"ר זירא עד שתות כגדול", ודעת ר"ח דעד שתות הוא מחילה כגדול שתות קנה ומחזיר אונאה יתר משתות בטל מקח וכן פירש רש"י וכ"ד הרמב"ם, ואילו דעת הראב"ד דקטן אין לו מחילה כדאמרין בב"מ כ"ב דיתמי לאו בני מחילה נינהו, והשיגו ה"ה דדברי תימה הם שאם כן היה להם בגמרא לפרש והיאך יאמרו עד שתות כגדול ויהיה כגדול מחילה ובקטן ניתן לחזרה ומ"ש דיתמי לאו בני מחילה נינהו מ"מ חכמים שתקנו שיהיה ממכרן ממכר משום כדי חייהם הם תקנו שיהיה טעותן כגדול וגדולה מזו אמרו מתנתן מתנה אפילו מתנה מרובה.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "קטן היודע בטיב משא ומתן, שאין לו אפוטרופוס, שנשא ונתן במטלטלים וטעה, דינו כדין הגדול, פחות משתות מחילה, שתות מחזיר אונאה, יתר על שתות בטל מקח".

סעיף ד

קיי"ל קטן מקחו מקח במטלטלין, איך הדין אם נתן הקטן מעות על חפץ וחזר בו או שחזר המוכר האם יש מי שפרע?

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "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", וכתב ה"ה דכן משמע בגיטין נ"ב בקטן שיש לו אפוטרופוס וכן הדין לקטן עצמו.

כתב הנתיבות (ט) דאם הוא באופנים המבוארים בסי' קצ"ח ו-קצ"ט שהמעות קונה קנין גמור, קונה אף בקטן.

סעיף ה

האם קנין סודר מועיל בקטן? (וראה רמ"ג/כג גבי קטנה)

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "וכן אם קנו מיד הקטן (ר"ל קנו מטלטלין ממנו ע"י קנין סודר, שהלוקח נתן סודרו לקטן כדי שיחזיק בו ויקנה ללוקח בחליפי הסודר דבר המטלטלין שקונה ממנו, סמ"ע) או השכיר מקום המטלטלים וחזר בו, לא קנה לוקח, שאין מוציאין מיד הקטן בדין (ה"ה: דין השכירות פשוט דשכירות מכירה ליומה הוא ואין ממכרו ממכר במקרקעו ומכאן שאם השכיר הקטן בית לדור שיכול לחזור בו ואין מעשיו כלום. סמ"ע: גבי דין סודר סיים בטעמו שאין מוציאין מיד קטן, ר"ל, אף שהקנה לו בקנין סודר ותאמר שמועיל הקנין, מ"מ יכול הקטן לחזור בו כיון שעדיין דבר המטלטלין בידו וצריכין להוציאו מידו, משא"כ כשקונה הלוקח במשיכה וכל משיכה היא מרשות מוכר לרשות הלוקח או לסימטא שכבר יצאה מרשות המוכר, דתו אין צריך הוצאה מיד הקטן), ואין קוננין מיד הקטן כלום (שלף איש נעלו ולא קטן, נתיבות בשם הסמ"ע בסימן צ"ו), שהקנין כשטר ואין העדים חותמין אלא על שטר של גדול".

השיג הראב"ד שאם הקנה בקנין קנו, שהקנין לא גרע מכסף והוא כסף עצמו מההוא מעשה דגיטין ל"ט דההיא אמתא דשדא לה מרה כומתא ואמר לה קני הא וקני נפשך, כן אם קנה הוא בקנין קנה שהמקנה מקנה לו כל קניינו ואינו חוזר בו, אבל אם השכיר הוא מקום ולא קנו מידו לא דשכירות כמכר הוא, ודחה ה"ה דמה ענין זה לדמיון שהקנין ככסף שאם הוא ככסף ודאי לא קנה המקבל כמ"ש הרמב"ם שאין הכסף קונה ביתומים.

הנתיבות (י) חלק על הסמ"ע הנ"ל וסובר דהטעם שאין מוציאין מיד הקטן שכתבו הרמב"ם והמחבר קאי על השכיר מקום המטלטלין דלא קנה, והטעם לשכירות שכתב הסמ"ע דאין לקטן כח להשכיר המקום דשכירת ליומא ממכר הוא, קשה הא דסעיף ו' בקטן שקנה מטלטלין ושכר המקום דלא קנה לפי שאין חצר הקטן קונה, הא בלאו הכי הא כמו שאין הקטן יכול להשכיר כמו כן אינו יכול לשכור קרקע דקנין ומכירה שוה, לכן הנראה בדעת הרמב"ם דאף דאין לקטן כח במכירת ולקחת קרקע, מ"מ בשכירות דיש בו ג"כ חיוב הגוף, וכן מוכח מכמה מקומות דיש חיוב הגוף להעמיד לו הדבר ששכר ממנו ודמי למחייב עצמו בפירות קרקע, וחיוב הגוף מהני מגדול לקטן, משא"כ מקטן לגדול דחיוב לא מהני גביה שאין מוציאין מיד הקטן כשנתחייב עצמו, ולהקנות גוף הקרקע לפירות גם כן אינו יכול הקטן, משום הכי לא מהני שכירות מקטן, אבל להשכיר קרקע לקטן מהני מטעם דהוי כהתחייב עצמו בפירות קרקע ושיעבד קרקע זו לפירותיה דמהני מגדול לקטן ולא מקטן לגדול, אבל קנין מעות כשהוא באופן דמהני מגדול מהני ג"כ בקטן.

עוד כתב הנתיבות (יא) גבי חליפין בקטן, דבחליפין שוה בשוה תליא במח' בסימן ר"ג דלר"ת דס"ל דלא בעינן כלי דחליפין שוה בשוה לא נלמד מקרא דשלף איש נעלו, וכשם דלא בעינן נעל כך לא בעינן איש וגם לא גרע מנתן לו כל הכסף דקנו אפילו בהקדש דמהני כסף ושוה כסף, ויתומים הרי הם כהקדש כמבואר בגיטין נ"ב, ולטעם הרמב"ם שכתב דהקנין כשטר ואין שטר לקטן לא שייך בחליפין שוה בשוה, ולהנך פוסקים דס"ל דגם בחליפין שוה בשוה בעינן כלי דנלמד מקרא דשלף איש כשם שנעל בעינן כך בעינן איש.

סעי' ו': ראה סימן ר/א בענין קנין קטן ע"י חצר וע"י קנין אגב.

סעיף ז

[מה הדין בקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע? מדוע? מה המקור לכך? פרט.]

ע"פ הרמב"ם מדיליה פסק השו"ע "קטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע, תעמוד בידו, לפי שזכין לאדם שלא בפניו" וכתב ה"ה דמה שהקשה הראב"ד דלפי הרמב"ם אם קנה מטלטלין ושכר את מקומן למה אמר למעלה (סעי' ו' במחבר) שאם קנו מידו ושכר מהם המקום לא קנה עד שימשוך, והלא המוכר זכה לו המטלטלין על ידי שכירות ובכל מיני זכייה זכין לו לאדם שלא בפניו הילכך זכה בשכירות מקומן וכשאמרו אין לו חצר ואין לו ארבע אמות לענין מציאה בלבד אמרו, דאינו קשה, שאע"פ שכשהשכיר לו הלוקח מקום המטלטלין יהיה השכירות קיים מ"מ לא קנה בכך המטלטלין לדעתו לפי שחצרו מדין שליחות ואין קטן עושה שליח (דלא עדיף האי שכירות מחצירו דג"כ אינו זוכה לקטן, סמ"ע), ומ"מ מש"כ הראב"ד שלא אמרו אין לו חצר אלא במציאה "יש לדון בדבר ואין לי הכרע בו".

כתב הסמ"ע (כט) דנראה דבהחזיק בקרקע לחוד מעמידין השדה בידו כמו בחזקה דגדול דזיל בטר טעמא דזכין לאדם שלא בפניו, מיהו אפשר לומר דלא אמרו אלא כשכבר נתן דמיו דאז נסתלק ממנו הקטן, דכל זמן שלא נתן דמיו דרך הקטן לחזור בו דקריבא דעתיה לגבי זוזי, וכתב ה^נתיבות (יג) עמש"כ הסמ"ע דהקטן יכול לחזור בו ולא המוכר, דאף שהמוכר מכר סתם י"ל דאמרין דכ"ע ידעי דקטן אין לו קנין ובודאי בדעתו תלה הדבר, ועוד כתב דכשהקטן חוזר, כשהגדיל, משלם כל הפירות שאכל.

כתב ה"ה דמשמע לכ' כרמב"ם בקידושין מ"ב דאמרין מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר נשיא אחד ממטה, ופירש רש"י וקטנים הרבה היו בנחלת הארץ וכשלא בפניהם, ואף על גב דאידחיא הך אוקימתא, מ"מ מפורש בב"ב קל"ז גבי ההוא דיקלא אזל רב ביבי אקניה לבנו קטן ויש סוברין דאפילו מדאורייתא יש להן זכיה כשדעת אחרת מקנה, והאריך הקצות (ד) דדבריו נראין תמוהין, דמה ראייה מנשיא אחד, התם טעמא משום דין זכיה דזכין לקטן ע"י גדול אבל שהקטן בעצמו יזכה אין לנו, ובתוס' (גיטין ס"ד) כתבו דקטן זוכה היכא שדעת אחרת מקנה אותו כלומר דאין זה מדין זכיה, וכתב דנראה שהרמב"ם סובר דהא דזוכה קטן כשדעת אחרת מקנה אותו היא גופה מדין זכיה דזכין לקטן והנותן גדול, ודלא כמהרי"ט ברמב"ם דהוא משום דעת אחרת מקנה, דא"כ מה זה שכתב שהקטן כו' וזכין לאדם שלא בפניו, אלא כנ"ל ואע"ג דבעלמא לא מצי נותן גופיה לזכות למקבל אלא צריך מקבל בעצמו לזכות או ע"י אחר, הכא שקטן בעצמו זוכה אלא שאין לו דעת ומש"ה אינו זוכה במציאה, אבל היכא דאיכא דעת נותן הנותן בעצמו זוכה לו, וה"נ מצינו בב"מ י"א כיוצא בו בחצר שאינו משתמר דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה מהני, ולפי"ז דברי הרב המגיד נכונים בשיטת הרמב"ם דמיייתי ראייה דזכין לקטן מנשיא אחד, כיון דה"נ מתורת זכיה אתי עלה הרמב"ם, ולפי שבדין זכיה לקטן נמי איפלגו ביה ראשונים אם מדאורייתא אם מדרבנן (בר"ן שם) לזה מיייתי ראייה מנשיא אחד דמהני זכיה דבר תורה לקטן, וכ"ד הרשב"א דהא דזוכה הקטן כשדעת אחרת מקנה אותו הוא משום זכין לאדם שלא בפניו וכמ"מ, ומשום הכי הקשה בקידושין דאי נימא זכין לקטן מדרבנן א"כ אכתי של האב דבר תורה, אמנם שיטת התוס' דדעת אחרת מקנה אינו מצד זכיה, ומש"ה לא הקשו דאי נימא זכיה מדרבנן אכתי דאב הוא, דהא בדעת אחרת מקנה קונה דבר תורה, וכשזכין לו ע"י אחר כיון דאינו אלא משום שליחות לית ליה זכיה אלא מדרבנן, והתם קם אקניה לבנו קטן משמע דהקטן בעצמו זכה שלא ע"י אחר. עוד כתב לבאר ברמב"ם וה"ה דבתר דתיקנו רבנן תקנה בפעוטות שיהיו מעשיו קיימין במטלטלין גם הקטן אית ליה דעת בנתינת הדמים דהוא מטלטלין וממילא קונה הקרקע ע"י זכיה, דאע"ג דבקרקה ליתיה לתקנת פעוטות, זוכה מצד זכין לאדם כשלא בפניו, והמוכר זוכה בנתינת הדמים משום תקנת פעוטות במטלטלין, אבל אי לאו תקנת פעוטות לא היה זוכה במקח, עיי"ש עוד. ה^נתיבות (יג) האריך בדברי הקצות ועמש"כ הקצות דכיון דתקנו שיהיו מעשיו קיימין במטלטלין ממילא מהני נתינת דמים שלו כשקונה קרקע להיותו מטלטלין ושוב הוי מקחו אפילו בקרקע דבר תורה, דמשמע מדבריו מכל שכן במטלטלין דשוב הוי המקח שלו דבר תורה, "ולא ידעתי מה הוא שח" - דהא בהדיא קתני בגיטין נ"ט מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין, הרי מבואר בהדיא דבקרקה אפילו במקחן אין מקח, וחכמים לא תיקנו שיהיה נתינת דמים שלהן נתינה רק לקנות מטלטלין שבזה אין צריך חריפות, אבל לקרקע שצריך חריפות ואין להם דעת לקנות לא תיקנו שיהיה נתינת דמים שלהן נתינה. עוד בענין זה האם קנין דרבנן מועיל לדאורי' ראה לעיל סימן רא/א.

סעיפים ח – י

מה דין מתנת קטן? (וכן לעיל סע' א' ב')

מה דין קטן לתת או לקבל מתנה?

בהמשך לגמרות שהוזכרו בסע' א', שנינו בב"ב קנה. "מאימתי מוכר בנכסי אביו רבא אמר רב נחמן בן שמנה עשרה ורב הונא בר חיננא אמר רב נחמן בן עשרים" ונפסק (קנו). דהלכה כמ"ד בן עשרים.

דעת הרי"ף רמב"ם והרא"ש דדוקא מכירתו אינה מכירה בפחות מכ' אבל מקחו מקח במקרקעי משעה שנעשה גדול דהא טעמא דאין מוכר משום דמקרבא דעתא לגבי זוזי ומזבין לנכסיה דאבוה ובלקנות לא שייך האי טעמא, ומהאי טעמא דווקא נכסי אביו אבל אם קנה קרקע יכול למכרו דכיון

שקנאו אם כן לא מקרבא דעתיה לגבי זוזי שהרי בזוזי קנאו ואוהבו יותר מזוזי, ואילו דעת ר"ת דאורחא דמלתא נקט אביו וה"ה אם קנה קרקע אין יכול למכרו (רא"ש -) וקצת משמע כן מדקאמר דאין עדותו עדות במקרקעי כיון דאין מכירתו מכירה ואם היה בשום מקרקעי מכירתו מכירה היה נמי מעיד.

וז"ל השו"ע ע"פ הגמ' והרמב"ם (ח) קטן שהגדיל והביא שתי שערות, הזכר אחר י"ג שנה והבת אחר י"ב (וכן הדין לענייני שידוכין דאינה יכולה עד אז לשדך עצמה, ע' בפת"ש בשם הנו"ב באריכות), אע"פ 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 {וכל זה במוכר עצמו אבל ב"ד מוכרין קרקעותיו לפרוע חובת אביהן וכיוצא בזה (הג' מרדכי) ועיין לקמן סעיף כ"ו בסימן זה (וה"ה למכור לפרוע חובת עצמו, ואם הקטן צריך למכור קרקע לצורך עצמו אי אפשר לו למכור אפילו על פי ב"ד רק באופן שילוח מעות לעצמו ולשעבד הקרקע, ואח"כ יכולין הב"ד למכרו כדי לפרוע החוב, נתיבות, והפת"ש ו' כתב דיש בזה מח' האם יכול למכור ע"י ב"ד וצ"ע) { (ט) בד"א, בקרקע שלו שקנאו (ע"י אפוטרופוס או כבסעיף ז') או ניתן לו במתנת בריא, אבל קרקע שירש מאבותיו או משאר מורישיו (כרמב"ם שדברו בהווה, ודלא כרשב"א דתקנו חז"ל רק בבן היורש מאבא דלא חששו אלא למצוי), או שניתן לו במתנת שכיב מרע, אין ממכרו ממכר עד שיהיה בן עשרים שנה שלימות וביא שתי שערות, אבל קודם עשרים שנה שלימות, אע"פ שהביא שתי שערות ויודע בטיב משא ומתן לא (דלא כרא"ש הסובר דאם הוא פקח ויודע בטיב משא ומתן מוכר בנכסי אביו כשהוא בן שלש עשרה אם הביא שתי שערות), שמא ימכור בזול מפני שדעתו נוטה אחר המעות ועדיין לא נתיישרה דעתו בדרכי העולם (משא"כ בקרקע שקנה דהרי ראינו דניחא ליה בקרקע טפי מהמעות ועוד דכיון דטרח בהו קפיד עליהו, וגם במתנה דטרח קמיה נותן עד שמחמת טרחתו נתן, ב"י וסמ"ע ע"פ הרא"י), וכשהוא בן עשרים שנה שלימות והביא שתי שערות, מוכר בין במטלטלים בין קרקעות, בין שלו בין של אביו, ואפילו אינו יודע בטיב משא ומתן {ודלא כיש חולקין (הרא"ה וריטב"א) בזה (הסוברים דגם בן כ' בעינן שיהיה חריף, וכתב הסמ"ע דנקט הרמ"א כדעה האמצעית מבין הרא"י) }.

ע"פ ב"ב קנה: והרמב"ם פסק בשו"ע (י) "מתנתו כשהוא פחות מבן עשרים ויותר על י"ג, והביא שתי שערות, בין מתנת בריא בין מתנת שכיב מרע (טור ה"ה וסמ"ע: כלומר שנתן הוא לאחרים במתנת שכיב מרע ואפילו היא קרקע שירש מאבותיו דבכה"ג אינו יכול למכור, אפילו הכי מתנתו מתנה מטעם דסיים, ואע"פ שלא נזכר בגמ' אלא מתנתו מתנה סתם מ"מ נלמד מדין הפעוטות במתנת המטלטלין בסע' א' שמתנת הבריא והש"מ שוות), קיימת, שאילו לא הגיע לו הנאה גדולה לא נתן, והוא דבר שאינו מצוי תמיד, ואמרו חכמים תתקיים מתנתו כדי שיהיו דבריו נשמעים".

כתב בפת"ש (ז) בשם רשמי שאלה גבי יתום שהביא ב' שערות ויודע בטיב משא ומתן והוא בר ט"ו שנה, שהשכיר ביתו שירש מאביו על משך ששה שנים רצופים, והיה לו אפוטרופוס שנעשה בב"ד וטען האפוטרופוס שלא ידע מזה, דאין לומר דאין בשכירותו כלום ע"פ סע' ה' בהשכיר מקום המטלטלין וא"כ ה"נ בנידו"ד אינו יכול להשכיר קרקעות מורישו עד שיהא בן עשרים שנה, דלא דמי, דבשלמא התם השכיר לו גוף המקום ללוקח להיות כשלו, אבל בנידו"ד אינו ממכר אלא להנאת שכירות אבל גוף הקרקע לבעלים, ועוד דהתם איירי בקטן ממש דמדין תורה אין מכירתו מכירה אבל בנידון דידן אחר שהגדיל ויודע בטיב משא ומתן דאינו אלא תקנת חכמים שאין לו למכור בנכסי מורישו, מאן מפסי להחמיר בזה גם בשכירות, ומכל שכן לפי דעת הב"ח דהך שכירות ליומיה ממכר גופיה אינו אלא דרבנן והוי תרי דרבנן, ולכן שכירות של היתום הנ"ל קיים על פי דין תורה בלי פקפוק וגמגום.

סעיף יא

ע"פ ב"ב קנה: והרמב"ם פסק בשו"ע "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".

סעיף יב

ע"פ הרמ"ה והריב"ש פסק בשו"ע "מכר קודם שנתברר שהוא גדול, כגון קודם עשרים ולא הביא שתי שערות (כשלא הביא ב' שערות אפילו בן עשרים נמי אלא משום סיפא נקטו, סמ"ע) 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".

סעיף יג

מי שמכר בנכסי אביו ומת ובאו קרוביו וערערו שקטן היה בשעת מכירה ובקשו לבדוק האם שומעים להם? הבא שלושה טעמים לדין זה.

ע"פ ב"ב קנד. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "מי שמכר בין בנכסיו בין בנכסי אביו ומת, ובאו קרוביו וערערו לומר שקטן היה בשעת המכר ובקשו לבדוק, אין שומעים להם {כלשון הרמב"ם - } דחזקה אין עדים חותמין על השטר אלא אם כן יודעים שהמוכר נעשה גדול, ועוד דסימנים עשויין להשתנות, ועוד דאין מנוולין את המת".

כתב ה^{נתיבות} (טו) שבב"י הקשה דלמה לי כל הג' טעמים, וכתב ה^{נתיבות} דנראה דצריך לכתב הטעמים, דודאי אם יש שטר אפילו לא היו הסימנים עשויין להשתנות והיו רשאים לנוול המת, מ"מ סגי בטעם אחד דחזקה על העדים שעשו כהוגן ובודאי גדול היה, ואף אם היורשין רוצין לברר שלא היה לו שערות, הא ליתא, דממ"נ, קודם עשרים בלאו הכי אין מכירתו מכירה בנכסים שירש, ואחר עשרים אפילו אין לו סימנים הוא גדול, דחזקה על העדים שעשו כהוגן ואמרינן דבודאי ראו בו סימני סריס, דבסימן אחד דהיינו שאין בשרו מעלה הבל הוי סריס, אמנם אם ליכא שטר רק עדים מעידין שראו המכירה ואינם יודעים אם יש לו סימנים ורוצין הלקוחות לבדוק אם יש לו שערות בגומות לקיים המקח, ובה צריך הטעם דסימנים עשויין להשתנות, שהטעם דאין מנוולין לא שייך בלקוחות כדאמרינן בב"ב קנ"ד דלקוחות אמרי זוזי יהבינן לנוול ולינוול, ואם הוא להיפך שהלקוחות רוצין לבטל המקח, והיורשין תובעין מעות דמי המכירה, ורוצין היורשים לבדוק אחר סימני סריס ואיילנות שהן גדולים שבהן לא שייך סימנים עשויין להשתנות, צריך הטעם דאין מנוולין את המת דהיורשין אסורים לנוול, ואם הוא חי ובדקוהו ויש לו שערות ויש ספק אם היו לו שערות בשעת מכירה, לדעת הרא"ש בתשובה היכא דרואין עכשיו שערות מחזיקין אותו בגדול משעה שהגיע לכלל שנותיו, והרשב"א והרמב"ן חולקים (ובקצות ה' האריך במחלוקת זו).

סעיף יד

[מה הדין בקטן פחות מבין עשרים שמכר קרקע אביו, האם יכול לחזור בו לאחר שהגיע לכ' פרט גם מה הדין לגבי מקרה ששותק.]

כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "פחות מבין עשרים שמכר קרקע אביו, חוזר ומוציא מיד הלקוחות, בין קודם עשרים בין אחר עשרים מיד, ומוציא ממנו כל הפירות שאכל (כדאמרינן בב"ב קנ"ה דלא עשה ולא כלום, גר"א) ואם הוציא הוצאות או שנטע וזרע שמין לו ומחזיר לו את השאר ("כך הורו רבותי"), ("ואני אומר" –) אבל אם כשנעשה בן עשרים לא מיחה, שוב אינו יכול למחות, אפילו היה קטן כשמכר" – וכתב ה"ה דאפשר שלמד זה מיבמות ק"ט במתקדשת למיאונין כיון שגדלה שעה אחת ולא מיחתה שוב אינה יכולה למחות ואע"ג דהאי ממונא ושם איסורא מ"מ גם זה מדין שתיקה הוא ואף כאן היא כהודאה ומועילה אך אין בראיה זו הכרח (וראה בקצות ונתיבות שהאריכו בענין ראיה זו דלקידושי תורה בעינן בעל לשום אישות), וצ"ח דגם גבי פרנסה אמרו בכתובות ס"ח שאם לא מיחתה הפסידה, וראה לקמן בקצות.

עמש"כ המחבר 'שמין' וכו' כתב הסמ"ע (מא) דיש להסתפק אם דינו כיוור ברשות ונוטל מהשבח שיעור הוצאתו וגם שכר טרחתו כמש"כ בסימן קע"ח או כיוור שלא ברשות מאחר דאין במכירת קטן כלום, וכתב ה^{נתיבות} (טז) דבתשובת מהר"א ששון כתב דבכל מקום שיש ביטול מקח כגון באונאה או במום, שדינו כיוור ברשות, ואם בנה ולא השביח מדמה אותה להא דסימן ק"ג בשומא הדרא אי בנה והוציא ולא השביח, והוסיף ה^{נתיבות} דאמנם מ"מ אפשר שיש לספק בזה כיון שהלוקח ידע שהוא פחות מבין כ' ואין מכירתו מכירה דמי ליוור שלא ברשות.

גבי הסיפא כתב **הסמ"ע** (מב) דמשמע מלשון הטור בשם הרמב"ם דתרתני בעינן דלקח ממנו מעות דמי שויה וגם נשתמש לפניו אחר שהיה גדול ושתק, ואפילו בזו יש חולקין וס"ל דאפילו הכי יכול להוציאו וכמ"ש הרמב"ם בשם רבותיו. כתב **רע"א** דבתשובת הריב"ש הסכים לרבותיו דהרמב"ם דיכול למחות, והמהרר"ש ג"כ כתב דקרקע בחזקת בעליה קיימת ויכול לומר קי"ל כרבותיו. עוד כתב דגם אם החזיק ג' שנים אחר כ' שנים וטען ואמר חזרתי ולקחתי ממך אחר שנעשית בן כ', תלי במחלוקת הפוסקים במשכנתא בסימן ק"ג.

הקצות (ו) כתב שהרמב"ם למד דין המחייב מב"מ ס"ו במוכר פירות דקל דאי שמיט ואכיל לא מפקין מיניה, ומהתם למדו בכל הדברים שאין הקנין חל דהיכא דשמיט ואכיל והמוכר ידע דמהני, וה"נ כיון דנשתמש הלוקח בקרקע זו לפניו נתקיימה ביד הלוקח כיון דלא מיחה נתרצה בממכרו, אלא דלפי"ז דברי השו"ע סתומים שלא ביאר דהיינו דוקא שנשתמש לפניו והרמב"ם כתב במפורש "ונשתמש הלוקח בקרקע זו לפניו", והעיר דהרמב"ם כאן לשיטתו מסימן קצ"ב דזה שנשתמש בקרקע לפניו הרי רצה בממכרו וקונה הלוקח באכילת פירות ודלא כרמ"א שם דאין קונין באכילת פירות ולא בהעמדת בהמות וכיוצא שאינו מועיל לקרקע.

כתב **הפתי"ש** (ח) דבתשובת המבי"ט כתב דמוכח מלשון הרמב"ם (והשו"ע) מדלא כתב שממכרו בטל ושניהם חוזרים אלא "חוזר ומוציא", משמע דמשום תקנתא דקטן הוא שתיקנו חכמים שלא יוכל למכור ושיוכל לחזור בו עד שיהיה בן עשרים, אבל כל כמה דלא הדר ביה המכר קיים ואין הלוקח חוזר בו, והכי משמע לישנא דגמרא 'ואי אמרת זבינה זביני מזבין לכולהו נכסי', אולם בתשובה המיוחסת לרמב"ן לא משמע כן.

כתב **רע"א** דאם הוא ספק אם היה בן כ' כשמכר י"ל דעדים בזמנינו אין יודעים הדין דאינו יכול למכור פחות מבן כ' ול"א גביהו חזקה דאין העדים חותמים.

סעיף טו

האם קטן יכול לתת או לקבל הלואאה?

האם קטן שלוה כסף חייב לשלם כשיגדיל?

כתב **השו"ע** "קטן שלוה מאחרים יש מי שאומר (רמ"ה) שחייב לשלם כשיגדיל, ויש מי שפוטרי (ר' יונה). ויש מי שמחלק (רא"ש) שאם ידוע שלוה לצורך מזונותיו (והוא הדין אם מודה לו כשהגדיל שלוה לצורך מזונות, נתיבות) נפרעין ממנו אבל אם אינו ידוע שלוה לצורך מזונותיו אין נפרעין ממנו".

כתב **הסמ"ע** (מג) דמדסתמו הטוש"ע ולא כתבו קטן המגיע לעונת פעוטות כמשי"כ בסימן צ"ו וגם מדכתבו דעת החולקין כאן ולא כתבום לעיל שם, נראה דס"ל דיש חילוק בין לוח בפירוש לצורך משא ומתן דבו כ"ע ס"ל דבעינן שיגיע לעונת הפעוטות דבפחות מזה אפילו במעות שלו אין מעשיו קיימין במשא ומתן, וכשהגיע לעונת הפעוטות כ"ע מודים דהלוח להן לצורך משא ומתן דצריך לחזור ולשלם כיון דדינו במשא ומתן במטלטלין כדן גדול, וכאן איירי בקטן שעדיין לא הגיע לעונת הפעוטות ותובעו ואומר שלוה לצורך מזונותיו, ובזה חולקים, הסברא הראשונה ס"ל כיון דאפשר לומר דהאמת אתו דהלוח לצורך מזונותיו משום הכי חייב לשלם לו ואף שלא הגיע לעונת פעוטות, דס"ל דלענין מזונות אין חילוק בין הגיע לעונת הפעוטות, וסברא שניה ס"ל דפטורין לשלם כיון דעדיין לא הגיע לעונת הפעוטות והן כשוטים גמורים ואף אם אמת הוא שלוה לצורך מזונותיו, והדעת השלישית הוא שמחלק וס"ל דצריך להיות ידוע שלוה לצורך מזונותיו ואין משגיחין בדברי הקטן שאמר תחילה שלוה לצורך מזונותיו, ומשום הכי דקדק וכתב שאם ידוע. כתב **הש"ך** (ז) שדברי הסמ"ע דחוקים וגם רחוק מהשכל שיהיה הלואות קטן בפחות מו' שנים.

עוד כתב **הרמ"א** ע"פ שו"ת **הרשב"א** "י"א דאע"ג דלא יוכל למכור קרקעותיו, מ"מ יוכל לשעבדן (שאם אי אתה אומר כן נמצאת נועל דלת בפניו שלא ימצא מי שילונו ולא מי שימכור לו ולא מי שיקח ממנו), ואף במכירה שלא עשה כלום, צריך להחזיר המעות שלקח, ואם אין לו, הלוקח גובה ממנו בני חורין (נתיבות): קאי על פחות מבן עשרים שנה וכבר הוא בן י"ג והביא שערות, לענין שעבודו שישעבד שיכול לטרוף מהלקוחות שקנה ממנו אחר שנעשה בן עשרים, אבל אם הוא פחות מבן י"ג אין

לו דין שטר כלל לגבות ממשועבדים, רק מבני חורין יכול לגבות אפילו מנכסים שירש מאביו על פי ב"ד אפילו קודם שנעשה בן עשרים, עיי"ש).

סעיף טז

האם קטן שהיה ערב חייב לשלם כשיגדיל?

ע"פ רי"ו פסק בשו"ע "קטן שערב לאחרים" פטור מלשלם אף לכשיגדיל, דבקל נתפתה להיות ערב ואין בו משום תקנת כדי חיו, סמ"ע.

סעיף יז

[מה דין בחרש לענין מקח וממקח במטלטלים וקרקעות?]

משנה גיטין נט. "חרש רומז ונרמז, ובן בתירא אומר [אף] קופץ (עקיפת שפתים ואינו סימן ניכר כרמיזה) ונקפץ במטלטלין", ובגמ' "א"ר נחמן מחלוקת במטלטלין אבל בגיטין דברי הכל ברמיזה.. איכא דאמרי א"ר נחמן כמחלוקת במטלטלין כך מחלוקת בגיטין".

וכתב הרא"ש מדהביא הרי"ף מימרא דרב נחמן בהלכותיו משמע שפוסק כבן בתירא וכלישנא בתרא דרב נחמן לקולא וסברתו מדאמר רב נחמן דבריו אליביה דבן בתירא אלמא דקסבר הלכתא כוותיה, וחלק הרא"ש דבכל התלמוד מפרשים האמוראים דברי התנאים לידע פירוש המשנה במה נחלקו אף על גב דלית הלכתא כוותיהו והבא להקל צריך ראייה, וכ"פ הרמב"ם דברמיזה דווקא, וכתב הב"י דאפשר דגם הרי"ף סובר כן ולא הביא דברי רב נחמן אלא ללמדנו דלת"ק דהלכתא כוותיה גטין נמי ברמיזה ולא אמרינן דמודה דסגי בקפיצה משום עגונא.

וז"ל השו"ע **כרמב"ם** "חרש שאינו שומע ואינו מדבר, או מדבר ואינו שומע כלום (דקדק דדווקא כלום אבל אם שומע קצת דינו כפיקח, סמ"ע) (דלא כטור שהמדבר ואינו שומע דינו כפיקח), מוכר ולוקח המטלטלים ברמיזה, אבל לא בקרקע, ואף במטלטלים לא יתקיימו מעשיו עד שבדקין אותו בדיקות רבות ומתיישבין בדבר (כל שכן מדין נשתתק דאמרינן בדף ע"א דבעינן בדיקות, ב"י, ומש"כ בדיקות רבות' משום דאפשר שאין דעתו צלולה כל כך וזהו גם שכתב ומתיישבין בדבר, סמ"ע).

סעיפים יח – יט

[מה הדין באילם ששומע ואינו מדבר לענין מקח וממכר?]

ע"פ גיטין עא. כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע (יח) "אילם ששומע ואינו מדבר או מי שנשתתק, מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנותיו קיימות, בין במטלטלין בין בקרקע, והוא שיבדוק כדרך שבדקין לגיטין (בסימן קכ"א באבן העזר), או יכתוב בכתב ידו", והקשה ה"ה דלמה לא הוה מדבר ואינו שומע לשומע ואינו מדבר דבגמ' הקשו על רב כהנא דאמר חרש שיכול לדבר מתוך הכתב כותבין ונותנין גט לאשתו מדתניא מדבר ואינו שומע זהו חרש שומע ואינו מדבר זהו אלם וזה הרי הן כפקחין לכל דבריהם, וכתב הב"י ליישב דטעמו משום דחרש דתנן ביה רומז ונרמז במטלטלין אמרו דלגיטין אינו רומז ונרמז אלמא גטין וקרקעות כי הדדי נינהו אם כן בנשתתק דתנן דהרכנת הראש מהני לגטין על ידי בדיקה שלשה פעמים הן הן ולא לאו וכן בכתב ידו מהני כדאמר רב כהנא בפרק מי שאחזו הוא הדין דלקרקעות מהני הנך מילי, ועוד דההיא ברייתא דקתני מדבר ואינו שומע ושומע ואינו מדבר הרי הם כפקחים לכל דבריהם על כרחך לא כפקחים ממש קאמר דפקחים ממש אינם צריכין בדיקה ואילו שומע ואינו מדבר צריך בדיקה וכיון דקתני מדבר ואינו שומע זהו חרש משמע דדינו כחרש גמור לדברים שלא נאמר בו בפירוש שאינו כחרש, ועי"ל דס"ל דכי תניא במדבר ואינו שומע שהוא כפקח היינו דוקא בששומע קצת וקרי ליה אינו שומע לפי שאינו שומע לגמרי אבל אם אינו שומע כלל דינו כחרש גמור ולשונו דייק הכי שכתב מדבר ואינו שומע כלום. [הנתיבות (כ) כתב דשני התירוצים תמוהים דבחגיגה ב' תנן בהדיא חרש שדיברו חכמים בו בכל מקום כשאינו שומע ואינו מדבר, מוכח בהדיא דכל מקום כשמדבר ואינו שומע דינו כפקח, ויישב ברמב"ם דדעתו דהא

דתנן בחגיגה חרש שדיברו בו בכל מקום היינו דוקא בכל מקום שהזכירו חכמים חרש אצל שוטה וקטן, עיי"ש].

ע"פ שו"ת הרא"ש פסק בשו"ע (יט) "מי שאינו שומע אא"כ מדברים עמו בקול, אין זה חרש אלא הרי הוא כפקח לכל דבריו".

[כתב בפסקי המשפט (ב) ע"פ המנח"י (א, קלב) דחרשים בזמנינו שאע"פ שאינם שומעים ולכן אינם יכולים לדבר, אך מלמדים אותם בבתי ספר מיוחדים לכתוב ולדבר ויכולת לבטא, רבים מהפוסקים סוברים שהשתנה דינם מזמן חז"ל ונחשבים כפקחים, אולם יש סוברים שיש להתייחס אליהם כספק פקח, וכל זה לדעת שא"פ החולקים על הרמב"ם והשו"ע שחרש שמדבר ואינו שומע נחשב כפקח גמור וקיי"ל כמותם (דברי חיים), אולם לרמב"ם והשו"ע אינם פקחים, עיי"ש. עוד כתב בשם הצי"א (טן, מו) שחרש ששומע ע"י מכשיר שמיעה דינו כפקח גמור וכדין מי ששומע רק כאשר מדברים אליו בקול וכס' י"ט].

סעיפים כ – כב

[מה הדין בשוטה לענין במקח וממכר?]

ע"פ ב"ב קנה. וחגיגה ג: פסק בשו"ע (כ) וכלשון הרמב"ם "השוטה אין מקחו מקח ואין ממכרו ממכר ואין מתנותיו קיימות, לא במטלטלים ולא בקרקע, (ע"פ כתובות מח. –) וב"ד מעמידין אפטרופוס לשוטים כדרך שממנים לקטנים { ואין לו זכייה כלל ע"י עצמו (מרדכי, הן מה שמצא מהפקד הן מה שאחרים נותנין לידו, אין ידו מחשב יד לאמר שזכה במה שבאה לידו, אבל אחרים המקנים להם ע"י אחר זכייתן זכייה, דיש כאן דעת מקנה ודעת הזוכה להן דשניהן בר דעת, סמ"ע) }". וע"פ ר"ה כח. וכתובות כ. פסק בסע' 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 (סמ"ע): לשון הטור יותר מדוקדק – "שמא בסוף עת שפיתו ובתחילת שטותו עשה מה שעשה", עיי"ש) { אמרו שנים כשהיה שוטה זבין, ושנים אומרים כשהיה שפוי זבין, קרקע בחזקת המוכר, מטלטלין בחזקת המחזיק בהן (תוס' בכתובות שם) }".

ע"פ עירובין סה. והרמב"ם פסק בשו"ע (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" – וכתב רע"א בשם הישי"ש דמ"מ אם הזיק לחבירו חייב.

סעיפים כג – כד

מקח שנעשה בשבת האם חל המקח?

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע (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" וכתב ה"ה דזה פשוט שהמוכר אחר שזכה לו אינו יכול לחזור וכן פשוט שהלוקח אינו מוכרח לקנות שא"כ חבין לו לאדם שלא בפניו ואפילו במתנה יכול לומר אי איפשי לקבל, והגר"א ציין בסיפא לב"ב קל"ח גבי שותק מעיקרא ולבסוף צווח.

ע"פ הרב האי והרמב"ם פסק בשו"ע (כד) "וכן העבד שקנה (ה"ה: פשוט שמדובר בעבד כנעני) 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".

כתב הנתיבות (כד) דנראה דודאי כשעבד קנה או מכר שגם הלוקח או המוכר יכול לחזור בו קודם שנתרצה האדון, דלא עדיף העבד מאחר שקונה בשביל אחר כמבואר בסימן קפ"ד, ואפילו נתרצה האדון אין הקנין קיים כשהיה משיכה כיון שכבר כלתה משיכתו, רק בקנין כסף וכיוצא, רק דקמ"ל דאפילו במקום שידוע שהוא זכות לאדון כגון שלקח בזול או שמכר ביוקר גדול, וקמ"ל דמ"מ לא אמרינן יד העבד כיד רבו אפילו בזכות, והאדון יכול לבטל המעשה.

בסעי' כה כתב השו"ע "דין מכירת הבעל בנכסי אשתו ומכירת האשה, בטור א"ה סימן פ"ה וצ"י".

ע"פ גיטין נב. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (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. (כז) לצורך איזה דברים רשאים למכור בנכסי יתומים, יתבאר בסימן ר"צ ס"א".

ע"פ ירו' שהביאוהו רי"ף רמב"ם ורא"ש פסק השו"ע בסעי' כ"ח "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 (ועיין בסימן ר"ח, סמ"ע)".

סימן רלו – גוי שאנס קרקע מישראל או בעלילות דברים

סעיפים א – ד

משנה גיטין נה: "לקח מסיקריקון וחזר ולקח מבעל הבית מקחו בטל, מבעל הבית וחזר ולקח מסיקריקון מקחו קיים.. זו משנה ראשונה ב"ד של אחריהם אמרו הלוקח מסיקריקון נותן לבעלים רביע אימתי בזמן שאין בידן ליקח אבל יש בידן ליקח הן קודמין לכל אדם. רבי הושיב בית דין ונמנו שאם שהתה בפני סיקריקון שנים עשר חדש כל הקודם ליקח זכה אבל נותן לבעלים רביע (ששיערו דסיקריקון מוזיל גביה ריבעא)".

ע"פ הגמ' שם נח: וכשמואל דהלכתא כוותיה בדיני פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "העובדי כוכבים המציקים לישראל ומבקשים להרגן עד שיפדה עצמו מיד עובד כוכבים בשדהו או בביתו ויתננה למציק ואחר כך יניחנו, כשירצה המציק למכור אותה הקרקע, אם יש ביד הבעלים ליקח מיד המציק, הן קודמים לכל אדם. ואם אין ביד הבעלים ליקח, או ששהתה הקרקע ביד המציק י"ב חדש, כל הקודם ולקח מהמציק, זכה, ובלבד שיתן לבעלים הראשונים רביע הקרקע או שליש (מלגיו) המעות, מפני שזה המציק מוכר בזול הואיל וקרקע שאינו שלו הוא מוכר, הרי זה מוכר בפחות רביע או קרוב לו, וזה רביע של בעלים, שהרי מחמת שהיא שלהם מוכר בזול, לפיכך הלוקח מהמציק בשלשים, נותן לבעלים עשרה, או נותן להם רביע הקרקע ואחר כך יקנה הכל, ואם לא נתן הרי הרביע כגזול בידו. } היו הבעלים אומרים שהיה בידם ליקח והלוקח אומר שלא היה בידם ליקח, על הבעלים להביא ראיה, דקרקע בחזקת הלוקחות (ר"ן מהירו') וי"א דכל זה כשנתנו לו הבעלים קרקע מעצמן כדי שלא יהרגנו, אבל אם לקח האנס מידן בחזקה, הקרקע חוזרת לבעליה והם נותנים ללוקח מה שנהנו וכמו שיתבאר לקמן סעיף ח' (ריב"ש). ישראל שדחקו חבריהם בתפיסה וגזמו להן להרגן, עד שהוצרכו ליתן להם, אין להם דין זה, שהרי ידעו דאין ישראל שופכי דמים, וגזמי ולא עבדי, והוי כמי שלא היה בידן להרגן כמו שיתבאר סעיף ח' (מרדכי). (ב) "(טור -) אם אינו מאמין לו בכמה קנאה, וגם אין לו עדים בכמה קנאה, ישבע לו בכמה קנאה (סמ"ע: נפק"מ הוא לענין שליש המעות דאילו לענין רביעית קרקע נוטל לעולם רביעית הקרקע כשירצה) (ע"פ המשנה והגמ' -) (ג) אם קנה מעובד כוכבים תוך י"ב חדש, אם ירצו הבעלים צריך להחזיר להם, ויתן לו כמו שקנאה מעובד כוכבים, ואם ירצו יניחוהו בידו ויתן להם שליש ממה שנתן לעובד כוכבים (ד) אפילו תוך י"ב חדש, אם קנאה מהבעלים תחלה ואחר כך קנאה מעובד כוכבים, מקחו קיים, אבל אם קנאו מעכו"ם תחלה ואח"כ מהבעלים מקחו בטל ואפילו עושה לו שטר (סמ"ע: דמוכר היה הבעל להסכים במכירת המציק וגם לכתוב לו שטר כמו שמתחילה היה צריך ליתן לו השדה בנתניה גמורה כדי להציל נפשו, אבל אם קיבל עליו הישראל אחריות כדלקמן ודאי במכירה גמורה מוכרה ללוקח, דזה ודאי לא היה מבקש ממנו המציק כמו שלא ביקש ממנו מתחילה כשפדה נפשו בשדה זו ליתן לו אחריות על השדה), אא"כ קבל עליו אחריות או שהודה או יש עדים שקבל ממנו מעות (סמ"ע: כלומר כשעדיין מודה שקיבל המעות רק שאמר שמחמת יראה קבלתיהן אין שומעין לו, דה"ל למסור מודעא, אבל אם כבר הודה שקיבל המעות ועכשיו אומר מעולם לא קיבלתי מעות והוצרכתי כבר להודות מחמת יראה, שומעין לו)".

הסמ"ע (א) הוכיח מלשון הרמב"ם והטוש"ע בסעי' א' מדכתבו 'או ששהתה הקרקע ביד המציק י"ב חודש כל הקודם ולקח מהמציק זכה', ומדכתבו 'ולקח זכה', משמע דוקא אם כבר שהתה ביד המציק

י"ב חודש וגם לקח כבר, הוא דזכה זה שהקדים נפשו, הא קודם לכן אפילו כבר קדם וקנאה מהמציק לא זכה ויכולין לסלקו אפילו אחר כמה שנים וזה שכתב המחבר בסעי' ג שאם ירצו הבעלים צריך להחזיר להם כלומר אפילו לאחר כמה שנים. עמש"כ הרמ"א בשם הר"ן, כתב (ד) דאולם הפוסקים השמיטוהו וכתב דנראה דס"ל דלפי דברי הגמרא שלנו דין זה אינו בנמצא, דאימת יטענו הבעלים, דכשהלוקח קנאה תוך י"ב חודש אף אם כבר קדם הלוקח וקנאהו יכולין הבעלים לסלקו, ואם לאחר ששהתה ביד המציק י"ב חודש טוען עם הלוקח שהיה בידו לקנותו מהמציק ושהלוקח דחה אותו והקדים נפשו לקנותו, זה תולה בזה וכנ"ל דכמו כשהוא קדים לקנותו תוך י"ב חודש יכול לסלק ללוקח, ה"ה איפכא דלאחר י"ב חודש כיון דתו אינו יכול לסלקו ג"כ לענין הקנייה אמרינן כל הקודם זכה, והר"ן ס"ל דזה אינו מוכרע, דלענין קדם לקנותו מהמציק אין תלוי בסילוק, ושומעין לבעלים שאומרים שהיה בידם לקנותו כשקנהו הן קודם ששהתה ביד המציק י"ב חודש הן אח"כ. אולם **הנתיבות** (א) כתב דביאורו ברמ"א דחוק מאוד דלשון המשנה משמע שכל הקודם ליקח זכה אחר י"ב חודש, וחלק גם עמש"כ לפניו וכתב דאין הפרש בין שהתה לפני המציק ובין שהתה בפני הלוקח מן המציק י"ב חודש ובשניהם אין יכולין לסלק שוב, דהא עיקר הטעם כתב הריב"ש בשהה י"ב חודש דאמרינן כיון דלא תבעיה בדינא גמר ומקני, א"כ מכ"ש כשכבר לקחה ישראל מהמציק ושהתה בפני ישראל הלוקח ד"ל מדשהה ושתק גמר ומקני, דהא יותר יש לו לירא מהמציק ממה שיש לו לירא מישראל הלוקח ממנו והיה לו לתובעו, ומדלא תבעו על כרחך לא היה בידו ליקח כל השנים עשר חודש וגמר והקנה, והא דנקט במשנה אם שהתה בפני הסיקריקון י"ב חודש, לרבנותא נקט, ומכ"ש כשהתה לפני הלוקח י"ב חודש, אמנם הא שכתב הסמ"ע דתוך י"ב חודש אפילו כשקדם אחר וקנאו הבעלים מסלקו הוא אמת, וכן כתב הריב"ש בהד"א, והביאור ברמ"א הוא שהבעלים טוענין שהיה בידם ליקח תוך י"ב חודש, ורצו לסלק הלוקח ולא רצה הלוקח, והלוקח טוען שלא היה בידם ליקח כל תוך י"ב חודש.

עוד כתב **הסמ"ע** (ג) דאף אם קנוהו מהעכו"ם כדי שוויו או ביוקר יותר, לא חילקו חז"ל בתקנתן והצריכו ללוקח ליתן לבעלים שליש במעות או רביע בקרקע, דאל"כ לא אשתמיט בשום דוכתא בגמרא ובפוסקים לתלות הנתינה לבעלים לפי הסך שקנהו מהמציק, ואין לומר שהן מייירי דוקא מסתמא כשאינו ידוע בכמה קנאה מהמציק וכן האריך להוכיח מהסיפא 'אם אינו מאמין' לרישא, עיי"ש.

כתב **הנתיבות** (ב) דמבואר בסוגיה שהברירה ביד הבעלים האם שליש במעות או רביע בקרקע, והוסיף דנראה דאפילו נוטל רביע בקרקע א"צ להחזיר לו הפירות שאכל עד שעת העמדה בדין.

עמש"כ הרמ"א 'ישראל שדחקו חביריהם' וכו' כתב **הנתיבות** (ג) לבאר דמה בכך דהוי כמי שלא היה בידם להורגו, הא כתב הב"י בסימן ר"ה דיסורין חמורין ממיתה, וכיון שדחקו חביריהם בתפיסה עד שהוצרכו ליתן, ושביה קשה מכלהון, ומה לי שמבקשין להרוג או שמיסרין ביסורין, וביאר דהא סיקריקון מדינא לא קנה, דהא תלוהו ויהיב הוא כמש"כ הריב"ש, רק תקנה עשו חז"ל שיקנו הלוקחים ויתנו להבעלים רביע, כדי שלא ישתקע השדה ביד סיקריקון מחמת שימנע אדם מלקנותו והבעלים לא יקנו מיראה, ולכן ס"ל דתקנה זו לא שייכא רק בגוים, משא"כ בישראל דלא יריאין כל כך מהם משו"ה בטל.

סעיפים ה – ו

ע"פ ברייתא **גיטין נח**: וכדמפרש רב ששת, פסק **בשו"ע** "לקח אחד מהעכו"ם ושהתה בידו ג' שנים ואחר כך מכרה לאחר, אין לבעלים על לקוח שני כלום שטוענים לו (ללוקח) שהראשון קנאה מהם ונתן להם שליש (וטוענין ללוקח וליוורש, אבל אם לא היה זה לוקח שני אלא לוקח ראשון אפילו שהה בידו כמה שנים אף לא טוענין ליה כיון דהוא עצמו לא טען דה"ל חזקה שאין עמה טענה, **סמ"ע**) (**רמב"ן** -) וה"ה אם לא שהתה ביד הראשון אלא יום אחד, וביד לוקח שני שלשה שנים. { **וי"א** (**ריב"ש**) דוקא שהלוקח ראשון הוא ישראל, אבל אם הוא עכו"ם ומכרה לישראל, דינו כאלו קנאה מן האנס עצמו (דהגוי ודאי לא חש לפיס הבעל בשליש כדי שלא יהא בגזילה בידו, **סמ"ע**) { (שם **בגמ'** -) וכן הדין אם שהתה ביד הלוקח שלש שנים, ומת והורשה ליורשיו, טוענים ליורש".

הביא **הנתיבות** (ה) שהקשה **הרשב"א** על הא דטוענים ללוקח ראשון, דהא אפילו ראינו שלקחה מהבעלים אחר שקנאה מהסיקריקון אמרינן דמחמת יראה הקנה ומכ"ש ד"ל שהיה ירא למחות בו,

ותירץ דאע"ג דבלוקח מגזלן אין טוענין ואפילו טען אין מקבלין, הכא טוענין, וטעמא דמילתא דכיון שתיקנו ללוקח מסיקריקון דקנה רק שיתן רביע, וידוע הדין אצל הכל, חזקה שנתן, ודוקא שאכלו ג' שנים דאיכא רגלים לדבר, הא לאו הכי לא, משא"כ בלוקח מגזלן דנגזל מוציא מידו בלא כלום, ואין הלוקח עשוי לקנות מהגזלן ולחזור וליקח עוד בכדי דמיו מבעה"ב, ולפיכך אמר בלוקח מסיקריקון בכגון זו דעשוי הוא הלוקח ליקח מעיקרא ליתן ג' חלקים לסיקריקון ורביע לבעלים, ו**בנתיבות** דן בדבריו באריכות וכתב דהעיקר כיוצא מהרשב"א דבשאר לוקח מגזלן אין טוענין, ודלא כסמ"ע בסימן קמ"ט והוסיף לבאר בחילוק מגזלן [דלוקח מגזלן כיון דעביד איסור לקנות ממנו דהא אסור לקנות מהגזלן כמבואר בסימן שס"ט נעשה הלוקח ג"כ כגזלן, ועוד דעל כרחך היתה דעתו כשקנה ממנו שלא להחזיר הדמים לנגזל שאין אדם עשוי לקנות מגזלן ולחזור וליתן להנגזל כדי דמיו כמש"כ הרשב"א, ועל כרחך היתה דעתו לאכול פירות השדה הגזולה וגזלן הוא, והוי כהוחזק גזלן על שדה זו וירא למחות בו, כמו שאין לכל גזלן חזקה מה"ט שירא למחות, כיון שהלוקח ג"כ גזלן הוא, משא"כ בלוקח מסיקריקון, שעשו תקנה כדי שלא יוחלט הקרקע ביד הסיקריקון ליקח ממנו וליתן לבעלים רביע, ואפילו משה ואהרן מותרין לעשות כן, וא"כ איזה ענין יש לומר שהיה ירא ממנו מחמת שהיה מחזיקו בגזלן, כיון דבדין קעביד ואין מחזיקין ישראל כשר בגזלן, דאפילו בטוען גזלן אתה על שדה זו ולכך לא מחיתי אינו נאמן להחזיקו בגזלן, מכ"ש כאן, וכיון שהיה לו ליקח רביע קרקע שלו תיכף בלא מעות, שהברירה ביד בעלים, היה לו למחות, ואפשר שגם הרשב"א כיון לכך].

סעיף ז

גיטין נח: "תנו רבנן **הבא מחמת חוב ומחמת אנפרות** (נזק) אין בו משום סקריקון.. אמר רב יוסף נקטינן אין דין אנפרות בבבל (ה"ה): אין צריך להוכיח דין אנפרות שהוא טוען דכיון דאיכא בית דין קבוע של גוים ולא אזיל ישראל קמיייהו נראה שהאמת טוען הגוי -) מאי טעמא כיון דאיכא בי דואר ולא אזיל קביל אימר אחולי אחיל".

ע"פ הנ"ל והרמב"ם פסק בשו"ע "עובד כוכבים בעל זרוע שאנס נכסי ישראל וירד לתוך שדה מחמת שהיה לו חוב על בעל השדה, או מחמת שיש לו נזק ביד זה הישראל, או מחמת שהפסיד ממנו, ואחר שתקף לו את השדה מכרה לישראל אחר, אין הבעלים יכולים להוציאה מיד הלוקח, (רמב"ם -) במה דברים אמורים, כשהודו הבעלים שאמת טען העובד כוכבים (שאם לא כן בטלת דין סקריקון שכל אנס יאמר חוב לי עליו אלא ודאי כשהבעלים מודים או שיש עדים לעכו"ם, ה"ה). וכן אם היה שם מלך או שר באותו מקום שיכול לכופ את העובד כוכבים שמכר לדין, ולא תבעו הבעלים את העובד כוכבים, אינם יכולים להוציא מיד הלוקח מן העובד כוכבים אף על פי שאינם מודים לעובד כוכבים, ואף על פי שאין שם עדים שאמת טוען העובד כוכבים, שהרי אומר הלוקח לבעלים אם גזלן הוא העובד כוכבים למה לא תבעתם אותו בדיניהם".

כתב הסמ"ע (טו) דמש"כ המחבר דאין הבעלים יכולים להוציא מהלוקח זו דעת הרמב"ם אבל הרא"ש והטור כתבו בשם רבינו גרשום דיכול להוציא מיד הלוקח אפילו שהיתה בידו דהגוי יותר מי"ב חודש, ונותן ללוקח מה שפרע בשבילו, דדוקא בסיקריקון ומציקין הנ"ל דהישראל מסור בידו להרגו ופדה הישראל נפשו ונתן לו מעצמו השדה להניחו, בהא הוא דאמרו דלאחר י"ב חודש זכה בו הלוקח, משא"כ בזה, ואע"פ שאמת הוא שחייב לו, מ"מ אין לו עליו אלא דמי חיובו, והרי זה בא ליתנם ללוקח, וכתב הסמ"ע דדברי טעם הן ובתראי ניהו ותמה למה לא הביאם הרמ"א, והש"ך (ג) הביא דבריו בקיצור.

הנתיבות כתב כסמ"ע שדברי הרמב"ם והמחבר תמוהים והנם נגד הסברא, ולכן כתב ליישב דהרמב"ם ס"ל דהא דאמרו בש"ס בבא מחמת חוב דאין בו משום סקריקון, כלומר דהמקח קיים משום דקים להו לחז"ל דבדיניהם אפילו גבאה הגוי בחובו אחר שעבר זמן הפרעון והוא בשוויו שוב אין הלוח יכול להוציא ממנו בדיניהם, וכתב המהרי"ט דכל שאין הישראל יכול להוציא מן הגוי בדיניהם והגוי מכרה לישראל, אין יכול הישראל להוציא מן הישראל השני אפילו בדינינו, שיכול לומר לו אתינא מכח מאן דלא מצית לאשתעווי דינא בהדיה, ומשו"ה נמי הכא אינו יכול להוציא מיד ישראל שקנה מהגוי, כיון שהגוי יש לו זכות בדיניהם, ועוד כתב דזה דוקא בגזלן גוי, אבל בגזלן ישראל כשלקח ממנו חייב להחזיר, דלעולם בדינינו דין אחד יש בין לגזלן בין לקונה ממנו דטוענין ללוקח, ולכך בסימן שע"א פסק דאין יאוש מועיל לקרקע ויכול להוציא מלוקח האחרון, דשם מיירי

בגזלן ישראל, דכל שדינינו הוא שיכול להוציאו מיד הלוקח, מסתמא אף מהגזלן היה יכול להוציאו, ולא שייך שוב לומר שקנה כל זכות הגזלן כיון שהגזלן ג"כ אין לו זכות, ועוד כתב דנראה דאפילו בגזלן גוי, דוקא דלא אזיל קביל כלל אינו יכול להוציא ממנו, אבל אזיל קביל, רק שהגוי לא רצה לעמוד בדיניהם מחמת אלמותו, דיכול להוציא מיד הלוקח, דלא שייך לומר שקנה כל זכות, כיון דהראשון לאו מצד זכות זוכה רק מצד גזילה זוכה.

סעיף ח

ע"פ פירוש רש"י בברייתא שם "אנפרות" כלומר גזל, פסק בשו"ע אך לא כדבריו דמחזירו בחנם אלא כרבינו גרשום רא"ש ועוד "בא עובד כוכבים בעקיפין על ישראל ולקח שדה, ולא היה מסור בידו להרגו, ומכרו לישראל או נתנו, צריך להחזירו לבעלים אפילו שהתה בידו כמה שנים, וא"צ להחזירו בחנם (לאפוקי מרש"י, משום דהוה הלוקח כמבריה ארי מנכסי חבירו, סמ"ע) אלא שמין כמה היה רוצה ליתן לעובד כוכבים כדי שיחזירו לו וכך יתן לישראל. (ע"פ תשובת הרא"ש -) ואם הוציא עליו הלוקח כדי להוציאה מיד העובד כוכבים עד כדי דמי הבית, צריכים הבעלים ליתן לו אם רוצים ליטלו מידו, ואין צריכין ליתן לו יותר ממה שהוציא עליו, כגון שאם היה העובד כוכבים אוהבו ונתנו לו בזול, אין הבעלים צריכים ליתן לו אלא כמו שנתן לעובד כוכבים (דאין יעשה הלה סחורה בביתו או שדה של זה), אע"פ שהוא לא היה יכול להוציא בכך מיד העובד כוכבים, ואפילו שהעכו"ם נתנו לו בחנם, צריך להחזיר לבעלים גם כן בחנם. ואם בעודו בידו בנה אותה, הוי כיורד לתוך של חבירו שלא ברשות ובנאו, שיכול לומר לו טול עציק ואבניך {ודוקא בקרקע דלא מייאשי מיניה, אבל מטלטלי דמייאשי מיניה, אין צריך להחזיר לבעלים (אם קנאם וה"ה אם גזלם ממנו, ש"ך, והנתיבות תמה דבסימן שס"א/ה מבואר דכשנטלן מהגזלן בעל כרחו דלא חשיב שינוי רשות והנגזל יכול להוציאו גם מהשני), מלבד ספרים דאין מייאש מיניהו, דידעינן דאין מוכרין רק לישראל (מרדכי)}".

כתב הסמ"ע (יט) לבאר דמש"כ 'שמין' ברישא אין צריך להחזיר ללוקח כל הדמים שנתן לגוי עבורו אלא מה שהיה צריך הבעל ליתן לגוי אם היה יכול להשתדל בזול ממנו ולא יותר, ומש"כ דצריך ליתן לו עד כדי דמי הבית, היינו אם אין הבעלים יכולים להשתדל בזול יותר, ואם נתן הלוקח בעדו יותר מדמי הבית, מזה לא איירי כאן, דאטו בשופטני עסקינן, גם כבר נתבאר בסע' א' דכל אנס דרכו להוזיל במכירתו, כ"ש שאינו מבקש עבורו יותר מדמי שוויו, וכן הסכים בש"ך (ד) דא"צ ליתן ללוקח כל הדמים שנתן לגוי אלא מה שהיה צריך הבעל ליתן לו והוא פשוט בלשון הרא"ש, אמנם אם כונת הלוקח היה להציל מיד הגוי ולהחזיר לנגזל צריך ליתן לו כל מה שהוציא עד כדי דמיו. בנתיבות (ז) כתב דאם ידע שהיא גזולה ונתכוין לקנותה לעצמו ולא להחזירה לנגזל, צריך הלוקח להחזירה בחנם.

סעיף ט

ע"פ מימרא שם "אין אנפרות בבבל" והרא"ש פסק בשו"ע "במה דברים אמורים בשאין שופטים כדי שיוכל להוציא שדהו מיד העכו"ם, אבל אם יש שופטים בארץ (כגון בבבל) והיה אפשר להוציאו מיד עכו"ם בדין, ולא עשה, אז ודאי נתייאש, וישאר ביד הלוקח ולא יתן לבעלים כלום {מרדכי - } וכל זה באנס שאין לו משפט עליו אבל שר ומושל שקצף על עבדיו ומשרתיו ולקח מאחד מהן ביתו, דינא דמלכותא דינא ואין הלוקח חייב ליתן לבעלים כלום (אע"ג דגם זה הגוי מסתמא מיזל במכירת השדה כיון שבא לידו בעקיפין בחנם, מ"מ כיון דנתיאש לא נשאר לו זכות בו, סמ"ע). (ב"י בסוף סימן ק"נ -) ישראל שמשכן קרקע אצל עכו"ם, וקבע זמן לפדותה ולא פדאה, ומכרה לאחר, אם מכרה בשוויה ממכרו קיים, דהא כדן מכרה, אבל אם מכרה בפחות משוייה אפילו כל שהוא, חוזר, ועיין לקמן סימן שע"א מאלו הדינים}."

סימן רלז – המחזור אחר דבר לקנותו וקדם אחר וקנאו

סעיף א

עני המהפך בחררה, פרט דין זה במכר, מתנה, הפקר, הקדש, קרקעות ומטלטלין? באופן שעבר איסור האם חייב להחזיר המקח?

האם דין עני מהפך בחררה נאמר גם בשכירות?

קידושין נט. "רב גידל הוה מהפך בההיא ארעא" אצל רבי אבא זבנה, אצל רב גידל קבלה לרבי זירא אצל רבי זירא וקבלה לרב יצחק נפחא אמר ליה המתן עד שיעלה אצלנו לרגל כי סליק אשכחיה אמר ליה עני מהפך בחררה ובא אחר ונטלה הימנו מאי אמר ליה נקרא רשע, ואלא מר מאי טעמא עבד הכי, א"ל לא הוה ידענא השתא נמי ניתבה ניהליה מר א"ל זבונא לא מזבנינא לה דארעא קמייטא היא ולא מסמנא מילתא אי בעי במתנה נישקליה. רב גידל לא נחית לה דכתיב ושונא מתנות יחיה רבי אבא לא נחית לה משום דהפך בה רב גידל לא מר נחית לה ולא מר נחית לה ומיתקריא ארעא דרבנן."

פירש רש"י "עני המהפך בחררה מחזור אחריה לזכות בה מן ההפקר או שיתננה לו בעל הבית", וכתבו **התוספות** דקשה לר"ת מהא דתנן במסכת פאה (ד,ג) ומובאת בב"מ י' גבי פאה נפל לו עליה פירש טליתו עליה מעבירין אותו ממנו משמע דאותו שנטלה לא מיקרי רשע (מדקאמר 'מעבירין' משמע אפילו לכתחלה, רשב"א), ולכן דעתו **דבהפקר ומציאה לא נקרא רשע לפי שאינם מצויים בכל מקום** וכל הזריז לקדום ולזכות בה מותר ודוקא במכר או שכירות שיכול למצוא לקנות או להשתכר במקום אחר כי הך עובדא דרב גידל והיינו נמי עני המהפך בחררה שממציא עצמו אצל בעל הבית לעובדו כדי שיתן לו לפעמים חררה כי זה יכול למצוא גם הוא, והר"ן כתב שהרמב"ן כרש"י והא דשנינו לענין פאה מעבירין אותה ממנו היינו טעמא שלא הוא בלבד מחזור אחריה שהרי כל העניים מהפכים כמותו אחר הפאות, ומ"מ עשיר המהפך בחררה ובא אחר ונטלה ממנו אינו נקרא רשע לפי שהעשיר מצוי לו לחם בביתו או ליקח משכנו ואע"ג דהאי עובדא דרב גידל מוכח דבעשיר הבא ליקח שייך נמי דין עני המהפך בחררה הני מילי במקח קרקעות לפי שאין הקרקעות מצויים ליקח.

וז"ל השו"ע כלשון הטור "המחזיר אחר דבר לקנותו או לשכרו, בין קרקע בין מטלטלים (דבגמ' איירי בין בקרקע ובין בחררה, ב"י), ובא אחר וקנאו, נקרא רשע (ומכריזין עליו בבית הכנסת שעשה מעשה רשע כזה, סמ"ע), והוא הדין לרוצה להשכיר עצמו אצל אחר, וי"א (ר"ת) שאם בא לזכות בהפקר או לקבל מתנה מאחר ובא אחר וקדמו, אינו נקרא רשע, כיון שאינו דבר המצוי לו במקום אחר. { **מרדכי** - } והקונה קרקע על מצר חבירו (ולא כמגיהים מגוי, סמ"ע), אע"פ שאין בה משום דינא דבר מצרא יכול בעל מצר לקדמו לקנותה, ולא מקרי רשע, דהוי כמציאה, **(מהרד"ך -)** וכן אם קונה דבר אחד ובא חבירו ויוכל לקנותו בזול שאינו מוצא לקנותו כך במקום אחר, הוי כמו מציאה ויכול לקנותו כל זמן שלא זכה בו הקונה **(ש"ך)**: אבל הרמב"ן בחידושיו כתב דאפילו לקח בפחות מכדי דמיו הואיל ומכר הוא אין לחלק) { ויש אומרים (רש"י) דלא שנא { וסברא הראשונה נראה עיקר, ואפילו לסברא זו (השניה, וראה לקמן) דוקא בעני, אבל בעשיר לא, אם לא בדבר שאינו מצוי דאז אפילו בעשיר מקרי רשע **(רמב"ן הנ"ל)**. ועיין לעיל סימן קנ"ו סעיף ה'. } **(מרדכי -)** 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 עכו"ם או ישראל (לא מבעיא אם המוכר ישראל שתקנת המוכר ישראל היא בכך דאל"כ יפסיד המוכר, דמיד שיבוא ישראל אחד לקנותו ויפסוק עליו פחות משווי יצטרך המוכר ליתן לו דאין אחר רשאי לקנותו, אלא אפילו המוכר גוי), ויש מי שכתב **(מהר"ם פאדו"ה)** שהוא חרם ר"ג שלא להסיג גבול בשכירות בתים מן עכו"ם, וה"ה במקום שנהגו לשכור ההלואה מן העובד כוכבים **(ביאר הנהיבות)** דמדינא ג"כ מי ששכן בשכירות מקודם יש לו דין בר מצרא כמבואר בט"ז סימן קע"ה, ולענין דין מצרן בשכירות אפילו בגוי שייך דין בעל מצרא, אך מה שהחרים רבינו גרשום הוא שלא להוסיף כלל בדמי שכירות, כי קודם ששכר השנה השניה היה מן הדין רשאי להוסיף דמים על דמי שכירות, והחרים ר"ג שלא להסיג גבול) {".

[דברי הרמ"א "ואפילו לסברא זו" התבארו בפנים שכוונתו לשיטת רש"י ולדברי הרמב"ן וכנ"ל, כך למד **הסמ"ע** (ו), ודחה מה שפירש **הלבוש** ד'ואפילו לפי סברא זו' ר"ל אפילו לסברא א' דר"ת דהיא עיקר, דס"ל בדבר הפקר ומציאה אינו נקרא רשע, היינו דוקא בעני שבא לקדם וליטול מלפני חבירו שהיה בא על דבר ההפקר תחילה אבל עשיר הבא לקדם וליטלה מיקרי רשע אפילו במציאה והפקר שהוא דבר שאינו מצוי, והקשה עליו הסמ"ע באריכות ב'עניינים הנראים לעינינו'].
 כתב **הב"ה** (ו) דהביא הריטב"א שכתב ר"ת דכל מקום שאמרו חכמים דנקרא רשע מחייבין אותו להחזיר המקח והריטב"א חולק עליו דאין מחייבין, וכתב **הפת"ש** (ב) שכ"ד נ"י והוכיח מלשון הגמ' 'זבוני לא מזבנינא', וכ"פ מהרי"ק, וכתב הרש"ל "תמה אני אם יצא דבר זה מפי ר"ת שאלמלי נשתכחה תורה מישראל החזירה בפלפולו וישגה בזה וגם אני לא מצאתי רמז בכל הפוסקים שום צד הו"א לחזור המקח אלא לקרותו רשע", ובתשובת **חמדת שלמה** הסכים עמהם רק שמכריזין שעשה מעשה רשע כדי להכלימו שלא יעשה כזאת (וכ"ד הסמ"ע כנ"ל), וכתב דאפשר יש ביד ב"ד לענשו עונש אחר דרך קנס כדי שלא יעשה כזאת, אבל המקח קנה לגמרי. עוד כתב שם דבשוגג דלא ידע פשוט דאין עליו שום דין כלל ומה דאמרינן 'השתא נמי ניתבה ניהליה מר' הוא רק למדת חסידות. עוד כתב להסתפק היכא דהיה מזיד, אף אם מחזיר המקח אם מתוקן בזה המעשה רשע שעשה [וכדאיתא בב"מ כ"ו נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה עובר בכולן ואע"ג דהחזירה לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה, ובסימן נט"א אמרינן דכל היכא דאין בו דין חזרה אין האיסור מתוקן בחזרה, אם לא שעושה כן דרך תשובה וחרטה, אבל אם אינו עושה כן רק להנצל מן ההכלמה שיכריזו עליו ברבים אין בזה די השב כיון שלא ניתן להשבון ומתנה בעלמא הוא דיהיב].

עוד כתב **בא"ה** (ו) בשם מהר"א ששון דהמחזור אחר חזקה לקנותה ובא אחר ונטלה מידו אינו נקרא רשע.

כתב **הפת"ש** (ב) **שבארעא דרבנן** הסתפק האם הנקרא "רשע" הו"א איסור תורה או דרבנן והוכיח מהרמ"א בסימן ל"ד גבי המגביה ידו על חבירו להכותו דפסול לעדות מדרבנן דמשמע דס"ל דמדברי סופרים נמי רשע מיקרי, אך הקשה עליו **הפת"ש** דהסמ"ע שם כתב במפורש דאע"פ שהוא איסור דא"ו מ"מ מאחר שאין בו מלקות כו', ובתשובת **מהרי"ט** מבואר דנקרא רשע מדברי קבלה, שכתב שם דלא איתפרש היכא אשכחן עני המהפך דנקרא רשע, נהי דעברינא מיקרי דכל דעבר אדרבנן שרי למיקרי עברינא (שבת מ') אבל רשע מנ"ל והביא מהברייתא בסנהדרין פ"א 'ואת אשת רעהו לא טמא שלא ירד לאומנות חבירו' וכתב בתריה 'צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה' אלמא רשע מיקרי בחדא מהנך, ואע"ג דיורד לאומנות חמיר טפי משום דפסיק לחיותיה, מ"מ התם בשל הפקר מיירי, ומהפך בחררה של שכירות שוה הוא לנכנס לאומנות של הפקר כדמוכח מדברי התוספות, והסכים לדבריו בשו"ת **חת"ס**.

עמש"כ הרמ"א שאם מחוסרין הפסיקה מותר לאחר לקנותו, ביאר **הפרישה** (**פת"ש** ג) דעתה נוהגין לפסוק על כיוצא בזה שהיא הסגת גבול, וכתב דיש לחלק דכשבא אחד לקנות דבר מהשני ומחולקים בפסוק הדמים, זה אומר קחהו בששה וזה אומר תנהו דרך משל בארבעה, ומתעסקים בפסוקו זה להוסיף וזה לגרוע, ולולא שבא השלישי היו משוים נפשם זה מיקרי ג"כ הסגת גבול, והא דאמרו שאינו נקרא הסגת גבול עד שיהיו מושוים בפסוק היינו כשהלוקח הלך מהמוכר ואמר לא אתן יותר מזה, ותמה **הפת"ש** מדוע לא הזכיר זאת בסמ"ע.

עמש"כ הרמ"א בסיפא "ויש מי שכתב שהוא חר"ג", כתב בשו"ת **חת"ס** (**פת"ש** ד) דצ"ל דקאי לשון זו המלמדת שיש מחלוקת, על מה שהוסיף מהר"ם פאדווה 'וה"ה במקום שנהגו לשכור ההלואה' דכתב מסברא דנפשיה דמה לי הלואה וחנות ומה לי דירה, אך על החדר"ג שלא לשכור דירתו של חבירו מהאינו יהודי אין מח'. עוד כתב שם כי פשוט שרבינו גרשום לא הפקיר נכסיה ולא ביטל קנין אלא החרים שלא לעשות ולא שייך בזה אי עביד לא מהני (עיין ריש סימן ר"ח).

גבי דין עני מהפך בחררה **בהקדש** יש להביא בקצרה את תשובת **הר צבי** (חו"מ פט) דדן בזה, והשואל שם העלה בתחילה ללמוד מסימן קעה/נה "הקדש לעניים אין בו משום דינא דבר מצרא" – "ואם כן גם דינא דעני המהפך בחררה לא נהיג כלפי הקדש שהרי טעמם שוה משום עשיית הישר והטוב", אך דחה השואל דברי עצמו לפי מש"כ הגר"א שם דהטעם הוא משום דהקדש הו"א כמו מתנה ואצל מתנה לא אמרו דין דבר מצרא, ולפי זה עולה דאם אין נותנים להקדש במתנה אלא מוכרים להקדש הדר

דינא ויש בו דינא דבר מצרא וממילא דהוא הדין דיש בזה גם הדין דעני המהפך בחררה, אולם הרב פרנק כתב דלפי הטעם השני בגר"א והוא הטעם הראשון בריב"ש (שהוא מקור הדין) דכיון דליתמי לית בה משום דינא דבר מצרא, להקדש עניים נמי לית בה משום דינא דבר מצרא, דדין הקדש עניים כדין יתומים לכל דבר כדאמרין בב"ק ל"ו, ולפי טעם זה הוא הדין דלא שייך אצל הקדש עני מהפך בחררה.

סעיף ב

מלמד פרטי שעובד אצל אדם אחד האם השני רשאי לשוכרו?

אדם שיש לו מוסד חינוכי פרטי שיש בו צוות עובדים בהוראה ובתחזוקה, האם רשאי חברו למשוך עובדים ממנו באיזה שהיא טענה?

כתבו **התוס'** על דברי ר"ת "מכאן 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 רצונו לעכב המלמד שלו אבל אם שכר בעה"ב מלמד אחד יכול בעה"ב אחר לשכור אותו מלמד עצמו (ודוקא דלא עשה קנין למלמד, נתיבות) 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", וכ"פ בשו"ע "אסור למלמד להשכיר עצמו לבעה"ב 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", וביאר **הסמ"ע** (ח) הא דיכול לשכור בעל הבית אחר אותו מלמד דאינו דומה לשכירות הנ"ל דשכירות בתים או כלים כולם שוין הן, משא"כ בהסברת הלימוד ועיונו אין מלמדים שוין וה"ל כדבר שאינו מצוי.

כתב **הנתיבות** (ב, ובפת"ש ה) דלפי טעם הסמ"ע א"כ לדעה השניה דאוסר אפילו במציאה, גם בזה אסור, וכן משמע קצת מדברי התוס', ולפ"ז מוכח דגם המחבר סתם כאן כדעה הראשונה, וז"ל **הפתחי חושן** (ח"ד שכירות ז, כא) ע"פ המחבר (ודלא כסמ"ע ברש"י) "יש אומרים שיכול בעל הבית לשכור לעצמו פועל המושכר אצל בעל הבית אחר", והביא בהע' שהסתפק המנחת יצחק (ה, עז) במקרה שלמד האומן אומנתו אצל הראשון שמא יש בו דין עני המהפך.

כתב **רע"א** ברישא בשם רש"ל דמדובר שהמלמד לא נשתכר לבעה"ב אלא לשכיר יום או יומיים ולא עשה עמו עת קצוב עד כמה ימים, אבל אם שכרו הבעה"ב לזמן קצוב והקדים זה קודם כלות הזמן והשכיר עצמו לבעה"ב אינו בכלל עני המהפך, זולת במלמד ששכרו בעה"ב על הישוב במקום שלא נמצא מלמדים וחבורת אנשים מסתמא דעת המלמד לא אמן א' אלא על כמה ימים.

סימן רלח – כותבין שטר למוכר ולא ללוקח

סעיף א

מתי כותבין שטר למוכר בלעדי הקונה?

ע"פ **משנה ב"ב קסז**: פסק בשו"ע "כותבין שטר למוכר שמכר שדהו לפלוני אף על פי שאין אותו פלוני **לפניו** (דזכין לאדם שלא בפניו, סמ"ע) (וכאוקימתא דרב אסי **ב"מ י"ב** בשטרי הקנאה דהא שעביד נפשיה וכו"ף -) והוא שמיד הקנה לו השדה בקנין (**רמב"ן** -) או שהעיד על עצמו שכבר קנה באחת מדרכי הקנייה (או אפילו הודה סתם שמכר כבר וכסימן ס' ואף בלא נתינת מעות, נתיבות) (**משנה וגמ' ב"ב -**) ובלבד שיהיו העדים מכירים השמות שבשטר שזהו פב"פ וזהו פב"פ, אבל אין כותבין שטר ללוקח, אלא מדעת המוכר (וע"פ **הרמב"ן** בפירוש המשנה דאל"כ מלתא דפשיטא היא שאין כותבין ללוקח -) ויש מי שאומר שאפילו קנו מהמוכר שהקנה לפלוני שלא בפני הלוקח, ובא הלוקח שיכתבו לו השטר, אין שומעין לו, שלא אמרו סתם קנין לכתובה עומד אלא בפניו".

ביאר **הסמ"ע** (ב) האוקימתא כרב אסי (ע"פ הגמ' בב"מ) דאל"כ איכא למיחש שמא כתב ליתנו לו בניסן ולא נתנו לו עד תשרי ואזל וזבנה לאחרני בניי ביני ואזל האי ומפיק לשטרא שזמנו בניסן וטריף שלא כדין מאידך דזבנה בתר ניסן אבל אם הקנה לו השדה מיד בקנין תו כדין טריף דהא הוא קנה מתחילה מהשתא, וציין שר"י פסק כאב"י דעדיו בחתומיו זכין לו הלכך גם בלא קנין כותבין לו שטר ומקום הדברים בסימן לט/כג. **כתב התיבות** (א) דהקנין איירי הכא דווקא באמר לעדים זכו דבלא"ה כיון שהמוכר יכול לחזור בו יש לחוש לחששות הנ"ל דשמא יחזור בו וימכור לאחר בניי ביני ואח"כ ימסור השטר לראשון.

כתב הש"ך (א) עמש"כ המחבר 'והוא שמיד הקנה' דמשמע כפסק כרמב"ן והרשב"א דאף בשטר מכר אין כותבין רק בשטר קנין לרב אסי דאי לא הוה ליה מוקדם ופסול ואין טעם ברור לחלק בין מכר להלוואה ודלא כרמב"ם ששטר מכירה אפילו בלא קנין כותבים למוכר בלא לוקח דלא בעינן קנין אלא בחוב, והביאם גם בבד"ה. **הנתיבות** (ב) כתב דנראה דהרמב"ם ס"ל כר"י מגאש דאין כותבין שטר למוכר עד שיעיד על עצמו שכבר קיבל דמים, ומיירי במקום שהמנהג הוא רק לכתוב שטר ראייה, שאחר שהגיע לידו שטר ראייה נקנה בכסף למפרע, שהכסף לבד הוא הקנין כמבואר לעיל סימן ק"צ, וע"כ צ"ל לדבריו שהשטר הוא רק כעין תנאי במקח ונתינת השטר הוא כקיום התנאי, וכיון שזוכה למפרע בנתינת השטר ודאי דיכולין לכתוב משא"כ בשטר הלוואה לא נשתעבד כלל כשלא הגיע שטר לידו.

עוד ביאר **הסמ"ע** (ג) דהא דבעינן שיכירו גם את הלוקח איירי כשגם הלוקח לפני העדים, ואז שייך הטעם שכתב הטור בשם הרמ"ה דפעמים לא ניתא ליה ללוקח בהכי דליפוק עליה קלא דאית ליה מאי דלית ליה דילמא גרם ליה האי קלא הפסד מאינשי אחריני ומשו"ה דוקא כשהלוקח בא עם המוכר לפני עדים צריכין העדים להכיר שניהן, מה שאין כן כשהמוכר בא לבדו, דאז אין העדים כותבין אלא איך שהמוכר בא לפנין ואמר להם כך וכך, וקול כזה לא יפסיד ללוקח.

עמש"כ המחבר בשם ¹הרמב"ן בפירוש הסיפא במשנה דאין כותבין ללוקח, כתב **הסמ"ע** (ה) דהא דכתב דין זה בשם י"א משום דיש לקושית 'פשיטא' דהרמב"ן תירוצים אחרים, ²הרב המגיד פירש דקמ"ל דאף אם יאמר הלוקח כתבו לי שטר שקניתי שדה פלוני מפלוני ויהיה השטר אצלכם עד שיבוא פלוני ויודה לפניכם שכן הוא או יעשה לי קנין בפניכם ע"ז, אפ"ה אין שומעין לו מפני דמחזי כשיקרא, כיון שבשעת כתיבה עדיין לא ידעו אם האמת היא כן, ³ועוד דקמ"ל דאף אם בא הלוקח ואמר לעדים כתבו איך שאמרת לפניכם שקניתי שדה פלוני מפלוני כו', דגם לזה אין שומעין לו, דאף דאינו יכול להוציא השדה מיד המוכר בשטר הזה, מ"מ יהיה קצת קול בזה שפלוני מכר שדיהו ויזילו נכסיה או שום טעם אחר. **הש"ך** (ב) כתב שהרא"ה והרשב"א חלוקים על דין הרמב"ן.

כתב **הרמ"א** ע"פ **המרדכי** "מי שבא לעדים ואמר בית שיש לי במקום פלוני אני נותנו לפלוני, אף על פי שאין העדים יודעין אם יש לו בית במקום פלוני או לא, יכולין לכתוב דהרי אינן מעידין רק על המתנה, ואם אין לו ממילא המתנה בטילה".

כתב הפת"ש (א) דנראה דהיינו דוקא היכא שאין ידוע להם שאותו הבית היה בחזקת אדם אחר, בזה אין להם לחוש שמא של אחר הוא כיון דלא מסהדי אלא על המתנה, אבל אם ידוע להם שהיה הבית בחזקת של אחר והוא אומר להם שקנה ממנו או נתן לו במתנה, בודאי דאין להם לעדים לכתוב עד שיראו שטר קנין או עדי חזקה, והוא בכלל דאין כותבין שטר ללוקח אלא מדעת המוכר וכתב הסמ"ע (לעיל) דאף אם אמר הלוקח לכתוב בלשון שאמר להם איך שקניתי שדה פלוני מפלוני כו', דגם לזה אין שומעין לו, ואין לומר דעכשיו שכתב הסמ"ע דאין העדים רשאים לכתוב אף בכה"ג נימא חזקה שכדין עשו ומסתמא היה ידוע לעדים שבאמת לקח מלוי, דזה אינו, דהא מבואר לעיל סימן רה/ה ברמ"א דאם כבר נכתבה המודעה והביא עדים כו', ש"מ דלא אמרינן בכה"ג חזקה שכדין עשו, מדצריך אח"כ ג"כ להביא עדים.

סעיף ב

ע"פ **משנה וגמ' שם** פסק **בשו"ע** "הלוקח נותן **שכר הסופר** אפילו במוכר שדהו מפני רעתה".

< גבי מש"כ בפת"ש בענין הקניית השטר למוכר ראה מש"כ בסימן קצא/ב.

סעיף ג

כתב השו"ע י"ש שאומר (ר"י מגאש) דהא דכותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו, דוקא כשמעידין על עצמו שכבר קיבל המעות מיד הלוקח, ואם לא כתבו כן, כשיתבענו לדין ליתן הדמים צריך להביא ראיה שמכירה זו היתה מדעת, ויש מי שאומר (רמ"ה) שאפילו העידו על עצמו שקיבל המעות, אם משמע מתוך השטר שהמקח הוא מדעת שניהם, אין כותבים (ר"ל אם מבקש שיכתבו לו באופן שיהא משמע מתוך השטר כו' אין כותבין משום דשמא יגרום ללוקח בזה הפסד ממקום אחר, סמ"ע). ויש מי שאומר (רמב"ן) שכותבין, אפילו לא העידם על עצמו שקיבל המעות {שהרי שטר זה אינו מכריח הלוקח שיקנה, דאינו אלא לראיה (רשב"א -) ולכן הלוקח נאמן גם כן לומר שנתן המעות. שטר מכר שלא כתוב בו סכום המקח רק ענין המקח, השטר כשר (רשב"א)}."

ביאר הסמ"ע (ח) סברת הרמב"ן דלאו כל כמיניה דמוכר להוציא מעות מיד זה שכתוב בשטר שקנהו ממנו כיון דלא נכתב בשטר שהלוקח הסכים על הקנין, ואפשר שגם הי"א קמאי ס"ל דאין המוכר יכול להוציא מעות בשטר כזה מיד הלוקח, מ"מ ס"ל דלא יכתבוהו משום דיטריחוהו ללוקח בדינא ודיינא לחנם.

סימן רל"ט – מי שבא ואמר אבד שטר קנייתי כיצד כותבין לו שטר אחר

סעיף א

ע"פ ב"ב קסח-קסט: פסק בשו"ע י"ש שבא ואמר אבד שטר שהיה לי על שדה פלונית שקניתי מפלוני, שומעין לו לכתוב אחר (ואפילו העדים עצמן יכולין לכתוב לו ואין צריך ב"ד, ש"ך) {והוא הדין בתחלה כשקנה יכולין לכתוב לו ב' וג' שטרות בכי האי גוונא (רשב"א, ומ"מ אין לאפושי שטרי בחנם דזילי נכסיה כמשי"כ הרא"ש בתשובה, ש"ך)} וכותבין בו - שטר זה אין גובין בו לא מנכסים משועבדים ולא מנכסים בני חורין ולא כתבנוהו אלא להעמיד בו שדה פלונית כדי שלא יוציאנה מידו המוכר ולא יורשיו, ויש מי שאומר (ר"י) דדוקא מזמן ראשון ולא מזמן שני (וה"ה מזמן שני כשכותבין בו אחרונהו, ש"ך), דאיכא למיחש שמא אחר כך חזר ומכרה למוכר, ומוציא אחר כך זה שטר השני שזמנו אחר המכירה שמכר ויאמר הדרית זבינית ממך."

הסמ"ע (ב) ביאר את חששו של ר"י, דאע"פ שכותבין בשטר שטר זה כתבנו דלא לגבות בו כו' והוא ריעותא דמודה שהיה בידו שטר אחר ואבדו ושבא לב"ד שיכתבו לו שטר אחר על קנין הראשון כי נאבד ממנו שטרו הראשון, וא"כ לא יאמינו לו תו כשיאמר שקנאו ממנו שנית בזה השטר שהרי השטר מורה שעל שם הראשון נכתב, י"ל דחיישינן דיאמר מעולם לא קניתיהו אלא מזמן הזה, ובאותו זמן שקניתיהו אמרתי לעדים שיחתמו לי ב' שטרות שמא יאבד מידי האחד אחד שטר גמור סתם והאחד הוא זה והשטר גמור נאבד מידי ונשאר בידי זה דכתוב בו דלא למגבי ביה דכותבין בדרך זה כמה שטרות על שדה אחת וכרמ"א לעיל וזמנו של שטר יוכיח שקנהו מהשתא.

ביאר ה^{נתיבות} (א) ע"פ הר"ן דהא דיכולים לכתוב לו אף ב' וג' שטרות ולא הוי מפי כתבם דבקרקע כיון דליכא הפסד למוכר הוי כדעת המתחייב.

סעיף ב

ע"פ ב"ב קעא: פסק בשו"ע י"ש דשטרי חוב המאוחרים כשרים (בדאקני, סמ"ע), שטרי מכר המאוחרים (ומתנה, ש"ך) פסולין (שאם מכר לו בניסן וכתב לו מתשרי יש לחוש שקודם זמן תשרי יהיה לו מעות למוכר ויחזור ויקנה הקרקע מהלוקח ויעשה לו שטר מאותו הזמן ואח"כ יוציא הלוקח שטר שלו שזמנו מתשרי ויאמר חזרתי ולקחתי ממך אחר שמכרתיה לך, טור) (רמב"ן -) אם לא פירש בהם שהם מאוחרים."

כתב הסמ"ע (ד) דכתב הטור דאפילו אם אחרו לכתוב ושהו זמן רב אחר הקנין אם זוכרין זמן הקנין יכולין לכתוב מזמן הקנין ואם אינן זוכרין יכתבו זמן הכתיבה, וביאר הסמ"ע דלא חשו אם יכתבו זמן הכתיבה שמא כבר חזר וקנה ממנו המוכר לפני זה דשאני בזה דאם איתא דכבר חזר וקנהו ה"ל קלא

פלוני חזר וקנה שדה שמכר ומדלא שמעי העדים מהדבר ליכא למיחש, משא"כ אם בתחילת הקנין שהיה בניסן יאחרו הזמן ויכתבו מתשרי, בזה ודאי יש לחוש שמא אח"כ בין ניסן לתשרי יחזור ויקנהו המוכר מהלוקח וכשיבא תשרי יוציא הלוקח שטרו ויקחהו מהמוכר, דאף אם יהיה אז קול שהמוכר חזר וקנהו ממנו לא יהנה ליה הקול, שהלוקח יאמר אמת הוא שקנהו ממני אבל אח"כ חזרתי ולקחתיהו ממנו שנית, ודלא כלבוש דכתב דגם בכה"ג איכא למיחש לזה אלא שעדיף לעשות זה מלכתוב שקרא.

כתב ה**נתיבות** (ב) ע"פ הפרישה דהא דלא כתבין באבד מזמן שני כיון דאיכא ריעותא דנאבד חיישינן.

סימן רמ - שני שטרי מכר היוצאים על שדה אחת מזמן אחד

סעיפים א - ב

כתובות מד. (רש"י) "אמר רב נחמן שני שטרות היוצאין בזה אחר זה (וכתבן ראובן לשמעון אחד בניסן ואחד בסיון) ביטל שני את הראשון (ואם כתב לו אחריות וטרפוה ממנו אין גובה אלא מזמן שני וה"נ נימא ראשון בטיל ליה דאחליה לשעבודיה קמא), 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 דאמרינן משום דינא דבעל חוב הוא דכתב כן, אלא אי שניהם במכר שניהם ביטל שני את הראשון מאי טעמא - רפרם אמר אימר אודויי אודי ליה (בעל השטר שהראשון מזויף היה ונתרצה על האחר לגבות מזמן שני) רב אחא אמר אימר אחולי אחליה לשיעבודיה, מאי בינייהו איכא בינייהו אורועי סהדי ולשלומי פירי ולטסקא (החתומים בראשון לרפרם פסולים לרב אחא כשרים, ופירות שאכל לוקח בין זמן ראשון לזמן שני לרפרם משלם המוכר, וכן לפרוע מס הקרקע למלך מזמן ראשון לזמן שני לרפרם על המוכר לפרוע לרב אחא על הלוקח לפרוע)".

דעת הרמב"ם לפסוק כרפרם דקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת (ר"ן) והרמ"ה פסק כרב אחא.

כתב הרא"ש על מימרא דרב פפא דמודה רב נחמן דאי אוסיף ביה דיקלא לתוספת כתביה ולא ביטל השני את הראשון אלא השטר הראשון קיים וקנה הדקל בשטר השני, דהפירוש דכיון דאיכא למימר לתוספת כתביה לא ביטל השני את הראשון ושניהם קיימים, וקשה מאי שנא מהא דאמר רב הונא (שם מג:): הוציאה עליו שתי כתובות אחת של מאתים ואחת של שלש מאות באת לגבות מאתים גובה מזמן ראשון שלש מאות גובה מזמן שני אלמא אע"פ שהוסיף בכתובה שניה לא אמרינן שתיהן קיימות ותגבה מאתים מזמן ראשון ומאה מזמן שני אלא מדלא כתב לה ואוסיפית לך מאה אמאתים אחילת לשיעבודא קמא אם באת לגבות השני וכן הכא לישנא דאי אוסיף ביה דיקלא לא משמע דכתב ליה ואוסיפית לך אשטר הראשון אלא שטר אחר כתב לו ממש ויש בו דקל יותר מבשטר הראשון ואם כן אמאי שניהם קיימים, ורש"י פירש גם כאן לתוספת כתביה לא שיהו שניהם קיימים אלא אם ירצה בשטר הראשון יגבה השדה בלא הדקל ואם ירצה בשטר השני יגבה גם הדקל, והר"ר יצחק ברבי ברוך תירץ דלא דמיין אהדדי דבכתובה שדרך העולם כשמוסיפין על עיקר כתובה שכותבין ואוסיף לה מדיליה כך וכך והשתא לא עבד הכי אלא כתב לה שתי כתובות סתם ולא הזכיר באחרונה לשון תוספת כמנהג העולם מוכחא מילתא דלא נתכוון להוסיף על הראשון אלא שאם תרצה לזכות בשניה שתבטל הראשון, אבל במכר שאין דרך המוכרים שני דברים לכתוב בשטר שני ואוסיפית לך דבר זה על המכר הראשון סתמא דמילתא אנו אומרים שלא ביטל שני את הראשון אלא השני לתוספת הדקל נכתב והשטר הראשון קיים ויגבה הדקל בשטר השני, וכן עיקר, וכ"פ הטור.

הר"ן כתב דלפי דברי רש"י הנ"ל **איכא מאן דאמר** דשניהם במתנה דליכא אחריות כל היכא דלא כתב ואוסיפית לך דיקלא אקמא מיבטל שטרא קמא לגמרי דהא ליכא למימר הכא אי מזמן ראשון גבית ואי מזמן שני גבית, והקשה דהכא נמי איכא למימר דכוותה אי נחא לך דתזכה מזמן ראשון כדי שלא יטרפו מינך מלוים שלי לא תקנה ההוא דיקלא ואי בעית למקנייה לא תזכה בגוף הקרקע עד זמן שני ונפק"מ דבע"ח קודם גובה ממנו, עיי"ש מה שיישב, והביא שדעת הרמב"ם דבהיו שני שטרות במכר אם הוסיף בשני כלום הרי הראשון קיים שלא כתב השני אלא מפני התוספת משמע דס"ל דלא אמרינן

אי מזמן ראשון גבית אי מזמן שני גבית אלא דווקא בשטרי חוב אבל בשטרי מכר כל שבא לגבות מחמת האחריות גובה עיקר מזמן ראשון ותוספת מזמן שני, וכתב ה"ה דכן דעת רוב המפרשים.

וז"ל השו"ע (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 אע"פ 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 {או לשאר דברים שמתנה עדיפא ממכר. וצריך שלא יראה בבית דין רק האחרון, דאם מראה שניהן הראשון עיקר (תוס' וטור, דאם יראה שתיהן אית ביה דינא דבר מיצרא דאפילו מתנה שכתוב בה אחריות אית בה דינא דבר מצרא, והרשב"א הקשה דשמא שאני הכא דכתב לו שטר מתנה מוחלט לכך כתב שאם יערער עליו בן המצר שלא יהא המכר מכר ויזכה בו מכח מתנה זו והניחו), וי"א (רמ"ה) דאם האחרון במכר, אע"פ שמראה שניהם בבית דין, שניהן קיימין (דהוה כאלו אוסיף ליה דיקלא שהרי הוצרך לכתוב השני בשביל אחריות ואי בעי בהאי גבי ואי בעי בהאי גבי). (ב) (כרמב"ם -) 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 (כרפרם) 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. {וכל שכן אם כתב לו תחלה שדה שלימה, ואחר כך חצי שדה (ר"ן, דאז ביטל שני את הראשון, וכתב ה^נתיבות דזה לרמב"ם אבל לטור דס"ל דאחולי אחיל ממילא מהחצי השדה שלא מחל לו נשאר לו זכות מזמן הראשון). שכיב מרע שאמר תנו מנה לפלוני וחזר ואמר כך, אין לו אלא מנה אחת הואיל ולא אמר עוד תנו (מרדכי)"}.

ביאר **הסמ"ע** (ד) דמש"כ הרמ"א בסע' א' 'או לשאר דברים' דדעת התוס' (בטור) כגון לענין דרך דק"ל מוכר בעין רעה מוכר ונותן בעין יפה נותן לא ביטל השני את הראשון, והסמ"ע דחה דהא התוס' כתבו כן למ"ד דס"ל מוכר בעין רעה מוכר אבל לדין דק"ל כר"ע גם במוכר יש ללוקח דרך וזו הסיבה שהרמ"א לא הביא את הטור, ומ"מ יש שאר דברים שאמרינן בהם הנותן בעין יפה נותן טפי מהמוכר והן המה שכתב המחבר בסימן רט"ו, וגם בלשון 'כגון' דהטור אפשר לומר דמשמע כאילו אומר כגון לענין דרך דכתבו התוס' למ"ד דס"ל כן אבל אגן דלא קי"ל כוותיה.

עמש"כ הרמ"א דצריך דלא יראה בבי"ד רק האחרון דאם יראה שניהן הראשון עיקר, כתב **הסמ"ע** (ו) דהיינו דוקא לענין פסידא דבעל מצרן כשהשטר מתנה אחרון או לענין פסידא דלקוחות כשהשטר מכר אחרון, אבל כשיכול לחזור על המוכר לגבות ממנו אחריות דשדה זו כשהשטר מכר אחרון, וטרף מידו בע"ח דמוכר שהלוה לו, בזה אף אם הראה שניהם בבי"ד יכול לחזור דהא הוא סבור וקיבל עליה האחריות, ודעת הלבוש שאפילו כשחוזר על הנותן לא יראה ב' השטרות בבי"ד.

עמש"כ המחבר בשם הרמב"ם 'כל הפירות שאכל הלוקח מזמן ראשון עד זמן שני' כתב **הסמ"ע** (ח) דהטור ס"ל דדוקא הפירות שהן בעין נוטלם המוכר או הנותן אבל מה שכבר אכל הלוקח או המקבל א"צ לשלם, והרמב"ם והמחבר ס"ל דצריך לשלם, והש"ך (ב) הביאו וכתב דדעת הרא"ש כטור (ועיין גם בנתיבות ג').

הנתיבות (ב) יישב מדוע לא כתבו הפוסקים דהעדים פסולין, משום דהרי"ף והרמב"ם פסקו דלא כאביי רק כרב אסי דלא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו כמבואר לעיל בסימן ל"ט, וע"פ הר"ן דאף דאין כותבין שטר ללוה בלא מלוה מ"מ כשכתבו העדים וטעו בדבר אסי לא נפסלו העדים בכך, ולפ"ז פסקו שפיר כאן דלא נפסלו העדים, דאף שהוא מודה שהשטר פסול, מ"מ י"ל דהעדים לא נפסלו, דאפשר שכתבו שטר הראשון למוכר בלא לוקח וטעו בדבר אסי, והשטר הראשון נעשה מוקדם ונפסל והעדים לא נפסלו וכשרין הן.

עוד כתב **הנתיבות** (ד) דמשמע לכאורה דאפילו המוכר או הנותן אומרים דהשטר הראשון אמת והלוקח אומר להיפך דנאמן הלוקח, והמוכר מחויב ליתן הטסקא, והוא תמוה, דמאין יש לנו הוכחה מהמוכר לומר שהודה שהשטר הראשון הוא שקר ולא האחרון, ואי משום שחזר וקיבל קנין סודר מחדש הוי הודאה, הא על כרחך אומר הוא איזה אמתלא למה חזר וקנה קנין סודר מחדש, ומהיכי תיתי לא יהיה מהימן במה שאומר, הא יש לו מיגו שהיה אומר שהשטר השני הוא שקר, ואי משום שהוא מקוים הא גם הראשון הוא מקוים, ומאין יש לנו הוכחה לומר שהראשון הוא שקר יותר

מהשטר השני, לכן כתב דנראה דמיירי שהמלך תובע לראשון ליתן כמו שנותן עד עכשיו בכל השנים שעברו, והמוכר תובע ללוקח, ובזה ודאי כיון שיש לספק איזה שטר אמת ואיזה שקר, על התובע להביא ראיה, עיי"ש.

סעיפים ג - ד

ע"פ **כתובות צד**. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "שני שטרות שזמנם ביום אחד והם כתובים על שדה אחת, בין במכר בין במתנה (לאפוקי הלוואה, גר"א), אם אין דרך אנשי המקום לכתוב שעות - הרי הדבר מסור לדיינים, כל שדעתם נוטה להעמיד שדה זו בידו, יעמידו (ה"ה ע"פ הרא" - פסקינן כשמואל בדיני דשודא דדייני ודלא כרב שחולקין ושמואל ס"ל כר"א דעידי מסירה כרתי ואע"ג דאפשר נמי דבבת אחת נמסרו שניהם וזכות שניהם חלה בבת אחת מ"מ הא מילתא לא שכיחא ודינא דשודא שכיחא טפי) {ווי"א (ר"ח) שאין דנין דין שודא דדייני רק בדיין מומחה (כרב נחמן בדורו דהא רב ששת גברא רבא הוא וא"ל רב נחמן אינך דיין לעשות שודא דדייני) ובקרקע, ווי"א (ר"י ומרדכי) דאף במטלטלים כל שאין אחד מוחזק בהן} (ד) (ע"פ רש"י רי"ף רמב"ם ורא"ש -) בד"א בשטר שאין בו קנין אלא קנה שדה זו בשטר זה, שאין אנו יודעים מי הוא משניהם שהגיע שטרו לידו תחלה (סמ"ע: ואין ביכולתו של המוכר או הנותן להכריע כיוון שאין הדבר עוד בידו, ע"פ סימן רכ"ב), אבל אם בכל שטר מהם קנין, כל שקדם לו הקנין זכה (דמשעת הקנין שעבד נפשיה), וישאלו העדים, (כר"א דעידי מסירה כרתי -) וכן אם היו שם עדים שזה הגיע לידו שטר מתנתו תחלה קנה הראשון (טור-סמ"ע: אם אין עדי הקנין לפנינו ואין עדי השטר זה חתומים על שטר זה, שלא יוכל להתברר למי הקנה תחילה, דיינינן בהו שודא דדייני, ואם הן לפנינו והחתומין ע"ז חתומים ע"ז, דיינינן ע"פ עדותן ולמי שאומרים שלו הקנה בקנין תחילה לו יתנונו)".

כתב הסמ"ע (יב) דהמחבר בדבריו "כל שדעתם נוטה" פסק כפירוש רש"י והרמב"ם לשודא דדייני כלומר שיודעין שדעת הנותן או המוכר היתה קרובה לזה יותר מלזה, לאותו ודאי זיכהו ראשון במכירה או במתנה, ודלא כר"ת והרא"ש שפירשו שתלוי ברצון הדיין שיתן למי שירצה בלי טעם.

כתב הסמ"ע (טו) שאם היו עדי מסירה זה מועיל אפילו בא גם ליד השני באותו היום עצמו, וכן הוא משמעות דברי המחבר בסוף דבריו, ולא כמש"כ הב"י דלא אזלינן בתר קדימת המסירה כשנמסרו שניהן ביום אחד.

כתב ה**נתיבות** (ו) דאם נתברר שהמסירה של השטרות לא היתה ביום הכתיבה רק בימים שאחר הכתיבה והחתימה, למ"ד עדיו בחתומיו זכין לו וזוכין שניהם למפרע בסוף היום עדיו בחתומיו זכין לו לא שייך אלא מסוף לדעת תוס' והרמב"ן הדין דיחלוקו דשניהם זכו בשוה, ולדעת הפוסקים דלא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו ולא ידעין מי היה קודם הדין שודא דדייני, ודווקא כשידוע שהיה ביום אחד אז אמרינן שודא, אבל אם ידוע שהמסירות היו בשני ימים ואין ידוע מי היתה קודם, אז בברי וברי כל דאלים גבר כשאין מוחזקין ובשמא ושמא יחלוקו כיוון דחשיב הכא דליכא למיקם אמילתא, דבב"ב ל"ה הקשה הש"ס אדינא דשודא מדינא דכל דאלים גבר ומשני הכא ליכא למיקם אמילתא, ומבואר ברמב"ן אף דאם יבואו עדים ויאמרו שלזה נמסר קודם לזה הוא של מי שנמסר קודם מ"מ חשיב ליכא למיקם עלה דמילתא משום דבמקום שאין כותבין שעות אין מדרך העדים לדקדק בשעות. עוד כתב דבטור משמע דבקנין סודר כשאין ידוע איזה מהן קודם וכת אחת של עדים היה בשני הקנינים ואין לפנינו דנין דין שודא, והוא תמוה, דנהי דאין דרך העדים לדקדק בשעות מ"מ ודאי יודעין העדים למי הקנה תחילה, דהא באנשים מדקדקים מי ומי הוא זה שהקנה לו מקודם, וחשיב איכא למיקם עלה דמילתא דאין בו דין שודא, ואפשר דמיירי שידוע שהעדים כבר מתו.

כתב רע"א דהדבר מסור לדיינים דוקא היכי דאין למקבל מתנה זכות לזה יותר מזה אבל היכי שהקנה ראובן כל נכסיו לשמעון וחזר שמעון בו ביום והקנה כל נכסיו לראובן ואין אנו יודעים מי הוא האחרון שזכה בנכסיו מחזקין לכל אחד מהם בנכסיו דהיינו חזקתו הראשונה, ודוקא בקרקע אבל במטלטלין אי קיימא ברשותה דחד מינייהו מוקמינן בחזקתה.

עוד כתב רע"א דאם ראובן כתב כל נכסיו לשמעון ובו ביום כתב שמעון כל נכסיו ללוי, כיון דא"א ללוי לזכות בהם אא"כ שתאמר דהיה לשמעון זכות בהם שעה א' ממילא היה שמעון מר"ק

בנכסיו של ראובן ומתוקים ליה בחזקתו, ובמטלטלין אם תפס לוי תליא בדין תפיסה מספק נגד חזקת מר"ק.

כתב הרמ"א (ד) "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, י"א (ריטב"א) דאמרינן שמא מקום או קרקע אחרת נתן לשני והמתנה ראשונה קיימת וי"א (רשב"א) 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".

הלכות מתנה

סימן רמא – מתנה במה תתקיים וכן המחילה והנותן דבר שאינו מסויים

סעיף א

[מנין למדנו דבעינן בקידושין וגטין שני עדים ולא מספיק הודאת בעלי הדין, מה קשה על לימוד זה, וכיצד ניתן ליישבו?]

ע"פ לשון הרמב"ם (וכן מבואר בכמה מקומות בש"ס, ה"ה, וכגון משנה ב"ב קנ"ו, גר"א) פסק בשו"ע "הנותן מתנה לחבירו, בין קרקע בין מטלטלין, אין המקבל זוכה בה אלא באחד מהדרכים שהקונה זוכה בהם, (ע"פ קידושין סה. דלא איברו סהדי אלא לשקרי -) וכיון שקנה באחד מהדרכים ההם אפילו שלא בפני עדים קנה, אם שניהם מודים. (ע"פ ב"מ מט. -) אבל בדברים לא זכה המקבל אלא כל אחד יכול לחזור בו, ואם אמר ליתן לחבירו מתנה מועטת (דאילו במתנה מרובה לא סמכה דעתו של מקבל מעולם שיתן לו הנותן מתנה מרובה כזו ונכתב טעם זה בשו"ע רד"ח, ודלא כלבש דכתב דבנותן מתנה מרובה לא היתה דעתו מעולם ליתנו לו, סמ"ע) אם חוזר בו יש בו משום מחוסר אמנה {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), אף אם ראובן עשה קנין סודר לשמעון על הבית וכדרך הקנאות המתנות, סמ"ע, וטעם הכל דכיון דמתנה דראובן לאו כלום היא קניינו דלוי ג"כ לא חל כלל}."

בהא דשלח הרמ"א לסימן רד"ה כתב הש"ך (ב) דכוונתו דכמו דהתם לא נקנה המקח מחמת המשכון, ה"ה בנותן מתנה והניחו למשכון עליו לא קונה וכתוסי' וריטב"א, ודלא כעיסור דס"ל דקונה.

< כתב רע"א דהנותן מתנה לזרעו של פלוני אם יש לפלוני גם בנים ממזרים אינם בכלל דזרע פסול אינו בכלל זרע וכן ממזר י"ל דלא מקרי ג"כ זרע.

בדין דשניהם מודים משום דלא איברי סהדי אלא לשקרי, הקשה הקצות (א) דמאי שנא מגיטין וקידושין דבעינן שני עדים על גוף המעשה ובינו לבינה לאו כלום הוא ואפילו שניהם מודים וילפינן לה בקידושין דף ס"ה דבר דבר מממון וגבי ממון מתקיים המעשה בלי עדים כל שהענין אמת, והביא דמבואר ברשב"א ושטמ"ק שכתבו דיליף דבר דבר מממון במקום הכחשה דצריך שני עדים ה"נ בעינן בקידושין וגיטין שני עדים על גוף המעשה אפילו שניהם מודים, אך עדיין הקשה הקצות דהיא גופה מנלן דדבר דכתיב בערוה הוא לגוף המעשה ולמילף מהך דבר דממון דכתיב במקום הכחשה נימא דהך דבר דכתיב בעריות נמי במקום הכחשה וקמ"ל דאע"ג דעד אחד נאמן באיסורין הא בעריות בעינן שני עדים כמו בממון, ועוד דפריך שם בקידושין בהא דאמרו שם המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושין ואפילו שניהם מודים, ואמר ליה רב אשי לרב כהנא מה דעתך דילפת דבר דבר מממון אי מה להלן הודאת בע"ד כמאה עדים אף כאן הודאת בע"ד כמאה עדים, אמר ליה התם לא חייב לאחרניי הכא קא חייב לאחרניי, הא תיפוק ליה דיליף דבר דבר מממון במקום הכחשה, ולכן כתב לבאר ע"פ מש"כ בסימן ל"ד בהא דקי"ל הודאת בע"ד כמאה עדים אינה משום מתנה כמש"כ מהריב"ל אלא משום דהתורה האמינה לכל אדם על עצמו כמאה עדים על אחרים והיינו נמי טעמא דאומר פתח

פתוח מצאתי נאמן לאוסרה משום דשויה אנפשיה חתיכה דאיסורא דאינו משום נדר כמש"כ המהרי"ט אלא משום דהתורה האמינתו לכל אדם על עצמו, ואבוהן דכולהו 'כי הוא זה' דכתיב במודה במקצת וכמ"ש רש"י בקידושין דהודאת בע"ד כמאה עדים דכתיב אשר יאמר כי הוא זה, ולפי"ז י"ל הא דכתיב על פי שני עדים יקום דבר היינו דבלא עדים לא מתקיים דבר כלל אלא דגבי ממון דבע"ד נאמן כמאה עדים והרי עדין עמו וא"כ בממון מתקיים המעשה על פי הבע"ד שהוא כמאה עדים, ובקידושין הא דבעינן עדין הוא בכדי שיוודע לעלמא, ומש"ה בממון דבע"ד כמאה עדים לא איברי סהדי אלא לשקרי דהא בע"ד הוא עד ונאמן כמאה עדים אצלנו, ובידוע סגי הן בעדים ממש או בידועה בלי ראייה ואם כופר כיון דכבר נתקיים המעשה לפי דברי התובע צריך שבועה, אבל בגיטין וקידושין דלא מהני הודאת בע"ד דלהימניה כמאה עדים ומשום דחייב לאחרני דאסרה אקרובותיה ובגירושין אסרה אכהן וכדכתבו התוס', וצריך עדים לגוף המעשה בכדי שיוודע לעלמא, מש"ה צריך שני עדים כשרים, וא"כ יליף שפיר דבר דבר מממון מה התם על פי שנים עדים יקום דבר דאין קימה לדבר הן לקנין או לשאר מעשה אלא על פי עדים, אלא דגבי ממון בע"ד הוא העד ובגיטין וקידושין בעי עדים כשרים משום דבע"ד אינו עד.

סעיף ב

מתנה נקנית בא' מדרכי הקניינים, ציין לפחות ארבעה מקרים שבהם המתנה נקנית בדיבור בלבד.

האם ישנם דברים שיכולים להעביר בעלות בדיבור בעלמא ומבלי מעשה קנין? באר ונמק.

באם היה לו חפץ ביד חבירו ואמר לו מחול, האם מחילתו מחילה?

מחול חוב ויש בידו שטר או משכון אם מהני המחילה וכיצד מכריעים להלכה בדיון זה?

האם מועילה מחילה כשיש פיקדון, שטר או משכון? מה דין מחילה שלא בפניו? ומה דין

מחילה בטעות?

כתב הרמב"ם בהלכות מכירה ה'יא (ראה סימן קפט/א) וכ"פ בשו"ע בשינוי לשון ¹מחל לחבירו חוב שיש לו עליו או ²נתן לו הפקדון שהיה מופקד אצלו, הרי זה מתנה הנקנית בדברים בלבד (ה"ה: אלו דברים פשוטים שלא מצינו בהם קנין בשום מקום ולא יאות בו דבאמירה הם גמר הדברים, ודין המחילה שאינה צריכה קנין יש ראייה לדבר מקידושין ט"ז 'זאת אומרת עבד עברי גופו קנוי דאי לא לימא ליה באפי תרי זילי אלמא דמתחילת השעבוד אם לא היה גופו קנוי באמירה בפני שנים סגי, והגר"א ציין למקומות נוספים) {ו"י'א (מרדכי) אפילו היה לו שטר או משכון עליו אפילו הכי הוי מחילתו מחילה בדברים בעלמא (וצריך הנותן להחזיר למקבל השטר או המשכון אחר שמחל לו חובו, סמ"ע. בש"ד כתב עמש"כ המרדכי דכ"כ העיטור אך הוא פלוגתא בירושלמי ולכך הוי ספיקא דדינא, וראה לקמן). כל מקום דמחילה אינה צריכה קנין, אי הקנה לו לפני עדים פסולים אפ"ה מחילתו מחילה, ועיין לעיל ריש סימן קצ"ה (מהרי"ק, וה"ה בצריך קנין מועילה מחילה בפני פסולים אם שניהם מודים וכן הוא בתשובת הרא"ש, סמ"ע). 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, ומעות פקדון המונח בעין כחפץ דמי ולא מהני מחילה, סמ"ע ונתיבות), ועיין לעיל 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) וע"ל סימן י"ב. כל מחילה בטעות יכול לחזור בו אפילו קנו מיניה (מרדכי ומהרי"ק)"}.

כתב הקצות (ב) עמש"כ הרמ"א בשם המרדכי דה"ה אם היה משכון עליו מועילה מחילה, דבריטב"א כתב להדיא דלא מהני מחילה במשכון דלא סגי ללוה במחילה עד שיחזיר לו משכנו, וכן הוכיח מהרשב"א, וכיון דהמלוה מוחזק במשכון קשה להוציא נגד הרשב"א והריטב"א. בנתיבות (א) כתב דהעיקר דמחילה מהני לענין זה דאחר שמחל שוב אינו יכול לגבות חובו ע"פ ב"ד מהמשכון אבל לענין שיהיה צריך להחזיר לו השטר או המשכון צריך קנין.

כתב **הפת"ש** (ב) בשם **הבאר יצחק**³ דבכת"י דאינו גובה ממשעבדי מהני מחילה לכ"ע משום דזה לא הוי כגבוי, וזה ע"פ סברת הכנה"ג דלא מהני מחילה בתפוס שטרא משום דהוי כגבוי.

כתב **רע"א** גבי חפץ ביד חבירו בשם המבי"ט ד"קרויב אני לומר" כי לשון מחילת תביעה אפילו על חוב שבועה לא יועיל כיון דאינו מוחל החוב והשעבוד רק התביעה.

גבי מחילה בטעות כתב **הפת"ש** (ג) בשם **הזכרון יוסף** דמחילה בטעות לא שייך אלא בשנתגלה למוחל או לשניהם עכשיו דבר שהיה בשעת המחילה נעלם מהם, משא"כ ע"י דבר הנוולד אחר המחילה, דאטו המוחל לחבירו בחזקת שהוא עני ואח"כ נפלה לו ירושה ונתעשר תהיה המחילה בטילה למפרע, זהו ודאי דבר שאין לו שחר כלל. עוד כתב (ד) דדעת הב"י דלא מקרי מחילה בטעות היכא דלא מוכח מילתא, וכן בשו"ת הרמ"א מפורש דהיכא דלא מוכח מילתא לא מיקרי פשרה בטעות [וכ"ד הסמ"ע ואין סתירה בדברי הב"י עיי"ש].

גבי השאלה לציין מתנה שנקנית בדיבור בלבד יש לציין⁴ למתנת שכיב מרע בסימן רנ"א⁵ ולמצוה מחמת מיתה בסימן רנ"ז, עיי"ש בפרטי הדינים, וכן יש לציין⁶ לנותן מתנה לנפקד שהיה כבר ברשותו לקמן, וראה גם סע' ג' לקמן וסע' ו' בסופו בשם החת"ס.

מכר חפץ לנפקד אם קנה מדין חצר? מה הדין אם נתן חפץ לנפקד?

כתב **בד"ה** בסימן קפט דאם היה הפקדון ביד הנפקד, כיון שפסקו ביניהם שיקנה קנה לו רשותו מיד, ודלא כנשמע בטור התם דלא קנה והגיה בד"ה בדבריו, ובט"ז (שם) ג"כ כתב דתמיהו רבים על הטור למה לא יקנה לו רשותו וכסימן רס"ח, וכתב דהדברים כפשוטן דה"ק שאם יש לו פקדון והמפקיד כבר גילה דעתו שרוצה למוכרו בסכום ידוע אלא שלא מצא עדיין קונה ועל כן הניחו בפקדון, ועכשיו אומר הנפקד שלא בידיעת המפקיד שהוא רוצה להחזיק לעצמו אותו מקח ולתת למפקיד אותו סכום הידוע, זה לא מהני, שהרי אין כאן מי שהקנה לו, אולם בסוף דבריו כתב ע"פ הרשב"ם דאם המפקיד הקנה לנפקד דבר המופקד אצלו אין הנפקד קונה מטעם חצירו דרשות הנפקד שהחפץ מונח שם הוי רשות המפקיד.

הנתיבות (ריש סימן ר) כתב דהמהרי"ט דחה את דברי הט"ז בשם הרשב"ם מכמה טעמים דבמה קנה המפקיד לרשות הנפקד הא בעינן כסף או חזקה, ב' דבלא ייחד לו מקום אין מקום זה קנוי לו כלל, ג' כיון דמקנה לו הפקדון, הרי חצירו ומתנתו באין כאחד ונקנה לנפקד, וכתב הנתיבות דהדין עמו, ומש"כ הקצות (קפט, א) לסתור ראיה ראשונה של מהרי"ט דלשאלה לתשמיש קונה בתשמיש, לענין שיהיה חצירו לקנות על ידו לא מהני שאלה לתשמיש עד שיהיה לו קנין ממש בגוף החצר, ומש"כ לסתור ראיה הב', דאף דלא ייחד לו מקום כיון דאושליה מעיקרא לכל מקום שיניחו, כל מקום מקומו הוא, ליתא, דמ"מ כיון שיש רשות לנפקד להוציא ממקום זה ולהניחו במקום אחר מיקרי מקום זה חצירו של הנפקד, ומש"כ לסתור טעם הג' שאין יכול המפקיד להקנות לנפקד המקום בדיבור בעלמא, גם ליתא, דודאי המפקיד יכול לבטל ולמחול לנפקד שלא יהיה שום חיוב עליו להחזיק הפקדון בביתו בדיבור בעלמא, ואין זה צריך ראיה, לכן העיקר כמהרי"ט וגם בקצות גופיה מביא ראיה ברורה למהרי"ט מקדושין דף מ"ז [ע"א] דהמקדש אשה בפקדון שיש לו בביתה דמקודשת, וראיה ברורה היא. אכן הקצות (שם) כתב דמרש"י והרשב"א גבי שותפין משמע דכיון דלא קפדי הו"ל חצר של שניהם א"כ מכל שכן חצר דנפקד וסיים בצ"ע.

קיי"ל אדם יכול לזכות מתנה לחבירו על ידי אדם שלישי, מה הדין אם אדם מחל לחבירו על חוב שיש לו עליו בפני עדים, האם זכה החייב ואין בעל החוב יכול לחזור בו או לא, אע"פ שהמחילה לא היתה בפני החייב?

כתב **הפת"ש** (א) דהבית מאיר באבן העזר סימן ל"ח הסתפק אם דוקא בלשון המוזכר המחבר הכא מחל לחבירו דמשמע בפניו, או לאו דוקא דה"ה כשמחל בפני עדים או אפילו בינו לבין עצמו שוב אינו רשאי לחזור ולתבוע כי כבר זכה במה שבידו וכדאיתא בסימן קצה/ג דמסתמא ניחא לו, או דילמא שאני מתנה דעכ"פ הזוכה הוא במעמד הנותן, משא"כ במחילה שלא בפני הנמחל י"ל שאינו זוכה טרם

ששומע זכותו, וכתב דלפום ריהטא משמע באה"ע סימן ל"ח דצריך דוקא בפניו אך אפשר לדחות כו' ובסימן ק"ו דעתו לעיקר דמועיל מחילה אף שלא בפני הנמחל.

סעיף ג

ע"פ תשובת הרשב"א פסק בשו"ע "המוחל לחבירו מה שיטול מנכסיו, יכול לחזור בו קודם שיטול, אבל לאחר שנטל, מה שנטל נטל, ודוקא מטלטלים אבל קרקע לא, אפילו דר והחזיק בה (לפי שהקרקע בחזקת בעליה עומדת ואפילו בהקנאה, ע"פ ב"מ ס"ו בהא דמוכר פירות דקל לחבירו אם שמט ואכל מה שאכל אכל ואפילו הניחו אוכל מפני שהיה טועה בהקנאתו וסבור שקנה לוקח ואילו היה יודע שלא קנה היה מונעו אפ"ה זכה דמחילה בטעות הוי מחילה כדאיתא). (ע"פ הרמב"ם -) וכן האומר לחבירו מנה שיש לי בידך תנהו לזה (כלומר כשהיו במעמד שלשתן, סמ"ע), קנה ואין אחד מהם יכול לחזור בו, כמו שנתבאר סימן קכ"ו".

ביאר הסמ"ע (י) ברישא דכבר נתבאר דלא שייך לשון מחילה כי אם על דבר שביד חבירו ואינו בעין, וצ"ל דהכא נמי איירי דנתן לו במחילה ובמתנה בלשון המועיל, ולא בא כאן לדקדק בלשון הנתנה אלא ללמדנו אימת יכול לחזור בו, אולם הש"ך (ה) חלק וכתב דהכא שייך לשון מחילה לפי שכשיטול מה שירצה בלא רשות יהיה לו תביעה עליו ושפיר מחל ליה התביעה משא"כ כשיש לו חפץ ביד חברו וחברו אינו רוצה ליטלו שלא מדעתו א"כ איך שייך לומר מחול לך ומה תביעה יש לו עליו שימחול לו ועוד אפשר לומר דכאן מיירי שיטול נכסים והנותן עצמו לא ידע מה שיטול הן הממון הן כמה מטלטלים.

הנתיבות (ד) דחה ביאור הש"ך דמש"כ בתירוץ א' קשה דא"כ בגוזל חפץ יועיל לשון מחילה דהרי יש לו תביעה עליו ועוד דגם בפקדון שייך תביעה, ולגבי מש"כ דמיירי שאינו יודע מה יטול אם ממונו או חפץ, קשה דמ"מ כשנטל אח"כ חפץ מהיכי תיתי יקנה אותו כיון דלשון זה לא מהני ביה ועוד דממון בעין דמי ג"כ לחפץ כמבואר בסמ"ע, ולכן ביאר דברי המחבר דהטעם פשוט, דכמו בהקנה לו דבר שלא בא לעולם דהקנין לא מהני ביה כלל ומ"מ כשתפס מדעת מהני דהקנין בא לו עכשיו במה שנתרצה לו ליקח אותו ואיכא אומדנא דמוכח שנתן לו במתנה רק שהיה בטעות, ומחילה או מתנה בטעות כה"ג מהני מהטעמים שכתבו הפוסקים בסימן ר"ט, וא"כ ה"ה במקום דלא היה מהני מתחילה מחמת שהוא לשון גרוע, מ"מ כשמניחו ליטול אח"כ הרי מקנה לו עכשיו באופן המועיל ומתנה בטעות כי האי מהני, דמה לי כשלא קנה ליה בראשונה מטעם דבר שלא בא לעולם או מטעם דהוא לשון גרוע, כיון דעיקר הטעם הוא דעכשיו במה שמניחו ליטלו איכא אומדנא דמקני ליה.

סעיף ד

[האם הנותן מתנה צריך לסיים דבריו?]

פסק בשו"ע ע"פ הרמב"ם "א"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, נטל אותו חלק מהפחות שבאותה שדה" וביאר ה"ה דלמד הרמב"ם כן מגיטין דף ח' (משנה דפאה) הכותב נכסיו לעבדו יצא בן חורין שייר קרקע כל שהוא לא יצא בן חורין, וכן דעת הרי"ף והר"י **מגאש**, ואע"ג דאמרינן בב"ב ק"ז חצי שדה אני מוכר לך משמנין ביניהם ונוטל חצי שדהו, התם משום דסיים לו השדה, אולם "**חכמי הדורות**" חלקו עליהם דכי היכי דכשאינו מסיים לו כלל יכול לדחותו ולומר לו בכל הקרקע לא זהו שנתתי לך הכי נמי בחלקי השדה יכול לדחותו ולומר לו בכל חלק ממנו לא, אלא ודאי שמעת מינה דלא בעינן סיום כלל, וראיה מכתובות ק"ט 'ההוא דאמר להו דיקלא לברת וכו' אלמא קני ליה לדיקלא ואע"ג דלא מסיים - והמשיך השו"ע "ויש חולקין ואומרים שבין במכר בין במתנה יכול להקנות דבר שאינו מסוים {וע"ל ריש סימן ר"ט וסימן ס' ס"ב מדין זה}."

כתב הבא"ה בשם הט"ז דנראה דקיי"ל כיו"ח דהא לרמב"ם הוי הדין כן גם בקנין אגב קרקע דמקנה לחבירו ד' אמות דצריך לסיומי אותן ד"א בפירוש כמ"ש הרב המגיד בזה, וכבר פשט המנהג שמקנין

אגב ד"א בלי שום סיום באיזה קרקע, וכ"פ בעבודת הגרשוני (פת"ש ה) דאם מביא המחבר י"א וי"ח נראה יותר שאין דעתו מסכמת עם הדעה הראשונה (וכן ציין לדבריו רע"א).

סעיף ה

נתן את כל נכסיו לבניו מחיים, כדי שלא תהנה אשתו מנכסיו, האם רשאים הבנים לפרנס את אשתו?

בהמשך למעשה דבית חורון בב"ב קלד. אמרינן "אמרו חכמים כל מתנה שאינה שאם הקדישה מוקדשת אינה מתנה", וכתב הרא"ש דלאו דוקא להקדיש אלא הוא הדין נמי אם אין יכול ליתנה במתנה דאם לא כן מאי קא מדמי שמאי הך עובדא דיונתן בן עוזיאל למעשה דבית חורון, והיינו דוקא כשנותן לו בסתם אבל אם פירש דבריו אפילו נתן שלא ליתן ושלא למכור ושלא להקדיש ושלא יעשה בו דבר כי אם דבר אחד הויה מתנה לאותו דבר, והוכיח כן מנדרים מח: גבי ההוא גברא דהוה ליה ברא דהוה שמיט כיפי דכיתנא וכו' ורבא פריך ליה התם ממעשה בית חורון דקני על מנת להקנות הוא ולא קני ומשני משום דסעודתו מוכיח עליו שלא היתה כי אם הערמה בעלמא אי נמי ר' אליעזר הוא דאמר אפילו ויתור אסור במודר הנאה, וכן משמע נמי בירושלמי, וז"ל השו"ע כלשון הטור "יש מי שאומר שהנותן מתנה לחבירו אינו מתנה, אלא אם כן שיהיה בדעת הנותן שתהא ברשות מקבל לעשות בה כל חפצו, בד"א שנתנה לו סתם אלא שניכר מתוך מחשבתו שאינו מכוין ליתנה לו שיעשה בה כל חפצו, אבל אם מפרש, אפילו אם נותנה לו על מנת שלא ליתנה לאחר או שלא למוכרה או שלא להקדישה, או אפילו ע"מ שלא יעשה בה שום דבר אלא דבר פלוני, הוי מתנה לאותו דבר שפירש בלבד (דלא גרע ממקנה לו בו חלק וא"ל אני ואתה נהיו בו שותפין דקנה, סמ"ע)".

סעיף ו

במתנה על מנת להחזיר האם צריך הקנאה חדשה או שממילא היא חוזרת? והאם ניתן לומר לפי זה שאפשר להקנות לולב לקטן בחג הראשון של הסוכות?

הסבר את יסוד דין 'מתנה על מנת להחזיר' ועפ"ז את ביאור הגמרא "לא ליקני אינש לולבא לינוקא ביומא טבא"?

מי שנתן מתנה על מנת להחזיר ומקבל המתנה הקדיש אותה האם ההקדש חל? (לקמן סע' ז) האם על המחזיר להקנות אותה בקנין במועד ההחזרה? באר לפי כל שיטה את דין הקנאת אתרוג לקטן בסוכות ביו"ט ראשון.

ב"ב קלז: "אמר רבא אתרוג זה נתון לך על מנת שתחזירהו לי נטלו ויצא החזירו יצא לא החזירו לא יצא קא משמע לן דמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה", וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "הנותן מתנה ע"מ להחזיר, בין מיד בין לזמן קצוב או כל ימי חיי הנותן או כל ימי חיי המקבל, הויה מתנה לזמן הקצוב, בין בקרקע בין במטלטלין, ואוכל הפירות עד אותו הזמן (ע"פ הטור -) והוא שמחזירה לנותן לזמן הקצוב אבל אם אינו מחזירה נתבטלה המתנה {תשובת הרשב"א - } 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 (אפילו אחר החג, דלא גרע מסע' ז' דהנותן על מנת להחזיר והקדישה והחזיר דהוה מתנה כיון דלא אמר על מנת שתחזירהו לי, סמ"ע). (ריב"ש -) הנודר לחבירו ליתן לו מתנה לא מהני אם נותן לו על מנת להחזיר".

עמש"כ הרמ"א ע"פ הריב"ש, כתב הסמ"ע (יו) ע"פ רי"ו דדוקא בזה דנדר ליתן לחבירו שמשמע שנדר על דעת חבירו משו"ה צריך ליתן לו מתנה גמורה, אבל נדר או נשבע סתם ליתן מתנה

יכול ליתן אפילו על מנת להחזיר וכדכתב המחבר ביו"ד סימן רל"ח, ואין לומר דפליגי אהדדי דא"כ לא הו"ל לרמ"א לסתום ביו"ד כרי"ו וכאן כריב"ש.

שנינו **בסוכה מו**: "אמר רבי זירא לא ליקני איניש לולבא לינוקא ביומא טבא קמא מאי טעמא דינוקא מקנא קני אקנויי לא מקני ואשתכח דקא נפיק בלולב שאינו שלו", וכתב הרא"ש (סוכה ג,ל) (קצות ד) דגבי אתרוג במתנה על מנת להחזיר דצריך שיתנהו לו במתנה גמורה על מנת שיחזיר ואחר שיצא בו צריך לחזור וליתנו לו במתנה בשעת חזרה, אבל אם אמר לו יהא במתנה עד שתצא בו ואח"כ יהיה שלי כבתחלה לא יצא בו דהוי כמו שאול, ותדע מדאמרין לא ליקני וכו' ואם אינו צריך להחזיר במתנה נהי דקטן לאו בר אקנויי הוא ליקני ליה עד שיצא בו ולחזור לו ממילא, אלא ודאי צריך לחזור וליתנו במתנה וקטן לאו בר אקנויי הוא, וכ"כ הריטב"א, וכתב הקצות דלולי דבריהם יראה דמתנה על מנת להחזיר הוא כמשמעו, ואין בו תנאי הקנאה אלא שנתן לו במתנה את האתרוג עד שיצא בו והוא מתנה גמורה וחלוטה עד הזמן, וכל כה"ג לאו דין שאול הוא כדכתב הרא"ש, דמבואר בב"ב שם דגבי אתרוג לרשב"ג ודאי נפיק ביה כיון דס"ל דנתן לראשון הגוף א"כ שלו הוא לגמרי ואופן דין מתנה על מנת להחזיר דגוף המתנה אינו אלא לזמן ואחר שיצא בו יהיה לעצמו, כמו באומר ואחר כך לפלוני דנפיק ביה כיון דהגוף של הראשון לזמן החיים ושיהיה שיוור לעצמו אחר שיצא בו שלא ימכרו או יאכלנו כיון דהגוף שלו מתנה על מנת שתחזיר לי [ואע"ג דכתב הר"ן בנדרים כ"ט גבי היום את אשתי ולמחר אי את אשתי דלא נפקא בלא גט, וכתב שם משום דכל קנין שאינו קנין עולמית אעפ"י שהוא קנוי לזמן לגוף מ"מ קנין פירות מיקרי, היינו דוקא התם לענין אישות בעינן קנין עולמית, אבל גבי אתרוג הוי שלו אפילו אינו קנוי לגוף אלא לשעה, דהא קנין עולמית בממון גם לזרעו אחריו וגבי אחר כך לפלוני נפיק באתרוג], וראיה ברורה למ"ש דמהני באתרוג אפילו אינו קנוי לגופו אלא לשעה, דהא כתב הב"י בשם הרשב"א באתרוג של שותפין והיינו אתרוג הקהל דיוצאין בו ומשום ברירה וכיון דיוצאין באתרוג של שותפין משום ברירה דהוי ידידה קנין הגוף בשעה שמשמש ואע"ג דלאחר שעה הרי הוא של שותפו וא"כ מוכח דכל שקנוי לגופו אפילו לשעה הוי שלו לענין אתרוג, ושאל שאני דאינו קנוי לגופו אלא לפירי, וכן הוא בתשובת הרא"ש בשם ר' אביגדור דכתב דהא דאין אדם יוצא ידי חובתו ב"ט ראשון בלולבו של חבירו אע"ג דיהיב ליה בפירוש הנאת שימוש דהיינו נטילתו לצאת בו לא נפיק ביה עד דמקניא ליה קניית הגוף לשעה לכל הפחות וטעמא דכתיב לכם משלכם דקנין הגוף משמע ולא סגי בהנאת שימוש לחוד, והקשה שם דהלא מתנה על מנת להחזיר קנין פירות בעלמא קרי ליה בב"ב ונפיק ביה, וביאר דלהכי קרי ליה קנין פירות שאינו יכול לאוכלו אבל מיהו קנין הגוף לשעה מיקרי ובהכי סגי דולקחתם לכם משלכם משעת לקיחה קפיד רחמנא שיהיה משלו והא איכא, וכתב הקצות דלפ"ז צריך לומר הא דאמרו לא ליקני איניש לולבא לינוקא כו', היינו במקנה בסתם בלי שום שיור אלא שסומך שיחזור ויתן לו המקבל אח"כ במתנה, וכה"ג בקטן לא מהני כיון דאקנויי לא מקני, הא מקנה ליה בפירוש לשעה גם בקטן מהני כיון דמתנה על מנת להחזיר ממילא חוזרת המתנה, אלא דהתנאי על מנת להחזיר היינו שישיר דאל"כ אין לו אלא מה ששייר ומכרה או אכלה אין לו, ומתנה שישאר אחר שעה לעצמו [ולפ"ז ניחא דהקדישו הקדש ומוחזר בסע' ז' כיון דהוא חוזר מאליו בלי הקנאה אלא דכי מכרה ואכלה לא נפיק ביה דהא התנה שיהיה לו שיור אח"כ באופן שיחזיר לו, ובהקדש כיון דקנוי לגופו לשעה יכול להקדישו והתנאי מתקיים דהא מחזיר לו]. **בנתיבות (ה) חלק על הקצות** הסובר שיש קנין גוף לשעה, ומה שהביא ראיה מאתרוג של קהל, לאו ראיה הוא, דשם י"ל דהוי כאילו התנה בשעת קנין דיהיה לכל אחד בשעת נטילה במתנה על מנת להחזיר וכ"כ הרשב"א, וכן דחה שאר ראיות הקצות, ואף שה"ר אביגדור כתב כמותו מ"מ הא הרא"ש וכל הפוסקים פליג ע"ז וגם בדבריו אינו מוכרח, ולכן העיקר כרא"ש והריטב"א וכל הפוסקים דצריך קנין כשמחזיר. עיקרי דבריהם הובאו בקצרה בפת"ש (ו) שהוסיף שגם בחמדת שלמה חלק על הקצות, ובתשובת חת"ס כתב דאם רצה הלה למחול לו תנאו אינו צריך משיכה וקנין חדש לקנותו.

סעיף ז

ראובן נתן לשמעון שור על מנת להחזיר והלך שמעון והקדישו והחזירו לראובן האם הוא מוחזר בזה או לא? ומה דינו של השור האם הוא קדוש או לא?

מה הדין כאשר המקבל במתנה על מנת להחזיר הקדיש את החפץ והאם יש נפק"מ בין אמירת הנותן 'על מנת שתחזיר' או 'על מנת שתחזיר'?

ע"פ **ב"ב שם והרמב"ם** פסק בשו"ע **"לפיכך הנותן שור לחבירו וא"ל על מנת שתחזירו, והקדישו והחזירו, הרי זה קדוש. אבל אם א"ל על מנת שתחזיר לי אינו קדוש, שלא התנה עליו שיחזיר לו אלא דבר הראוי לו"**.

כתב **רע"א** דבלא אמר 'לי' **אם המיתנו בידים** והחזירו כתב הרב המגיד שהוא ספק אם מקרי חזרה והמל"מ הכריע דלא מקרי חזרה (וראה בסעי' הבא).

הקשה הנה"מ (ה) על הרישא דמחבר דבהקדישו והחזירו מוחזר, דהא מבואר ברא"ש בסוכה כ"ל דאחר שיצא בו מחויב ליתן לו במתנה בשעת חזרה, והביא ראיה מהא דאמר לא ליקני איניש לולבא לינוקא ביומא קמא, ולפי"ז קשה הא כשהקדישה שוב אינו יכול להקנות לו בשעת חזרה דהא אין אדם מקנה דבר שאינו שלו והרי לא קיים תנאו, ועוד דמאי שנא הקדישו דנקט הו"ל למינקט מכרו או נתנו, דמה לי מכרו לגבוה או מכרו להדיוט, והן אמת שמדברי הנ"י מוכח דאפילו מכרו ומחזירו מכור ומחזיר אבל באמת הוא תמוה טובא דלאיזה ענין החזירו, ועוד יש לדקדק אמאי נקט שור הו"ל למינקט סתם נתן מתנה על מנת להחזיר והקדישו, **לכן ביאר דמירי בהקדישו לשלמים דקיי"ל כר' יוסי דקדשים קלים ממון בעלים הן, ואליביה המוכר שלמיו מכירתו מכירה כמבואר בכמה דוכתי, ותופס בהן קנין כשמכרו שמצות הקרבת הדם הוא של הלוקח והבשר והעור הכל ללוקח, וכיון דבר הקניה הוא מהני ביה חזרה, וכשעושה הקנאה גמורה כשמחזיר לו מקיים תנאו בחזרה, אבל בקדשי בדק הבית או הקדש עניים אין קדוש כלל, אמנם בנ"י כתב דאפילו מכרו והחזירו מהני ועל כרחך צריך לומר דמפרש דאפילו הקדישו הקדש בדק הבית דממון גבוה הוא, דמ"מ מהני אם החזירו, ובזה ודאי קשה הא אינו יכול להקנות, וי"ל דאזיל בשיטת הר"ן בגיטין דהתנה על מנת שתחזיר' ולא אמר לו, התנאי שלו הוא רק שיהיה יכול לחזור ולהקנות לו בקנין ואף שאח"כ לא יהיה שלו, וא"כ כיון שהקדישו ואין אדם יכול להקדיש יותר ממה שיש לו בו, הרי הקדישו ג"כ בעל מנת להחזיר, דהיינו שיהיה שלו רק בשעה שיחזירו ויקנה לו ואח"כ יהיה ג"כ הקדש וגם קודם החזרה, רק שבשעת חזרה לא יהיה הקדש, ואף דקדושה בכדי לא פקעה, מ"מ הכא כיון דלא פקע אלא כדי שיתקיים התנאי כדי שיהיה אפשר להקדש לחול, עיי"ש, וסיים דלמעשה אין נפק"מ "בין אם אמר שתחזיר' לי או אמר סתם שתחזיר'ו, רק לענין בהמה אם הקדישה קדשים קלים, אבל אם מכר או נתן מקודם לאחרים אין זו חזרה, אבל אם שעבדו לאחרים מהני חזרה ובע"ח טורף דהא בע"ח מכאן ולהבא גובה ומהני קנין כשמחזיר, משא"כ כשאומר לי, לא מהני חזרה כשהוא משועבד לבע"ח דהוי כמו מידי דלא חזי ליה כמ"ש הנ"י."**

כתב **הקצות (ו)** דכתב הנ"י באומר על מנת שתתן לי דבר פלוני שאם הקדישו או מכרו לאחרים או נתנו קודם לכן ואח"כ נתנו לזה שלא קיים תנאו דהא לא יהיב מידי דחזי ליה, והיכא שנתן לחבירו מתנה על מנת להחזיר' לנותן לו לזמן ידוע ושעבדה לאחרים בעודו ברשותו, שעבדו שעבוד ובאין בעלי חובו אפילו אחר שהחזירה דהא מתנה גמורה היתה שלו בעודה ברשותו, ודעת הריטב"א דליתא דא"כ היכי מהדר ליה מידי דחזי ליה, ואף על פי דאפשר לסלקו במעות מכל מקום כשבא זה וגובה ממנו איגלאי מלתא דלאו מידי דחזי ליה אהדר ליה (הובאו בקצרה גם ברע"א), וכתב **הקצות** דדברי הריטב"א דוקא באומר לי דהוא מידי דחזי ליה וכשבא בע"ח וטורפה אינו חזי ליה ובזה הוא דקאמר דאין שעבודו שעבוד, אבל לא אמר לי אלא על מנת שתחזיר'ו סתם דלא צריך מידי דחזי, שפיר מתקיים התנאי בחזרה שהחזיר ושעבודו שעבוד ואתי בע"ח וטריף, אולם בדברי הנ"י הסתפק דאפילו לא אמר לי נמי לא מתקיים התנאי כל שכבר מכרו או נתנו לאחר והקדש שאני ממכירה.

בנותן מתנה על מנת שהמקבל ייתן לו מאתיים זוז, ומת הנותן או המקבל, האם ניתן שהיורשים יקיימו את התנאי? התייחס לנוסחים שונים של תנאי.

כתב **הרמ"א (רשב"א -)** האומר לחבירו שדה זו נתונה לך **על מנת שתתן לי ר' זוז ומת** (המקבל), **בניו** (של המקבל) נותנין לו והמתנה קיימת, אע"ג דהאומר על מנת שתתן לי לי ולא ליורשיו קאמר (ר"ל

כדאמרינן באב"ה סי' קמ"ג ועוד מקומות, והוא מהגמ' בגיטין ע"ד, סמ"ע) שאני הכא דלא כוון רק שיתנו לו והרי נתנו".

כתב **הפת"ש** (ז) דהא דבנינו נותנים לו, דדוקא בעל מנת שתתן, משא"כ ב'אתה' תתן דאין בנינו יכולים לקיים התנאי ובוזה מיישב תשובת הריטב"א עם הרשב"א הנ"ל (שהב"י הביא שתי התשובות), וכ"כ בבית מאיר, אולם החוות יאיר לא התרצה בהסבר זה מכח הסוגיה בגיטין ע"ד והעלה דבאמת הריטב"א פליג על דברי הרשב"א ואין יכולים ליתן, וכתב **הפת"ש** דצ"ל לדבריו דהא דסתם הרמ"א כאן כדעת הרשב"א, משום דהכא מייירי בשכבר החזיק המקבל בשדה, וא"כ אפילו אי נימא דהוא ספיקא דדינא, אין מוציאין מידו, וצ"ע.

עוד כתב **בחוות יאיר** (פת"ש שם) דהא דבנינו נותנים לו דווקא בדירשו כסף או שוה כסף, משא"כ בדלא הניח רק הבית או השדה כאחרים דמו. עוד כתב בדין "דלי ולא ליורשי" דדווקא בתנאי דדרך המתנה תנאי להקפיד על כל היוצא מדקדוק לשונו לכן י"ל דדקדק באמרו לי או תתן, משא"כ במוכר לחבירו בית בעד מאתים שיתן לו מיד או אחר שנה ונגמר המקח בקנין ושטר ומת מוכר או לוקח דהמקח קיים והמעות הם חוב על הלוקח, מה לי הם מה לי בניהם, ולכך אפילו עבר זמן פרעון ולא נפרע, המקח קיים, משא"כ בתנאי, דדווקא בדברי התנאי עצמו משא"כ בדברי המעשה עיי"ש דניסה ודחה להוכיח כן מהרשב"א. [עוד כתב דלא דייקנן 'לי' ו'אתה' רק לטובת יורשיו ובאי כוחו של המתנה והאומר, כגון בנותן מתנה על מנת שתתן לי או הלוהו על שדהו וא"ל אם אין אתה מביא, או במכר ביתו ואמר לוקח ע"פ בקשת מוכר או בשעת המכר או בקנין סודר אם אתה מביא לי תוך שנה סך המעות אחזיר לך ביתך, דיי"ל דדייק ואמר דוקא אתה ודוקא לי, משא"כ בהתנה המוכר ואמר אם אני מביא לך כו' תחזיר לי ביתי, לא נימא לדייק 'לי' ו'לך' נגדו].

< כתב **הסמ"ע** (יח) בשם תשובת הרשב"א (בב"י ודרכ"מ) "האומר שדה נתונה לך על מנת שתתן לי בכל שנה ה' זהובים, נותן לו כל ימי חייו, וכשמת - אינו נותן ליורשיו בשנים הבאות לאחריו, אבל כל מה שנתחייב לו מן השנים שעברו בחיי האב ומת האב ולא קיבל בחייו נותן הוא לבניו". כתב **הנתיבות** (ז) דדבריו תמוהים, דהא כתב הרמ"א לעיל דכשמת הנותן דנתבטלה המתנה דלי ולא ליורשיו משמע, וצ"ל דמייירי שזקף עליו האב במלוה אחר שנתרצה, א"נ דמייירי שלא התנה בתורת תנאי שיהיה תלוי בזה קיום המקח רק שהתחייב עצמו המקבל נגד הנותן שיתן לו ה' זהובים לכל שנה, ובוזה אמרינן שלא היתה כונתו בחיוב רק כל ימי חייו. כתב **הפת"ש** (ח) על הנתיבות דהלשון לא משמע כן רק דהיה בתנאי גמור, ולא ראה דקושייתו זאת כבר הקשה בדרכ"מ בסימן ר"ז ובהגהת דו"פ כתב לישיב דלק"מ, דמאחר שראינו שזה כמה שנים לא פרע לו ולא חזר האב ולקח השדה מיד המקבל, אומד דעת הוא דודאי דעתו היה לזקוף עליו במלוה.

הנותן לחבירו מתנה על מנת להחזיר, והמקבל החזיר רק את דמי המתנה ולא את גופה, האם המתנה עומדת בתוקפה?

במקרה שהתנו שהמקבל ייתן חפץ מסוים לנותן, באילו מקרים ניתן לתת את דמי החפץ במקום החפץ? ואם המקבל נדר את החפץ הזה לעדקה, האם הוא רשאי להמירו בשוויו?

כתב **הרמ"א** ע"פ רי"ו "המתנה עם חבירו לתת לו חפץ פלוני יכול לתת לו דמי החפץ, מה שאין כן בתנאי בגיטין (דשם מסתמא לצעורה קא מכוון ובעי מינה החפץ דוקא, סמ"ע) (ש"ך): באומר ע"מ להחזיר יכול לתת אף דמיה וכ"כ בתשובת הרא"ש והריב"ש חולק".

כתב **רע"א** דה"ה בהיפוך אם התנה ליתן לו ר' זוזי יכול ליתן לו מטלטלין שוה ר' זוזי. עוד כתב דאם המקבל מתנה מכרה לאחר י"ל דיכול הקונה לומר לבעלים כיון דאתם צריכים להחזיר לי הדמים משום תקנת השוק אני מחזיר לך דמים אלו ונתקיים התנאי ונתחלט המכירה, ובאתרוג דאינו יכול ליתן המעות דקפיד על האתרוג כיון דצריך לו נסתפק בספר בני אהובה אם יכול ליתן אתרוג אחר טוב.

כתב **הקצות** (ז) בשם תה"ד דהיכא דאיתיה לחפץ בעינא צריך ליתן גוף החפץ שהתנה, ולמד כן מגיטין ע"ה וטעמא דמלתא דכשהחפץ בעינא אין אומרים שיתן את דמיו שהרי על החפץ התנה ולא על דמיו,

ואם היה רוצה בדמיו היה אומר שזה כך וכך תן לי, אלא על כרחך דדוקא החפץ היה חביב עליו, ואפ"ה היכא דנאבד וליתיה בעינא אמדינן דעתיה שאין רצונו שבשביל כך יתבטל תנאו אלא יטול את דמיו, והא דכתבו הרא"ש והטושי"ע באבן העזר בסימן כ"ח במתנה על מנת להחזיר דיכול לקדש בו את האשה ויתן לו דמיו ומשום דמתקיים התנאי בחזרת דמים, משום דהתם דכבר מכר או נתן החפץ הו"ל כמאן דליתיה בעין ואמדינן דעתיה שאין רצונו שבשביל כך יתבטל תנאו, וא"כ מה שמכר או נתן שפיר נתן דהא ידידה הוא אלא שמחוייב לקיים תנאו א"כ אין התנאי מתבטל בזה כיון שנותן לו דמיו, אבל איתיה בעינא תחות ידיה בזה הוא דבעינן חפץ בעין דחביב עליו, אמנם היינו דוקא במכרו או נתנו או הקדישנו, כיון דכבר קנה הלוקח והמקבל וכן ההקדש תו לא הדרא משום התנאי, כיון דמתקיים בדמיו היכא דליתיה בעינא וזה נמי הוי כליתיה בעינא וכמ"ש, אבל בנתן תקיעת כף או נשבע ליתן לאחר כיון דאין השבועה עושה קנין ועדיין לא זכה בו אחר הו"ל כמו איתיה בעינא ממש וצריך ליתן גוף החפץ, ומהאי טעמא נראה דה"ה בהקדשות דידן דאינו אלא צדקה לעניים, דלא אמרו אמירה לגבוה כמסירה להדיט לקנין אלא בקדושת הגוף או קדושת בדק הבית, אבל לעניים לא הוי קנין שיזכו בו אלא שצריך לקיים דבריו מתורת נדר משום דכתיב 'בפיך זו צדקה', א"כ הו"ל כמו איתיה בעינא וצריך ליתן חפץ בעינא דאדעתא דהכי התנה כל שיהיה בעינא ותחות ידיה יתן לו גוף החפץ, ובזה ניחא הא דסתמו הטושי"ע הכא באומר על מנת שתחזירוהו 'לוי דאינו קדוש' [ומש"כ הרא"ש דקדוש מיירי מהקדש שהוא קדושת הגוף או קדושת דמים דקונה הקדש ע"י אמירה כמו הדיוט במסירה והו"ל כנתנו ומכרו לאחר דהו"ל כמו ליתיה בעינא ומתקיים התנאי בדמיו, אבל הטושי"ע מיירי מהקדש דעכשיו שאין לנו הקדשות כי אם צדקה לעניים דאינו עושה קנין ואינו אלא מטעם נדר], ואין אדם נודר בשל חבירו, דכל זמן שלא נתנו ולא זכה בה אחר צריך ליתן החפץ בעינא ליד הנותן כפי התנאי, וכן הסכים ב**נתיבות** (ח) דדוקא כשמכרו או הקדישו שכבר הוציאו מרשותו דהוי כליתא בעינא יכול ליתן דמיו כרא"ש אבל אם נדר חפץ זה ליתן לצדקה צריך להחזיר להנותן גוף החפץ כיון דהצדקה לא קנה עדיין גוף החפץ הוי כאיתא בעינא דחייב להחזיר גוף החפץ, והוסיף בשם הריב"ש דבמתנה על מנת להחזיר בעינן שיחזיר מרצון, אבל כשלא החזיר ברצון וכפו אותו ב"ד להחזיר נתבטלה המתנה למפרע. בפנ"מ (פת"ש ט) כתב דבטור משמע דאף שהחפץ הוא בעין יכול לתת לו דמי החפץ, ובפת"ש כתב דהקצות והנתיבות הסכימו לתה"ד.

סעיף ח

נתן מתנה לחבירו על מנת להחזירו בזמן מסוים, והדבר נגנב או מת, א. האם חייב לשלם לו? ב. האם צריך לשלם לו מה שנחנה מהמתנה? ג. מה הדין אם פשע?

ע"פ רשב"ם (בב"ב שם) פסק בשו"ע "נתן שור לחבירו על מנת להחזירו בתוך ל' יום ומת בתוך הזמן, פטור מלשלם", דלא הוה ליה שואל להתחייב באונסין ואף לא שומר להתחייב בגניבה ואבידה אלא מקבל מתנה הוא ולא יתחייב אלא בפשיעה, סמ"ע בשמו.

כתב הנתיבות (ח) ע"פ המל"מ דאם מת אחר הזמן שלא רצה להחזיר, אז אם נשתמש בו חייב לשלם, כיון דעבר על התנאי במזיד ונתבטל התנאי ע"י פשיעה ידידה נעשה גזלן או שואל למפרע וחייב, אבל כשלא נשתמש בו כלל, ודאי דלא הוי רק כשומר חנם ואינו חייב רק בפשיעה, ואם המיתו בידים אפילו תוך הזמן והחזירו מת, אפילו לא אמר לי חייב לשלם, והסתפק המל"מ (פת"ש י) היכא דמת בתוך הזמן אם מחזיר הפירות שאכל או לא, דאפשר דחייב להחזיר הפירות שאכל משום דכיון דנאנס ולא החזירו הרי לא קיים תנאו ונתבטלה מתנתו, אך אפשר לומר דכל שנאנס לא נתבטלה מתנתו משום דמה שהתנה על מנת שתחזירוהו לי אינו אלא כשתהיה בעין, אך מכח הסברא נ"ל דאם נאנס נתבטלה המתנה ואינו אלא נפקד בעלמא וחייב להחזיר הפירות ויש סעד לזה ממה שחייבו אותו בפשיעה, וכן הכריע בשער משפט דכן מוכח דעת המחבר ממה שפסק באו"ח סימן תרנ"ח עיי"ש.

הקשה הנתיבות (ט) עמ"ש"כ הרשב"ם והסמ"ע דאפילו בגניבה ואבידה פטור דאינו אלא ש"ח, דלכ"י תימה דממה נפשך, אם חשבינן ליה כאילו קיבל שמירה דהיינו כיון דהתנאי נתבטל ונתבטלה המתנה וחשבינן ליה שומר למפרע א"כ כשישימש במתנה וכשנגנב או נאבד ונתבטל התנאי שאינו יכול להחזיר, וממילא נתבטלה המתנה למפרע ומחויב לשלם שכר שימוש כמש"כ המל"מ וממילא יש לו דין שוכר שהוא שומר שכר, נהי דלא חשיב ליה שולח יד בפקדון כיון דברשות נשתמש בו, מ"מ מהיכי תיתי לא

יהיה לו דין שוכר, ואי נחשבינהו כאילו לא קיבל שמירה כלל, א"כ שומר חנם ג"כ לא הוי, וכתב דאפשר דמ"מ כיון שמחזיקו בביתו להנאתו הוי ש"ש עליו, ומ"מ לא הוי שוכר עליו אף ששימש, כי השימוש היה מתחילה מצד מתנה, ואחר כך אף שמשלם בעד הנאה לא נעשה שוכר למפרע.

עוד כתב ה**נתיבות** (שם) דאם נתן במתנה על מנת להחזיר בכדי לקדש אשה ונגנב או נאבד מידה, ודאי דחייב לשלם דמיהן, לא מיבעיא אם שאל טבעת לקדש ודאי דחייב, דאף דתלינן שנתכוין ליתן במתנה על מנת להחזיר הן או דמיהן כמבואר באה"ע סי' כ"ח, מ"מ כיון דהזכיר לשון שאלה, מהיכי תיתי לא נאמר שהתנאי הוא שבאם יחזיר הן או דמיהן יהיה מתנה ובאם לאו יהיה בתורת שאלה, ואפילו באונסים נתחייב בכה"ג, אלא אפילו לא הזכיר לשון שאלה רק מתנה על מנת להחזיר מ"מ חייב, דהא ודאי אם פשע בשמירה אף שהודיע לנותן שיפשע בשמירה מ"מ מסתבר דחייב, כיון שלא אמר לו והפטר י"ל דלהכי שתק לו כשא"ל שיפשע, כי מה איכפת ליה כיון שכבר התנה עמו שבאם יחזיר דמיהן יהיה מתנה ובאם לאו יש לו דין שומר חנם ונתחייב בדין שומרין, וכיון שבידו לקיים התנאי שיהיה במתנה אין לו לנותן למחות בו, וכיון שנתנו לאשה במתנה גמורה שתתקדש בו, אין לך פשיעה גדולה מזו, עיי"ש.

סעיף ז

ע"פ הרמב"ם (ה"ה: כן פשוט בכמה מקומות. גר"א: כגון ב"ב קל"ז גבי אתרוג וקידושין מ"ט גבי על מנת שאני) פסק בשו"ע "כל הנותן מתנה על תנאי, בין שהתנה הנותן בין שהתנה המקבל (באופן המתאים המדובר בסימן רז/א, סמ"ע), והחזיק המקבל וזכה בה, אם נתקיים התנאי נתקיימת המתנה, ואם לא נתקיים התנאי בטלה המתנה ויחזיר פירות שאכל (ב"ב ס"ז 'ההיא איתתא', גר"א), והוא שיהיה התנאי כראוי ע"פ מה שנתבאר בטור אבן העזר סימן ל"ח".

כתב הפת"ש (יא) בשם שו"ת רע"א בשם הראנ"ח בנותן מתנה על תנאי ויש ספק בפירוש התנאי, דצריך רק לקיים הפחות שיש לפרש בכונת התנאי והמתנה קיימת.

סעיף י

[ראובן שהבטיח ליתן מתנה לשמעון על מנת שילך אל השררה להשתדל עבורו, והלך והשתדל עבורו בכל יכלתו לדבריו רק שדבריו לא עשו פירות, מה הדין?]

ע"פ גיטין עד. 'הרי זה גיטך על מנת שתתני לי מאתיים זוזי' והר"ן שם, פסק בשו"ע "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 (דלעולם מוקמינן מסתמא שנשאר הדבר כמו שהיה מעיקרא, סמ"ע, וראה לקמן)".

כתב המהרי"ט (קצות ח) בסברת החילוק בין תנאי שהוא בקום ועשה לשב ואל תעשה, דבשלמא לענין גיטין דלאחר לא תנשא עד שתקיים מסתברא לחלק דבמידי שהוא מעשה חיישינן שמא תארענה אונס ולא תעשה אבל במידי שהוא שב ואל תעשה איהי מזדהרה נפשה שלא תאסר על שניהם, אבל לענין נאמנות דקיים התנאי מה בין זה לזה, אם תאמר שכל שהוא בקום ועשה טריחא ליה מלתא לקיים, זמנין דמלתא שאין בו מעשה טריחא טפי, כגון על מנת שלא ישתה יין שאינו יכול לחיות אלא ביין, וזה ודאי יקשה עליו טפי משאם היה מתנה שישחוק לפניו או ירקוד לפניו רקידה אחת למה יהיה נאמן שקיים התנאי בזה יותר מבזה, ואפשר לומר טעם דבנותן דבר בתנאי שהוא בשב ואל תעשה מסתמא לא הטילו הראיה אלא על הנותן ולא על המקבל, שהמקבל איך יביא ראיה שלא עשה שלא שתה יין וכיוצא, אטו עדים בכיפי תלי שיעידו עליו כן, אלא מי שטען שביטל תנאו יביא ראיה שביטל, אבל בתנאי שהוא בקיום המעשה הראיה על המקבל שיוכל להביא ראיה בקיום התנאי, ועוד כתב דהיכא דמית מקבל יש להסתפק, דכיון דמי שהוא יכול לברר מית ונפלו נכסי קמי יתמי הם אינן יכולין לברר וחזר הדין לתנאי שהוא בשב ואל תעשה, וראיה מהאי דאחד מן האחין שנושא ונותן תוך הבית בב"ב נ"ב, והקצות כתב דנראה טעמא דהך מלתא דכל שהוא בקום ועשה מוקמינן אחזקה שהוא קודם עשיה ואמרין שלא היה עשיה עד שיברר בעדים שהיה עשיה, ואם אין לו ראיה הרי הוא בחזקתו.

כתב **בפת"ש** (יב) בשם **השבו"י** אודות ראובן שהבטיח ליתן מתנה לשמעון ע"מ שילך אל השררה להשתדל עבורו דבר מה והלך והשתדל עבורו בכל יכלתו לפי טענתו ודיבורו רק שדבריו לא עשו פירות, והוא מבקש מתנתו, וראובן טוען איני מאמינך הבא ראיה שעשית כך, והשיב דלכ' דדין זה פשוט מהכא דעל המקבל להביא ראיה שקיים תנאו כו', אבל צ"ע דהרי באה"ע סוף סימן ל"ח הביא הרמ"א ב' דעות, ד"א דאפילו תנאי בקום ועשה נאמן כל שאין כנגדו מכחישו, וכתב דלפום ריהטא נראה דכיון שחלק חו"מ הוא אחרון י"ל דחזר רמ"א וזה נראה דעת הלבוש שהשמיט באה"ע הגהות רמ"א עיי"ש עוד מה שתירץ, והפת"ש כתב דדבריו רק לפלפולא אבל לדינא אין נ"מ בנידון דידן כי לו יהא שיש שני דעות בזה והוי ספיקא דדינא, אין להוציא מהנותן, ואפשר כונתו אם המקבל תפס משל הנותן בלא עדים.

סעיף יא

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "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", דקיי"ל כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואם נתקיים התנאי המתנה קיימת משעת נתינה ואם לא נתקיים המתנה מעיקרא בטלה לפיכך אותו שביטל התנאי נתבטלה מתנתו מעיקרא ונשארה ביד אביו, טור, וכתב **הסמ"ע** (כד) דהוצרך לכתוב דנתבטלה מעיקרא ונשארה ביד אביו משום דמיירי במתנת שכיב מרע, ובשכיב מרע קיי"ל דאף אם נותן בלשון מתנה כאילו נתנו לו בלשון ירושה ואין לה הפסק וכסימן רמ"ח, וא"כ ה"נ לא אמרינן דיצא המתנה מיד בנו זה שביטל התנאי, משו"ה הוצרך לכתוב דשאני הכא דנתבטלה המתנה מעיקרא וכאילו לא יצא מיד אביו מעולם, וכן הוא בתשובת הרא"ש.

כתב **רע"א** דבאומר שדי נתונה לך ע"מ שלא תמכרנו לאחר ומכר לאחר דעת הרב המגיד דנתבטלה המתנה ואילו לתוס' בגיטין המכר בטל והמתנה קיימת.

סעיף יב

מה דין תנאי שהתנה שלא כדין התנאים האם חייב לקיימו?

כתב **הטור** "וכן כל מתנה שהיא על תנאי..והוא שיהיה התנאי כפול והן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה ותנאי שאפשר לקיימו שאם אינו כהלכתו אינו תנאי ואף על פי שנתבטל התנאי המתנה קיימת אף על פי שרשב"ם וקצת גאונים כתבו שאין צריך כל אלו אלא לתנאי גיטין וקידושין **רבינו תם** פירש שצריך בכל התנאים וכ"כ **הרמב"ם** ז"ל ולזה הסכים א"א **הרא"ש** ז"ל...אף על פי שפסק **רב אלפס** דלא בעינן תנאי כפול בעל מנת משום דכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי הרי נחלקו עליו **ר"ת** ור"י וראיותיהן נכוחות למבין, וגם **רשב"ם** פירש דלא בעינן תנאי כפול בממון.. דלא בעינן תנאי כפול אלא בעריות כגון קידושין וגיטין והכל דחה ר"ת וכתב דאף בממון בעינן".

וז"ל **השו"ע** כרוב הראי' "בד"א כשהיה תנאי זה כדין התנאים הקיימים על הדרך שנתבאר בטור אבן העזר סימן ל"ח, (ע"פ תשובת הרא"ש והטור ע"פ הראי' -) או שכתוב בסוף השטר וקנינא מיניה כחומר כל תנאים וקניינים העשויים כתיקון חכמים, שאם לא כן המתנה קיימת והתנאי בטל {ע"פ תשובה מיוחסת לרמב"ן - } 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 (ומ"מ הנותן חוזר על המוכר לו באחריות דעכשיו טרפוהו מיד המקבל מכח המוכר שמכר לו, דיאמר הנותן עכ"פ היתה לי הנאה מהמקבל אם היתה נשארת המתנה בידו) {".

כתב **הקצות** (ט) דבקידושין ו' אמרינן אמר רבא הילך מנה על מנת שתחזירהו לי במכר לא קנה באשה אינה מקודשת כו', ופריך והא אמר רבא מתנה על מנת להחזיר שמה מתנה דאמר רבא אתרוג נתון לך במתנה על מנת שתחזירהו לי החזירו יצא לא החזירו לא יצא, ומסיק בכולהו קני לבר מאשה דדמיא לחליפין, והקשו התוס' אמאי לא יצא הא לא הוי תנאי כפול ותירצו דאיכא תנאה דלא בעי כפילא כגון הכא שהיה דעתו לברך על אתרוג שלו ודעת הרא"ש דגבי אתרוג נמי בעי תנאי כפול ע"ש, ולמד הקצות דאין צורך בתנאי על מנת וכגון על מנת להחזיר דיני תנאי, והסברא לפי מש"כ בסק"ד דמתנה

על מנת להחזיר אינו אלא קנין הגוף לזמן עד שיחזירוהו אלא שמתנה על מנת להחזיר דהיינו באופן שהיה לו שיוור א"כ ודאי אינו צריך בזה דיני תנאי כיון דלא נתן לו קנין עולמית אלא לשעה ואח"כ הוא ממילא שלו וכיוצא בזה כתב הרשב"א באומר על מנת שאין לרבך רשות בו דלא בעינן ביה דקדוקי תנאים לפי שאינו תנאי אלא שיוור בגוף המתנה, ומש"ה לא מקשי תוס' אלא בהא דאמר לא החזירו לא יצא הא לא כפל לתנאיה ולא מקשי בריש הסוגיא דקרי ליה מתנה על מנת להחזיר דהא לא כפל לתנאיה, והעלה ע"פ הרשב"א רא"ש ועוד דהיכא דלא התנה כדיני תנאי וכגון דלא כפליה או לאו קודם להן מחייבין אותו לקיים תנאו כיון דהמעשה לא יתבטל לעולם וכיון דהמעשה קיים גם הוא מחייב בתנאו כמו שהתנה עבור המעשה "וזה כלל גדול בדיני תנאי", ובה ביאר דברי הסמ"ג במצות נטילת לולב דכתב שצריך לזהר בארבעה דברים שהתנאי מתקיים בהם וצריך שיאמר על מנת שתחזיר לי הרי הוא לך במתנה ואם לאו לא יהא שלך והקשה הרמ"ך דאדרבה אם לא יקיים תנאו בכל אלה כל שכן שהמתנה טובה והתנאי בטל ואפילו אם לא יחזיר לו יצא כדמוכח בב"מ צ"ד, ולפמש"כ דהיכא דלא היה תנאי כדיני תנאי בני גד ובני ראובן דהמעשה לא נתבטל בביטול התנאי דבזה כיון דהמעשה קיים מחויב הוא בקיום התנאי, וא"כ כשהתנה על מנת להחזיר ולא דקדק בתנאי בני גד ובני ראובן, א"כ לפי מה דמפרשי הרא"ש והרשב"א דמתנה על מנת להחזיר היינו שיחזיר ויקנהו לו, א"כ מחויב הוא ליתן לו האתרוג, וכיון דגבי אתרוג לא מהני חזרת דמים וכמ"ש הרא"ש, א"כ כשגובה לבסוף האתרוג אמרינן למפרע הוא גובה דכל היכא דלא מצי סלוקי בזוזי אמרינן כן, וא"כ כיון דלא דקדק בדיני תנאי ויתחייב להחזיר האתרוג מחמת התנאי ולא מצי נמי סלוקי בזוזי וכמ"ש בעל העיטור ונימא ביה למפרע הוא גובה א"כ לא הוי לכם כלל אפילו בשעת ברכה, ומש"ה צריך דקדוקי תנאים דבזה ליכא משום חיוב אלא שהמעשה בטל אם לא יקיים התנאי, א"כ לא שייך ביה למפרע גובה וא"כ לבסוף כשמחזיר האתרוג הרי למפרע היה האתרוג שלו ממש במתנה גמורה. ז"ל ה**נתיבות** (ו) "בקצוה"ח כתב דאם התנאי לא נעשה בדיני תנאי כגון דלא כפליה, דמ"מ חייב לשלם להתנאי, דדמי להא דיבמות ק"ו בתנאי בדבר שא"א לקיים ע"י שליח שכתבו הרא"ש והרשב"א דחייב לשלם מכח שכירות (עיי"ש בקצות וקיצרנו בזה לעיל).. ודאי ליתא, דלא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן, אלא ודאי דכל שלא נעשה בדיני תנאי חשבינן אותו לפטומי מילי בעלמא, והארכתי בזה בספרי תורת גיטין". הפת"ש (יד) כתב שגם ב**חמדת שלמה** חלק על הקצות.

כתב ה**נתיבות** (יא) כמה דינים מדיני תנאים, וביניהם בשם הבית הלל ושא"ח דהמנהג דבקרע צריך תנאי כפול משא"כ במטלטלין, ולענין אי ביטול התנאי או מחיל אי נתקיים המתנה למפרע, סובר הרשב"א דדוקא בתנאי של ממון מהני ביטול דהו"ל כאומר הריני כאילו התקבלתי, משא"כ בשאר תנאים או בתנאי דשב ואל תעשה, והר"ן סובר דאין לחלק דאפילו בתנאי דמומין ונדרים ושאר תנאים ואפילו בשב ואל תעשה מהני ביטול, דהו"ל כאילו אמר בשעת התנאי אם אהיה מקפיד, ומשו"ה בשאינו מקפיד כשנתודע לו, הוי קדושין למפרע.

סימן רמב - דין מתנה באונס ומסירת מודעא ומתנה טמירתא

סע' א - ב: ראה סימן רה/ב.

סעיפים ג - ה. ז

[מה הדין בשטר מתנה שאין כתוב בו ואמר לנו הנותן שבו בשווקים וברחובות וכתבו לו מתנה גלויה ומפורסמת? פרט מה הדין אם עשו קנין ואם תפס? מה הדין בזמננו ומדוע?]

ב"ב מ: "אמר רב יהודה האי מתנתא טמירתא לא מגבינן בה, היכי דמי מתנתא טמירתא אמר רב יוסף דאמר ליה לסהדי זילו איטמרו וכתבו ליה ואיכא דאמרי אמר רב יוסף דלא אמר ליה תיתבו בשוקא ובברא ותכתבו ליה מאי בינייהו איכא בינייהו סתמא.. איבעיא להו סתמא מאי רבינא אמר לא חיישינן רב אשי אמר חיישינן והילכתא חיישינן".

וז"ל השו"ע "כל מתנה, בין של בריא בין של שכיב מרע (לאפוקי מצוה מחמת מיתה, סמ"ע), צריך שתהא גלויה ומפורסמת (דאל"כ יבא הדבר לידי הפסד שימכור אחר כן מה שנתן ויקחוה ממנו לפי

שלא ידעו במתנה ולפיכך אמרו שלא תועיל להסיר קנוניא, ה"ה ברמב"ם). לא מבעיא אם אמר לעדים תתחבאו וכתבו אלא אפילו אמר סתם כתבו לו אינה כלום, אא"כ אמר כתבוה 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 (כר"ח ורוב הרא' ודלא כדעת הר"י מגאש בתחילה -) ואפילו אי קנו מיניה (כר"ח וב"י ברמב"ם ובטור ורא"ש שאנו אומדים דעתו שלא גמר לתת לו בנפש חפיצה, ודלא כמ"ד בר"ן דדייקו דמדנקט בגמ' האי לישנא 'חיישינן' ולא אמר פסולה משמע דלאו פסולה היא לגמרי אלא דחיישינן לה דלא עבדינן בה עובדא והיכא דקיימא תיקום ואי תפס לא מפקינן מיניה, ודלא כמ"ד בר"ן דחיישינן לה אם הנותן מערער אבל אם אינו מערער מגבינן בה, ודלא כה"ה בשם מקצת גאונים ד'חיישינן' בגמ' מיירי בחד גברא דרדף אחר אחד למיתב ליה מתנה ודחי ליה זימנא בתר זימנא ובתר הכי אמר לסהדי כתבו ליה סתמא דאיכא למיחש דדחויי בעלמא הוא דקא מדחי ליה, אבל אי חזינן דכתבה מדעתא דנפשיה ליכא למיחש להאי חששא ולא מחזיקינן ליה בסתמא למתנה טמירתא) (רא"ש -) ואפילו תפס המקבל והחזיק במתנה מוציאין מידו. (רי"ו -) 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' וע"ל סימן זה סעיף ז' – שם לקמן (בסעי' ז) כתב השו"ע ע"פ הר"ן י"א דמתנה טמירתא, אם החזיקו הנותן בנכסים או שהחזיק הוא בהם בפני הנותן ולא מיחה בו, קנה {וכבר נתבאר סעיף ג' }.

כתב הרב המגיד (ב"י) דמש"כ הרמב"ם "שטר מתנת קרקע" לאו למימרא דמתנת מטלטלין מסותרת שתועיל דהא סתמא אמרו בגמ' וכן מוכחין דברי המפרשים, אולם **הקצות** (ג) כתב דלולי דבריו י"ל דהרמב"ם ס"ל דדוקא בקרקע, לפי טעמא שכתב שלא לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן והיינו משום דלא ידעו במתנה ויקחנה ממנו (הובא לעיל), וא"כ גבי מטלטלין דמחויב להחזיר דמים שנתן משום תקנת השוק וליכא איבוד ממון רק שיוציאו ממנו החפץ, אפשר לומר דבזה לא תיקנו לבטל מתנה טמירתא.

ע"פ ר' יונה ונ"י פסק בשו"ע (ד) "אם לא צוה לכתוב בפרהסיא, וצוה לחתמו בפרהסיא כשר (דבכתיבת השטר לא נפק"מ דאף אם מצא טופס שטר בשוק שלא נכתב ע"ש מתנה זו יש לו רשות לכתוב בו שם הנותן והמקבל ומחתים עליו עדים והוא כשר, טור וסמ"ע). ואע"פ שלא צוה ליתנו בעידי מסירה בפרהסיא כשר, ואם צוה ליתנו בעידי מסירה בפרהסיא, כשר אע"פ שלא צוה כן על החתימה {טור - } וכן אם צוה על החתימה שתהיה בפרהסיא ולא צוה על המסירה }".

ע"פ **התוס'** ו**הרא"ש** כתב השו"ע (ה) "יש מי שאומר דהאידינא 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 (ובימי האמוראים לא היו נוהגים לכתוב כך לכך היה צריך לומר להם בפירוש כתבו בשוקא) {ומ"מ לכתחלה טוב לפרש בהדיא (ר' יונה) }".

הב"י הביא את המשך דברי התוס' דר"ח גריס דאמר להו לא תיתבו בשוקא ברא וקרי ליה סתמא שאינו אומר להם להטמין עצמו ואומר שלא לפרסם והיינו סתמא כלומר לא פרסם ולא הטמינם אבל **כתבו לא חשיב סתמא וכשר לפר"ח**, ולפיכך מה שנהגו לכתוב בשטרות מתנה זו כתבוה בשוקא וחתמוה בברא אינו אלא לשופרא דשטרא, **אולם כתבו התוס'** דלישנא דסתמא לא משמע הכי.

הב"י העלה ב' דרכים ללמוד ברא"ש ב'סתמא' א' שכתוב בשטר סתמא והב' שאמר סתמא כתבו ולא אמר כתבו בשוקא מ"מ יכולים לכתוב כן ופירוש זה נראה לו יותר, וכתב **הפת"ש** (א) דכן משמע מדבריו בשו"ע כאן ובסימן סא/ה וכן משמע בסמ"ע, **ומבואר מזה דבכתוב סתמא לא מהני ופסול גם האידינא**, ובתשובת **רע"א** כתב דלדינא קשה להוציא הקרקע מחזקת יורשים בנידון ידיה לפי החלטת הב"י דבכתוב סתמא לא קנה, וכן העלה לעיקר בתשובת **מהרי"ט**, ובמשפטי **שמואל** סיים דאף שהוא ספק ארעא בודאי ראוי ונכון לפשר והפשר יהיה נוטה יותר ליורשים.

סעיף ו

קיי"ל שכל הנותן מתנה בין של בריא ובין של שכיב מרע צריך שתהא גלויה ומפורסמת, מה הדין בשכיב מרע שאמר אל תגלו מתנה זו אלא לאחר מותו?

ע"פ הרי"ף והרמב"ם בשם רב האי פסק בשו"ע "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 אע"פ שהיא כתובה סתם אין חוששין לה שמא מסותרת היא (ב"י: משום דטעמא דמתנה טמירתא שאינו נותן מדעתו אלא להחניף לאיש ההוא אבל במצוה מחמת מיתה ליכא למיחש להכי דהא מאית ואזיל ליה וגם אהבתו גם שנאתו כבר אבדה אי"נ שכשם שהקל ר' שמעון שזורי בגיטין ס"ה במסוכן האומר כתבו גט לאשתו שיכתבו ויתנו לפי שמתוך טרדתו אינו יכול להאריך ולומר כתבו ותנו הכי נמי לענין מתנתו אמרינן דמתוך טרדתו אינו יכול להאריך ולומר כתובה בשוקא)".

הסמ"ע (יא-יב) גבי מצוה מחמת מיתה ביאר דהיינו אחר ג' ימים לנפלו למשכב ואם תקף עליו החולי אפילו תוך ג' ימים וכבסימן ר"נ וביאר בקצרה כאפשרות א' בב"י - דבשעת מיתה ודאי אין כונתו להחניף. הקצות (ד) הקשה דכל הסעיף הוא לשון הרמב"ם וצ"ל ברישא דאיירי במתנת שכיב מרע בכולה דאי במקצתו בעי קנין והוי מתנת ברי ממש ונגמר מחיים, וכיון דאיירי בשכיב מרע ובכולה א"כ היינו כמצוה מחמת מיתה ובמצוה מחמת מיתה הא כתב בסיפא דאין צריך לגלות, ולכן כתב לפרש דדא ודא אחת היא (ודלא כסמ"ע), אלא משום דגם במצוה מחמת מיתה אינו כשר אלא סתמו דאינו צריך לומר גלו את המתנה וכמ"ש הב"י טעם הדבר שמתוך טרדתו אינו יכול להאריך ולומר כתבוהו בשוקא, אבל אומר בפירוש אל תגלו גם במצוה פסול, ומש"ה בשכיב מרע שאומר אל תגלו אלא לאחר מיתה אינו מתנה אלא משום דבשעה שהקנין הוא אחר מיתה צוה לגלות, וכתב דאע"ג דאפשר לומר לפמ"ש"כ בטעם א' משום דבמצוה לא שייך להחניף וגם אהבתו גם שנאתו אבדה א"כ אפילו אומר בפירוש אל תגלו ליהוי מתנה, אלא דמלשון הרמב"ם שכתב במצוה אינו צריך לומר גלו את המתנה מבואר דאומר בפירוש אל תגלו פסול. עוד כתב דלפי דמשמע ברמב"ם אל תגלו כלל פסול, דהא לפי טעמו (לעיל סעי' ג) מתנה טמירתא פסול כדי שלא לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן ובשכיב מרע בכולה הרי בדין חוזר, וי"ל דכיון דתיקנו במתנת בריא דמתנה טמירתא פסול לא פלוג חכמים בתקנתן בין שכיב מרע לבריא. הנהיבות (א) כתב דמה שהקשה הקצות דמה הפרש יש בין מתנת שכיב מרע בכולה למצוה מחמת מיתה, לא קשה מידי, דבשלמא במצוה מחמת מיתה שייך שפיר לומר דאין אדם מחניף בשעת מיתה, משא"כ במתנת שכיב מרע בכולה דאין אנו יודעין כלל שהוא מחמת מיתה רק מחמת אומדנא דאין אדם נותן כל נכסיו לאחרים, א"כ הכא די"ל דעושה כן מחמת חניפה א"כ שוב ליכא אומדנא דעושה מחמת מיתה, דאימר מחמת חניפה הוא עושה.

סעיפים ח - י

ע"פ ב"ב מ: והרמב"ם פסק בשו"ע "הכותב שתי מתנות על שדה אחת הראשונה מסותרת או סתם והשניה גלויה ומפורסמת, אחרון קנה אפילו היתה הראשונה סתם {ולא אמרינן דהראשונה הוי כמודעא (סמ"ע: ר"ל כל שבמתנה שניה עצמה לא ידעין שום ריעותא לומר דלא ניחא ליה וזהו דמסיק בסעי' הבא -)} (ט) מי שהיו הדברים מוכיחים שאין דעתו ליתן מתנה זו (סמ"ע: ר"ל דוקא בכהא דאיכא הוכחה גם במתנה השניה עצמה דלא ניחא ליה, הוא דאינה מתנה בצירוף טעם דכבר נתנה לאחר), אפילו שנתנה במתנה גלויה, ונמצא שנתנה מקודם מתנה מסותרת, הרי שתי המתנות בטלו (ע"פ עובדא דלקמן), הראשונה {מפני שהיא מסותרת, והשניה} מפני שהדבר מוכיח שאינו רוצה והרי קדמה זאת המתנה שנמצא כמו מודעא לה. (י) מעשה באחד שרצה לישא אשה, אמרה לו איני נשאת לך עד שתכתוב לי כל נכסיך, 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 שניה קיימת, דלא מקרי אנוס גמור (טור)}".

ביאר הסמ"ע (טו) דדקדק וכתב בסעי' י' דהוי 'כאנוס' בכ"ף הדמיון ולא אונס גמור, ומשו"ה הוצרך גם למודעא במתנה הראשונה, והטעם דלא נחשב לאונס גמור, מבואר בטור והב"י בשם הר"י מגאש (ודלא כר"ח ע' בב"י) דזה לא מיקרי אונס גמור דאונסא דאתא מנפשיה הוא, דהרי אי בעי הוה מצי למיכף ליצריה ולא הוה נושא להאיא אשה, ולא מיקרי אונס אלא כשבא לו מעלמא שהוא מוכרח לדבר זה, ומשו"ה לא נתבטלה מתנה שניה אלא מכח גילוי דעת דמודעא הראשונה, וכאמור לא אמרינן דמתנה מסותרת ראשונה היא מודעא לשניה אלא דכאן נחשבה כמודעא בצירוף קצת אונס דשניה.

סימן רמג – דין המזכה לחבירו על ידי אחר ורוצה הנותן או המקבל לחזור בו

סעיף א

ע"פ גיטין יד. פסק בשו"ע "המזכה לחבירו מתנה ע"י אחר, כיון שהחזיק הזוכה בנכסים או בקרקע, או שהגיע השטר לידו, זכה המקבל ואין הנותן יכול לחזור בו, (ע"פ ב"ב קלח. גבי פלוגתא דרשב"ג ורבנן בכותב נכסיו לאחרים והיו בהם עבדים ואמר הלה אי אפשרי בהן -) ויד המקבל על העליונה אם רוצה מקבל ואם אינו רוצה (בצווח מעיקרו, בגמ' ולקמן רמא/יא) אינו מקבל (והדרא למרה ולא הויא הפקר, נ"י) {הג' מרדכי - } ראובן שנדר מתנה לשלוחו של שמעון יכול שמעון להוציאה מראובן לשלוחו כמותו".

סעיפים ב – ג

הבטיח ליתן לחבירו מתנה וחזר בו, מה יהיה הדין כשהיתה המתנה מרובה או כשהיתה המתנה מועטת? (ראה רמא, א) ומה הדין אם היה המקבל עני?

גיטין לב: "אמר אביי נקטינן שלוח מתנה הרי הוא כשלוח הגט נפקא מינה להולך לאו כזכי דמי" ופירש רש"י דאף על גב דמתנה זכות הוא מצי למיהדר דהולך לאו כזכי דמי.

כתב הטור ע"פ ירו' ופוסקים "ואם המקבל עני אינו יכול לחזור בו דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט", והקשה הב"י דלא אמרו אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אלא לגבי הקדש כמבואר בקדושין כ"ח אבל עני הדיוט מיקרי, ועוד דלפי דבריו מאי איריא אמר לאחר הוה ליה לאשמועינן דאם אמר אתן לפלוני מנה אם הוא עני אינו יכול לחזור בו (קצות: באתן מהני חזרה ע"י שאלה אבל הולך כזכי אף על גב דבמתנה לא אמרינן הולך כזכי הכא בעני כיון דחייב ליתן מטעם נדר הו"ל כמו חוב ובחוב אמרינן הולך כזכי), אך כתב דיש קצת ראייה לדבריו מב"ק ל"ו גבי ההוא דתקע לחבריה וחייבוה למיתב ליה פלגא דזוזא אמר לא בעינא נתביה לעניים הדר אמר נתביה ניהלאי אמר רב יוסף כבר זכו עניים ואף על גב דליכא עניים הכא אן יד עניים אן (קצות: אדרבה משם משמע דאי לאו יד עניים הוי איתיה בחזרה ונהי דכתבו הרא' ליישב משום דאינו בידו, אבל ראייה ליכא, וצ"ע).

וז"ל השו"ע (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 (ע"פ ב"מ מ"ט), כמו שנתבאר { - 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, ואם עשיר כן חוזר, ומיהו אם הוא מתנה מועטת יש בו משום שארית ישראל. נתיבות: איירי כשנתרצה הבעל בלי הפצרה שלה וכתב הפת"ש דאינו מוכרח)"}.

ביאר הסמ"ע (ה) דכוונת הרמ"א בהג"ה ללמדנו שטעות סופר נפל בדברי המחבר וצריכין להגיה דבריו במה שכתב 'ואפילו בעשיר' כי הדין דבנותן מתנה לעני הוי כנדר וחוב גמור ובנדר אין חילוק בין מתנה מועטת למרובה, ומה שמסיק המחבר אם היא מתנה מועטת, לא קאי אלא אעשיר דאין בו משום נדר אלא משום הבטחה בעלמא, ומשו"ה דוקא במתנה מועטת דסמכה דעתו דהמקבל שיתנו לו קאי עליה משום מחוסרי אמנה בחזרתו (ודלא כהבנת לבוש עיי"ש), וכ"כ באה"ג דכן משמע

בירו' דאמודה ר' יוחנן במתנה מועטת אמר עלה בירושלמי דהני מילי בעשיר אבל בעני נעשה נדר בפיד זו צדקה.

ביאר **הסמ"ע** (ד) ברישא דאע"ג דבהלואה או פקדון אינו יכול לחזור בו אף בהולך וכסימן קכ"ה, שאני התם דהממון שנתן המשלח ליד השליח הוא מחויב ליתנו למקבל, שהרי היה ביד המשלח בהלואה או בפקדון, ומשו"ה בקל יצא מרשותו דמשלח ואמרינן דזכה השליח למקבל ואין המשלח יכול לחזור בו, משא"כ במתנה.

כתב **הסמ"ע** (ו) בשם **המרדכי** (בדרכ"מ) דהא דבעני נעשה נדר, היינו דוקא כשהיה בידו כשנדר, אבל לא היה בידו כשנדר לא חל עליו הנדר.

כתב **הש"ך** (א) בשם **מהרי"ק** דאפשר דהיכא דאיכא טרחא דגופא לא אמרינן דנעשה נדר בעני.

כתב **הנתיבות** (א) דלמד מכאן **המחנ"א** דאם נשבע לתת מתנה לחבירו ואח"כ אמר לאחד הולך, דהוי כזכי, כיון דהנותן אסור לחזור בו, ועוד, דהזוכה הוי כתופס לבע"ח במקום שאין חב לאחרים כיון דהנותן אסור לחזור בו, וכבעני הכא.

כתב **הפת"ש** (א) בשם **הפנ"מ** בנידון הדומה להגהת הרמ"א בשם המרדכי בדבר אשה אחת שבחליה ביקשה מבעלה שלאחר מותו יתן כרים וכסתות שלה מבעלה ראשון לבתה העניה, ונתן לה תקיעת כף לקיים דבריו, ואחר זמן מת הבעל, אין היורשים מחויבים ליתן לה, דמה שהבטיח לה בתקיעת כף כיון שמת יורשיו פטורים בסמ"ע סימן קכ"ט ועוד פוסקים ומצד מתנה לעני שכתב הרמ"א אשת שמעון וכו' זהו דוקא הבעל גופיה לא יוכל לחזור, אבל לא יורשיו, כיון דכל מתנה לעני אינו קונה אלא מטעם נדר וא"כ היכא שמת אין בניו חייבים לקיימו, ובפרט בנידון דידן שלא נתרצה אלא ליתן אחר מותו.

< **שו"ע** סע' ג: "דין אם אמר לו תן לפלוני נתבאר בסימן קכ"ה" ובב"י כאן רק כתב דדעת ר"ת דלא הוי כזכי במתנה ואילו דעת **הרמב"ם** כתב דתן הוי כזכי.

סעיפים ד – ה

ע"פ **הרמ"ה** פסק **השו"ע** (ד) "אפילו אם א"ל זכי לפלוני, אינו קונה אלא אם כן הוא ברשותו (בביתו או בחצירו דהזוכה דאמרינן דחצירו דהזוכה זכה להמקבל מיד, סמ"ע) אבל אם אינו ברשותו לא, ומיהו אפילו אם אינו ברשותו (אבל הוא ברשות הנותן דא"ל"כ ה"ל כדבשלבי"ע, סמ"ע, והט"ז כתב דאפילו אם לא היה גם ברשות הנותן כשיבוא לרשות הזוכה מהני אפילו בדבר שלא בא לעולם, ובנתיבות הקשה עליו), לכשיבא לרשותו זכה בשבילו אם לא יחזור בו הנותן קודם שתבא לרשותו".

כתב **הש"ך** (ג) דדעת **הב"ח** דלדעת הטור בסימן קכ"ה בעינן דווקא ידו ממש ולא רשותו והש"ך כתב דלא פליגי (ועיקרי הדברים שם).

< **סע' ה'**: כתב **השו"ע** "דין אמר הולך מנה לפלוני, ומצא שמת המקבל, נתבאר בסימן קכ"ה".

סעיפים ו – ז

מדינא דגמרא, ראובן שכתב שטר מתנה כדלהלן "אתם העדים פלוני ואלמוני כתבו מתנה ממני ראובן לשמעון שדה מסוימת או מטלטלין" האם מתנתו מתנה? פרט – האם קנה או לא, האם מהני תפיסה, ואם כתב בו קנין משתנה הדין?

ע"פ **ב"ב עז**. פסק **בשו"ע** "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 (שכבר זכו וזכין לאדם שלא בפניו) (רע"א: אם אמר וכתבו שטר ותנו לידי י"ל דיכול לחזור גם בשדה). אמר להם זכו לו בשדה זו על מנת שתכתבו לו את השטר (**רא"ש** -) או על מנת שתתנו לו ק"ק זו (דלא כרא"ש) בשם יש שמקשים דבעל מנת שתתנו לו מאתיים זו לא מצי למהדר ולומר לא תתנו לו ולא יתקיים המקח אלא בעל כרחו יתנו לו ויתקיים המקח למפרע דקיי"ל כל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי, וסברת הרא"ש דתנאי כזה לאו תנאי הוא אלא פטומי מילי בעלמא הוא הילכך לטובת הלוקח לאו

תנאי הוא ויכול המוכר לבטל התנאי והמעשה בטל ממילא ואין לומר כיון דלאו תנאי הוא אם כן המעשה קיים ואפילו לא נתקיים התנאי דלטובת המוכר ודאי תנאי הוא ואם חזר מן התנאי גם המעשה בטל), אע"פ שהחזיקו בשדה יכול לחזור בו שלא יכתבו לו שטר או שלא יתנו לו ק"ק וזו ותתבטל גם המתנה, ואפילו כתבו לו השטר, כל זמן שלא מסרוהו בידו, אם מיחה בהם מלמסרו לו, בטלה המתנה { (תשובת הרא"ש -) 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 וע"ל ריש סימן ל"ט סעיף ד' }".

כתב הסמ"ע (ט) דבאומר זכו בשדה זו לפלוני ברישא חוזר בו אפילו אם היה קנין, ואע"פ דסתם קנין לכתיבה עומד, היינו דווקא כל זמן שלא מיחה בעדים, ובתשובת הרא"ש (בטור) כתב דהטעם דיכול לחזור בכתיבה או בנתינת השטר אף דהקנין היה גם על השטר, משום דהוה קנין דברים.

כתב הסמ"ע (יב-יד) על הגהת הרמ"א, דליתא כן בשו"ת הרא"ש אלא שעשו קנסות ביניהן למי שיעבור ועל אותן קנסות עשו קנין בעל מנת שיכתבו השטרות, וכה"ג דוקא מצינו דחל הקנין, שהוא דבר שבממון, ומקנה לו ממונו שיהיה משועבד לו ממנו סך הממון אם לא יקיים מה שקיבל עליו, ויש בו חילוקי הדין דאמר על מנת שיכתוב או לא אמר על מנת, אבל קנין על חיוב שישאו זה את זה גרידא כמ"ש הרמ"א כאן לא מצינו דה"ל כקנין דברים, ומשו"ה רגילין לכתוב בתנאים, ערבים בעד הקנס פלוני ופלוני, דאילו ערבים לישא זה את זה, לא חל הקנין עליו. עוד הביא דעת ה**לבוש** דאפילו נעשה הקנין בעל מנת לא ביטל במחאתו חתימת התנאים דהא הטעם דאמרינן דבטל ולא יקיים התנאי בעל כרחו והמעשה קיים משום דעל המקבל היה לו להתנות ולא התנה הוא אלא הנותן משו"ה אמרינן דהוי פטומי מילי בעלמא, וזה לא שייך הכא בתנאים שקנו בקנין סודר שישאו זה את זה על מנת שיכתבו השטרות, שהתנאי הוא צורך וטובת כל אחד מהן שכל אחד התנה שיהא לו שטר על שכנגדו לתבעו בו אם יעבור, ולא התנה שיהא לשכנגדו שטר עליו, משו"ה יקיימו העדים תנאי השטרות ומעשה הקנין יתקיים למפרע בעל כרחו, ודחהו הסמ"ע דמפורש ברא"ש דכיון דכתיבת השטר היא חובתו איך יכולין לכתוב השטר לחובתו בלי רשותו ונתינת השטר ליד הנאמן היא חובתו והוא עשה שלוחים לתיתו בידו, וקודם שבא לידו הוא מבטל שליחותו, וכיון שנתבטלה שליחות נתינת השטר ליד נאמן "נתבטלה ג"כ כתיבת השטר דהא בהא תליא ושלא כדן נכתב השטר וחספא בעלמא הוא, עכ"ל הרא"ש", ומבואר בדבריו דלא כלבוש וס"ל דאין הטעם בביטול תנאי זה דעל מנת שיכתבו השטרות משום דהוי פטומי מילי אלא דבאומר על מנת שתכתבו לו השטר שכתבה זו היא חובה לנותן דיפשו עליו שטרי. עמשי"כ הלבוש שכוונת החתנים בכתיבת שטרי שידוכין היא לטובתן שיהיה בידו דכל אחד שטר לתבוע לשכנגדו אם יחזור בו, י"ל דס"ל לרא"ש שכוונת כל אחד בקנינו שיכתבו שטרות שני הצדדים והרי חובה יש בדבר כשיכתוב שני השטרות ויתן ביד אחד, ועוד אף אם בשעת קנין על כתיבת השטר היתה כונתו דכל אחד לטובתו מ"מ כיון שאח"כ נתחרט בשידוכין והכתיבה היא חובתו, יכול לבטל השליחות שהיא לחובתו [עיי"ש עוד בדחיית דברי הלבוש, ודיון בסיום תשובת הרא"ש גבי ביטול הענין מטעם אסמכתא].

הקצות (ב) כתב דנראה כלבוש ולא מטעמו אלא דכיון דכל תנאי שהוא לטובת המקבל ולא נתקיים התנאי יכול המקבל לומר הריני כאילו התקבלתי וכמבואר בטוש"ע אה"ע סימן ל"ח (סעי' ל"ה - ל"ח), וא"כ היכא שאמרו שניהם על מנת שיכתבו השטרות כל אחד התנה לטובתו ולא לטובת שכנגדו אלא שכל אחד התנה שיהיה לו שטר על שכנגדו, א"כ אפילו מוחה השני מלכתוב יכול לומר הריני כאילו התקבלתי כיון דאינו אלא טובתו והרי הוא כשאר תנאים יכול לומר הריני כאילו התקבלתי, אבל לא מטעמא דלבוש שכתב שהעדים יכתבו בעל כרחו, דבזה שפיר השיגו בסמ"ע כיון שמוחה היאך יכולין לכתוב בעל כרחו, אלא מטעמא שכתבנו דבזה יכול לומר הריני כאילו התקבלתי (עיי"ש שהאר"ך), אולם ה**נתיבות** (ד) כתב דדבריו לא נהירין, דמש"כ הרא"ש הטעם דכיון שהקפיד שוב לא מהני מחילה אח"כ כמו באה"ע גבי קדושין, לא דמי, דבקידושין בעינן דוקא שהקפיד שאמרו שאינו רוצה בקדושין בלא קיום התנאי וממילא נתבטלו הקדושין, אבל אם הכריח באונס גם על קיום התנאי שהוא טובתו ולא גילה בדעתו שאם לא יהיה קיום התנאי שיתבטל הקדושין, נראה דיכול אח"כ לומר הריני כאילו התקבלתי, בעיקרא דדינא שכתב שהיה יכול לומר הריני כאילו התקבלתי השטר לא נהירא, דכיון דלשון התנאי היה שיכתבו שני שטרות, הוי כאילו התנו שיתנו שטר לידו ושטר לשכנגדו, ובשטר שכנגדו יכול לבטל השליחות של העדים ונתבטל המעשה כמו בע"מ שתכתבו לו את השטר.

סעיף ח

ע"פ תוס' ב"ב עז. בשם ר"י והרא"ש (שם) פסק בשו"ע "אפילו אם מכר שדהו ואמר לשנים זכו לו בשדה זו וכתבו לו שטר והחזיקו בשדה, יכול למחות מלכתוב השטר, והלוקח יכול לחזור בו ולומר לא קניתי אלא על מנת שתכתבו לי את השטר", דהא דסתם קנין לכתובה עומד היינו כל כמה דלא הדר ביה לא בעי לאימלוכי ביה ואע"ג דלא אמר כתובו אבל אם מיחה בידם שלא לכתוב לא יכתבו חובתו בעל כרחו, וחובתו כאן דלא ניחא ליה דליפשו שטרי עילויה משום דזיילי נכסיה, וכן משמע ברמב"ם דכתב כן בהלכות מכירה, ודלא כר"ת דמוחה דווקא בשטר מתנה דלא ניחא ליה דליפשו שטרי עילויה אבל בשטר מכר כשזכו לו בשדה מסתמא אדעתא דכתב ליה שטרא זכו ליה ואין יכול לחזור בו, והרא"ש דחהו דהא קאמר מסתמא אדעתא דכתבו ליה שטרא זכו האי מסתמא לא עדיף מתנאי גמור ואפילו אמר בפירוש על מנת שתכתבו לו את השטר מצי למיהדר ביה.

כתב הסמ"ע (יז) דמשמע דאי לא מוחה בשטר אף שלא נכתב השטר גבי ממשעבדי בעדי קנין וכ"כ המחבר ריש סימן ל"ט, ואין מכאן סתירה למ"ד דבעדי קנין הלואה אינו גובה ממשעבדי בלא שטר, דיש לומר שאני מכר דמאן דזבין בפרהסיא זבין משא"כ בהלואה דמאן דזיף בצינעא זיף.

לפי הסמ"ע הגהת הרמ"א מקומה בסעי' זה (ודלא כגר"א וחלק מהדפוסים שמקומה בסעי' ט') וז"ל הרמ"א ע"פ הטור ור' יונה דאף שיכול המוכר למחות – "מיהו חייב באחריותו" לגבות מבני חורין אבל אינו טורף ממשעבדי הואיל ומוחה בשטר", וביאר הסמ"ע (טז) דהא דאינו גובה ממשעבדי אע"ג דבעלמא טורף ממשעבדי בעדי קנין לחלק מהדעות, היינו דוקא כשלא היתה מחאה, דאמרינן עדי קנין מפקו לקלא כיון דכל קנין לכתובה עומד, אבל כאן דמחה בעדים מלכתוב לו השטר כדי דלא ליפקו עליה קלא דמכר נכסים, גם הן יזהרו למלאות רצונו ולא יפקו קלא ולא ידעו לקוחות ליהדר, משו"ה אינו טורף מהלקוחות, והיינו דוקא במוכר ולוקח, אבל נותן סתם מתנה אין הנותן חייב באחריות אם לא כשפירש בהדיא, ואין דברי הרמ"א מוכרחים וי"ל דאין דעת ר' יונה שהביאו הטור כן ומש"כ דגובה מבני חרי לא קאי אלא אנותו מתנה באחריות ומוחה בכתבת השטר, אבל במכר אפילו סתמא וגם מוחה בכתבת השטר, גובה אפילו ממשעבדי, אולם בנתיבות (ה) פסק דהעיקר כרמ"א דאפילו במכר אינו גובה ממשעבדי כיון דיכול לטעון פרעתי בלא שטר, דעיקר הטעם משום דכל זמן דלא נכתב השטר והלוה מיחה ושוב ידוע ללוה שלא יהיה השטר ביד המלוה עביד הוא לפרוע בלא שובר, משו"ה נאמן לומר פרעתי ומשו"ה אינו גובה ממשעבדי, ולפי"ז אם הוא תוך זמנו גובה ממשעבדי.

סעיף ט

ע"פ ר' יונה פסק בשו"ע "יש מי שאומר דהא שחזור 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", וביאר הסמ"ע דכל שמזכה ללוקח או למקבל עצמו יודע בו המזכה שכל כונת המקבל ג"כ על השטר, משו"ה אמרינן דגם דעת המזכה הוה לכך, משא"כ באחר שזכה בעד אינש אחרינא אינו משגיח כ"כ לשום לבו להיות דעתו בשעת זכיית הקרקע ג"כ על השטר.

רע"א התקשה איך ס"ד לומר דבאמר זכה ואכתוב דאינו יכול לחזור דמה בכך דהחזיק על דעת כתיבת השטר כיון דאפילו קנו בפירוש לכתוב לא מהני בסעי' י' וצע"ג.

סעיף י

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "אפילו קנו מידו על השטר שאמר בפירוש אני מקנה לכתוב את השטר ולא אוכל למחות, קנין דברים הוא ויכול לחזור בו", וביאר הסמ"ע (יט) שאין כאן שעבוד נכסים שיחול עליהן הקנין, דבשטר מתנה אין משעבד נכסיו, ואפילו המקנה לחבירו שיכתוב שטר על מכר, נמי קנין דברים הוא, שכבר נשתעבדו לו נכסיו משעת מכירה, הלכך אין תקנה שלא יוכל לחזור בו עד שיבוא השטר ליד מקבל מתנה.

סעיף יא

ע"פ הרמ"ה פסק בשו"ע "אפילו אמר **כתבו וזכו לו בשטר** יכול לחזור (דבהיה שעתא אכתי ליתא לההוא שטרא בעולם ואין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם), וי"א (**טור בשם י"א**) שכיון שנכתב זכו לו אינו יכול לחזור בו {**רא"ש** - } אבל אם לא אמר להו זכו לו, יכול לחזור בו אף על פי שנכתב השטר, כל זמן שלא בא ליד המקבל מתנה".

ביאר ה**נתיבות** (ו) דהרמ"ה ס"ל כתוס' בנזיר דאין יכול לעשות שליח להפריש חלה בעודו קמח דאין אדם יכול לעשות שליח בדבר שלא בא לעולם דכיון דמחוסר מעשה לישה הוי כדבר שלא בא לעולם, והכא לא מהני השליחות שעשאן לזכות, והחולקים ס"ל כדעת הפוסקים ביו"ד סימן שכ"ז דלא הוי דשלבי"ע מטעם שיכול ללוש, כיון דהוא בידו ללוש, ומשו"ה הכא נמי מהני השליחות שעשה לעדים שיזכו בשטר כיון שהוא בידן לכתוב וליתן, והא דמהני השליחות בגט [לומר כתבו ותנו ועושה אותן שלוחין על הנתינה אף שעדיין לא נכתב, הוא מטעם דעשאן לשלוחין להיות כבעל, דשלוחו של אדם כמותו ונעשה כבעל ממש לגרש האשה כאילו היא אשתו, והאשה היא בעולם, וכן בכתבו ותנו על המתנה עשאן כבעלים על שדהו ליתנו במתנה או למוכרו, אבל הכא שלא עשאן שלוחים רק לזכות בשטר, וצריכין העדים שיאמרו אחר שנכתב השטר הרי אנו זוכין בשטר בשביל פלוני כמש"כ הר"ן, וכיון דלא עשאן שלוחין רק נגד לזכות בשטר וכיון דהשטר הוי דשלבי"ע לא מהני שליחות]. עוד כתב דלדעה דמהני שליחות (טור) דווקא כשקנו ממנו בקנין סודר, אבל כשהוא רק שטר מקנה ואמר כתבו וזכו, נראה דאין יכולין לזכות השטר בשבילו אחר שנכתב, דלא עדיף מכתבו ותנו דקיי"ל בסימן לט/ב שצריכין להמלך בו מקודם הנתינה, וכתבו וזכו ככתבו ותנו דמי שצריכין להמלך בו קודם שיזכו בשבילו.

סעיף יב

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "שטר שכתוב בו שנתן קרקע לפלוני בקנין, אף על פי שלא בא שטר ליד המקבל אלא לאחר מיתת נותן – קנה", וביאר הסמ"ע (כב) ע"פ הרא"ש דאין שייך לומר כאן אין שטר לאחר מיתה, שהשטר אינו אלא לראיה בעלמא כיון שמשעת קנין כבר זכה בו שמעון, דזכין לאדם שלא בפניו, ואף אם הוחזר השטר ליד הנותן, בשביל זה לא נתבטלה המתנה, דהא פלוגתא דרשב"ג וחכמים היא בב"ב קס"ט דרשב"ג אומר הנותן מתנה לחבירו החזיר לו השטר חזרה לו מתנתו וחכמים אומרים לא כי אלא מתנתו קיימת כלומר עד שיחזור ויקנה לו בקנין והלכתא כחכמים, ואיירי דמודה המקבל דהיה ביד הנותן עד אחר מותו ואחרי מותו בא השטר לידו ואין עדים בדבר נאמן במיגו דאי בעי אמר מחיים בא לידו, דאי מיירי באומר שהיה ביד אחר א"כ נשאל את פי אחר באיזה אופן בא לידו, ואי איירי ששכח הדבר או שמת א"כ אסור ליתנו לו.

סעיף יג

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "מי שמת ונמצא אצלו מופקד שטר מתנה שנתן ראובן קרקע לשמעון, וראובן מת, יחזירו ליורשי נותן", וביאר הסמ"ע (כג) דמיירי בשטר מתנה דלית ביה קנין דלא זכה בה המקבל עד שיגיע השטר לידו, אלא דיש לספק שמא כבר בא ליד המקבל והמקבל הפקידו ביד זה על זה קאמר דמכח ספק אין מוציאין הקרקעות מחזקתן ומחזירין השטר ליורשי הנותן, אבל אם היה בו קנין היו מחזירין אותו למקבל הנזכר בשטר אם לא שיש הוכחה שהוא של הנותן כגון בקשורים וכסי" ס"ה ור"ג, אולם הש"ך (ד) חלק דבהדיא מוכח בש"ס ופוסקים דבאין בו קנין אין מחזירין לא לזה ולא לזה וכמ"ש בסימן ס"ה והרא"ש איירי שהיה ידוע שהנותן הפקידו אצלו כגון שהיה קשור אצל שטר של הנותן וכה"ג ולזה כתב המחבר נמצא אצלו מופקד, וגם מש"כ הסמ"ע דבשטר של קנין דאם היו קשורים מחזירין לנותן ליתא דהא טעמא דהרא"ש דמשעת קנין שעבד נפשיה והשטר אינו אלא לראיה וא"כ מה בכך שהנותן נתנו לידו.

סעיף יד

ע"פ לשון הרמב"ם פסק בשו"ע "ע"פ משנה עירובין ע"ט - } אין אדם זוכה במתנה לחבירו עד שיהא הזוכה גדול ובן דעת, ואחד איש ואחד אשה, אפילו עבד אפילו אשת איש או שפחה {**ה"ה** - } ודוקא

מיד אחרים (כשבא ראובן לזכות לשמעון ע"י אשת לוי או על ידי שפחתו דלוי, סמ"ע) אבל לא מרבו או מבעלה אלא במקום דזכיה לנפשיה (כגון שראובן נותן מתנה לאשתו ולשמעון יחד ונותן המתנה ליד אשתו דאמרינן מיגו דזכיה לנפשה זכיה נמי לשמעון, סמ"ע) { (וע"פ מסקנת הגמ' בב"מ ע"ב -) אבל הגוי אינו זוכה, הואיל ואינו ראוי לשליחות לעולם (דלא כרב אסי שם שחילק בין תרומה לכל התורה), וכשם שאין ישראל נעשה שליח לעובד כוכבים כך אינו זוכה לעובד כוכבים (דלא כרבינא שם, גר"א)."

כתב הש"ך (ה) בשם מ"ב דאולם גוי לגוי נעשה שליח ונפק"מ למכירת חמץ, ובנתיבות (חי' יט) חידושי חת"ס ובפת"ש (ד) ציינו למג"א בסימן תמ"ח שחולק על זה.

סעיף טו

אימתי ניתן לזכות על ידי קטן לאחרים, ואם יש היכי תימצי שקטן יכול לזכות לעצמו?

גיטין סד. "אמר רב יהודה אמר רב אסי צרור וזורקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים", וכן הוא בדף סה. "אמר רבא ג' מדות בקטן צרור וזורקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים", והקשה הר"ן בדף נ"ט ע"ב תנן מציאת חרש שוטה וקטן יש בהן גזל מפני דרכי שלום ומשמע דקטן אינו זוכה לעצמו ותירץ דהתם טעמא משום דליכא דעת אחרת, וב"ב קנ"ו ע"ב דאמרינן דזכין לקטן ואין זכין לגדול כלומר דאיכא תנא דסבירא ליה דקטן משום דאיהו לא מצי זכי זכין לו ומ"מ משמע מהתם דקטן לא מצי זכי והכא אמרינן דזכה לעצמו י"ל דהכא דוקא במטלטלין ובשהגיעו לידו אבל בהקנאה אחרת כגון אגב וחליפין לא לפי שהקטן אינו יודע בדרכי הקנאה כלל, וכשאמרו בגיטין נ"ט ע"א דהפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין דוקא כשמחזיק בהם הזוכה דכיון דברשותו של קטן מחזיק בהן תקנו בהן שיזכה משום כדי חייו אבל בהקנאה אחרת ליתיה כלל.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "קטן שנותנים לו צרור וזורקו אגוז ונוטלו, זוכה לעצמו { (ר"ן -) ודוקא כשיש דעת אחרת מקנה לו אבל במציאה לא (דאין לו זכיה בה אלא מדרכי שלום, באה"ג), ועיין לעיל סימן רל"ה } ואינו זוכה לאחרים (היינו במילי דאוי' משא"כ בשיתופי מבואות דרבנן, ש"ך ע"פ גיטין ס"ד והר"ן, והקצות האריך דהא דקטן זוכה בשיתופי מבואות היינו דוקא במידי דאיתיה בדנפשיה ולא בחליפין וע' נתיבות ז'). פחות מזה, לא לעצמו ולא לאחרים" – מיהו גזל מפני דרכי שלום יש בו אפילו במציאה וה"ה בשוטה, וכטוש"ע סימן ע"ר, סמ"ע (כח).

כתב הש"ך (ו) דאכן בר"ן ועוד פוסקים דסתמו משמע דבמציאה ליכא דעת אחרת אלא משום דרכי שלום וכדלקמן סימן ע"ר, אבל צ"ע בזה דהפוסקים הכריחו כן מתירוצ' הסוגיות הנ"ל, ודוחק הוא להמציא חילוק שלא נזכר בש"ס, דאע"ג דמצינו לקמן רסח/ד דדעת אחרת מקנה עדיף מ"מ בזה דקטן דזוכה לעצמו לא מצינו בש"ס לחלק בכך וגם אין סברא לחלק בכך דאם זוכה לעצמו במתנה הרי שיש בכחו לזכות ולמה לא יזכה ג"כ במציאה, אלא נראה דדף נ"ט גבי מציאת חש"ו דאין בו רק מפני דרכי שלום מדובר בקטן שהוא פחות מזה ואין זה דוחק לפרושי סתם קטן דמשנה בהכי דהא בב"ב נמי תנן זכין סתמא ופי' התוס' והר"ן דהיינו בקטן שהוא פחות מזה כ"ש הכא דתנן קטן דומיא דשוטה דאין לו דעת כלל, וכן הוא בירושלמי להדיא, וגם בעל העיטור הביא הירו' הזה, וראה גם מן הש"ס דילן דגם במציאה קטן זוכה לעצמו מן התורה, דאמרינן בב"מ י' ומי איכא למאן דאמר חצר לאו משום יד אתרבאי והתניא ידה אין לי אלא ידה גגה חצרה קרפיפה מניין ת"ל ונתן, דלענין גט כ"ע ל"פ דחצר משום ידה אתרבאי כי פליגי לענין מציאה מר סבר ילפינן מציאה מגט ומר סבר לא ילפינן מציאה מגט ואב"א בקטנה כ"ע ל"פ כי פליגי בקטן דמ"ס ילפינן קטן מקטנה ומ"ס לא ילפינן, אלמא דלכ"ע יש יד לקטן וקטנה מדאורייתא אלא דפליגי גבי חצר אי הוי כיד או כשלוח, ודברי התוס' שם דהאי ילפינן הוא מדרבנן דמציאת קטן לא הוי אלא מדרבנן דחוקים, דדוחק לפרש 'ילפינן' מדרבנן וכן נראה בכל השקלא וטריא דהוי מדאורייתא (עייניש), לכך נ"ל הדברים כפשטן ולענין יד לא שייך כלל למילף קטן מקטנה דהא יד לאו בקטנה כתיב, אלא קטנה וקטן שוים בזה ויש להם יד מדאורייתא ופליגי לענין חצר אי ילפינן קטן מקטנה דחצר גבי אשה כתיב בקרא.

בחידושי חת"ס כתב דמבואר בתוס' ר"ן והרב המגיד דלא סמכו על הירו' שהביא הש"ך משום דסתמא דב"מ ע"ב משמע דקטן אין לו זכיה מן התורה בשום זמן, ובשבועות מ"א לא משכחת

שום גזל מדבריהם דנחתין לנכסיה, וע"כ לחלק ולומר דג' מידות בקטן בדעת אחרת מקנה ואז קונה אפילו מן התורה, "וכשבא מעשה לידי לא עשיתי מעשה" להוציא נגד הרא' הנ"ל.

גם **במצות (ה)** כתב דהעיקר כפוסקים לחלק בין מתנה למציאה, ומה שכתב הש"ך דאין סברא לחלק, כבר הוכרחנו לחלק בין מציאה למתנה בענין עודר וכסבור שלו הן דבנכסי הגר לא קנה ואילו במתנה כה"ג קנה וכמ"ש הרשב"א והנ"י בשם הראב"ד בריש פרק חזקת בעובדא דרב ענן ע"ש, וא"כ ה"י טעמא דקטן אינו זוכה במציאה משום דאין לו כוונה לזכיה, אבל במתנה דאפילו גדול אינו צריך כוונה לזכיה מש"ה זוכה נמי קטן, אלא דכשהוא פחות מצורר וזורקו אין לו יד כלל והו"ל כשוטה דאין לו יד כלל, ושוטה אפילו במתנה אינו זוכה לעצמו כיון דלית ליה יד כלל כדאמרין ביבמות ק"י"ג, אבל קטן וחרש דאית להו יד ואין להם כוונה גבי מתנה לא בעינן כוונה וסגי בדעת אחרת מקנה, ומה שנסתייע מן הירו', ש"ס דילן לא ס"ל כירושלמי (עיי"ש), ועוד דלדעת הירו' עיקר דינא דמציאת חש"ו מפני דרכי שלום אינו אלא בקטן שהגיע למדה זו דצורר וזורקו אגוז ונוטלו דבפחות משיעור זה כמוציא באשפה ואפילו מפני דרכי שלום אינו, וכיון דבש"ס דילן בשיעור זה זוכה לעצמו א"כ הך דמציאת חש"ו מפני דרכי שלום ליכא לפרושי בפחות משיעור זה דא"כ הו"ל כמוציא באשפה א"כ בע"כ צריך לחלק בין מציאה למתנה, וגם בהך שיעורא דיהיב בירושלמי למציאת חש"ו נראה ברמב"ם והטוש"ע בסימן ע"ר שכתבו מציאת חש"ו מפני דרכי שלום ולא חילקו בשיעורא דקטן לענין דרכי שלום, משום דסברי דכיון דלא זכרו הני שיעורא בש"ס דילן אין לנו לחלק, ועוד חלוקים בכך דבש"ס דילן בב"ק ק"ט מוכח דחייב קרבן שבועה על גזל קטן (ואף על גב דאין נשבעין על טענת קטן מיירי בקפץ ונשבע), ואילו בירו' איתא דלהביא קרבן שבועה 'כל עמא מודי' עד שיביא שתי שערות (וראה עוד לקמן סעי' י"ח בשם הקצות). גם **בנתיבות (י)** פסק דלא כש"ך דשיטת הירו' אינה בשיטת הבבלי וכדכתב הקצות וכ"ד המחנ"א, והוסיף בשמו דאם זיכה ע"י אחר מעות למת לקנות לו מצבה דאין קנין למת.

עוד כתב **הנתיבות (י)** בשם המחנ"א דקטן שמזכה לגדול ע"י אחר לא עשה כלום דלמד כן מהמשנה בבב"ב י"א דראה אותן רצין שאי אפשר לזכות לחבירו אא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון וכיון שבעל הממון הוא קטן אינו יכול לעשות שליח אין ממש בזיכוי שלו, ולפי"ז ה"ה נכרי שזיכה לישראל ע"י ישראל לא עשה כלום, וביאר הנתיבות (ביישוב קושיית המחנ"א ממקום אחר) דבמקום שאין לו בעלים כלל יכול לזכות בעצמו בלי שליחות לצורך חבירו, רק להוציא מרשות בעלים צריך שיהיה הזוכה שלוחו של בעל הממון, ומש"ה בהפקר ומתנות כהונה יכול כל אחד לעשות עצמו שליח ולזכות בשביל אחר דהא לית ליה בעלים כלל, משא"כ במציאה דכל זמן שלא אתי ליד זוכה הוא של בעלים שאין הזוכה יכול לעשות לעצמו שליח לזכות לאחר רק כשנעשה שלוחו של בעל הממון.

עוד יש לציין למה שפסק השו"ע בסימן רלה (ז) ע"פ הרמב"ם מדיליה דקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע, תעמוד בידו, לפי שזכין לאדם שלא בפניו, עיי"ש.

מה דינו של קטן לענין לזכות בחמשה סלעים של פדיון הבן?

הקצות (ד) הביא דכתב **הקונטרס מים חיים** לפר"ח דמותר ליתן לכהן קטן פדיון חמש סלעים ⁰מהאי טעמא דדעת אחרת מקנה אית ליה לקטן זכיה מן התורה ע"פ הרא' דהכא, והביא ראיה מיבמות דף צ"ט דעשרה אין חולקין להם תרומה בבית הגרנות ואלו הן חרש שוטה וקטן, והטעם משום זילותא דתרומה לחלק להם בגורן לעין כל, ומשמע דכהן קטן זוכה במתנות, והקצות כתב ⁰דלא שייך במתנות דעת אחרת מקנה דכיון דקטן טובת הנאה אינו ממון א"כ אין לבעלים במתנות כלום ואינו זוכה הכהן במתנות אלא לעצמו והו"ל כמו מציאה דאינו דעת אחרת מקנה והביא ראיה מתשובת מיימוני, וגבי הגמ' ביבמות דחש"ו יש להם זכיה במתנות כהונה היינו משום דממון כהנים הם וכבר זכתה בהם התורה לכהנים, ¹א"כ אפילו כהן קטן נמי כמו בירושא דאית להו, וכי קא זכו מדידהו קא זכו, וכן בחמש סלעים דבן כיון דחוב הוא לכהנים א"כ קטן נמי אית ליה זכיה, ²והוי דומיא דשכירות לקטן דכתבו התוס' דשכר טרחו שלו מדאן' וה"ה חוב דפדיון הבן זוכה הקטן במה שניתן לו עבור חוב, דגבי פדיון הבן נמי שעבודא דאין כמו בשאר חובות, ומתנות כהונה כעין שכירות לכהנים חלף עבודה, אולם גבי מתנות עניים מבואר להדיא בבב"מ י"ב גבי לקט ופיאה דקטן אינו זוכה מדאורייתא, ואפשר לומר דמתנות עניים שאני דכתיב 'לעני ולגר תעזוב אותם' וא"כ אינו אלא עזיבה שיזכו בו בעצמם, ומש"ה כל שאין לו יד לזכות לא זכה, אבל במתנות כהנים דלא כתיב בהו עזיבה הוי ליה ממון כהנים ממש

ומש"ה שוטה נמי זוכה בדבר שיש לו ומתנות כהונה כעין שכירות לכהנים חלף עבודה ואפילו כהנים שפסולין לעבודה נמי יש להם זכיה, ³ועוד דכיון דקיי"ל פרעון בע"כ שמיה פרעון, א"כ במתנות כהונה נמי אפילו בע"כ שמיה נתינה וא"כ ממילא גם בנותן לחש"ו נפטר, ועוד דלפי טעמא ביבמות קיי"ג דשוטה אינה מתגרשת דכתיב 'ונתן בידה' יצאה שוטה דלית לה יד א"כ הכא גבי מתנות כהונה דלא כתיב ונתן ליד הכהן אלא ונתן לכהן, א"כ אפילו בחש"ו יוצא ידי נתינה, ומש"כ דנתינה בע"כ שמיה נתינה לא אמרו בע"כ שמיה נתינה אלא שיפטור הנותן מחיובו אבל המקבל אם אינו רוצה אינו זוכה. עוד כתב דלפי מש"כ גבי פדיון חמש סלעים דאפילו בע"כ מהני כ"כ הפרי"ח, ומוכח דלא בעינן דעת כהן כלל, ודלא כעצמ"י דאם אין לכהן ידיעה בשיווי הדמים אין בנו פדוי וצריך דעת.

הנתיבות (ח) ראשית כתב דבמתנות כהונה הא דמשגרין לחש"ו הוא מטעם דכתב רחמנא 'ונתן' לאו משום דיש חיוב על הבעלים רק שרחמנא זיכה לבעלים בטובת הנאה שהם יהיו יכולין ליתן לאיזה כהן שירצו, ואם רוצין להפקיר טובת ההנאה אין עליהם שום חיוב נתינה לכהן, תדע דהא יכול לקדש האשה בתרומה (קדושין נ"ח) דהיינו בטובת הנאה שיש לו בה הרי מוכח שאין עליו חיוב נתינה לכהן וממילא יכול ליתנה לחש"ו, כיון שאין צריך לזכותו לכהן והכהן יכול ליקח אותו בעצמו א"כ אף חש"ו יכול ליקח (אמנם בשנת הביעור דצריך לזכות ולא מהני מה שנותן לחש"ו), אך בחמש סלעים של בכור ודאי לא שייך ביה לומר דיפקיר טובת הנאה, דבפדיון בכור יש שעבוד הגוף ושעבוד נכסי כמבואר בבכורות מ"ח, ומש"כ שיכול ליתן לכהן בעל כרחו ונפטר מפדיונו דהא נתינה בעל כרחו ופרעון בעל כרחו שמה נתינה ופרעון, לא נהירא לומר כן דדוקא כשחייב למלוה מיוחד פרעון בעל כרחו שמיה פרעון, משא"כ הכא בפדיון בכור (ודמי להא דאמרין בב"ב קכ"ד גבי חלק בכורה של ירושה שיכול הבכור לומר איני יורש ואיני פורע עיי"ש) ובפירוש קרייה רחמנא מתנה כדכתיב 'זוה לך תרומת מתנן' והרבה מקראות שקראם בלשון מתנה, פשיטא דאין מזכין לו בעל כרחו והרבה כהנים יש בעולם וכשאחד אינו רוצה נשאר חיובו לשאר כל הכהנים, לכן אם נתן לכהן קטן ונאבד מידו שלא יצא ידי נתינה כיון שהקטן עדיין לא זכה בו שיהיה שלו שכל כהן יכול לתקוף מידו כדמוכח בב"מ ו' בתוס' וכיון שאין לו בנתינה זו רק טובת הנאה דמי לנותן לו את שלו ולא חשיב דעת אחרת מקנה שיהיה לכהן קטן זכיה בידו שיהיה חשוב נתינה כשנתן, אבל להאכיל לכהן קטן חמש סלעים שקנאן הקטן באכילתו, יצא ידי נתינה אף שאינו יכול לזכות לקטן, דהתורה לא חייבה אותו שיהיו הבעלים מזכין, דהא אפילו תקפו כהן מהני, וכל שהכהן בין גדול ובין קטן נהנה בחמש סלעים נפדה. בסק"י כתב בשם המחנ"א דלא נפטר מהפדיון כשמזכה החמש סלעים ע"י אחר לכהן כיון דהזיכוי לא מהני רק לענין שלא יהיה יכול לחזור בו אבל עדיין לא נפטר מאחריות וכל זמן שעדיין חייב באחריות לא יצא עדיין ידי חובת המצוה, ואפילו לשלוחו של כהן לא מהני וכמכילתא 'ונתן לכהן ולא לשלוחו של כהן'.

סעיף טז

[האם זכין לשוטה ע"י אחר?]

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע **השוטה** אינו זוכה לא לעצמו ולא לאחרים (ע"פ יבמות ל"א 'כשהוא שוטה זבן' אלמא אפילו לעצמו לית ליה זכיה, גר"א), והמזכה לשוטה על ידי בן דעת זכה (ע"פ ברייתא ביבמות קיי"ג 'פקח שנשא חרשת או שוטה אע"פ שכתב לה ק' מנה כתובתה קיימת' דלא תקנו לה רבנן כתובתה ומכאן שיש לשוטה זכות על ידי בן דעת, ה"ה, והב"י כתב דקיי"ל דזכין לאדם שלא בפניו ולא צריך לראיית הרב המגיד, והסמ"ע הוסיף דלא גרע בזה מקטן בן יומו בסעי' י"ח).

כתב הסמ"ע (כט) דשוטה לא זוכה לעצמו אפילו כשאחרים מקנים לו וכ"כ הרמב"ם טור ה"ה וב"י, ודלא כלבשו שכתב דזוכה כשאחרים מקנין אותו.

עמש"כ הב"י דאין צריך לראיית הרב המגיד דזה פשוט, כתב **הקצות** (ו) דיש להסתפק בזה טובא, דהא אמרינן בב"מ ע"ב דקטן דאתי לכלל שליחות אית ליה זכיה נכרי דלא אתי לכלל שליחות לית ליה זכיה, וא"כ שוטה דלא אתי לכלל שליחות אינו דומה לקטן כלל וראוי לומר ביה דאין לו זכיה, ואין לומר משום דאתי לכלל שליחות כששתפה, דא"כ נכרי נמי לשיתגיייר, אלא ודאי מחוסר מעשה לא חשיב אתי לכלל, ודוקא קטן דאתי ממילא לכלל שליחות, ומהאי טעמא הוצרך הרב המגיד להביא ראיה (ועוד כתב דעל ראיית ה"ה עצמה אפשר להשיב עיי"ש), ומדברי הרא"ש בשם הרמ"ה בכתובות

(ב,יד) מבואר דלא ס"ל זכין לשוטה אלא כה"ג דעתים חלים דזה הוי ממש כמו קטן דאתי נמי לכלל דעת, וא"כ לא מהני זכיה לשוטה כי אם בעתים חלים דאתי לכלל דעת אבל שוטה גמור דלא הוי עתים חלים אין זכין לו ע"י אחר, וכתב הקצות דלפ"ז ה"ה בחרש אין מזכין לו ע"י אחר, אלא דוקא בקטן דאתי לכלל דעת וכמו שאמרו בב"מ דאתי לכלל שליחות וצ"ע. הנתיבות (י) כתב דדעת המחנ"א ברמב"ם דלא כקצות ע"פ הרא"ש וס"ל דלא בעינן אתי לכלל דעת.

סעיף יז

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "החרש", זוכה לעצמו (כשאחרים מקנים לו כדין קטן, סמ"ע) ואינו זוכה לאחרים, וכתב באה"ג דמקורו בב"מ ח' שתקנת חכמים היא דלא ליתי לאנצויי (וע"י גר"א).

סעיף יח

האם בית הדין יכולים לפדות בכור שמת אביו?

משנה ב"ב קנו: "זכין לקטן ואין זכין לגדול דברי רבי אליעזר, רבי יהושע אומר לקטן אמרו קל וחומר לגדול", וז"ל השו"ע כרבי יהושע "זכין לקטן אפילו בן יום אחד, ולגדול, בין בפניו בין שלא בפניו".

הביא הקצות (ז) שבצידה לדרך פרשת בא (לבעל ה'באר שבע') כתב דבכור שמת אביו קודם שלשים יש כח ביד ב"ד לפדותו משום דזכין לקטן, וכתב הקצות שבט"ז יו"ד סימן ש"ה חולק וכתב דדוקא בגדול זכין לו אפילו יש קצת חובה וכהאי דתורם משלו על של חבירו בנדריים ל"ו דאע"ג דניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בממונו אבל בקטן אין זכין לו אא"כ דבר שהוא זכות גמור בלי שום חובה והכא קצת חובה שהרי לקח ממנו המצוה, ובנקה"כ האריך בראיות דיש כח ביד ב"ד לפדותו דהא בגר קטן שמטבילין אותו על דעת ב"ד נמי יש לומר דניחא ליה למיעבד בעצמו, דדוקא התם בתורם משלו על של חבירו שייך לומר כן, אבל הכא כשהב"ד פוֹדֵין אותו הרי הם מזכין המעות לקטן דזכין לאדם שלא בפניו, וא"כ הרי הם פוֹדֵין אותו במעותיו של הקטן, וכן כשיש מעות לקטן בלאו הכי וא"כ הרי המצוה של הקטן, והביא ראיה מגיטין נ"ב גבי אפוטרופוס של יתומים דחייב לעשר ולא אמרינן התם שמא ירצה הקטן עצמו במצוה זו אלא ודאי כיון דתורמין משלו הרי מצוה דיליה הוא, ועוד דב"ד יכולין לזכות לקטן אפילו במקום דהוי חובה קצת כדמוכח בקידושין מ"ב אמר רב מנין שיתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן שב"ד מעמידין להם אפוטרופוס לחוב על מנת לזכות תלמוד לומר ונשיא אחד ופירש רש"י כלומר לא זכות שלא בפניו גרידא איכא למשמע מיניה לגדולים אלא לאתווי דקטנים נמי אפילו חובה הבאה מחמת זכות רשאין ב"ד לעשות, הרי להדיא דב"ד יכולין לזכות לקטן אפילו במקום דהוי נמי חובה, ומכאן הקשה על התוס' בכתובות י"א דהקשו היאך זכין לקטן והא אין שליחות לקטן דלפי הנ"ל לק"מ ועוד קשיא מה שתרצו דהא דמטבילין אותו היינו מדרבנן דאפילו היכא דהוי זכות גמור לית ליה זכיה מדאורייתא, והא ודאי ליתיה כמבואר בש"ס דקידושין דקטן אית ליה זכיה מדאו' היכא דדעת אחרת מקנה אותו וכן מפורש בתוס' סנה' ס"ח רשב"א ורא"ש.

הקצות האריך לדחות ראיות נקה"כ, דמש"כ בתורם משלו על של חבירו שייך לומר ניחא ליה למיעבד מצוה בממוניה אבל הכא כשמזכין המעות לקטן או שיש לקטן מעות הרי המצוה לקטן, דבתורם משל בעל הכרי ודאי לא מהני משום דזכיה לא שייך בזה כיון דהוא משל בעל הכרי ושליחות נמי ליכא משום דשליחות בעי לדעתכם, וא"כ כל שפודין ממעות קטן ודאי לא מהני כיון דתורת זכיה לא שייך בזה, ושליחות לקטן ליכא דהב"ד נותנין מעות עצמם עבור הקטן לפדיון, ואפילו בגדול בעינן שליחות מדעת, וגבי דאפוטרופוסין תורמין זה משום דממון כהן בגוה ואינו אלא חלוקה דכה"ג מהני, ולגבי הכרעת הש"ך דזכית קטן מדאו' כבר נחלקו בו קמאי דקמאי בגירסא בגמ' כמו שהזכיר הש"ך ולא עמדו על ההכרעה, ולשיטת הפוסקים דזכיה לקטן מדרבנן אם כן לית ליה תקנה לפדותו בבית דין דכה"ג לא שייך זכיה כלל ואינו אלא משום שליחות דודאי לא מהני, ואי במזכה להן במעות ב"ד לפדיון א"כ הו"ל תורת זכיה ולא מהני הפדיון מדאורייתא, וכתב לפסוק כתוס' דאין זכין לקטן מן התורה דאמרינן בב"מ י' דקטן לית ליה חצר ומשום דלא ילפינן מציאה מגט או משום דלא ילפינן קטן מקטנה ועל כרחך דאפילו במידי דזכות אין זכין לו ומש"ה אין לו חצר, דנהי דגדול זוכה לקטן מדרבנן אבל בחצרו לא תיקנו זכיה, אבל אי נימא דזכין לקטן מן התורה, א"כ כי היכי דחצירו של

אדם זוכה שלא מדעתו בגדול אמאי אינו זוכה נמי לקטן, נהי דלאו ידו הוא ליהוי כשליח הזוכה כיון דלא גרע משליחות, ומוכח מזה דלא מהני זכיה לקטן ומשום דזכיה גופיה אינו אלא משום שליחות, וחצר דזוכה לגדול נמי אינו אלא משום שליחות, ובקטן דליכא שליחות ליכא זכיה, ומדרבנן לא תיקנו, והתוס' בסנה' שהביא הש"ך ראייה מדבריו התם מיירי שזוכה הקטן מנפשיה ע"י דעת אחרת מקנה, וכ"פ במעדני מלך דאין הב"ד יכולין לפדותו כשהוא קטן, דכל עוד שהוא קטן אינו בר חיובא כלל אפילו בחוב הבא מחמת עצמו, לא מיבעיא למ"ד שעבודא לאו דאוי אלא פריעת בע"ח מצוה וקטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו אלא אפילו למ"ד שעבודא דאוי נמי אין השעבוד חל אלא היכא דאיכא חיוב הגוף נכסוהי אינון ערבין, אבל קטן דאינו בחיוב הגוף דאפילו גנב וגזל פטור, ונכסוהי לא הוי ערבין במקום דליכא לוח.

האם אשה יכולה להפריש חלה מעיסה של חבירתה עבור חבירתה?

הביא הקצות (ח) שפסק תה"ד במשרתת שיכולה להפריש חלה בלי רשות בעה"ב בכדי שלא תשהה העיסה ותתקלקל דכיון דמתקלקל זכות הוא לבעה"ב וקי"ל זכיה מטעם שליחות אתרבי וה"נ המשרתת נעשית שלוחה אפילו שלא מדעתה מטעם דזכות הוא לה, ואע"ג דאמרין בחולין י"ב דהאומר לשלוחו צא ותרום ושמע איניש אחרינא ואזיל ותרם דאין תרומתו תרומה י"ל דדווקא התם דאיכא למימר דדעת בעה"ב דשלוחו דוקא יתרום משום דידוע ומכיר באיזו מדה רגיל בעה"ב לתרום בעין יפה אבל בהפרשת חלה בזמן הזה דהכל שוין ליטול בכזית ולשרוף אין לומר כלל קפידא, והא דאמרין בב"מ כ"ב כיצד התורם שלא מדעת תרומתו תרומה וכו' הרי שמצאו ואמר לו בעה"ב כלך אצל יפות וכו' אלמא אע"ג דידיעין בתר הכי דניחא ליה במה שתרם לא הוי שליח כיון דמעיקרא לא לדעת הוי, י"ל דהתם בשעה שנעשה שליחות לא ידעין כלל דניחא ליה אלא דאח"כ שמעין מיניה או דחזין מיניה דניחא ליה ובעין למימר דלמפרע הוי שליח, הא לא מהני משום דבעין למידע בשעה שנעשה שליח דזכות הוא וניחא ליה, וכה"ג הוי דומיא דאתם דאנן סהדי אי הוי הכא הוה ניחא ליה, אבל היכא דבשעה שנעשה שליחות לא ידעין לא הוי דומיא דאתם, וכ"פ הרמ"א (יו"ד שכח, ג), וב"ב ה"ט וְהוסיף דאפילו ליכא קילקול העיסה מהני הפרשת משרתת משום זכין לאדם שלא בפניו.

אולם הקצות חלק ע"פ הרשב"א בנדרים ל"ו דכתב דלא בעינן שלוחו לדעתו אלא בתורם משל בעל הכרי על בעל הכרי, אבל בתורם משלו על של חבירו כיון שאינו של בעל הכרי לא בעינן שליחותו ממש ואין הדבר תלוי אלא אי זכות לו וזכין לאדם שלא בפניו או לאו זכות דמצוה דנפשיה עדיף ובכך תירץ הרשב"א מה שהקשה על הגמ' דאיבעיא להו התורם משלו על של חבירו צריך דעת או לא מי אמרין כיון דזכות הוא לו, דהקשה דהא שליחות לאו מדין דניחא ליה או לא ניחא ליה אלא גזירת הכתוב דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, וכ"כ התוס' שם, וכתב הקצות דא"כ בהאי דמשרתת שמפרישה משל בעה"ב אין בזה משום זכות¹ דלא אמרין זכין לאדם שלא בפניו אלא היכא דזוכה המקבל באיזו דבר כמו במזכה חפץ לפלוני, או במזכה גט לאשתו דזוכה האשה בגט, או במפריש משלו, אבל מפריש משל בעה"ב אין זה זכות אלא ניחותא איכא ושליחות לאו מתורת ניחותא הוא ובעינן לדעתכם דוקא, ודחה גם מש"כ תה"ד דמשום קלוקל עיסה חשיב זכות, דהא² אחר שתאפה נמי תוכל להפריש, ואף על גב דמצותו בעיסה אבל כל דליתיה לבעה"ב בשעת לישא תוכל להפריש אחר אפיה.

סעיף יט

מה דינו של קטן לזכות בקנין אגב?

ע"פ הר"ן פסק בשו"ע י"ש מי שאומר שמי שמתחייב לקטן בין בשטר בין בקנין, כיון שאין אותו דבר תחת ידו [דהקטן, סמ"ע] אינו זוכה אא"כ זיכהו ע"י אחר, כמבואר לעיל ובסמ"ע כאן, דלא אמרין דזוכה הקטן לעצמו אלא בדבר שבא לידו וקנהו במשיכה או בהגבהה, אבל ע"י קנין אגב קרקע או חליפין דלא בא המקח או המתנה לידו אינו זוכה אפילו לעצמו.

כתב הקצות (ט) דכי היכי דקטנה אית לה זכיה בקנין סודר וכמ"ש הרמב"ם ומשום דאית לה חצר אית לה נמי קנין חליפין ואף על גב דאינו תחת ידה, וכ"כ הטושי"ע בסימן רלהו, ה"נ אית לה שטר ומי שמתחייב לקטנה בשטר והגיע שט"ח לידה זכתה בחוב, ודוקא במתחייב לקטן בקנין או בשטר הוא

דלא מהני, אבל קטנה אית לה שטר דלא גרע מחליפין, וכ"ד ה**נתיבות** (יא) והוסיף דאולם כשמוזכה ע"י אחר אפילו בקטן מהני אפילו ע"י קנין סודר.

ברשימות שיעורים (ב"מ כו.) כתב דמבואר ברמב"ם (שנפסק בשו"ע בסי' רלה/ו לעיל) שמשווה קנין סודר וקנין אגב לקנין חצר וס"ל דכי היכי דליכא קנין חצר לקטן ה"ה דאין לקטן קנין סודר וקנין אגב משא"כ קטנה דיש לה קנין חצר מדין יד יש לה נמי קנין אגב וקנין סודר, והש"ך כאמור הקשה דבשלמא לענין קנין חצר מבואר בסוגיא בב"מ דיש חילוק בין קטן לקטנה אולם לענין קנין חליפין אין טעם לחלק ביניהן, וכתב דיש לבאר דהרמב"ם סובר דחצר לא קני לקטן משום דלגבי איש חצר נתרבה משום שליחות ויסוד קנין חצר הוא קנין דחל ממילא בלי מעשה קנין מצד הקונה ורבנן תיקנו דקטן קונה רק באופן דקעביד הקטן מעשה הקנין, ומשו"ה אינו קונה אלא במשיכה דיסוד הקנין דמשיכה הוא מפאת מעשה הקונה, משא"כ לגבי חצר דהוי קנין דממילא ומשו"ה ליכא קנין חצר לקטן, ולפי"ז יישב קושית הש"ך דהרמב"ם סובר דרבנן לא תיקנו קנייני אגב וחליפין בקטן דקניינים אלה אינם חלין מחמת מעשה הקנין, דהגר"ח זצ"ל ייסד דיסוד קנין חליפין הוא קנין מדעת דהיינו שהקנין חל מחמת דעת המקנה בלבד וליכא מעשה קנין מצד הקונה, וכתב דנראה דבקנין אגב נמי אין הקונה עושה מעשה קנין בגוף המטלטלין אלא דהן נקנין לו ממילא אגב חלות קנין הקרקע, והקנין חל בלי מעשה קנין מצד הקונה, והרמב"ם סובר דרבנן תיקנו שקטנים קונים בתקנת הפעוטות רק באופן כשהקטן עצמו עושה את מעשה הקנין.

סע' כ – כא : ראה ריש סימן ר/א.

סע' כב : ראה סימן ר/א ברמ"א.

סעיף כג (עם סימן רלה.ו והקדמת הנתיבות לסימן ר')

האם יש קנין חצר בקטן קטנה וגוי?

משנה גיטין עז. "הזורק גט לאשתו והיא בתוך ביתה או בתוך חצרה הרי זו מגורשת" ובגמ' "מנא הני מילי דתנו רבנן ונתן בידה אין לי אלא ידה גגה חצרה וקרפיפה מנין ת"ל ונתן מכל מקום ותניא נמי הכי גבי גנב ידו אין לי אלא ידו גגו חצרו וקרפיפו מנין ת"ל 'המצא תמצא' מכל מקום, וצריכא דאי אשמועינן גט משום דבעל כרחיה מגרשה אבל גנב דליתיה בעל כורחיה אימא לא ואי אשמועינן גנב משום דקנסיה רחמנא אבל גט אימא לא צריכא".

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 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... ומי איכא למאן דאמר חצר לאו משום ידה איתרבאי והתניא ידה אין לי אלא ידה גגה חצירה וקרפיפה מנין תלמוד לומר ונתן מכל מקום! לענין גט כולי עלמא לא פליגי דחצר משום ידה איתרבאי כי פליגי לענין מציאה מר סבר ילפינן מציאה מגט ומר סבר לא ילפינן מציאה מגט ואיבעית אימא בקטנה כולי עלמא לא פליגי דילפינן מציאה מגט והכא בקטן קא מיפלגי מר סבר ילפינן קטן מקטנה ומר סבר לא ילפינן קטן מקטנה ואיבעית אימא מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי".

כתב הרי"ף בב"מ "קטנה יש לה חצר ויש לה ארבע אמות אבל קטן אין לו חצר ואין לו ארבע אמות דחצר דקטנה משום ידה איתרבאי דכתיב ונתן בידה וכו' וילפינן מציאה מגט אבל חצר דגברא משום שליחות איתרבאי וקטן הואיל ואין לו שליחות אין לו חצר ואין לו ארבע אמות דלא ילפינן קטן מקטנה" וביאר הרא"ש דפסק כלישנא בתרא דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי או כלישנא קמא וכתבי יוחנן, עיי"ש בגמ', וכ"פ הרמב"ם (וראה בסימן רמ"ג בסמ"ע סקל"ח ובש"ך סק"יב עוד בדרך הלימוד בגמ').

וז"ל השו"ע (רמג, כג) "קטנה, זכתה לה חצרה וארבע אמות שלה {ודווקא קטנה שאין לה אב (נ"י), או שיש לה אב אלא שכבר נישאת, סמ"ע בשמו}, אבל הקטן אינו זוכה עד שתגיע מתנה לידו או עד שיזכה לו אחר".

וז"ל השו"ע בסימן רלה (ו) כלשון הרמב"ם "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 (דלא כראב"ד שלא אמרו דאין לקטן חצר אלא במציאה אבל כל זמן שדעת אחרת מקנה יש לו חצר), אבל הקטנה שנתרבה חצרה מידה, תקנה המטלטלים מאחרים אם קנו מידה (סמ"ע: כיון דמצינו דריבתה התורה קנין לקטנה ע"י חצירה כמו בגדול, משום הכי הניחו לה חז"ל ג"כ קנין דקנין סודר כמו בגדול, ומשום הכי כתבו קנין זה דקנין סודר בבבא דקנינה ע"י חצירה), או בשכירות המקום". הש"ך (רלה, ג) תמה על המחבר והסמ"ע דמה שייד לחלק בין קטן לקטנה בזה דדוקא לענין חצר מחלקין בב"מ י"א בין קטן לקטנה משום דחצר דאשה משום ידה איתרביא דקרא ונתן בידה באשה כתיב אבל לענין קנין חליפין אין טעם כלל לחלק ביניהן ואם בקטן אינו מועיל וכנראה בתוס' א"כ גם בקטנה אינו מועיל.

כתב הש"ך (רמג, ו) דנראה מפירוש רש"י תוס' רא"ש וריטב"א דדוקא בעומדת בצד חצרה הוא דאתרביא חצרה משום ידה אבל באינה עומדת בצדה אפילו חצר המשתמרת אינו אלא משום שליחות וא"כ בכה"ג אין חצר לקטנה, אך כתב הש"ך דזהו דוחק דהא אמרינן דסתמא קאמרינן קטנה יש לה חצר ועוד משמע דדומיא דגדולה דהיינו בחצר המשתמרת או בעומדת בצד חצרה והכי מוכח ברמב"ם והסמ"ע וכן הוכיח בשו"ע והרמ"א בסעיפים כאן ויש לפרש את הסוגיה אחרת מהרא"ה הנ"ל דה"פ חצר משום ידה אתרביא ולעולם דין יד יש לה מיהו האי ידה לא גרע משליחות וכי היכא דבשליחות דעלמא אין חבין לאדם שלא בפניו ה"נ גבי גט ולכן לענין גט כיון דלא ניחא ליה דתקנה חצר המשתמרת אינה כידה שמה שהיא חובה לאדם כשהיא בידו אינו נותנו בחצר המשתמרת אדרבה מוציאה ממנו. ה^נתיבות (לקמן) פסק דלא כש"ך.

עמש"כ הרמ"א ע"פ הנ"י דדוקא קטנה שאין לה אב חלק הש"ך (רמג, יא) דכבר נודע המח' בין הפוסקים שרש"י והתוס' ובעל המאור ובעל העיטור והרא"ש חולקים על הרי"ף שהנ"י כמותו וס"ל דאף קטנה שיש לה אב יש לה יד והמחבר בעצמו הביא סברת החולקים אלו בא"ע בסימן קמ"א, ועוד דנ"ל דאף הנ"י לא קאי אלא אגט אבל לא לענין מציאה ומתנה ואף דילפינן מציאה מגט היינו לענין חצר דהוי כידה אבל להך מילתא לא שייכא למילף דהא דקטנה אינה מקבלת גטה כשיש לה אב לאו משום גריעותא דקטנה עצמה אלא כיון דאיתקש יציאה להויה וזכה רחמנא לאב לקדש את בתו קטנה מדכתיב את בתי נתתי לאיש הזה אלמא יד שלה לא חשיבא כלום לענין קידושין וגט במקום יד דאביה ועקרה רחמנא ליד דילה ויהבה לאביה אבל אה"נ דאית יד לקטנה דהא באין לה אב יש לה יד ומקבלת את גטה וא"כ דוקא בגיטין שייך לומר הכי דכשיש לה אב אין לה יד אבל אם נתן לה שום אדם איזה דבר במתנה אין סברא לומר דלא זכתה במתנה כיון שיש לה אב וא"כ כיון דאית לה יד אית לה נמי חצר. ה^נתיבות (רמג, יד) כתב להוכיח דמסתברא כש"ך, ולכן כתב דנראה דהרמ"א לא מיירי רק במציאה או במתנה כשהיא סמוכה על שולחנו דהמתנה היא לאב ואין חצירה קונה לקטנה, דנגד זכות אביה לא מחשב החצר יד דידה דחצר דמציאה ודמתנה של קטנה לא ילפינן רק מגט וכיון דגבי גט גופיה היכא דאית לה אב ורחמנא זכיה לאב שוב אין לה חצר ה"נ במציאה ומתנה במקום שהזכיה של האב ויד דידה בטלה לגבי אב אין לה חצר דדיו לבא מן הדין להיות כנידון, אבל במתנה כשאינה סמוכה על שולחנו דהמתנה היא שלה זוכה לה חצירה.

הקשה הקצות (רמג, יא) דנהי דחצר דגברא משום שליחות ולא משום יד הא בשליחות גופה היכא דזכות הוא זכין לקטן או מדאורייתא או מדרבנן (לעיל) וא"כ הא דאין שליחות לקטן היינו במידי דלא הוי אלא משום שליחות, וא"כ בחצר דמציאה אמאי אין החצר זוכה לקטן כמו שזוכה לגדול חצירו שלא מדעתו כיון דבמידי דזכות קטן וגדול שם הוא, ונהי דאינו משום יד, ליהוי כשליחות נמי מהני במידי דזכות, ולשיטת הפוסקים דזכין לקטן אינו אלא מדרבנן ומשום דזכיה גופה אינו אלא בתורת שליחות ניחא שפיר, דאע"ג דתקנו זכיה לקטן היכא דגדול זוכה עבורו אבל בחצירו לא תקנו, אבל לשיטת הפוסקים דזכין לקטן מן התורה א"כ חצר דקטן אף על גב דאינו אלא משום שליחות, הא בזכיה אית ליה ואין לך זכות גדול ממציאה או מתנה, ויישב ע"פ הראב"ד דכתב דכשאמרו אין לו חצר ואין לו ד' אמות לענין מציאה בלבד אמרו, דהיכא דדעת אחרת מקנה אותו כמו במתנה באמת חצירו זוכה לקטן ומשום דלא גרע משליחות דאית ליה במידי דזכיה, אלא הא דאמרו אין לו חצר ולא ד' אמות היינו במציאה משום דליכא דעת אחרת מקנה לא מהני נמי זכיה לקטן ע"י חצר, ואפילו לראב"ד דס"ל דחצר דמציאה אינו זוכה לקטן משום דליכא דעת אחרת מקנה, היינו דוקא חצרו אינו זוכה לו, אבל גדול שפיר זוכה לקטן אפילו במגביה מציאה ומשום דהגדול הוא הדעת אחרת, וכן

מוכח בגר קטן שמטבילין אותו על דעת ב"ד ומשום זכיה ולמדו מזה רבוותא דזכין לקטן מן התורה, וכן מוכח בהדיא בב"מ ח' בשלמא חרש קנה דקא מגבה ליה בן דעת, ומבואר דגם במציאה כשזוכה לו גדול מהני והוא דעת הזוכה, ודוקא חצירו כיון דליכא דעת מזכה כלל בזה הוא דלא מהני לקטן.

הנתיבות בהקדמתו לסימן ר' האריך בכמה מדיני חצר, והעלה: חצירו של אדם שאינו משתמר ועומד בצידו לכ"ע הוא מטעם יד, כיון שהוא דומיא דידו בסמוכה, ודוקא בגדול, אבל בקטן לא חשיב עומד בצידו יד, כיון דבגדול ובישן בצידו לא חשיב יד משום דאין דעתו לשמור, וקטן שאין לו דעת כישן דמי, ובקטנה אף דג"כ אין לה דעת, מ"מ כיון דבגט גזירת הכתוב הוא דחשיב חצירה ועומדת בצידה יד, לכן גם בממון חשוב חצירה ועומדת בציד, וכיון דבגדול עומד בצידו מטעם יד הוא, משו"ה גוי ג"כ קונה בחצירו כשהוא עומד בצידו, כיון דיש לו יד ויש לו דעת לשמור לא דמי לקטן.

חצר המשתמר ואינו עומד בצדו, לר"י ופ"ק והרא"ש מטעם שליחות הוא, ולכך בין קטן ובין קטנה ובין גוי לא קנה בחצר המשתמר בלא עומדת בצידו הואיל ואין להם שליחות, והש"ך בסימן רמ"ג חולק וס"ל דקטנה קונה בממון בחצר המשתמרת ואפילו בלא עומדת בצידו, והעיקר כרוב הפוסקים. לר"ן אפילו בחצר המשתמרת בגדול בדבר שהוא זכות לו מטעם יד הוא, כיון דכל דבר שהוא זכות לו בחצירו המשתמר הוא נותן וכידו אריכתא דמי, ולדידיה קונה בגוי אפילו בחצר המשתמרת ואינו עומד בצידו כיון דמטעם יד הוא וגוי אית ליה יד, אמנם בקטן וקטנה דלא שייך גביהו טעם הר"ן הנ"ל, דקטן וקטנה לאו בחצר המשתמרת הם נותנים דלאו בני שמירה נינהו, דכל מה שבידם חשיבי אבידה מדעת, וגם אין שליחות להם, ולכן מודה דאין קונין בחצר המשתמרת בלא עומדת בצידה.

חצר המשתמרת קונה בגדול אפילו בישן, כיון דהחצר מצד עצמו משומר הוא, אבל בחצר שאינו משתמר דבעינן עומד בצידו ישן לא חשיב עומד בצידו, ולא קנה.

חצר שאינו משתמר ואינו עומד בצדו, לשיטת הר"י ופ"ק והרא"ש דלא פסקו כרב פפא בב"מ י"א לא קנה כלל אפילו במתנה, ולרא"ש ור"ן שפסקו כרב פפא קונה במתנה מטעם שליחות כיון דאיכא דעת אחרת מקנה, משו"ה קטן וקטנה וגוי דלאו בני שליחות נינהו לא קנה, והא דחצר קונה אפילו שלא מדעת, בכל גוונא לא הוי רק מטעם שליחות, ולכך קטן וקטנה וגוי דלאו בני שליחות נינהו לא קנה.

סעיפים כד – כה

ראובן זרק חפץ לביתו של שמעון שיקנחו במתנה ונכנס בפתח אחד ויצא בפתח השני ובעוד החפץ באויר חזר בו ראובן האם קנה שמעון? ומה הדין כשזרקו ראובן מגגו לחצר שמעון וחזר בו בעודו באויר האם קנה שמעון?

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 ואמר ליה רב אדא בר מתנה לרבא ואמר ליה רבינא לרבא לאו היינו מתניתין ראה אותן רצין אחר המציאה ואמר רבי ירמיה אמר רבי יוחנן והוא שרץ אחריהן ומגיען ובעי רבי ירמיה במתנה היאך וקבלה מיניה רבי אבא בר כהנא במתנה אף על פי שרץ אחריהן ואין מגיען אמר ליה מתגלגל קאמרת שאני מתגלגל דכמונח דמי". ביאר הרא"ש דמדובר דהפקירו או נתנו לו במתנה והסתפק האם אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי וזכה בעל הבית בהפקר או במתנה אם חזר בו הנותן, אבל באויר שסופו לנוח פשיטא ליה דכמונח דמי כדאמרינן בגיטין עט. וב"ק ע., ולא איפשיטא הכא, הילכך במתנה יכול לחזור בו דאוקי בחזקת מריה קמא אבל בהפקר הואיל ונסתלקו הבעלים אם החזיק בה אחר מוציאין מידו דבעל הבית מוחזק מספק תחלה, וכתב הנ"י דכל הקודם זכה בו כיון דליכא למימר אוקי ממונא בחזקת מריה וכן דעת הר"י שהשמיט בעיין דלא איפשיטא והוי ככל תיקון דממונא.

וז"ל השו"ע "הזורק ארנקי לבית בפתח זה ויצא בפתח אחרת, ונתנו לבעל הבית במתנה וחזר בו בעודו באויר הבית (וה"ה אם חזר אחר שיצא מהבית, סמ"ע וש"ך), הוי ספק, ולא זכה בעל הבית, משום דמוקמינן ליה בחזקת מריה קמא (ואפילו הוא ביד הבעל הבית מוציאין מידו ונותנים לנותן דמוקמינן ליה בחזקת מרא קמא, בד"ה, ודלא כדמשמע בטור, ופסקו הסמ"ע והש"ך כבד"ה ואף הטור שכתב אין מוציאין מידו ס"ל דאפילו חזר ותפס בעה"ב מוציאין מידו). אבל אם הפקירו וזכה

בו אחר (אפילו אחר שיצא מהפתח האחר, בד"ה, ודלא כדמשמע בטור) מוציאין מידו ונותנין לבעל הבית. (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 (ואף שתפסו אחר מוציאין אותו מיד האחר ונותנין אותו ליד בעל הבית, סמ"ע)."

הקשה הש"ך (יד) על המחבר דהא דכתב לא זכה בעה"ב במתנה היינו דווקא לדעת הרא"ש והטור דלא מהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא אבל המחבר שפסק בסימן ר"ב ועוד מקומות כרמב"ם דבספיקא דדינא מהני תפיסה א"כ ה"ה הכא זכה בעה"ב ודוחק לומר דהכא מיירי שהבעה"ב לא תפס דמלישנא דמוקמינן בחזקת מרא קמא כו' לא משמע כן וגם בבד"ה כתב להדיא בסתמא דאפילו הוא ביד בעה"ב מוציאין מידו ונותנים לנותן דקא מוקמינא לה בחזקת מרא קמא ולא הזכיר שום חולק בדבר, והא דהשמיט לשון הטור משמע להדיא דס"ל כמשי"כ בבד"ה דאפילו תפס, וסיים בצ"ע על המחבר כאמור. **החכם צבי** (בהגהה בט"ז) כתב שנעלם מהש"ך דברי הנ"י שהביא הב"י דמתנה לעולם לא נפקא מרשות נותן עד דאתי לרשות מקבל וא"כ לא דמי לשאר ספיקות שבתלמוד, והקצות (יב) דחהו דדעת הרמב"ם ושו"ע דאפילו נגד חזקת מרא קמא מהני תפיסה וא"כ המקבל שהוא מוחזק ותפוס אין מוציאין אותו מידו והוא פשוט בדוכתי טובא דאפילו במתנה ומכר היכא דאיכא ספיקא אם קנה המקבל כשתפס לא מפקינן מיניה וכמ"ש בשו"ע סימן רב/ג גבי שדה לאחד ומטלטלין לאחר דאם תפס לא מפקינן ומשום דהוא איבעיא דלא איפשטא וכן בשו"ע סימן רמח"א באומר נכסי לפלוני, דספר תורה ספק ואם תפס המקבל אין מוציאין אותו מידו, והוא בדוכתי טובא במחבר דמהני תפיסה כיון דהוי ספק שמא כבר יצא מרשות נותן לרשות מקבל והמקבל תפוס בה דמהני תפיסה.

סימן רמד - האומר לשנים לכתוב שטר מתנה לפלוני

סעיף א

[באר הכוונה 'מתנה הרי היא כגט']

גיטין כט. "רב אמר מתנה אינה כגט ושמואל אמר **מתנה הרי היא כגט**", וביאר הרי"ף דלרב בגט הוא דאמרינן אם אמר כתבו גט לאשתי לא מצי לשוויי שליח למכתב גט משום ביזיון דבעל אבל במתנה דליכא ביזיון דבעל כי אמר כתבו שטר מתנה לפלוני בשדה שלי מצי לשוויי שליח למיכתב ושמואל אמר מתנה נמי הרי היא כגט וטעמא דשמואל בגט משום דמילי נינהו ומילי לא מימסרן לשליח, וקיימא לן הלכתא כשמואל בדיני.

וז"ל השו"ע ע"פ הרי"ף וכלשון הרמב"ם "המתנה כגט שאין אדם יכול למסור דברים לשליח, כיצד, אמר לשלשה (לרבותא נקט שלשה, דאפילו שלשה שהן כב"ד אפילו הכי אינו מימסר מילי על ידן, סמ"ע, עיי"ש) אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנוהו לפלוני אין זה כלום, ואם אמרו לאותם העדים וכתבו ונתנו למקבל לא קנה {וכ"ש (דאז שינו מדברי הנותן שאמר להו שיאמרו לעדים שיחתמו, סמ"ע) אם חתמו הם בעצמם (ראב"ד)}, וכן (ר"ל דהוי"א דדוקא ברישא דלא נתן להן כח לכתוב אלא לאמור לאחרים בזה הוא דלא מהני) אם אמר לשנים כתבו וחתמו בשטר מתנה ויתנוהו לפלוני, אינם יכולים לומר לסופר לכתוב, אלא הם עצמם כותבים, ויש מכשירים (**רמב"ן**) באומר אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנוהו לפלוני (דנהי דאמרינן דמתנה הרי היא כגט דוקא באומר לשלשה תנו אבל באומר אמרו לסופר ויכתוב ולפלוני ולפלוני ויחתמו אינה כגט, דהקשה הרמב"ן מדוע לפסול באומר אמרו הא קי"ל שם שעושה שליח שלא בפניו ותיירץ דשאני גט דבעי לשמה ובעי נמי וכתב לה הבעל ואין העדים והסופר במקום הבעל אא"כ שמעו מפיו והא דאמרינן מתנה ה"ה כגט לענין מילי כו' אבל לא באומר אמרו תדע דהא שמואל מכשיר באמרו אפי' בגט, **ב"י** וגר"א, וה"ה בשם יש סוברים דאפילו בגט כשר ודלא כרמב"ם)."

כתב **הקצות** (א) דדעת המרדכי בשם הקדוש מרדו"ש דהעושה שליח לקדש ומסר לו הטבעת לקדש אינו יכול לעשות שליח אחר משום דמילי נינהו ולא מימסרי לשליח ואף על גב דגבי גט קי"ל שליח עושה שליח ולא הוי מילי משום מסירת הגט, לא דמי דגבי אשה מתגרשת בעל כרחא ומיד כשיגיע הגט ליד השליח הרי הוא כאילו מתגרשת, הלכך לא הוי מילי שהרי השליח יכול לגרשה בעל כרחא

דיד השליח כיד הבעל אבל שליח של קידושין אם לא תאבה האשה אינה מתקדשת הלכך הו"ל מילי, וכתב הקצות דלפי דבריו ה"ה במתנה אם עושה שליח להוליד מתנה לפלוני והשליח רוצה לעשות שליח במקומו הוי מילי כיון דאם לא רצה המקבל אינו מתנה הו"ל מילי אפילו מסר לו המתנה, אך למסקנה כתב דשיטת הקדוש מרדו"ש דס"ל דאומר אמרו לא הוי מילי ומהני וכדעת המ"מ והרא"ב אבן העזר, ולפ"ז י"ל דגבי מתנה היכא דמסר השטר או גוף המתנה ע"י אומר אמרו ודאי מהני, וכ"פ **הנתיבות** (א) דאם מסר המתנה לשליח יכול לעשות שליח שני.

כתב **הקצות** (ג) דיש להסתפק בעושה שליח לקבלה למשוך חפץ שקנה דרך מקח וממכר או במתנה והגיע החפץ לחצירו של שליח, דכיון דחצר דגברא משום שליחות כמבואר בטוש"ע רמ"ג ובשליח קבלה אין שליח עושה שליח, וכתב להוכיח דכיון דזכיה אינו משום שליחות לפמ"ש"כ בסימן רמ"ג, משי"ה שליח עושה שליח, ומהאי טעמא נמי חצר דשליח זוכה למקבל, ודוקא גבי גט הוא דמספקא לן בחצר דשליח, דגט חוב הוא ואפילו נתרצית האשה, ומשי"ה אי לאו דחצר דשליח דינו כדין האשה שליחות לא מימסר לחצר, אבל זכיה אינו משום שליחות, וכן מוכח דשליח עושה שליח בקבלת חפץ דרך מתנה או דרך מקח, מהא דמעמד שלשתן איתיה ע"י שליח המקבל וכמבואר בטוש"ע קכ"ו, עיי"ש מה שהאריך, ובנתיבות (ב) פשט הספק דלפמ"ש"כ בסימן ר' דחצר דגדול המשתמר לכ"ע משום יד הוא א"כ ודאי דמהני חצר, ובשאינו משתמר ואינו עומד בצידו דודאי הוא מטעם שליחות לרי"ף והרא"ש דס"ל דמהני במכר ומתנה משום דאיכא דעת אחרת מקנה ג"כ נראה דמהני במתנה, כיון דבמתנה לא מהני כלל לשליח לקבלה כמבואר בירו' דבממון בעינן שליח של בעל הממון, אין כאן שייכות מילי, דהא בזיכה ע"י אחר והגיע לחצירו של הזוכה קנה המקבל כמבואר בסימן רמ"ג, וכן במוכר ולוקח ג"כ נראה דמהני, דהא בלוקח מהני שליח, אף דבממון לא שייך שליח לקבלה, התבאר בסימן קפ"ח דהשליחות של הלוקח הוא מטעם דעשאו לשליח כאילו הוא הבעלים על הממון שלו להוציאו על המקח, וא"כ ממילא לא הוי מילי כיון שנעשה שליח על הממון שנמסר לידו, ואפילו שליח אחר יכול למנות לכ"ע.

עמ"ש"כ המחבר דאינם יכולים לומר לסופר לכתוב הקשה **הנתיבות** (ג) דשטר מתנה לא בעי לשמה וא"כ באמר להם תנו שטר מתנה לפלוני מהיכא תיתי לא יוכשר כשכתב לאחר וחתמוהו, ואפילו מצאו שטר מתנה באשפה ונתנו לו היה להיות כשר, ונהי דבאמר כתבו י"ל משום קפידא משא"כ באמר תנו הא לא קפיד, ועוד דבאומר אמרו ודאי דלא קפיד ואפ"ה פסול לדעה קמיתא, ועוד דהא אמרינן הטעם משום מילי לא מימסרי לשליח משמע דאין הטעם משום קפידא, וגם מה קפידא יש לנותן מי שיכתוב, בשלמא בגט איכא בזיון דבעל כיון שעליו לכתוב הגט, משא"כ בשטר מתנה, וכתב **דלכך** נראה דגם במתנה בעינן שליחות בכתובה דכמו דכתיב בגט 'וכתב' ואמרינן דאבעל קאי ובעינן שליחות, כמו כן בשטר מקנה דכתיב ביה 'וכתוב בספר וחתום' בעינן שליחות רק דלא בעינן לשמה משום דלא כתיב לה במתנה כמו בגט, אבל כיון דכתיב בתרווייהו 'וכתב', בעינן שליחות בתרווייהו.

עוד כתב **הנתיבות** (ד) דמשמע מהיש סוברין דאפילו לומר לאחרים שיכתבו ויחתמו ויתנו ג"כ כשר, ובתוס' גיטין ס"ז תמהו דהא עד מפי עד הוא ותירצו דעיקר העדות לא נמסר אלא לאלו והראשונים שלוחי הבעל הן שמצוה לאלו לעשות גט, ותימה, דאטו אם יבואו שנים לשנים ויאמרו להם פלוני עשה אותנו שלוחים להגיד לכם שתכתבו שט"ח או שטר מכר שלוח או שמכר שדהו לפלוני או שתעידו בעל פה שזה לזה או מכר שיכולין להעיד או לכתוב עדותן, הא ודאי כל מה שהוגד חוץ לב"ד אין ראייה מדברי עדים כאלו, וביאר דהא דבעינן הגדה בב"ד דוקא בשטר ראייה וכן בעדות בעל פה שעדותן היא בגמר הדבר שפלוני כבר מכר שדהו או כבר לזה הילכך פסול עד מפי עד, כיון דלא העידו הראשונים בפני ב"ד הוי עד מפי עד, אבל הכא ששנים מעידין לשנים שנעשו שלוחים לגרש או לקדש או למכור וליתן שדהו לאחרים, אין השנים חשובים לעדים מפי עדים רק לבעלים מפי עדים, שנעשו השניים בעלים שיהיו יכולין להקנות, וכיון דהראשונים לאו בגמר הדבר קמסהדי שאין מעידין שכבר נתגרשה אשה זו, רק שמעידין שאיש זה יכול לגרש אשת פלוני או למכור שדה פלוני, מהני עדותן אף חוץ לב"ד, וכן הענין בב' החתומין על הגט לאו בגמר הדבר מעידין שנתגרשה אשה זו או שניתן שדה זה כבר במתנה לפלוני דהא לא ראו המסירה, ועיקר עדים החתומים הוא רק שנכתב בציווי הבעלים ושוב אנו עדי מסירה אנו, ועדות זו שנכתבה בציווי הבעלים ג"כ א"צ הגדה בב"ד, ועדות זו כשרה מפי כתבם ומפי עדים.

סימן רמה - הכותב נתתי שדה פלוני והאומר נתתי שדה פלוני לפלוני והוא אומר לא נתת לי

סעיפים א - ד

האם קנין "אתן" מועיל או לא מועיל?

פרט המושג של קנין דברים והמקרים שמדובר בנדון זה. (וכן לעיל רגא)

ראובן שכתב בשטר שדה פלונית אתן לשמעון האם זכה שמעון? ומה הדין אם אמר אתן לפלוני וקנו מידו? אם לא נתן הנותן ומת האם מוציאים מיורשיו?

האם לשון נתתי או אתן מועילים בקנין? ואם מת הנותן האם מוציאים מיורשיו?

מה הטעם למנהג שהורי חתן וכלה עושים פעמיים תנאים, אחד בזמן השידוכין והשני

בשעת החופה?

גיטין מ: "תנו רבנן האומר נתתי שדה פלוני, לפלוני נתתיה לפלוני, הרי היא שלו - הרי היא שלו. אתננה לפלוני, רבי מאיר אומר קנה וחכמים אומרים לא קנה, אמר רבי יוחנן וכולן בשטר."

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם (א) הכותב בשטר נתתי שדה פלונית לפלוני או שכתב נתתיה לו (ברא"ש כתוב 'נתונה' וכן נראה דאל"כ מאי חילוק בין נתתי לנתתיה, סמ"ע), או הרי היא שלו, הרי זה זוכה בה כשיגיע השטר לידו. { אבל בדיבורא בעלמא לא קני א"כ קנו מידו (רמ"ה) והא דאמרין דלא קנה היינו שרוצה ליתן עכשיו בלשונות אלו, אבל אם אמר נתתי בלשון הודאה, י"א דקנה (ר"ן) ועיין לעיל סימן ס' סעי' ו'. { (כחכמים ולא כר"מ -) אבל אם כתב בשטר אתננו לו, אע"פ שהעידו עליו העדים לא זכה המקבל { ואפילו קנו מידו, קנין דברים (רמב"ן בשם תשובת הרי"ף) }, (ב) וי"א (רשב"א) שאם קנו מידו מהני לשון אתן { ומהרי"ו פסק כסברא ראשונה (שתי הסברות ברמ"ה, סמ"ע), ולכן כתב דהכותב לאשתו בשעת השידוכין לעשות לה כתובה גדולה לא זכתה כל זמן שלא כתב לה (מיהו מכח חרם וקנס שקיבל בקנין סודר צריך לקיימו אלא שכל זמן שלא כתב לה לא זכתה, ונפק"מ שאם מת אין מוציאים מיד היורשין כיון דלא זכתה כבר אלא שהיה חיוב עליו, ועליו קיבל החיוב ולא על יורשיו, סמ"ע), ולכן נהגו לעשות תנאים חדשים בשעת החופה, ועיין באבן העזר סימן נ"א }.

כתב הסמ"ע (ב) דיש מקשים מה מועילים תנאים שניים יותר מתנאים ראשונים ואי משום דבשעת חופה עושין תנאים שניים בלשון חיוב וקבלה אנפשו דמשעבד בו מיד ואפילו בדבר שלא בא לעולם מהני וכסימן ס' או דמקנה לו בקנין סודר מעכשיו דמהני אפילו בקנין אתן דלא להוי כקנין דברים וכסעי' ה בטור לקמן דכיון שאמר מעכשיו אין זה לשון הבטחה אלא בהאי שטרא או בהאי קנין מקנה ליה גופא דארעא, א"כ בתנאים ראשונים נמי לעבדו הכי שיחייב נפשו או יקנה לו מעכשיו דיחול עליו החיוב ולא יצטרכו עוד לתנאים חדשים, וכתב דלאו קושיא היא כלל, דודאי בשעת כתיבת התנאים אינו רוצה שום צד משניהם לשעבד נפשם או להקנות בקנין מעכשיו בכל מאי דפסקו אנפשו ליתן לו בתו שהיא ברשותו וליתן לנדוניתה סך כך וכך, מיראה שמא יתחרט אחד מהצדדים מאיזה סיבה וירצה לחזור בשידוכין, ומשו"ה אינו מקבל עליו אלא בקנין אתן כך וכך דאינו חל, ולא נתחייב לקיים דברי התנאים אלא מכח הקנס שקיבלו עליהם כל צד אם יחזרו בשידוכין, ומשו"ה המנהג דאין מוציאים מהחזר בו כי אם הקנס ואע"ג דאביהן עצמו פסק אנפשו ליתן הנדוניה וקיבל עליו בקנין, אלא ודאי היינו טעמא משום דקנין אתן הוא דאין חל עליו הקנין, כי אם אמה שקיבל אחר הפסיקה שאם יחזור אחד מהצדדים שיתחייב ליתן קנס, ולא מחויב לקיים התנאים כי אם מכח הקנס והקנס הוא אסמכתא, אלא שחז"ל אמרו דלית ביה משום אסמכתא משום הבושת שנתבייש אחד מהצדדים בחזרת השני, וטעם זה אינו שייך כי אם בשלא קיימו אחד מהדברים שקיבלו עליהם שזמנם קודם נישואין, דאז לא ירצה צד השני להכניס בנו או בתו לחופה, והמניעה היא מצד זה שלא קיים

הבטחתו, וכיון שהוא הגורם הבושת משו"ה חייב בקנס, משא"כ הדברים שחל חיובן לאחר הנישואין, דאם באתה לחייבו מקנס, יטעון הלה אסמכתא היא וכבר עבר הבושת דהרי כבר כנסה.

עמש"כ הרמ"א בשם הר"ן ד"י"א דאם אמר בלשון נתתי קנה, הביא הפת"ש (א) שהמהר"ר משה רוטנבורג הקשה דבסימן ס' עמש"כ המחבר שטר שכתוב בו מחמת שנתתי כו' וטוען שלא היה ברשותו כו', כתב הרמ"א ז"ל, מיהו כל זה לסברת הר"ף אבל "רבים חולקים" ע"ז וסבירא להו דכל האומר נתתי לפלוני כך וכך הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ובסימן קצא/ג כתב המחבר שטרי דידן שטרי קנין הם פירש בסמ"ע אף דכתוב מכרתי ונתתי לשון עבר מ"מ מקנה עכשיו וגם בקרא מצינו 'נתתי כסף השדה', והרמ"א לא הגיה שם כלום דלדעת החולקין הוי לשון הודאה ושטר ראיה הוא כל זמן דלא ידעינן שמקנה עכשיו, וכתב לבאר שינויי הלשון והסתימה של הרמ"א, דאף החולקים על הר"ן בלשון נתתי, לאו דס"ל דלשון נתתי אינו לשון הודאה, אלא דס"ל דמשמע לשון הודאה וגם משמע לשון קנין משום דמצינו בקרא נתתי כסף השדה, וכלל גדול אמרו בדין המוציא מחבירו עליו הראיה, אך כל זה בטענות על פה, אבל כשמוציא שטר על חבירו, אף דאמרינן בו ג"כ בכל לשון מסופק המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל היכא דנתבטל השטר לגמרי אמרינן יד בעל השטר על העליונה, כמבואר בסימן מב/ט, ובזה עולין פסקי הרמ"א כהוגן, דבסימן ס' דאירי בשטר, ואי נימא דלא הוי לשון הודאה יתבטל השטר לגמרי כיון שזה טוען שלא היה ברשותו, אמרינן דהוי לשון הודאה, והכא מיירי דאמר לשון נתתי בדיבורא בעלמא, דבע"פ לא שייך לומר דהיכא דנתבטל הענין יד המוציא על העליונה כתב הרמ"א לשון י"א והיינו דעת הר"ן, ובסימן קצ"א דאדרבה אם נימא דהוא לשון הודאה יתבטל השטר כיון דאנו יודעים דלא הקנה לו מקודם אלא עתה רוצה להקנותו, אמרינן יד בעל השטר על העליונה ושטרי קנין הם.

ע"פ הרמ"ה פסק בשו"ע (ג) יש מי שאומר שאם כתב לו בשטר שדה פלונית תהא נתונה לך, או תהא שלך, קנה. (ד) יש מי שאומר שאם אמר אתנו לו מעכשיו, בין בשטר בין בקנין קנה לאלתר...".

ביאר הסמ"ע (ו) דהלשון ברישא 'תהא נתונה לך' לאו לשון הבטחה הוא שיתננה לו לאחר זמן אלא נתנה לו מעכשיו, והי"א בסע' ד' מוסיף דאף אם אמר לשון אתן, אם א"ל ג"כ מעכשיו קנה.

כתב הפת"ש (ג) בשם חות יאיר שהסתפק לומר ולחלק בין לשון יהא ללשון יהיה וכן בין תהא ללשון תהיה, דלשון יהא הוא במשמעות תיכף ומיד, משא"כ 'יהיה' לעתיד משמע.

סעיפים ד – ו

האומר נתתי את השדה לפלוני והקונה מכחיש ואומר שלא קיבל, מי אוכל את הפירות,

ומדוע?

ע"פ ברייתא גיטין שם פסק בשו"ע (ד)..האומר נתתי שדה פלונית לפלוני והוא אומר לא נתת לי, הולכין אחר דברי הנותן (מיירי דהמקבל רוצה במתנה אלא שאומר האמת שלא נתן לו אבל אם אין המקבל רוצה לקבל המתנה פשיטא דאינו זוכה בה בע"כ וכסימן רלה/כג, סמ"ע), 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. (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 (כיון דאמר לא קבלתי נאמן ויכול זה לחזור ולזכות בו אם ירצה דאמרינן טעה כסבור שקבלה זה מידו, רש"י) והנותן אוכל פירות שדהו, ואם בן המקבל (דהמקבל מת, טור) הוא שאמר כן לא נתת לאבי שדה זו והוא אומר כתבתי ונתתי לו, מניחים את הפירות על ידי שליש, עד שיוודע הדבר היאך הוא (חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר, ופירש הרא"ש ודאי זיכה לו ע"י אחר). (ו) ויש מי שאומר (טור) דדוקא כשהבן אומר אני הייתי במעמד שאתה אומר שנתת לאבי וראיתי שלא נתת לו כלום, אבל אם לא היה במעמד דינו (ר"ל אם נוכל לומר שלא היה במעמד, והיינו כל שלא אמר בפירוש שהיה במעמד, דאל"כ קשה פשיטא, הא אפילו באביו ג"כ דינא הכי כל שלא היה במעמד, סמ"ע) כאומר נתתי שדה פלונית לפלוני והוא אומר לא נתת לי {תשובת הרא"ש - } 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 }."

ביאר **הסמ"ע** (ח) ע"פ הרב המגיד דבבבא השניה ליכא לתרץ ולומר דדברי שניהן אמת כמו הבבא הא', והא דלא אמרינן הודאת בעל דין דהנותן כמאה עדים דמי, משום ד"ל דהנותן בהיותו עוסק בנתינתו ורצה ליתנו סבור שנתן לו, משא"כ המקבל אילו נתנו לידו לא היה אומר שלא נתנו לידו, ובנתיבות (ד) כתב דזה טעם התוס' ואילו הרשב"א כתב דהטעם משום דהנותן הוא מוחזק, וכתב **הפת"ש** דנפק"מ בין הטעמים היכא דבאו עדים ואמרו שהאמת כדברי הנותן.

סעיפים ז - ח

ע"פ **הרמב"ם** פסק **בשו"ע** "מקבל מתנה שבא בעל חובו לגבות ממנו ואמר אינה מתנה בידי אלא שומר אני עליה, או שאמר בטלה היתה מתחלתה (שלא קבלתיה אלא בע"כ באונס או בטעות או כיוצא בזה) **נשבע היסט ותחזור לבעליה** (דדבריו קיימים) {ועיין למטה סעיף י'} (ח) (גר"א - ע"פ **כתובות יז: -**) 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 היסט ונפטר."

הראב"ד וה**טור** השיגו על הרמב"ם ברישא מה ענין שבועה לכאן, ויישב **הב"י** ע"פ **הרב המגיד** דמדובר שטוען הבעל חוב ברי לי שמתנה היא בידך, אבל אם טוען ספק אין עליו אלא חרם סתם, אבל הרב המגיד בעצמו הניחו בצ"ע, וכתב **הסמ"ע** (יב) דקשיא ליה אי בבעל חוב מיירי וטוענו ברי, לא יהיה המקבל נאמן בשבועתו נגדו לאמר ששומר הוא עליו מאחר שאין בעלים הראשונים טוענים כלום ומצאנוהו מוחזק בשדה זו, ודומה קצת לראובן שיש בידו שטר חוב על שמעון שאין ראובן נאמן אפילו בשבועתו נגד בע"ח לומר ששמעון כבר פרע וכסימן מ"ז מיהו אין ראיה גמורה משם ד"ל דשאני התם דהשטר חוב נכתב ע"ש ראובן, ובדרכ"מ כתב דנראה דאינו נאמן המקבל אפילו בשבועה מאחר שבא לחוב לבעל חובו מיהו אפשר דבכה"ג נאמן בשבועה מאחר שידענו בו שדבר זה לאו שלו היה מעיקרא, וכתב **הסמ"ע** דלזה רימז בהגהתו הקצרה כאן.

סעיף ט

ראובן נתן שדה לשמעון בשטר מתנה, ואח"כ החזיר שמעון את השטר לנותן, ומחל על המתנה, האם המתנה בטילה?

ע"פ תשובת **הרא"ש** פסק **בשו"ע** "נתן שדה פלונית במתנה לראובן, ואחר כך החזיר ראובן שטר מתנה לנותן וגם עשה לו מחילה, לא נתבטלה המתנה בכך", וביאר **הסמ"ע** (יד) דמאחר שכבר זכה בה ראובן באחד מהקנינים אינה יוצאת מתחת ידו עד שיחזור ויקנה לנותן באחד מהקנינים, ואינו מועיל חזרת השטר מתנה, וגם המחילה לא מהני אלא בראובן שהלוח לשמעון וא"ל אני מוחל לך המעות שבידך, דהמחילה עומדת במקום פרעון, אבל כשמוחל לחבירו חפץ או משכון שבידו לאו כלום הוא אא"כ שיאמר לו אני נותנו לך, וכטוש"ע בסימן ע"ג.

סעיף י

הפקיר הלוח נכסיו האם גובין ממנו מלוה ע"פ? ומה הדין אם בע"ח זכה מההפקר אם נאמן לומר שזכה מהפקר ורוצה לגבות פעם שניה?

גיטין לב. "אמר רבה בר אבוב מקבל מתנה שאמר לאחר שבאת מתנה לידו **מתנה זו מבוטלת**, תבטל, אי איפשי בה - לא אמר כלום, בטלה היא, אינה מתנה - דבריו קיימים" ופירש **רש"י** "לא אמר כלום. וזכה בה בעל כרחו ואם יש לו בעל חוב גובה אותה בשבילו לפי שכל הלשונות הללו לשון עתיד הן והואיל וקבלה אינו יכול לחזור בו. בטלה היא. משמע בטלה היתה מקודם שקבלתי הודאת בעל דין כמאה עדים דמי והרי הוא אומר שלא זכה בה וחוזרת לנותן".

ב"ב קלז: "אמר רב יהודה אמר שמואל הכותב נכסיו לאחר ואמר הלה אי איפשי בהם קנה ואפילו הלה עומד וצווח ורבי יוחנן אמר לא קנה אמר רבי אבא בר ממל ולא פליגי כאן בצווח מעיקרו כאן

בשתק ולבסוף צווח". **כריתות כד.** "אמר ריש לקיש הנותן מתנה לחבירו ואמר הלה אי איפשי בה כל המחזיק בה זכה".

וז"ל השו"ע ע"פ הרמב"ם וכגרסתו בגמרות הנ"ל "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 ע"פ רש"י הנ"ל)} אבל אם היה צווח מעיקרו, לא קנה המקבל וחוזר לבעלים הראשונים {טור ע"פ רש"י ודלא כראב"ד - } וכל זה באומר אחד מן הלשונות שמשמעותו שאינו רוצה בה, אבל אם אמר לשון דמשמע שלא היתה מתנה מעיקרא, אע"ג דשתק תחלה נאמן בהודאתו, ואפילו חב לאחרים כגון שיש לו בעל חוב עליו, מ"מ מאחר שלא היתה בחזקתו עד עתה נאמן עליה. (רא"ש לדעת רש"י -) אמר אי אפשי בה, אם המתנה מטלטלין הוי ליה הפקר, ואם היה קרקע מאחר ששתק תחלה אין בדבריו כלום (ודלא כרמב"ם דס"ל דאין הפרש בין אמר איני רוצה בה או אי אפשי בה, טור) {".

כתב הסמ"ע (טו) דהטור כתב בשם הרי"ף והרא"ש דבשכיב מרע אם שתק המקבל מתחילה בשעה שאמר ליתנה לו הו"ל כאילו שתק בשעה שבאה לידו דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי, והמחבר העתיק לשון הרמב"ם שלא כתב זה, ואפשר דג"כ ס"ל הכי לדינא, אלא דלא איירי בשכ"מ.

עמש"כ ברישא 'או מום זה' וכו' כתב הסמ"ע (טז) בשם הכס"מ דמייירי במום הנגלה לעין כל דודאי הכיר בו משעה ראשונה דאל"כ אפשר לומר דמתחילה שתק משום דלא ראהו ועכשיו שהכיר במום שבה צווח שלא היה בדעתו מעולם לקבלה במום, ומאחר שהוא נגלה לעין כל אן סהדי דמשקר אם אומר דעכשיו ראה.

הסמ"ע (טז) חלק על הרישא במחבר וסובר דאין דעת הרמב"ם שיהיה הפקר אלא באומר 'איני רוצה בה' דהוא לשון אי אפשי בה הנזכר בכריתות אבל בשאר ס"ל דנשאר ביד המקבל.

עמש"כ הרמ"א 'ואם יש לו בעל חוב גובה ממנה' כתב הסמ"ע (יח) נראה דאיירי בבעל חוב דיש לו על המקבל שטר בעדים, דאז כל נכסיו משועבדים לו ולא כל כמיניה להפקירן ולאפקועי משועבדים מאחר דכבר זכה בו המקבל וע"ז מסיק הרמ"א דכל זה באחד מן הלשונות הללו וכו' (אך אין לפרשו כנ"י בדרכ"מ דכתב דאף אם הוא הפקר וכל הקודם בו זכה, מ"מ אם קדם בע"ח וזכה בה נפטר המקבל מחובו, ולא מצי למימר האי מהפקרא קא זכינא וחובי במקומו עומד, דא"כ לא ה"ל לכתוב בהאי לישנא דבעל חוב גובה ממנו, והקצות והנתיבות כתבו דאין כן כוונת הנ"י). ה"ט"ז חלק על הסמ"ע דה"ה במלוה על פה כיון שאין לו ממה לשלם אלא מזה אין בידו להפקירו ולהזיק בידים לחבירו, והוכיח מדקיי"ל בסימן צ"ט דאין אדם נאמן לומר על מה שתחת ידו שהוא של אחרים, ואם יכול להפקירו יהיה נאמן במיגו שהיה עכשיו מפקירו, אלא ע"כ דאינו יכול להפקירו, וכ"פ הקצות (ב) והוכיח כן מהרשב"א אף שדחה ההוכחה ממתנה, עיי"ש, והוסיף (ג) דהא דבע"ח גובה ממנו היינו בדלית ליה נכסי אבל באית ליה נכסי, המחזיקין בהפקר אומרים הנחתי לך מקום לגבות ואחרון אחרון נפסד, אין לו גובה משלפניו וכמבואר בטושי"ע ער"ה, ומכל שכן אם יש מקום לגבות אצל הלוה, אלא דמייירי שאין לו לבע"ח ממה לגבות עכשיו. הנתיבות (ה) ג"כ פסק כט"ז והוסיף דאם הבעל חוב זכה בו, אז כשזכה בו בעצמו בתורת הפקר, לא נפטר הבעל חוב מחובו, אבל כשזכה בו אחר והבעל חוב זכה בממון בתורת גובינא, נפטר המקבל מחובו.

סעיף יא

ראובן זיכה מתנה ע"י אחר לשמעון וזה שתק ואח"כ צווח שאינו רוצה בה, ובא לוי והחזיק בה, האם זוכה לוי? ומה הדין אם בא ראובן ותפסה מידו של לוי, האם זוכה בה ראובן?

ע"פ ברייתא ב"ב קלח. וכריתות כד: פסק בשו"ע ע"פ הרמב"ם "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 (כדעת חכמים), או ששתק מפני שעדיין לא הגיע לידו כלום וזה שצווח הוכיח סופו על תחלתו (כדעת רשב"ג שם דס"ל דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו ונשארה ביד הנותן, וכתב הרב המגיד דפסק כדין ספק ע"פ חולין ל"ט דאמרינן התם לא אמרו בו היתר משום כבודו דרשב"ג ולא איסור משום כבודו

דת"ק וכ"ד העיטור בשם הגאונים) - לפיכך אם קדם אחר וזכה בה לעצמו, אין מוציאים מידו שמה 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 מוציאים מידם (ולא דמי לשאר ספיקא דממונא דקיי"ל דמאחר שתפס האחד אין השני יכול לחזור ולהוציאו מידו וכסימן קל"ט, דשאני הכא דידוע הוא מי בעליו הראשונים, וה"נ לאחר שחזרו ותפסוהו הבעלים הראשונים מיד זה שקדם וזכה שוב אין שום אדם יכול להוציא מידו, ואפילו אם אותו שקדם וזכה חזר והוציאו מיד בעלים הראשונים אין מניחין אותו בידו, סמ"ע), שמה המקבל לא זכה, שכיון שאמר איני רוצה, הוכיח סופו על תחלתו ולא קנה אותה, וברשות הבעלים הראשונים היא קיימה עדיין (נדלא כרי"ף והרא"ש שהביאו הברייתא כסתמה ומשמע דפסקו כרבנן וכ"ד הרשב"ם, ב"י, וסמ"ע ביאר דלא אמרו בב"ב קע"ד הלכה כרשב"ג אלא במקום שנשנו דבריו בפלוגתא במשנה ולא בברייתא, ובהגהת הש"ך כתב בשם התוס' והש"ך דאף בברייתא, ואילו הש"ך כתב דכדעת הרי"ף והרא"ש פסקו גם הראב"ן והרש"ל) וי"א (רא"ש, וראה לקמן) שאם היתה מתנת שכיב מרע כיון ששתק בשעה ששמע (בעינן דוקא ששתק לאחר שמת הנותן אבל שתיקה בחיי הנותן לא מהני, נתיבות) - קנה (כלומר דאינה חוזרת לנותן אלא קנהו המקבל, ומכח שאמר איני מקבלה או אי אפשי בה נעשה הפקר וכסעי' י' ולרמב"ם אפילו בקרקע, ולרש"י והרא"ש דוקא במטלטלים, סמ"ע) ואילו הרמ"א כתב "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 שזיכה המקבל בכל ענין".

הסמ"ע (כב) כתב ליישב דעת המחבר מדברי הרמ"א 'לא ראיתי', דהאי י"א הוא הרא"ש דס"ל דהלכה כת"ק דאמר דקנה המקבל, ומשום ד"ל דדוקא בשכיב מרע שבוה עוסקות המימרות שם וס"ל לרבנן דקנה המקבל דאיכא בה תרתי, חדא דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי, ועוד דגם זכה לו השני ועדיין שתק משו"ה קנהו המקבל, משא"כ בבריא, דאף אם בשעה שזיכה לו השני שתק, י"ל דמודה בזה לסברת רשב"ג דיכול לומר מה היה לי לצוות, משו"ה לא רצה המחבר בשם י"א לכתוב אלא מאי דמוכרח אליבא דרבנן, והיינו שכ"מ, והרמ"א דתמה עליו אפשר דידע גם זה, וס"ל דדוחק, מאחר דרבנן דנסדרו דבריהן בתחילה לא הזכירו בדבריהן שכיב מרע, אף דרשב"ג איירי ביה ורבנן בבריא איירי. הש"ך (ז, ובהגהה) חלק על ביאור הסמ"ע וכוונת המחבר ב"א שאם היתה מתנת ש"מ היינו דעת הרי"ף והרא"ש וקאי אדלעיל סעי' י דאם הנותן ש"מ א"צ באה לידו (וכ"ד הט"ז והנתיבות) והא דכתב בלשון י"א לפי שהרמב"ם לא חילק וכ"כ בהדיא בבד"ה ונעלם ממנו דברי הרמב"ם, והרמ"א והסמ"ע לא ירדו לסוף דעתו.

סימן רמו - השומע שמת בנו וכתב נכסיו לאחר

סעיפים א - ג

[מה הדין בבריא שכתב כל נכסיו לאחר מחמת שהיה צריך לברוח מפני בעלי חוביו, ואחר כך עשה פשרה עם בעלי חוביו, אם נתברר שלא כתב מתנה זו אלא מחמת כן? האם מוסכם לכ"ע? ומאיזו סוגיה נלמד דין זה?]

פסק בשו"ע ע"פ ברייתא ב"ב קמו: אליבא דרבי שמעון בן מנסיא וכ"פ הרי"ף והרא"ש דגרסו "אמר רב נחמן הלכה כרבי שמעון בן מנסיא" וכן הוא להדיא בקלב. וכלשון הרמב"ם "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 (סמ"ע): כלשהו ממש קאמר ולא דמיא לסימן ר"נ), בין קרקע בין מטלטלין, מתנתו קיימת".

[הש"ך (א) ציין לכמה ספרי תשובות בנידון דאחד כתב כל נכסיו לאחר מיתה מפני שלא היה לו זרע ואחר כך זכה לזרע].

כתב **רע"א** דלשון הגמ' יועמד וכתב' ואולי י"ל דנקט ועמד כלומר דבשעת מעשה ששמע שמת בנו כתב ועמד היינו מתוך אותו שמועה דזה הוי אומדנא. עוד כתב די"ל דדווקא נתנם לאחר אבל נתנם לבן אחר ליכא אומדנא.

עוד כתב **השו"ע** (ב) "יש מי שאומר שדין זה דוקא בשכיב מרע, אבל לא בבריא (**רמב"ן**), דבבריא אפילו בא בנו מתנתו קיימת דאין כאן אומדן דעת דלא ישבוק בנו ליתן כל אשר לו לאחרים, דכיון דראינו דשביק נפשו דהוא בריא ונתן כל אשר לו לאחרים ולא חש אחיותו דעצמו, י"ל דלא חש נמי אחיותו דבנו וכיוון למתנה גמורה אף אם יבוא בנו, רמב"ן וסמ"ע, ויש מי שאומר (**רמ"ה**) דאפילו בבריא היא. (ג) יש מי שאומר (**רמ"ה**), וכתב **הב"י** דהרמב"ן נמי יודה בזה, ולדעת **הסמ"ע** ו**הש"ך** הרמב"ן פליג גם בהא) 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".

כתבו **הב"י** ו**הסמ"ע** (ג) דהר"ן הסתפק בבריא ששמע שמת בנו ונותן מתנה לאחרים במהיום ולאחר מיתה, אי מיקרי שביק נפשו כיון שאינו יכול למוכרם כל ימי חייו, אולם **הש"ך** (ב) כתב דאין ספק בדבריו וכתב בפשיטות דכיון דלא שביק נפשיה לא שביק לבריה וזכה בנו.

סעיפים ד – ו

[מה הדין בבריא שכתב או אמר כל נכסיו לאחד מבניו? פרט לפחות שלושה מקרים בהם לא אמרינן כן, ומה הדין כאשר אנו מסופקים בלשון הנותן?]

ע"פ **ב"ב קלא:** פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "הכותב כל נכסיו מתנה לאחד מבניו (אף שהיה גדול ונוכח כאן, רשב"א והרב המגיד, ודלא כר"ז) הסובר דבכה"ג הוי מתנה גמורה והגמ' דיברה דווקא בצריכים אפוטרופוס כגון קטן בין הבנים הקטנים או דליתנהו הכא, סמ"ע, דלא חילקו חז"ל, בין שהיה בריא בין שהיה שכיב מרע } וי"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 (בגמ' אמר רבא דדין זה הוא בשכ"מ דניחא ליה דלישתמעון מיליה דאשתו או הבן, אבל הסתפק בבריא מה הדין, ולא איפשטא, ופסק **הר"ף** דפסקין לקולא והוי רק אפוטרופוס), (**ר' יונה** -) ואפילו האריך בלשון כדרך שופרא דשטרי ילך, יזכי, יחזיק, אומדן דעת הוא שלא נתכוון אלא להיות אחיו נשמעים לו. (**שם קנ:** -) ואם שייר כל שהוא, בין קרקע בין מטלטלין, זכה הבן במתנה (**ר"י מגאש** ועוד -) ואם פירש בשטר שמקנה לו הקנאה גמורה ולא בתורת אפוטרופוס, או שפירש בשטר שיהא רשאי למכור ולתת לאחרים, (**רשב"א** -) או שכתב לו מטלטלי אגב מקרקעי, (**רשב"א** ודלא כר' יונה וכדלקמן סעי' ז' -) או שהקנה לו בקנין, (תשובת **הרא"ש** -) וכן כל שכתוב בשטר המתנה לשון שאפשר להוכיח ממנו דלמתנה גמורה נתכוון, קנה } (תשובות **הרא"ש** ו**ריב"ש** -) ואם כתב לאחד שיהא מושל ושולט בכל אשר לו (וה"ה במי שכתב לאשתו שתהיה גברת הבית, **פת"ש** בשם חת"ס), אינו לשון מתנה אלא לשון אפוטרופוס".

הקשו הרא' מהגמ' הנ"ל שהכותב כל נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפוטרופא דהא פסקין כרבי יוחנן בן ברוקא דאמר בדף ק"ל אם אמר על מי שראוי לירשו דבריו קיימים, והרשב"ם תירץ דבלשון ירושה ודאי קני כדכתיב 'והיה ביום הנחילו את בניו' ובלשון מתנה אזלינן בתר אומדנא דנתכוין לאפוטרופא דשייך ביה נמי לשון מתנה, ור"ח תירץ דהתם באומר והכא בכותב (וכן דעת **הרי"ף** ו**הרמב"ם** דדוקא בכותב דינא הכי, סמ"ע), וכתב **הרא"ש** דלא מסתבר וכי הורע כחו בשביל הכתיבה, וקצת יש ליתן טעם דכתיבה מכיון לאפוקי קלא כדי לאחשוביה כדי שיכבדוהו, ועוד תירץ דהכא מיירי בכל הנכסים ורבי יוחנן לא אמר אלא כשריבה לאחד ומיעט לאחר. עוד הקשה **הרא"ש** מהא דאמרינן בדף קל"ג אמר רב הונא שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר אם ראוי ליורשו נוטלו משום ירושה ואמר ליה רב נחמן אימא הלכה כרבי יוחנן וכו' אלמא בכל הנכסים ובכותב נמי אמר דלא עשאה אפוטרופא ולתירוץ רשב"ם ניחא דכיון דראוי לירשו אע"ג דאמר נכסי לך הוי כאילו הזכיר ירושה, ומצינו למימר דרב הונא איירי בבת בין הבנות ובאח בין האחים אבל בן בין הבנים עשאו אפוטרופא, וכן אוקמה **הרי"ף** עיי"ש.

ע"פ יישוב הסוגיות ע"י הרי"ף (לעיל) פסק בשו"ע (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 (רי"ל כשהן שוין מצד ירושתן כגון אח בין האחין או דוד בין הדודין, סמ"ע), אע"פ שלא שייר כלום מתנתו קיימת (דנאמר בדף קמ"ד דהלכה הנ"ל היא הלכתא בלא טעמא וא"כ לית בה אלא מאי דאמרי רבנן) וי"א (רמ"ה) דבת בין הבנים או בין הבנות לא קנתה (דק"ל כרבינא בדף קל"א וכ"ש בין הבנות דכ"ע מודים ביה מדלא איבעיא להו אלא בין הבנים, אבל הרי"ף אינו גורס שם בת אצל הבנים וגריס במילתא דרב עזרא לבד מהאשה אצל הבנים ואשה, גר"א)".

כתב הסמ"ע (יא) דמש"כ דבת בין הבנים מתנתו קיימת היינו דווקא כשכותב או נתן לה בלשון מתנה, אבל כשכותב או נתן לה בלשון ירושה ליכא למ"ד דזכתה הבת בין הבנים כיון דאינה בת ירושה במקום שיש בנים, והוא משנה וגמ' בדף ק"ל בהדיא ומובא בטוש"ע סימן רפ"א. עוד כתב (יג) להסתפק בדעת הרמ"א דה"ה דאח בין האחין דלא קנה.

ע"פ תשובת הרשב"א פסק בשו"ע (ה) "וכל היכא דאיכא לאסתפוקי בלשון המתנה אם נתכוון למתנה גמורה על המקבל להביא ראיה", שהוא המוציא שהרי הנכסים בחזקת היורשים הן בשוה, סמ"ע.

כתב בתשובת שבו"י (פת"ש ב) אודות עשיר שצוה לפני מותו על אחד מבניו שאם ידרוש ברבים בבית הכנסת שינתן לו סך מה מעזבונו יתר על חלקו, ואחיו טוענין נגדו שלא דרש בטוב וגם למד מאחרים או מפי כתבים ואדעתא דהכי לא צוה אביו, והשיב דטענה ראשונה אינה טענה כלל ואין כל הדעות שוות בענין הדרוש וגם כונת אביהם לא היתה דוקא שידרוש מן המובחר, אך טענה השניה שלא למד מעצמו, אם טענה זו מבוררת ע"פ עדים טענתם טענה, דודאי כונת אביו היתה שיתמיד בלימודו שיכול לדרוש מעצמו וע"י כן ברא מזכה אבא, אבל לא להתלבש בטלית שאינה שלו דעבירה היא בידו, ואף ד"ל אומדנא שדעת אביו היתה רק שיכול לדבר ולדרוש בפני מלכי רבנן ולא יבוש, אז יקבל שכר אף שאינו לומד מעצמו, כגון שהדבר ידוע דלאו בר הכי הוא דאין כאן עבירה, זה אינו, חדא, דאין זה אומדנא רק ספיקא, וכל היכא דאיכא לאסתפוקי בלשון המתנה על המקבל להביא ראיה, ועוד דאפילו אם יהיה אומדנא בודאי, מ"מ לא אזלינן בתר אומדנא להוציא מיורשים כמ"ש הרא"ש בתשובה הובא בהג"ה סוף סימן רפ"א, אולם אם טענתם אינה מבוררת לאו כל כמיניהו לסתור צואת אביהם בלי ראיה רק יכולין להחרים סתם על זה או להבחינו ע"י אחד מהלומדים אם יכול לומר מעצמו פשט בדרוש שראוי לאומרו ברבים ואז יזכה במתנתו. [עוד שם בשם תשובת חת"ס אודות גביר שצוה לפני מותו ומינה אפוטרופסים שיבחרו בחור שיעסוק בתורה ויקבל סך ב' מאות זהובים בכל שנה בתנאי כפול כמה פעמים שירחיק נדוד וילמוד בישיבה חוץ למדינה דוקא והטעם מפורש כי איננו רואה במדינתו מקום מוצלח לישיבה, ודן שם עד כמה מוכרח תנאי זה, לכמה זמן, האם נמדד בשנים או בלימוד כל צרכו להורות, והאם ניתן לצרף שני לומדים יחדיו, עיי"ש בפרטים הרבים].

סעיפים ז - ח

כתב השו"ע "יש מי שאומר (ר' יונה בשם מ"ד) דכותב כל נכסיו לבן בין הבנים אם נתן לו קנין ויפה כחו קנה, ויש מי שאומר (ר' יונה) שאף על פי כן לא קנה".

הקשה הסמ"ע (יד) דלמה כתב כן המחבר לבבא בפני עצמו, ה"ל לכותבו בסוף סעי' ד' על מש"כ דאם הקנה לו בקנין כו' קנה ד"א דצריך ליפות כחו בקנין ושי"א דאפ"ה לא קנה, וכתב ליישב דבקנין סודר גם ר' יונה מודה דקנהו ודוקא בקנין דשטר כתב דלא מהני ומשו"ה סתם בסעיף ד' וכתב דבקנין קני וכאן בסעיף ז' כתב פלוגתא בקנין ויפוי כח, ואינו ר"ל דכתב לו וגם עשה לו קנין סודר וגם ייפה כחו, אלא בקנין דהכא ר"ל קנין דשטר כתיבה, וצ"ע, דאין טעם נכון לחלק ביניהם, דהא גם לקנין סודר בעינן יפוי כח משום דאין קנין לאחר מיתה וכמו שיתבאר בסימן ר"ן, ודעת הסמ"ע דלר' יונה לא מהני שום קנין, וכ"ד הש"ך (ח).

עוד פסק בשו"ע (ח) ע"פ ר' יונה "אם אמר כתבו ותנו לו כל נכסי, ולא ייפה כחו לומר תנו לו כל נכסי ואף כתבו, אפילו אפוטרופוס לא עשאו (ע"פ דף קנ"ב, ב"י)", שהרי זה בא לעשותו אפוטרופא בדרך הקנאה וחיישינן שמא לא גמר לעשותו אפוטרופא אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ואפילו האריך בלשון כדרך שופרא דשטרי ילך יזכה יחזיק במתנה אפילו הכי לא עשאו אלא אפוטרופוס דכל יפוי כח

שכתב לא הוי אלא כדי דלישתמעון מיליה טפי, ומיהו אם פירש בשטר שמקנה לו הקנאה גמורה ולא בתורת אפוטרופוס או שפירש בשטר ויהא רשאי למכור ולתת לאחרים קנה, **טור וסמ"ע**.

הקשה ה**נתיבות** (ב) דהא מבואר בסימן רנ"ז ברמ"א דלאפוטרופוס א"צ יפוי כח, ויישב דשאני הכא כיון שכתב לו האפוטרופוס בלשון מתנה רצונו הוא שהאפוטרופוסות יהיה נקנה לו באופן שהמתנה נקנית, ולכך בעינן יפוי כח כמו במתנה.

סעיפים ט – יא

ע"פ **קלא:** פסק השו"ע "הכותב כל נכסיו לאחד מבניו ולאחר, זה האחר קנה חצי הנכסים במתנה, ונשאר החצי לבניו (לכל בניו יחד, סמ"ע), והבן שנתנו לו, אפוטרופוס מינהו על שאר אחיו", ולא מיבעיא אם כתב החצי לאחר תחילה והשאר לבנו, דהוי אפוטרופוס, דבשעה שכתב לבנו הוה כל נכסיו, אלא אפילו כתב לבנו ולאחר בבת אחת חשבינן ליה כותב כל נכסיו לבנו כיון שלא שייר כלום בנכסים אחר מתנת בנו, **טור וסמ"ע**.

ע"פ הרא"ש פסק בשו"ע (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", וביאור הרישא מדה"ל למיכתב כל נכסי לבני ולפלוני ולא כתב כן, והקדים לבנו במתנתו, ה"ל כנותן לבנו המקצת תחילה ואח"כ השאר לאחר, אבל אם כתב שני שלישי נכסי לבני כו' לא הוה מצי למיכתב כל נכסי לבני ולפלוני, דאז הוה משמע דיהיה לכל אחד החצי, משו"ה אפילו הקדים לבנו בזה נמי הוה בנו אפוטרופוס על ב' השלישים, **טור וסמ"ע**.

עוד ע"פ הרא"ש פסק בשו"ע (יא) "כתב כל נכסיו לשני בניו, שניהם אפוטרופוסים, ואם כתב חצי נכסי לבני פלוני וחצי נכסי לבני פלוני, הראשון הוי מתנה והשני הוי אפוטרופוס על החצי לכל הבנים (מדלא כללינהו יחד לאמר כל נכסי לראובן ושמעון בני), וגם הראשון שנתן לו חצי הנכסים יש לו חלק בחצי האחר כשאר האחים".

סעיפים יב – יז

כתב בשו"ע (יב) "הכותב כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפוטרופוס; ונתבאר פרטי דין זה בטור אבן העזר סימן ק"ז". כתב הרא"ש דאם כתב כל נכסיו לאשתו ולבניו יראה דלאשתו הוי במתנה ולבנו אפוטרופוס דאשתו לגבי בנו כאחר דמי וכן משמע לישנא דתלמודא דקאמר פשיטא בנו גדול לא עשאו אלא אפוטרופוס משמע מתוך דברי שמואל דאמר הכותב לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופוס וכל שכן בן וכן אמר שמואל במימרא אחת אשתו ובמימרא אחרת בנו הקטן אבל בנו הגדול לא הוצרך לומר וכך היא הגירסא בהרבה ספרים אשתו ובנו לאשתו ובנו אפוטרופוס, ודעת ה"ר ישעיה (בטור) דתרווייהו הוי אפוטרופוסין.

כתב הסמ"ע (יט) דהמחבר באבן העזר כתב דאע"פ שקנו מידו דבריא או שכ"מ להיות כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפוטרופוס על יורשיו, בין שהיו יורשיו בניו ממנה או מאשה אחרת או אחיו או שאר יורשין, ופירש דר"ל 'שאר יורשין' כגון בני אחין או למטה מהן וכ"כ הנ"י דאין חילוק בין היורשים, ודלא כמש"כ הרא"ש דאם אין לו יורשין אלא בני אחין לא אמרינן דעשאה אפוטרופוס.

עוד כתב השו"ע (יג) "הכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא, נתבאר בטור הנזכר סי' ק"ו", דאיבדה כתובתה דאמרינן כיון דשמעה מבעלה שחילק כל אשר לו לבניו ולא נתן לה אלא קרקע כל שהוא ולא מחתה לומר מאין אגבה כתובתי, אמרינן ודאי דמחלה הכתובה מדאחשבה ליתן לה קצת חלק בין בניו, ודווקא כתובתה ולא נדונייתה, **סמ"ע**.

עוד בשו"ע (יד) "הכותב כל נכסיו לאשתו ויצא עליו שטר מוקדם, נתבאר בטור הנזכר בסי' ק"ז (סעי' ג') "כלומר דמוקדם למתנה זו אע"פ שהוא מאוחר לזמן הכתובה, ובטור סתם וכתב בזה דאיבדה כתובתה, ושם כתב דהני מילי בכתב לאשתו ארוסה או גרושה דלא שייך למימר דלעשות אפוטרופוס נתכוין, **סמ"ע**.

ועוד כתב בשו"ע (טו) דין שטר במתנה שלא נעשה אלא להברית, בטור הנזכר סימן צ'. (טז) דין שכיב מרע שאמר תטול אשתי כאחד מהבנים, בטור הנזכר סימן ק"ח".

סעיף יז

[האם מי ששמע שמת בנו או שכ"מ שנתן כל אשר לו, ואחר כך בא בנו או עמד מחליו, ונתבטלה המתנה, האם צריך להחזיר הפירות שאכל?]

ע"פ הרמב"ם פסק השו"ע "כל הנותנים כל נכסיהם משתבטל המתנה ויחזרו כל הנכסים לבעלים הראשונים (כגון הני דכתב בריש הסימן שמע שמת בנו או שכ"מ שנתן כל אשר לו, ואחר כך בא בנו או עמד מחליו, סמ"ע, ודלא כלח"מ דהרמב"ם קאי רק על שטר מברחת אבל ההיא דר"ש בן מנסיא דהיה סבור דבנו קיים הך ודאי מתנת טעות הוא והפירות חוזרות, נתיבות) אין המקבל מתנה מחזיר פירות (בשונה ממכר כשנתבטל כגון בזבין ולא איצטרכו זווי דמחזיר הפירות דכיון שהמקח נתבטל זווי הוו הלואה גביה ושכר מעותיו קא שקיל, נתיבות)", שאפילו נתן האדם מתנה בפירוש על מנת להחזיר כל ימי חיי פלוני הרי זה אוכל פירות כל זמן המתנה כמו שביארנו (רמב"ם, וראיה מנותן בפירוש ע"מ להחזיר ובודאי דלא עדיף סתמו מפירוש, ה"ה, ור"ל דלא אמרו דצריך להחזיר פירות אלא כשהנתינה היתה בטעות ונתחרט למפרע על הנתינה, אבל כאן לא נתחרט, ואדרבה כל זמן שלא עמד מחליו או שלא בא בנו ניחא ליה שיהיו נכסיו ביד האחר ויאכל פירותיו, משו"ה לא גרע מהנותן מתנה ע"מ להחזיר לזמן קצוב, סמ"ע).

דייק הסמ"ע (כג) בלשון הטור בשם הרמב"ם שכתב 'הפירות שאכלו', ואילו המחבר לא כתב 'שאכלו', ומשמע מלשונו דאפילו הן עדיין בידו בעין א"צ להחזירם כיון שכבר תלשם והחזיק בהם, וכ"פ הנתיבות (חי' טז) דאפילו לא אכלם עדיין אלא שתלשם.

מה הדין באם אמר לו אכול אצלי או שבור כדי האם חייב לשלם? (ראה סימן שפ"א) האם יש הבדל בין אם ידע שזה של חברו ללא ידע?

האומר לחבירו בוא ואכול עמי האם חייב? הבא ראיות מהגמ'. האם חייב מדין נהנה או מדין מזיק? הבא ראיה.

ראובן נסע לעיר רחוקה בהגיעו ליעדו לא מצא אכסניא, אחד מתושבי העיר, שמעון, הזמינו לביתו ללינת לילה ולארוחה, למחרת, הגיש שמעון לראובן חשבון ותבעו לשלם לו עבור הלילה והארוחה, ראובן סירב וטען שקיבל את ההזמנה משום שסבר כי מדובר במצות "הכנסת אורחים" ללא תשלום. מי צודק? הסבר.

בזמננו מי שמסיע את חברו בטרמפ, האם יכול לתבוע תשלום?

מה הדין מאכיל חתנו ובתו מעבר לזמן שהתחייב?

ע"פ תה"ד (סימן שי"ז) כתב הרמ"א "האומר לחבירו אכול עמי צריך לשלם לו, ולא אמרינן מתנה קא יהיב ליה, ולכן מי שמאכיל לחתנו עם בתו יותר מזמן שקצב לו מזונות, צריך החתן לשלם לו מזונותיו כשיתבע ממנו, אבל לא מזונות אשתו. ודוקא דליכא הוכחה דנתן לו לשם מתנה, אבל היכא דמוכח דנתן לו לשם מתנה (דוקא כשיש הוכחה מקודם ואח"כ נפלה קטטה אבל אם אין הוכחה רק מה שלא תבע זמן ארוך עד אחר שנפלה הקטטה אין זה הוכחה שמחל, פת"ש), רק אחר כך נפלה קטטה ביניהם ולכן תובע ממנו, פטורי".

כתב הסמ"ע (כד) דהדין הראשון כתבו בשם גאון והביא ראיה מהאומר לחבירו שבור כדי קרע כסותי דמותר לקרוע ולשברו ואפ"ה חייב לשלם (ב"ק צ"ב ע"א), ועל הדין השני דצריך החתן לשלם לחמיו מזונותיו כתב שם דאפילו חמיו הוא עשיר, והביא ראיה מהא דאמרו (ב"ק כ' ע"ב) הדר בחצר חבירו אפילו חצר דלא עביד למיגר צריך להעלות לו שכר, וכתב דאע"ג דהתם משמע דהיינו דוקא כשדר בחצר שלא מדעתו אבל מדעתו לא, זהו דוקא שם דה"ל זה נהנה וזה לא חסר, אבל כאן זה נהנה וזה חסר הוא. עוד כתב הסמ"ע דכתב שם דאפילו היה רגיל חמיו ליתן לחתניו שלפניו

מזונות על שולחנו ב' שנים ויותר ע"פ המשנה בכתובות ס"ו דהפוסק מעות לחתנו כו' יכול לומר לאחיד הייתי רוצה ליתן לך אי אפשי ליתן ואפילו אם האח השני עדיף מהראשון, וה"נ דכוותיה, ומה שכתב דהיכא דמוכח דנתן לו לשם מתנה כו' פטור כתב שם הטעם דכיון דמתחילה במחילה באה לידו תו לא מצי לחזור בו, ומה שכתב דאמזונות אשתו פטור מלשלם הביא ראיה מדאמרין בכתובות ק"ז מי שהלך למדינת הים והלך אחד ופירנס את אשתו הניח מעותיו על קרן צבי, וכתב המרדכי דלא שנא אביה לא שנא אחר וביו"ד רנ"ג יש שמחלקין בין אם בעלה הלך למדינת הים או שנשאר עמה כאן.

הקשה הש"ך (ט) על ראייתו מקרע כסותי שלא אמר לו ע"מ לפטור, דצ"ע, דהתם גופא אי לא אתי לידיה בתורת שמירה פטור אע"ג דלא אמר ליה ע"מ לפטור [ז"ל היש"ש (ב"ק ח, סט) שצוין בש"ך דכתב דטעם תה"ד דמה שבור את כדי דלא נהנה חייב, באכול עמי דנהנה, ק"ו שיחייב כפי אכילתו, וכתב דאיכא למידק איפכא, דבשלמא שבור כדי דאין אדם מפסיד ממונו בכדי מסתמא שבור ושלם קאמר, אבל באכול עמי שהוא מנהג דעלמא ואין זו הפסד אלא יקרא לידיה הוה, ומסתמא לאו אדעתא דתשלומים קאמר ליה, וכתב דהלכך נראה דאיכא לדמות לפרה שאוכלת בר"ה דאינו משלמת אלא מה שנהנית אף שאינה פשעה במה שאכלה, עיי"ש באריכות]. **הקצות (א)** האריך דדין קרע כסותי לאו משום מחילה הוא אלא משום דליכא דין נזק כלל היכא דעבד ברשות בעלים ואיהו דאזקיה לנפשיה, ובין אתי לידיה בתורת שמירה בין לא אתי לידיה בתורת שמירה אין בו בלשון קרע כסותי לשון והפטר, דאין הדיבור מתחלק לשני פירושים, אלא דכך הדין דלא אתי לידיה בתורת שמירה כל שאומר קרע כסותי ממילא פטור כיון דמדעת בעלים אין בו דין נזק כלל דניזק הוא דאזקיה מנפשיה, והיכא דאתי לידיה בתורת שמירה כה"ג לא מיפטר כיון שכבר נתחייב ומש"ה צריך לשון והפטר, וא"כ לפ"ז בא ואכול עמי דאין חיובו משום תורת מזיק אלא משום שנהנה, וא"כ אפילו עבדיה מדעת בעלים לעולם הוא חייב לשלם במה שנהנה, דיורד לתוך שדה חברו שלא ברשות נמי חייב לשלם מה שנהנה אף על גב דעבדיה מדעתיה, אלא דלא נימא דלשון בא ואכול עמי הוי נמי לשון והפטר וא"כ ודאי פטור, לזה מיייתי תה"ד ראיה מקרע כסותי דאין בלשונו לשון והפטר דאי הוי בו לשון פטור אין לחלק בין אתי לידיה בתורת שמירה, דהיכא דפוטרו בפירוש ודאי פטור, וכיון דאין בו לשון והפטר ממילא חייב כיון דלא פטור, ואי משום דעבד מדעת בעלים, גבי נהנה ודאי חייב דלא גרע מיורד לתוך שדה חברו ונטעה דודאי חייב, והסכים לדבריו **הנתיבות (ה)**.

עוד הקשה **הש"ך (ט)** ארישא מהרמ"א בסימן שס"ג דפסק ע"פ הרשב"ץ 'האומר לחבירו דור בחצרי אין צריך ליתן לו שכר'. **הקצות (ב)** כתב ליישב דהתם מיירי בגבירא דלא עביד למיגר דזה לא נהנה אלא דחצר דקיימא לאגרא וזה חסר, וכיון דאומר לו דור בחצרי פטור כיון דעבד מדעתיה, אבל גבירא דעביד למיגר וזה נהנה ודאי חייב, וכ"כ הש"ך שם, וכתב הקצות דמוכח דמשום נהנה הוא דמחייב דמשום מזיק מאי שנא דור בחצרי דפטור, ולשיטתו מסק"א דעיקר חיובא דאכול עמי אינו אלא משום נהנה דאע"ג דמדעת בעלים לא גרע מיורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות (ובכך תירץ גם קושיית המהרי"ט ממתנות כהונה דחולין קל"א, עיי"ש), והסכים עמו **הנתיבות (ה)**, וזה דלא כב"ח (בש"ך שם סק"ג) דישנה מחלוקת בין הרשב"ץ לתה"ד והמוציא מחבירו עליו הראיה.

ערוה"ש (יט) הסכים לחילוק הקצות דבסימן שס"ג מיירי באדם שלא נהנה, אבל בנהנה חייב, והוסיף, "וכל זה הוא כשנראה שזה שקראו לאכול לא היתה כוונתו להאכילו בחנם כמו מי שמוכר בביתו לפעמים דבר מאכל או בעל אכסניא וכיוצא בזה אבל אם הדבר ניכר שקראו לאכול בחנם כמו בעה"ב הקורא לאוהבו וכיוצא בזה או שהקורא רגיל לאכול תדיר אצל אחרים בחנם וכ"ש אם הוא עני דפטור מלשלם".

לפי ערוה"ש יש לומר גבי עולה לטרמפ דאף אם נאמר שמשפיע על משקל הרכב וממילא על הוצאת הדלק והוי זה נהנה וזה חסר (דלולא דהוי חסר הא פסקין זה נהנה וזה לא חסר דפטור, בסימן שס"ו), מ"מ בזמנינו שיש אומדנא ברורה שלא מבקשים מהנוסעים המזדמנים תשלום כל דהוא, א"כ ממילא הוי כ"דבר הניכר שקראו לאכול בחנם", ועוד נראה לי שאפשר לדמותו לש"ך בשם הרש"ל (לקמן) גבי אורח הסועד אצל בעה"ב אחר בחנם דפטור (אלא דהתם הצריך הארוח לישבע היסת).

המפרנס יתום האם יכול לתבוע שכרו?

כתב הש"ך (י) "ענין בב"י סימן קכ"ח מחודש ב' מדינים אלו במי שפרנס ליתום על שלחנו", שם כתב בשם רי"ו בשם ספר התרומות בשם תשובת הרי"ף במי שפרנס יתום בתוך ביתו וכשהגדיל היתום תבע מה שהוציא עליו כי אמר שבתורת הלואה הוציא והיתום טוען לא כי אלא בתורת מתנה והשיב שאין לו על היתום כלום לפי שלא אמר אוציא עליך משלי בתורת הלואה וכיון שלא אמר לו כן לא נתן לו אלא לגמילות חסדים כמו שאמרו במי שהלך למדינת הים ועמד אחד ופרנס את אשתו שהניח מעותיו על קרן צבי, וכ"פ בשו"ע יו"ד רנ"ה "מי שפרנס יתום, והיה מכין למצוה, וכשהגדיל תבע ממנו מה שפרנסו פטור {רי"ו - } אפילו היה לו ליתום באותה שעה, אם לא שפירש שדרך הלואה פרנסו, ודוקא יתום, אבל אחר, אפילו בסתם, נמי אמרינן שדרך הלואה עשה מאחר שיש לו נכסים", וכתב הב"י בחו"מ דמשמע שאין דברי הרי"ף אמורים אלא בשלא היה בידו משל היתום כנגד מה שתבעו אבל אם היה בידו משל היתום פשיטא שינכה ממנו מה שהוציא עליו דלא אמרינן בכי הא דלגמילות חסדים פרנסו, וראה לקמן.

כתב הפת"ש (ג) בשם הנו"ב בנידון שרוצה דמי מזונות מהיתומה שהחזיק על שולחנו דזה "מהלכות עמומות והדברים סותרים זה לזה בכמה מקומות" ולכן אם אין לנו הוכחה ברורה שהאפוטרופוס כיון בתורת צדקה, והאפוטרופוס מוחזק בנכסי יתומים, ישבע האפוטרופוס שהיתה דעתו ע"מ לקבל תשלומין וינכה דמי המזונות ממה שבידו, והכל לפי ראות עיני הדיין איך היתה דעת האפוטרופוס בעת שנתן המזונות, ואילו בתשובת רע"א כתב דבזן לאיניש דעלמא בסתם נראה דעת הפוסקים ראשונים ואחרונים דחייב לשלם אולם בזן ליתום בב"י וברמ"א מבואר דאפילו יש ליתום נכסים אפ"ה סתמא לשם מתנה, ומדברי הגהת שו"ע מבואר דאפילו באין ידוע שכיון למצוה ודלא כמשמע מהמחבר, ולא קשה מתשובת הרשב"א והשו"ע לקמן רצ/כה דיתומים שסמכו אצל בעה"ב וזן אותם משלו לא הניח מעותיו על קרן הצבי, דהתם מיירי בענין דמשתדל בכל צרכם דיש לו דין אפוטרופוס ולכן חייבים לשלם, ואף שבתה"ד סימן שמ"ח נראה דס"ל דזן יתום גובה ממנו עכ"פ בהיו נכסים ליתום, מ"מ כיון דלא הביא דברי הרי"ף הנ"ל בודאי י"ל דלא הוה שמינעא ליה, וכיון דרי"ו והב"י העתיקו לדברי הרי"ף בסתימות וקבע כן להלכה בשו"ע י"ל דלא מהני תפיסה, ובפרט אם היתה התפיסה בעדים, אבל אם היה בידו משל היתום פשיטא שינכה ממנו מה שהוציא עליו דלא אמרינן בכי הא דלגמילות חסד פירנסו ואפילו היה בעדים. עוד הביא מחות יאיר גבי אלמנה שהיתה ניזונית בבית אחד מבניה ולבסוף ביקש דמי מזונות ממה שיש לה ואמו או אחיו טוענים שמה שפרנס היה בדרך מצוה, דפסק שאם אין לאם כלום ודאי לשם מצוה עשה ולפנים משורת הדין הוא דעביד, אמנם אם היה לה משלה בעת שזנה אף שלא גילה דעתו שתתן שכר צריכה לשלם בזמן תביעתו דלא עדיפא מאחר בהגהת הרמ"א הכא, ולא קשה מיו"ד רנ"ג דמי שפרנס יתום בתוך ביתו אע"פ שיש ליתום א"צ לשלם דמסתמא כיון לשם מתנה, דשאני התם דאומדן דעת יש שחנם עשה עמו כדי שישאר מעות היתום קיימים כשיגדל לצורכו משא"כ גבי בן לאמו דדרך עולם שתישאר כל ימיה אצל זה שהלכה אצלו ואין כאן לא צדקה ולא חסד אם יש לה, ומכ"ש אחר מותה לגבי יורשים אחרים זולתו כי למה יוותר נגדם, עיי"ש בפרטים.

היה אוכל בבית התבשיל בחינם והזמינו לאכול אצלו ותובע האם חייב?

כתב הש"ך (יא) בשם הרש"ל דאם קרא לאורח הסועד אצל בעה"ב אחר בחנם, פטור האורח בשבועת היסת שדעתו היה לאכול בחנם.

סימן רמז – השולח הפצים לבני ביתו ולא פירש היאך יחלקום

סעיפים א – ב

מי שהיה במדינת הים ושלח בגדים מעורבים או תכשיטים שונים ואמר לשליח שיתנם במתנה לביתו, והיו בהם דברים הראויים גם לבנים ולבנות ואין לו לא אשה ולא בנות, למי השליח צריך ליתנם? נמק.

ב"ב קמג: "ההוא דשדר פסקי דשיראי לביתיה אמר רבי אמי הראויים לבנים לבנים ראויים לבנות לבנות ולא אמרן אלא דלית ליה כלתא אבל אית ליה כלתא לכלתיה שדר ואי בנתיה לא נסיבן לא שביק בנתיה ומשדר לכלתיה".

וז"ל השו"ע ע"פ שם וכלשון הרמב"ם "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, יטלום הבנות. היו ראויים לזכרים ולנקבות יטלו אותם הזכרים (דווקא בזה דאמר 'לבני' דלשון זה משמע טפי לזכרים מלנקבות, משא"כ בסע' ב' שיתנו 'לביתו' דשם יתנוהו לשניהן יחד, וכ"כ הרמ"ה ואינו חלוק עם הרמב"ם, סמ"ע). (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 (וה"ה אם אישה שלחה הנכסים יטלו נשי בניה, רע"א), שהדעת נוטה שלהן שלח, ויש מי שאומר (רמ"ה) דהני מילי דלית ליה איתתא, אבל אי אית ליה איתתא ודאי לדידה שדר, דכגופו דמיא (ש"ך): היינו בסתם אבל במפרש לבניו שבסעיף א' אע"ג דאית ליה איתתא חולקין בנים ובנות".

הרמב"ם והשו"ע כתבו ברישא 'בריא' - ע"פ הירו' דאילו אמר בשעת מיתה אלו לבני אין הבנות בכלל, וכ"כ הרי"ף רשב"ם ורא"ש, וביאר הנ"י טעמא דמילתא משום דבחיינו רוצה לכבד בנותיו כדי שיהיו חביבות על בעליהן אבל בשעת מיתה אינו רוצה לעקור נחלה דאוי' ובודאי לא מיירי התם בדברים הראויים לאלו טפי מאלו דאם כן רישא דירושלמי הוה פליג עם תלמודנו.

ביאר הסמ"ע (א) ברישא דלא מיבעיא כששניהן אינן נשואים או שהבנים נשואים והבנות אינן נשואות דיתנו לבנות הראוי לנקבות, כיון דצרכי בנות על אביהן המשלח הוא, אלא אפילו הבנות נשואות והבנים אינם נשואים, אפ"ה אמרינן דדעתו היתה ליתנו לבנות כדי לחבבן על בעליהן, אבל אם שניהם נשואים ודאי כלותיו קודמין דצרכיהן על בניו בעליהן, משא"כ צרכי בנותיו דיש להן אנשים שיעשו להן צרכיהן וכמש"כ בסע' ב' בשלח שיתנו לביתו, וכ"ש בשלח שיתנו לבניו, אולם הב"ח (ש"ך וקצות) השיג דכיון דמפרש שיתנו לבניו ודאי אין כלותיו בכלל כיון דמיעט אותן דכלותיו אינן בכלל בניו, ודוקא בנותיו הן בכלל בנים אבל לא כלותיו, משא"כ בשלח לבני ביתו דכלותיו בכלל בני ביתו.

מי שהיה לו בנים מאשה אחת ועמד לשאת אשה שניה והתנה עם בניו שהיו לו מהאשה הראשונה שחצי מהירושה יטלו אותו בניו שיהיו לו מאשתו השניה, ונולדו לו מהאשה השניה רק בנות, האם הבנות נוטלות חצי מהירושה או לא?

כתב הרמ"א בסע' א' ע"פ המרדכי "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 השניה רק בנות, אין לבת במקום הבנים כלום" ע"פ משנה נזיר י"ב דבת אינה בכלל בנים דאם אמר הריני נזיר כשיהיה לי בן וילדה בת אינו נזיר, וביאר הסמ"ע דאע"ג דוודאי דעתו היתה שגם בנותיו יטלו חלק דאלי"כ למה לו להתנות פשיטא דבניו האחרונים יטלו חלק כראשונים, מ"מ כיון דמן הדין אין לבנות במקום בנים כלום אין לעקור נחלה דאוי' אם לא שיתנו בפירוש לאחרים בלשון מתנה.

הנתיבות (ב) כתב דהוא תמוה, דהא בלא"ה מה שאמר שבניי מן השניה יטלו הוי כמקנה לדבר שלא בא לעולם דלא קנו, ותיירץ בשם חידושי אנשי שם דכתב זה למ"ד דס"ל דאם אמר בפירוש לכשאמות דקנה, ולפי"ז לדידן, אפילו אם בני השניה הן בנים מרובים, ג"כ לא קנו, מטעם דהוי כמקנה לדשלב"ע.

סעיף ג

הנותן מתנת שכ"מ לבניו ולבנותיו מה הדין? והאם בעלה של הבת יורש אותה אם תמות קודם האב? (ראה רמח"ט)

ע"פ ב"ב קמג: פסק בשו"ע "שכיב מרע שאמר נכסי לבני בלשון רבים ולא היה לו אלא בן אחד ובנות, הכל לבן לבדו (דשכיב מרע אין דרכו להעביר נחלה כדי לחבב בנותיו על בעליהן כבסעי' א', סמ"ע, ואפילו אינן נשואות מ"מ כיון דלאחר מיתתו צריכין ליתן להן עישור נכסים אין דרכו להעביר נחלה יותר מזה, ע"פ תשובת הרא"ש). {וכ"ש אם יש לו בנים רבים דהכל לבנים} ואין הבנות בכלל {ואם אמר בפירוש לבני ולבנותי, הראוי לבנים לבנים, והראוי לבנות לבנות (מרדכי), וכתב התיבנות דאם יש דברים הראויין לשניהם נוטלין הבנים לבדן ואם אין שם כלל דבר הראוי לבנות לבד נוטלים הבנים מחצה והבנות מחצה עיי"ש} וכן אין בן הבן (כלומר מבן אחר שנפטר, סמ"ע) בכלל (אף על גב דבני בנים קרויים בנים, מ"מ בלשון בני אדם אינו כן, סמ"ע). {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)}. יש מי שאומר (רמ"ה) דאי לית ברא אלא בר ברא ודאי אבר ברא קאמר {אפילו אם יש לו בנות (ריטב"א, וכתב הסמ"ע דמדובר שהיה שכ"מ, דאי בשעה שהיה בריא אמר כן והיו לו בנות ובן הבן, אזי הבנות יטלו הראוי לבנותיו), מיהו אם אמר ליתמי, הבנות בכלל, כן נ"ל מתשובת הרא"ש (פת"ש: ישנה בזה מחלוקת בפוסקים), והוא הדין אם אמר ליוצאי חלציו (מהרי"ו)}."

כתב בשבות יעקב (פת"ש ג) אודות שכיב מרע שצוה מחמת מיתה ליתן כל ספריו לבנו ולא היה לו בן רק בן חורגו צורבא מרבנן ובן הבן, והביא דכתב הטור בסימן רנג/כט (דלא כיש אומרים) דת"ח קודם אא"כ ידוע שדעתו יותר קרובה על שכינו או קרובו ששמו כן (עיי"ש) וא"כ בנידו"ד אי הדבר שקול למי ציוה י"ל ג"כ דתלמיד חכם קודם אף שבן הבן ראוי ליורשו, אלא שדברי הטור לא ברירין כל כך להשיג על הי"א, ועוד מעיקרא דדינא פירכא דבנידון שלפנינו נראה דאין להסתפק כלל ולומר שכונתו על בן חורגו, דמהיכי תיתי לומר כן שבן חורגו יקרא בנו והרי הריטב"א והשו"ע כתבו הכא דהיכא שאין לו בנים ויש לו בני בנים וגם בנות, ואמר נכסי לבני, דמשום בני בנים קאמר שהם ראויים ליורשו, וא"כ כ"ש נגד בן חורגו דהוא אחר ממש שאין לו שום קורבה עמו, אך סיים דאמנם אם זה בן חורגו נתגדל בביתו צ"ע לדינא, דהא כתב הרמ"א בסימן מב/טו מי שמגדל יתום בתוך ביתו וכתב עליו בשטר בני לא מקרי מזוייף וכשר הואיל וגדלוהו ראוי לכתוב כך.

[האם הלשון 'בני בניו' כולל דור רביעי?]

כתב הפת"ש (ב) דבתשובת המב"ט הסתפק אי דור רביעי הוי בכלל לשון בני בניו, וכתב השב"י דטעם ספיקו בזה הוא מכח לשון המקרא בירידת יעקב למצרים 'בניו ובני בניו אתו' ושם היה דור רביעי בכלל כמבואר בפס' י"ב, אך כתב דלית בזה ספיקא כלל כי ממקרא זו אין הכרע כלל ויש כמה ראיות מהמקרא להיפך ועוד דאף אם נאמר דכן הוא בלשון תורה מ"מ בצוה וכה"ג דאזלינן בתר לשון בני אדם, אין בכלל אלא מה שבפרט בן בנו ותו לא. גם במשכנות יעקב כתב בפשיטות דאין בכלל נכד רק בן הבן לבד ולא בן הנכד, והוא דבר מפורש בכתוב גבי שבועתו של אבימלך 'אם תשקור לי ולבני ולנכדי ומתרגמינן ולבר ברי, וכן מצינו במגילה י' 'והכרתי לבבל שם ושאר נין ונכד' ודרשינן נכד זו ושתי שהיתה בת בנו של נבוכדנצר, ואם באנו לספק שמא בלשון בני אדם גם הם נקראים נכדיו, מניין לנו לעשות הספק הזה, אדרבה גם בלשון בני אדם הרוצה להזכיר נכד הבן הוא מוסיף תיבה אחת בלשון אשכנז 'אור אייניקלי' וגם אין לנו לעשות ספיקות בלשון בני אדם להוציא מלשון תורה מה שלא מצינו בש"ס. עוד כתב שם גבי צוהה שכתב בה "לנכדיו שלו נישא" דאינו כולל נכד שנשא אף שנפטר אשתו בחיי הנפטר, ואינו כולל נכד שנולד אחר כתיבת הצוהה.

בנו"ב דן בצוהה שהניח קרן קיימת ופירות ללומדי תורה עד בני רבעים מזרעו ואח"כ יופסק דבר זה ויחולק הקרן בין 'נכדיו דור רביעי' שהיו באותו פרק, ובהגיע דור רביעי של המנוח הנ"ל והוא בכלל, נחלקו היורשים עם הלומדים מקבלי פרס מהרוחים, שהיורשים טוענים שהמה הדור הרביעי שהזכיר המצוה ומביאים ראיה מ'דור רביעי ישובו הנה', והלומדים טוענים שמספר הדורות מתחיל מיוצאי

יריכו וא"כ המה דור שלישי ומביאים ראיה מזכריה מלך ישראל שנחשב בני רבעים ליהוא במלכים ב' ט"ו שזכריה היה חמישי מיהוא, והשיב דהדין עם הלומדים, עיי"ש באריכות דתליא במח' רש"י והרמב"ן עם האבן עזרא ב'דור רביעי ישובו הנה' ואיך נעזוב פירוש רש"י והרמב"ן ראשי הפרשנים והפוסקים ונסמוך על פירוש האבן עזרא (וקצת חידוש שלא הזכיר שהרמב"ם בפיחמ"ש לעדיות מפרש כפירוש האבן עזרא, פת"ש), ועוד שגם לפירוש הרב אבן עזרא אין ראיה ששם דיבר הקב"ה לאברהם שהדור רביעי מהגרים ישובו ולכן יש לפרש שגם גר הראשון בכלל מספר הדורות, שכולם דורות של אברהם הם, אבל אם האדם עצמו מדבר בעדו או שאחר מדבר אליו ומזכיר דורות, ודאי אין המדבר או זה שמדברים אליו בכלל דורות יקרא.

סעיף ד

מחלק נכסיו מחמת מיתה, וכתב שיחלקו יתומי אחותו ויש בהם בנים ובנות, גדולים וקטנים, האם כולם בכלל?

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "מי שחלק נכסיו מחמת מיתה וכתב והשאר יחלקו ב' אחיותי ויתמי אחותי, ויש ביתומי אחותו זכרים ונקבות גדולים וקטנים (שלא מצינו חילוק בתלמוד בלשון יתומים שיצאו גדולים מכלל יתומים, סמ"ע), כולם בכלל, אפילו נקבות נשואות", ודלא כרשב"א החולק דאין הבנות בכלל.

סעיף ה

הנותן מתנת שכ"מ לבניו ולאדם זר כיצד מחלקים את הממון ביניהם?

ב"ב קמג. "ההוא דאמר לדביתהו נכסי לך ולבניך אמר רב יוסף אשתו קנאי פלגא אמר רב יוסף מנא אמינא לה דתניא והיתה לאהרן ולבניו מחצה לאהרן ומחצה לבניו" ואיפסיקא הלכתא כרב יוסף, וכתב הרא"ש דטעמא דרב יוסף אינו מפני חשיבותו של פרט לומר שכיון שהזכירו ופרטו החשיבו כנגד הכלל דאי הכי מאי מקשינן עליה מהרי עלי מנחה מאה עשרון להביא בשני כלים דהתם לא גילה בדעתו לחשיבותו של כלים כלל ולא שייך התם למימר שכיון שפרטן החשיבו, אלא עיקר טעמיה דרב יוסף לומר שכוונתו היתה לחלק נכסיו כפי חילוק דברין וכיון שהוא עשה שני חלקים מדבריו האחד ליד והשני לבניך יש לנו לחלק נכסיו בשני חלקים כמו שאמר וקנה מחצה, ולפי זה נמי אלו אמר נכסי לראובן ושמעון ולבני פלוני נוטלין ראובן ושמעון מחצה ובני אותו פלוני מחצה וכ"ד הרמב"ם, ודלא כרמב"ן הסובר דלעולם אין הכלל נוטל אלא כאחד מן הנפרטין דסובר דכי אמרינן קנה פלגא מפני חשיבותו של פרט כיון שהזכירו בפירוש.

וז"ל השו"ע כרא"ש "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 {וכן הדין בשאר דברים (נ"י), כגון שאמר הלו לפלוני ולבני פלוני וכן בכל תנאי, סמ"ע}, ולכן איש ואשה שהתנו ביניהם ששם ימות אחד מהן יחזרו הנכסים לקרוביהם, קרוביו נוטלין החצי וקרוביה החצי (הגה"מ)".

שכיב מרע שאמר נכסי לקרובי או לקרובותי מי נכנס במסגרת קרובים?

כתב הב"י בשם הריטב"א (בני"י) דהאומר לקרובי או לקרובותי יש בכלל כל הקרובים שהם פסולים לו לעדות ודבר פשוט הוא, והובא בבאה"ג (סע' ג). הקצות (ב) הסתפק ע"פ התוס' בב"ב ל"ג האם אמרינן כל הקרוב קרוב דאילו כן כל הקרובים הפסולים לעדות שוין וא"כ אחיו עם שני בשני שוין, ובנתיבות כתב בפשיטות דאין אומרינן בזה קרוב קרוב קודם.

כתב הפת"ש (ה) בשם תשובת החת"ס דפסק בדבר עשיר ששבק חיים וציוה לפני מותו כי חמש מאות זהובים יחולק לעניים קרובים הדרים בעיר פלוני ובאותה העיר לא נמצא קרובים פסולים עדות כי אם ב' או ג' ואומדן דעת שלא נתן סך רב כזה לב' או ג', וגם היה לו לפרש בהדיא, ולכן פסק שיותן גם לרחוקים יותר, היינו גם לרביעי ברביעי שנקראו קרובים בלשון בני אדם וכמ"ש בסדר הגט (אחר

סימן קנ"ד באבן העזר, אך הסתפק אם נמצאו במקומות אחרים קרובים שלישי בשלישי א"כ יש אומדנא בהיפוך דמסתמא לא נתכוין אלא לשני בשני ושלישי בשלישי שבאותו מקום שצוה לחלק מעותיו (פת"ש: כזה יש להסתפק באם במקומות אחרים יש שניים דנימא דלא ינתן רק לשניים שבאותה עיר ולא לשלישים מהאי סברא הנ"ל, ואפשר דבכה"ג אין ספק כיון שזה אומדנא גדולה דלא נתן סך רב לב' או ג' וצ"ע). עוד דן שם בגדר 'עניים' דהמפרנסים עצמם כל יום מיד לפה אבל אין להם קרן קצוב דדבר פשוט שהם בכלל עניים שאפילו מגבאי צדקה היו מותרים ליטול, אלא כיון שאמר קרוביו העניים י"ל כי היכי דבקרוביו הקרוב קרוב יש לו מעלה יתירה ממי שהוא רחוק ממנו ה"נ העניים מי שהוא עני יותר יש לו קדימה יותר ומחלקי הצדקה ההיא יתנו עיניהם לחלק לפוס הקורבא ולפי רוב העניות גם את זה לעומת זה. עוד דן שם בתשובות אחרות באמר בלשון הצוואה 'דיזעס געהערן אן מיינע ארמע פערוואנדטע' [אלה שייכים לקרובים העניים שלי] ונסתפק אם גם קרובי אשתו בכלל ונטה שלא, עיי"ש בפרטים.

סימן רמח - הנותן מתנה לחבירו ואמר ליה ואחריו לפלוני

סעיפים א - ב

ק"ל נכסי לך ואחריו לפלוני אין לשני אלא מה ששייר ראשון. האם יש חילוק בזה במתנת בריא למתנת שכיב מרע? האם יש חילוק אם הראשון ראוי ליורשו או זר? מה הדין אם גם השני ראוי ליורשו?

ברייתא ב"ב קלו: "נכסי לך ואחריו יירש פלוני ואחריו יירש פלוני, מת ראשון קנה שני מת שני קנה שלישי". **קבט:** "שלח רב אחא בריה דרב עזירא לדברי רבי יוחנן בן ברוקא (האומר -) נכסי לך ואחריו לפלוני וראשון ראוי לירשו אין לשני במקום ראשון כלום, שאין זה לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק".

וז"ל השו"ע ע"פ הרמב"ם והא דרב אחא בר עזירא דוקא בשכיב מרע אבל במתנת בריא לא אמרינן דאין לה הפסק אלא יש לשני מה ששייר ראשון - "שכיב מרע שאמר נכסי לפלוני ואחריו לפלוני (וה"ה אם אמר נכסי לך ואם תמות לפלוני, סמ"ע - ר' יונה) 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 (ר"ן...)}, שכל לשון מתנה ליורש הרי הוא כלשון ירושה (כגאוניס, ודלא כרשב"ם דס"ל דדוקא באומר נכסי לך סתם הוא דאמרינן שכיון שהוא ראוי לירש אינו לשון מתנה אלא לשון ירושה ומשום הכי אין לה הפסק, אבל אם אמר לו לשון מתנה מפורש אע"פ שהוא ראוי לירשו מתנה היא ויש לה הפסק), וירושה אין לה הפסק ואף על פי שיאמר ואחריו לפלוני. { (ריב"ש -) ואם עשה הצוואה במקום שנהגו לדון בערכאות של עכו"ם (דלא אמרינן התם ירושה אין לה הפסק) ובאו אח"כ למקום אחר [לדון בדיני ישראל, לא אמרינן דירושה אין לה הפסק (קצות: התשב"ץ חולק דח"ו להפקיע זכותו ולאבד זכות ישראל, וכ"פ בחת"ס בפת"ש דאילו ראה רמ"א דברי תשב"ץ לא חלק עליו ונראה דהריב"ש נמי לא אמרו אלא בעובדא דיליה) }, אבל הברייתא שנתן מתנת בריא (וה"ה בשכ"מ אם אמר מהיום וכ"כ הרמ"א בסעי' ז', ש"ך, וכ"פ בשו"ת רע"א בפת"ש אף שלא הסכים לראיה מסעי' ז') על דרך זה וכתב ליה נכסי לך ואחריו לפלוני, אין לשני אלא מה ששייר ראשון, אפילו היה הראשון ראוי ליורשו (כיון דבריא אין יכול להנחיל רק מדין מתנה ולא משום ירושה, ה"ה). (ב) (רמב"ם -) שכיב מרע שאמר נכסי לך ואחריו 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 (ובכך מיירי הברייתא בדף קכ"ט האומר תנו שקל לבני בשבת וכו', והקשו הרא"ה על שיטת הגאונים מגמ' זו, ולדעת הגאונים והרמב"ם יש להעמיד בכה"ג שפירש ואמר וכו', ה"ה), (ה"ה ע"פ הברייתא בקבט. וכנ"ל -) לפיכך אם נתן המעות ע"י שליח ואמר (לגירסת הש"ך 'או שאמר' וכדלקמן) תנו לבני שקל בכל שבת ולא משום ירושה אני נותנה להם והנשאר מהנכסים אחר מותם יהיה לפלוני, אין נותנים להם אלא שקל, אע"פ שאינו מספיק להם (והרמב"ם לא הסכים לתירוץ הר"ן הראשון דהברייתא מיירי דמסרו ביד שליח ולא בא ליד הבנים לזכות בו מעולם, סמ"ע) {וע"ל סימן רנ"ג סעיף ו' }.

כתב הש"ך (ה) דהגירסא בסיפא גבי שליש היא 'או שאמר' (ודלא כסמ"ע ז', נתיבות) כלומר דכשנותן המעות ע"י שליש אפילו אמר סתם בלשון מתנה מהני וכ"ד הבי"י, וביאר הקצות (א ה) דנהי דמשום מתנת שכיב מרע לא מהני כיון דירושה אין לה הפסק אבל משום מצוה לקיים דברי המת צריכים לקיים, והנתיבות (ו) חלק דלא שייך בזה מצוה לקיים דברי המת כיון שלא זכה זה אלא מכח הראשון.

כתב הנתיבות (ה) דדעת המהרי"ט דדווקא בבן בין הבנים הוא דמהני פירוש ועקירה כיון שאותה התוספת שנותן לו אינה ראויה לו משום ירושה של תורה אלא כשאביו רוצה להנחילו ולזכותו בזה יתר על אחיו ולהכי מהני ליה מה שמפרש דאין כונתו במתנה זו להנחילה אלא במתנה הוא נותן לו, אבל היכא שאין שם יורש אלא הוא כיון דמדן תורה הוא יורש את הכל לא אמר כלום דנחלה ממילא אתיא ליה היכי מצי עקר ולומר לא משום ירושה אני נותן, דבירושה אין אנו צריכין למתנתו ולא לדיבורו, וכי אתני בהדיא שתיקור הירושה ממנו, מי מעקרה באומר לא יירשני בני, מידי מששא אית ביה וכו', אך כתב הנתיבות דמסתיתם הפוסקים שלא חילקו בזה, משמע דאין חילוק, עיי"ש.

כתב הפת"ש (א) דבתשובת רע"א הסתפק באמר נכסי לבן אחי ואחריו לפלוני ובאותה שעה היה אחיו חי ואח"כ מת אחיו קודם שמת המקבל בן אחיו אם גם בזה אמרינן דבשעת הנתינה השני לא בן ירושה אמרינן דנחלה אין לה הפסק, דאף דהריב"ש כתב דבאומר נכסי לפלוני ואחריו לבני דאינו יכול להפסיקו ממנו, י"ל דוקא היכא דבשעת מתנתו היה ראוי לירש בזה אמרינן דזוכה משום ירושה, אבל כל דבשעת נתינה לא היה ראוי ליורשו וכבר חל עליו שם המתנה לענין אם יהיה אחיו חי דמ"מ יקח הוא הנכסים מדין מתנה בזה י"ל דיש לה הפסק, או דנימא דכל שעתה בשעה שהנכסים בידו היה ראוי לזכות בהם משום ירושה זוכה בהם משום ירושה ואין לה הפסק, וסיים בצ"ע.

נכסי לך ואחריו להקדש ומכר הראשון האם מה שעשה עשוי או אמרינן כל דלהקדש ככתובים וכמסורים דמי? היש חילוק בין הקדש להקדש בדין זה?

עמ"ש"כ המחבר ברישא "ואם היה הראשון ראוי ליורשו כגון שהיה בן מכלל הבנים אין לשני כלום" הוסיף הרמ"א ע"פ תשובת הרשב"א "וכן אפילו הקדישה אחריו של ראשון אין להקדש כלום", וכתב הסמ"ע דמשא"כ אם התנה באם יצא בנו מהבית יזכו בו עניים אזי מיד שיצא מהבית זכו בו עניים כ"כ בתשובת הגאונים, ודלא כב"י דתמה על תשובה זו דכיון דחשיב להאי מילתא כאומר נכסי לך ואחריו לפלוני כי נפקי בני ראובן אמאי קם ליה בחזקת עניי הא כיון דזכה בה ראובן היורש אין לו הפסק וכי נפקי מיניה איתתיה ובניה מאי הוי, והדרכ"מ כתב דטעם התשובה דאם יצאו מן הבית לאלתר זכו העניים דלא עדיפי הבן והאשה מראובן עצמו דאם יצא מן הבית זכו בו העניים ובאופן זה נתנו לו, אבל אם נתנו לראובן סתמא ואחריו להקדש סתמא גם יורשיו היו זוכין בו סתמא.

סעיף ג

ע"פ שם קכט: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "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 (ה"ה), כלומר אם כבר באו הנכסים ליד השני אחר מיתת הראשון ומת השלישי בחיי השני, נשאר הנכסים ביד יורשי השני, סמ"ע}. אע"פ 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 הלוקחות, שאין לשני לא מהגוף ולא מהפירות אלא הנשאר. וכל המשיא עצה לראשון למכור, נקרא רשע (סמ"ע): ברשב"ם כתב בהדיא דאם הראשון עצמו מוכר אף דעשה איסור מ"מ לא נקרא רשע עבור זה, כיון דנתנו לו במתנה גמורה כל ימי חייו ולהנאתו מכרו או נתנו, משא"כ המשיאו עצה דלא לו ההנאה, ודלא כלבוש דכתב המוכר עצמו מכ"ש דנקרא רשע. ואפילו היו בהם עבדים והוציאם הראשון לחירות (כלומר ועבר על 'והתנחלתם אותם', סמ"ע), או כלים ועשאים תכריכים למת (מייירי שזרקן על המת יותר מהצריך דליכא בו צד מצוה וממילא יש בו עבירה דבל תשחית ומנוול המת ומרבה עליו הרימה, סמ"ע ע"פ הני"י), מעשיו קיימים (דהו"א דאין מעשי הראשון בזה קיימין, דדעת הנותן לא היתה למיעבד איסורא בממונא ולעשות איסור הנאה חנם, סמ"ע). {נתן לראשון הנכסים לעשר שנים ואחר כך לפלוני, ומכרן הראשון, השני מוציא מיד הלוקחות (לאחר י" שנים, סמ"ע) שהרי לא נתן לו מתנה גמורה רק לזמן (ר' יונה, אולם דעת הרמב"ן כיון דהנותן סילק נפשיה לגמרי מנכסים אלו הוי כמו אחריו לפלוני ואם מכר ראשון מכרו מכר, קצות)}. "

עמש"כ הרמ"א בשם הרב המגיד דכן דין השלישי עם השני, כתבו **הקצות** (ו) ו**הנתיבות** (ז) דהרמב"ן כתב דהיינו דוקא באומר ואחריו לפלוני ואחריו אחריו לפלוני, דבזה כי אתי שלישי בתר שני דוקא, ואם מת שני בחיי ראשון יחזרו ליורשי ראשון, אבל באומר נכסי לך כל ימי חייך ואחר מיתתך לפלוני ואחר מות שני לשלישי, כיון דלא הזכיר לשון ואחריו בזה אמרינן מת שני בחיי ראשון ינתן לשלישי.

סעיף ד

ב"ב קלז: "ההיא איתתא דהוה לה דיקלא בארעא דרב ביבי אקנייתה ניהליה כל שני חייו אזל רב ביבי אקנייה לבנו קטן [לבנו], אמר רב הונא בריה דרב יהושע אפילו רבן שמעון בן גמליאל לא קאמר אלא באחר אבל לעצמו לא", וז"ל השו"ע ע"פ הרמב"ם "בד"א, כשמכר הראשון או נתן מתנה לאחרים, אבל אם מכרם לאחד מיורשיו או נתנם לו במתנה, לא עשה כלום" וביאר ה"ה דמפרש הרמב"ם דלא קאמר רשב"ג אין לשני אלא מה ששייר ראשון אלא שנתן ראשון לאחר אבל לעצמו כגון שנתנם למי שראוי לירשו שהוא כעצמו לאו כל כמיניה, והטעם שכוונת הנותן כשאמר ואחריו לפלוני לא היה בדעתו שיוכל המקבל הראשון לתתם לבניו או ליורשיו שאם כן לא עשה ולא כלום בשירותו שכל מה שיש לאדם הוא נותן לבניו אבל כשאינו יכול לתתם לבניו או ליורשיו אע"פ שיכול לתתם לאחרים אין אדם חוטא ונותן לאחרים ובנו כלעצמו, וכתב דנראה דגירסת הרמב"ם 'בנו' ולא 'בנו' קטן, ודלא כפירוש השני לגמ' בר"ן (ע' ב"י), והביאו הסמ"ע (טו) וביאר סיפא דדבריו שכתב 'אע"פ שיכול ליתנו לשאר בני'א אין אדם חוטא ונותן לאחרים', דאין ר"ל דאין אדם חוטא ולא לו דא"כ תינח מתנה אבל במכר שמכרו וקיבל דמיו מאי איכא למימר, ועוד דגם מתנה מחשב כמכר דאין אדם נותן מתנה לחבירו כי אם קיבל ממנו הנאות, אלא כונתו דלא חשדו הנותן שיחטא זה הראשון ליתנו או למכרו לאחרים כיון דאיסור יש בדבר לשנות דעת הנותן אבל ליתנו לבניו דרך בני אדם ליתן.

וע"פ מימרא דרבי יוחנן בב"ב קלז. פסק בשו"ע "וכן אם נתנם מתנת שכיב מרע אפילו לאחרים, לא עשה כלום, שאין מתנת שכיב מרע קונה אלא לאחר מיתה, וכשימות יקדם השני לזכות", וביאר הסמ"ע (טז) בשם הרשב"ם הטעם דהנותן באחריו לפלוני, כונתו דמיד שאין הראשון צריך לנכסיו הללו יזכה בהן השני אחריו, והיינו משעה שמתחיל הראשון להיות גוסס, אבל סתם אדם הנותן ממנו מחמת מיתה, כונתו שלא יצא הממון מתחת ידו למקבל עד שתגמר מיתתו, נמצא דחל קנין אחריו לפלוני בשעה דהראשון גוסס קודם שחל המתנה דהראשון למקבל ממנו דהיינו אחר יציאת נשמתו.

כתב הש"ך (ז) דאם הוציא השכ"מ הדבר מתחת ידו כגון שנתנו לשליש מתנתו קיימת דקונה מיד.

סעיפים ה – ו

[היה החוב על הראשון או כתובת אשה ובאו לבית דין ליפרע מנכסים אלו, מה הדין?]

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "היה החוב על הראשון או כתובת אשה, ובאו לבית דין ליפרע מנכסים אלו, אע"פ שהראשון קיים אין ב"ד מגבים אותם מגוף הנכסים, אלא מהפירות בלבד שמין להם. (ו) מת הראשון, ובא בעל חובו ואשתו לגבות מנכסים אלו, אין מגבין להם כלום (דלאחר מיתתו אפילו הפירות אינו גובה מנכסים הללו ומשא"כ בחיי כנ"ל, סמ"ע), אפילו עשאן אפותיקי או שיחדם לאשתו בכתובתה אינם גובים מנכסים אלו כלום אלא הרי הם של שני {וכן נראה עיקר (ה"ה), ואף דלא מצא מקור לדברי הרמב"ם אך פשוט הוא דכל שלא מכר או נתן לגמרי שא"א לסלק הקונה במעות ודאי זכה שני וכיון שכן בשעבוד הרי יכול לסלק מי שנשתעבדו לו במעות דאי לא כשאמרו למכור יאמרו לשעבד דעדיפא ליה טפי שאינו מסתלק עתה לגמרי), אע"פ שרבים חולקים (מהר"ם ורא"ש, משום דכתובה חל שעבודו מחיים וקדמה לאחריו והוי כשאר לוקח שלקח מן הראשון שמקחו קיים)".

כתב הסמ"ע (יז) דנראה פשוט דאם הלוח עצמו הגבה למלוה שלו בחובו או לאשתו בכתובתה דמה שעשה עשוי, דלא גרע הני מאם עבר ומכר, ואין לומר בזה דשומא הדרא ואין למלוה עליו אלא שעבוד, דהא אם הגבהו הלוח למלוה שלו ברצונו נתבאר בטוש"ע סימן ק"ג דאינו הדרא.

סעיף ז

מה הדין אם אמר ואחריו לפלוני מעכשיו?

בב"ב קכה: מבואר דדעת רב הונא דכל האומר 'אחריו' כאומר מעכשיו דמי וימעכשיו מועיל להקנות לשני ולהפסיק הירושה, ודעת **הרי"ף** **רמב"ם** ו**רא"ש** לדייק מרב הונא דאין הלכה כמותו אבל למדנו לענין 'מעכשיו' - וכ"פ **בשו"ע** "אין כל דברים הללו אמורים אלא באומר ואחריו לפלוני, ולא אמר מהיום, אבל אם אמר ליה **ואחריו מהיום לפלוני**, ומכר הראשון, השני מוציא מיד הלקוחות (דאין לראשון בנכסים אלא הפירות והגוף מהיום לשני ואין כח ביד הראשון למכור לאחרים מה שאין לעצמו זכות בו דהיינו הגוף, **סמ"ע**)", וכתב **הרמ"א** "וי"א (**מיוחסות לרמב"ן**) דלא אמרינן בכי האי גוונא דירושה אין לה הפסק (כנ"ל דלא זכה היורש בגוף מעולם, אלא מעכשיו ניתנו הנכסים ליורשים אלו אלא שתלה מתנתו להם בדבר ולומר לכשתמות הבת מעכשיו יהיו הנכסים נתונים ליורשי וזה ברור), ויש חולקין (תשובת **הרשב"א**) וס"ל דאין לחלק (שכל שזכה בו הראשון ירושה היא ואין לה הפסק) בין אמר מהיום או לא (דאי לא תימא הכי רב הונא דאומר אחריו כאומר מעכשיו דמי פליג אדרב אחא בר עזריא ואם איתא מאי מותיב מינה הכא לכולהו דילמא הני נמי כרב הונא סבירא להו באומר אחריו דכאומר מעכשיו דמי ודאי שמעינן דבראשון ראוי לירשו אפילו באומר מעכשיו עיי"ש, וביאר **הסמ"ע** דסוברים שאומרים בירושה אין לה הפסק אפילו בכה"ג כיון דעכ"פ זכה בפירות כל ימי חייו זכה גם בגוף אבל ג"כ מודים דאין כח ביד הראשון למוכרו, והקצות כתב דטעמא דיש חולקין משום דס"ל דגם באומר ואחריו מעכשיו נמי אית ליה לראשון קנין הגוף ויכול למוכרו אלא דהוי כאילו התנה דאם שייר הראשון יהיה לאחריו מהיום), אבל הסברא ראשונה נראה עיקר".

המשיך **השו"ע** (לשיטתו דאין הראשון זוכה אלא לפירות) ע"פ **הרמ"ה** "וכן אם מת שני בחיי ראשון, יחזרו ליורשי שני, ואם הם שלשה, ואמר לראשון ואחריו 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".

כתב **הרמ"א** "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 (**ריב"ש** **וטור** ע"פ הגמ' דרב ביבי דלעיל בסע' ד). אחריו ליורשי והיה לו בת ומתה בחיי המקבל והניחה זרע, זרעה עומד במקומה (דווקא אותן שהיו לה בשעת אמירה אבל לא מה שנולד אחר כך, נתיבות). אבל אם אין לה זרע, אין שאר יורשיה עומדין במקומה אלא אם כן אמר מעכשיו ליורשי, דאז זכתה הבת מחיים (אם אין לבת בעל, **סמ"ע**) (**ר"ן** **וטור** ולקמן סע' ט). 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 (**הג' מרדכי**) כן נראה לי. אמר נכסי לך ואחריו ליורשי י"א (**ר"ן**) דהוי כאילו אמר ואחריו לפלוני ואם מתו יורשיו בחיי המקבל אין יורשי יורשיו נוטלין כלום **א"כ** אמר ואחריו ליורשי **מעכשיו**, ודוקא שאמר אחריו ליורשי, אבל מה שכותבין בשטרות לך וליורשיך אינו אלא לשופרא דשטרי (**א"כ** ה"ל כשאר שופרי דשטרי שכותבין שיהא לו רשות למכרן ולמשכן ולעשות בו כל חפצו ור"ל דהרי הוא של זה שנתנו לו ויכול למכרו וליתן לכתחילה ולהגבותו לבע"ח ככל שאר קנינים שלו, **סמ"ע**) ויש חולקין (תשובת **הרא"ש**, ולא קאי עמש"כ 'אבל מה שכותבין' דזה דברים חלוטים אלא עמש"כ לפני כן גבי 'ואחריו ליורשיך מעכשיו', **פת"ש**)).

עמש"כ **הרמ"א** ברישא דזרעה עומד במקומה כתב **הסמ"ע** (כז) דה"ה זרע זרעה לדורות, דכל האומר ליורשי דעתו על היורש המוקדם שראוי ליורשו מן הדין, וכיון שהיה לו בשעת אמירה והנתינה בן או בת, דעתו היתה עליהן ועל כל יוצאי חלציהן, שהן הן מוקדמין ליורשו אפילו קודם אביו של הנותן וכ"ש קודם אחיו ובני אחיו, וכיון דקיי"ל כרי"ף ו**הרמב"ם** דאחריו לאו כאומר מעכשיו, אם מתה הבת ולא הניחה שום אחד מיוצאי חלציה, ה"ל שאר קרוביה כאחרים כיון שלא היתה דעת הנותן עליהן, וה"ל כאומר נכסי לפלוני ואחריו לפלוני ומת השני בחיי המקבל, דנשארו הנכסים ביד יורשי ראשון, ואם לא היה לו בשעת אמירה והנתינה בן או בת רק אח, אזי האח עם יוצאי חלציו דינו כדין הבת עם יוצאי חלציה וכנ"ל, דלעולם אמרינן דדעתו באמירתו ואחריו ליורשי למי שהיה באותה שעה ראוי ליורשו ויוצאי חלציו.

עמש"כ הרמ"א בשם הר"ן גבי נכסי לך ואחריו ליורשיך, ביאר הסמ"ע (כט) דלדבריו (ע"פ הבי"י) התנה שיורשי סבתא דהיינו בתה לא תזכה במתנה זו מכח הסבתא אלא מכח הנותן, וכיון שמתה הבת בחיי הסבתא ולא זכתה בנכסים, אף בנה של בת זו אינו זוכה, דהא נותן שוויה לבת זו כאחר, וכיון דאחר אינו זוכה לא הוא ולא יורשיו כל שמת בחיי הראשון, אף יורשי בת זו אינן זוכין, ונמצאו נכסים חוזרים לשאר יורשי הסבתא, והסמ"ע חלק דזהו נגד הגמ' וא"א לישיבה לשום אחת מהגירסאות וג"כ אינו דומה לאומר ואחריו ומת אותו אחר בחיי הראשון, מטעם דכל האומר ואחריו ליורשיך אין כונתו על הבת שהיה לו אז לחוד אלא על כל יוצאי חלציה, וכאילו אמר הנותן מתחילה בפירוש שאחריו יהיה לאותו שהיה קיים היא או יוצאי חלציה, וגם לא נמצא כן בר"ן (ועיי' **נתיבות חי' יז**).

[ביאר הקצות ז) דהרמ"א ס"ל באחריו ליורשי סתמא לא הוי כאומר מעכשיו דנראה כן מדבריו במה שמחלק באחריו ליורשי ואין לבת זרע בין אומר מעכשיו או לא, והא דס"ל באומר אחריו ליורשי דאין הראשון יכול למוכרו, היינו משום דכל לעצמו או ליורשיו הו"ל כמו תנאי דודאי קפיד שיהיה משוייר לעצמו או ליורשיו ומש"ה אם מכר לא עשה כלום, דהא אפילו באומר אחריו לאחר נמי לכתחלה אינו רשאי למכור ומשום דקפיד הנותן שיהיה משוייר לאחריו, אלא דבדיעבד אינו רוצה הנותן שיתבטל משום כך מתנת הראשון, וכעין זה מצינו בתרומת הדשן סימן שי"א גבי מתנה על מנת להחזיר, דכי איתיה בעינא צריך להחזיר גוף החפץ וקפיד לכתחלה, ובדיעבד אינו רוצה שיתבטל ויוצא תנאו בחזרת דמיו, והיכא דאומר אחריו לעצמי קפיד והוי תנאי ממש שיהיה משוייר לעצמו, וכן באומר אחריו ליורשי קפיד בתנאו שיהיה משוייר ליורשיו, וא"כ הרי הוא נותן לראשון הגוף ופירות ואחריו ליורשי היינו בתנאי וכמ"ש, ומש"ה אם מכר הראשון לא עשה ולא כלום דנתבטל המתנה למפרע אם לא יהיה שיוור ליורשיו, אך כתב הקצות דמדברי הפוסקים לא משמע הכי, דהא הך דאחריו ליורשי עיקרא דהאי מלתא הולידו והצמיחו הרמב"ן בחידושו, וחזינן דאתי עלה משום דהו"ל מעכשיו וא"כ ממילא לירושת הבעל הוי מוחזק וכמ"ש הרמב"ן, וכן בהאי דאחריו ליורשי והיה לו בת ואין לה זרע, שאר יורשין עומדין במקומה אפילו לא אמר בפירוש מעכשיו וכמ"ש, כיון דכל אחריו ליורשי הו"ל מעכשיו, והטור דמחלק בכך משום דס"ל הכי באחריו ליורשי דלא הוי כלל במעכשיו ויכול נמי הראשון למוכרו, אלא דוקא באחריו לעצמי הוא דאין הראשון יכול למכור וכמ"ש, אבל לדעת הרמב"ן סתמא מעכשיו הוא].

עוד כתב הרמ"א ע"פ תשובת הרא"ש ש"ר אובן 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, אע"פ שלוי עובר על התנאי זכה בנכסיו מכח שמעון, וביאר הסמ"ע (לב) דאע"ג דבשעה שנתן שמעון ללוי כל זכות שיש לו בה עדיין לא באה המתנה ליד שמעון, מ"מ כיון דראובן כתב בלשון מתנה לשמעון במעכשיו אם יעבור לוי והרי עבר, ה"ל כאילו באה לידו דשמעון בשעה שנתנה ללוי.

< כתב הסמ"ע בשם תשובת הרשב"א (בב"י) בנידון דראובן שהלוה לשמעון ולוי ויהודה בניו מנה ומשכנו לו בתים, ואח"כ מת ראובן, וקודם שחלקו הירושה כתב שמעון ללוי שטר מתנה מכל מה שירש מאביו, עמד לוי ותבע משמעון הנותן חוב זה, ופסק דהדין עם שמעון, מפני שעם גמר מיתתו דהאב זכה במה שהיה חייב לאביו ונמחל שעבודו מקודם.

סעיף ח

ע"פ מימרא דאבבי **כתובות פה: פסק בשו"ע** 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 כאילו אמר לה בפירוש אחריו יקנה פלוני, לא הבעל, לפיכך אם מכרה נכסים אלו כשהיא תחת בעלה, ומתה תחת בעלה, יעמדו הנכסים ביד הלוקח".

עמש"כ המחבר בסיפא דנמצא כאילו אמר לה בפירוש, כתב הסמ"ע (לג) דזה לשון הרמב"ם ולשיטתו דמהני כשאמר לה כן בפירוש, אבל לרא"ש והטור דס"ל דהרוצה ליתן לבתו ושלא יהא לבעל ממנו אפילו הפירות צ"ל שגם לבתו אינו נותנו לכל דבר כי אם לדבר פלוני וכטושי"ע באבן העזר פ"ה, צ"ל דה"נ הו"ל כאילו אמר לאשה על דרך זה, אך כתב דמיהו י"ל דוקא התם דנותן לבתו להיות לה

עולמית צריך להתנות כן אם רוצה שלא יהא לבעלה אפילו הפירות, משא"כ הכא דלא נתן לה עולמית שהרי א"ל ואחר כך לפלוני.

סעיף ז

הנותן מתנת שכ"מ לבניו ולבנותיו מה הדין? (ראה רמז/ג) והאם בעלה של הבת יורש אותה אם תמות קודם האב?

ב"ב קכה. "ההוא דאמר להו **נכסי לסבתא** ובתרה לירתאי (גירסת הרשב"ם), הויא ליה ברתא דהוה נסיבה שכיבה בחיי בעלה ובחיי סבתא, בתר דשכיבה סבתא אתא בעל קא תבע אמר רב הונא לירתאי ואפילו לירתאי ירתאי רב ענן אמר לירתאי ולא לירתאי ירתאי, שלחו מתם הלכתא כוותיה דרב ענן ולא מטעמיה הלכתא כוותיה דרב ענן דבעל לא ירית ולא מטעמיה דאלו רב ענן סבר אף על גב דהוה ליה ברא לברתיה לא ירית ולא היא דאלו 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 אמר רב אלעזר.. כל האומר אחר כך כאומר מעכשיו דמי אמר רבא מסתברא טעמא דבני מערבא (דלא סברי כל האומר אחר כך כאומר מעכשיו דמי) דאי קדים סבתא וזבניה זבינא זבינא".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "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, (רי"ף -) ואילו אמר לכשתמות הזקנה הרי הם לבתו מעכשיו, והיה הבעל יורש אותם אחר מיתת אשתו (ואף קודם לזרעה, סמ"ע)".

סעיפים י – יא

[מה הדין באומר שנותן לחבירו 'כל המטלטלים' לגבי עבדים, ומה הדין באומר 'נכסי לפלוני' גבי ס"ת וספרי קודש?]

ע"פ **ב"ב קנ. - קנא.** וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "הנותן מתנה (שכ"מ וה"ה בריא ע"י קנין, רשב"ם) ואמר **מטלטלין שיש לי לפלוני**, נוטל כל כלי תשמישו אבל לא חטין ושעורים וכיוצא בהם (וכל שכן עבדים, באה"ג), ואם אמר **כל המטלטלים שלי**, נוטל הכל והעבדים בכלל המטלטלים (בעיא שם אם הא דכל מיילי דאוי דין מקרקעי יש להם מיוהתנחלתם אבל לענין לשון בני אדם מי קרו להו מטלטלי וישנו בכלל מתנות מטלטלין שהרי מטלטלי הוא או לא, וכתבו הרי"ף והרא"ש דנפסק כמטלטלין בדף קכ"ח, ודלא כרמ"ה דכיון דלא איפשיטא הוה ליה ספיקא והמוציא מחבירו עליו הראיה, ודלא כנ"י בדרכ"מ דלא קנה אפילו אמר מקרקעי ומטלטלי דאין עבדים בכלל עד דאמר נכסי, אבל לא רחיים התחתונה וכיוצא בהם, שהרי היא מחוברת לארץ. ואם אמר **כל המטלטל** נוטל אף רחיים התחתונה (דאין דרך בני אדם לטלטלה לאחר שהוקבעה במקומה ואף בשעה שרוצה לנקרה מנקרה במקומה, משא"כ רחיים העליונה דבשעה שבא לנקרה ולתקנה צריך לטלטלה וללקחה ממקומה, סמ"ע) וכיוצא בהן. (יא) אמר **נכסי לפלוני** (סמ"ע: כל דבר שרגילין ומותר למכור כשצריכין למעות בכלל נכסי הוא), נוטל כל המטלטלים וכל הקרקעות והבגדים והעבדים והבהמות והעופות והתפילין, עם שאר ספרים (רמ"ה), הכל בכלל נכסים, אבל ס"ת יש בו ספק אם הוא בכלל נכסים אם אינו (בעיא שם "כיון דאסור לזבונן לאו נכסי או דילמא כיון דמזדבן ללמוד תורה ולישא אשה נכסי הוא - תיקו)", לפיכך אם תפסו אין מוציאין מידו {אמר לתת לה בגדיה כל מה שמקרי בגד הוא בכלל, בין בגדי חול בין בגדי שבת (תשובת הרא"ש)}".

כתב הב"י דמה שפסק השו"ע ע"פ הרמ"ה לחלק בנכסי לפלוני בין ס"ת לשאר ספרים כ"כ הריטב"א והנ"י, וטעמא דמסתבר הוא דהא לא אמרו במגילה כ"ז דאין מוכרין אלא ללמוד תורה ולישא אשה אלא בספר תורה אבל שאר ספרים אינם בכלל, ואפילו למה שכתב הטור (יו"ד ר"ע) בשם הרא"ש דהאידינא ספרי מקרא ומשנה וגמרא אין למכרם אם לא ללמוד תורה ולישא אשה, מ"מ לא חמירי כספר תורה ומעשים בכל יום שאדם מוכר ספריו הילכך ודאי הוה בכלל נכסי, אולם הש"ך (יא) כתב דהמבי"ט פסק דאף שאר ספרים לא הוי בכלל לשון מטלטלים.

במג"א (פת"ש ז) כתב דהס"ת דהכא מדובר שנתנו לבית הכנסת לקרות בו דבכה"ג אינו רשאי למוכרו.

כתב **בנו"ב (פת"ש ה)** גבי אחד שכתב "**כל הספרים**" במתנה דכיון שס"ת בכלל ספרים הוא אין כאן שום ספק שס"ת נקנה לו במתנה, ואילו בתשובת **חת"ס** כתב גבי אחד שנתן כל ספריו לשנים מבניו והניח אחריו ס"ת וכתב דלפוסקים דטעמא דהאיבעיא בגמ' משום עוצם חשיבות ס"ת מזהב ואבני בדולח אפשר איננו בכלל סתם נכסי אם לא פירש להדיא ה"נ הוי ספיקא וכיון דהיורשים מוחזקים אין להוציא מחזקתם (ואע"ג דהכא הוי ס"ס ספק כמאן דמפרש טעמא משום דאסור למכור וזה לא שייך הכא, ואפילו את"ל כמאן דאמר טעמא משום חשיבות הא הוי ספק תיקו בש"ס מ"מ לא מוציאים ממון בספק ספיקא) ועוד דהא כתב הב"ח דהיינו דוקא לדורות ראשונים שהיו לומדים מס"ת הרי קמן כונת הנותן שהם יעסקו בתורה בספרים העשויים ללמוד מתוכם משא"כ ס"ת מאי אולמא דהני מהני ע"כ צריך ראייה ברורה להוציא מחזקת היורשים.

עוד כתב **בחת"ס** גבי צואה שכל הספרים לבנו אפס מהספרים שיש לבנו כמותם מכבר יתן אותם לחתנו, ונמצא כמותם הרבה ביד הבן שקנה לעצמו וגם איזה ספרים שנתן לו אביו וטוען הבן שכונת אביו היתה רק על אותן הספרים שיש לו מאביו במתנה ונמצאו, וחתנו טוען שכונת המצוה היתה על מה שיש לבן אפילו מקנת כספו נמצא רוב ספרים לחתנו, והשיב דהדין עם הבן, חדא מטעם אומדנא דלא היתה דעת האב לאעבורי אחסנתא כ"כ הרבה ולהרבות אשמה ושאין רוח חכמים נוחה הימנו, ומכ"ש בספרים דבלא"ה אומדן גדול הוא לטובת הבן שהרי משו"ה תיקנו קדמונינו בשטר חצי זכר לכתוב חוץ מספרים וקרקעות מטעם דנקרא שם הבעלים עליהם ולא יסוב לשבט אחר, ועוד דיד בעל השטר על התחתונה ואין לחתן אלא אותן הספרים הנמצאים בעזבון שכבר ניתן לבן.

כתב **במשכנות יעקב (פת"ש ו)** דמלוה על פה אינו בכלל כל נכסי (וכ"פ **רע"א** בסוף הסימן), והוכיח כן מהגמ' דאמר זוזי איקרי נכסי כו' שטרא איקרי נכסי כו', ואי נימא דהא דזוזי איקרי נכסי הכונה אפילו במלוה על פה, למאי צריך תו למיבעי אי שטרא איקרי נכסי הא כל שטר יש לו מלוה עליו, אלא ודאי דמלוה על פה לחוד לא מיקרי נכסי כלל, וזוזי דאיקרי נכסי הכונה על מעות בעין עיי"ש, אך כתב דאם יש משכון מוחזק בידו יש להסתפק "אבל נראה דגם מזה אין להחליט בבירור שיהיו בכלל נכסי", ולו יהא הדבר במח' שנויה קשה להוציא מיד היורשים בפרט במתנת שכיב מרע דהוא דרבנן.

כתב **בצמח צדק (פת"ש ח)** באחד שצוה בשטר כתובה שכתוב בו שתקח אשתו כל מלבושיה ונמצא בעזבונו עשר אמות משי שקנה עבודה ופסק שם דזכתה האשה, והביא ראייה מדלעיל סימן צ"ז דאין הקדש ובע"ח גובין ממה שקנה לשמה וה"ה נמי אם מת הבעל נוטלת זה שאר מלבושים, ובשב"י השיג עליו (גבי אחד שצוה מחמת מיתה שכל בגדיו ומלבושיו יתנו לקרובו ונמצא בתוך העזבון איזה אמות בגד צמר גמלים שלקחו לעשות מזה בגד חדש) דאין הנידון דומה דהתם בסימן צ"ז הטעם כיון דקנה לשמה הקנה אותו מיד לאשתו אף שלא נעשה עדיין לכן אין ההקדש או בע"ח יכולים להפקיע זכותה, משא"כ היכא דמת הבעל דמסיקנן בכתובות נ"ד דאדעתא למישקל ולמיפק לא אקני לה, וא"כ אין לאשה זו שום זכות במלבושים רק מכח לשון התנאי כתובה שתקח כל מלבושיה, א"כ הולכין אחר לשון בני אדם דלא נקרא מלבושיה אא"כ שכבר נעשו ומוכנים ללבוש, וא"כ הוא הדין בנידון דידן הולכין אחר לשון המצוה ולא זכה קרובו בצמר גמלים, ואפילו כבר נעשה ממנו הבגד אלא שלא לבשו אפילו פעם אחת בחייו, לא ברירא כל כך אי זה בכלל מלבושיו להוציא מיד היורשים, ובעטרת צבי כתב דאם כבר עשה הבגד אע"פ שלא לבשו מחויבים ליתן למקבל.

עוד כתב בתשובת **צמח צדק (שם)** במי שנתחייב לחבירו בשטר ליתן לו בגדים טובים דיכול ליתן לו בינונים, דגם הם נקראים טובים, והביא ראייה מב"ב ס"ט גבי חזינן אי דיקלא טבא הוא כו' ופירש הרשב"ם כלומר מן הבינונים, ועוד דאמרין בר"ה ט"ז ועם צדיקים אל יכתבו זה ספרן של בינונים, אם לא שכתוב בשטר טובים מובחרים או טובים ממש דאז צריך ליתן לו טובים ממש ולא בינונים.

כתב **רע"א** דבבכורים (ב,יא) שנינו דהכותב חתנו ובהמתן לבנו לא כתב לו את הכוי, וברמב"ם פירש דר"ל חיתנו או בהמתו מש"ה הממע"ה אבל בכתב לו שניהם קנה ממנ"פ וכן הוא לפירוש הר"ש שם למאי דפסקין בנדרים י"ט דמעיל בספיקא, וכתב **רע"א** דצ"ע דהשמיטו הפוסקים משנה זו.

כתב **רע"א** ע"פ רשב"א ושבוי"י דאין תפילין בכלל לשון מלבושים דאין דרך ב"א לכללם בלשון מלבושים, ואילו מנעלים בכלל מלבושים.

סעיף יב

כתב לחבירו שנתן לו ד' אמות ואגבן כל מטלטלין וקרקעות, האם קונה הכל ומה הדין אם היה במטלטלין ספר תורה?

ע"פ תשובת הרשב"א פסק בשו"ע "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 דקי"ל החזיק בקרקעות לא קנה עבדים, ולא ספר תורה (דאיבעיא לן ספר תורה מאי וסלקא בתיקו וכיון שכן יד בעל השטר על התחתונה ולא קנה) {מיהו בספר תורה אם תפס אין מוציאין ממנו (טור)}".

סעיף יג

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "הנותן לחבירו כל נכסיו מטלטלי אגב מקרקעי ולא שייר ליורשין אלא חמשה זהובים והיו לו בביתו שטרי חובות, אם מתנת שכיב מרע היתה קנה, דשטרות בכלל נכסים הם (ואין צריך קנין שדבריו ככתובים וכמסורים דמו והוי כבריא שכתב שטר על השטרות בכל יפוי לשון של שטר דהיינו קני לך איהו וכל שיעבודה וגם כאילו מסר השטרות ליד המקבל), אבל אם היתה מתנת בריא לא קנה כיון דלא כתב ליה 'קנה אינהו וכל שיעבודא דאית בהו', ולכן יזכו היורשים (ש"ך: ר"ל: כיון דלא כתב ליה ולא אמר ליה דבאמירה לחוד מהני באג"ק וכן משמע בתשובה ובסימן ס/י, אך לדינא יש לפסוק דבעי כתיבה ומסירה) {תשובת הרשב"א - } 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".

כתב הש"ך (טו) דדברי המחבר ברישא תמוהין דכיון דשייר ליורשיו ה' זהובים לא הוי שכ"מ כדלקמן סימן רנ"ד וא"כ לא קנה דבעי כתיבה ומסירה.

סימן רמט – הנותן מתנה וחוזר בו או הנותן לעבד ואשה

סעיפים א – ה

כתב השו"ע "א) האומר ליתן מתנה מועטת לחבירו וחזר בו הרי זה ממחוסרי אמנה (ב"מ מט. וכרבי יוחנן) {ועיין לעיל סימן ר"ד ס"ח (וסימן רמג/ב בפרטים גבי מתנה מועטת ומתנה מרובה, סמ"ע)}. (ב) עכו"ם שאינו גר תושב אסור ליתן לו מתנה (ע"ז כ. וכרבי יהודה), אא"כ הוא מכירו (תוס' שם ע"פ התוספתא וליישוב הגמ' בחולין צ"ג דמוקמינן ההיא דשולח אדם ירך לגוי כרבי יהודה") או אם יש בו בדבר משום דרכי שלום (תוס' שם ליישוב הא דאמרינן בעירובין ס"ד דאמר ליה לההוא גוי טול גלוסקא ואע"פ שלא היה מכירו, דשאני התם שהיה מתלזה עמו בדרך, ב"י, והסמ"ע כלל וכתב דאם יש צד הנאה בנתינה לגוי ה"ל כמכירה)". (ג) הנותן מתנה לעבד או לאשה קנו האדון והבעל האדון קנה גם הגוף והבעל לא קנה אלא הפירות אבל הגוף שלה כשתתאלמן או תתגרש (קידושין כג: ועוד) ונתבאר זה בטור אב"ה סימן פ"ה. (ד) הכותב כל נכסיו לעבדו קנה עצמו בן חורין (פאה ג, ח) ונתבאר זה בטור יו"ד בסימן רס"ז. (ה) מדת חסידות שלא לקבל מתנה אלא לבטוח בהשם שיתן לו די מחסורו שנאמר ושונא מתנות יחיה (קידושין נט.), כוונת חז"ל דדרך בני אדם להיות להוט אחר ממון בסוברים להחיות נפשו ונפש ביתו, וקאמר דאדרבה שונא מתנות יחיה, כי הלהוט אחר מתנות צריך להחניף הבריות ואינו מוכיחן על מעשיהם הרעים שרואה בהם, סמ"ע).

כתב הקצות (א) בדין נתינה לעבד דאם נותן מתנה לעבד על מנת שאין לרבו רשות בו לא מהני, אלא דאם אומר לעבד על מנת שתעשה בו דבר מיוחד, דעת הפרישה ביו"ד דכה"ג מהני ולא זכה האדון

דשווה דינו לאשה וכן הוא ברמב"ם וכ"ד הש"ך, ודלא כט"ז שחלק. עוד האריך שם (ב) לדון בדיני עבד ובדברי התשובת לחם רב דמה שקנה עבד קנה רבו הוא אפילו מה שקנה קודם שנמכר לרבו.

סימן רנ – דין מתנת שכיב מרע במקצת או בכולה בלא קנין ובקנין

סעיף א

מהן התנאים הדרושים כדי שיהיה למתנה דין מתנת שכיב מרע? (וכן לקמן)

[מה הדין בשכיב מרע שמינה אפוטרופוס ונתן להם רשות לחלוק נכסיו כפי מה שירצו ועשייתם יהיה כעשייתו?]

משניות ב"ב קנו.-קנו: "המחלק נכסיו על פיו" ר' אלעזר אומר אחד בריא ואחד מסוכן נכסים שיש להן אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה ושאיין להן אחריות אין נקנין אלא במשיכה אמרו לו מעשה באמן של בני רוכל שהיתה חולה ואמרה תנו כבינתי לבתי והיא בשנים עשר מנה ומתה וקיימו את דבריה אמר להן בני רוכל תקברם אמן. רבי אלעזר אומר בשבת דבריו קיימין מפני שאין יכול לכתוב אבל לא בחול רבי יהושע אומר בשבת אמרו קל וחומר בחול כיוצא בו זכין לקטן ואין זכין לגדול דברי רבי אלעזר רבי יהושע אומר לקטן אמרו קל וחומר לגדול, וכתב הב"י "וידוע דהלכה כרבנן (ברכות ט.) דאמרי הכי, ובפרק מי שמת (קנא.) גבי מלוגא דשטרי דרב עמרם ובסוף בתרא (קעה.) ובסוף פ"ק דגיטין (יג. טו.) אמרינן בהדיא דקיימא לן דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו". ביאר הסמ"ע (א) ע"פ הגמ' דתקנת חז"ל היא מפני היראה שתטרף דעתו של השכ"מ שיצטער שימות ולא יקיימו דבריו אחריו במה שמצוה, כי אין בכל שכיב מרע עת וזמן להקנות בקנין לכל אחד מהענינים כפי הדין, וכיון דאין צריך קנין, אם אירע דעשה השכיב מרע קנין במתנתו, מגרע גרע ולא תתקיים מתנתו כסעי' י"ז, דהא בהא תליא, דכיון דאינו צריך קנין והוא עשה קנין גילה דעתו דמתנתו תהיה במתנת בריא בקנין, וזה פשוט דאין דעתו להקנות המתנה כי אם אחר שימות ואין קנין לאחר מיתה.

וז"ל השו"ע "מתנת שכיב מרע אין צריך להקנותה בשום אחד מדרכי ההקנאה שדברי שכיב מרע ככתובים (בקרע) וכמסורים (במטלטלין, סמ"ע) דמו (וה"ה דיכול להקנות נמי שט"ח לאחרים, דדיבורו נחשב כאילו כתב קנה לך איהו ושיעבודיה ומסר הכתב ליד המקבל, סמ"ע) {ואין חילוק בין צוה לתת מיד לאחר מותו או שצוה ליורשיו ליתן לאחר זמן (ריטב"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 ותשובת רשב"א, דאין שייך לומר בזה דדבריו יהיו ככתובין שאף אם הן ככתובין הרי לא נתן בחייו כלום וקודם הניתנה נפלו כבר הנכסים לפני יורשים, סמ"ע), וי"א דבריו קיימין (מרדכי בשם רשב"ם ותשובת רד"ך)"}.

כתב רע"א ע"פ ספר ההפלאה דמתנת שכיב מרע דוקא כשנותן משלו, אבל אם אחר עשאו שלח להקנות ונתן זה השליח במתנת שכ"מ, לא מהני, דעל זה לא תיקנו חז"ל להיות ככתובים ומסורים.

[האם מתנת שכיב מרע היא למפרע משעת נתינה או אינה אלא לאחר מיתה? מאי

נפק"מ?]

כתב הטור "בין אם כתב או אמר נכסי לפלוני קונה לכשימות למפרע משעת נתינה אפילו בלא קנין", והקשה עליו הב"י "קשה לי שהרי אמרו מתנת שכיב מרע אינו קונה אלא לאחר מיתה" (נראה כוונתו לב"ב דף קלה:).

וכתב הקצות (א) דהטור כתב כן ע"פ התוס' והרא"ש סוף פ"ק דגיטין (יד:) דאיתא שם בהולך מנה לפלוני והנותן שכיב מרע ומית מקבל בחיי נותן דיתן ליורשי מקבל, וכתבו שם התוס' משום דהו"ל למפרע, וברא"ש כתב דאפילו נולדו יורשי מקבל אחר מיתת הנותן אע"פ שבשעת מיתת הנותן לא היו ראויין היורשין לקנות למ"ד המזכה לעובר לא קנה וגם המקבל לא קנה בחייו כיון שמת בחיי הנותן, אפ"ה קנו משום דדברי שכיב מרע ככתובין ומסורין דמי למפרע משעת נתינה הלכך כיון דאיתיה

למקבל בשעת מתן מעות הוברר הדבר שזכה משעת המתנה והורישו ליורשיו, וכתב הקצות דלדבריהם הא דאמרינן בב"ב קל"ז באומר נכסי לך ואחר כך לפלוני דאם מכר ראשון מה שעשה עשוי ואין לשני אלא מה ששייר ראשון ומודה שאם נתנם במתנת שכיב מרע דלא עשה כלום מאי טעמא מתנת שכיב מרע אינו קונה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחר כך, דהא לפי דעת תוס' והרא"ש והטור דזוכה למפרע א"כ מתנת שכיב מרע קדים, היינו משום דכיון דעד שימות הנותן יכול לחזור ולא נסתלק הנותן עדיין שיורא הוי וקנה שני. אך כתב דמדברי הרשב"א והר"ן בגיטין מבואר דמתנת שכיב מרע אינו אלא לאחר מיתה, והא דהולך מנה לפלוני ומית מקבל בחיי נותן דזוכין יורשי מקבל, היינו משום דגבי שכיב מרע אמרינן הולך כזכי, ונפק"מ היכא דלא מסרם לשליח ומצוה ליתן ומת מקבל בחיי נותן, דלדעת הרשב"א לא זכה המקבל ואין להם ליורשים כלום ולדעת תוס' והרא"ש והטור זכה המקבל למפרע וזכו יורשיו אחריו כאמור. **בנתיבות** (א) כתב דהעיקר דאינו זוכה למפרע רק כשאמר הולך דכזכי דמי בשכיב מרע וכרשב"א.

סעיף ב

מתנת שכיב מרע בכל דקיי"ל אם עמד חוזר, היאך הדין אם קנו מידו? מה הדין אם התנה שלא יוכל לחזור?

באלו מקרים גם במתנת שכיב מרע אם עמד אינו חוזר? (וראה גם סע' ג)

ע"פ משנה ב"ב קמו: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ולא שייר כלום" (אף דלשון המשנה לא שייר קרקע כל שהוא, מבואר בדף ק"נ דלאו דווקא, הרב המגיד) ואע"פ שקנו מידו (מימרא דשמואל דף קנא:) אם עמד ונתרפא לגמרי (טור) המתנה בטלה ממילא (רע"א: אבל בלא עמד אינו יכול לחזור) (תשובת הרשב"א ועוד -) ואפילו התנה בשעת המתנה שלא יוכל לחזור בו אם עמד חוזר (דלא תקנו חז"ל שיהיו דבריו ככתובין וכמסורין אלא לענין שאם ימות וכדי שלא תטרף דעתו, סמ"ע) (רע"א: משמע דווקא עמד אבל אם מת נתקיימה המתנה), אא"כ קנו מידו (טור) ע"פ גיטין עג והרי"ף והרמב"ן -) 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)}, 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 (כלומר אינו צריך לומר שחוזר בו, כן הוכיח הרא"ש מהגמרות וכן משמע ברמב"ם וכתב הריב"ש דהדבר מוסכם אין חולק בו), ואם הלך בשוק בלא משענת אינו צריך אומד, אלא בטלו מתנותיו הראשונות".

כתב הש"ך (א) ברישא דהמתנה בטלה אפילו הגיע המתנה לידו קודם שעמד והוכיח כן מהרמ"א בסע' ד, מהרמב"ם ומטוש"ע בסי' קכ"ה ורנ"א וראה לקמן סע' י"ג.

כתב הסמ"ע (ו) דהרבנות ד'קנה מידו' ברישא כדי שלא תאמר הלא הקנין מגרע גרע בשכיב מרע דהרי בעי יפוי כח הוא דוקא לענין אם עמד, דהוה אמינא אף שעמד מ"מ לא יוכל לחזור ממתנתו כיון שנתן לו בקנין והו"ל כברייתא שנתן בקנין, קמ"ל דלא, דכיון שחלק ונתן כל נכסיו אן סהדי דכונתו בקנינו היתה דוקא לכשימות הא אם יעמוד יחזור בו, משא"כ אם לא היתה מתנתו בכל נכסיו.

מה הדין שכ"מ שמחל חובו לחבירו ועדיין הוא בחוליו האם יכול לחזור בו?

כתב הסמ"ע (ה) דנראה דה"ה אם היה לו חוב ומחל חובו בכלל צואתו ומתנתו בכולה, אע"ג דמחילה א"צ קנין מ"מ אם עמד חוזר, דלא עדיפא המחילה דהחוב מקנין בשאר דברים, וכתב הקצות (ב) דאינו יכול לחזור בחלין, וכתב הנתיבות (ב) דכן אם הוא אם נאמר דהוי כמסר לידו המתנה, אולם אפשר לומר דשם הוציא הדבר מרשותו מיד ליד בשעת הצואה משא"כ הכא שלא הוציא הדבר מרשותו מעכשיו ולכך אפילו בחלין יכול לחזור, ודייק כן גם בדברי הסמ"ע בסימן קכ"ה דבעינן דוקא שמוציא הממון מתחת ידו ובלא"ה אפילו בחלין יכול לחזור וכן מסתבר, דהא ודאי בכל שכיב מרע איכא אומדנא שאינו נותן רק עד אחר גמר מיתה כמבואר בב"ב קל"ז, רק כשמוציא הממון מתחת ידו לרשות חבירו יש הוכחה שהקנה לו מיד, אבל בחוב שהיה כבר תחת ידו וליכא הוכחה, מהיכי תיתי נתבטל האומדנא.

סעיף ג

מתנת שכיב מרע בכל דקיי"ל אם עמד חוזר, מה הדין אם הודה?

ב"ב קמט. "איבעיא להו שכיב מרע שהודה מהו תא שמע דאיסור הוה ליה תריסר אלפי זוזי בי רבא, רב מרי בריה (דאיסור) הורתו שלא בקדושה הוה אמר רבא היכי ניקנינהו רב מרי להני זוזי... ולודי איסור דהלך זוזי דרב מרי וליקנינהו באודיתא". כתבו **התוס'** "פירש רבינו שמואל דמיבעיא ליה אם אומר כן שלא להשביע את בניו או דלמא כיון דאודי אודי והא דאמר בפרק זה בורר (דף כט:): דאדם עשוי שלא להשביע את בניו התם מיירי שמחזיק עצמו עבד לזה לאיש מלוה עשוי שלא להשביע את בניו אבל גבי פקדון אינו עושה ודאי שלא להשביע את בניו אלא מודה, ואין נראה לומר דאדרבה כ"ש הוא שיותר יש לנו לומר שאומר אמת במלוה כיון שמשעבד עצמו אבל גבי פקדון עושה שלא להשביע את בניו ועוד איזו ראיה מביא מאיסור גיורא שהודאתו היתה ודאי אמת כדי ליתן דלא שייך כאן מידי שלא להשביע את בניו, ונראה לר"י לפרש כן שכיב מרע שהודה מהו מי שהודה שיש לפלוני מנה בידו אע"פ שאנו מוחזקים בו שאין לו מי אמרין דקני במתנת שכיב מרע ואם עמד חוזר או דלמא קני לגמרי ואם עמד אינו חוזר ופשיט מההוא מעשה דאיסור גיורא דקני לגמרי במתנת בריא על ידי הודאתו דאי במתנת שכיב מרע היאך קנה והא אמרין כל מאן דאיתיה בירושה איתיה במתנת שכיב מרע כו' א"כ במתנת בריא היא ואם עמד אינו חוזר וכן משמע מתוך פירוש ר"ח דפירש לודי איסור דהנהו דמים דרב מרי בריה וקני להו באודיתא דאבוה ועוד יש מפרשים שכיב מרע שהודה מהו פי' שהודה שיש לו פקדון ביד אחרים והקנהו לזה מי מהני להקנותו באמירה בעלמא או לא ופשיט ליה מעובדא דאיסור דקני באמירה בעלמא וה"ה נמי בבריא הוה מצי למיבעי אלא אפילו בשכיב מרע דמקני באמירה בעלמא לא פשיטא ליה אי קני אי לא מיהו אי קני בשכיב מרע לא הוה שמעינן דקני בבריא אבל אי לא הוה קני בשכ"מ כ"ש בבריא מ"ר וראשון עיקר".

וז"ל השו"ע "בד"א, בנותן מתנה, אבל אם הודה על נכסיו שהם של פלוני, קנה הלה, ואפילו יעמוד זה אינו יכול לחזור בו. (תשובת הרשב"א -) אמר רוצה אני שיהיו מטלטלין לשמעון הרי זה לשון מתנה, אבל אם אמר מטלטלין אלו לשמעון או יש לשמעון בידך, הוי לשון הודאה".

כתב **הסמ"ע** (ח) גבי ההודאה דמדובר שאמר אתם עדי דליכא למימר שלא להשביע את עצמו או את בניו הודה כבסי' ל"ב ופ"א, או שאמר תנו כבסימן רנ"ה (וכ"כ באה"ג בשם הרמב"ם והכס"מ), או בשאר לישני דנתברר דלא שלא להשביע אמר כן, ולהשטות בלאו הכי ליכא למיחש אף אם היתה הודאתו ע"י תביעה, דאין אדם משטה בשעת מיתה, ואפילו אם ידוע לנו שלא היה של זה שהודה לו מעולם, אפ"ה אמרין שמשום הכי הוציא מתנתו בלשון הודאה כדי שלא יהיה יוכל לחזור בו, ודלא כלבוש הסובר דאין צ"ל אתם עדי שאין אדם משטה בשעת מיתה, משום דאכתי איכא למיחש שמא שלא להשביע אמר כן, ובש"ך (ב) כתב דשלא כדת השיג עליו דמדין השבעה לא מיירי דאפשר שהודה בפני התובע.

[מה הדין בהקדיש כל נכסיו ולא שייר כלום או הפקירם או חלקם לעניים ועמד? ומה הדין אם רוצה לחזור בעודו חולה? והאם קשה מדין זה על החשש בגמ' שמא נשארז לשכ"מ נכסים במדינת חיים?]

ע"פ בעיות בדף קמח: ועלו בתיקו כתב **הרמב"ם** וכ"ד **הרמ"ה** וכ"פ **בשו"ע** "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), דהצואה היא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי}, ודלא כדברי החולקין (רא"ש), וכן דין הקדש כדין מתנה שיוכל לחזור בו כמו במתנה (טור)". כאמור **הרא"ש** חלק ארמב"ם דכיון דלא אפשרטא אין מבטלין ההקדש וההפקר והחילוק שחילק לעניים שהרי אנו באין לבטל מעשיו מכח אומדנא ואין מבטלין מעשיו אלא היכא דבריר לן האומדנא ובספיקא לא אמרין אומדנא ומהאי טעמא בשכיב מרע שכתב כל נכסיו ועמד אינו חוזר דשמא יש לו נכסים במדינה אחרת בקמ"ח ע"ב. **הב"י** תמה על הרא"ש דמספיקא אין מוציאין מידו.

הסמ"ע (י) נטה לרא"ש דבהקדש או לעניים או בהפקר, הרי הוא כמסור לידם בפועל דמי דהוא עדיף מקנין, ואינו יכול לחזור מספק דילמא לא היה גומר בדעתו להקדישו בכל ענין, ובקצות (ה) כתב

בסברת הרא"ש משום דברים שבלב אינן דברים דדוקא באומדנא דבריר הו"ל דברים שבלב כל אדם, אבל באומדנא דמספקא אע"ג דהנותן מחשבתו היה לתנאי הו"ל דברים שבלב כיון דאינו בלב כל אדם.

הסמ"ע הקשה דכאן פסק השו"ע דלא כרא"ש ואילו בסעי' י גבי חוששין שמא נשארו לו נכסים במדינת הים פסק כרא"ש, **ובנתיבות (ה)** יישב דבסעיף י' הוא ספק במציאות ואין מבטלין קנין ברור מחמת ספק אבל הכא הספק בלשון אם היתה כונתו אפילו אם יעמוד או רק אחר מיתה כמו בשאר מתנותיו וכל שספק בלשון קי"ל דלא מחית איניש נפשיה לספיקא והיינו דאמרינן שאין כונת המקדיש אלא על משמעות הודאי שבלשונו ולא על משמעות הספק שבלשונו כמו בקדושין ס"ד גבי מי שיש לו שתי כיתי בנות וקידש את הגדולה וכן בנודר עד הפסח דאינו אסור רק כפי משמעות הודאי שבלשונו למאן דס"ל דלא מחית איניש נפשיה לספיקא בנדירים ס"א, וגם האדם נאמן על כונתו. **הקצות** בסעי' י' (יא) **ורע"א** (כאן) תירצו **ע"פ הרשב"א** דהתם הטעם דאיכא הוכחה כיון דעשה קנין (ובקצות הביא יישוב נוסף ע"פ הנ"י דכיון דאוקמה מתניתין באומר כל נכסי משמע דבגמ' איירי באמר שדה פלונית לפלוני ומדקאמר הכי ולא קאמר כל נכסי מוכח מלתא שפיר דאית ליה עוד נכסים במדינה אחרת).

כתב **הסמ"ע** (יא) דמש"כ הרמ"א וכן דין הקדש וכו' ר"ל בעודו שכיב מרע אחר שהקדישו יכול לחזור מההקדש להוציאו לחולין וליתנו לחבירו כדן שכיב מרע שבידו לחזור מזה לזה ואם מת אח"כ מחזיקו האחרון, אולם **הקצות** (ו) כתב דכוונת הרמ"א לאפוקי מדעת המהרד"ך הסובר דחזרה בפירוש מהני, ופירוש דבריו כטור דחזור דוקא אם יעמוד, וכ"ד **הנתיבות** (ו).

עמש"כ **הקצות** (ו) דמשמע מהרא' דהקדיש וחילק לעניים ומת ולא חזר בו דודאי צריכין לקיים הצוואה, ומש"כ בזה הנתיבות (ד), ראה לקמן רנב/ב.

[מה הדין במוכר נכסיו כשהיה שכיב מרע? פרט.]

ע"פ פשיטת הגמ' **בקמט**. פסק בשו"ע "אם מכר נכסיו כשהיה שכיב מרע, אם מקצתם מכר ממכרו קיים כבריא (כשמכרם לו באחד מדרכי הקנינים ופשוט, סמ"ע), ואם כולם מכר אם המעות עצמן קיימים, אם עמד חוזר (כשהמעות הם בעין הרי זה כמי שמכר חצירו ופירש על דעת לקנות חטים שאע"פ שלא התנה ממש אם לא נצרך לחטים חוזר כסימן ר"ז, דאנן סהדי דמשום הכי החזיק דמי המכירה עצמן בידו דבאם יעמוד יחזיר להן מעותיו, סמ"ע), ואם הוציא המעות אינו יכול לחזור בו".

עמש"כ המחבר דאם המעות קיימים חוזר כשעמד, כתב **הנתיבות** (ז) ע"פ תשובת הרשב"א דדוקא כשחוזר בפירוש מהני אבל לא נתבטל ממילא כשעמד. עוד כתב דדוקא אם עמד חוזר, אבל כשחוזר בחלו ומת אח"כ לא מהני החזרה, דהא במכירה בעינן קנין בריא במעכשיו כמש"כ הסמ"ע בסק"ב.

סעיף ד

מה ההגדרה של שכיב מרע ומה דין מתנתו? (וראה גם סעי' ה')

באיזה מקרים גם במתנה במקצת דינה כמתנת שכיב מרע? (וראה גם לקמן ז' ו-ט')

[מה הדין אם שייר השכ"מ במתנתו ובאיזה שיוור מדובר? פרט.]

משנה ב"ב קמו: "שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים שייר קרקע כל שהו מתנתו קיימת לא שייר קרקע כל שהו אין מתנתו קיימת", וביאר **הרשב"ם** דמתנתו מתנה הואיל ושייר לעצמו הרי היא כמתנת בריא הילכך בין עמד מחליו בין מת מתנתו קיימת דשלא מדאגת מיתה נתן, ואם לא שייר קרקע כל שהו אין מתנתו מתנה דאם עמד חוזר שנראין הדברים שמחמת מיתה נתן ועל מנת שאם לא ימות לא יתקיים המתנה דמדלא שייר מידי אמרינן לאו אדעתא דהכי יהב ליה שאם יעמוד מחליו ימות ברעב ויצטרך לבריות אבל אם מת מיהא מתנתו מתנה בין שייר בין לא שייר, וכתב הר"ן דבמקצת מתנתו קיימת אפילו שעמד היינו דוקא בשקנו מידו הא לאו הכי לא מהניא ולא מידי דאסיקנא **בקנא**: דמתנת שכיב מרע במקצת בעיא קנין.

ב"ב קמט: "וכמה כל שהוא אמר רב יהודה אמר רב קרקע כדי פרנסתו, ורב ירמיה בר אבא אמר (אף) מטלטלין כדי פרנסתו, אמר רבי זירא כמה מכוון שמעתתא דסבי (אמוראים הנ"ל) קרקע טעמא מאי דאי קאי סמין עליה מטלטלי נמי אי קאי סמין עילויהו". דעת הרי"ף דאפילו כל שהוא בין בקרקע בין במטלטלי דבדף ק"נ ע"ב אמרין דרבא אמר רב נחמן חמשה עד שיכתבו כל נכסיהם ואלו הן שכיב מרע עבדו אשתו ובנו ומברחת ושמעת מינה דשיור מידי בכולהו הוי שיור ולא בעינן כדי פרנסתו ובכולהו מטלטלי הוי שיור וליתא לדרב יהודה וכ"פ הרמב"ם, ואילו דעת הרא"ש כאמוראים הנ"ל דלא אשכחון מאן דפליג על רב יהודה ורב ירמיה בר אבא ורבי זירא ששיבח דבריהם אלא רב יוסף (בהמשך שם) שתמה על ששיבח רבי זירא דבריהם ולא מלאו לבו לחלוק על דבריהם וגם אביי הקשה יפה לרב יוסף שתמה על דבריהם ורב יוסף דחה דברי אביי בדברים שאין בהם ממש, ומה שרצה רב אלפס להשוות כל חמשתן ביחד דשייר מידי בכולהו הוי שיור אין בראיה זו ממשות לדחות דברי אלפים חיים דלאו כולהו בחדא מחתא מחתינהו דרב נחמן לא קאמר אלא הדין שאמרו חכמים אין נוהגים במקצת נכסים ולא דוקא שיהא שיור כולן שוה דלכולהו מטלטלי הוי שיור לבר מכתובה משום דכתובה ממקרקעי תקינו רבנן וכן לענין שיור נמי מסתבר דשכיב מרע בעינן כדי פרנסתו דמידי הוא טעמא אלא משום אומדנא דלא יהיב איניש כל מאי דאית ליה וימות ברעב אלא אדעתא דמית קא יהיב והאי אומדנא לא בטלה אם לא ששייר כדי פרנסתו ומסתבר כי היכי דבטילה תמיהת רב יוסף על קרקע הכי נמי איתבטלא על כל שהוא. עוד כתב הרא"ש דיראה שיעור פרנסתו אם הוא עובד אדמה ששייר קרקע כדי פרנסתו ובני ביתו ואם הוא מתעסק בסחורה או ברבית ששייר כדי שיוכל להתפרנס מן הריחו, ובעל העיטור כתב דבעינן כדי פרנסתו אלא שנסתפק בשיעורו דאיכא למימר כדי פרנסתו ל"ב חודשים כדאמרין גבי נכסים מרובים. הסמ"ע (טז) כתב "קצת טעם" לסיעת הרי"ף דאף דאזלינן בזה בתר אומדן דעתו דאין אדם נותן שלו לאחרים והוא יבקש על הפתחים וכנ"ל מ"מ לפעמים משתכר בכל שהוא עד שיהיה לו ממנו כדי פרנסתו וכב"ב נ"ב ע"ב גבי בשני אחין שהן חלוקין בכל שהוא ונמצא ביד אחד הון רב דאמרין שמא מעיסתו קימץ כמובא בטוש"ע סימן ס"ב.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "אין כל הדברים הללו אמורים (הגדרת שכיב מרע) אלא בנותן כל נכסיו ולא שייר כלום, אבל אם שייר כלום שלא נתן, דינו כמתנת בריא שאינה נקנית אלא בקנין {ולאו 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 השיור, אפילו כל שהוא, בין קרקע בין מטלטלין. {ו"י"א (רא"ש) דבעינן שיור כדי פרנסתו}."

עמש"כ הרמ"א ע"פ המרדכי דלא מהני תפיסה, כתב הסמ"ע (טו) דצ"ע דפתח במסירה דדווקא במתנה כזו מהני מסירתו וסיים בתפיסה, וביאר דיש תרי מיני מסירות, סתם מסירה היינו שנתנו לידו כדי שיזכה בו בתורת קנין [ואף שבסימן קצ"ח נתבאר דלא מהני מסירה כי אם בספינה ובעלי חיים היינו דוקא כעין מסירת אפסר, אבל מסירה גמורה מהני] אבל לא שיקחנו מיד אל ביתו, ויש מסירה שנותן החפץ בידו שיקחנו מיד אל ביתו ויזכה בו מיד בזיכוי גמור להיות לו לחלוטין, וכשנותן מתנה במקצת מהני סתם מסירה, דהא מתנה במקצת מתנת בריא היא ולא שייך לחזור ממנה ולתיתה לאחר אלא שצריכה קנין, ולהכי כשמסרו לידו הרי איכא קנין, דמה לי קנין חליפין מה לי קנין משיכה או מסירה, אבל במתנת שכיב מרע בכולה אין סתם מסירה מועלת כלום, דלא עדיף מקנו מיניה דק"ל דאפ"ה יכול לחזור בו, אבל מסרו לידו בתורת זיכוי שיזכה בה מיד ויקחנו לביתו, ככה"ג ודאי לא יכול לחזור בו וליתנו לאחר, אם לא שעומד מחלי דחוזר בו ולקחו לנפשו, והרמ"א בא לומר דלאו דוקא קאמר שמתנה במקצת צריכה קנין סודר, דה"ה מסרו לידו כדי לקנות ע"י כך נמי קנין הוא וקני לה כשהיא מתנה במקצת, אבל במתנת שכיב מרע שיכול לחזור בו, דהיינו מתנת שכיב מרע בכולה דלא מהני בה קנין, מסירה כזו לא מהני, ואפילו תפס המקבל והולכה לביתו אין תפיסתו תפיסה, אא"כ מסרו השכיב מרע לידו לתורת זכיה גמורה שיזכה בה מיד.

גבי שיעור כדי פרנסתו, כתב הסמ"ע (יז) דנראה דהרא"ש לא ס"ל דסגי ב"ב חודש כעיטור וגם גבי ראייתו דבעל העיטור מנכסים מרובים לא קי"ל בהו כרב דאמר י"ב חודש כי אם כשמואל דאמר עד שיבגרו או עד שיתארו, ועוד דהמוציא מחבירו עליו הראיה והנכסים בחזקת הנותן, וכן משמע ברמ"א שסתם וכתב ד"א דבעינן ששייר כדי פרנסתו דס"ל כדי פרנסתו כל ימי חייו וכסתנימת דברי הרא"ש הנ"ל, ולא כלבוש דסתם כעיטור הנ"ל, אך מש"כ הרמ"א כדי פרנסתו ולא כתב 'ופרנסת בני

ביתו' כרא"ש צ"ל דס"ל דגם הרא"ש לא כתב כדי פרנסת בני ביתו כי אם במשייר קרקע, דאז בודאי אינו יכול לבדו לעובדה וכו' וצריכים בני ביתו לעזרו, ומשו"ה הדין נותן שצריך שיהא בה שויר ג"כ כדי פרנסתו, משא"כ בעסקו בשאר רווחים ומהן איירי. כתב הפת"ש (ג) דבתשובת **בית שמואל** **אחרון** האריך להוכיח כדעת המחבר.

כתב הנתניבות (ט) דבתשובת הרא"ש כתב דאם הוא חייב לאחרים נגד אותו השויר ששייר
דלא חשיב שויר ואילו מהנ"י משמע דאפילו חייב לאחרים נגד השויר חשיב שויר, וכתב דנראה דכל חד לשיטתיה, דהרא"ש ס"ל דבעינן שויר כדי פרנסתו ולפי הסמ"ע כלומר שיתפרנס מהריוח כל ימיו ולפי"ז כשהבע"ח יטלו ממילא לא ישתויר לו כדי שיתפרנס מהריוח, ואילו הנ"י אזיל כרי"ף דס"ל בשויר כל שהוא סגי א"כ אפילו חייב לאחרים נגד השויר לא מיבעיא בלא הגיע הזמן פרעון א"כ הא מה שהחוב יכול להיות זמן מה תחת ידו עוד שוה כסף הוא דהא שמין את החוב כמה הוא שוה לזמן כמכות ג' א"כ הרי נשאר בידו כל שהוא, אלא אפילו החוב הוא אחר זמן פרעון מ"מ ס"ל דליכא אומדנא דמוכח ד"ל שסבור היה שהחוב יתעכב עדיין בידו שיהיה יכול להרויח כל שהוא קודם שיפרע ומהכל שהוא שירוויח ירויח אח"כ כדי פרנסתו.

סעיף ה

מהו גדר שכ"מ, האם: א. פיסח ב. סומא ג. גידם ד. חושש בראשו ה. כאב עיניים ו. כאב רגליים, נחשב שכ"מ?

מה ההגדרה של שכיב מרע ומה דין מתנתו?

האם צריך החולה לומר שהוא מצווה מחמת החולי?

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם **"הסומא או הפסח או הגדם או החושש בראשו או בעינו או בידו או ברגלו וכיוצא בהם (כלומר כשאינו חלש כי אם באבר אחד ולא נתפשטה חולשתו בכל גופו עדיין, סמ"ע), הרי הוא כבירא 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 {אע"פ שלא אמר שמצווה מחמת החולי (תשובת הרשב"א)}"** וכתב ה"ה דכן נלמד מדף קנ"ג 'ההוא מתנתא דהוה כתב בה כד הוה קציר ורמי בערסיה' דמשמע דהנק' היא משכב במיטה [וכן דייק בקרית מלך מדף קנ"ד 'כד הוה מהלך' מכלל דכל מהלך בשוקא הוי בריא]. ואילו הרמ"א פסק **כרא"ש ע"פ הירו'** וי"א דוקא ג' ימים הראשונים דינו כשכיב מרע, אבל לאחר ג' ימים או שקפץ עליו החולי אפילו תוך ג' דינו כמצווה מחמת מיתה שיתבאר לקמן סעיף ז' וסעיף י"ז.

כתב הסמ"ע (יט) דכוונת הרמ"א בשם תשובת הרשב"א דאפילו שלא אמר וכו', אם נתן או חילק כל מתנותיו בפעם אחת מיקרי מתנת שכיב מרע לענין דאם עמד יכול לחזור אף דהיה בקנין, אבל מ"מ אינו דומה אם מצווה בפירוש מחמת חולי לאינו מצווה, דאם מצווה מחמת חולי או שהוא אחר ג' ימים, אפילו לא היתה מתנתו כי אם במקצת ובקנין אם עמד חוזר, וכדכתב אח"כ.

סעיף ו

צוואת שכ"מ שלא נכתב בה שהיה מיושב בדעתו, האם היא תופסת?

ע"פ גיטין עא. דאמרינן "כשם שבדקין אותו לגיטין כך בודקין אותו למשאות ומתנות" פסק בשו"ע **"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 לאו ועל הן הן מתנתו מתנה, ואם לאו אין מתנתו מתנה {תשובת הריטב"א -} צוואת ש"מ **שלא נכתב בה שהיה מיושב בדעתו** אפילו הכי אין חוששין לה (כלומר שטענת הנותן לבטל אינה טענה שלא הוצרכו אותן בדיקות אלא במי שאחזו קורדיקוס וכיוצא"ב אבל סתם שכיב מרע דעתו צילתא היא ובלא שום בדיקה דבריו קיימים), ומה שנוהגין לכתבו אינו אלא לשופרא דשטרי'".

מה הגדרת גוסס, והאם גוסס יכול לתת מתנה או לעזות מחמת מיתה?

פסק השו"ע **כרשב"ם ר"י ורא"ש** "גוסס" מתנתו מתנה, ודלא כר"ח ורש"י (קידושין עח: ושם ר"י בתוס' והרא"ש) דאין מתנתו מתנה אף על פי שמדבר, וכ"פ באבן העזר (קכא, ז) "גוסס הרי הוא כחי ויכול לגרש" ואילו שם הרמ"א הגיה ע"פ הסמ"ג "וי"א דוקא גוסס שמדבר אבל אינו מדבר לא, ויש להחמיר" (והב"י האריך לדחות דעה זו), וערוה"ש הכא פסק כדעה זו וכתב "הגוסס יכול ליתן מתנה... ודווקא גוסס שיכול לדבר אבל אם אינו יכול לדבר אין מתנתו קיימת אפילו אם ירמוז בכל מיני רמיזות".

כתב רע"א ע"פ תשובת הרשב"א דכמו כן יכולים לזכות לגוסס ומשו"ה אם אומר נכסי לך עם פטירתך זכה בהם.

סעיפים ז. ז. ט

מהם ההבדלים בין מתנת שכיב מרע למצוה מחמת מיתה? (ראה גם סעיף יד)

מהו הגדרת מצוה מחמת מיתה ומה דין מתנתו?

ב"ב קנא: "הלכתא מתנת שכיב מרע במקצת בעיא קנין ואף על גב דמת, מצוה מחמת מיתה לא בעיא קנין והוא דמת, עמד חוזר ואף על גב דקנו מיניה".

וז"ל השו"ע "בד"א שמתנת שכיב מרע שיש בה שיור אינה נקנית אלא בקנין ואם עמד אינו חוזר, כשנתן סתם, אבל אם פירש מחמת מיתה, (רמב"ם ורא"ש ע"פ עובדא דאחתיה דרב דימי בר יוסף דהוה לה פיסקתא דפרדסא וכו' -) 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" - ביאר הסמ"ע (כא) דכל דלא פירש מחמת מיתה אמרינן מסתמא דלא מחמת מיתה נתן, דא"כ היה נותן כל נכסיו, משא"כ כשפירש דבריו בהדיא או שמתאונן על מיתתו, דאז מתנתו המקצת דינה כמתנת שכיב מרע בכולו מסתמא, דלא כלבוש דהטעם שכשפירש שנותן מחמת מיתה אז יש לחוש יותר לטירוף הדעת.

ע"פ מסקנת הגמ' בקנא: פסק בשו"ע (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. (ע"פ מימרא דשמואל קנ"ב ע"א -) ואם יש בו קנין אינו קונה (אפילו במצוה מחמת מיתה, סמ"ע ע"פ סעי' י"ז) אא"כ כתב כמיפה כחו, (רמב"ם -) 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 (פשוט הוא ששכיב מרע יכול לתת נכסיו כדרך הבריאים ובכמה מקומות נזכר בגמ' 'הרי היא כמתנת בריא' כגון קנ"א ע"ב קנ"ג ע"א ועוד, ה"ה)".

כתב הרמ"א "וי"א (נ"י ורי"ו) דהוא הדין מתנת שכיב מרע שכתבו שמקנה לו מהיום (סמ"ע: ר"ל דהמחבר איירי כששמענו מפי השכיב מרע שצוה במעכשיו ובא להוסיף דאף דלא שמענו כן מפיו אלא שנמצא כתוב כן בצוה הבאה לפנינו ולא אמרינן דטעות סופר הוא ומעצמו כתב כן הסופר והשכיב מרע דעתו היתה להקנותו דוקא אם ימות וכדרך סתם צוואות שכיב מרע אלא לא אמרינן דהוי טעות סופר ולכן -) הוי כמתנת בריא וצריכה קנין (ודלא כב"י באבקת רוכל שכתב שקנה בכה"ג משום דתלינן בטעות סופר, דרכ"מ, ובאו דברי שנינו לפני מהרי"מ מפאדווה "והסכים לדברי דלא קנה", ולכן יש לזהר בצוואות 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 ל"י".

כתב הקצות (י) דסברת נ"י מבוארת בריב"ש משום דאין כאן שכיב מרע ואין כאן מקום לקיים דבריו כדי שלא תטרף דעתו עליו שמעתה בריא הוא וכל שמוציא צוואתו מכלל שאר צוואות שכיב מרע אין מקיימין דבריו שלא תטרף דעתו עליו כמו שאין מקיימין מתנת שכיב מרע במקצת אפילו כשמת אא"כ קנו מידו, דכיון שדעתו להקנות לעולם הרי הוא כבריא אף על פי שהוא שכיב מרע ואין

חוששין לטירוף דעתו, ה"נ כיון שהוא רוצה להוציא צוואה זו מכלל צוואת שכ"מ אין בדיבורו כלום ואין מקיימין דבריו.

כתב ה**נתיבות** (יג) דאירי דווקא דאמר בזה הלשון מעכשיו ומקנה לו מחיים, אבל אמר מעכשיו או מהיום לחוד יכול לחזור אם עמד, רק בחליו אינו יכול לחזור, ולפעמים אף בחליו יכול לחזור.

סעיף ח

[האם דינו של המפרש והיוצא בשיירא כמצוה מחמת מיתה?]

משנה גיטין סה: "בראשונה היו אומרים היוצא בקולר ואמר כתבו גט לאשתי (אע"פ שלא אמר תנו, רש"י) הרי אלו יכתבו ויתנו (דאגב פחדיה טריד ולא פריש) חזרו לומר אף המפרש והיוצא בשיירא רבי שמעון שזורי אומר אף המסוכן" ובגמ' **עב:** "אמר רב הונא גיטו כמתנתו מה מתנתו אם עמד חוזר אף גיטו אם עמד חוזר ומה גיטו אף על גב דלא פריש כיון דאמר כתובו אף על גב דלא אמר תנו אף מתנתו כיון דאמר תנו אף על גב דלא קנו מיניה", וכתב הרי"ף למימרא דהני ארבעה דתנן במתניתין כולהו כשכיב מרע דמצוה מחמת מיתה הוא, אולם ה**רא"ש** דחהו דודאי יוצא בקולר הוי יוצא ליהרג ואין לך מצוה מחמת מיתה גדול מזה אבל מפרש ויוצא בשיירא נהי דלענין גט מדמינן להו ליוצא בקולר היינו לענין בהלה דמחמת טרדת הדרך הם בהולים ואין דעתן מיושבת עליהם לגמור דבריהם ולומר תנו ובהילי טפי ממסוכן אבל לענין נתינת ממון לא דמו כלל דיוצא בקולר ומסוכן כשנתנו כל ממון ודאי מדעתם שהם סבורים למות נתנו אבל מפרש ויוצא בשיירא מדעתם יצאו ודעתם לחזור וכ"ד התוס' ור' יונה, וכתב ה**ב"י** דדעת ה**רמב"ם** ה**רמב"ן** ועוד כר"ף והכי נקטינן, ובסמ"ע (כב) כתב בשם ה**נ"י** (וכן צוין בב"י) דסברתם דהרבה הולכין להשתקע ומשו"ה יהבי דמספקי אם ישתקעו שם לפיכך כשלא נשתקעו וחזרו חוזרין במתנתן אפילו נתנו במקצת (לא דק בלישניה דבאמת אפילו בנותנין כל נכסים פליג ה**רא"ש**, **נתיבות ורע"א**) ובקנין כדין המצוה מחמת מיתה – וברא"ש משמע דאפילו לחזור במתנתן כשחזרו לביתם נמי לא הוי כמצוה מחמת מיתה, **קצות** (ט).

וז"ל ה**שו"ע** כר"ף "המפרש בים והיוצא בשיירא 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".

כתב ה**נתיבות** (יב) על המחבר דלאו לכל מילי הוי במצוה מחמת מיתה, דודאי אם היה קנין באופן דלא שייך הדרא סודרא למריה כגון בשטר, לא בעי יפוי כח, דהא לא שייך בזה אין שטר לאחר מיתה, וכן לענין מכר לא דמי, וראיה מזבין אדעתא למיסק לארעא דישאל בקדושין נ' ולא הוי כמצוה מחמת מיתה רק לענין קנין דשייך ביה הדרא סודרא למריה כיון דאין דעתו להקנות עד אח"כ, ולענין אי עמד חוזר, ומשמע קצת מהנ"י הנ"ל שאם היה בקנין בשטר דלא שייך בזה הדרא סודרא למריה וחזרו בהן קודם שנשתקעו ונשתקעו אח"כ, דלא מהני החזרה דהוי כמקנין על תנאי, וכיון שנתקיים התנאי נתקיים הקנין למפרע, משא"כ כשלא היה קנין י"ל דלא תיקנו חכמים קנין שלהם רק שיחול אחר גמר השיקוע שנשתקעו.

כתב רע"א בשם תשובת **משאת משה** דביוצא בשיירא בעינן דוקא שמת בדרך אבל בבא לעיר שיצא לשם ואח"כ מת בטל המתנה. עוד כתב דדווקא כשנתן בשעת שיצא לשיירא אבל לא בנותן ימים קודם.

סעיף י

שכ"מ שנתן נכסיו ואין אנו יודעין על נכסים אחרים שיש לו, מה הדין אם מת או עמד בקנין ובלא קנין?

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 מתניתין דקתני לא שייר קרקע כל שהו אין מתנתו קיימת היכי משכחת לה - אמר רב חמא באומר כל נכסי אלו, מר בר רב אשי אמר במוחזק לן

דלית ליה", והקשה הרא"ש והא חיישינן מספיקא לאפוקי ממונא, אלא היינו טעמא משום דיש כאן מתנה גמורה בקנין אלא דמחמת אומדנא הוא דאמרינן אם עמד חוזר והאי אומדנא לא אמרינן אלא היכא דבריר לן בודאי דהוי מתנה בכל נכסיו אבל היכא דמספקא לן לא אמרינן אומדנא.

בסעי' ג' הובאו גם תירוץ הרשב"א שכתב דהטעם דאיכא הוכחה כיון דעשה קנין, והנ"י כתב דכיון דאוקמה מתניתין באומר כל נכסי משמע דבגמ' איירי באמר שדה פלונית לפלוני ומדקאמר הכי ולא קאמר כל נכסי מוכח מלתא שפיר דאית ליה עוד נכסים במדינה אחרת, וראה לקמן.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "שכיב מרע שנתן הנכסים שהדבר גלוי שהם כל נכסים שיש לו הרי זה כמתנה במקצת {וצריכה קנין (טור)}, ואם קנו מידו (רמב"ם, וכן מוכרח שאם לא קנו יכול לחזור ודאי שאם תאמר יש לו נכסים אחרים הרי זה מתנת שכיב מרע בכל ואם עמד חוזר, ה"ה) ועמד אינו חוזר, חוששים אנו שמא נשארו לו נכסים אחרים במדינת הים, עד שיאמר כל נכסי שהם אלו (ומכל שכן כשאמר סתם כל נכסי, סמ"ע, ודלא כרשב"ם דדוקא באומר 'כל נכסי', וכרמב"ם, ודלא כר"י דאומר 'כל נכסי אלו', דלפי גירסת הר"י יש לחוש יותר שיש לו נכסים במקום אחר דאי לא מאי 'אלו' (אף דקחשיב והולך שדה פלוני ופלוני נכסים שיש לו בכאן הגלויים, מ"מ כיון דהזכיר לשון כל תו לא חיישינן דאית ליה עוד במקום אחר, סמ"ע), או שהוא מוחזק שאין לו נכסים אלא אלו (סמ"ע): סתימת הלשון משמע כר"י שאין צריך עדים אלא בחזקה בעלמא סגי ודלא כרשב"ם שצריך שיהא מוחזק בעדים שאין לו יותר) ואז תהיה המתנה בכל".

כתב הסמ"ע (כח) דלענין אם מת בלא קנין ובאו היורשין לחזור בהן בטענה שהיתה מתנת שכיב מרע במקצת בלא קנין כתב הרב המגיד (ב"י) דאין שומעין להן לגרוע חלק המקבלים ואילו דעת הרא"ש והטור (דרכ"מ) דבכל ענין חשבינן ליה כמתנת שכיב מרע במקצת, וזו היתה כוונת הרמ"א שהוסיף על לשון המחבר ע"פ הרמב"ם שתי תיבות 'וצריכה קנין' והוא מלשון הטור ור"ל דאם לא קנו מידו ומת יכולין היורשים לחזור בהן.

כתב רע"א דאם היה בתוך המתנה מחילת חוב ולא קנו מידו, י"ל דתליא בטעם הדין כאן, דלפי הרא"ש דלעיל דמספק אומדנא לא מבטלינן אומדנא א"כ ג"כ חיישינן שמא יש לו נכסים במדינת הים והוי כמתנת בריא וזכה בחובו בלא קנין, אולם לטעם הרשב"א דאיכא הוכחה כיון שעשה קנין א"כ י"ל כיון דהוי ספק במחילה לא זכה אף שהוא מוחזק.

סעיף יא

ע"פ ב"ב קמח: "אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים רואים אם כמחלק נכסיו וכו', פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "אין חלוק במתנת שכיב מרע בכולה בין אם נתן לאחד בין אם נתן לשנים כאחד (וה"ה למאה כאחד וכדמסיק, סמ"ע), 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 (וכל שכן בקנין במיפה כחו, ואפילו הכי דאם עמד חוזר, ש"ך), עמד, חוזר בכולם אפילו בקנין, דכולה חדא מתנה היא בלא שיעור. ואם הפסיק בין א' לחבירו כמי שנמלך ("סתמיא דשכיב מרע מידק דייק והדר יהיב") כל הראשונים חוץ מהאחרון יש להם דין מתנת שכיב מרע במקצת שצריכה קנין אפילו מת, ולפיכך אם עמד אינו חוזר, ואם אין בהם קנין לא יקנו אפילו אם ימות, (ה"ה -) והאחרון הוא מתנת שכיב מרע בכולה (והיינו כשנתן לראשונים בקנין, דאי נתן לראשונים בלא קנין הרי נתבטלה מתנת ראשונים וממילא מתנת הראשונים הוי שיעור להאחרון וגם האחרון לא קנה, נתיבות), וקונה אם מת אפילו בלא קנין, ולפיכך אם עמד חוזר".

כתב הסמ"ע (לב) בשם תשובת הרא"ש (בדרכ"מ) גבי ראובן שהיו בידו ספרים של שמעון ושמעון נתן במתנת שכיב מרע כל אשר לו לבתו, וראובן אמר שצוהו להקדיש הספרים, ופסק דבתו זכתה בספרים, וכתב הנתיבות (יד) דמייירי שם שהיה לבת שט"ח שכתוב בו מטלטלי אגב קרקע ומטעם טריפת בע"ח הוא.

סעיף יב

ע"פ מסקנת הגמ' ב"ב קמח: דחזרה במקצת הוי חזרה, פסק בשו"ע "שכיב מרע שנתן כל נכסיו וחזר במקצת סתמא חזר בכל {נ"י ע"פ הריטב"א - } ואפילו נתן לשנים בשטר אחד (דאילו בשני שטרות

לא הוה חזרה לשני כיון שיש לו שטר בפני עצמו, סמ"ע) וחזר מאחד מהן גם השני בטל, מיהו אם פירש בהדיא דאינו חוזר רק במקצתו, קנה הראשון הנשאר, אע"ג דהוי מתנה במקצת ולא קנו מיניה מכל מקום בשעה שנתן לו הוי מתנה בכל ולא היה צריך קנין, וי"א (נ"י) דווקא שחזר ונתן אותו מקצת לאחרים, אבל אם שייר אותו מקצת שחזר בו לעצמו, גם הנשאר ביד הא' בטל עד שקנו ממנו. (בשם הרמב"ן –) כתב נכסיו מקצתו לאחרים ומקצתו ליורשיו וחזר בחלק היורשין לא נתבטל מתנה של אחרים, דשל יורשין אינו אלא כירושה בעלמא (וכתב הסמ"ע דאם לאחר שחזר מבניו נשאר אותו חלק אצלו נראה דפשיטא דצריכים גם הראשונים קנין וצ"ע). (רא"ש ע"פ הגמ' -) 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 (וכ"ש בקנין במיפה כחו דאי בקנין גרידא מגרע גרע ואין קנין לאחר מיתה, ש"ן), עמד לא קנה אפילו הוא בקנין".

עמש"כ המחבר בסיפא דראשון קונה אפילו לא מת, כתב הסמ"ע (לח) דנראה דאף אם לא הפסיק בין נתינת הראשון לשני, אפ"ה קנה הראשון אפילו אם לא מת כיון שנתנו לו בקנין ולא מחשב כמתנת שכיב מרע בכולה דחוזר אף אם קנו מידו, דכיון דאמר לשני בלשון מותר מחשב מתנת הראשון כמתנת שכיב מרע במקצת, ומשו"ה חזרו וכתבו הטוש"ע דין זה, גם אם הקנהו לראשון בקנין ולשני בלא קנין, יש גילוי דעת דלראשון הקנהו בתורת מתנת שכיב מרע במקצת ולהשני במתנת שכיב מרע בכולה.

סעיף יג

מתנת שכיב מרע בכל, דקיי"ל אם עמד חוזר, היאך הדין אם זיכה על ידי אחר?

מה הדין מתנת שכיב מרע שמסרה ליד מקבל מתנה או שלוחו מחיים?

ע"פ ב"ב קמח: ובעיקר קנב: דאמרינן דדייתקי מבטלת דייתקי פסק בשו"ע "שכיב מרע שכתב לאחד וחזר וכתב לאחר האחרון קנה שיש לו לחזור עד שימות {אם פירש שיהא במתנת שכיב מרע, כמו שנתבאר סעיף ט'} , בין בכל בין במקצת, בין לעצמו בין לאחר, (כשמואל ודלא כרב -) ואפילו כתב וזיכה לראשון (סמ"ע): אפילו כתב ומסר הכתב ליד המקבל וגם זיכה המתנה למקבל ע"י אחר כגון אם הם מטלטלים נתן ליד אחר שיזכה בהן למקבל ואם היא קרקע אמר לאחר לך חזק וקני לפלוני, אפ"ה יכול לחזור בו עד שיקנהו לו ג"כ בקנין דאז אמרינן דכולי האי לא עביד ליה אם לא היתה דעתו להקנותו לו בהקנאה גמורה במעכשיו, וה"ה קנין בלא זיכה לו ע"י אחר ג"כ לא מהני אף אם כתב ומסר לו השטר, תוס' ורא"ש, ואילו לרשב"ם אם מסרו לידו ולקח עוד בקנין אינו יכול לחזור בו, וכתב וזיכה לאחרון, האחרון קנה (המחבר והרמ"א השמיטו את הטור דמדובר דווקא במיפה כוחו דשני דטעמייהו הוא דלא הצריכוהו יפוי כח דהשני אלא כשג"כ ייפה הוא כוחו דהראשון, סמ"ע), 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}, (ע"פ קנב: "שלחו ליה מבי רב לשמואל ילמדנו רבינו שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים וקנו מידו מהו שלח להו אין אחר קנין כלום" -) 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".

על הגהת הרמ"א בסיפא דתפיסה לא מהני וכו' כתב הסמ"ע (מד) דנראה דר"ל דאם המקבל מעצמו תפסו לא מהני ויכול לחזור בו ומש"כ מיהו אם וכו' כוונתו במשמעות הטור שכתב "וכן אם כתב לו שטר ומסרו לידו וזיכה לו המתנה ע"י אחר כו' עד אפ"ה יכול לחזור בו אם אין בו קנין כל זמן שלא הגיע המתנה ליד המקבל" דמוכח מדיוק דבריו דאם הגיע ליד המקבל דאינו יכול לחזור בו, ומש"כ הרמ"א דלא ידע מנא ליה, הקשה הסמ"ע דבסימן קכ"ה כתב בשם הרמ"ה ג"כ דאף אם שלח השכיב מרע כבר נתנו ליד המקבל בציווי השכיב מרע אפ"ה אם עמד יכול לחזור בו ותירץ די"ל דשאני הכא דמיירי דכתב ומסר השטר וגם זיכה המתנה ליד אחר בזה ס"ל לטור דכ"ע מודים דתו לא מצי למיהדר ביה כאילו ג"כ קנה מידו דנתבאר דאינו יכול לחזור בו וכ"כ בדרכ"מ ועוד יש לחלק דלא כתב

שם דיכול לחזור אלא בעמד (וכ"פ הש"ך בסעי' ב' שאם עמד בטלה המתנה גם אם הגיעה ליד המקבל) משא"כ כאן דחזר בלא עמד, וכתב ה**נתיבות** (יח) דתירוץ ב' עיקר עיי"ש.

כתב ה**סמ"ע** (לט) בשם תשובת ה**רשב"א** (בב"י ודרכ"מ) בדין יעקב שנתן קרקע אחת לבנו ראובן במתנת בריא מהיום ולאחר מיתה, ולאחר כמה שנים ציוה יעקב מחמת מיתה וחילק נכסיו ונתן אותה קרקע לשמעון בנו, וציוה לכתוב בסוף הצוואה שכל מי שיבוא לערער על הצוואה לא יטול בנכסיו ויהיה הכל לשאר אחיו כו', ופסק דשמעון לא זכה כלום, ואף דראובן אין יכול להחזיק בקרקע מכח התנאי דאביו כל ימי חייו, מ"מ יזכו בה יורשי ראובן, וכתב ה**נתיבות** (טז) דמ"מ אם דר בו שמעון אין יכולין יורשי ראובן לתבוע לשמעון שכר דירה, כיון דראובן לא היה יכול להשכירה הוי כחצר שלא קיימא לאגרא שפטור הדר בבסימן שס"ג, ואפילו לכתחילה יכול שמעון לדור בו, דהא זה נהנה וזה לא חסר כיון דראובן אינו יכול לדור בו ולא להשכירו וגם אינו יכול למחות בשמעון שרוצה לדור, ועוד כתב כיון שביתא מיתבא יתיב וגם ראובן נהנה בדירת שמעון ולכך יכול לדור בו שמעון, אמנם אחר הבא לדור בו ודאי דיכול ראובן למחות בו, דבערעור כזה אינו כמערער על צוואת אביו, שיכול הוא לערער שלא מתורת שהוא שלו רק מתורת שהוא ירושת אבי, וכן נראה שיכול ראובן ללוות לעצמו מעות והבע"ח בא ונפרע ממנו כב"ק ק"ט באסר נכסיו על בנו שלוח ובע"ח באין ונפרעין הימנו, דכשהבע"ח מערערין הוי כיורשין המערערין, וכל זמן שהוא אינו מערער לא מבטל התנאי.

סעיף יד

היאך דין מצוה מחמת מיתה בקנו מידו ובזיכה ע"י אחר?

ע"פ הנ"י (ב"ב עא:) בשם ר"י **מגאש ריטב"א** ועוד פסק בשו"ע "מצוה מחמת מיתה אפילו כתב וזיכה וקנו מידו בכל מיני הקנאות, יכול לחזור בו (דאנן סהדי דלא נתן אלא בסברו שימות בודאי, ואם ידע שלא ימות לא היה נותנו, סמ"ע) {ומיהו אם פירש בהדיא שנותן במתנת בריא במעכשיו וקנו מידו, קנה (נ"י), וכתב ה**נתיבות** דדווקא שפירש בהדיא שנותן במתנת בריא אבל קנין ומעכשיו לחוד יכול לחזור כשעמד אבל בחליו אינו יכול לחזור וכסעי' ט'), { ויש מי שאומר (רמ"ה) דהני מילי כשפירש בהדיא שמחמת מיתה הוא נותן, אבל סתם מצוה מחמת מיתה כגון דאמר וי דקא מיית דינו כשכיב מרע (דסתם מצוה מחמת מיתה נמי יש לו דין כותב כל נכסיו שאם זיכה לו וגם קנו מידו אינו יכול לחזור בו אם עמד, טור בשמו) (נתיבות): דעת הנ"י בהדיא דאפילו באומר ווי דקא מית לא מהני)".

עוד כתב הנ"י אהא דאמרין דמצוה מחמת מיתה אפילו בקנין וזיכוי חוזר דנראה מדברי הרא"מ דמחיים אפילו לא עמד חוזר, אך הרא"ה והריטב"א חולקים.

סעיף טו

ע"פ גיטין ט. פסק בשו"ע "שכיב מרע שכתב כל נכסיו לעבדו, חוזר בנכסים ואינו חוזר בעבד, לפי שיצא עליו קול שהוא בן חורין (שהרי האדון עצמו יודע שיצא עליו מיד קול בן חורין ואין בן חורין חוזר ונעשה עבד לפיכך גמר וזכהו לעצמו מעכשיו, רשב"א (ר"ן -) ואם כתב לו בפירוש מהיום אם ימות יכול לחזור בו", וביאר ה**סמ"ע** (מח) דעת ה**רשב"א** דהוצרך לפרש כן דהאדון עצמו יודע דאלי"כ היה לחז"ל ליתן עליו חומרות עבד דלא לישא בת חורין.

סעיף טז

ראובן שהתנה עם אשתו שאם ימות בחייה תיטול מחצית מנכסיו, והמחצית השניה יטלו אחיו, ולאחר מכן חלה וציוה שמחצית מנכסיו ינתן לשיבה פלונית ומת ובאי אחיו וביקשו מבי"ד לבטל את הצוואה מאחר ויש בידם שטר התנאים שהתנה ראובן עם אשתו כנ"ל, מה הדין.

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "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 (כי לא זיכה להן בחייו כלום, אלא התנאי היה עם האשה שלא תיטול כתובתה אלא שליש נכסיו)".

סעיף יז

שטר צוואה שכתב בו לשון "שדי נתונה לך לאחר מותי", האם צוואה זו תקיפה הלכתית ומדוע? (וראה גם רנז/ז)

ב"ב קנב. "איתמר מתנת שכיב מרע שכתוב בה קנין (והוא הדין אם אין כתוב קנין בתוך השטר או אפילו אין כאן שטר כלל אלא שכיב מרע שהזכיר צוואת שכיב מרע כשחילק כל נכסיו וגם הקנה אותם בקנין סודר אבל אורחא דמילתא נקט שדרך לכתוב הצוואות והקנינים בשטר, רשב"ם) בי רב משמיה דרב אמרי ארכבה אתרי ריכשי ושמואל אמר לא ידענא מה אדון בה שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה", וקיי"ל כשמואל בדיני, אך אם ייפה כחו קנה.

כתבו **התוס'** (כתובות נה:): דלמאי דקיימא לן כשמואל יש תימה מה שתקנו הגאונים לכתוב במתנת שכיב מרע ואמר לנו הווי עלי עדים וקנו ממני בכל לשון של זכות ולא כתבו שום ייפוי כח, וביארו די"ל דכל לשון של זכות חשוב ייפוי כח וטוב שיכתוב וקנינא מיניה מוסיף על מתנתא דא או יכתוב בתחלה ואף קנו ממני בכל לשון של זכות דומיא דאף כתבו וחתמו והבו ליה בדף קל"ו בב"ב.

וז"ל **השו"ע** "מתנת ש"מ בכולה שנתנה בקנין לא קנה אפילו מת, ואפילו אם נכתבה המתנה בשטר ומסר לו השטר מחיים לא קנה (היינו דוקא בשטר דכתב בו הקנין דהיינו שדי נתונה לך דהו"ל קנין דמתנת בריא, סמ"ע ע"פ סעי' יט), דשמא לא גמר להקנות לו אלא בקנין (וגילה בדעתו שאינו סומך במתנתו אתקנת חז"ל אלא שיהיה כשאר קנינים, סמ"ע) 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 פאדוה)}, ויש מי שאומר (**ראב"ד**) דהוא הדין נמי מצוה מחמת מיתה בקנין דינו כמתנת שכיב מרע שהקנין מגרע כחו (ודלא כמהרי"ט, נתיבות), אלא אם כן יפה כחו {וי"א דאם הנותן לא בקש הקנין רק המקבל הוי כיפוי כח (**תה"ד**)}, וכן אם אמר אחר הקנין שתתקיים המתנה הוי כיפוי כח (**ריב"ש**)".

עמש"כ המחבר ע"פ הגמ' 'כגון שכתב וקנינא' וכו' ביאר **הסמ"ע** (נב) דקאי אאם קנו מיניה בקנין סודר, דאז צריך לכתוב לו שקנין זה עושה לו לתוספת חיזוק על מה שכבר זיכהו כתקנת חז"ל בכתיבה ומסירה והיינו מתנתא דא, וה"ה אם כתב בשטר שדי נתונה לך וכתב לו בצידו שכתבת קנין בשטר זה הוא נוסף על מה שכבר נתנו לו באמירה דמהני.

כתב **הנו"ב (פת"ש ו)** דמלשון המחבר "דשמא לא גמר להקנות" משמע דהוא ספק אם קנה או לא, אולם **חתנו הר"ר יוסף** כתב לו דמדברי הריב"ש מוכח דהיינו בודאי ולא ספק כמו נפל לו עליה שמוציאין אותה הימנו בב"מ י', והנו"ב השיב דכאן איכא ספק שמא מחמת חסרון ידיעה שאמירה מהני עשה קנין סודר, אבל בקנין ד"א גם חסרון ידיעה מבטל הזכות שהרי אין ד"א קונות כי אם מדעתו.

עוד כתב **הרמ"א** "(תשובת **הרשב"א** -) **הקנה לו מטלטלין אגב קרקע** לא קנה המטלטלים אע"פ שקנה לאחר מיתה הקרקע, דהוי ליה כאילו הקנה לו מטלטלין עם קרקע של מקנה (ובלשון הרשב"א "של עצמו", סמ"ע וכדלקמן) ואם א"ל מטלטלין אלו לפלוני וליפוי כח אני נותן לו אגב קרקע, קנה. (**ריב"ש** -) שכיב מרע שצוה להיות פלוני ופלוני אפטרופוס על נכסיו וקנו מידו דבריו קיימין וא"צ בזה יפוי כח, (**ריטב"א** -) 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: דהוי כאמר מהיום ולאחר מיתה, והנתיבות דחהו שאי אפשר שהמתנה זו הוי כשאר מתנה דמהיום ולאחר מיתה דכשבריא נותן מתנה מהיום ולאחר מיתה הפירוש הוא הגוף מהיום ופירי לאחר מיתה כשימות באיזה זמן שיהיה אז יש לו גוף ופירות, משא"כ בשכיב מרע דפירש שלא תהיה המתנה קיימת רק לאחר מיתה ע"כ כשימות מחולי זה קאמר, דהא מצוה מחמת מיתה שמחולי זה ואם לא ימות מחולי זה לא תתקיים המתנה, וא"כ ע"כ צ"ל שמהיום ולאחר מיתה דקאמר היינו בתנאי מיתה ואם עמד יכול לחזור בו)".

כתב הסמ"ע (נד) עמש"כ בשם תשובת הרשב"א דהרמ"א פירש דישל עצמו דכתב הרשב"א

ר"ל של המקבל, וקשה דא"כ מאי נתינת טעם הוא מה שכתב מפני שלא קנה הקרקעות עד לאחר מיתה, אדרבה הו"ל למימר מפני שקנה הקרקעות מיד לאחר מיתה נמצא שהקנה לו אגב קרקע של המקבל, ועוד למה לא נאמר שאז יקנה גם המטלטלים אגב הקרקעות יחד בשעת יציאת נשמתו, ועוד דאינו משמע בלשון עיי"ש, ולכן פירש ברשב"א דר"ל של הנותן, והכי פירוש שכיב מרע שצוה ליתן לראובן קרקעותיו ואגבן מטלטלין, אם היתה דעתו ליתן לו במתנת שכיב מרע לא הו"ל להקנות אגב קרקע, אלא הו"ל למימר קרקעי ומטלטלי תנו לראובן דאז קנה גם המטלטלין שהרי דבריו כמסורין דמי, אלא ודאי גילה בזה דעתו שלא נתן לו המטלטלין במתנת שכיב מרע, אלא שיש להסתפק בדעתו אם רצה שיקנה המטלטלין מיד קודם מותו אגב קרקע או היתה דעתו שיקנה אחר מותו אגב קרקע, וס"ל לרשב"א זה לפשיטות דאם היתה דעתו שיקנה לאחר מותו אגב קרקע דלא קנאן דאין קנין לאחר מיתה ונשאר לפנינו לומר דדעתו היתה שיקנה מיד בחייו אגב קרקע, על זה קאמר הנתינת טעם דלא קנאן בזה, כיון דקודם מותו עדיין הקרקעות של הנותן היו שהרי לא קנאן עד לאחר מותו, ואין אדם מקנה אגב קרקע אלא כשקנין שניהן אתא ליד המקבל יחד, וכתב דנראה דיש אף להגיה 'הנותן' ברמ"א, אולם הב"ח (לו, ציין אליו הש"ך יט) יישב הרמ"א דר"ל של המקבל ולא דוקא אלא כלומר אגב קרקעות שאינן של נותן אלא האמת נקט דהקרקעות הן של המקבל מיד לאחר מיתה והמטלטלין כשהן נקנין לאחר מיתה אגב קרקעות אלו נמצא שנקנית על גבי קרקע שאינן שלו (וע' גם בנתיבות סקכ"ב שדחה ביאור הסמ"ע ברמ"א).

סעיף יח

ע"פ ב"ב קלה: פסק בשו"ע "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 (ראב"ד –) ואם לא ייפה כחו, אפילו אם נכתב השטר מחיים, אין נותנים לו לאחר מיתה" ודעת ה"ה בראב"ד דאפילו נמסר מחיים המתנה בטלה, ואילו הכס"מ (ובב"י) כתב דלא אמר אלא כשכתבו השטר מחיים ולא מסרוהו עד לאחר מיתה אבל מסרוהו מחיים כבר עשו שליחותן וכ"ד הטור ובזה מודה לרמב"ם, וכ"פ הסמ"ע (נו).

סעיפים יט. כא

ע"פ רי"ו פסק בשו"ע (יט) "הא דאמרינן (בסעי' יז, סמ"ע) 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 (רי"ו, ולא אמרינן דהוה גילוי דעת שמבקש להקנותו בקנין מתנת בריא, סמ"ע) ", ופירש הסמ"ע (נו) דברי המחבר כהמשך לסעי' י"ז בשטר שכתב בו שדי נתונה לך דהוא אחד מקנינים דקונים בו מתנת בריא, ובשטר כזה אין לומר דכשבא ליד המקבל מחיים דזכה בו, דכיון דגילה דעתו בהאי שטרא דרוצה להקנותו בקנין דמתנת בריא, איך נאמר דבנתינת השטר קנין לידו יקנהו, אבל אם צוה ליתן מתנה ואמר לעדי הצוה שיכתבו הצוה ויתנהו ליד המקבל, בזה נתחלק הדין, דאם כתבוהו ולא מסרו השטר ליד המקבל עד לאחר מיתה לא קנה, דכיון דצוה להן לכתוב וליתן חיישינן דלא גמר להקנותו כי אם עם שטר ואין שטר לאחר מיתה, אבל אם מסרוהו לידו מחיים קנהו, ודעת הרא"ש והטור דאפילו אם קנה מיניה בקנין סודר על המתנה, אם אח"כ אמר להן ליתן למקבל המתנה עם הכתב וכתבו ונתנו לו מחיים ולא כתבו הקנין בשטר קנה, אולם הש"ך (כ) והנתיבות (כד) פסקו כשו"ע.

וע"פ תשובת הרשב"א ורי"ו פסק בשו"ע (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 ליזכרון בעלמא וגמר להקנות לו מיד, ואין צריך יפוי כח (וגם לא בעינן שבא השטר צוה לידו בחיי הנותן, סמ"ע) } וכבר נתבאר סעיף י"ט דבעינן שבאה הצוואה ליד המקבל מחיים, וצוואה שכתב בה קנין הוי כשאר שטר מתנה ובעינן יפוי כח (מהרי"ק), ובמקום שנהגו שכולן מקנין בצוואה בעלמא ואין מכוונין להקנות בשטר אין צריך יפוי כח

(ריב"ש). מי שמבקש מיורשו שיעשו כך וכך בנכסיו, מקרי צוואת שכיב מרע, כי מה שבקש לא עשה רק לחזק הדברים **(תה"ד)**.".

סעיף כ

ע"פ **מהר"ם מרוטנבורג** פסק בשו"ע "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", והוכיח **הסמ"ע** (נט) מהטור דהיינו דוקא בדלא ייפה כח לראשון, אבל אם ייפה כח לראשון אז לא קנה השני בלא יפוי כח, דבהא ליכא למימר הטעם דמסיק דקנין דשני לאו לגרוע אתא וכו' שהרי פחת לו במה שמיפה כח דראשון ולא דשני, ובש"ך (כא) כתב בשם **הב"ח** דאין לסמוך על סברא זו דהשני קונה וכו' להוציא ממון שהוא דברי יחיד, וצ"ע לדינא, ומ"מ אף לפי סברא זו אם חילק נכסיו לשנים ולראשון הקנה בקנין ולשני בלא קנין דדינו כמתנת ש"מ בכולה וכסעי' יא דראשון לא קנה אף אם מת ושני קנה אם מת, וחלק גם עמש"כ הסמ"ע (וראה נתיבות כו).

סעיף כב

כתב **השו"ע** "יש מי שאומר **(רשב"ם)** דלא שני לן בין אומר כתבו ותנו לו לאומר תנו וכתבו לו, ויש מי שאמר **(נ"י בשם ר' יונה)** 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. **(ר' יונה וטור)** וכתב **הסמ"ע** דזה לכ"ע -) וכן שכיב מרע שאמר תנו מנה לפלוני ואחר כדי דבור אמר כתבו ותנו לו את השטר, מסתמא לא לחזור ממתנה ראשונה נתכוין אלא ליפוט כחו שיהא לו לראיה, והעדים כותבין (כלומר לפמש"כ דיש חילוק בזה משו"ה יזהרו העדים שלא יכתבו איך שאמר להו כתבו ותנו וכו') מה שצוה בפניהם ואין כותבין ואמר לנו כתבו ותנו, לפי שנמצאו מבטלים בכך המתנה".

כתב **הנחלת שבעה (פת"ש ט)** דמשמעות השו"ע והסמ"ע דאם כתבו לאחר מיתה לא מהני יפוי כח רק דוקא בכתבו מחיים, ובתשובת **חת"ס חלק**, דעד כאן לא הצריכו יפוי כח אלא באומר כתבו ותנו לפלוני או תנו וכתבו לפלוני, אבל אם אמר שמעו דברי וכתבו וחתמו ולא הזכיר שיכתבו לפלוני, כונתו שיכתבו לעצמם לזכרון דברים ואין כאן קנין ושטר כלל.

סעיף כג

כתב **השו"ע** "בריא שאמר כתבו ותנו מנה לפלוני ומת, אין נותנים אפילו במיפה כחו **(רשב"ם)**, ויש מי שאומר **(ר"י ורא"ש)** דהיינו משום דאמר כתבו ותנו אבל אם אמר תנו ולא אמר כתבו, נותנים משום מצוה לקיים דברי המת (דבכתובות ס"ט פסק רב נחמן דהלכתא כוותיה בדיני הלכה כרבי מאיר דאמר מצוה לקיים דברי המת ובגיטין ט"ו משמע דאף בבריא אמרינן הכי, וכתב **הסמ"ע** דגם מתנת שכי"מ במקצת בלא קנין קנה משום מצוה לקיים דברי המת, ולא אמרו דלא קנה אלא דוקא באומר לשליח תן מנה לפלוני שאני נותן לו ומת המקבל בחיי נותן ואח"כ מת הנותן, דמשום מצוה לקיים דברי המת ליכא כיון שמת המקבל בחייו, ומשום מתנת שכיב מרע אם היה בכולה איכא כיון דהוה שכיב מרע בשעת אמירה). וי"א **(רמ"ה)** דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא היכא דאתפסיה ביד שליח {וע"ל סימן רנ"ב}.".

סעיף כד

ע"פ **הרמ"ה** פסק בשו"ע "בריא שאמר כתבו ותנו שדה זו לפלוני, אם מחיים, כותבים ונותנים אי לא הדר ביה קמי דמטא שטרא לידה, אבל לאחר מיתה אין כותבים ונותנים אא"כ קנו מידו".

סעיף כה

אדם שמת ומצאו צוואה בביתו, מתי היא מחייבת ומתי לא?

משנה ב"ב קלה: "מי שמת ונמצאת דייתיקי קשורה על ירכיבו (דאף דליכא למיחש שמא אחר כתבה ונתנה שם, רשב"ם) הרי זו אינה כלום, זיכה בה לאחר בין מן היורשין בין שאינן מן היורשין דבריו קיימין", וע"פ הגמ' וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "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 (ה"ה): מיירי במתנת כל הנכסים, הא במקצתן ודאי לא, אלא זכה בהן כיון שיש בהן קנין ואע"ג דלא מטא שטרא לידיה). ואם זיכה בה לאחר, בין מהיורשים בין שאינו מהיורשים, כל הדברים שבה קיימים ככל מתנות שכיב מרע. (רמב"ם -) 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 (באה"ג): הכס"מ כתב דלא מצא כן בגמ', וי"ל שהרמב"ם למדו ממשנה דב"מ כ' 'מצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו יהא מונח' וכו' דחיישינן שהלואה הפקידו אצלו לזמן מה עד שיאמר לו מה יעשה לפי שכותבין שטר ללוה אף על פי שאין מלוה עמו) {ובמתנת בריא בקנין, כשהקנה קנה המקבל (רא"ש)}".

דעת רשב"ם דפירוש אם זיכה לאחר כלומר ואמר ליה זכה במה שכתוב בזה השטר אף על פי שאינו כתוב על שמו שכתוב על שם ראובן ואמר לשמעון זכה במה שכתוב בה קונה דלא גרע משאר צוואתו שהיא ככתובה וכמסורה, והראב"ד פירש זיכה בה לאחר שאמר לראובן זכה בשטר זה לצורך שמעון קנה אפילו אם ראובן הזוכה בשביל שמעון הוא יורש ולא אמרינן כיון שהוא יורשו כאילו לא יצא מתחת ידו ודוקא מקרקעי אבל מטלטלי לא שאין שטר למטלטלי, וכתב ה"ה דהרמב"ם אינו כאחד הפירושים, ואילו הסמ"ע (עא) כתב דמש"כ הרמב"ם בין מהיורשים בין שאינו מהיורשים, איכא למימר דס"ל דהרבנותא היא דאפילו אותו שנתן השטר בידו הוא אחד מן היורשים אפי"ה הוה נתינתו לידו גילוי דעת גם לאחרים שתתקיים מתנתן ג"כ, דהיינו על דרך פירוש הראב"ד, א"נ י"ל דכונתו היא דאפילו זה שנתן בידו אינו יורש, אפי"ה זכה לנפשו בקבלת השטר, והיינו על דרך פירוש רשב"ם.

עמש"כ הרמב"ם והמחבר 'וכן מי שכתב שט"ח' ביאר הסמ"ע (עב) דר"ל כמו דחיישינן במתנת שכי"מ הנ"ל שמא כתב ונמלך כך חיישינן בשט"ח שמא כתב ללוות ולא לזה ומשוי"ה לא יתנהו למלוה הנזכר בשט"ח, וה"ה לשטר מכירה שמא כתבו למכור ולא מכר, וכתב הש"ך (כב) דנשמע מהסמ"ע דאף בשט"ח ושטר מכר של קנין חיישינן להכי (כתב ללוות ולא לזה) מדמחלק בין ש"ח ומכר לשטר מתנה דבמתנה מן הסתם קנה המקבל, אבל באמת זה אינו דבהדיא מוכח בש"ס וכל הפוסקים דבין שטר הלואה או שטר מכר שיש בו קנין לא חיישינן לשמא כתב ללוות ולא לזה או כתב למכור ולא מכר משום דמשעת קנין שעבד נפשיה וכסימן לט/ג ורלח/א ואין חילוק בזה בין שט"ח ומכר לשטר מתנה, ומה שמפרש הרא"ש דברי הרמב"ם דהיינו דוקא בשט"ח ר"ל בלא קנין והיינו לשיטת הרא"ש דס"ל כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו ויש לחוש לשמא כתב ללוות ולא לזה בשטר שאין קנין בו, אלא הכא טעמא אחרינא איכא לדעת הרמב"ם והמחבר שפסקו דלא כאביי והיינו דחיישינן לפרעון, וכתב בתשובת ושב הכהן (פת"ש י) דכל דברי הש"ך תמוהים בענין זה.

סעיף כו

השו"ע פוסק בהלכות מתנת שכיב מרע שאם נתן מטלטלין סתם מעכשיו ולאחר מיתה, ולאחר מותו טוענים יורשיו למקבלים הביאו ראיה שהמטלטלין היו בשעת המתנה אין בדבריהם כלום, מה סיבת הדין, ומהו הקושי בדברי המחבר? האם יש הבדל בין מטלטלים לקרקע?

ע"פ תשובת הרשב"א פסק בשו"ע "הנותן סתם מטלטליו לאחר מעכשיו ולאחר מותו, ואחר שמת טוענים היורשים הבא ראיה שמטלטלים אלו היו לו בשעת מתנה, דשמא לאחר מכאן לקחן, אין בדבריהם כלום, דמסתמא כאן נמצאו וכאן היו {ועיין לעיל סימן ס' סעיף ו'}".

הקשה הסמ"ע (עד) דבסימן ס' כתב הרמ"א עמש"כ המחבר גבי מקנה לחבירו דאם אין הדבר ידוע שהיו ברשותו על התובע להביא ראיה והוסיף הרמ"א דאם טוען התובע ברי שהיו ברשותו והנתבע

כופר צריך לישבע שלא היה לו אז, ולא אמרין התם כאן נמצא כאן היה, וכתב דשאני התם דהנתבע בעצמו חי וטוען ברי שלא היה לו אז מדבר שנתן ולכך נאמן בשבועה, ובטוש"ע קיב"ג דכתב המחבר פלוגתא בזה והרמ"א כתב דהסברא הראשונה דס"ל דעל המקבל להביא ראיה עיקר וא"כ תימא למה לא גילה ג"כ דעתו כאן, יש שרצו לחלק ביניהם, דכאן מיירי בנותן מטלטלין ולעיל בסימן קי"ב איירי בנותן קרקעות שלו דאם היו לו אז הקרקעות קלא ה"ל והווי עדים שהיה בידו של הנותן מאז, והוא דוחק, אלא היותר נראה דלא שייך כאן נמצאו כאן היו כי אם במטלטלין הנמצאים בביתו תחת ידו, דבזה נאמר שפיר מדנמצאו עתה ברשותו גם מתחילה היו ברשותו שלקחן והביאן לביתו אז בשעת המתנה, משא"כ בקרקעות העומדים במקום אחר, אין לומר עליהן שהן ברשותו כי אם ע"י עדים או שטר שקנאן.

הש"ך (ס, כח) כתב דהסמ"ע דחק, ויישב דבסימן ר"ן כיון דהמטלטלין הם בעין אמרין כיון שעתה כאן נמצאו כאן היו, משא"כ בסימן ס' שהמטבע אינו בעין, אלא דאכן קשה מסימן קי"ב ומה שמחלק בסמ"ע בין מטלטלי לקרקע לא נהירא, והעיקר לדינא, דבסימן ר"נ הוא מתשובת הרשב"א משמם של גאונים וא"כ לפי מאי דקי"ל לקמן סימן קיב"ג דלא כגאונים שם, ה"ה דלא קי"ל כהך דסימן ר"ן, וכ"כ הב"ח סוף סימן זה דהפסקים סותרים זה את זה ולעולם על המקבל להביא ראיה, וכן עיקר.

בנתיבות (ס, יד) תירץ דבסימן ר"ן מיירי במטלטלין דהיינו כלי הבית דבהו שייך לומר כאן נמצא וכאן היה מעולם ומיירי שנתן לו הכל, משא"כ בסימן ס' דלא נתן לו רק מאה זהובים לא שייך לומר כאן נמצא וכאן היה, דמ"מ נאמן במיגו דאי בעי אמר שהיה לו עוד מאה זהובים ונאנסו, ואפילו אם חייב עצמו גם באונסין לא מהני חזקת כאן נמצא כאן היה לשלם מביתו, דדוקא בשמסופק במטלטלין אם הם שלו ליכא חזקת ממון, משו"ה מועיל חזקת כאן נמצא כאן היה, אבל נגד לשלם מביתו דאיכא חזקת ממון, לא מהני חזקת כאן נמצא כאן היה, ובסימן קי"ב מיירי בנכסים דהיינו חיטי ושערי וסחורות כמבואר בסימן רמ"ח ובהו לא שייך כלל כאן נמצא וכאן היה, רק שם איכא חזקה אחרת, כיון שהוחזקו כל הנכסים בחזקת מקבל מתנה משו"ה כל מה שנמצא מחזקין בחזקת מקבל מתנה, ובחזקה זו פליגי הפוסקים בסימן קי"ב, משו"ה באה"ע סימן קח/א מיירי שנתן רק חלק מנכסיו, כ"ע מודים דעל מקבל מתנה להביא ראיה.

סימן רנא – דין מתנת שכיב מרע או בריא

סעיף א

[מה דין מתנת שכיב מרע שכתוב בה בחיים ובמות?]

ב"ב קנ"ג. "ההיא מתנתא דהוה כתוב בה בחיים ובמות רב אמר הרי היא כמתנת שכיב מרע מדכתיב בה במות אחר מיתה קאמר ליה והאי דכתיב בחיים סימנא בעלמא דחיי (לפי שהזכיר מיתתו לא רצה לפתוח פיו לשטן, וכאילו אמר ה' יצילני ממות זה כי אחיה, רשב"ם) ושמואל אמר הרי היא כמתנת בריא, אמרי נהרדעי הלכתא כוותיה דרב, אמר רבא ואי כתיב בה מחיים קנה" ואסיקנא דלית הלכתא כרבא, וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "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 (ה"ה): דלא נחלקו רב ושמואל אלא במתנת שכיב מרע) שנתן מתנה וכתב בשטר מחיים ובמות (וה"ה בכתב בחיים ובמות בבי"ת, סמ"ע וש"ך) הרי זה מתנה גמורה מחיים, וזה שכתבו בה ובמות, כמי שאומר מעתה ועד עולם, וכמו נויי השטר הוא זה".

כתב הסמ"ע (א) דמש"כ 'בין בכל בין במקצת' כלומר דאפילו קנו מידו וכדין מתנה במקצת אפ"ה אם עמד חוזר, דיש לו דין מצוה מחמת מיתה הואיל והזכיר מיתה, כ"כ הטור, והרמב"ם והמחבר לא נקטו זה בלשונם, דכבר נתבאר מדבריהם (רנ; ז, ט) דבמתנה מחמת מיתה אין נ"מ בקנין בשום דבר, והטור כתבהו ללמדנו דלא תימא שיש לו דין מתנת בריא בקנין ואף אם לא ימות לא יוכל לחזור, קמ"ל. עוד כתב דמיירי דיש לקנין יפוי כח.

כתב הש"ך (א) דאם אמר במות ואח"כ בחיים ס"ל למהריב"ל דהוי כמו בחיים ובמות ואילו בתשובת רא"ן ששון חוכך בזה.

עוד כתב הסמ"ע (ה) לבאר הסיפא גבי בריא דמדובר כשהיה בקנין בין בכולו בין במקצתו, דאין מתנת בריא בלא קנין, ודוקא בזה שאמר בחיים ובמות הוא דהוי מתנה גמורה מהיום, אבל אם אמר מחיים ולאחר מיתה, הרי גילה דעתו דלא יהיה מתנה גמורה כי אם לאחר מיתה לענין הפירות, אבל הגוף קונה מהיום, ואם כתב לו מחיים אם לא אחזור עד לאחר מיתה, הרשות בידו לחזור בו עד אחר מותו, אף שקנה מידו והיה בריא, וכסימן רנ"ז.

סעיף ב

[מה הדין במתנת שכיב מרע שאין כתוב בה שמתוך החולי הזה שצוה בו מת?]

משנה ב"ב קנג. "לא כתב בה שכיב מרע הוא אומר שכיב מרע הייתי והם אומרים בריא היה, צריך להביא ראיה שהיה שכיב מרע דברי רבי מאיר, וחכמים אומרים המוציא מחבירו עליו הראיה" ובגמ' "ההיא מתנתא דהוה כתיב בה כד הוה קציר ורמי בערסיה ולא כתיב בה ומגו מרעיה איפטר לבי עלמיה אמר רבה הרי מת והרי קברו מוכיח עליו אמר ליה אביי השתא ומה ספינה שרובן לאבד נותנין עליהם חומרי חיים וחומרי מתים (לענין תרומה לאשת כהן) חולים שרובן לחיים לא כל שכן, אמר רב הונא בריה דרב יהושע כמאן אזלא הא שמעתא דרבה כרבי נתן דתניא מי מוציא מיד מי הוא מוציא מידהם בלא ראיה והם אין מוציאין מידו אלא בראיה דברי רבי יעקב רבי נתן אומר אם בריא הוא עליו להביא ראיה שהיה שכיב מרע אם שכיב מרע הוא עליהם להביא ראיה שבריא היה".

רשב"ם גרס 'רבא' וכתב דלא הדר ביה וקיי"ל כוותיה דשמעתיה כרבי נתן אזלא דקיימא לן כוותיה כדאמרין בעלמא (ב"מ קיז:) רבי נתן דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא, וכ"ד הב"י **ברא"ש** דרבא לא חשש לתשובת אביי משום דלא דמי התם לא ראינו אותם מתים ולכך אית לן למימר שמא ניצולו אבל הכא ודאי מת ואית לן למימר שלא נתרפא אלא מת מתוך אותו חולי, ואילו הרי"ף פסק כאביי דהא אוקימנא (קנד.) להא דרבי נתן כרבי מאיר ודרבי יעקב כרבנן וקיימא לן הלכתא כרבנן הלכך ליתא לדרבא דאמר הרי מת והרי קברו מוכיח עליו דשמעתיה כרבי נתן אזלא דלית הלכתא כוותיה וכ"פ הרמב"ם והטור **ברא"ש**.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "מתנת שכיב מרע שאין כתוב בה שמתוך החולי הזה שצוה בו מת, ואין העדים מצויים לשאול להם {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 (אף שהמקבל טוען ברי, סמ"ע), שאין מיתתו ראיה שמא מחולי שנתן בו המתנה נתרפא ואחר כך חלה חולי אחר ומת, לפיכך הנכסים בחזקת היורשים עד שיביא ראיה שמתוך החולי הזה שנתן בו מתנה זו מת" והמשיך הרמ"א ע"פ הטור ומהרי"ק "ואם תפס המקבל למטלטלין, מתוך שיכול לומר שלי הן, נאמן לומר שמחולי הראשון נפטר, (ע"פ המשנה והטור -) וכן הדין אם עמד החולה ורוצה לחזור במתנתו, ואומר שמתנת שכיב מרע היה, והמקבל אומר שבריא היה ולא יוכל לחזור (ומיירי שמפורש בשטר שהיה בקנין ואינו מפורש כדקציר ורמי וכו', והנותן טוען שמתנת שכי"מ בכולה היה ורוצה לחזור בו, ואפילו נכתב הקנין ביפוי כח כדרך הקנינים שעושין בשכ"מ בכולה, אפי"ה מצי המקבל לטעון שבריא היה, משום דגם בבריא כותבין לפעמים ביפוי כח, סמ"ע), על המקבל להביא ראיה (וכתב הטור דהנותן צריך להשבע היסת, וכתב הסמ"ע דשאני מדין המחבר דביורשים קי"ל דאין היורשים נשבעים היסת כי אם לגבות ולא כדי ליפטר), וכן בכל מקום שהוא פלוגתא דרבנותא אם זכה המקבל עליו להביא ראיה (סמ"ע: ר"ל כמו הכא דהרשב"ם חולק, וכ"כ הרמ"א בסי' קל"ט ורנ"ו, ובשני המקומות מבואר דאם שניהן מוחזקין או אין שום אחד מוחזק ואין שם חזקת מרא קמא חולקין והוא מתה"ד)".

כתב הסמ"ע (ו) דהטור ביאר המקרה דהיורש אמר שנתרפא קודם שמת ונתבטלה המתנה מיד ממילא, אף שחזר אח"כ ונפל למשכב ומת, והמקבל אמר שלא נתרפא והיא קיימת, וכתב הסמ"ע דהמחבר קיצר משום דאף דאין היורשין טוענין כן אגן טענין להו, והטור כתבו לרבנותא לדעת הרשב"ם דס"ל דאפילו טענו אינהו אפי"ה אמרין דקברו מוכיח עליו ועל היורשים להביא ראיה.

כתב **הסמ"ע** (ז) דמש"כ הרמ"א לסמוך על העדים אינו ר"ל שיעידו בב"ד שכך שמעו מפי עצמו או משמשיו, אלא ר"ל יכולין להעיד כך שנפטר מתוך החולי הראשון וכאילו ראוהו וידעוהו הן עצמן, ויכולים העדים לסמוך בזה ע"פ נשים ועבדים המשמשים אותו ואין צריכים לעמוד עמו.

עמש"כ הרמ"א ע"פ הטור דאם תפס המקבל למטלטלין וכו', כתב הש"ך (ו) דכן כתב הרמב"ם דאם היו המטלטלים ביד המקבל מתוך שיכול לומר שלי הן ישבע היסת שבריא היה, והרב המגיד כתב דאפילו ליכא מגו כיון שיש עדים שמחמת מתנה זו באו לידו חזר הנותן להיות מוציא מחבירו עליו הראיה אחר שהמטלטלים ביד מקבל זה החלק וצ"ע, וכתב הש"ך דאין כאן צ"ע וכ"כ בכס"מ שהדבר פשוט דאי לית ליה מיגו אינו נאמן, כי היכא דבעלמא אם יש עדים וראה אינו יכול לומר נתת לי במתנה ה"ה הכא. **הקצות** (א) כתב דהרב המגיד בחילוקו מיירי שידוע בעדים שבא לידו מחמת מתנה זו היינו שמסרו לו בחייו לשום מתנה, דכל כה"ג אינו מתנת שכיב מרע אלא מתנה בתנאי, וכיון שנסתפק אם היה תנאי ויש לו לחזור כשעמד או לא, הרי זה בחזקת המקבל וכן הסכים **בנתיבות** (א).

סימן רנב – מתנת שכיב מרע מוציאין ממנו למזון האשה והבנות

סעיף א

מזון האלמנה והבנות וכן חיוב כתובה, האם גובה ממתנת שכיב מרע? מה הדין אם נשאר הנכסים ביד היורשים?

ב"ב קלג. (רשב"ם) "דההוא דהוה קא שכיב ואמרו ליה נכסיה למאן דלמא לפלניא ואמר להו אלא למאן ואמרת לן עלה (רב הונא) אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה ואם לאו נוטלן משום מתנה אמר ליה אין הכי קאמינא למאי הלכתא סבר רב אדא בר אהבה קמיה דרבא למימר **אם ראוי ליורשו אלמנתו נזונית מנכסיו** (דהוי לשון ירושה שתהא אלמנתו של מת נזונית מנכסיו שהוריש לזה) ואם לאו אין אלמנתו נזונית מנכסיו (נוטלן משום מתנה ושוב אין אלמנתו נזונית מהן כדתנן בגיטין מ"ח אין מוציאין למזון אשה והבנות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם משום דהוי מזונות דבר שאין לו קצבה ואין יכולין לקוחות להזהר ובין מתנה ובין מכר הוה משועבדים). אמר ליה רבא מיגרע גרעא השתא בירושה דאורייתא אמרת אלמנתו נזונית מנכסיו במתנה דרבנן לא כל שכן (מיגרע גרעא בתמיה, וכי הורע כחה של אלמנתו בכך השתא בירושה דאורייתא דאלימא כח יורש אם ראוי ליורשו שהתורה זיכתה לו כדכתיב ביום הנחילו את בניו אפי"ה אמרינן אלמנה נזונית מנכסיו היורש, **במתנה דרבנן כי הך מתנת שכיב מרע שאין בה קנין אלא מדרבנן כ"ש דניזונית מהן**"), וכתב הרא"ש דלפי הגמ' והרשב"ם הא דתנן (גיטין מח:) אין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים, היינו במשועבדים מחיים כגון נתנם במתנת בריא ומכרם אבל במתנת שכיב מרע אינו קונה אלא לאחר מיתה ומדרבנן הילכך כירושה שווה רבנן ומוציאין ממתנת שכיב מרע למזון האשה והבנות והוא הדין למלוה על פה כיון דהוי כירושה, **ויש מן הגדולים (גאוניס) במרדכי ורשב"א, דרכ"מ** שיש להם גירסה אחרת 'אטו יורש' מיגרע גרע, ולית בהו השתא ומה ירושה דאורייתא, ומפרשים **כשם שאם נתנם למי שאינו ראוי לירשו אין אלמנתו נזונית מנכסיו כך אין אלמנתו נזונית מנכסים שנתן למי שראוי לירשו אלא בין משום ירושה בין משום מתנה אין אלמנתו נזונית מנכסיו** דכיון דא"ל נכסי לך דהוא לשון מתנה אלא דאמרינן משום דראוי ליורשו מפרשים ליה משום ירושה היינו דוקא ליפות כחו כדמפרש בתר הכי דאין לה הפסק אבל לא גרע כחו שתהא אלמנה ומלוה על פה גובה ממנו ממה שנתן לו יותר על שאר יורשין, ומביאים ראיה לדבריהם מהא דתנן אין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים, **וכתב הרא"ש דאינה ראיה** דההיא מיירי במתנת בריא ומכירה כנ"ל, ודעת הרי"ף והריב"ש **כרא"ש**, ובתשובת הרשב"א כתב דיש לסברת הגאוניס סיוע אבל מה נעשה והסכימו עם הרי"ף כל האחרונים הרשב"ם הראב"ד והתוס' ואנו אין בנו כח לחלוק על דבריהם שנביאים ובני נביאים הם.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם כרי"ף "מתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה, ואין אחר זוכה בדבר שצוה לו, בין במקרקעי בין במטלטלי, אלא לאחר מיתה, לפיכך מוציאין אפילו לכתובת בנין דכרין (אבל לעיקר כתובת אשה אין צריך להאי טעמא, כי אף שיקנה מחיים הלא האשה טורפה בשטר

כתובתה המוקדם אפילו ממשועבדים מזמן כתיבתה, ב"י וסמ"ע) ולמזון האשה והבנות מיד אלו שצוה לתת להם, שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים בכתובה ובמזונות, ואלו שנתן להם לא יקנו אלא לאחר מיתתה {ודוקא שאין נכסים גבי יורשיו (נ"י), כי מה שנשאר ביד היורשים הרי הוא כאילו היה ביד הנותן אביהן ושייך בזה למימר דאין גובין מהמקבל כשיש ביד הנותן בני חורין, סמ"ע}."

הסמ"ע (ב) חידד הסברא בדבר ע"פ הרשב"ם דכתובה ומזונות שהן תקנת חז"ל לגבות מנכסיו אחר מותו והן תיקנו שיחול שעבודן על הנכסים מיד בשעת שהוא גוסס ואינו עוד בר קיימא, משא"כ מתנתו שנתן השכ"מ או בריא בעצמו שיקחן לאחר מותו, אדם חביב לעצמו וגומר בדעתו שלא יחולו קנינים אלו עד אחר יציאת נשמתו, כי כל עוד רוח נשמתו באפו מקוה שעוד יש תקוה שיעמוד וישארו הנכסים בידו, **הקצות** (א) כתב דכעין זה ברמב"ם דחייב מזון האשה והבנות וכתובת בנין דכרין חיובן עם גמר מיתה, ומתנת שכיב מרע אינו אלא לאחר מיתה, אולם כתב דהרי"ף חלוק עם הרמב"ם בסברת הדין **ולרי"ף** הטעם משום דמתנת שכיב מרע לא קני אלא לאחר מיתה לא דחיא תקנתא דרבנן דמזונות אלמנה ובהדי הדדי קא אתיא לאחר גמר מיתה הלכך לא דחי חדא מינייהו לחברתה, וכתב הקצות דכן נראה מלשון הגמ' קל"א גבי כתובת בנין דכרין 'אינון ירתון ולא יסבון' וירתון אינו אלא אחר גמר מיתה, ובנ"י כתב משום דתקנת מזונות קודמת בתקנה, וכתב הקצות דאינו מובן דנהי דקודמת בתקנה מ"מ כיון דלא חייל עד אחר מיתה הרי מתנת שכיב מרע אתי בהדי הדדי עם חיוב מזונות ומאי טעמא קודמין המזונות, והקצות כתב דנראה דטעמא דקודמין המזונות אע"ג דאתי בהדי הדדי הוא משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין.

כתב **הסמ"ע** (ג) בשם **הריב"ש** דאלמנה שקיבלה קנין לשכ"מ לקיים צואתו בנכסיו, מ"מ גובית כתובתה תחילה ואח"כ תשלם משאר נכסיו.

[מה הדין באחד שנתן במתנת ש"מ ושמעא אשתו ולא מיחתה, ואח"כ חזר ונתן ואז מיחתה אשתו?]

כתב **הרמ"א** ע"פ **המרדכי** בשם **ראב"ן** "ואחד שנתן במתנת ש"מ ושמעא אשתו ולא מיחתה, ואח"כ חזר ונתן (כלומר דלא נתרפא מחליו בינתיים ולא היה צריך לחזור וליתן אלא כתב הדין כשאירע שמעשה כך היה, סמ"ע) ואז מיחתה אשתו, אין גובאת כתובתה ממתנה זו, שהרי המתנה הראשונה קיימת, ולא אמרינן דשנייה בטלה הראשונה, דהרי לא חזר בראשונה רק בא להחזיקה, וי"א (שם) בשם **ר"מ ותה"ד** דאע"פ ששתקה בשעת המתנה גובאת כתובתה ממתנתו (**מרדכי** בשם **ר"מ**) ועיין בא"ה סימן ק"י."

סעיף ב

מהם התנאים הדרושים לדין "מצוה לקיים דברי המת"? האם יש מצוה לקיים דברי אדם שצוה בהיותו בריא, ואחר כך מת? (וכן לקמן)

משנה כתובות סט: (רש"י) "המשליש מעות לבתו (מסר מעות ביד שלישי לצורך בתו לקנות שדה או נדוניה לכשתנשא) והיא אומרת (לאחר שנשאת) נאמן בעלי עלי (שלא יעכבם לעצמו תנם לו והוא יקנה לי שדה כשארצה) יעשה השליש מה שהושלש בידו (יקנה השדה ואין שומעין לה דמצוה לקיים דברי המת) דברי רבי מאיר, רבי יוסי אומר וכי אינה אלא שדה והיא רוצה למוכרה הרי היא מכורה מעכשיו", ופסקין כרב נחמן כר"מ דכוותיה בדיני ודלא כרב יהודה, וא"כ מצוה לקיים דברי המת, וכתב **הב"י** **דביטין טו**. ובתוס' שם מפורש דגם גבי בריא אמרינן כן, וז"ל **השו"ע** כלשון הטור "מצוה לקיים דברי המת אפילו בריא שצוה ומת (**תוס'** **רא"ש** ועוד -) והוא שנתנו עכשיו לשליש לשם כך (או שצוה ליורשיו ליתן, ש"ך בשם הריטב"א) {אבל היו בידו קודם ולא לשם כך או שבאו לידו אחר הצוואה אין בזה משום מצוה לקיים דברי המת (**מרדכי**)}."

כתב **רע"א** בשם **המרדכי** דבטעם לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת.

עוד כתב **רע"א** בשם **המרדכי** דאם **הפקיד בידו** ואמר אם אצטרך אקחנו ממך ואם אמות תתן לפלוני לא מקרי הושלש לשם כך, כיון דעיקר המסירה לידו היה לצורך עצמו.

חפץ שנתן במתנת שכיב מרע וחפץ אחר שיש בו דין מצוה לקיים דברי המת אם קדמו היורשים ומכרו החפצים הללו, מה דינם? האם יש הבדל בין קרקעות למטלטלים?

ע"פ הג' מרדכי פסק ברמ"א "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".

כתב הסמ"ע (ו) ע"פ רי"ו דמה שהמקבל יכול להוציא דהיינו קרקעות, דאילו במטלטלין והיורשים קדמו ומכרו אותן, אין מקבל המתנה יכול להוציא מידן, וטעמו מכח תקנת השוק, ורי"ו כתב דאפילו נתנו היורשים ס"ל לרא"ש דשייך תקנת השוק גם במתנה, וזה דלא כב"י והדרכ"מ שחלקו וס"ל דאם היורשים נתנו בעצמן לאחרים המקבל מתנת שכיב מרע חוזר ומוציא מידן, ותמה עליהם דמוכח בטור בסימן ס' בשם הרא"ש דגם במתנה שייך תקנת השוק ואין גובין מן המקבל לבע"ח ולכתובת אשה, והיתומים שנתנו פשיטא דפטורים מלשלם, דומיא דמכרו שכתב המחבר בסימן קצ"ח דאם מכרו המטלטלין אין חייבין לשלם שאין שעבוד בע"ח על מטלטלין וזה פשיטא דמטלטלין לאחר תקנת הגאונים לא עדיפי ממקרקעי קודם התקנה. הש"ך (ו) חלק על הסמ"ע דפשט לשון הרמ"א משמע דאפילו מטלטלים יכול להוציא מידן וכן הוא בריצב"א שממנו מקור דין זה, דחילוק גדול יש בין דברי ש"מ ככתובים ומסורים כו' ובין מצוה לקיים דברי המת כו' דמטעם דברי ש"מ ככתובים ומסורים זכה באותו חפץ לגמרי ואם מכר או נתן מוציאין מן הלוקח או המקבל מתנה שהחפץ נקנה לו ולא נתיאשו הבעלים רצה מזה גובה ומש"כ הסמ"ע דטעמו של המישרים משום תקנת השוק ליתא, אלא הכא ניקנו לזה גוף המטלטלים במתנת ש"מ מדין גמור והרי הן שלו בכל מקום שהן פשיטא דלכ"ע מוציא מיד הלוקח או המקבל מתנה דהא מכרו או נתנו דבר שאינו שלהם ואם מכרו והוא בענין שהלוקח לא ידע שניתנו לזה במתנת ש"מ דשייך תקנת השוק צריך להחזיר לו הדמים שנתן.

האם יש הבדל בין דבר שזוכין בו מחמת דין מתנת שכיב מרע לבין דבר שזוכין בו מחמת הדין שמצוה לקיים דברי המת?

בהמשך לנאמר לעיל גבי קדמו היורשין ומכרו יש להביא את הסמ"ע (ז) שציין למש"כ בהגדו"פ בשם הג"י, דכתב דיש ג' חילוקים בין מצוה לקיים דברי המת ובין מתנת שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי, א' היכא שהיה בריא ואמר תן מנה לפלוני שאני נותן לו ומת מקבל בחיי נותן ואחר כך מת נותן דמטעם מצוה לקיים דברי המת לא קנה ואם היה הנותן שכיב מרע קנה מטעם דברי שכיב מרע ככתובין ומסורין, ב' שלא אמרין מצוה לקיים דברי המת אלא בדבר שהושלש מתחלה לכך ומטעם דברי שכיב מרע קנה אף שלא הושלש לכך, ג' היכא דאמר בו יפוי כח אף כתבו ותנו דמטעם דברי שכיב מרע וכו' קנה אף אם לא אמר כתבו ותנו, ומטעם מצוה לקיים דברי המת כלומר שהיה בריא כשאמר כך ומת אם לא כתבו מחיים לא קנה דשמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה – "ולכא מאן דפליג בהנך שלשה דברים".

אם נשבע לתת מנה לפלוני ומת הנשבע האם יש כאן מצוה לקיים דברי המת?

מצוה בריא או שכיב מרע שנשבע או נדר לתת סך מסוים לפלוני או לעני ומת – האם היורשים חייבים לקיים את השבועה ואת הנדר?

ראובן נדר לבית הכנסת סכום כסף, האם זכאי בית הכנסת לאחר מותו של ראובן לדרוש מן הבנים לקיים את נדר אביהם?

מה הדין אם נדר לעדקה ומת, האם יורשיו חייבים לקיים נדרו?

אימתי אמרין 'מצוה לקיים דברי המת' והאם יש חיוב לקיים דברי המת מדין 'כיבוד אב' ציין נפק"מ. (וראה גם לקמן)

כתב הרמ"א ע"פ הריטב"א מי שנשבע או נדר ליתן לפלוני כך וכך ומת ולא נתן, יורשיו פטורין ואין בזה משום מצוה לקיים דברי המת ועיין לעיל סוף סימן רי"ב סעיף ז' {ובסימן ר"ט ס"ד} - כיון שלא נתן גם לא ציוה ליורשים ליתן (סמ"ע ושו"ך בשמו).

כתב הש"ך (ז) דמשמע דאף דלא השליש לשם כך כיון דציוה ליורשיו ליתן - אמרינן ביה מצוה לקיים דברי המת וכ"כ הריטב"א שהובא בב"י, אולם בתשובת רע"א (פת"ש ג) תמה על הש"ך דכתב בפשיטות, דבריטב"א עושה פלוגתא בזה בין תוס' לרא"ה, ולדעת תוס' בעי דוקא השליש, ואף לרא"ה זהו רק שהיה הצוה לבנו, ואפשר גם בכותב כן לבנו ושלח לידו המכתב, דהכתיבה כדיבור דמי לזה, אבל בלא ציוה בפניו רק שמסר לו דבר מחותם שיקראנו אחר מותו, מנין לו, וסיים דעכ"פ למאי דקיי"ל כר"ת, בלא השליש אין בזה דין מצוה לקיים דברי המת.

עוד כתב בתשובת רע"א (שם) נוספת מבואר בתחילה דהא דאין לחייב את בניו ר"ל לכוף אותם מדין מצוה לקיים דברי המת אבל עלייהו דידהו רמיה לקיים משום מצות כיבוד אב ואף דקיי"ל בקדושין ל"ב כיבוד משל אב ולא משל בן, ¹י"ל כיון דהוא ממון הירושה לא מיקרי כ"כ של בן, וכן נראה לדינא במצוה לבניו דרך צוה ליתן ממון ירושתם לפלוני כך וכך דצריכים לקיים מדין כיבוד אב, ומה דשקלו וטרו הפוסקים בדין מצוה לקיים דברי המת דהוא רק במשליש מתחילה לכך, היינו בלשון תנו דהוי רק לשון מתנה, ²גם נפק"מ במצוה לאחד משאר יורשיו דלא שייך כיבוד אב, גם במצוה לבניו נ"מ, ³דמשום כיבוד אב לא כפינן להו ומדין מצוה לקיים דברי המת כפינן, אך למעשה נשאר בצ"ע, ד"ל כיון דירשו הממון הוי ממון שלהם ואין מחויבים לקיים בזה צוואת אביהם דקיי"ל כיבוד משל אב ואף דבמטלטלי דיתמי מצוה לפרוע חובות אביהם ופרש"י בכתובות צ"א משום כיבוד אב, ונוכיח מזה כיון דמכח אביהם בא להם הממון לא מיקרי כ"כ של בן, מ"מ י"ל דדוקא התם דהוא בצירוף טעם דהוי קצת נעילת דלת כו', וההיא דהניח להם ריבית דבר מסוים בב"ק צ"ד י"ל דהתם הוי זילותא לאביו, אבל מדין כיבוד י"ל דלא מחייבי וצ"ע.

כתב הקצות (ה) לבאר דין הרמ"א דהיורשים פטורים היינו משום דשבועה אינו עושה קנין וכן בנודר לעניים אינו עושה קנין, ומשום דלא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיט אלא בקדושת הגוף או בקדושת בדק הבית אבל נודר לעניים אינו כמסירה אלא שמחוייב לקיים נדרו ומשום דכתיב בפ"ך זו צדקה (ר"ה ו.) וכיון דמת אין היורשין צריכין לקיים שבועת אביהן או נדר אביהן, ואפילו אומר הרי זו לעניים, וכתב דמעשה בא לידן (הובא בפת"ש ב) באחד שנדר בחייו ליתן מעשר כספים מנכסיו וכבר חילק בחייו מקצתו וקודם מותו ציוה שיותן מעשר מנכסיו כפי הנדר שנדר בחייו, ובאו מעניי העיר לכוף את אפוטרופסי יתמי המנוח לקיים הצוואה, וכתב שאין ממש בצוואה זו, והוא דכיון דנודר ומת אין היורשין מחויבין לקיים נדרו, וא"כ משום נדר שנדר בעודו בריא אין היורשין מחויבין, ואי משום מתנת שכיב מרע נראה דבזה לא אמרינן תקנת שכיב מרע דמבואר בתוס' דף קע"ה דהיכא דנותן מטעם מתנה בודאי תקנו שיהיו ככתובין ומסורין שמא תטרף דעתו עליו אבל מצווה להם ליתן מכח מלוה ולא מטעם אחר אין לו אלא מכח מלוה כאשר בתחלה והלכך אין נותניו, וה"נ כיון שאמר ליתן משום הנדר שנדר בחייו וא"כ אין לעניים אלא מכח נדר כאשר בתחלה, והנודר ומת אין היורשין מחויבין לשלם, וגם מדברי הרמ"א מבואר דמשום נדר ודאי יורשין פטורים ודלא כמשמע בתשובת הר"ן במצוה ליתן את הנדר שהיה לו לתלמוד תורה דפסק דמחויבין ליתן לתלמוד תורה, ובנתיבות (ג ובפת"ש) השיג עליו דלא דמי למה שהביא מהתוס' דשם עכ"פ מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן רק שאין כופין אותן כמבואר בדף קנ"ז וי"ל שצוואתו היתה שיתנו משום מצוה שעליהם וממילא אין כופין אותן, אבל בנודר כשמת אין שום מצוה על היורשין, וכיון שהוא ציוה תנו, ע"כ במתנת שכיב מרע ציוה ליתן, וכן מוכח מכל הפוסקים (וציין לסוף דברי הקצות בס"ק ה') שגובין מהיורשים בכה"ג, וכ"ד תשובת החת"ס דהכא י"ל אדם יודע שאין נדר אחר מיתה ובא עכשיו לתקן דבריו הראשונים ויהיב בתורת מתנת שכיב מרע, וזה דומה למ"ש בכתובות ע"ד אדם יודע שאין קידושי קטנה כלום וגמר ובעל לשם קדושין, וכאמור אכן בקצות בסוף דבריו ציין למש"כ בסימן רנ (סק"י) [דהיכא דאומר מנה לפלוני בידי דהו"ל כמו אומר מהיום כיון שרוצה לפרוע חובו, ובנודר מהיום ליכא תקנת שכיב מרע] דה"ה הכא נמי כיון שנדר בחייו ואומר שיותן לעניים כפי הנדר שנדר בחייו, הרי רוצה לזכות להם מהיום וליתא בתקנת שכיב מרע, "ואכתי צ"ע", ועוד ציין למש"כ בסימן ר"צ (סק"ג) שם יישב תשובת הב"י גבי נודר ומת שמחויבין היורשין לקיים כפי הנדר ע"פ הרב המגיד שכתב דהיכא שהיה אביו מחויב בעודו קיים כופין את היורשין משום מצוה לקיים דברי המת "כיון דמצות צדקה יש בו משום שעבוד נכסיו א"כ ה"ה בנודר כיון דכתיב בפ"ך זו צדקה אית ביה נמי

שעבוד, ולא גרע משאר חוב דאפילו מלוה על פה דעת הרמב"ם וכמה פוסקים דשעבודא דאורייתא" (לשונו שם), "א"כ ה"ה הכא". [עוד יש לציין לקצות בסימן ר"נ (סק"ו) שכתב דמשמע מהרא' דהקדיש וחילק לעניים ומת ולא חזר בו דודאי צריכין לקיים הצוואה, ואמאי הא כיון דמספקא לן בחילק לעניים אם חוזר כשיעמוד, והיינו משום דמספקא שמא גמר להקדיש מחיים, וא"כ כשמת נימא שמא גמר להקדיש מחיים וא"כ תו ליכא משום מתנת שכיב מרע וא"כ לא זכו עניים בתורת מתנת שכיב מרע ומדין נדר אין היורשין צריכין לקיים נדרו, דהצדקה הוא מטעם נדר והנודר ומת אין היורשים צריכין לקיים נדרו] ובנתיבות שם (רנ"ד) כתב דליתא דדוקא כשאמר אתן מנה לצדקה או תנו מנה לצדקה דעדיין חסר לקיים הוא מטעם נדר ואין היורשים חייבים לקיים נדרו אבל אם אמר הרי זו צדקה שהתפס דבר מיוחד לצדקה שהדבר גופיה נתפס בצדקה וכבר נתקיים הנדר שנדר כדמוכח בנדרים דף ז'. עוד ראה בזה מש"כ בפת"ש בסימן רנ"ג סעי' טז בשם החת"ס.

< כתב בתשובת רע"א (פת"ש ב') בשם תשובת הרמ"א דאף באומר אתן לאחר ל' יום ואף באמר אתן סתם ומת, אין היורשים מחויבים לקיים נדרו.

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי "מי שהפקיד מעות אצל חבירו ואומר שאם ימות יעשה בהן המוטב, יתנו ליורשיו {וכ"כ לקמן סימן רפ"ב ס"א}."

כתב הנתיבות (ב) דאם הפקיד בידו שאם יצטרך יקחנו אף שאמר לו שאם ימות יתן לפלוני, לא מיקרי הושלש לשם כך, כיון שעיקרו היה לשם פקדון.

מעות צדקה שנותרו בירושת הנפטר, מי קובע כיצד יחולקו?

לקמן בסימן רנב/כג פסק השו"ע ע"פ תוספתא דב"ק והוזכרה ברשב"ם ב"ב מ"ג (גר"א) "שכיב מרע שאמר תנו ק"ק ק"ק לזו לעניים, או ספר תורה לבית הכנסת, יתנו במקום שהוא רגיל. היה רגיל בשתים, יתנו לכל אחד ואחד, ונתבאר בטור י"ד סימן רנ"ח" – שם ביו"ד רנח/ה פסק ע"פ התוספתא "האומר תנו ק' ק' ק' לזו לעניים, יתנו לעניי אותה העיר שהוא דר בה" והוסיף שם הרמ"א ע"פ מרדכי ועוד "וכל זה מן הסתם, אבל במקום שיודעים כוונתו שלא כיוון לעניי אותה העיר לבד, כגון במקומות שדרך עשירים ליתן לצדקה הרבה בשעת מיתתו, ודרך לחלוק אותן הצדקות לכל עניים, הולכים אחר זה, ואפילו נדר סתם, הולכים אחר המנהג ויחלקו יורשיהם הצדקה לכל עניים הטובים בעיניהם, אפילו אינם בעיר, ואפילו היתה אותה צדקה מונחת ומופקדת ביד אחר, יתנו אותה ליורשים ויודיעו שכן נדר. המחייב עצמו בקנס לצדקה ועבר, צריך ליתן לעניים שבעיר ולא יוכל לומר שיתנם לעניים אחרים, ויוכל הגבאי לתובעו, דמקרי ממון שיש לו תובעין" ובשם תשובת הרשב"א המשך "אבל מי שהקדיש ממון הרבה, ומינה עליהם יורשיו לחלקו כפי הטוב בעיניהם, אפילו לעניי עיר אחרת, מקרי ממון שאין לו תובעים ואין גבאי העיר יכולין לכופו אותן ולתובעם שיקיימו צוואת המת, ואע"ג דעוברים וגוזלים העניים, מ"מ מקרי ממון שאין לו תובעים, הואיל ויכולין לחלק לכל מי שירצו".

האם אמרין מצוה לקיים דברי המת במילי דעלמא?

מה הדין אם ביקש האב לפני מותו לעשות פעולות מסוימות שאינם נדר?

ציוה שכל סכסוך שיהיה בענין הצוואה שידון דווקא דיין מסוים אם חייבים לקיים דבריו?

כתב הפת"ש (א) בשם השבוי"י (א) בדבר אשה שצויתה קודם מותה לבניה שאם יהיה ביניהם דברי ריב ידון להם פלוני אחד מקרוביה ונתנו כולם תקיעת כף בפועל ליד אותו פלוני ועכשיו אחד מהבנים אינו רוצה לקיים ולדון לפניו וטוען שעיקר התקיעת כף לא עשה רק לפייס דעת אמו שלא תיטרף דעתה, ופסק דמצד מצוה לקיים דברי המת לא אמרין מצוה לקיים דברי המת אלא בנכסיו וירושתו אבל בשאר מילי לא וגדולה מזו הסכמת הפוסקים הכא בשו"ע דאפילו בנכסיו דוקא בנתן לשליש לשם כך וכ"ש בשאר מילי דלא שייך השלישו לשם כך, ואין לחלק ולומר דדוקא בדבר שבממון שבידו להשליש ולא השליש לשם כך לא אמרין מצוה לקיים דברי המת משא"כ בשאר מילי דמשמעות הפוסקים דאף בלא היה אז בידו להשליש אפ"ה לא אמרין מצוה לקיים דברי המת, אך מצד החסד לפנים משורת הדין ראוי לקיים גם בשאר מילי אך אין כופין על פנים משורת הדין רק בדברים

בעלמא כו', אולם מחמת התקיעת כף יש לכופו לקיים ולדון לפני אותו פלוני, ומה שטען כי עיקר התקיעת כף לא נתן רק להפיס דעת אמו דלכ' טענה גדולה כמבואר ביו"ד רלב"ז במי שנדר לחולה איזה דבר אם עשה זה משום הפצרת החולה שלא תיטרף דעתו עליו הוי כנדר אונס, יש לחלק, דדוקא במי שאינו חייב לשמוע למצותו כלל רק מכח השבועה, אז יכול לומר שעשה שבועה שלא תיטרף דעתו, משא"כ בצואת אב או אם שמחויב לקיים עכ"פ לפני משורת הדין וכופין על זה בדברים א"כ אם עשה תקיעת כף או שבועה על זה איך נמצא לו היתר.

בפסקי המשפט (סימן רנג הע' 27) כתב בשם **מנחת אלעזר** (ב,סג) שדברי השבוי"י שאין מצוה וכו' אלא בממון הם חידוש ורוב הפוסקים נקטו שלא כדבריו, וכתב להוכיח כן מסוף סימן רנ"ג גבי מצוה שלא יספידוהו (וכן ראה שם בשם הפת"ש ביו"ד גבי ציוה שלא יאמרו קדיש דשומעין לו) [ונדחה ראיית השבוי"י ממה שהצריך יעקב להשביע את יוסף דלמדים שבצואה לחוד א"צ לקיים צואתו, דתמה דהא כתב שם הרמב"ן דבאמת גם בלא זה היה מחוייב ולא חשד יעקב ליוסף ח"ו שיעבור על צואתו גם בל"ז רק כדי לחזק הדבר בעיני פרעה וכ"ד הספורנו דדוקא מחמת שהשביעו היה יכול לפעול אצל פרעה ולולא זאת לא היה מניחו פרעה, עיי"ש].

ראובן ציוה את רעייתו קודם פטירתו שלא תשיא את בתו הבוגרת לשמעון אחיו וכעת הם רוצים להינשא זה לזה – האם שייך בזה 'מצוה לקיים דברי המת' או 'כיבוד אב'?

בסק"ג הביא הפת"ש תשובת נו"ב דכתב באחד שציוה קודם מותו לאשתו שלא תתן את בתו הבוגרת לשמעון אחיו לאשה, וכתב דוודאי דלא שייך בזה מצוה לקיים דברי המת, דאפילו לדעת הריטב"א שאם מצוה למי שבידו לעשות שייך מצוה לקיים דברי המת אפילו לא מסר עתה לידו כלום, לא אמר אלא בציוה למי שבידו לקיים דבריו, אבל כאן אינו מסור ביד אשתו שהרי יכולה הבת להנשא לדודה בלי רצון אמה וגם הבת אין ספק שאינה צריכה לחוש לדברי אביה בזה, ועוד, שגם הריטב"א לא אמר אלא במצוה על שלו אבל אם מצוה לאחר על של אחר ודאי ליכא משום מצוה לקיים דברי המת, ואפילו שתק האחר בשעה שאמר אליו, וא"כ הכא שציוה לאשתו על בתו הבוגרת שאינה ברשותו כלל, ודאי דאין על האלמנה שום חיוב או מצוה לקיים דברי בעלה המת כלל, וגם מצד הבתולה אין ספק שאינה צריכה לחוש לדברי אביה בזה (וציין לסוף סימן ר"מ ביו"ד) ובפרט שהאב לא ציוה לה כלום. **בפסקי המשפט** (סימן רנ"ג הע' 28) ציין למנחת אלעזר (שם) דיש בענייני הנהגה שאינם ממון חיוב גמור מצד כיבוד הורים, ובשו"ת אמרי יושר כתב שהמקיים רצון אביו ואמו מקיים בזה כיבוד מדאורייתא, עיי"ש.

האם אמרינן מצוה לקיים דברי המת במילתא דאיסורא?

יש לציין בתחילה לסימן רנג/ל שם פסק השו"ע ע"פ הגמ' בכתובות באמר אל תקברוהו מנכסיו אין שומעין לו דלאו כל כמיניה להלין המת ולא יקברוהו. עוד יש לציין לסימן רנו/ג שם פסק השו"ע ע"פ הרמב"ם ששכיב מרע שצוה לתת לעובד כוכבים מתנה אין שומעין לו "שזה כמי שצוה לעבור **עבירה מנכסיו**", אך **בנו"ב (פת"ש רנו,ג)** כתב דאף שלא הביאו האחרונים שום חולק אין דין זה מוסכם וציין למל"מ.

וז"ל **האחיעזר** (ג,לה, צוין בפסקי במשפט כאן) "המורס מזה לענין הלכה דעיקר הדבר דמצוה לקיים דברי המת הוא דין ממון דכופין על זה, ורק כשמצוה שהיורשים יעשו דבר איסור כמו במתנה לנכרי או בשחרור באופן שאסור ליורשים לשחרר לא אמרינן מלקד"ה, אבל היכא דלגבי היורשים לא הוי שלא כדין, ורק שהמצוה עשה שלא כדין כיון שציוה מצוה לקיים דה"מ", עיי"ש.

גם **במשפטי עזיאל** (ד,לט,ה) דן בשאלה זו ובתחילה הוכיח מתוס' גיטין ל"ח דבשב ואל תעשה איתא להאי מצוה דכתבו שם "והא דאמר לקמן במי שאמר בשעת מיתתו פ' שפחתי אל ישתעבדו בה, ומסקינן דאי אמר בלשון שחרור כופין את היורשים לכתוב לה גט שיחרור, וכן בירושלמי וכו' התם כיון דאין היורשים רשאים להשתעבד בה משום מצוה לקיים דברי המת לא קרינן ביה לעולם בהם תעבדו, ומשום נתינת גט לחודיה ליכא איסור עשה", אולם מהר"ן שם מוכח להיפך דכתב דמשמע דלא עשה גמור הוא דאי עשה גמור הוא היכי דחינן עשה שבתורה משום האי מצוה וכו', ומוכח להדיא מדבריו דבמקום מצוה ליכא למאן דאמר דמצוה על היתומים לקיים דברי המת ואפילו ביורשים

בדבר שבממון ובהושלש מכל שכן בדבר שאינו של ממון ולא הושלש, וכל שכן באחרים שאינם יורשים דליכא בהו אלא מצוה מלפנים משורת הדין.

בפד"ר (ז', 263) הביאו פוסקים רבים שהכריעו דלא אמרינן דמצוה וכו' כיון דזו מצוה דרבנן, וז"ל "בדברי גנזי חיים.. להרבה ראשונים ואחרונים שאמרו דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת בדבר עבירה וביניהם התשב"ץ חלק ב' סימן נ"ג, נודע ביהודה.. וכ"כ הרמב"ם בתשיעי מהלכות זכיה ומתנה הל' שכיב מרע שצוה ליתן מתנה לנכרי לא מהני שזה כמי שצוה לעבור עבירה מנכסיו, וכיוצא"ב כתב המהרי"ט.. במי שצוה ליתן מנכסיו לבנים ולבנות בשוה לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת דהוה ליה מתנה על מה שכתוב בתורה, והיאך אפשר לומר שמצוה לקיים דבריו ולבטל דברי תורה..".

בענין האם אמרינן מצוה לקיים דברי המת בדבר שלא בא לעולם, ראה סימן ריב/ז.

הלכות מתנת שכיב מרע

סימן רנג – איזה לשון מועיל לשכיב מרע ושכיב מרע שאמר תנו מנה לפלוני ומאתים לפלוני ושלש מאות לפלוני

סעיף א

ב"ב קיג: (ובסנהדרין ל"ד ע"ב) **"והיה ביום הנחיל"** את בניו ביום אתה מפיל נחלות ואי אתה מפיל נחלות בלילה.. דתניא והיתה לבני ישראל לחוקת משפט אורעה כל הפרשה כולה להיות דין **(תוס')**: לענין שעל כרחם של בנים שנעשים דיינים אותם העומדים שם בשעת צוואה ועושין דין ולא מצי האי למימר איני רוצה לדון לפניכם אלא לפני בית דין הגדול או לפני בית דין שבעירי אלא על כרחו מקבל אותן בדיינים) וכדבר יהודה דאמר רב יהודה שלשה שנכנסו לבקר את החולה רצו כותבין רצו עושין דין שנים כותבין ואין עושין דין (דמתחלתן לא נראו להיות דיינים) ואמר רב חסדא לא שנו אלא ביום אבל בלילה אפילו שלשה כותבין ואין עושין דין מאי טעמא דהוה להו עדים ואין עד נעשה דין..

כתב **הטור** "חולה שצוה לפני שלשה.. נעשו כדיינים.. בד"א ביום אבל אם צוה לפניהם בלילה כיון שאין השעה ראויה לדון נעשו עדים ואינם יכולים לדון אפילו אם דנו בדיעבד אין דינם דין (דלא כרשב"ם, שאם קבלו עדות בלילה יש להם לדון על פי אותה קבלה והכי נמי איתא בירושלמי, **והרמב"ן** כתב דגמרא דידן פליגא)", והביא שכתב **הרשב"ם** דווקא שלא נכנסו להעיד אבל אם נכנסו להעיד או שאמר להם אתם עדים או שכתבו הצוה בתורת עדות שוב אין יכולין לדון אא"כ יעידו אחרים בפניהם, ור"י פירש שאין חילוק ולזה הסכים **הרא"ש** ז"ל (ועיקר הדברים בסימן ז'). ופירש עוד **רשב"ם** דאיידי במתנת ש"מ במקצת קנין, וכתב **הטור** **דלא נהירא** דההיא יש לה דין מתנת בריא לכל דבר ואין יכולים לעשות דין אלא איירי בש"מ שמחלק נכסיו ואין יכולין לעשות דין עד דמשהה לבתר דסליק מההוא ענינא בענין שאינו יכול לחזור בו אבל מקמי דסליק מההוא ענינא אין להם לדון, ואם דנו פירש **רשב"ם** שאינו דין, אבל **ר"י** פירש נהי דלכתחילה אין להם לדון אבל אם דנו דיניהם דין" (וראה **קצות א')**.

וז"ל **השו"ע** "שנים שנכנסו לבקר את החולה וצוה בפניהם, כותבין ואין עושין דין, ואם היו שלשה רצו כותבין רצו עושין דין {להחזיק כל אחד במה שצוה ולדון בכל דברי ספק שנפל בצוואה ואין אחד מן היורשין או מקבלים יכולים לומר לב"ד אחר אזלינן **(תוס' וטור)**} בד"א ביום (כדין שאר דיינים שאם רואין או שומעין בעצמן הדבר בעת שראוי לדון דהיינו ביום, יכולין לדון עליו מטעם דלא תהא שמיעה גדולה מראיה, משא"כ אם ראו או שמעו בלילה דאז אין זמן לדון בתחילת דין אזי דין עדים להם ואין עד נעשה דין לדון עליו אפילו ביום, **סמ"ע**), אבל בלילה כותבין ואין עושין דין..".

כתב **הפת"ש** (א) בשם **השב"י** דכל שצוה המוריש רק **בפני עד אחד** אפילו היה חכם ודיין שלא בפני היורש שאינו צריך כלל לקיים דבריו, וחלק על **המהרי"ט** שכתב שיקבל היורש בחרם שאינו מאמין למה שאומר העד.

כתב **הקצות** (ג) דדעת הנו"ב בשטר קידושין שנעשו בלילה שכתב שלא מדעת שניהם דהו"ל מפי כתבם דכיון שחתומים בו שלשה ושלשתן היו אצל הקידושין, דכיון דבלילה לא שייך שמיעה גדולה מראיה ע"כ נעשו עדים ולא דיינים ולא תצטרך גט, אך סיים שלדעת הי"א ברמ"א ה"ב שבדיעבד גם בלילה דיניהן דין, וגם יש לחוש לדעת הרשב"ם שפוסק דגם בלילה דיניהם דין, ולכן צריכה גט, אולם **הקצות** כתב שאין מקום להחמיר בזה, דהא לדעת הרשב"ם דלילה כשר בדיעבד, א"כ הא דאמרינן בלילה כותבין ואין עושין דין, צריך לחלק דלילה דכשר בדיעבד היינו דוקא מפי אחרים אבל הן עצמן כשראו בלילה נעשו עדים ולא דיינים, ולא אמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראיה כשראו בשעה שאין דנין לכתחלה, וראיה לא מהני כשמיעה אלא ביום שראוי להיות דיינים לכתחלה, וא"כ בלילה לא הוי דיינים אלא עדים והו"ל מפי כתבם, דאי נימא דלילה כשר בדיעבד ולא תהא שמיעה גדולה מראיה א"כ היאך יפרנס הך דלילה כותבין ואין עושין דין שאמרו להדיא בגמ', וע"כ צ"ל אחת משתי פנים או דלילה אפילו בדיעבד פסול כדעת תוס' והרא"ש, או דלילה כשר בדיעבד היינו מפי אחרים אבל לא בראיית עצמן, וא"כ לכ"ע כשראו בלילה לא נעשו דיינים ואין כאן מקום כלל להחמיר חומרי שניהם כיון דאמרו להדיא בלילה כותבין ואין עושין דין.

סעיפים ב - ד

אם כתב לשון שאינו מועיל האם יש בזה משום מצוה לקיים דברי המת?

איזה לשון מועיל בעוואת בריא ואיזה לא מועיל ואם לשונות המועילים בשכיב מרע מועילים גם בבריא?

ע"פ ב"ב קמח: פסק בשו"ע "שכיב מרע שצוה ואמר יטול פלוני כל נכסי או מקצת נכסי או יחזיק או יזכה (וה"ה 'יהא דבר זה לפלוני', ש"ך, ובפת"ש הוסיף דה"ה 'יהיה' ודלא כחות יאיר שהסתפק) או יקנה, כולם לשון מתנה הם, וכן אם אמר יחסון או יירש, על מי שראוי ליורשו, ה"ז קנה, (ע"פ בעיות בדף קמ"ט ועלו בתיקו ואין מוציאין מיד היורשים שהנכסים בחזקתן -) אבל אם אמר יהנה פלוני בנכסי או יעמוד בהם או יראה או ישען בהם לא קנה, (ע"פ תשובת הרא"ש -) ואם אמר אני מניח לפלוני הוי לשון מתנה. ואם אמר לשון יפול לפלוני כך וכך, לשון ירושה הוא {ובכל זה דווקא שהזכיר לשון מתנה, אבל אם אמר כך וכך לפלוני בנכסי, לאו כלום הוא (מהרי"ק). האומר לפרוע לאשתו כתובתה במעות מזומנים, אין זה לשון מתנה ואין יורשין צריכין לקיים משום מצוה לקיים דברי המת (ריטב"א) כמו שנתבאר סוף סימן רנ"ב} (ג) לשונות אלו של מתנה המועילים בשכיב מרע, י"א (רא"ש) שהוא הדין שמועילים בבריא (דכיון דמהני בשכ"מ כ"ש בבריא שיש עמו קנין), וי"א (רמ"ה) שאינם מועילים (דדוקא בשכיב מרע דאין דעתו מיושבת עליו לדבר בלשון מתנה מבורר הקילו שלא תטרוף דעתו, והרמב"ן חלק דאין קנין דברים אלא באומר אתן לך או אמכור לך).

כתב הסמ"ע (ד-ה) דבאמר יהנה וכו' כלומר דבכה"ג לא אמרינן דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי, ואפילו קנו על זה יש אומרים דהוה קנין דברים ויש אומרים דמהני, וגבי מניח דהוי לשון מתנה היינו דוקא בשכיב מרע שכן דרך לשון שכיב מרע שמניח מעזבונו אחריו לפלוני כך ולפלוני כך, אבל בבריא בכה"ג לא מהני לכ"ע, והמחבר שכתב תחילה דין "מניח" דמהני בשכיב מרע ובסעיף ג' כתב דלשונות אלו וכו' דיש אומרים דה"ה שמועילים בבריא דמשמע דקאי גם אלשון 'מניח', זה אינו, דבמניח כ"ע מודו דלא מהני בבריא וכן מוכח בטור. כתב בתשובת חת"ס (פת"ש ג) דמה שרמז הש"ך לעיין במהרי"ק היינו דמייתי שם רא' החולקים על הרא"ש וס"ל שאין לשון מניח משמעות של כלום אך הש"ך בעצמו בסימן רפ"א פסק דלא כמהרי"ק והש"ך לא מייתי הכא לעיין שם לפסוק כמותו אלא אם יצטרך לעשותו סניף לסברות אחרות אבל לא לפסול צוואה בשביל זה, ובתשובת רד"ך נחלק על הש"ך דלא עלה על דעתו לומר מניח לשון גרוע הוא ועוד דדבזמנינו שנתפשטו הוראות השו"ע בכל תפוצה דלשון מניח הוא לשון המועיל בשכיב מרע תו לא גרע מקנין או לשון שהסכימו עליו במדינה דמועיל ובזמן הזה גם הגאונים שבמרדכי ומהרי"ק יודו דלשון מניח הוא לשון קנין המועיל.

בעבודת הגרשוני (פת"ש ה) כתב להוכיח שהב"י דס"ל דסברת הרא"ש שלשונות אלו מועילים נמי בבריא היא עיקר, וכתב בתשובת נו"ב (פת"ש ו) גבי לשון יתנו בני דכתב בתחילה דהוא כמו יטול

לדעת הרמב"ן, אך הביא שבחלקת מחוקק הביא בשם הב"ח דבבריא האומר תנו מאתים זוז הוי קנין דברים, ומשמע דאף לדעת הרמב"ן, א"כ ע"כ צריכים לחלק בין לשון יטול ויזכה היינו לשון של זכות ומשמע שיזכה מעכשיו לדעת הרמב"ן, אבל אם אומר בלשון נתינה, אין במשמעותו שום לשון של זכיה רק הבטחה שיוותן לו או דברים בעלמא ולא שיזכה מעכשיו, וא"כ בנידון דידן אף לרמב"ן לא קנה.

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע (ד) "מה שכותבים במתנה תלך ותזכה ותירש ותמשכן ותעשה ממנה חפצך ורצונך, אין לשונות אלו אלא שופרא דשטרא, ואע"פ שלא נכתבו הויא מתנה {אם כתוב בשטר צוואה לשון דאפשר לתלות בטעות סופר, עיין לעיל סימן מ"ט סעיף ו' }".

כתב בתשובת חת"ס (פת"ש ז) בלשון צוואה שכתוב בה שלשלת של זהב אתן לפלוני, ושכיב מרע צ"ל תנו ולא אתן, טעות דמוכח הוא מתוך השטר וקלקול סופרים הוא כמבואר מלשונה שהיא אומרת אחר מיתתה אתן חפץ זה לפלוני, ואיך תאמר שאז אחר מיתתה אתן.

סעיף ה

ע"פ ברייתא ב"ב קמו: פסק בשו"ע "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 (וכיון דלא חלה המתנה מעיקרא כיון שהיתה בטעות, תו לא תחול ממילא כשימות, סמ"ע)".

סעיפים ו – ז

ע"פ ב"ב קלג. פסק בשו"ע "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 פירש בהדיא שנותן לו במתנה, אפילו ראוי ליורשו אינו אלא לשון מתנה (מהרי"ל ומ"מ בשם י"א) ועיין לעיל ריש סימן רמ"ח סע' א' וב'}. (רמב"ם -) 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".

עמש"כ המחבר ע"פ הרמב"ם כתב הסמ"ע (יב) דהרמ"א בסימן רמ"ו הביא דעת הרא"ש דבת בין הבנים או הבנות לא קנתה, והטור דהביא שם את הרא"ש והכא סתם כרמב"ם י"ל דכאן מייירי בדנתן לו סתם ולא הזכיר לא לשון ירושה ולא לשון מתנה וגם הרא"ש מודה בזה דיש חילוק בין בן לבת.

כתב הנתיבות (ו) עמש"כ הרמ"א בשם המהרי"ל דאם פירש בהדיא וכו', דקשה, דבסימן רמח/א סתם דלשון מתנה ליורש ירושה הוא ואם כונת הרמ"א הוא שאמר בפירוש שלא לשם ירושה ורימז זה במה שציין לסימן רמ"ח, קשה למה קיצר ולא כתב כן בפירוש, ועוד קשה על המרשים שכתב כן בשם מהרי"ל דהא זה מתורת הרמב"ם, ולכן יישב דהג"ה זו צריכה להיות בסוף הסעיף די"א דדוקא אם פירש בהדיא לשון מתנה אבל בסתם לא הוי אלא לשון ירושה ולא הוי אפוטרופוס והוכיח בד"מ דלענין אפוטרופוס בעינן דוקא שיאמר בפירוש לשון ירושה, דהא כל מתנה סתם ליורש לשון ירושה הוא ואפ"ה הוי אפוטרופוס באומר לשון מתנה לבן, א"כ ה"ה סתם, וזה רומז בהגה"ה ג"כ כאן, דמבואר בסימן רמז/ד דאם אמר בפירוש לשם מתנה ליורש דהוי אפוטרופוס, אע"ג דבכל מקום לשון מתנה ליורש ירושה הוא מ"מ לענין אפוטרופוס מתנה הוא, א"כ ה"ה בסתם, וכל כמה דלא אמר בפירוש הוי אפוטרופוס, ואתי שפיר דברי המרשים, דדין זה הוא באמת מתשובות מהרי"ל.

סעיף ח

[מה הדין באמר תנו ק"ק זוז לבעל חובי בחובו? האם שונה מהדין במקרה שאמר לבעל חובי כראוי לו?]

ע"פ ב"ב קלח. וכלשון (וגירסת) הרמב"ם פסק בשו"ע "שכיב מרע שאמר תנו ק"ק זוז לפלוני בני כראוי לו (סמ"ע: גירסת הרי"ף והרא"ש 'לבני בכורי כראוי לו' והיא עיקר) או לאשתי כראוי לה, או לבעל חובי כראוי לו נוטלים ק"ק זוז עודף על חלק הבכורה והכתובה והחוב (דכיון דלא הוה צריך לומר כראוי לו ואמרו דרשינן לישנא יתירא דלטפויי קא מכיון כר"ע, סמ"ע ע"פ הגמ'). ואם אמר תנו ק"ק זוז לבני בבכורתו (סמ"ע: ולא אמר כראוי לו, ונתיבות חולק דהוא תמוה) 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 (רשב"א ורא"י: דמחזי כריבית אם נוטל יותר מחובו [מיהו אם חובו יותר ממאתים זוז ודאי נוטל כל חובו, סמ"ע], אך ברישא דאמר לבעל חובי כראוי לו לא מחזי כריבית דהא גילה דעתו דמשום דראוי לו מחמת ניותת נפש דעבד ליה נתנו לו, והסמ"ע הוסיף לציין דעת הרמ"ה בטור דאפילו באומר לפלוני בחובו לא מחזי כריבית, ומאידך הש"ך הוסיף על המחבר דאפילו תפס הבע"ח מוציאין מידו). {ואם אמר ר' זוז לבני פלוני שהוא פשוט בירושתו (אין הכוונה שאומר השכ"מ 'שהוא פשוט', סמ"ע), אין לו אלא ר' זוז (טור), דלבני הפשוטים הרשות בידו לגרוע מחלק ירושתו ואמרינן דדעתו היתה שלא יטול אלא מאתים זוז בחלק ירושתו כי כן משמעות הלשון דבירושתו, משא"כ בבנו בכור בע"ח ואשתו לאו כל כמיניה לגרוע, ומשו"ה אמרינן דדעתו היתה שתהיה ידם על העליונה, סמ"ע} (רשב"ם ועוד -) 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 (רמ"ה ורא"ש) 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 (ס"ל דלא אמרינן בגמרא דצ"ל יתור לשון דכראוי לו אלא כשאמר ג"כ תנו לבני 'בכוריי' דכיון דהזכיר בכורי הוה משמע דדעתו היתה דבבכורתו נתנה לו או שתהיה ידו על העליונה, אבל כשלא אמר 'בכורי' אלא סתם תנו מאתים זוז לבני או תנו מאתים זוז לאשתי, תו אין צ"ל כראוי לו) וכתב הרמ"א "וסברא הראשונה נראה עיקר, (ריב"ש -) 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. (רשב"א -) מי שאמר בתו תטול בנכסיו כך וכך ולא הזכיר לצורך נישואיה, נוטלת המתנה מלבד עישור נכסים שלה".

הסמ"ע (כב) חלק על הרמ"א בדעת הרא"ש שהוסיף דה"ה ב'לפלוני בעל חובי' דלא ס"ל לרא"ש בזה דהוה מתנה ושתהיה ידו על העליונה, דדוקא באומר 'לפלוני בני' או לפלוני 'אשתי' אמרינן דעל שם החביבות אמר כן וכדי ליתן טעם לדבריו למה נותן להם במתנה מפני שהוא בני או אשתי, משא"כ כשאומר לפלוני בעל חובי, דבאומרו לפלוני לחוד סגי, אלא ודאי אמרו כדי שלא תימא שבמתנה נותן.

כתב הפת"ש (ח) בשם הפנ"מ דברישא דנתן 'לבעל חובי כראוי לו' היינו דווקא היכא דהזכיר תנו לבעל חובי אז דוקא אם אמר כראוי לו, אבל היכא דלא הזכיר לבעל חובי אלא אמר סתם תנו לפלוני מאתים זוז, אף שהיה חייב לזה, מ"מ פשוט דלא בחובו אמר לו ונוטלן יותר על חובו.

סעיף ט

ע"פ ברייתא קלח. וכלשון הרמב"ם "שכיב מרע שאמר תנו ק"ק זוז לפלוני ושי' לפלוני ות' לפלוני, אין אומרים הקודם בשטר זכה {וכגון שלא שתק בנתיים דהיינו נמלך (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 הש' ק"ן, ובעל התי' נותן ק"ק. אבל אם אמר תנו ק"ק זוז לפלוני ואחריו שי' לפלוני ואחריו ת' לפלוני, כל הקודם בשטר זכה {וכן אם נתן לכולם בשוה, כגון שנתן לכל אחד ר' זוז, כל הראשון ראשון קודם אע"פ שלא אמר אחריו, דאם לא כן הוה ליה למימר שיתנו להן ביחד ת"ר זוז (רא"ש)}, ויש חולקין בזה (ה"ה, שכן

הסכימו המפרשים, וכתב ה^{נתיבות} דבסימן רמזי מוכח דהעיקר כדעה הראשונה מדלא הביא הרמ"א היש חולקין) ועיין לעיל סי' קי"א סעיף ח', לפיכך אם יצא עליו שט"ח, גובה מהאחרון, אין לו גובה משלפניו, אין לו, גובה משלפני פניו {וה"ה בבריא שזיכה להם ע"י אחר, נמי דינא הכי (טור) }".

עמש"כ הרמ"א ברישא דאיירי שלא נמלך ביאר הסמ"ע (כג) דר"ל דאם הפסיק אמרינן דבשעה שנתן לראשון לא היתה דעתו ליתן לאחרים שאחריו ומשו"ה זה הראשון נוטל חלקו בשלימות והאחרים יקחו הנשאר, ודלא כלבוש הסובר דאי שתק הוה נמלך וחזר מן ראשון ולא קנה אלא אחרון, דזה אינו, דלא שייך חזרה כי אם כשנתן לכל אחד כל אשר היה לו או שאמר שיתנו לפלוני שדה פלוני במצוה מחמת מיתה ואח"כ אמר שיתנוהו לאחר ומזה לא איירי כאן, מיהו מסתימת לשון הרמ"א דכתב דהיינו נמלך משמע דסמך אמ"ש בסימן ר"ן וכלבוש.

עוד כתב הסמ"ע (כד) דיש מוחקין תיבת "אלא" ברישא דשו"ע ואתי שפיר יותר דהכי קאמר חשבון זה שצויה לשלשה ר' ש' ת' עולה תת"ק ואם לא הניח תת"ק חולקים הנמצאים כפי מה שהוא לט' חלקים, ויטול בעל הר' ב' חלקים ובעל הש' ג' חלקים ובעל הת' ד' חלקים וכפי הצואה וכ"כ הטור, ואילו לתיבת 'אלא' שכתבו הרמב"ם והמחבר צ"ל דמשום סיפא דאם יצא עליהן בע"ח כתב כן ג"כ הרישא אע"ג דפשוט הוא, מיהו גם המחבר ס"ל כטור דאם לא נמצא תת"ק דחולקין לפי מש"כ להם.

סעיף י

ע"פ ר' יונה פסק בשו"ע "שכיב מרע שנתן מתנה והניח נכסיו ליורשיו אם יצא עליו שטר גובה כל מהיורשים, ואם לא הספיק גובה השאר ממקבל המתנה (דמתנת ש"מ דינה כירושה ואם הוציא עליו כת"י גובה ממנו), 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", דכל שפירש חלק בנו דינו כדין אם נתן לאחר.

סעיף יא

ע"פ הרשב"א פסק בשו"ע "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".

סעיף יב

שכיב מרע שציווה לתת כסף לפלוני וישא בתי, אם פלוני אינו רוצה לישא הבת האם יזכה בכסף? ומה הדין אם אמר תנו לבת כסף ותקנה חגורה ומתה לפני שנתנו לה את הכסף, האם נותנים לילדיה את הכסף?

ע"פ ביצה כ. פסק בשו"ע "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", וכתב הרמ"א ע"פ תה"ד "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".

כתב הש"ך (טז) דמוכח מהרישא דאם אמר בפירוש תנו ר' זוז לפלוני אם ישא בתי דהוי מתנה א' ולא ינתן לו אם לא ישא ואע"ג דמעשה קודם לתנאי וק"ל דתנאי בטל ומעשה קיים וכסימן רמא"ב, חדא דבש"מ ק"ל דדבריו ככתובים וכמסורים דמי וא"צ לכל דיני תנאי, ועוד דשאני הכא כיון דאין המעשה נעשה כגון זה שאמר תנו כו' אם ישא מבטל התנאי למעשה ולא אמרו בעיני תנאי קודם למעשה היינו כשהמעשה נעשה מיד בנתים כגט וכן הוא ברמב"ן והשיג בזה על הרז"ה וק"ל כרמב"ן.

הקצות (ו) תמה על דברי הרמ"א ע"פ תה"ד, דהא התם פסק למסקנה דהוי צוואה אחת ובטלה (ובפת"ש (יב) כתב שבקהלת יעקב ודברי ריבות פסקו כתה"ד ודלא כרמ"א מכח הקושיה הנ"ל), אך כתב דדינא דרמ"א נכון ע"פ סברת תה"ד באמצע דבריו דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ונוכל לומר

דגמיר ויהיב מנכסיו בלי תנאי וכגמי' בביצה הנ"ל (ותה"ד פסק דלא אמרינן כן ע"פ הסמ"ג דשאני התם דשתי מתנות הם ולא תלי חדא באידך אבל בנידון דידן מתנה אחת היא ואם לא תקנה חגורה לא קנתה כלל), וי"ל דיתכן דהא דשינה הרמ"א מלשון תה"ד שבתה"ד כתב המעשה בבת בנו והרמ"א כתב בצוה ליתן לבתו, אבל בתו לא הוי דעת קרובה אצלה, אך סיים הקצות בצ"ע כיון דפסק בשו"ע סעי' ט"ז באומר לנדוניא דהו"ל כמראה מקום א"כ ה"ה הכא.

כתב **רע"א** ברישא ע"פ ראנ"ח דיי"ל דווקא בבי' מתנות לוקח איזה שירצה, אבל באומר תנו לפלוני ויעשה דבר זה לטובתי י"ל דהוי כמו תנאי.

סעיף יג

ע"פ **גיטין סה**: וכפירוש **רש"י ורא"ש** (ע' בב"י) פסק בשו"ע "שכּיב 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 מהמעוות, ההפסד לפי חשבון. אבל אם אמר תנו לו ק"ק זוז מייני, בין אם החמיץ קצת מהיין או נמכר ואבדו קצת מהמעוות, כל האחריות על היורשים, ונוטל המקבל ק"ק זוז שלמים. (ע"פ **כתובות נד**. לקמן סעי' טז -) ואם נתייקר, לעולם הרינוח ליורשים בכל ענין שאמר, ואין נותנים לו אלא ק"ק זוז, וכן אם הוזל, ההפסד ליורשים", וכתב **דגו"מ (פת"ש יג)** דעכ"פ יכולים לדחותו עד שימכר כל היין ואם מערימין לייקר היין כדי שלא ימצא קונה, אין שומעין להם.

כתב **הרמ"א** ע"פ **רשב"א** ועוד "נתן לו דבר מסויים, כגון חבית אחת בין החביות, ונאבד אחד מהן, ההפסד על המקבל (וכסוף סימן רי"ד גבי באומר בית בין ביתי וכד', סמ"ע). צוה ליתן לאחד מנה מנכסיו, וצוה לאפוטרופסין לברור לו היפה, ובירר לו מנה יפה ונאבד, צריכין ליתן לו מנה אחר, הואיל ולא סיים הנותן, רק אמר ליתן מנכסיו (ואע"ג דציוה לאפוטרופסים לברר לו וכן עשו, מ"מ כיון דלא אמר להו לברר 'ולהניח' אלא לברר 'וליתן' לו מיד, והרי הן לא קיימו ציווי, משו"ה עדיין כל נכסים באחריות המנה, רשב"א וסמ"ע)".

כתב **הנתיבות** (י' ובחידושים כ"ב) דמש"כ הרמ"א דצריך להביא מנה אחר לא בא לומר רק שאינו יכול לומר לו שלך נאבד אבל ודאי דמ"מ ההפסד לפי חשבון, דלא עדיף מאמר סתם ר' זוז מנכסי דההפסד לפי חשבון כמבואר בסעיף י"ט ודלא כריטב"א שהביא הב"י (עיין ברע"א כאן), ועוד כתב דזה כשההפסד הוא אחר מותו ומשום דבשעת מיתה תיכף זכה המקבל במתנתו והיורש בירושתו, והוי כבי' שהטילו לכיס שההפסד הוא לפי החשבון, אבל אם נגנב בחיי הנותן אחר אמירת הנותן, אז אם אמר מייני' שייחד דבר מיוחד, ההפסד לפי חשבון, אבל אמר סתם מנכסי הוי כאומר ממה שישאר אחר מותי וההפסד ליורשים, ואם חשב כמה שיש לו אצל אחרים בשעת אמירה המבואר בסעיף י"א, אז אם נפסד אצל אותן האנשים ההפסד לפי החשבון, אבל אם נגנב או נאבד בחיי הנותן ההפסד הוא ליורשים, ואם הוקר או הוזל בכל ענין ההפסד והיוקר ליורשים אפילו אם אמר תנו שוה ר' מייני, דכונתו היתה מה שיהיה שוה בשעת הנתינה ר' זוז יתנו לו, לא פחות ולא יותר, והובא בקיצור בפת"ש (יג).

סעיף יד

[שכּיב מרע שאמר תנו לפלוני בית המחזיק מאה חביות ולא נמצא לו בית המחזיק פחות ממאה וחמשים? ומה הדין באמר ליתן צרור מעות ק' ונמצא ק"כ?]

ע"פ **ב"ב עא**. פסק בשו"ע "שכּיב מרע שאמר תנו לפלוני **בית המחזיק מאה חביות**, ולא נמצא לו בית מחזיק פחות מק"כ, זכה באותה בית שמחזיק ק"כ", וביאר בב"י דמאן דיהיב מתנה בעין יפה יהיב, ודווקא במחזיק ק"כ הוא דאמרינן הכי דעבידי אינשי דטעו בין ק' לק"כ אבל טפי מהכי לא, ומה שכתב בטור ק"נ ולא ק"כ הוא טעות סופר, והש"ך (יח) כתב דאכן כן דעת הריטב"א אבל הנ"י חולק דלעולם נותנים לו אף במחזיק יותר.

במל"מ (**נתיבות יא**) הסתפק במי שהיה לו **צרורות כסף** וציוה לאחד ליתן לו צרור מק' והיה לו בכל צרור ק"ך זהובים, **והנתיבות** כתב דלא דמי כלל, דבשלמא בדין דבית משמע כל הבית ואם נותן לו מבית זה המחזיק ק"ך ברוחב ק' הרי אין נותן לו רק חלק מהבית ולא כל הבית, אמרינן דטעה וסבר

שאינו מחזיק רק ק' ואילו הוי ידע שמחזיק ק"ך ג"כ היה נותן לו כל הבית דנותן בעין יפה נותן ואמרין ודאי דנתן לו כל הבית ולא חלק הבית, אבל בצרור מעות דאין קפידא אם יקח מהצרור הך' זהובים לעצמו, וכיון שאמר ק' זהובים הרי רואין שאין רוצה להקנות לו רק ק' זהובים.

כתב רע"א דאף אם יש לו בית מחזיק פ' או צ' מ"מ כיון דאמרין דטעה דלמא טעה וחשב דהך בית הקטן מחזיק מאה.

סעיף טו

ע"פ ב"מ קד: פסק בשו"ע "שכיב מרע שאמר תנו ת' זו 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", וביאר הסמ"ע (לד) דכל מה שמכניס האיש לבתו בנדונייתה החתן מקבלו בצאן ברזל וכותב אותו סך בכתובתה לשעבד לה כל נכסיו על זה, זולת מנה ומאתים שהוא תקנת חז"ל, וזהו הנקרא נדונייתה, ומשו"ה התחיל וכתב לבתי בכתובתה, על שם שכותב אותו סך נדונייתה מאי דהנעלת ליה בכתובתה, ובקצת מקומות שמין מפני כבוד הכלה כל מאי דהנעלת ליה תכשיטין ומלבושין יותר משוין שליש ופעמים מחצה, וכמ"ש הטוש"ע כל זה באב"ה ס"ו, ושם מבואר דכפי מנהגם לשום ביותר, אף שהיו כותבין בהכתובה כפי השומא, מ"מ בשעת גביית הכתובה לא היו גובין אלא כפי שיווי הנדוניא והיו פוחתין שליש או מחצה כפי מה שידעו שנהגו להוסיף באותו מקום, ומשו"ה אף שצויה ליתן לבתו ת' זו בכתובתה אין נותנין לה אלא ב' מאות.

סעיף טז

נתן מתנה לבתו לצורך נישואיה מה הדין? מה הדין במי שנתנו מתנה לאדם להשיא את בתו ולא השיאה, האם חייב להחזיר?

כתובות נד. "ההוא דאמר להו נדוניא לברת, זל נדוניא, א"ר אידי בר אבין פורנא (הרווח) ליתמי. ההוא דאמר להו ארבע מאה זווי מן חמרא לברת אייקר חמרא אמר רב יוסף רווחא ליתמי", וכתב הטור ע"פ הגמ' "ואם אמר תנו לבתי לנדוניא כך וכך חפצים בר' זו והוקרו או הוזלו הריוח וההפסד הוא ליתומים".

פסק השו"ע ע"פ הריטב"א בשם רבותיו "אם אמר ק"ק זו לפלונית בנדונייתה, אין להם לתת עד שתנשא ותצטרך לכך, ואם מתה בנתים, אין ליורשיה כלום. אבל האומר תנו ק"ק זה לנדונייתה, חייבים לתת לה מעכשיו, ויוקרא וזולא דידה הוי, ואם מתה קודם שתנשא זכו בהם יורשיה {בכל אלו אין חילוק בין שכיב מרע למתנת בריא בקנין (טור)}", ואילו הרמ"א כתב "ויש חולקין (מרדכי ותה"ד) באלו הדינין וס"ל דאם אמר ליתן להשיאה ומתה לא זכו בהם יורשיה וכנ"ל עיקר ועיין ביו"ד סי' רנ"ג סעיף ו' (וכ"פ הש"ך)".

הריטב"א (כ"כ בשמו הסמ"ע לסק"ה) ביאר דבגמ' לא נזכר 'תנו' – ולכן ברישא דלא אמר 'תנו' אלא אמר מאתים זו לפלונית בנדונייתה משמעו דלא יתנוהו לה עד שיגיע זמן נתינת הנדונייתה, משא"כ בסיפא דאמר 'תנו', משמע שיתנו לה מיד, ומ"ש לנדונייתה, אינו אלא מראה מקום הוא לה שניחא ליה שתשאר הנתינה בידה ויהיה לנדונייתה וכההיא דב"מ ע"ח הנותן דינר לעני ליקח בו חלוק רשאי ליקח בו טלית, וכ"כ הרשב"א דביתנו' נותנין לה מיד ואפילו עמדה היא והוציאה אותם לדברים אחרים שלא לנשואין מה שעשתה קיים אלא שעברה על דעת המצוה, ולא קי"ל כר"מ בב"מ שם שהמעביר על דעתו דבעל הבית גזלן הוה כו', אולם מלשון הטור שכתב "ואם אמר תנו לבתי לנדונייתה כך וכך חפצים במאתים זו והוקרו או הוזלו הריוח או ההפסד הוא ליתומים" לא נשמע כך ואף באמר תנו אין המתנה עומדת מיד ברשותה ליתן לה, דא"כ הוה הריוח וההפסד שלה (ב"י), וכתב הסמ"ע שהלבוש חילק בין אומר לנדונייתה או בנדונייתה, דבנדונייתה לא זכה בה ובלנדונייתה זכה בה, וכתב הסמ"ע דצ"ע דלא נמצא בשום מקום חילוק זה, ועוד כתב הסמ"ע דביו"ד רנ"ז הוסיף הרמ"א על המרדכי דמיהו כל זמן שהיא חיה הם של היתומה וצריך לתת לה מיד ואין ממתנין עד נשואיה ואם מתה המעות חוזרין, וכתב כן לפשר בין הדעות.

בש"ך (כ) הסכים לריטב"א והסמ"ע בין אמר תנו ללא אמר תנו ומה שהקשה הסמ"ע מלשון הטור יש ליישב כפי שכתב הסמ"ע בעצמו (וכתב דדוחק) דס"ל לטור דאף דצריך ליתן לה מיד מ"מ כל שלא נתן לה עדיין הריוח וההפסד הוא ליתומים, ולא איירי הטור מדין הנתנה מיד. **בקצות (ז)** כתב לדחות חילוק הסמ"ע, דהא אם לא אמר תנו ברישא, לאו כלום הוא וכרמ"א בסע' ב', וא"כ אפילו שתנשא אין צריכין לקיים צוואתו, ובע"כ אמר לשון תנו אלא שקיצר בשו"ע דידוע דצריך ליתן באופן שיהיו דבריו קיימין, ולישנא דגמ' נמי בהאי דאמר נדוניא לברת ודאי אמר לשון תנו, אלא החילוק הוא כנ"ל בין אמר בנדוניא ובין אמר לנדוניא והיינו משום דנדוניא הוא שם העצם לתכשיטי הבנות ומש"ה כשאומר תנו כך וכך חפצים במאתים זו והוא לתכשיטי בנות מש"ה הריוח וההפסד ליתומים כיון שצוה ליתן בחפצים וזה הכוונה 'בנדונייתה', אבל אם אומר תנו מאתיים זו לנדוניא והוא שיותן לה מעות מזומן והיא תקח בהם חפצים לתכשיטין הריוח והפסד לברת ומשום דצוה ליתן במעות מזומן מגיע לה מעות מאתיים זו ומה שאומר לנדוניא אינו אלא כמראה מקום וזה הכוונה 'לנדונייתה', והטור אע"ג שכתב לנדוניא כיון שכתב כך וכך חפצים במאתים זו כיון שהזכיר החפצים אין חילוק בלשון בנדוניא או לנדוניא, ועיקר תליא בין לשון חפצים למעות מזומן, ושו"ע בסתם קאמר, דלשון בנדוניא היינו חפצים, ואומר לנדוניא היינו מעות שתקנה בהם חפצים, והכניס הקצות דבריו גם בריטב"א בשם רבותיו, דברישא דיבר הריטב"א בנדוניא היינו כלים של נדוניא הרגילים וכיון שלא צוה ליתן אלא כלי נדוניא מש"ה הריוח ליתמי ואין להם ליתן עד שתצטרך, ובסיפא אמר תנו מאתיים זו לנדוניא היינו שיתנו לה מעות מזומן והיא תקח בהם כלי נדוניא, הו"ל כאומר תנו דינר לעני ליקח בהם חלוק, וכן הסכים **הנתיבות (יב)**, וכ"כ בהגהת מ' **עוזר בבא"ה** (צוין בקיצור בנתיבות) האם עיקר הנתנה זה החפצים או המעות (והאריך לבאר הגמ').

כתב **בהגהת הסמ"ע** בשם תשובת הרשב"א דאם אותה הבת נתנה לאמה במתנה מה שנתן לה אביה, ומתה קודם שתנשא, דאף דלא זכתה במתנה, מ"מ אם אין לו יורש אלא זו הבת, א"כ זכתה מכח ירושה ומתנה דאמה קיימת.

כתב **הש"ך (כא)** בהמשך לפסיקתו כמרדכי (לעיל), בשם **רש"ל** בשם הגה"מ, דמכאן נראה שאדם שנתנו לו אחרים לסיועת בתו ע"מ להשיאה ונמנע ולא השיאה וק"י אם מתה שחייב להחזיר המעות לנותנים שלא נתנו לו אלא ע"מ להשיאה עכ"ל, וכתב **הש"ך** דנראה דבעל מנת כ"ע מודו, ואם לא אמר ע"מ תלוי בפלוגתא הנ"ל, "מיהו זה אינו כשתעייין", **והנתיבות (חי' כה)** כתב "אם אחרים נותנין לסיועת בתו להשיאה ומתה, חייב להחזיר להנותנו אפילו לא אמרו על מנת".

כתב בתשובת **חת"ס (פת"ש יד)** על הרמ"א דאין כאן מחלוקת כלל וענינים שונים הם, דכ"ע מודים לדברי הריטב"א והרשב"א דמיד שנתן פרוטה לעני למזונות הרי קיים מצותו אפילו העני משנה מדעת בעה"ב, והכא נמי אחר שכבר נתנו לבת לנדוניא כבר נתקיים ואם היא משנה מדעת בעה"ב אין לנו בזה כלום וממילא אם מתה זכו בהם יורשיה, אך הגה"מ מיירי שלא ניתן לבת העניה אלא שנתנו לאביה ליתן לה בשעת נישואיה וכיון שמתה או שלא רצה להשיאה יחזור לנותנים אבל אי היה כבר ביד הבת גם הגה"מ מודה לרשב"א והריטב"א, ובמקרה אחר במרדכי פלוגתא באחד שנדר להשיא יתומה ומתה ופסק רבינו חיים כהן שפטור דלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה וראבי"ה פליג וכתב דהוה נדר לעני ומותר המת ליורשיו (וראה בזה מש"כ בסימ' רנב/ב), והיינו דבנדר ליתן ועדיין לא הוציא מתחת ידו ומתה על כן ס"ל לר' חיים כהן שפטור אך ראבי"ה ס"ל דמתנה לעני אמירה לגבוה כמסירה להדיוט והו"ל כאילו כבר הגיע לידה ועדיף מניתן ליד האב המקבץ בעדה, ובשו"ת מהריב"ל פסק כר' חיים כהן על כן אפילו אי תפסו יורשי היתומה מפקינן מיניהו ולא מצו למימר קים לי כראבי"ה.

[**במשכנות יעקב (פת"ש טו)** האריך אודות אשה שנשאת לבעל ובעת נישואיה הכניסה לו בית של אמה בסך נדוניא ולה בת, והתחייב הבעל להשיאה כדרך בנות ישראל, וילדה עם בעלה עוד ב' בנות, ואחר כמה שנים נפטר הבעל עיי"ש עוד בפרטי המקרה, ובין השאר כתב שם לחלק דבנידון הרמ"א דאיכא אומדנא ברורה כיון שתחילת הנתנה היתה לצורך נישואין וגלוי הדבר שאילו ידע שתמות קודם לא נתן לה כלל אבל בנידון שם אין אומדנא ברורה לומר שאילו ידעו שתמות אחת מהבנות לא החליטו לה דאעפ"כ ניחא להו לסלק מעליהן טיפול וגידול הבנות מזונות ומלבושים, ועוד דבנידון הרמ"א נתנו לאשה לצורך נישואין וכל שאין כאן נישואין המתנה בטלה מתחילתה שהרי אותן המעות עצמן ניתנו לנישואין דוקא עיי"ש].

סעיף יז

ע"פ **כתובות ע.** וכפירוש **רש"י** (ראה בב"י ובקצות באריכות ליישובו) פסק **בשו"ע** "ש"מ שאמר **תנו לבני שקל בכל שבת**, או שאמר אל תתנו להם אלא שקל, ונמצא שאינו מספיק להם אלא סלע בכל שבת (רבנות היא, דהוה אמינא כיון דאמר אל תתנו באזהרה קאמר, קמ"ל דאפ"ה נותנין להן, ואמרינן דודאי לא היתה דעתו להרעב בניו, ולא אמר כן אלא כדי שיצמצמו במזונותיהן ולא ילכו אחר מותרות, **סמ"ע** ע"פ הגמ'), נותנים להם כל צורכם, ואם אמר אם מתו ירשו אחרים תחתייהם, אין נותנים להם אלא שקל **ועיין בסימן רמ"ח** {אימתי אין לאחריהם כלום} (דנתבאר שם דאף דירושה אין לה הפסק, והנותן מתנה לבנו ואמר בשעת הנתינה שאחרי מות בנו יהיה לפלוני אין לאותו פלוני כלום, שאני הכא דמעולם לא זיכה לבניו כל נכסיו אלא שקל בכל שבת כל ימי חייהן, **סמ"ע**)".

כתב **הסמ"ע** (לח) בסיפא דהמותר כדי צרכן כדי פרנסתן יתנו להן מן הצדקה, ואע"ג דהאומר שאל יקברוהו מנכסיו אין שומעין לו בסעי' ל', שאני התם דהנכסים שלו ואיך יצוה שלא יטלו מנכסיו עצמו לקבורה ולהעשיר את בניו, משא"כ בזה דהממון לאו של בניו הוא, ובידו ליתן ממנו למי שירצה, ושבניו ישאלו על הפתחים.

סעיף יח

שכיב מרע מצוה מנה לפלוני, האם זכה פלוני?

ע"פ **גיטין יג.** פסק **בשו"ע** "שכיב מרע שאמר **תנו מנה לפלוני נותנים** בין אמר מנה זו בין אמר מנה סתם (כמסקנת הגמ' דלמנה קבור לא חיישין כלומר דלא אמרינן שמא מנה טמון הקנה לו ולא ידענו באיזה מקום הוא ולא יתנו לו מנכסים אלו דהמוציא מחבירו עליו הראיה קמ"ל, **סמ"ע**), (**רמ"ה** -) וה"מ במצוה מחמת מיתה (לאו דוקא כדין מצוה מחמת מיתה אלא ר"ל לאפוקי שיהא מתנת בריא שבעי קנין, **סמ"ע**) 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 (אמנם אם אמר מנכסי ולית ליה מעות בעין אמרינן דשוה קאמר וקנה כמבואר בסעי' יט, **נתיבות**), דמטבע אינו נקנה בחליפין (ד'תנו מנה' דמשמע מנה כאשר היא בעינה ולא ניתן לומר שכוונתו לשווה מנה, **סמ"ע**), וצריך להקנות לו אגב קרקע או דמסר ממונא ליד שליש מחיים".

הסמ"ע (מא) הקשה על מה שהוסיף המחבר על הטור "ובמיפה כחו" דהא לא אמרו בסימן רנ"כט דצריך יפוי כח אלא בשכיב מרע שנותן כל נכסיו לאחרים ומקנה להן בקנין דבלא יפוי כח אמרינן מדקנה לו שמע מינה דכוונתו היתה שלא יקנהו המקבל אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה, אבל **במתנת שכיב מרע במקצת הוה דינו כמתנת בריא דבעי קנין**, וכשיש קנין אין צריך יפוי כח, וא"א לומר שהמחבר כתב כן ע"פ הרמב"ם הסובר דאפילו מתנת שכיב מרע במקצת אינו קונה אם לא במיפה את כחו, דהטור כתב שם עליו דלא נהירא ליה אלא מתנה במקצת הוה כמתנת בריא בכל דבר, והרב המגיד והב"י כתבו שם דלא כתב הרמב"ם כן אלא במפרש בהדיא שמחמת מיתה מצוה ונותן דאז הכל מודים דמתנתו במקצת דינו כדין מתנת שכיב מרע בכולו, אבל המחבר הכא ע"כ לא איירי כאן במפרש דנותן מחמת מיתה, שהרי התחיל בסעיף זה וכתב והני מילי במצוה מחמת מיתה, עיי"ש הוכחתו, אולם **הש"ך** (כד) כתב דהמחבר איירי שפירש שיהא במתנת ש"מ דאז לא קני בקנין אלא במיפה כח וכסימן רנ"ט ודברי הסמ"ע "אינם מובנים", ו**בנתיבות** (טו) כתב דדברי הש"ך תמוהין מאד דכשפירש שיהיה במתנת שכיב מרע קונה אפילו בלא קנין מטעם דברי שכיב מרע וקונה אפילו מטבע, והקשה שם גם על ביאור הסמ"ע עיי"ש.

בתשובת **הרמ"א** (**בנתיבות יד**) כתב בשם **תשובת הר"ף** דדווקא באמר תנו לא חיישין למנה קבור אבל בלא אמר תנו חיישין למנה קבור, וכתב הנתיבות דאמנם **ממ"ש** הרמ"א בסוף סימן ר"מ בנתן קרקע סתם דאמרינן דודאי לא כיון אלא על קרקע הידוע ולא חיישין שמא יש לו קרקע אחר ודין זה הוא מתשובת הרשב"א, והרשב"א למד זה מהא דלא חיישין למנה קבור, ומזה מוכח דלא ס"ל **כרי"ף**, דאלי"כ ליכא ראייה משם דשם באמר תנו מיירי, וע"כ דהרשב"א ס"ל דכל שאמר קרקע או מנה אפילו לא אמר תנו אמרינן דודאי כיון על קרקע ומנה מנכסים הידועין, ועוד כתב הנתיבות **דאמנם**

אם לא אמר כלל רק שיש שטר או עדי פקדון נראה דאף שהאמין למפקיד כשיאמר שלא החזיר, מ"מ יש לחוש למנה קבורים, דלא מיבעיא כשהוא מעות פקדון שדינם בקבורה ודאי דיש לחוש לשמא קבור המעות פקדון, אלא אפילו הן חפצים מ"מ הא יש לחוש שמא הן טמונים במקום אחר, וראיה לזה מהא דנותן כל נכסיו בסימן רנ"י דחיישין שמא יש לו נכסים במקום אחר בסימן אלמא דשכיחא הוא ומהיכי תיתי לא נטעון כן ליורשים דילמא הפקדון הוא במקום אחר.

סעיף יט

ע"פ רשב"א ור"ן פסק בשו"ע י"ש 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 {דמנה ממש דווקא קאמר והא לית ליה. (מהרי"ק -) וכ"ש אם אמר ליתן לו מעות או זהובים, דדוקא קאמר, ואי לית ליה הפסיד אם לא אמר מנכסי או לשון אחר שמשמע כמו נכסי}."

סעיף כ

שכיב מרע שמעוזה הלוואתו, האם המקבל זכה? פרט.

האם מתנת שכיב מרע מועיל במקום שקנין בריא לא מהני? (וכן לקמן סע' כ"ז)

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".

קנא. "אימיה דרב עמרם חסידא הוה לה מלוגא דשטרי כי קא שכבא אמרה להו לעמרם ברי אתו אחוה קמיה דרב נחמן אמרו ליה והא לא משך אמר להו דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו".

וז"ל השו"ע ע"פ הגמרות "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, אע"פ שלא משך השטר, ואין היורש יכול למחול שטר שניתן במתנת שכיב מרע (כדי שלא תטרף דעתו דשכיב מרע דמהאי טעמא גופא אמרו דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי, דלא כלבוש שכתב משום דמקבל מתנה כדורש שווייה רבנן ואין יורש זה יכול למחול מה שביד יורש אחר, דהא אמרו 'דכדורש' בכ"ף הדמיון דהיינו לענין דאינו קונה אלא עד לאחר מיתה אבל לא כדורש גמור, **סמ"ע**, והש"ך כלבוש דכן הוא בתוס'). (**רשב"ם** -) והא דאמרין שזכה בחוב בשלא שייר כלום, שאם לא כן הויה לה מתנת שכיב מרע במקצת ולא קניא אא"כ הקנה לו בקנין ובמיפה כחו או שהוא מצוה מחמת מיתה".

כתב **הסמ"ע** (מג) עמש"כ המחבר 'וכאילו כתב ומסר' דר"ל כאילו כתב לו קנה לך איהו וכל שעבודיה ומסר לו אותו הכתב עם השטר, וכתב הש"ך (כט) דזה דלא כמבי"ט דדווקא שאמר תנו לפלוני וכל שעבודא דאית ביה ואז אמרין דהוי כאילו כתב בשטר כן וכמסר לידו דמי אבל אי לא אמר אלא תנו שטר לפלוני ולא אמר וכל שעבודיה לא זכה, וברמב"ם ר"ן הרב המגיד והטו"ש בסימן סו/מב משמע כסמ"ע, וכתב **בפת"ש** (טז) בשם הנו"ב דאף לפוסקים דצריך שיאמר איהו וכל שעבודיה, דוקא אם אמר השכ"מ שיתנו השטרות לפלוני, אבל אם אמר פלוני יטול החוב שבשטר פשיטא דלא גרע חוב זה שבשטר מחוב בע"פ.

כתב הרמ"א "וי"א (**מרדכי בשם רא"מ**) הא דשכיב מרע יכול להקנות הלוואה שלו שביד אחרים, היינו בהלוואה שיש לו ביד ישראל, אבל לא הלוואה שיש לו ביד עובד כוכבים (כיון דפיהם דיבר שוא

לא סמיכה דעתיה) (מרדכי -) ואפילו יש לו משכון או שטר מן העובד כוכבים יש להסתפק ("קרום הדבר" דלא קונה) אם יוכל להקנות, וכנ"ל להורות", וזה דלא כב"י דכתב שמה איכפת לן אי סמכה דעתיה דמקבל מתנה אי לא מכל מקום דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו וכן נראה מהפוסקים שסתמו דבריהם ולא חילקו בין הלואה דישראל להלואה דגוי, ובדרכ"מ ביאר דהא דקאמר לא סמכה דעתיה לא אמקבל מתנה קאי אלא על הנותן ורצה לומר דמאחר שהנותן עצמו לא סמכה דעתיה שהגוי יפרע לו אם כן לאו למתנה גמורה קמכוין ולכן לא קני ולכן אין דוחין דברי הקדמונים ז"ל בלא טעם ברור, וכן פסק מהר"מ פאדווה, ומסתפק שם בהלואה דגוי בשטר, אי יכול להקנותו במתנת שכיב מרע, והובא כל זה גם בסמ"ע (מה).

כתב התיבות (חי' יח) דנראה דאם אמר ליורש בלשון ירושה שיירש שני חלקים בנכסיו דזכה אף בהלואת גוי [ואף דלענין לעשות עובר ליורש מדמה הש"ס בב"ב קל"א לקנין, דכשם שאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם כך אינו יכול לעשות יורש לדבר שלא בא לעולם, מ"מ נראה דמהני לעשותו יורש בזה, דהא כתב הדרכ"מ הטעם דכיון דלא סמכה דעתיה לא נתכוין למתנה גמורה, והכא דעשאו יורש בסתם על שני חלקים מכל הנכסים לא שייך סברא זו, אבל אם לא עשאו ליורש רק על הלואת גוי, י"ל דשייך בזה סברת הד"מ דלא נתכוין למתנה גמורה, וכתב הפת"ש (יו) דלכ"י משמע דכוונתו שיזכה מדאורי' מדין ירושה ולא מדין מתנת שכיב מרע, אך א"כ קשה דיהיו דבריו סותרין למש"כ הוא ז"ל בסימן רפ"א סק"ג דאינו יכול להנחיל מלוה אפילו מלוה של ישראל כיון שאינו ברשותו ואינו יכול להקנותו מן התורה, ה"נ אינו יכול להנחיל אותו, וצריך לדחוק ולפרש דכאן ר"ל שיזכה מטעם מתנת שכיב מרע דרבנן, דלשון ירושה אינו מגרע בדברי שכיב מרע כשהוא ראוי ליורשו כמבואר שם, וכל עיקר חידושו בזה הוא רק לומר דבכה"ג לא שייך טעם הד"מ דלא סמכה דעתיה, וממילא קם דינא דיכול ליתן במתנת שכיב מרע הלואתו שביד פלוני ואין חילוק בין ישראל לגוי וצ"ע].

הפת"ש (יו) הביא דברי הב"ח לבאר בדרך אחרת סברת המרדכי לחלק בין ישראל לגוי, דכיון שאין מעמד שלשתן בגוי כדפירש ר"ת א"כ ליתא בבריא, לפיכך ליתא בשכיב מרע, והיינו דקאמר דבהקפות של גוי לא סמכה דעתיה, כלומר כיון דלגבי בריא שנתן לחבירו חובות של גוי לא סמכה דעתו של מקבל דליהוי קנינו קנין, דכיון דאין מעמד שלשתן בגוי במאי יהא קונה, הלכך לא קנה אפילו במתנת שכיב מרע מטעם דכל דליתא בבריא, ואע"פ דיש לו משכון של גוי בידו, אפ"ה כיון דישראל מגוי לא קני משכון, א"כ לא מצי מקני לחבירו גוף המשכון שבידו דאיהו גופיה לא קני, והו"ל החוב כמו הקפה ולא מצי מקני לחבירו החוב במעמד שלשתן בבריא, ומיהו ודאי היכא דמקנה לחבירו במתנת שכיב מרע המשכון כדי לגבות החוב, קני במתנת שכיב מרע גם החוב, דדברי שכיב מרע ככתובים ומסורים הם, וכי היכי דבבריא אי מקנה לו המשכון באחד מדרכי הקנאות לגבות בו החוב קנה, ה"נ בשכיב מרע קנה בדיבורו, אבל באינו מקנה לו המשכון כי אם החובות בלבד, לא קני במתנת שכיב מרע כו' והכי נקטינן, ועוד הביא שכתב בעבודת הגרשוני דלפי פירוש הרמ"א בדרכ"מ דלא סמכה דעת הנותן שיפרע לו ולא למתנה גמורה קא מכוין י"ל דעד כאן לא קאמר המרדכי כן אלא בנתן לאיש אחר אבל אם נתן לבניו דמקרבי דעתיה לגבייהו, אמרינן ודאי גמר ומקני וכדקיי"ל במזכה לעובר וכ"ש גבי בניו הגדולים שמקרבי דעתיה לגבייהו טפי, וגם לפי פירוש הב"ח נמי יש לחלק כן דהא מבואר בסוגיא ב' טעמים מה שיכול ליתן במתנת שכיב מרע הלואה שביד אחרים אף על גב דליתא בבריא, רב פפא אמר הואיל ויורש יורשה רב אחא בריה דרב איקא אמר הלואה איתא בבריא וכדבר הונא כו', נמצא לפי דברי רב פפא כל מה שהיורש יורשה איתא נמי במתנת שכיב מרע, ואפילו הלואה דגוי, אלא דהר"ן כתב דטעמא דרב פפא לא סליק י"ל דעד כאן לא מסתבר לר"ן מילתא דרב פפא אלא במתנת שכיב מרע לאיש אחר, אבל המחלק נכסיו על פיו לבניו או למי שראוי ליורשו שהוא מן התורה ונחלה דאורייתא מיקרי ודאי צדקו דברי רב פפא ש"ל כל מה דאיתא בירושה איתא במתנת שכיב מרע. **בכנסת יחזקאל** (פת"ש יח) כתב שהב"ח פסק דלא מהני הצוואה דאין מעמד שלשתן בגוים, וכתב הפת"ש דמשמע מדבריו דהב"ח פסק גם בחוב בשטר על הגוי דלא מהני, וזה תמוה, דבאמת מדברי הב"ח דלעיל מבואר דרק בחוב שע"פ משכון פסק הכי מטעם כיון דישראל מגוי לא קני משכון, א"כ הו"ל החוב כמו הקפה ולא מצי מקני החוב במעמד שלשתן בבריא, אבל בחוב בשטר דאיתא בבריא בקני לך איהו וכל שעבודא, פשוט דלפי דעת הב"ח ודאי מהני מתנת שכיב מרע, וכ"כ להדיא בתשובת עבודת הגרשוני, וכ"כ בנו"ב בפשיטות דלדברי הב"ח שבשטר אפילו של גוי נקנה במתנת שכיב מרע אך כתב שם דמי ירים ראש נגד דברי רמ"א וצריך עיון.

כתב הנו"ב (פת"ש יז) גבי חובות בע"פ שאצל גוים, פשוט דלא קנה אותו פלוני שהוריש לו הנפטר, דמלבד מה שהביא הרמ"א שזהו גם בחובות שבשטר, אלא שבחובות בעל פה בלא"ה יש לדון לפי המבואר בסוגיא בב"ב קמ"ח דהטעם בהלואתו לפלוני דבריו קיימים הואיל ואיתא בבריא במעמד שלשתן ולפי"ז בהלואה בעל פה ביד גוי הרי דעת ר"ת שאינו נקנה במעמד שלשתן כמבואר בשו"ע סימן קכ"ו א"כ ליתא בבריא כלל וממילא ליתא בשכיב מרע, ובשו"ע שם הביא שתי הדעות בדין מעמד שלשתן בגוי ולא הכריע, וא"כ כיון שהיורש תמיד נקרא מוחזק בנכסים, אי אפשר להוציא מידו, ואף החובות בשטר שאצל גוים ואפילו על משכונות הרי כתב הרמ"א דיש להסתפק, וא"כ איך יוכל הזוכה ע"פ צוואה זו להוציא מחזקת היורש, אמנם בחובות בשטר אם תפס פלוני לא מפקינן מיניה שהרי גם הרמ"א נסתפק בו, אבל חובות שבעל פה לא מהני ליה תפיסה.

[בשבט הלוי (ט,רג) דן לגבי ניירות ערך של גוים, ובתחילה כתב דתליא במח' הדרכ"מ והב"ח, דלפי טעם הדרכ"מ דבני"ד בודאי כן סמכא דעתיה ואף יותר דהא ניתן למכירה בכל עת ככל סחורה וע"פ סברא זו הו"ל כשוה כסף, אך הנמשכים אחר סברתו נמשכים בעיקר אחרי סברת רב פפא, והב"ח אחרי סברת ר' אחא, כלומר לדברי הב"ח כיון דאין מעמד ג' בגוי ואינו יכול להקנות ניירות אלו שהם חוב של גוי במעמד ג' גם במתנת שכ"מ ליתנהו, עיי"ש שדן במעמד ג' גבי ניירות ערך, וסיים שלפי פירוש עבודת הגרשוני הנ"ל "פשוט ששטר חוב על גוים נקנים במתנות שכיב מרע בלי פקפק והכי מסקנא דהילכתא והדברים ברורים"].

סעיף כא

שכיב מרע שאמר פלוני יאכל פירות אילן זה ובשעת הציווי לא היו פירות ולפני מיתתו גדלו פירות האם מתנתו קיימת? באיזה אופן יזכה בפירות אע"פ שלא צמחו? (ראה ריב"א)

ע"פ ב"ב קמז: (סעי' קודם) פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה יאכל פלוני פירות דקל זה, לא אמר כלום (רמב"ם -) שלא הקנה להם דבר שיש בו ממש שהדירה והאכילה וכיוצא בהם הרי הם כדיבור וכשינה שאין נקנים (דברי הרמב"ם הן, ונכונים הם, ה"ה), 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".

ביאר הסמ"ע (מו) דהא דלא הקילו בשכיב מרע לעשותו כאילו אמר שנותן לו הבית לדירה והדקל לפירותיו, כמו שהקילו בשכיב מרע האומר תנו לפלוני שט"ח דהוה כאילו כתב ומסר לו וכסעי' כ', ביאר ה"ה דדירה בלא בית לאו כלום הוא, משא"כ שטר שמוסר לו אף דלא הקנה לו השעבוד שבו בכתובה ומסירה.

הסתפק בתשובת רע"א (פת"ש יט) אם בעידן אמירתו עדיין לא גדלו הפירות ובשעת מיתתו כבר גדלו הפירות אי נימא דבעי בשעת אמירתו שיהיו בעולם דאמירתו הוי כקנין בריא, או דדנין דכל שלא חזר נמשך אמירתו עד שעת מיתתו וכאילו צוה בשעת מיתתו, וכתב דבפשוטו נראה הצד הראשון דבעינן דבשעת אמירתו באו לעולם, ואולם מדברי התוס' בגיטין י"ד שכתבו דאפילו לא נולדו יורשי מקבל עד אחר מיתת הנותן, ואמאי לא נקטו בפשוט יותר דאפילו לא נולדו עד אחר אמירתו הילך מנה, משמע דזה מהני כיון דבשעת מיתתו באו לעולם ועדיין צ"ע.

גבי נותן בית כתב רע"א דאם אותו פלוני דר בו כבר בבית הנותן ואמר הנותן שידור בו עשרים שנים דעת הרשד"ם דמהני והרש"ך חולק עליו.

סעיף כב

ע"פ כתובות קט: וכפירוש הרמב"ם והרא"ש בשם י"מ פסק בשו"ע "צוה שיתנו דקל לפלוני והניח שני חצאי דקל (כגון שיש לו לכל אחד שותף חצי דקל לכל אחד וידוע שיש טורח בלקיטת שני חצאי דקלים יותר מבלקיטת דקל אחד, סמ"ע) יטלם, שלזה נתכוון (דהמוציא מחבירו עליו הראיה) והם שקרא דקל {ואפילו יש לו דקלים שלמים, יכולין יורשין לומר שלזה נתכוון (רא"ש) וכן הוא ברש"י שפירש שהיו לו עוד דקלים הרבה דאי לית ליה אלא הני תרי פלגי דיקלא פשיטא דהוה דעתו אהני} ", ובסמ"ע תמה מדוע הרמ"א לא הגיה בלשון י"א'.

< סע' כג: ראה סימן רנב/ב.

סעיפים כד – כה

[מה הדין באומר תנו חלק לפלוני בנכסי? האם יש הבדל בין מתנה למכר?]

ב"ב סג. "פשיטא אמר יחלוק פלוני בנכסי - פלגא. תנו חלק לפלוני בנכסי מאי - אמר רבינא בר קיסי תא שמע האומר תנו חלק לפלוני בבור סומכוס אומר אין פחות מרביע, לחבית אין פחות משמינית, לקדירה אין פחות משנים עשר, לטפיח אין פחות מששה עשר".

כתב **הרשב"ם** אבעיא "והא דתניא **בתוספתא** (פ"ז ה"ה) האומר תנו חלק לפלוני יטול כאחד מן הבנים, הכא מיירי כגון דלית ליה בני ואע"ג דאית ליה יורשים בעלמא אי נמי הכא מיירי כגון דאמר תנו חלק לפלוני בנכסי והשאר לפלוני", ועוד ביאר דברי סומכוס "מספקא לן בהאי נותן אם נתן לו פלגא או לא כלום היה לו ליטול מחצית של פלגא דהיינו רביע הבור משום ממון המוטל בספק חולקין דהא פלגא נמי מוטלת בספק אם יהבה ליה או לא הלכך יטול חציה של פלגא דהיינו רביע, וכ"ש השתא דמספקא לן אי יהיב פלגא או רביעית הלוג דלא יטול פחות מרביע".

וז"ל **השו"ע** "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] (עד כאן כבר התבאר בסוף סימן רמ"ז). תנו חלק לפלוני בנכסי, (כלשון **הרמב"ם** -) יטול אחד מששה עשר (סתם דיינין פחות שבשיעורים דהיינו ששה עשר) ויש מי שהורה (**רי"ף**) שיטול רביע הנכסים (כרישא דברייתא דאמרה תנו סתם) { ואם אמר יטול פלוני חלק בנכסי, והוא שכיב מרע ומחלק נכסיו לבניו, נוטל חלק כאחד מן הבנים (**טור**), ע"פ תירוץ הרשב"ם ב' וכתב **הגר"א** דשני התירוצים הכל אחד הוא. } (תשובת **הרשב"א** -) מי שנתן נכסיו לבניו ולבתו (היינו שאמר בפירוש שיחלקו כולם ביניהם חלק כחלק, נתיבות עי"ש), נוטלת חלק כאחד מהן, ואם התנה שאם ישיאווה או תנשא בעצמה תטול נדונייתה ותסתלק, דבריו קיימין. ואם השיאווה אחד מן האחין ופסק לה פחות מן חלק המגיע לה, לאו כל כמיניה, שלא התנה אלא ישיאווה בניו ביחד או תנשא בעצמה, אבל לא אחד מהן } ואילו **הרמ"א** בסע' כ"ה פסק "וי"א (**ר"י**) דבכולן אין לו חלק אלא כל שהוא (דקיי"ל כרבנן ולא כסומכוס, והא דפשיטא תלמודא בעיין ממילתא דסומכוס כתב רב אלפס לא מטעם ספק אלא משום דחלק סתם משמע רביע לפי דרך בני אדם וטעם דחבית וקדירה לא איתברר לן), ועוד כתב "וכל זה דווקא במתנה אבל במכר אמרינן בכי האי גוונא הדמים מודיעים (**ר"ח ורבינו האי**, וכ"כ הגאון בספר המקח דבאומר חלק בשדה אני מוכר לך בכך וכך הכי קאמר חלק אחד בשדה ובכך וכך לפי חשבון המעות ובדקדוק, ונראה מזה שר"ח פסק כסיעת הרי"ף רמב"ם ורשב"ם לפסוק כסומכוס, באה"ג)".

ביאר **הסמ"ע** (נב) דדעה קמייטא שהביא המחבר דיטול חלק מט"ז ס"ל דרבינא בר קיסא הנ"ל דאמר לפשוט מהסיפא דמאחר דמצינו הני חלוקות הנזכרות ואף דאין למידין מהן למקום אחר כי איכא למימר דוקא בהני היה קים להו לחז"ל שסגי בהכי משא"כ בענינים אחרים, והדעה השניה דנוטל רביעית סברי דפשיט ליה מרישא דברייתא דקתני בהאומר תנו חלק לבור אין פחות מרביעית, ותרומתו ס"ל דלא פליגי רבנן אסומכוס בהא, ודעת **ר"י** שהביא הרמ"א ס"ל דסומכוס דאמר דהאומר תנו לו חלק בבור דנותן לו רביעית לטעמו אזל דממון המוטל בספק חולקין והאומר תנו חלק מספקין ביה אי ר"ל מחצה או חלק כל שהוא וכנ"ל ואנן קיי"ל כרבנן ורבינא דפשיט ליה מהאי ברייתא אי משום דס"ל דהלכה כסומכוס או משום דמדברי סומכוס נשמע להו לרבנן, וא"כ הרמ"א שכתב דבריו בסוף סע' כ"ה קאי גם על הדעות שהביא הרמב"ם בסע' כד גבי חלק מנכסים, ולא כלבוש דהבין דמאן דאמר כל שהוא אינו קאי אמש"כ בסעיף כ"ד.

ע"פ המשך לשון **הרמב"ם** פסק **בשו"ע** (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 לקדירה, נוטל חלק שנים עשר מן היין. אמר תנו לו בו לטפיח (כלי קטן לשתות בו), נוטל חלק מששה עשר מהיין שבבור, שהרי גילה דעתו שלחלק מועט נתכוין (שם ובר"ף -) ואין למדים מהשיעורים האלו לדון אחר".

סעיפים כו - כז

[מה הדין באמר אם תלד אשתי זכר יטול מנה ואם נקבה מאתים וילדה זכר ונקבה? האם ישנו הבדל בין שכ"מ לבריא? ומה הדין בנמצא טומטוס או אנדרוגינוס?]

ע"פ הרמב"ם כתב השו"ע (כו) "שכיב מרע שצוה לתת מתנה לעובר שבמעיו אמו, אם הוא בנו זכה העובר, מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו, כמו שנתבאר בסימן ר"י (סע' א')".

ע"פ משנה ב"ב קמ: פסק בשו"ע (כז) כלשון הרמב"ם (זכיה ח,ה) "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", וכתב ה"ה שהרמב"ם פירש המשנה כרי"ף דאיירי בשכ"מ בלבד דבבריא לא משכחת לה דא"י קנו מידו הא קי"ל דאין מטבע נקנה בחליפין ועוד דאסמכתא הוא דאם ילדה קאמר ועוד דקנין דברים בעלמא הוא דהא יטול קאמר, ונחלקו עליו לומר דאפילו בבריא משכחת לה ובמקרקעי שוה מנה קאמר ובקנין ויטול, ויש מן הגדולים שאומרים דאפילו באתן לך כך לא מקרי קנין דברים וכן עיקר, וכ"כ הטור על הרי"ף דאין נראה דבריו דהא אין שייך הכא למימר אין מטבע נקנית בחליפין שאינו מקנה לו מנה במטבע רק שמחייב עצמו ליתן לו מנה ומשעבד לזה נכסים ואסמכתא נמי ליכא אלא ככל מתנה שהיא על תנאי שמתנה אם תעשה כך שתהיה מתנה ואם יתקיים התנאי תתקיים המתנה ולא ידענא למה חשיב יטול קנין דברים דמעשה גדול הוא.

כתב הב"ח (ש"ך לה) דלפי הרב המגיד הא דכתב הרמב"ם בפכ"ב מהלכות מכירה (כב,י) דין זה בסתם אין זה אלא לפי שלא כתב שם דין זה אלא אגב אחריני דמקנה לדשלב"ל נקט בקצרה אבל העיקר כדכתב בהלכות זכיה דדוקא בש"מ, והקשה על הרב המגיד שכתב בהלכות מכירה דדעת הרמב"ם דאין לחלק בדין זה בין בריא לש"מ דסתם אמרו דלא כ"א ודבריו סותרים את דבריו ודבריו האחרונים עיקר (בהלכות זכיה), והש"ך כתב דלא יפה כיון ודבריו ברורים דהא דמזכה לעובר בבנו קנה היינו אפי' בבריא ודלא כ"א בש"מ דוקא אבל בבריא עובר בנו הוא כמו עובר אחר והי"א אלו הם בעל העיטור, ובאמר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה בזה כתב הרב המגיד דדוקא בש"מ וכרי"ף דבבריא לא משכחת לה דאי נמי קנו מידו הא קי"ל דאין מטבע נקנה בחליפין וכו' ורי"ל מדקבע הרמב"ם הך מתניתין הכא בהלכות זכיה גבי דיני ש"מ ולא כתבה לעיל גבי דיני בריא אלמא דס"ל כרבו דבבריא לא משכחת לה משום שאמר אם ילדה אשתי זכר יטול כו' אין מטבע נקנה בחליפין וכו', אבל הך דצוה לתת מתנה מיירי אפילו בבריא דהיינו שצוה במטלטלים שניקנין בחליפין ולא אמר כלשון אם אלא צוה לתת מטלטלים אלו מיד לבנו העובר ובהכי מיירי בהלכות מכירה, מיהו לדינא כתב הש"ך דגם הרי"ף מודה דאף בבריא משכחת להאי דינא ואפשר גם דעת הרמב"ם כן והא דכתב הרמב"ם הך דינא גבי דיני ש"מ היינו נמי משום דנקט אמר אם ילדה אשתי זכר כו' דמשמעו באמירה לחוד סגי וה"ה בבריא בקנין או שאר קנינים המועילים וכן נראה עיקר.

כתב הסמ"ע (נח) גבי 'ילדה זכר ונקבה' דקמ"ל בזה דלא תימא דמדקאמר בתרי "אם", ולא אמר תרווייהו יחד אם ילדה אשתי זכר ונקבה וכו' מוכח מזה דאז או קאמר, ולא עלתה על דעת המצוה שתלד אשתו תאומים ואהא לא ציוה אלא אאם תלד זכר לחוד או נקבה לחוד קמ"ל דאף דאז או קאמר וכ"פ הרא"ש, ודלא כטור בשם רשב"ם דאם ילדה תאומים לא יטלו כלום דשמא לא היה חפץ בלידת תאומים מדלא קאמר אם ילדה זכר ונקבה אלא אם זכר אם נקבה משמע זה או זה.

עוד פסק בשו"ע (שם) כברייתא "ילדה טומטוס ואנדרוגינוס, נוטל בפחות שבשניהם (ודלא כמשנה שאינו נוטל, דאוקימתא בגמ' כרשב"ג בתמורה כ"ד שאין קדושה חלה עליהם ואין הלכה כמותו, רי"ף ורא"ש) (רא"ש -) ואם נקרע ואחר כך נמצא זכר יטול [כפי תנאו]".

סעיף כח

[מה הדין במי שאמר אם תלד אשתי זכר ינתן לו שני שלישי ממונו ולאחי השליש ואם תלד נקבה ינתן לה שלישי ממונו ולאחי שני שלישים, וילדה זכר ונקבה?]

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "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", ובטור האריך בשמו דהגע עצמך אם ילדה שני זכרים וכי תאמר שיתן לאחיו השליש ולשני הזכרים שני שלישים הרי לא היה דעתו כך ליפות כח אחיו כח אחד מבניו אלא אם באת לה הממון לפי הצוואה היית צריך לחלוק לחמשה חלקים לאחיו אחד ולזכרים לכל אחד שני חלקים, ובזכר ונקבה יתחלק הממון לשבעה חלקים ויטול הזכר ארבעה חלקים ואחיו שני חלקים והנקבה חלק אחד הרי נוטל הזכר פי שנים כאחיו ואחיו פי שנים כנקבה כערך הצוואה, אלא שאי אפשר לומר כן כי למה יפסיד הזכר ויגרע מחלקו בשביל נקבה שנולדה עמו והוא לא פירש בתנאו אם תלד זכר ונקבה במה יהיה דינה אלא הניח דינה על דין תורה ואין הנקבה מגרעת כח הזכר בדין תורה כי הכל שלו וכן בשני זכרים למה חלק כל זכר יגרע בשביל זכר שנולד עמו הרי לא התנה אביהם כן, ואין עליך לדון בדין זה אלא שלא זכה מקבל המתנה אא"כ שנתקיימו התנאים והרי לא נתקיים אחד מהתנאים כי על זכר ונקבה לא התנה ונתבטלה המתנה שנתן לאחיו וחזר הדבר לדין תורה והכל לבן.

הסמ"ע (סב) כתב שבתשובה הקשה מהמשנה דלעיל באומר אם תלד אשתי זכר כו' ואם תלד נקבה כו' דאמרין אף דקאמר "או או" מ"מ דעתו היתה ג"כ אתאומים וכסע' כז, די"ל דזה דוקא בשניהן בניו הבן והבת ומשום דדעתו קרובה אצל בניו משא"כ כשכולל בתנאו ג"כ איש אחר, אולם הש"ך (לו) כתב דכוונת הרא"ש דהתם לא עשה הנותן הלידה תנאי לדבר אחר שהתנאי היה בלידה עצמה משא"כ הכא עשה את הלידה תנאי לאדם אחר ותלה המתנה בתנאי וכיון שנתבטל התנאי נתבטלה המתנה ולפי"ז אפילו היה המקבל מתנה בנו או בתו דיניהם הכי כיון שהתנאי הוא בדבר אחר.

כתב רע"א ע"פ תשובת הרא"ש באומר המבשרני שילדה אשתי זכר יטול מנה ואם נקיבה מאתיים וילדה תאומים אין לו כלום.

סעיף כט

אם אמר תנו נכסי לחנן ובא אחד ואמר אלי התכונן האם נותנים או שיש להסתפק למישהו אחר ואם באו שנים האם יש עדיפות לאחד על השני והאם זה משנה אם אמר מתנה או אמר שחייב לחנן ובאו שנים באותו שם?

ע"פ כתובות פה: פסק בשו"ע "שכיב מרע שאמר נכסי לטוביה ומת, ובא אחד ששמו טוביה ואמר אני הוא נוטלן {ואפילו אם יש טוביה אחר שראוי להסתפק בו, אין ממתנין לו (רא"ש)}. ואם הוחזק שמו רב טוביה אינו נוטלן, ואם היה השכיב מרע גס בו (רגיל אצלו) 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), וכתב באה"ג דזה לפמשי"כ הטעם דת"ח קודם דמסתמא דעתו יותר קרובה לתלמיד חכם אבל לרש"י דמסתמא אדם מצדיק מעשיו לזכות בשעת מיתה דאמר מר כל הנביאים לא נתנבאו אלא למהנה תלמידי חכמים מנכסיו נראה דאפילו ידוע שדעתו קרובה יותר על שכינו או קרובו ת"ח קודם וכ"כ ערוה"ש)}. אין בהם ת"ח, והיה אחד מהן שכן או קרוב, הוא קודם. היה אחד שכן ואחד קרוב, שכן קודם (תא שמע 'טוב שכן קרוב מאח רחוק'). שניהם קרובים או שניהם שכנים או שניהם תלמידי חכמים, יעשו הדיינים (ישודא דדייני) כמו שיראה להם כל מי שדעתם נוטה שעל זה אמר נותנים לו וכן אם היו רבים (כרש"י והרמב"ם דלא כר"ת שמה שירצו הדיינים לעשות יעשו) {והאי שכן לא בשכן הדר אצלו (והא דקראו שכן משום ששוכן ושורה אצלו בעניניו) אלא בשכן חבירו הרגיל אצלו במשא ומתן (רא"ש), ולא נראה כן מדברי הטור שכתב אלא בשכן חבירו ורגיל עמו במשא ובמתן, ב"י}. והא דאומדין דעת הנותן היינו דוקא בנותן להם מתנה אבל אם אמר שחייב לטוביה (או פקדון, ראי' דלקמן) ובאו שנים שוין יחלוקו ביחד, דהא ליכא אומדנא מאחר שחייב להן (ר"ן וה"ה), ובכך יישבו התוספתא דב"ב 'האומר יש מאתיים דינרים ליוסף בן שמעון והיו שני יוסף בן שמעון אין דורשין לשון הדיוט לומר לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב אלא שניהם חולקין בשוה'}. "

ביאר **הסמ"ע** (סג סז) הטעם ברישא דאין ממתינין לאחר דאמרינן מדהקדים נפשו שמע מינה שהוא ברור לו שכונתו היתה אליו, ולא חיישינן לרמאי שיקדים נפשו לבוא, דהא צריך להיות מרתת שמא יבוא אחר אחריו ויברר שדעתו היתה קרובה אליו יותר ויוציאנו מידו, וזה דומה לסימן קל"ט גבי שנים דמנצי אארבא דאמרינן כל דאלים גבר, ובהגהת הרמ"א ע"פ הר"ן ד"באו שנים שוין" אין הפירוש כלבוס ששמותיהן שוים, דזה לא היה צריך למימר דפשיטא דצריכין להיות שמותיהן שוים, אלא ר"ל שבאו שניהם שוים בבת אחת, דבזה איכא למימר כיון דבתורת חיוב אומר ליתן, אף שבאו זה אחר זה יתן גם לשני מחלקו, קמ"ל דזה אינו, אלא אמרינן מדהקדים נפשו ודאי לו חייב כל הסך.

הש"ך (לח) פסק כ"א שהביא הטור דהאי קרוב מיירי שאינו ראוי לירשו שאם ראוי לירשו הוא קודם, וזה דלא כטור שכתב דאדרבה כשהוא ראוי לירשו איכא הוכחה טפי שלא היה בדעתו עליו שלא היה צריך לצוות עליו דבלאו הכי ראוי לירשו. **הפת"ש** (כג) כתב דהב"ח יישב קושיית הטור ועיקר כ"א, וכ"כ בשב"י אלא שסיים דכיון ששאר כל גדולי ראשונים לא חלקו כלל בין ראוי ליורשו או לא כיון דלא מחלק כן בש"ס, גם בשו"ע ושאר אחרונים סתמו כדעת הטור, לכן לא מלאני לבי לדחות דברי הטור מהלכה וכ"ש למעשה, וכתב הפת"ש דאפשר משום שלא ראה דברי הב"ח, ובעבודת **הגרשוני** דעתו כטור ומפרש דה"א מיירי כשהוא ראוי ליורשו, ראוי דייקא, אבל באמת אינו יורשו ממש כי יש גואל קרוב ממנו, בכה"ג קאמר שהוא קודם לשכן, כיון שקרוב לו כ"כ עד שראוי ליורשו, יש לו קרוב הדעת אתו יותר ממה שיש לו קרוב הדעת עם השכן קרוב, אבל בשאין קרוב יותר ממנו ודאי גם ה"א מודים דלאו לההוא טוביה קמכוין ולא דעתו עליו כיון שבלא"ה ראוי ליורשו. **הנתיבות** (כ, ובחי' מג) כתב כש"ך, והוסיף דאם אמר נכסי לקרובי או לקרובתי שבכלל זה הם הקרובים הפסולים לעדות וכסימן רמז/ד.

עוד כתב **הש"ך** (לט) לחלוק על יישוב התוספתא בחוב שכתבו הר"ן והרב המגיד, משום דלישנא ד'תנו' לא משמע הכי ועוד דהא סתמא קתני ועוד דאי בחוב או פקדון היאך שייך לומר לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב ועוד דלפי שיטת ר"ת בשודא לא מסתבר לחלק בין מתנה לחוב או פקדון, ולכן פירש דהתוספתא מיירי במתנה וכ"כ הריטב"א ולק"מ דהא בכתובות צ"ד פרכין למ"ד שודא דדייני מדתניא יחלוקו ומשני תנאי היא כו' א"כ התוספתא אתיא כמ"ד יחלוקו ואנן קי"ל שודא וא"כ בחוב נמי היכא דשייך שודא אמרינן שודא.

כתב **הקצות** (יג) דמה שהוכיח הש"ך משיטת ר"ת ליתא, דמבואר בתוס' דר"ת מודה דבחוב חולקין דאם לא כן תיקשי מתניתין דתנן היו כולן יוצאין בשעה אחת חולקין, ולפ"ז בפקדון אמרינן שודא לדעת ר"ת דלא שייך ביה נעילת דלת, ודברי הרמ"א בדקדוק היטב דהרמ"א השמיט פקדון שכתב הר"ן ולא כתב אלא חוב, משום דהר"ן ס"ל כשיטת רש"י דתלי בדעת הנותן א"כ חוב ופקדון שוה, אבל לדעת ר"ת דתלי בדעת הדיין גם בחוב ופקדון שייך שודא, אלא דבחוב חשו לנעילת דלת וגבי פקדון גם לר"ת אמרינן דינא דשודא, לזה כתב הרמ"א בחוב דבזה לכ"ע לא אמרינן שודא.

עוד כתב **הש"ך** (לט) דבב"ב קע"ג אמרינן דשני יוסף בן שמעון שהלוו לאחד המע"ה ויוכל הלה כשיש שובר בידו לדחות לכל אחד ואחד וא"כ ה"נ ידחו היורשין לכל אחד ואחד ולא יתנו כלום והא דאמרינן הכא בש"ס ופוסקים שודא ובתוספתא יחלוקו מיירי כשאין כאן יורשים או כשהיורשים רוצים לקיים וליתן או כשהב' טוביה כותבים הרשאה זה לזה הא לאו הכי יכולים באמת לדחות לכל אחד ואחד, ודלא כלח"מ דכתב דשאני התם כיון דיש ללוה שובר מאחד מהם ואחד מהם ודאי רמאי ולא שייך לומר יחלוקו משא"כ הכא דא"א להתברר על מי אמר וליכא שום אחד רמאי, דלא נהירא דלא שייך לחלק בזה אלא לענין הבעלי דינין בין יחלוקו לשודא דדייני אבל לגבי יורשים גופיהו מה בכך הא מ"מ יכולים לדחותו, והביא שכתב הריטב"א כנ"ל דיכולים היורשים לדחות לכל א' אך שם כתב דדוקא בחוב אבל בנותן מתנה לא מפני שהמקבל מתנה כעין שותף בנכסים ולא נהירא דבכל דוכתא אמרינן גם לגבי מקבל מתנה כל היכא דאיכא ספיקא אינו מוציא מהיורשין אלא בראיה. **הנתיבות** (כא) חלק דדדוקא בחוב שהוא שעבוד הגוף יכול לדחותו אבל בפקדון כמו באחד מכס הפקיד לי מנה, אף במקום דלא היה לו למידק ושניהם טוענים שמא, דהדין דיחלוקו ואין יכול לדחותו. **בכתנות פסים** (פת"ש כד) כתב לחלוק על דרך הש"ך ביישוב התוספתא עיי"ש.

כתב **רע"א** ע"פ הרמב"ן דאם אמר נכסי לקרובי יש ליתן לקרובי ת"ת אף שיש לו קרוב טפי.

עוד כתב **רע"א** ע"פ הר"ן גבי שודא הכא דאם יש ע"א שהמצוה כוון לזה אף אם הוא קרוב אם אינו נוגע בדבר, ודאי כשר הוא וזוכה מדין שודא.

כתב **בנו"ב** (פת"ש כב) אודות צואת אלמנה שכתוב בה כל המטלטלין ותכשיטין שלה לנכדה טריינה ויש לה שתי נכדות ששמן טריינה ואחת מהם נשואה לצורבא מרבנן, והשיב דאילו היה הדבר נוגע לבעלה של טריינה, היה הדבר פשוט שמגיע לו כמבואר כאן שאם אחד תלמיד חכם הוא קודם, אבל כיון שאין הצואה רק על טריינה, אין לנו לחדש בזה לומר שאשת חבר כחבר, ואם היתה הצואה על מעות שאז הם נכסי מלוג וזוכה הבעל בפירות ג"כ היה מקום שיזכה התלמיד חכם אבל כיון שהצואה היא על בגדים ותכשיטין ואין לבעל שום ריוח מזה אין כאן אומדנא וממילא נשאר בספק, אך אם המטלטלין אינם בגדים ויכול להשתמש בהם בתורת נכסי מלוג אזי אמרינן ילמדו התכשיטין מהמטלטלין ושייך הכל לאשת החבר, אבל לפי שאין דין זה ברור כל כך שמחמת שזוכה בפירות יהיה הדין שזה כאילו אמרה נכסי לו לכן טוב לעשות פשרה.

סעיף כ

ציוה שלא יספידו אותו ולא יקברו אותו אם צריכים לשמוע לו? צוה בחייו שבן אחד לא יאמר קדיש אחריו אם חייב לשמוע לו?

ע"פ **סנהדרין מו**: פסק בשו"ע "שכיב מרע שצוה ואמר אל תספדוהו אין סופדין אותו (ההספד אינו אלא משום כבוד דהמת וקרוביו והרי מחל על כבודו ומצוה לקיים דברי המת) (וע"פ **כתובות מח**. -) אמר אל תקברוהו מנכסיו אין שומעין לו, אלא כופין את היורשים לקברו מנכסיו" - דלאו כל כמיניה להלין המת ולא יקברוהו ואף אם תאמר שכונתו היתה שמנכסיו לא יקברוהו אלא מן הצדקה ומשל ציבור בזה אמרו לאו כל כמיניה להעשיר את בניו ולהטיל נפשו על הציבור וכ"ש באמרו שיספדוהו מהצדקה, **סמ"ע**.

כתב בפת"ש יו"ד (שדמ, א) בשם **אבן שהם** דמי שצוה שבנו לא יאמר קדיש עליו שומעין לו.

סעיף לא

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "מי שנתן מממונו מתנות הרבה ושייר מעט ליורשיו, היורשים חייבים לקבורו", וכתב **רע"א** דמיירי אף אם הם מתנת שכ"מ. עוד כתב דאם לא שייר כלום בנכסיו יש לעיין אם המקבל מתנת שכ"מ חייב לקבורו בק"ו מיורשים.

וז"ל הרמ"א ע"פ תשובת הרא"ש "מי שאמר מנה לפלוני בני ולא יירש ומנה לפלוני בני ויירש והיו לו נכסים הרבה, ואין לו רק אלו השני בנים, השני יירש הכל ואין לראשון רק המנה שנתן לו" - ולא אמרינן דחזר ממה שאמר ראשונה מדאמר ומנה לפלוני בני ויירש ולא אמר סתם תנו מנה לפלוני והשאר יירש הכל, עיי"ש.

סעיף לב

שטר צוואה שנעשה בערכאות של גוים: א. באיזה ענין השטר כשר הסבר ונמק. ב. באיזה ענין השטר פסול?

צוואה שנערכה שלא על פי דין תורה, האם יש לה תוקף מדין מצוה לקיים דברי המת, או מדינא דמלכותא?

שטר צוואה שנכתב בלשון שאינה תקיפה הלכתית, באיזה אופן בכל זאת הצוואה תהא תקיפה? כתוב שני אופנים.

כתב בתשובת הרא"ש (בטור) "ששאלת שטר צוואת שכ"מ העולה בערכאות של עכו"ם.. מתנת שכ"מ בכל נכסיו או אפילו במקצת ומצוה מחמת מיתה דלא בעי קנין בדיבורא בעלמא קני ושטרא ראייה

בעלמא היא וכשר, אבל מתנת שכ"מ במקצת ולא צוה מחמת מיתה וגם לא היה בה קנין אז נקנה הכל במסירת השטר ושטרא דידהו חספא בעלמא הוא. אבל נראה דבזמן הזה אין רגילין לא בדיני ישראל ולא בערכאות של עכו"ם לקנות בשטר לא במכר ולא במתנה דשטר קנייה היינו שטר שכתוב בו שדי מכורה לך ומוסר השטר ליד הלוקח או שדי נתונה לך ומסרו ליד המקבל ובה אין אנו רגילין בזמן הזה אלא מקיימין המכר באחד מהקניינים דשייכי בהו וכותבין השטר לראיה הילכך כולן כשרים בערכאות של עכו"ם."

וז"ל השו"ע "שטרי צוואה העולים בערכאות של גוים, כשרים".

ז"ל הרמ"א בסימן סח (א) "וכן שטרי מחילות כשרים בערכאות (ריב"ש), וכן מתנה הנקנית בקנין או בחזקה (ב"י), רק שהודה בערכאות, דכל השטר אינו אלא ראייה בעלמא, כשר מה שנעשה לפניהם (ר"ן), ולכן שכיב מרע שעשה צוואה לפני ערכאות של עו"ג קיים כל מה שצוה (ריב"ש), וכמו שיתבאר לקמן סימן רנ"ג סעיף ל"ב. ובכל מקום שמשפט המלך לכתוב כל הדברים בערכאות, כל השטרות העשויין לפניהם, כשרים, אפילו שטרי מתנות, מכח דינא דמלכותא (רא"ש וטור), וכל שכן במקום שכבר נהגו להכשירם, כשרים (ריב"ש רשב"א ועוד).. וכל שטר שמכשירין משום דינא דמלכותא, אם לא נכתב כהוגן לפי דיניהם, אע"פ שנכתב כהוגן לפי דינינו, פסול, דלא נכשיר יותר מהם (ריב"ש), וכן להפך, אם פסול לפי דינינו וכשר לפי דיניהם (מהרי"ק), ויש חולקין בזה (תשובת הרא"ש)".

ובסמ"ע (עב) הביא תשובת הרא"ש הנ"ל וכתב דמקור דין זה ששטר קנין של גוים פסולים ושטרי ראייה שלהן כשרים נתבאר בטוש"ע בסימן ס"ח, ובסימן קצ"א כתב הטור בשם הרא"ש כאן דבזמנו לא היו נוהגים לקנות בשטר והמחבר כתב שם דשטרי דידן שטרי קנין הן והוא מדברי הר"ן וכתב טעמא כיון דמזכיר בהם לשון מכירה, ונראה דמשו"ה קיצר המחבר כאן ולא העתיק כל התשובה ולא כתב אלא הא דשטרי צוואה העולים בערכאות של גוים כשרים, דזהו נמי לדין כשר כיון דדבריו ככתובים וכמסורים דמי והשטר צוואה כותבים אח"כ לראיה בעלמא, משא"כ בשטרי מתנת בריא, ולא כלבוש דהעתיק כאן כל לשון תשובת הרא"ש דבזמן הזה אין קונין בשטרות כלל ולעיל בסימן קצ"א סתם וכתב דבזמן הזה קונים בשטרות. [כתב ה^נתיבות (כב) דאף אם צוה לערכאות לכתוב וליתן ואף דבישראל כה"ג חיישינן לשמא לא גמר להקנות כי אם בשטר כמבואר בסמ"ע סימן ר"ע דבעינן מהאי טעמא שיגיע לידו השטר מחיים, אם כן לא קנה, דזה אינו, דהא דינא דהתם הוא אפילו במטלטלין, אף דשטר במטלטלין לאו קנין הוא, רק דחיישינן לקפידא בעלמא דשמא לא גמר להקנות עד שיגיע השטר לידו, וכיון שהגיע השטר לידו מחיים קנה אף שהשטר לאו בר קנין הוא].

כתב **ערוה"ש** (סח,ה) "ולכן שכיב מרע שעשה צוואה לפני ערכאות הצוואה קיימת וכמו שיתבאר בסי' רנ"ג דדברי שכיב מרע ככתובין ומסורין דמי והשטר הוא רק לראיה בעלמא וספר שהערכאות כותבין בו ומקיימים כל דבר הוה כשטר שלהם דכיון שבשם מאושר ומקויים וביכולת לקבל משם העתק כנימוס וההעתק הוא ג"כ מקויים מהשופט וודאי דכל מה שנכתב שם נעשה כן".

העולה מדברי הפוסקים עד עתה דשטר צוואה שנעשה בערכאות של גוים כשר כאשר נעשה כראיה, אך פסול אם נעשה באופן של קנין ויסוד חילוק זה כבר בטוש"ע בסימן ס"ח ע"פ הגמ' בגיטין י', וכן פסול אם לא נכתב כהוגן ע"פ דיניהם, ואם כשר לפי דיניהם ופסול לפי דיננו נחלקו והרא"ש והמהרי"ק.

בענין השאלה בצוואה שנערכה שלא על פי דין תורה האם יש לה תוקף מדין מצוה לקיים דברי המת או מדינא דמלכותא, נדמה שנחלקו בזה פוסקי הדור הקודם, בדברי האג"מ (אבן העזר א,קד) נראה דזה מדינא דמלכותא דינא (וכן נראה מעט מערוה"ש לעיל) וז"ל "ועצם הצוואה כיון שנמסרה לדינא דמלכותא שודאי יעשו כדבריה אף שהיא מתנה לאחר מיתה ואין קנין לאחר מיתה שכבר אינו שלה שמסתבר שלא יועיל בכגון זה הא דדינא דמלכותא דינא שתוכל ליתן דבר שאינו שלה.. אך בעצם מסתבר לע"ד שצוואה כזו שודאי יתקיים כדברי המצוה בדינא דמלכותא א"צ קנין שאין לך קנין גדול מזה". אולם **המנחת יצחק** (ו,קסה) כתב שבצוואות שנעשו בערכאות אין בהם ממש אם לא נעשו ע"פ התורה ד"כבר החליטו הפוסקים דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא רק היכא שנוגע להמלך ומנתו" (ובסימן קס"ד כתב "אפשר לסדר בניקל שתי שטרות, א' שיהיה נכתב כדינו עפיתוה"ק, וב' עפ"י דינא דמלכותא, ובשטר הנכתב עפ"י תורה יהיה מבואר בפירוש שכתבו עוד שטר עפ"י נוסח חק המדינה אבל השטר הזה לא יוגרע כחו עי"ז), וכ"ד **התשובות והנהגות** (א,תתנג) דלא שייך בזה דינא

דמלכותא דינא, אך לענין שכבר נחתמה כתב **שדעת האחיעזר** (ג,לד) יש בה "לקיים דברי המת אם הושלש מתחלה לכך.. ואין זה עובר על דין תורה" עיי"ש שהוסיף התשוה"ג בזה "ויסוד דברינו שחילקנו בין כותב צוואה ומשתמש בלשון ירושה דרצונו לעקור משפט התורה שבתורת ירושה אין לבת כלום ולא עבדין רצונו, לבין אם העמיד מבצע וביקשם רק לתת מועיל כהושלש לכך".

אם נחזור לשאלה גבי שטר צוואה שנכתב בלשון שאינה תקיפה הלכתית באיזה אופן בכל זאת הצוואה תהא תקיפה, ניתן לומר שישנם ב' אופנים, א' מדינא דמלכותא דינא ע"פ נוסח חוקי המדינה וע"פ הרמ"א וערוה"ש בסימן ס"ח, וב' בדרך של מצוה לקיים דברי המת ובצורת השלשה לכך כפי שכתב בתשובות והנהגות בשם האחיעזר, וראה עוד לקמן מש"כ בסימן רנו/ז.

סעיף לג

מה הדין שכיב מרע שאמר נכסי לבני שמעון הזכרים אם היו לו, ואם לא היו לו יהיו נכסי לבני נפתלי הזכרים וירדו מיד בני נפתלי לנכסים ואחר פטירת המצוה נולדו בנים זכרים לשמעון?

ע"פ תשובת הרשב"א פסק בשו"ע "מי שאמר נכסי לבני שמעון הזכרים אם היו לו ואם לא היו לו יהיו לבני נפתלי הזכרים (שמעון היה קרובו ממשפחת האב ונפתלי ממשפחת האם ולשמעון לא היו לו בנים זכרים ולנפתלי היה לו בנים זכרים), וירדו מיד בני נפתלי לנכסים, ואחר פטירת המצוה היו בנים זכרים לשמעון, לא זכו במתנה זו לא אלו ולא אלו, אלא הנכסים חוזרים ליורש (דבני שמעון לא זכו דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם ובני נפתלי ג"כ לא זכו שהרי לא נתן להם אלא אם לא היו בנים זכרים לשמעון והנה נולדו לו וכו' ואע"פ שלא היו באותה שעה בעולם אין בכך כלום דאדם מתנה בדבר שלא בא לעולם)", וכתב הסמ"ע (עד) דהקרוב קרוב קודם יזכה בו מכח ירושה.

ע"פ תשובת הרשב"א כתב הרמ"א "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 (דמדכתב לו תחילה שהמקבל יוכל לברר לו תחילה איזה בית שירצה, הכל בכלל)".

[מה הדין אם כתבו העדים כל הצוואה ביחד, ובא אחד ממקבלי מתנות ובקש שיכתבו לו צוואתו לבד? ומה קשה על דין זה וכיצד יישבו האחרונים?]

ע"פ תשובה מיוחסת לרמב"ן כתב הרמ"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", וביאר הסמ"ע (עו-עז) דלא אמרינן כבר עשו העדים שליחותן ותו אין להם לכתוב ולחתום שטר אחר, וכבר כתב הרמ"א דין זה בסימן מא/ג, ושם לא כתב דתלוי ברצון העדים וגם כתב שם שבא לב"ד, וזה משום דהתם העתיק מתשובת הרשב"א אבל לשניהן טעם אחד משום דלאו לגוביינא קאי כמבואר בהדיא בשתי התשובות הנ"ל, והקשה דזה סותר מסימן רנה/ו דפסקו הטוש"ע ע"פ הרא"ש בציוה מחמת מיתה לתת מנה לשמעון ומת ומכרו היורשים כו' גובה מהלקוחות ואין היורשין נאמנין לומר פרענו כיון ששטר הצוואה יוצא מתחת ידו שמע מינה דקאי לגוביינא, וכתב ליישב בדוחק דהתם מיירי כשהודה השכיב מרע שחייב לפלוני מנה דאז כותבין העדים שטר גמור וטורפין בו. הש"ך (מא) כתב שהב"ח דחה תירוץ זה וביאר דהרמב"ן והרשב"א מיירי כשהעדים מעצמן כתבו מחיים למזכרת או לאחר מיתה משא"כ הרא"ש מיירי באם ש"מ הנותן בעצמו צוה לכתוב להקנות לו בשטר וכתבו בלשון צוואה.

סימן רנד - שכיב מרע שביקש שיעשו קנין במתנות

סעיף א

[אם שכ"מ ביקש שייקנו ממנו בשבת מה הדין? פרט.]

ב"ב קנו: "אמר רבי לוי קונין קנין משכיב מרע אפילו בשבת ולא לחוש לדברי ר' אליעזר אלא שמא תטרוף דעתו עליו (רשב"ם: מה שקונין לאו דצריך קנין כר"א החולק על תקנת שכיב מרע בחול, דהא קיימא לן כרבנן דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין, אלא להפיס דעתו כדי שלא תטרוף דעתו קונין דהשתא סמכא דעתיה)".

וז"ל השו"ע "אף על פי שמתנת שכיב מרע אינה צריכה קנין (סמ"ע: כפי שנתבאר בסימן ר"נ דבמתנת שכיב מרע בכולה ובמצוה מחמת מיתה לא מיבעיא דא"צ קנין אלא דהקנין מגרע גרע משום דאין קנין לאחר מיתה, אם לא במיפה את כחו וה"נ כונתו כן דאם ביקש שיקנו אזי קונין ביפוי כח), אם בקש שיקנו ממנו קונים, אפילו בשבת, (רמב"ם -) שזה הקנין אינו צריך, וי"א (רא"ש) שאפילו אם יש נפקותא בקנין, כגון שכותב כל נכסיו ומפרש שלא יחזור בו אם יעמוד, קונים בשבת {וי"א (רשב"ם ותוס') דאפילו מתנה במקצת דצריכה קנין, אע"פ שנראה שאינו נותן מדאגת מיתה, הואיל ואינו [נותן כולם] אפילו הכי קונים ממנו בשבת (והביאו ראיה מגיטין ע"ז גבי ההוא ש"מ דכתיב לה גיטא לדביתהו וכו' אקנייה רשות בשבת אסור ועוד דתניא בתוספתא דביצה דאין מגרשין בשבת אלא בשכיב מרע הקילו, וכתב הסמ"ע דס"ל דאף בכה"ג התירו לעשות לו קנין כיון דאין זו אלא גזירת מקח וממכר מדרבנן כל כה"ג לגבי שכיב מרע התירו) ויש חולקים בזה (רא"ש), דאם אינו נותן אלא מקצת נכסיו אז אינו ניכר דמדאגת מיתה הוא נותן כי גם דרך הבריאים לפעמים ליתן מקצת נכסיהן לאחרים ובעי קנין)".

סימן רנה - שכיב מרע שאמר יש לי מנה ביד פלוני או של פלוני בידי

סעיף א

ע"פ ב"ב קלח: וכחכמים פסק בשו"ע "שכ"מ שאומר יש לי מנה ביד פלוני, כותבין העדים כך וכך צוה פלוני, אע"פ שאין יודעים אם אמת הוא אומר, לפיכך כשבאים יורשיו לגבות צריכים להביא ראיה".

כתב הרמ"ה דאירי דוקא במחלק נכסיו לאחרים ואומר תנתן שדי שלי לפלוני ומנה שיש לי ביד פלוני תנתן לפלוני וכותבין העדים זכרון עדות שהיתה לפנינו שצוה לתת מנה שיש לו ביד פלוני לפלוני שאין מעידין על גוף ההלואה אלא על הצוואה וכיון דאית למקבל זכות בגווה דאי מודה ליה או מיייתי ראיה שקיל אבל היכא דאמר מנה יש לי ביד פלוני ותו לא כיון דלית ליורשין זכותא בגווה דהא צריכים להביא ראיה אין כותבין, והטור חלק דאינו נראה לחלק אלא בכל ענין כותבין, וכתב הסמ"ע (א) דהמחבר סתם כטור וביאור הענין דכשלא יכתבו יש לחוש שילכו העדים למדינת הים ולא יגידו לפניו שצוה השכיב מרע בזה, ודלא כרמ"ה דס"ל דאין כותבים אא"כ מצוה ליתן אותו המנה לאחרים, דאז יכתבו כדי שלא יכפרו בו יורשיו אחר מיתתו.

סעיף ב

האם יש הבדל בין שכיב מרע לבין בריא לגבי טענת "משטה אני בך"? האם יש הבדל בין שכיב מרע לבין בריא בענין "שלא להשביע את בניו"?

ע"פ ב"ב קעז: פסק בשו"ע "שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי אם אמר תנו, נותנים, לא אמר תנו, אין נותנין (ומיירי בדליכא חששא דפרעיה אחר שאמר תנו וכדלקמן סעי' ה', ש"ך), שמא לא אמר מנה יש לו לפלוני בידי אלא כדי שלא יאמרו על יורשיו שיש להם ממון, (רמב"ם ע"פ הכרח השמועות כ"כ הרב המגיד -) לפיכך אם אמר זה דרך הודאה ולא היה שם חשש הערמה, נותנים אף על פי שלא אמר

תנו. (תשובת הרא"ש -) וכן אם הודה בכתב ידו שכל נכסיו הם של פלוני, הויה הודאה, ולא אמרינן בכי הא אדם עשוי שלא להשביע את בניו (דכולי האי לא עביד אינש כדי שלא להשביע).

כתב הסמ"ע (ד) דהמחבר סתם כרמב"ם דמהני דרך הודאה אפילו בלא אמירת אתם עדי כשאומר כן בפני המקבל, ודלא כרא"ש דבעינן שיאמר אתם עדי, ואף דהרמב"ם ס"ל דאין טוענין לו שמא לשלא להשביע נתכוין, הני מילי כשהמודה עצמו לפנינו אז אין טוענין לו כיון שלא טענו בעצמו, אבל כאן דמיירי בשכיב מרע, טוענין ליורשיו כל מאי דהוה מצי אבוהון למיטען, וכתב הש"ך (ג) דהסמ"ע סותר דברי עצמו בסימן פ"א דבהודה לפני התובע א"צ דרך הודאה לרמב"ם, כלומר לדעת הש"ך דרך הודאה הכא אפילו שלא בפני המקבל (נתיבות).

גבי הודה בכת"י כתב הסמ"ע (ה) דכ"כ גם בסימן פא/יז ושם הגיה הרמ"א דהיינו דוקא כשהכתיבת יד יוצא מתחת יד המקבל, ואפשר דהכא שכתב כן לפני עדים דרך צוואה והדבר יש לו קול, ה"ל כאילו הגיע הכתב ליד המקבל, ודוחק, וכתב הסמ"ע דגם שם מיירי אפילו בלא הגיע הכתב ליד המקבל.

כתב בשב"י (פת"ש א) דאם צוה לפני מותו שיתנו לפלוני מאתים זוז עבור שגזלו כל כך והיורשים אינם רוצים ליתן באמרם שאין אדם משים עצמו רשע ואין אביהם נאמן בזה, דאין כאן מקום ספק דודאי יכול אדם לחייב עצמו בהודאת פיו אף שמשים עצמו רשע ויש על זה חבילות ראיות וכ"ש זה שצוה לפני מותו כדי להצדיק מעשיו ולקיים שוב יום אחד לפני מיתתו ואין זה משים עצמו רשע בכך, וחלק על החות יאיר שהסתפק בזה.

סעיף ג

הקדיש כל נכסיו ובתוך כדי דיבור אמר אני חייב מעות לפלוני, או כלי זה שייך לפלוני, האם נאמן?

הקדיש כל נכסיו, האם נאמן לומר אחרי שהקדיש שחייב כסף לפלוני?

ב"ב קעז: "אמר רב הונא שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן, חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש", וע"פ שבועות מב: וערכין כג. פסק השו"ע כלשון הרמב"ם (וראה לקמן דרך לימוד הסמ"ע ודרך לימוד הש"ך) "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 (כלומר אם אינו מקוים אינו גובה בו כלל ואם הוא מקוים צריך בעל השטר ליטען על מה שכתוב בשטר שעדיין לא נפרע, סמ"ע). 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 (אע"ג דלא שייך בזה דשלא להשביע אמר כן שהרי עכ"פ לא יהיה של בניו אלא של הקדש או של אותו פלוני, מ"מ שייך לומר דשלא להשביע את עצמו אמר כן כי היה מתרושש בימי חייו, סמ"ע ע"פ הגמ') אא"כ היה בידו שטר מקויים הרי זה נוטל מההקדש מפני הצוואה (בלא שבועה), ואם אחר שהקדיש אמר תנו, אין שומעין לו אלא הרי הוא כשאר בעלי חובות, אם נתקיים שטרו נשבע וגובה מהפודה, לא מההקדש".

הסמ"ע (יד) דחה מש"כ הלבוש דהמקדיש כל נכסיו דאפילו בתוך כדי דיבור אינו יכול לחזור, דהא קי"ל בכל דבר דתוך כדי דיבור כדיבור דמי בר מעבודה זרה ומקדש ומגרש [ואפשר ששגג בין מקדש להקדש], וכן הסכים הש"ך (ו) דכן מוכח להדיא בב"ק ע"ג, והקשה על הרמב"ם שכתב במפורש בפיהמ"ש (וכן יוצא ממש"כ בהלכות) דתוך כדי דבור כדבור דמי זולתי במקדיש ומימר ומגדף ועכו"ם ומקדש ומגרש ואלו ששה דברים למדן מתמורה כ"ה עיי"ש, וכ"כ התוס' דבהקדש אפילו תכ"ד אינו יכול לחזור דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, ואישתמיט להם הגמ' בב"ק הני"ל. **הקצות** (ב) האריך בשיטת הרמב"ם וכתב דלדבריו הסוגיה בב"ק נדחית מהלכה עיי"ש, והוכיח דגם רש"י ס"ל כן, אך סיים דאמנם בהקדשות שלנו דלא הוי לא קדושת הגוף ולא קדושת בדק הבית אלא לעניינים וכמבואר בטוש"ע סימן צ"ה, ובנודר לעניינים לא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ואינו עושה קנין, אלא דצריך לקיים נדרו ומשום דכתיב 'בפיך זו צדקה', א"כ לא עדיפא מנזירות דמהני חזרה תוך כדי

דיבור, אולם בתשובת **ושב הכהן (פת"ש ג)** מסיק לדינא דלשיטת הרמב"ם והתוס' ה"ה גבי צדקה דאמירתו נמי הוה כמסירה להדיוט ולכן אינו יכול לחזור תוך כדי דיבור כמו גבי הקדש.

הש"ך (ו) הביא שכתב הרמב"ן דהא דרב הונא בשכ"מ שמקדיש כל נכסיו וכו' מיירי שהקדישן על דעת רבים, **שאם הקדש סתם** אפילו אדם עושה קנוניא על ההקדש ואפילו בריא נאמן מגו דאי בעי מיתשל אכוליה הקדש דקיי"ל יש שאלה בהקדש בין בפתח בין בחרטה דאסיקנא לשמעתין בערכין בבריא כ"ע לא פליגי דאדם עושה קנוניא על ההקדש וביש שאלה להקדש קמפלגי וכ"כ עוד רא' (נתיבות ב': קושית הראשונים: א', הא שכ"מ שהקדיש יכול לחזור בו. ב', הא יכול לאתשולי עליו, ואפילו בבריא ליכא למיחש לקנוניא כדאמרינן בערכין. ג' להס"ד שמיירי בלא נקיט שטרא הא מלוה על פה אינו גובה ממשעבדי), והקשה הש"ך דהא אפילו נדר ע"ד רבים יש לו הפרה לדבר מצוה ופריעת בעל חוב מצוה הוא וא"כ מה תירצו בזה שנדר ע"ד רבים, ו"תורף תירוצו" של הש"ך (נתיבות ב') "דאף דסתמא קאמר מנה לפלוני ביד, ודאי מנה של פקדון, דהא אמר זה כדי שיגבה מן ההקדש זה המנה, ואי איתא שכונתו למנה של הלואה היאך יאמר לגזול הקדש דהא מלוה על פה אינו גובה מההקדש, אלא ודאי כונתו על מנה של פקדון, וממילא לא קשה ג"כ הקושיא השניה דאפשר בשאלה, דשאלה מטעם מיגו היא, וכיון דאמרינן שכונתו על מנה של פקדון הוי מיגו במקום חזקה, ועוד הביא תירוצ' הראשונים דמיירי שכבר מסר ליד גזבר דכשבא ליד גזבר שוב אי אפשר בשאלה".

עוד כתב **הלבוש** דהטעם שאם היה בידו שטר מקויים אז נוטל מן ההקדש מפני הצוואה - דכיון דבשעה שהקדיש אומר כן בבת אחת לא חל ההקדש על מנה שחייב לאחרים אלא על השאר, וחלק עליו **הסמ"ע** (יד) דלא באמירתו תליא מילתא כי אם בשטר המקויים שבידו ולא כל כמיניה דהאי להקדישו, ואף כשאין השטר מקויים, מ"מ כשאומר תנו קיים לשטריה ולא כל כמיניה להקדישו ומה"ט אפילו אמר כן אחר כדי דיבור נותנים לפלוני ומטעם דכתב הכס"מ דקיום שטרות דרבנן, והלבוש נראה דס"ל דהקדש מפקיע השעבוד, וליתא, דלא אמרינן אלא כשמקדיש קדושת הגוף כגון שור המשועבד ועוד דבזה"ז דאין קדושת הגוף, סתם הקדש קדושת דמים, ואינו מוציא מידי שעבוד.

כתב **הנתיבות** (ח"י ג): דעת **הסמ"ע** שבבריא חיישין לקנוניא ואינו נאמן אפילו עסוקין באותו ענין ואינו גובה אלא בשטר מקויים ובשבועה, אבל תוך כדי דיבור נאמן דהא יכול לחזור בו, ובשכ"מ כשהקדיש באופן שיכול לחזור בו כמבואר לעיל בסימן רנ"ג, נאמן בכל מה שאומר, אבל כשהקדיש באופן שאינו יכול לחזור בו אפילו עמד, אז אינו נאמן רק כשעסוקין באותו ענין, ואח"כ אינו נאמן, והש"ך חולק על כל הסעיף הזה ומסיק לדינא דתוך כדי דיבור נאמן, ואחר כדי דיבור, אם אמר מנה של פקדון ביד או אם אפילו אמר סתם, ג"כ אמרינן שבדאי כונתו היתה על מנה פקדון, ולזה אינו נאמן אפילו היה במקום דיכול לשאול על נדרו ויש לו מיגו דשאלה, מ"מ הוי מיגו במקום חזקה דחזקה כל מה שתחת יד אדם הוא שלו, ואם מודה במנה הלואה על פה, אפילו יש לו מיגו אינו גובה מן ההקדש שהוא כמשועבדים, אבל אם מודה שיש לאחר שטר עליו נאמן במיגו דשאלה, ואם הקדישה על דעת רבים או מסר ליד הגזבר או שהקנה להקדש בקנין שאז אי אפשר בשאלה, אינו נאמן, במה דברים אמורים בבריא, אבל בשכ"מ אפילו בהקדש שאי אפשר בשאלה נאמן אפילו אין לזה שטר כלל דמן הסתם כונתו על פקדון, אבל כשאומר הלואה אינו יכול לגבות אם לא שמודה ג"כ בשטר, ומיירי שאומר תנו או דרך הודאה גמורה או שיש שטר מקויים דבכה"ג לא שייך שלא להשביע, ואז נאמן אפילו לפטור את חבריו משבועה, וכל זה כשידוע שלא נפרע אחר הצוואה, דאל"כ טענינן שמא פרע, ונגד בע"ח ולקוחות אחרים אפילו שכ"מ דינו שוה לדין בריא, ואם רוצה לישאל על נדרו כשאומר מנה לפלוני ביד, מתירין לו אפילו נדר על דעת רבים דפריעת בע"ח מצוה היא, וכשהותר נדרו אין חוששין שמא עשה שלא להשביע דהוי כהודאה גמורה.

סעיף ד

[מה הדין באמר שכיב מרע מנה לפלוני בידי ואמרו יתומים פרענו? פרט.]

ב"ב קעה. "אמר רבה שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי ואמרו יתומים פרענו נאמנים, תנו מנה לפלוני ואמרו יתומים פרענו אין נאמנים כלפי לייא איפכא מסתברא!" עיי"ש בהמשך הגמ'. **השו"ע** פסק כפירוש הר"י **מגאש והרמב"ם** בגמ' וז"ל "אמר (בהודאה גמורה ובפני אותו פלוני באופן דלא נוכל לטעון עבורם דשלא להשביע אמר כן, סמ"ע) 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 היסת שפרעו" ואילו הרמב"א פסק כפירוש הרמב"ד והרז"ה "וי"א דבכל ענין נאמנים לומר פרענו", וכ"פ הש"ך (י-יא) ואף הוכיח דכן סובר הרמב"ם ודלא כב"י, וכן הרי"ף והרא"ש מדהשמיטו האיפכא מסתברא.

סברת הר"י מגאש דכי אמר תנו ודאי נאמנים דמידע ידעי דמחייבי ליה בההוא מנה וכי לא אמר תנו כיון דאיכא למימר דשלא להשביע לבניו איכוון אע"ג דמייתי ההוא פלוני ראייה דקושטא קאמר ודרך הודאה קאמר אמאי מהימני לומר פרענו אטו מי הווי ידעי דמייתי ההוא פלוני ראייה דקושטא קאמר ולא שאל להשביע את בניו איכוון כי היכי דלפרעו ניהליה ועוד דדמיא לההוא לדאמרינן בב"מ ט"ז צא תן לו ואמר פרעתי נאמן חייב אתה ליתן לו ואמר פרעתי אינו נאמן והכא נמי דרגילין היורשים להעלות על דעתן שמא טעה בהודאתו, ואילו סברת הרמב"ד דאיך נאמר מנין היו יודעים שהם חייבים ליתן הרי יודעים ומצווים וכשאמרו עשינו מצות אבינו נאמנים.

כתב הסמ"ע (טו) דדעת הטור דמדובר בהתובע תבעוהו מנה והודה ואמר, ואין שטר ביד התובע, ולשיטתו מסע' ב' דהודאה גמורה לא מהני בלא אתם עדי, אבל המחבר ס"ל דמהני ומשום הכי לא כתב הכא דמיירי בתבעוהו והודה (ועיין נתיבות ג').

כתב הסמ"ע (יז) בשם תשובת הרשב"א (בב"י) שכיב מרע שאמר **תנו מנה לפלוני קטן** נאמן היורש לומר פרעתי ואפילו היה קטן המוטל בעריסה אם יש לו אב או אפטרופא או סמוך על אחרים נאמן לומר פרעתי להם.

סעיף ה

[מה הדין בשכיב מרע שהודה שיש לפלוני בידו מנה ואמרו יתומים חזר ואמר לנו אבינו

פרעתיו?]

עוד פסק השו"ע ע"פ הרמב"ם במסקנת הגמ' שם "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" - דאם איתא דפרעיה לא הוה אמר תנו, ובאמר לנו פרעתי פירש הטור שאומר שפרעו קודם שהודה לו אלא שלא נזכר בשעה שהודה ובבריא כי האי גוונא אינו נאמן וכן בסיפא דחזר אמר לנו פרעתי אין נאמנים כגון שאומר שפרעו קודם אבל אם אמר שפרעו אחר כך נאמנים וכן דעת ר"י, אבל הרמ"ה סובר דאפילו אמר שפרעו אחר כך אין נאמנים בסיפא וכן ברישא חזר ואמר לנו פרעתי נאמנים דוקא דאמרי חזר ואמר לנו פרעתי אחר שהודה אבל אי אמרו שאמר שפרע קודם שהודה והודאה בטעות הויה אף על גב דלא אמר תנו לא מהימני דאיהו גופיה לא הוי מהימן למיהדר ביה. עוד כתב הרמ"ה דאי איכא סהדי דשמעי דאמר מנה לפלוני בידי וחזר ואמר בפניהם פרעתי אם יש שהות בין הודאתו ובין שאמר פרעתי שהיה יכול לפרעו בענין שלא ידעו בו אלו העדים לא מיבעיא אם חזר ואמר חזרתי ופרעתי דמהימן דמלוה על פה הוא ואפילו המלוה את חברו בעדים אין צריך לפרעו בעדים וכל שכן הודאה גרידתא, אלא אפילו אמר פרעתי סתמא וליכא לברורי אי חזרתי ופרעתי קאמר אי עיינתי בחשבוני ולא פש ליה גבאי ולא מידי קאמר אפילו הכי מהימן דאימור חזרתי ופרעתי אחר ההודאה קאמר ומספק אוקי ממונא בחזקת מריה.

כתב הסמ"ע (יט-כ) דהמחבר סתם וכתב דאם אמרו דחזר וא"ל פרעתיו דנאמנים, משמע אפילו אמרו דסתמא אמר פרעתי ולא גילה דעתו שאחר הודאתו פרעו, וגם לא חילק בין אם היו עדים בשעה שא"ל שחייב לו מנה ולא היו עדים בשעה שאמר פרעתי, ובין אם היו עדים בשניהן ובין לא היו עדים בשום אחד מהן, והיינו כדעת ר"י דאפילו אמרו שא"ל אביהן שעייין בחשבונו ולא פש להן גביה מידי והודאתו בטעות היתה ודלא כרמ"ה, אך במה שסתם דאם אמר תנו וכו' דאינם נאמנים צריך עיון דבזה כתב הטור בשם ר"י דהיינו דוקא בדאמר שפרעו קודם שהודה אבל אם אמר שפרעו אחר שהודה נאמן אף שאמר מתחילה תנו, ומסתימת המחבר משמע דברישא בלא אמר תנו ס"ל כר"י ובסיפא דאמר תנו ס"ל כרמ"ה. גם הש"ך (יב יד) כתב דמשמע במחבר דבכל ענין נאמנים וכדעת ר"י וכן עיקר, אך עמש"כ הסמ"ע דמסתימת המחבר ברישא בלא אמר תנו ס"ל כר"י ובסיפא דאמר תנו ס"ל כרמ"ה, כתב דאין מדברי המחבר ראייה דלא העתיק אלא דברי הרמב"ם והם דברי הש"ס ומה

שיש לפרש בדברי הש"ס יש לפרש בדבריהם וגדולה מזה משמע בהגהת אשר"י דאפילו לא טענו היורשים שאמר אביהן שפרע טענין להו שמא פרע אח"כ, והכי משמע סוגיא דעלמא בסימן ק"ח ושאר דוכתי דאין גובים מהיורשים אלא כשהודה בחליו סמוך למותו בענין דליכא חשש פרעון אח"כ וסיים דכן נראה עיקר.

עמש"כ המחבר ע"פ הרמב"ם שנשבעין היסת וכתב בב"י דפשוט הוא, כתב הש"ך (יג) דצ"ע דהא אינו יודע שלא אמר להן אביהן כן ואין נשבעין היסת על טענת שמא ואפשר לומר דמיירי שלא זזה ידו וטען אני ידעתי בבירור שלא אמר לכם כן אח"כ וא"כ פשוט הוא, אבל פשוט דברי הרמב"ם והמחבר לא משמע כן, ואפשר דכיון דלדברי התובע ודאי חייב לו א"כ מסתמא לא אמר להן כן והוי כברי לו או כיון דמ"מ לפי דבריו ברי לו שחייב לו ולפי דברי היורשים ברי שאינו חייב לו צריכים לישיב היסת אבל אין זה פשוט וצ"ע.

כתב רע"א ע"פ התשב"ץ דשכ"מ שצוה בפני אחד או בפני קרובו ובשעת מיתתו אמר בפני עדים עשו כל מה שיאמר פלוני שצויתי בפניו, הפלוני נאמן בכל מה שאומר.

סעיף ו

[מה הדין בצוה מחמת מיתה לתת מנה לשמעון ומת ומכרו היורשים כל הנכסים?]

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "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 (ולא חיישינן נמי לקנוניא שמא נתנו לו ועושינן קנוניא להוציא מיד הלקוחות כיון שכתב הצוואה בידו), אבל אם אין כתב הצוואה יוצא מתחת ידו, נאמנים לומר פרענו, ואם אומרים (כלומר 'ואף אם אמרו', סמ"ע) שלא פרעוהו, חוששין לקנוניא".

כתב הסמ"ע (כא) דבסימן רנ"ג סקע"ז הוכיח דצ"ל דכאן מיירי דוקא משטר הודאת שכ"מ אבל על צוואה בעלמא נאמנים לומר פרענו, וז"ל באה"ג "עיינן בסימן מ"א סעיף ג' ובס"ס רנ"ג שכתב שם רמ"א בהגהה בהיפוך והסמ"ע כתב לתרץ דהכא איירי שהודה הש"מ שחייב לפלוני מנה והתם איירי במתנת ש"מ, והב"ח הקשה ע"ז דלשון לתת מנה משמע מתנה ותירץ דהכא איירי שנתן הנותן להמקבל שטר הצוואה בחייו דודאי כזה שטר גמור הוא ולעיל איירי בדכתבו לאחר מיתה".

עוד ביאר הסמ"ע (כב) דברישא דשטר הצוואה בידו מסתמא ידעו היורשים דשטר צוואה ביד המקבל, ושייך לומר ביה אם איתא דפרעיה שטר צוואה בידו מאי בעי וכ"ש דלא חיישינן לקנוניא אם הם מודים שלא פרעו, וטורף המקבל מהלקוחות כמו בע"ח דעלמא דטורף בשט"ח, ופשוט הוא, והטור שכתבו, משום סיפא נקטיה ללמדנו דכשאין השטר צוואה בידו חיישינן אפילו לקנוניא.

סעיפים ז – ט

ע"פ ברייתא סנהדרין ל. פסק בשו"ע (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 (הן אחרים הן בניו), אין צריך לקיים דבריו", וביאר הסמ"ע (כד) דמדובר דאף שהיה בריא בשעה שא"ל כן מ"מ אם היה נראה מדבריו שירא שמא היום או מחר ימות ויגיע לפלוני המפקידו הפסד מזה שיורשיו יסברו שהוא ממון שלו ומשו"ה א"ל כן צריכין לקיים דבריו אחרי שמת וליתן לאותו פלוני המנה.

ע"פ שם פסק בשו"ע (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 (במיגו), ואם לאו אינו נאמן", וכתב הסמ"ע (כז) דמוכח מדברי הטור דהאי דינא דאינו נאמן בסיפא מיירי אפילו אם הוא כמוסר דבריו דאינו אלא כעד אחד, וגם לית ליה מיגו, דאי כמערים אפילו היה יכול ליטלן אין נותנין לאותו פלוני שאמר מאחר שהוא עצמו אמר שדבריו היו כמערים, מיהו הנ"י כתב דבמקום שיש לו מיגו אפילו אינו כמוסר דבריו נאמן.

ועוד ע"פ שם פסק בשו"ע (ט) "היה פקדון ביד אביהם ואינו יודע היכן הניחו ואמרו לו בחלום (בטור איתא 'אמר' כלומר האבא, סמ"ע) 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 אלא הרי הם של (דאף דכיון במקום ובמנין, מ"מ י"ל דבאמרו של פלוני הן לא כיון כ"כ, סמ"ע בשם הרב המגיד)."

סימן רנו – גוי שנתגייר שנתן מתנת שכיב מרע או ששהיר עבדו

סעיף א

[האם גר יכול ליתן נכסיו במתנת שכיב מרע או במצוה מחמת מיתה? פרט.]

האם שתוקי יכול לתת מתנת שכיב מרע?

ע"פ ב"ב קמט. בעובדא דאיסור גיורא וכרמב"ם פסק בשו"ע "גר שיש לו בן שאין הורתו בקדושה, הואיל ואינו יורשו (אפילו גם בנו גר אינו יורשו, דאפקריה רחמנא לזרעו שהיה לו בגיותו, סמ"ע) 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 (וכ"ש אם נתן לשאר ישראלים ולא נקט גר אלא לאפוקי אם נתן לגוי דאין מתנתו מתנה, סמ"ע), מתנתו קיימת" ואילו הרמ"א פסק כרשב"א "וי"א דלא יוכל ליתן לשום אדם במתנת ש"מ כי אם דרך הודאה וכן נראה עיקר". עוד כתב הרמ"א "וי"א אע"ג דמתנת ש"מ של גר אינו כלום, מ"מ אמרינן בו מצוה לקיים דברי המת, אם הוא בדרך שנתבאר סוף סימן רנ"ב (מרדכי ור"ן), ויש חולקין (רא"ש), (תה"ד -) ושתוקי (שם איירי בשתוקי שבשעת מותו אמר בעודו שכ"מ שביתו ינתן לאמו, וכשמת בא ראובן והחזיק בו ולא היה שום אחר מוחזק בבית, ופסק -) יש לו דין גר לענין מתנת ש"מ, והואיל ואיכא פלוגתא דרבוותא דיינינן דין המוציא מחבירו עליו הראיה (ר"ל דלרי"ף כל שנתן במתנת שכ"מ למי שאינו ראוי ליורשו מתנתו מתנה ואף זה נמי דנתן לאמו אינו ראוי ליורשו מיקרי ולרא"ש אפילו נתן הגר למי שאינו ראוי ליורשו אין מתנתו מתנה, ובכל פלוגתא דרבוותא היכא דאין שום אחד מוחזק חולקין -), ואם שנים מוחזקין חולקין".

כתבו הב"י והסמ"ע (ב) דעיקר הטעם לרמב"ם דמאן דחזי סבר דמטעם ירושה הוא נוטלן ואתי למימר דגר יורש את אביו ומשום הכי אמור רבנן דמתנת גר שכיב מרע למי שהוא ראוי ליורשו לא תועיל אבל במתנתו למי שאינו ראוי ליורשו לא חילקו בינו לשאר כל אדם, והרשב"א והרא"ש ס"ל דהא דאמרו דאין במתנתו כלום משום דאין מתנה לאחר מיתה אלא דבישראל אמרו דהוה מתנתו מתנה דעשאוה כירושה, ובגר דלא שייך למימר דהוה כירושה שהרי לא מצי להוריש לבניו כ"ש דמתנתו אינה מתנה, ומה"ט אין חילוק בין נתנו למי שראוי ליורשו בין לאחרים.

כתב הש"ך (א) ע"פ התוס' דאם היו לגר בנים שהורתו בקדושה ונתן לגר אחר במתנת שכיב מרע קנה כיון דהנותן בירושה לא קפדינן אמקבל.

כתב הסמ"ע (ו) דבתה"ד מוכח דמש"כ הרמ"א בסיפא הואיל דאיכא פלוגתא וכו', לא אדסמיק ליה קאי גבי מצוה לקיים דברי המת בגר קאי, אלא אדלעיל קאי אפלוגתא אי שייך מתנת שכ"מ במי שאינו ראוי ליורשו, ואף שהיה מצי לכתוב דין זה דחולקין על כל גר בלא שתוקי, כתבו אדין שתוקי כיון דבתה"ד כתבו אדין שתוקי אמצעה שבא לפניו, ונלמד מיניה אגב דגם בשתוקי אף שיש לו אם פליגי משום דלא מיקרי האם ראוי ליורשו, ומש"כ אם שניהן מוחזקין חולקין, ה"ה אם אין שום אחד מהן מוחזק דחולקין וכ"כ הרמ"א בסימן קל"ט, אלא דחדא מינייהו נקט, וברור הוא כל זה למי שעייין בתרומת הדשן, ולא כלבוש דפירש היש חולקין אמצוה לקיים דברי המת, דבתשובה לא הזכיר מצוה לקיים דברי המת, וגם לא היה הממון מושלש דבו דוקא שייך לומר מצוה לקיים דברי המת, ובש"ך (ג) כתב דהעיקר כלבוש דאין זה דרך הרמ"א דכבר כתב דנראה עיקר כסברת הרא"ש והיאך חזר וכתב והואיל וכו', אלא דהרמ"א "המציא נפקא מינה" מדברי תה"ד לדין גר ושתוקי במצוה לקיים דברי המת דיש בו דעות בלא שום הכרעה אי אמרינן בהו מצוה לקיים דברי המת.

כתב הנתיבות (ב) דמש"כ הסמ"ע דה"ה אין מוחזקין, לשיטתו אזיל, דפירש דהפלוגתא דכתב הרמ"א היינו אי אמרינן דברי שכ"מ ככתובין בגר, ולפי זה אתי שפיר דחולקין אף באינן מוחזקין,

אבל לפי מה שפירש הש"ך דקאי על אי אמרינן מצוה לקיים דברי המת בגר, ודאי דבאינן מוחזקין לא אמרינן דיחלוקו, דהא אפילו אי הוי ודאי מצוה הא מ"מ אם מכרו היתומים מהני משום דמ"מ החפץ שלהם רק שהם מחויבין לעשות מצוה, ולפ"ז כשיש ספק אי מחויבין לעשות המצוה, ודאי דאין הב"ד יכולין לכופו לעשות המצוה, ולא עדיף משמא ושמא בחוב גמור דפטור, בשלמא במוחזקין יכול המקבל לומר קים לי דכופין, דהא כל טענות קים לי מטעם עביד אדם דינא לנפשיה הוא היכא דהב"ד אינם יכולין לכופו בדין, וא"כ ה"נ כשהוא מוחזק יאמר קים לי ואדין ליה דינא וכשהוא דיין ממילא יכול לכופו על קיום המצוה, ומשוי"ה שינה הרמ"א מלשון התרומת הדשן.

הקשה **הקצות** (א) אתשובת תה"ד דנהי דאינה נאמנת האמא לומר מפלוני נתעברתי לירש אותו ומשפחתו אבל עכ"פ נאמנת לומר מישראל נתעברתי משום חזקה דבודקת ומזנה ומה בכך דאין יודעין מי הוא היורש שלו סוף סוף יורשין אית ליה, ומי שבא מארץ רחוקה מוחזק בישראל ואין אנו יודעין אותו ומשפחתו ודאי איתיה במתנת שכיב מרע כיון דיש לו יורשין, ודוקא גר דליתיה בירושה כלל, ואין לומר דחזקה בודקת ומזנה לא מהני אלא לענין איסור ולהכשיר הולד אבל לא לענין ממון ומשום דלא עדיף מרובא דאין הולכין בממון אחר הרוב, דהיינו דוקא במוחזק בהיתר אבל היכא שבא לידו שלא כדין אזלינן בתר רובא וצ"ע. עוד הקשה במש"כ תה"ד דבפלוגתא דרבוותא כיון דלא תפיס חד מינייהו דינא הוא דחולקין כו', דהא כיון דראובן כבר החזיק בבית אין לך תפיסה גדולה מזו ואף על גב דהשתא אינו בתוכו חשיב מוחזק ותפוס בחזקתו הראשונה, ואף על גב דבקרקה לא מהני תפיסה, היינו נגד חזקת מרא קמא אבל היכא דליכא חזקת מרא קמא גם בקרקע מהני תפיסה כיון דלא שייך ביה קרקע בחזקת בעלים הראשונים שפיר מהני ביה תפיסה, ואפשר דמהאי טעמא כתב הרמ"א ואם שניהם מוחזקין ולא כתב כלשון תה"ד דשניהן אין מוחזקין. כתב ה**נתיבות** (א) דמש"כ שהקשה הקצות מהבא ממדנה"י שאין ידוע מי ומי הן יורשיו וכו', לא קשיא, דכאן אי אפשר להודיע בשום אופן יורשין שלו דהא אפילו עדים שזינתה עמו לא מהני לענין ירושה, הוי כיאוש והפקר גמור, וכיון דנכסי הפקר גמור ואי אפשר לבוא לידי ירושה כלל, מיקרי ליתא בירושה. ה**פת"ש** (א) הביא דבריהם בקיצור, והביא דכתב ה**שב"י** שחלק על השארית יוסף דפסק דגם במי שבא מארץ רחוקה שאין צואתו כלום, ועוד כתב ה**שב"י** דגם גבי שתוקי אם ציוה קודם מותו ליתן מטלטלין שלו לאמו ותפסה אין מוציאין מידה, דאף לתירוץ קמא שבקדושין ע"ה דאיתא שם מאי שתוקי שמשתקין אותו מנכסי אביו פשיטא מי ידעין אביו מנו לא צריכא דתפס, פירש רש"י דאשמעינן שמואל דמפקינן מיניה, היינו דוקא כשתפס השתוקי, דכיון שהוא עצמו אינו יודע לא מהני תפיסה, אבל אמו שיודעת למי נבעלה ויודעת שיש לו יורשים, אם ציוה לה בנה ותפסה ודאי צואתו קיימת ואין להוציא מידה, ודלא כתה"ד שמשמע מדבריו שמשוה אותו לגמרי לגר.

סעיף ב

ע"פ תשובת ה**רא"ש** פסק ב**שו"ע** "נתן הגר מתנה לבנו שהורתו שלא בקדושה, וצוה שיתן בנו מנה ליתומה פלונית, אף על פי שאין מתנה זו כלום, זכה הבן במנה של יתומה ליתומה".

כתב ה**סמ"ע** (ז) דמדובר בתשובה בגיורת שנתנה נכסיה במתנת שכיב מרע לשמעון וששמעון יתן מעט מנכסים שהן בידו ליתומה פלונית, וראובן דר בבית הגיורת, ואחר פטירתה החזיק ראובן בבית שדר בו בתורת נכסי הגר שהן הפקר כי לא זכה זה במתנת הגר, וכששמע שמעון זה בא וטוען גם אני איני רוצה לקיים צואתה ליתן ליתומה אלא אחזיק בכל נכסיה שהן תחת ידי מההפקר כמו ראובן שזכה במה שתחת ידו, והשיב ה**רא"ש** דאין שומעין לשמעון בזה, מאחר שהיה מתחילה דעתו לזכות ליתומה מה שציוהה הגיורת והיה אפטרופוס של היתומה לשמור ממנה, עד ששמע מעשה דראובן ונתחדש לו דאין בצואתה כלום ורוצה לחזור, אינו יכול לחזור דקי"ל המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, והרי גם זה כיון לזכות לה והשאליל לה כחו ורשותו שיזכה לה, אם לא תוכל לזכות מכח המתנה תזכה מכח ההפקר, וכתב ה**סמ"ע** דהא דכתב המחבר שנתן הגר מתנה "לבנו", לטעמו אזיל, שפסק בריש סימן זה כר"י דס"ל דדוקא בנותן הגר "לבנו" הוא דלא הויא מתנתו מתנה, משא"כ בנתנו לאחר, אבל ה**רא"ש** טור ורמ"א דס"ל דאפילו בנתן הגר לאחר לא הוה מתנה משוי"ה לא כתבו שנתן לבנו.

ה**רא"ש** (כמבואר בסמ"ע והקצות) דימה דין זה לעודר בנכסי הגר וכסבור של גר אחר שאעפ"י שלא נתכוין לזכות בנכסי גר זה שהיה בעל הנכסים מ"מ כיון שהיתה כוונתו לזכות זוכה אפילו אם הנכסים של אחר, והקשה **הקצות** (ב) דהתם חזקתו לשום קנין ומה לי בגר זה או בגר זה סוף סוף נתכוין

להחזיק בנכסי הגר לשום קנין אבל בזה שציוה ליתן ליתומה ודברי שכיב מרע ככתובין ומסורין א"כ כבר זכתה יתומה בחלקה בכל מקום שהוא, וא"כ שמעון שהחזיק לטובת היתומה לאו לשום קנין הוא כיון דסבור שלה הוא ע"י צוואת שכיב מרע דכמסורין לידה ולא היה לצדקה אלא לשמור ממון שלה, וכיון שנתחדש לו שאינו ממון שלה למה לא יוכל להחזיק כמו אדם אחר כיון שחזקתו הראשונה ליתומה לא היה לשום קנין דצוואת שכיב מרע אינו צריך קנין וכסבור שלה הוא וצ"ע, והנתיבות (ד) יישב דלק"מ דדוקא עוודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו לא קנה משום דקנין חזקה בעינן שיתכוין לשם קנין, אבל כשקונה מטעם חצר קונה לו אפילו שלא מדעתו, וה"נ קנאתו היתומה בתורת חצר דהא הקנה לה כחו ורשותו, ודע דהא דזוכה בכל המנה ליתומה דוקא כשנתן לה מנה בעין, והלכך אע"פ שנתבטלה מתנת הקרקע מ"מ זכתה היתומה בחלקה כיון שאמר מנה בעין, אבל כשאמר שוה מנה או מנה מנכסי, כיון דאילו היה נגבב מקצת היה לפי חשבון, ה"נ כיון שהוא נתן ליתומה מנה מכלל כל הנכסים ובודאי לא נתכוין הוא לזכות ליתומה יותר ממנו, וכיון שבא אחר וזכה במקצת הנכסים לא גרע מאילו נגזלו מקצת הנכסים.

סעיף ג

ע"פ ב"ב שם וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "שכיב מרע שהודה שיש לפלוני אצלו כך וכך תנוהו לו, הודאתו הודאה, ואפילו הודאת הגר לבנו שאין הורתו בקדושה, או לעכו"ם, נותנים לו. (רמב"ם –) אבל שכיב מרע שצוה לתת לעכו"ם מתנה, אין שומעין לו, שזה כמי שצוה לעבור עבירה מנכסיו".

בנו"ב (פת"ש ג) דן אודות שכ"מ שחילק נכסיו וריבה לאחד על מנת שיגדל יתום בתוך ביתו ויאכילהו וילמדוהו ספר, ודן האם הוא דבר של קיימא דהא לא הגביל לזמן ידוע ולא סך ידוע א"כ מוטל על המקבל הריבוי ההוא לקיים זה תמיד אפילו יעלה ברוב הימים יותר ויותר מהקרן ויש בזה חשש ריבית ולעולם אינו זוכה בו, ואם יפסוק מלפרנס בטלה הזכיה, והרי זה כמוסר ביד חבירו סך זה ושכל זמן שיתן לו סך פלוני בכל שנה אי אפשר לו לתבוע הקרן שאסור משום ריבית כו', ובמקום שיש חשש ריבית יש מקום לבטל בזה הצוואה לגמרי כמבואר הכא דכמי שצוה לעבור עבירה מנכסיו, אך כתב דגוף דבר זה שאם ציוה בדבר שיש בו עבירה בטל ע"י זה מה שתיקנו רז"ל להיות דברי שכ"מ ככתובים ומסורים אף שלא הביאו האחרונים שום חולק אינו מוסכם וצ"ע למל"מ, והוסיף דגם אי שייך בזה איסור ריבית "לא ברירא לי".

כתב בתשובת חת"ס (פת"ש ג) דלפי המבואר בסימן מ"ב דאם אפשר לפרש הענין לקיים שניהם ודלא למיתלי בחזרה מקיימים השטר, ה"ה בצוואה, עיי"ש במקרה המדובר.

סעיף ד

ע"פ גיטין מ: וירושלמי פסק בשו"ע "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 (רמב"ם -) ואינה עובדת אלא עבודה שהיא רוצה בה מכל העבודות הידועות לעבדים באותו מקום {וי"א (רש"י) שאם רוצה כופין אותם לשחררה, ועיין ביו"ד סימן רס"ז סעיף ע"ז}."

כתב הסמ"ע (ח) דאע"ג דהמשחרר את עבדו עובר בעשה דוהתנחלתם אותם לבניכם ולעולם בהן תעבדו והמצוה לעשות דבר איסור מנכסיו אין שומעין לו וכסע' ג', ביאר הר"ן דמוקמינן למוריש אחזקת כשרות ואמרין מדציוה לשחררו ודאי קיבל דמי פדיונו מאחר שנתנו לו כדי לשחררו ואז מחויב לשחררו דלא אסרה התורה לשחררו כי אם בחנם, ובבאה"ג כתב בשם הרשב"א שאומדים אותו שעשה לו טובה שהלה חייב לו כך על גמולו ומה שאסרה תורה לשחרר היינו בלא גמילות טובה.

סימן רנז - הכותב נכסיו לבנו או לאחר מהיום ולאחר מותו, ומתנת בריא שכתבו בה מהיום ולאחר מיתה

סעיף א

באיזה מקרה אפילו נכתב בשטר לאחר מיתה מהני, ובאיזה מקרה אף על פי שכתוב בשטר היום ולאחר מיתה לא מהני? (וכן לקמן סע' ו')

משנה ב"ב קלו. "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", וז"ל השו"ע "הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו (גופו עכשיו ופירות לאחר מותו, באה"ג ע"פ ה"ה) 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".

כתב הרמ"א ע"פ תשובת הרשב"א "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".

אולם הקצות (א) האריך מהסוגיה בנדירים כ"ח בהא דתנן נטיעות אלו קרבן עד שיקצצו שמתבאר מהראי' דהמקדיש לאחר שלשים קדוש מיהא הוי אליביה דכ"ע אלא דלדעת הרשב"א יכול לחזור בו ולדעת הר"ן אינו יכול לחזור, אבל כל זמן שלא חזר בו חלה קדושה דלא גרע ממסירה בלא מעכשיו, וא"כ במקדיש מהיום ולאחר שלשים דלא שייך ביה גופא מהיום ופירי לאחר שלשים, לא גרע ממקדש את האשה מהיום ולאחר שלשים דפסק הרשב"א בתשובה כרב בקידושין נ"ט דהוי ספיקא אי תנאה אי חזרה וא"כ ה"נ גבי מקדיש מהיום ולאחר ל' דהו"ל ספיקא אי תנאה אי חזרה ממה שאמר מהיום ורוצה להקדיש לאחר שלשים, א"כ לאחר שלשים מיהא קדוש אם לא חזר, וא"כ הרשב"א בתשובה המדוברת הכא מיירי שחזר בו קודם שלשים, ועוד ברור דע"כ דלא קאמר הרשב"א דלא שייך גופא מהיום אלא בהקדש בדק הבית דאי אפשר שאילן של הדיוט יונק משדה הקדש וכדכתב אבל הקדשות שלנו דאינו אלא דין הדיוט ולעניינם הוא א"כ שפיר מהני ביה גופא מהיום ופירי לאחר שלשים יום, וכן להדיא בר"י וליתיה להאי דינא דרמ"א, וכן הסכים ה^{נתיבות} (א) בקצרה דהא דלא קדיש במקדש בלאחר שלשים היינו כשחזר בו קודם כלות השלשים יום ומשום דמספקין ליה בספק תנאי ספק חזרה ואוקי בחזקת מרא קמא, ומדובר דווקא בהקדש בדק הבית אבל בהקדש עניים כהדיוט דמי. גם בתשובת רע"א (פת"ש א) האריך להקשות על הרמ"א ככל הנ"ל וכתב דבחזר לא ברור אם אפשר להקל כיון דהר"ן ס"ל דאינו יכול לחזור.

עוד כתב הרמ"א ע"פ נ"י "הכותב כל נכסיו לאחד מהיום ולאחר מיתה (ויש בהן מטלטלין או חובות, סמ"ע), צריך למכרן ולקנות בדמיהן קרקע ולאכול מהן פירות, כדין בעל בנכסיו אשתו, אא"כ התנה לעשות בנכסיו כל ימי חייו כפי מה שירצה", וכתב הסמ"ע (א) דאם הנכסים שכתב לבנו מהיום ולאחר מיתה שכל ימי היותו הוא אוכל מהן הפירות, לא אמרינן אותן הפירות והריוח שנהנה מהן האב בחייו ישתעבדו לגוף הנכסים לענין שאם יפסדו בידו בחייו ממה שהיו באותה שעה שכתב לבנו ימלא אותו הפסד מהפירות שנוטל מהן האב, קמ"ל דלא.

כתב בנו"ב (פת"ש ב) דאם עבר ומכרן בלי ידיעת המקבל מתנה ולא קנה בהם קרקע, הרי שלח יד בשל חבירו ונתחייב בדמיו, ואפילו הפסיד הדמים שקיבל במכירתן צריך לשלם משלו כדין שולח יד בשל חבירו, ואפילו מת, חייבים היורשים לשלם אם נתברר שמכר, ואינם יכולים לטעון שמא פרע, שהרי לא הגיע זמן הפרעון עד המיתה.

סעיף ב

ע"פ ב"ב קלח: ב"ק נט: וכדעת הרא"ש פסק בשו"ע "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 (דלא כרשב"ם שאע"פ שעומד ליתלש הרי הוא של בנו מקבל מתנה, ובש"ך פסק כרשב"ם), וכתב הרמ"א "טור ע"פ הגמ' -) מכר הבן כחו לאחר, אין למקבל אפילו בפירות שלא הגיע זמנו לתלוש

אלא הן של יורשי האב (כיון דנתגדלו ברשות הנותן, ודוקא כשבנו מקבלו בעצמו אמרינן דדעתו דהאב היתה להקנות לבנו בעין יפה, ולא כשימכור כחו לאחר, וכ"ש כשהמקבל הוא איש אחר משעה ראשונה, סמ"ע), ונותנין לזה דמים כפי מה ששוין הפירות בשעה שמת, או מניח הפירות בשדהו עד שיגמרו, וכן הדין אם כתב הקרקע לאחר ולא לבנו (תה"ד -) אבל אם כתב לבן בנו, הוי כאילו כתבה לבנו (דאף שאמרו שכן בנו אינו בכלל בניו וכסימן רמ"ז, מ"מ אם כתב בהדיא מתנה לבן בנו אמרינן מסתמא בעין יפה נתן לו אותה מתנה, כמו שאמרינן כאן בכתבו לבנו דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ובעין יפה נתנה לו, וכ"כ בתה"ד אבת בנו, והוא הדין וכל שכן לבן בנו, סמ"ע)

כתב הקצות (ב) דדברי הרמ"א בשם תה"ד סתרי למה שפסק בסימן ר"א כרא"ש דבן בנו כאחר (וכן "הרגיש" בזה הש"ך ג') ואין לחלק דהתם לענין מזכה לעובר הוא דהוי כאחר והכא הוי כמו בנו, דהא למדו מדברי תה"ד ושם כתבו לענין דעתו של אדם קרובה אצל בנו דאמרו בב"ב קמ"ב לענין מזכה לעובר, וכיון דהתם לענין מזכה לעובר פסק כדברי הרא"ש א"כ ה"ה הכא הו"ל כאחר וצ"ע.

כתב הש"ך (ג) דבתשובת המבי"ט הסתפק אי דור רביעי הוי בכלל לשון בני בניו.

סעיפים ג – ד

ע"פ המשנה שם קלו. פסק בשו"ע "עבר האב ומכר מכורים [הפירות] עד שימות {נ"י בשם הריטב"א - } ואפילו חזר ולקחה האב (היינו אחר מות האב, אבל בחייו אוכל הלוקח הפירות, וקמ"ל דלא אמרינן דהרי הוא כאילו לא נתנו לבנו מעולם ותשאר הקרקע ביד הלוקח מהאב, סמ"ע) לא היה במכירתו כלום (כיון דמתחילה בשעה שמכר לזה לא היה כח ביד האב למכור כי אם הפירות כל ימי חייו, תו לא אמרינן דתהיה מכירתו למפרע מכירה גמורה אחר שקנהו מבנו, סמ"ע, וה"ה אם מת הבן בחיי האב וירשה האב ממנו ג"כ יצא השדה מיד הלוקח כשימות האב) { וכשימות האב מוציא הבן {או יורשיו (טור ע"פ רשב"ם)} מיד הלוקחות (עבוה"ג בפת"ש): אפילו מכר האב לצורך מזונותיו אינו מכור אלא עד שימות האב ודלא כדעת השואל דאמרינן אומדנא דמוכח שלא כתב לבנו אלא כשיהיה לו יתרון כל חייו). (ע"פ הרי"ף בביאור תירוץ עולא בדף קל"ט לא קשיא כאן בבנו כאן באחר, בבנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו ולפיכך מוחל לו הפירות המחוברין בשעת מיתתו ואין היורשין יורשין אבל הלוקח שהוא אחר אינו מוחל אצל בנו של מוכר לפיכך שמין -) ואם היו שם פירות מחוברין, שמין אותם ללוקח ונותן הבן דמיהם. היו תלושים, או שהגיעו ליבצר, הרי הם של לוקח", והרמ"א פסק כרשב"ם "י"א שדין הבן עם הלוקח כמו עם האב (דלא מכר האב ללוקח אלא זכותו מה שהיה לו בו, ומשום הכי אין צריך ליתן הבן כלום ללוקח בעד הפירות שגדלו ברשותו, כמו שלא היה נותן כלום ליורשי האב אם נשאר השדה ביד האב עד יום מותו, סמ"ע)".

עוד ע"פ המשנה שם קלו. פסק בשו"ע (ד) "עבר הבן ומכר, אין ללוקח כלום עד שימות האב".

סעיף ה

כריש לקיש בב"ב קלו: דהלכתא כוותיה בתלת וזהו חדא מינייהו פסק בשו"ע "מכר הבן בחיי האב ומת הבן ואחר כך מת האב, כשימות האב קנה הלוקח, שאין לאב אלא פירות וקנין פירות אינו קנין הגוף".

הקצות (ג) דן בשאלת התוס' בגיטין מ"ח דאי לאו דאמר ר' יוחנן קנין פירות קנין הגוף לא מצא ידיו ורגליו בבית המדרש דאמר רבי אסי א"ר יוחנן האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל ואי ס"ד לאו קנין הגוף לא משכחת דמייתי ביכורים אלא חד בר חד, וא"כ אנו היכי מצינו ידינו ורגלנו כיון דק"ל כריש לקיש דלאו קנין הגוף וק"ל נמי בקידושין מ"ב האחין שחלקו לקוחות הן, ונתירצו דדוקא בהאי לחודיה ק"ל כריש לקיש משום דאבא לגבי בריה מחיל אבל בעלמא קנין פירות קנין הגוף, וכתב הקצות דלשיטת הפוסקים נראה דבכל דוכתי קנין פירות לאו קנין הגוף, אלא דנראה דאע"ג דק"ל כריש לקיש דקנין פירות לאו קנין הגוף היינו דוקא היכא שאין לו אלא פירות ולית ליה בגוף כלום כמו האי דמכר הבן, אבל קנין פירות דיובל הוי קנין הגוף טפי ומשום דבשדה יובל רשאי לחפור בו בורות שיחין, עי"ש.

סעיף ו

ע"פ **ב"ב קלה: וב"מ יט.** כדמפרש אביי פסק **בשו"ע** "מתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה (ועשה קנין סודר, סמ"ע), הרי היא כמתנת שכ"ב 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" וכתב הרמ"א ע"פ תשובת הרשב"א "הכותב נכסיו לבנו והתנה לדור בהן כל ימי חייו ולהיות ניזון מהן, יכול לדור בהן עם אשתו ושמשים הצריכין אליו, וכן נותנים לו מזונות הצריכים לו, אם אין לו ממקום אחר כפי הנראה לב"ד. (מרדכי -) ואם מכרו לצורך מזונות, ובא לו ממון אח"כ, אין צריך לשלם מה שלקח".

כתב **הסמ"ע** (יב) דבתשובת הרשב"א איירי דאפילו לא היתה לו אשה בשעה שהתנה כן, ואפשר שהרמ"א השמיט זה דנשא אשה אח"כ, משום דהסברא היא ג"כ לומר דמיעט אשתו טפי כשהיתה לו אשה ולא זכרה בשעת המתנה, ממי שאין לו אשה בשעת המתנה, ומשום הכי סתם ללמדנו דבתרווייהו איירי, ולא עלה על דעתו להיות בלא אשה ובלא שמש והוא יעשה כל מלאכתו בעצמו, ואף על פי שאמר שמשׁייר לעצמו, לא בא בלשונו זה אלא למעט אפילו לבניו הקטנים ושאר הנתפלים לו.

עמשי"כ הרמ"א דהתנה האב להיות ניזון תמה ה**נתיבות** (ג) דכיון שהתנה שיהיה ניזון מאלו הנכסים מה בכך שיש לו נכסים ממקום אחר, ובתשובת הרשב"א משמע קצת שהתנאי היה שיזון מהנכסים כשלא יהיה לו מזונות ממקום אחר, וקמ"ל דאף שבאו לו אח"כ נכסים ממקום אחר אין צריך להחזיר בעד המזונות שאכל בשעה שלא היו לו נכסים.

סעיף ז

ע"פ פירוש התוס' והרא"ש בברייתא שם פסק בשו"ע "כתב לו מהיום אם לא אחזור בו עד לאחר מיתה", היא לגמרי כמתנת שכיב מרע ויכול לחזור בו כל ימי חייו אף מהגוף (ומ"מ צריך קנין במתנת בריא, ולא אמרינן בכה"ג דבריו ככתובין וכמסורין דמי (מרדכי), (רשב"א ומהרי"ק -) ולכן בריא שרוצה 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 וע"ל סי' ס' סעי' ו'").

עמש"כ המחבר כתב **בנו"ב (פת"ש ה)** דבזה אם מכר איזה דבר, המכירה עצמה היא החזרה, ולא אמרינן ששיעבד נפשו בשעת המכירה להיות לזה על המעות הללו, כי מה לו לצרה הזאת להיות עבד לזה כיון שבידו לחזור בו בהיתר, ואפילו משום מחוסר אמונה איננו שהרי על מנת כן נתן.

עוד כתב **נו"ב (פתי"ש ו)** דמשמע מדברי הרמ"א דדוקא בדבר שאינו בידו אז לא מהני קנין, והרי מדברי הרשב"א משמע דאפילו דברים שהם בידו אז, אינו יכול להקנות מטלטלין שאינם מסוימים במתנת בריא מעכשיו ולאחר מיתה שמא מה שיש לו היום לא יהיה לו בשעת פטירה, וביאר דהרשב"א במשייר כח לעצמו לחזור בו דבזה כתב דאם יש לו עסק כו' איני יודע לו דרך כו' שמא מה שיש לו היום לא יהיה לו בשעת פטירה, ואין כונת הרשב"א שאינו יכול להקנות כלל, דזה אינו, דודאי בשעת הקנין קנו, רק כונתו דאם אח"כ ימכרם ממילא חזר בו בשעה שמכר, אבל הדרך הראשון שכתב הרשב"א שיקנה באופן שלא יהיה לו כח לחזור בו, אז אפילו לא יהיה בעין בשעת פטירה יתחייבו היורשים בדמיהן, ודברי הרמ"א כך הן, דכתב המחבר כתב לו מהיום אם לא אחזור בי כו' ועל זה כתב רמ"א מ"מ צריך קנין כו', ואפילו קנין לא מהני אם רוצה ליתן דבר שאינו בידו כו' ר"ל שאם ירצה ליתן מה שברשותו כעת ודאי שיוכל ליתן, אבל כיון שבידו לחזור יטענו היורשים שכבר מכרם ואכלם, וצריך הוא אם ירצה לבטל טענת היורשים בזה, ליתן מה שיהיה לו בשעת פטירה שעל זה לא שייד טענה שחזר בו ומכרם, אבל בטל הוא מטעם דבר שאינו ברשותו.

בזמן הזה, איך יעשה אדם צוואת בריא כשרוצה להקנות נכסי בנייד ולא נייד, נדירות
ערך, וכספים שעתיד לקבל? פרט אופן עשיית הצוואה ומקור הלכתי לכך.

בע"ה נרחיב ע"פ הנלמד עד עתה ומאמרים של הרב סיני לוי והרב ישועה רטבי בנושא. על פי ההלכה, קיימות שתי דרכים להעברת הנכסים ליורשים, שלא על פי החלוקה על פי דין תורה,

שכיב מרע יכול לשנות את חלוקת הירושה בין אלו שאמורים ליורשו, ושנית רשאי המצווה לתת נכסיו גם בעל פה, ללא מעשה קנין, אם מחלק כל נכסיו באותה מתנה. על שתי דרכים אלו לא ניתן להסתמך במענה לשאלה המדברת גבי אדם בריא, ולא ניתן להסתמך על כך שתהיה לו היכולת הפיזית ונפשית סמוך למיתתו. דרך נוספת שפועלת גם בהיות המצווה בריא, היא קיום הוראת המת מחמת "מצוה לקיים דברי המת", ואפשרות זו מוגבלת למצב בו הממון הופקד על ידי המוריש בידי שליש לצורך אותה מטרה (רנב/ב).

בצוואות שנעשות ע"י עורכי דין, מקובל ניסוח שהוא בעייתי לפי ההלכה, למשל "ברצוני לערוך צוואה ולהביע בה את רצוני האחרון והוראותי על מה שיעשה בנכסי לאחר אריכות ימי ושנותי" או "לאחר מותי אני מצווה", לפי ההלכה, הוראות צוואה שחלות לאחר המוות - לא תקפות, כי מיד לאחר מות המנוח הנכסים עוברים ליורשים בדין.

כאמור, צוואה יכולה להיות תקיפה, רק אם הנותן יקנה את נכסיו מחיים למוטב. הבעיה היא, שאם המצווה יעשה את הקנין מעכשיו הנכסים יעברו מרשותו לרשות המוטב עוד בחייו, ולא לאחר מותו, ואם יאמר שהקנין יחול רק לאחר מותו הקנין לא יהיה תקף וכ"ל.

בסימן כאן רנז/ו מצינו אולי פיתרון שיענה על כך "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". אמנם בניסוח זה (מהיום ולאחר מיתה) - ישנה בעיה, שאם נותן את גוף הנכס מהיום המתנה תהיה מוחלטת כבר מהיום והוא לא יוכל עוד לחזור בו.

בכדי לפתור בעיה זו, צריך שהמצווה יוסיף תנאי שהמתנה תחול כל עוד הוא לא יחזור בו עד שעת מיתתו, כך מובא בתוס' בשם ר"ת וכ"פ בשו"ע כאן רנז/ז "כתב לו מהיום אם לא אחזור בו עד לאחר מיתה היא לגמרי כמתנת שכיב מרע, ויכול לחזור בו כל ימי חייו אף מהגוף".

אך גם בדרך זו ישנן מספר בעיות, לא ניתן להקנות דבר שלא בא לעולם, וכמש"כ הרמ"א בסימן רפא/ז, לכן לא ניתן להקנות נכסים שיהיו ברשותו לאחר עריכת הצוואה, ובנוסף לפי הפת"ש בשם הנו"ב במידה והנותן ימכור את הדירה הצוואה מתבטלת, ואם לאחר מכן ירכוש דירה אחרת היא לא תהיה כלולה בצוואה.

בכדי לפתור בעיות אלו י"ל לכאורה ע"פ הרא"ש שהביא הרמ"א בסימן רפא/י שהמצווה יכתוב שמקנה מהיום על מנת שהקנין יחול רק שעה לפני מיתתו, ובכך נפתרות הבעיות האמורות לעיל. [הקצות בסימן רפא (ח) כתב שאין להבין מנוסח זה שהכוונה היא שהגוף הנכסים יעברו למוטב מהיום, והפירות יעברו למוטב שעה קודם מיתת הנותן, וכמו כן אין להבין שהכוונה היא שהקנין מתחיל מהיום אך מסתיים רק שעה לפני מיתתו אלא אלא הכוונה היא לתנאי, שהמתנה תחול מהיום בתנאי שהנותן לא יחזור בו עד שעה לפני מיתתו, אבל הנהיבות (יא) ביאר שאין כל הבדל בין מהיום ולאחר מיתה ובין מהיום ושעה לפני מיתה, בשניהם הפירוש הוא שגוף הנכס יעבור מהיום, אך הפירות יעברו לאחר זמן].

אמנם בדרך זו ישנן בעיות אחרות, צריך שהקנין יעמוד עד חלותו, דהיינו עד שעה לפני מיתתו, ולכך לא ניתן לבצע קנין סודר או חזקה או משיכה או הגבהה, שהרי קניינים אלו מסתיימים מידית, ואין הם קיימים בזמן חלות הקנין (ומעבר לכך, לא ניתן לקנות מעות בקנין סודר כלל, כמבואר בסימן רגא, כך שאם עשה צוואה על כספים הנמצאים בבנק, בקנין סודר - הקנין אינו תקף), אמנם ניתן לבצע קנין על הצוואה בשטר, ולשמור על השטר עד שעה לפני מיתתו, וכן ניתן לבצע קנין על הצוואה בכסף, שהרי השעבוד קיים עד שעה לפני מיתתו. נמצא אפוא, שאנו מאוד מגבילים את האפשרות לבצע קנין על כל נכסי המצווה, שכן רק קרקע ניתן לקנות ע"י שטר וכסף, ולא ניתן להקנות מיטלטלין, ומעות נחשבות כמיטלטלין, ועוד בעיות.

ברמ"א כאן רנז/ז מובאת הדרך שתפתור את כל הבעיות, קנין אודיתא, "אפילו 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".

הרב ישועה כתב שהניסוח המקובל למעשה הוא שילוב נוסחים, הסעיף המרכזי לגבי הנכסים שניתן להקנותם מעכשיו הוא נתינת מתנה מהיום ולאחר מיתה אם הנותן לא יחזור בו, ולאחר מכן מוסיפים ולגבי הנכסים שהקניינים עכשיו לא מועילים בהם (למשל נכסים שלא באו לעולם) אני מודה וכו' וכאן בא הניסוח המוזכר לעיל בדין קנין אודיתא. הרב הגרז"נ הוסיף שבקנין אודיתא גם מרוויחים שלא צריך לבצע קניינים, וכן מרוויחים שאין בעיה של אסמכתא, ואין בעיה של דבר שלא קצוב, ואין בעיה של מתנה טמירתא, ובספר שורת הדין (חלק ב עמוד שנב) מבואר מדוע לא מסתפקים רק בניסוח של קנין אודיתא, ומוסיפים גם את הקניינים שיש בניסוח מהיום ולאחר מיתה, וזה מכמה סיבות אי במקרה בו האב ייתן לשני מוטבים חלקים לא שווים מהעזבון, ב' אם הנכסים ישביחו בין מות המנוח לבין קבלת הנכסים (לאחר הוצאת צו קיום צוואה) - השבח יעבור ליורשים בדין ולא למוטבים כי המוטבים דינם כדין בעל חוב, ג' אם חלק מהעזבון נמכר (למשל סחורה שיש בחנות שנמכרה), לדעת י"א שמובא בשו"ע קז/ד בעלי חוב לא יכולים לגבות מהלקוחות את מה שכבר הועבר לרשותם, עיי"ש.

והביא שם שכ"כ **במנח"י** (ז, קלב) "תהיינה המתנות מעתה ומעכשיו עד שעה אחת קודם פטירתו.. ועוד אמר לנו פלוני בן פלוני הנ"ל.. אני מודה בפניכם כמודה בב"ד חשוב וראוי בהודאה גמורה, איך שיש בידי ממון של רעיתי פלונית בן פלוני שתחיה ובנותי... וכן התנתי עמה, שזמן פרעון חוב הנ"ל לא יחול עלי אלא שעה אחת קודם מותי, וכשיגיע הזמן ההוא אין אני מבקש ושואל זמן אחר כלל, רק שמחויב אני וב"כ אז לשלם כל סך הנ"ל לאשתי ובנותי הנ"ל... אכן תנאי התנתי עמה, שאם ירצו בני הזכרים ליתן להן חלק מכל עזבוני כמפורש לעיל, אף מאותם שלא היה חלות להקנינים הנ"ל ע"פ דתוה"ק - הם פטורים מלשלם סך הנ"ל" וכ"כ בנוסח הצוואה שכתב **בפתחי חושן** (ירושא ואישות, לאחר פרק ד, נוסח שטר צוואת בריא).

סימן רנח – מתנה שכתוב בה לאחר מיתה אם יש בו זמן

סעיף א

משנה ב"ב קלו. "הכותב נכסיו לבניו" צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה דברי רבי יהודה, רבי יוסי אומר אינו צריך, ופירש **רשב"ם** "בריא שרוצה לישא אשה ואינו רוצה לשעבד נכסיו לאשתו פן יפסידו בנים שיש לו מאשתו ראשונה ורוצה לכתוב להם נכסיו לאחר מותו אלא שיאכל פירות בחייו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה דמשמע מהיום יהא קנוי לך הגוף לבדו ולאחר מיתה תהא נגמרת המתנה שתאכל גם הפירות לאחר מיתתי אבל בלא מהיום לא נתן להם כלום דאין מתנה לאחר מיתה דבהיא שעתא אין לו חלק בהן שיוכל להקנותן", ובגמ' מפרש טעמא דרבי יוסי דזמנו של שטר מוכיח עליו שמאותו זמן התחילה המתנה.

כתב **הרי"ף** שיש פוסקים כרבי יוסי ויש פוסקים כרבי יהודה, וכתב **הב"י** דנראה שדעתו נוטה לדברי הפוסקים כרבי יוסי, וכן פסק **הרמב"ם**, ואילו **ר"ח** פסק כרבי יהודה דהא רבא קא מיבעיא ליה אליבא דרבי יהודה ואי לית הילכתא כוותיה מאי נפקא מינה.

הרי"ף הקשה דבגיטין פ"ה אמרינן אתקין רב מן יומא דגן ולעלם לאפוקי מדרבי יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו וא"כ קשיא דרב אדרב דהכא פסק הלכה כרבי יוסי, וכתב דחזינן למקצת רבוותא דשנו לא דמי מתנה לגט דהתם ממונא והכא איסורא, וכתב **ה"ה** דכן דעת הרמב"ם, עיי"ש.

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "שטר מתנה (בריא, סמ"ע) שכתוב בו שיקנה פלוני שדה פלונית לאחר מיתה, בין שהיה בשטר קנין בין שלא היה בו קנין, כיון שכתוב בו זמן ובזמן חי היה הזמן מוכיח שמחיים הקנה לו [ואינו (גירסת הסמ"ע ואכמ"ל)] זוכה אלא לאחר מיתה (ר"ל דלא אמרינן שכוונתו היתה שלא יזכה בו אלא לאחר מיתה ואז אין במתנתו כלום, סמ"ע), שאילו היה בדעתו להקנות לו בשטר זה לאחר מיתה לא היה כותב בו זמן, לפיכך אע"פ שאין כתוב בו מהיום ולאחר מיתה, קונה לאחר מיתה (קנה את הגוף מיד ואין הנותן יכול לחזור בו, **טור**, ור"ל עם כתיבת ומסירת השטר לידו, דהא בזמן שכתוב בשטר הקנהו מהיום ופשיטא דכל זמן שלא הגיע השטר לידו דיכול לחזור בו,

סמ"ע). {והוי כאילו כתב לו מהיום ולאחר מיתה שנתבאר דינו סימן רנ"ז}, וזה שכותבים בכל המתנות והממכרות מעכשיו, אע"פ שיש בשטר זמן, להרויח הדבר כותבין כן אע"פ שאינו צריך".

כתב **הסמ"ע** (א) מדסתמו הפוסקים משמע דס"ל דאין חילוק בין נכתב הזמן בתחילת השטר בין בסופו.

סעיף ב

ע"פ מימרא דרבא בגמ' **שם** פסק בשו"ע "וכן אם יש בו קנין קונה הגוף מיד אפילו אין בו זמן (דכל קנין מעכשיו הוא (טור))".

כתב **הסמ"ע** (ד) דאע"ג דבעלמא קי"ל דסתם קנין כאומר מעכשיו דמי וקנהו מיד אפילו קודם שנכתב השטר, שאני הכא דהזכיר במתנה זו 'ולאחר מיתה' לכך כתב הטור דבעינן שיגיע השטר לידו. **בנו"ב** (פת"ש א) ובדגו"מ תמה על הסמ"ע דאם הקנין רעוע בשביל שהזכיר לאחר מיתה א"כ מה מועיל מסירת השטר והרי השטר מפורש לאחר מיתה עי"ש.

וכתב **הרמ"א** ע"פ **הרמ"ה** "והא דאמרין 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, וה"ה דנותן יכול לחזור תוך ל' (דבשלמא הכותב נכסיו לאחר מותו, כיון שהמיתה מבררת הזמן מה צריך לכתוב שום זמן בשטר על כרחך להקנות לו מאותו זמן קמכוין, אבל היכא דצריך לכתוב הזמן בשטר כדי לברר מאימתי מתחילין ה' יום, אין לומר זמנו של שטר מוכיח עליו), (מיוחסת לרמב"ן -) והא דאמרין 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, וי"א (ר"ן) דלאו דוקא זמנו של שטר, אלא בעל פה נמי הזמן מוכיח (ר"ל היכא שצוה הנותן לעדים לזכור הזמן דודאי לא עדיף בע"פ מכתבת הזמן בשטר דבעינן שיצוה עליו הנותן לכתבו, סמ"ע)".

כתב **הסמ"ע** (ה) דהב"י הקשה על הרמ"ה דמשו"ה לא יצטרך לכתוב זמן דהוי מצי למכתב נכסי נתונים לך ליום פלוני והיה ג"כ זמן הנתינה מבורר, ומשו"ה השמיט המחבר דבריו וכן הלבוש, אך אין זה קושיא, דאף דבאם היה כתוב כך לא היה צריך לכתוב זמן, מ"מ אין הוכחה מדלא כתב כן דכוונתו היתה להקנותו מהיום, דשמא לא שם לבו וכתב נכסי נתונים לך מהיום ולאחר ל' יום וכן רגילין בני אדם לפעמים לכתוב, ואז הוצרך לכתוב ג"כ זמן כדי לברר מאימתי יתחילו, ובש"ך (ב) נטה לרמ"ה, וכ"ד השב"י (פת"ש ב) שהאריך בשוב הרמ"ה ומסיק לדינא דאין להוציא מיד היוורשים.

הלכות אבידה ומציאה

סימן רנט – השבת אבידה מאיזה מקום חייב להשיבה

סעיף א

[נטל ע"מ לגזול אבידה והחזירה אח"כ, על איזה איסור או איסורים עובר?]

ע"פ מימרא דרבא ב"מ נו: פסק בשו"ע כלשון הטור "הרואה אבידת ישראל חייב ליטפל בה להשיבה לבעליה שנאמר השב תשיבם, ואם נטלם ע"מ לגזלה ועדיין לא נתייאשו הבעלים ממנה עובר משום השב תשיבם לאחיד ומשום לא תגזול ומשום לא תוכל להתעלם ואפילו אם יחזירנה אחר כך (- "איסורא דעבד עבד" -) כבר עבר - על לא תוכל להתעלם (כתוס') דלאו דלא תגזול מקרי ניתק לעשה כדאיתא בחולין קמ"א ותיקן בהשבה וגם תיקן השב תשיבם, וכתב **הסמ"ע** דאם מחזירה קודם שנתיאש גם אלאו דלא תוכל להתעלם אינו עובר אע"ג דכוונתו היתה מתחילה להחזיקו וכן הוא בתוס' ודלא כלבוש שכתב דמיד שכיון לגזלה עבר עליו ואי אפשר לתקנו, ואילו הש"ך כתב בשם הרמב"ם רמב"ן ועוד שעובר אכל האיסורים, וראה לקמן). 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".

כתב **הסמ"ע** (א) דהאי 'הרואה' ברישא לאו דוקא דהא אם המתין ולא נטלה עד אחר יאוש ונטלה לעצמו אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם, אלא הרואה והגביה ובאה לידו קאמר דעובר נמי משום השב תשיבם, ולישנא דקרא נקט, דכתיב בפרשת כי תצא 'לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים והתעלמת מהם השב תשיבם לאחיך' והפסי' עצמו מתחיל בלא תראה משום דסמך ליה והתעלמת דדרשין לא תראה להתעלם, ולאו דהעלמה עובר משום שרואה ומעלים עינו ממנו מליטלה ולהשיב, אבל אינו עובר על השב תשיבם עד דאתא לידו, וזה נרמז בפס' 'וכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה', ודרשו בגמ' 'ומצאתה' דאתא לידו משמע, א"נ הטוש"ע במה שכתבו שנאמר השב תשיבם רישא דקרא נקטו, וכוונתם לסופו 'לא תוכל להתעלם', דהוא אזהרה משעה שרואה.

כאמור שיטת הרמב"ן והש"ך דלא כתוס', ועל קושית התוס' דלמה עובר משום בל תגזול הא מתקן לאויה בהשבה, ביאר הרמב"ן (**קצות** א) דאבידה נקנית ביאוש היכא שלא נטלה וגזילה אינה נקנית ביאוש מדאורייתא לעולם, ואם תמצא לומר נקנית דמים מיהא משלם, וזו כיון שנטלה על מנת לגזלה ולא על מנת להשיבה הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה [דבשלמא היכא שנטלה בתורת אבידה ולא על מנת לגזלה קודם יאוש אי אפשר לקנותו ביאוש מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא, הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש והואיל וישנה ברשות הבעלים], אבל בזו שעל מנת לגזלה נטלה הרי היא לבעלים כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא מציאה לאחר יאוש ואינו חייב לשלם דמיה כלל כדי לקיים והשיב את הגזילה אשר גזל שהרי נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבידה הלכך אעפ"י שהחזירה עובר בכולן, והאריך **הקצות** בביאור דבריו והעלה דנהי דלא קני לה כשנטלה להשיבה כיון דלא נתכוין לקנותו, מצי קני לה אח"כ כיון דכבר נתייאש מאריה מיניה, וידו כיד הבעלים לא הוי אלא היכא שנטלה על מנת להשיבה קודם יאוש דהוי ליה שומר אבידה והוי ליה שומר שכר של הבעלים הו"ל ידו כידו, אבל כי מטא לידיה אחר יאוש דאין שומר אבידה כלל כיון דלא נתחייב כלל בהשבה, א"כ נהי דלא קנה בשעת הגבהה משום דלא נתכוין לקנותו, מצי קני לה אחר כך בעת שירצה, ומשום מגביה מציאה לחבירו נמי לא הוי דלא מיירי שנתכוין להגביה לזכות לבעלים אלא שנטלה שלא יזכה הוא בה אלא להשיבה ליד הבעלים אבל לא בתורת זכיה לבעלים, וכן כי פליגי ביאוש שלא מדעת נמי מיירי כי האי גוונא שנוטלה על מנת להשיבה, דלמאן דאמר לא הוי יאוש כי נטלה על מנת להשיבה צריך להחזירו לבעלים כיון דנתחייב בהשבה והו"ל שומר אבידה וידו כיד הבעלים, ואם כן אפילו מייאש מאריה מיניה אח"כ לא מהני כיון דידו כיד הבעלים, ולמ"ד הוי יאוש כי נטלה על מנת להשיבה יוכל לזכות בו אחר כך כשירצה דלא הוי עלה שומר אבידה כלל, כיון דיאוש שלא מדעת הוי יאוש לא מתחייב בהשבה, אבל בנטלה על מנת לגזלה ולזכות לעצמו לא מצי מיירי דא"כ אפילו בדבר שיש בו סימן נמי קני לה כי מייאש מאריה מיניה אחר כך, עיי"ש. **הנתיבות** (א) כתב ליישב קו' הקצות על הרמב"ן (עיי"ש) דכמו דגזילה מיקרי אינו ברשותו כמו כן אבידה, אמנם דוקא כשהיא מונחת במקום שאינו משתמר דהוי כהפקר לכל עובר ושב מיקרי האבידה שכבר יצאה מרשותו ומהני בה יאוש, אבל כשהיא במקום המשתמר מיקרי ברשותו ולא מהני בה היאוש, דלא ריבתה תורה יאוש רק גבי אבידה וזו לאו שמה אבידה, דכשמונחת במקום המשתמר לאו שמה אבידה, משו"ה כתב הרמב"ן באבידה כשנטלה ע"מ להחזירה כיון דהוא שומר של הבעלים לא מהני יאוש, והוא מהאי טעמא, דכיון דמונחת במקום המשתמר של הבעלים הרי לא יצאה מרשותו, ולפי"ז כשמונחת האבידה במקום המשתמר הוי כחצירו ולא גרע משלוחו והוי כאילו שלוחו משמרה ולא שמה אבידה ולא מהני יאוש.

סעיפים ב – ג (עם סימן רסב סעיף ג)

מהם התנאים שצריכים להיות כדי שיחייבו להשיב האבידה? פרט הטעמים והמקורות.

ב"מ כד. "תניא וכן היה רבי שמעון בן אלעזר אומר המציל מן הארי ומן הדוב וכו' והמוצא בסרטיא ופלטיא גדולה ובכל מקום שהרבים מצויים שם הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשים מהם".

כתב **הרי"ף** דכיון דרב אסי סבר כוותיה ברוב גוים ולא ברוב ישראל קיי"ל הכי וכ"פ **הרמב"ם** והרא"ש ואילו **הראב"ד** פסק כרבי שמעון בן אלעזר אפילו ברוב ישראל.

וז"ל השו"ע ע"פ הגמרות שם ולשון הרמב"ם והטור (ב) בד"א, במקום שהוא חייב להשיב משם, ובמקום שראוי להסתפק בה באבידה, ושתהא בענין שמוכח שהיא אבידה (סימן רס"א) ושלא תהיה מדעת (סוף סימן רס"א), ושיהיה בה שוה פרוטה ושיש סימן בגופה או במקומה (סימן רס"ב), ושהיה מטפל בה אם היתה שלו (סימן רס"ג), ושתהיה של מי שחייב להשיב אבידתו, אבל אם חסר אחת מכל אלו, אינו חייב להשיב אבידתו. (ג) כיצד, המוצא מציאה במקום שישראל מצויים שם, חייב להכריז, שלא נתייאשו הבעלים ואפילו העיר מחצה עובדי כוכבים ומחצה ישראל, או אפילו רובה עובדי כוכבים, והוא מצאה במקום שרוב העוברים שם ישראל (מעובדא דנהר בירן), חייב להחזיר. אבל אם רוב העיר עובדי כוכבים, או אפילו רובה ישראל, ומצאה במקום שרוב העוברים שם עובדי כוכבים, אינו חייב, אפילו אם ידע שמישראל נפלה ויש בה סימן שודאי נתייאשו הבעלים (ר"בא הוה שקיל ואזיל בתריה דרב נחמן בשוקא דגלדאי אמר ליה מצא כאן ארנקי מהו אמר ליה הרי אלו שלו בא ישראל ונתן בה סימן מהו אמר ליה הרי אלו שלו והלא עומד וצווח נעשה כצווח על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים'), וכגון שהוא מדברים שיש לתלות שידע מיד בנפילתו, וכמו שיתבאר {וע"ל סי' רס"ב ס"ג, וי"א (הג' מרדכי) דאם אבד ספרים לא מייאש מינייהו אפילו במקום שרובה עובד כוכבים (דאין מדרך לקנותם אלא ישראל ואינו מייאש מהן דסבר שיכריזו הישראל ואתן סימן)}."

בדין עיר שרובה ישראל ורוב העוברים שם גוים שאינו חייב להחזיר, ביאר הסמ"ע (ו) דלא אמרינן בזה דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב כלומר רוב העיר, משום דלא אמרינן כן אלא היכא דהקרוב אינו במקום שנמצא שם עצמו וצריכין לומר שבא לשם ממקום אחר, ובכזה מסתבר לומר שנתגלגל לבוא לשם מרוב בני העיר.

[בקצות (ב) האריך בדיני סימנים דאין או דרבנן בסוגיות ובדינים השונים כעדות אשה וכו', ועוד כתב דיש לחקור אם סימנין הוא דוקא באבידה אבל להוציא ממון לא מהני סימנין, דביבמות קט"ו גבי שומשמי משמע דאם היה סימן מובהק הוי מהני לאפוקי ממון, וכן בש"ך סימן רצ"ז האריך בענין סימנין להוציא על ידן והעלה בפשיטות דסימן מובהק ודאי מהני ואפילו במיגו אינו נאמן דהו"ל מיגו במקום עדים, אולם גבי סימנים רגילים משמע בחולין צ"ו דלא מהני דאמרינן 'אמר רב יצחק בריה דרב משרשיא תדע דטביעות עינא עדיף מסימנא, דאילו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימניה והאי סימניה קטל נפשא לא קטלינן ליה, ואילו אמרי בי תרי אית לן טביעות עינא בגויה קטלינן ליה', וכתבו שם תוס' וא"ת והאיך מחזירין שטר על פי סימנין והא אי אתו סהדי ואמרי פלניא דהאי סימניה והאי סימניה לוח מפלוני מנה לא מפקינן מיניה ותרצו דלא דמי שטר שאין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא מחזירין שפיר אבל ממון שביד בעלים אין להוציא ע"י סימנין דה"ל לא הוה מפקינן חפץ מיד בעלים אי אתו סהדי ואמרי האי חפץ דהאי סימניה והאי סימניה דפלניא הוא, ומבואר דאין להוציא כלל ע"י סימנין, ומשמע אפילו בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר וראה עתה בידו דאין לומר לקוח נמי לא מפקינן, עיי"ש שהאריך].

וז"ל השו"ע בסימן רס"ב/ג "אין המוצא מציאה חייב להכריז, אלא בדבר שיש בו סימן בגופו או שראוי ליתן סימן (משנה וגמ' כא.) במקומו (דפסקו הר"ף והפוסקים כר"ב כב: דמקום הוי סימן, ב"י וכן סתמא דגמ' בדף כה: , גר"א) או בקשריו (כג:) או במנינו או במדתו או במשקלו (שם). 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 (כדמשני אהא דתנן עגולי דבילה) או מחמת חשיבותו (כדמשני שם אהא דתנן מעות מפוזרות ואהא דתנן לשונות של ארגמן) ותמיד היה ממשמש בו ומרגיש כשנפל, הרי הוא של מוצא, שהרי נתיאש מיד כשידע שנפל, כיון שאין בו סימן ובא לידו בהיתר, כיון שנתיאשו בעליו, ואם לאו, צריך להחזיר אף על פי שנתיאש אחר כך, כיון שבא לידו (וחצרו כידו בזה דקניא ליה אם בא שם קודם יאוש ודלא כמהרש"ל, ש"ך, ראה לקמן רס"ח/ג) קודם יאוש (כאב"י דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש)"

הנתיבות (שם סק"א) תמה עמש"כ הש"ך דכשבא לחצירו קודם יאוש דלא קנה דהא בסעיף י"ז מבואר דאם התגר מצאם אם שהו בידו כדי שיכול לערבו עם פירותיו דכבר נתיאשו הבעלים והתם הרי בא לחצירו קודם יאוש והוי יאוש שלא מדעת לא קנה, ולכן ביאר דדוקא כשבא ליזכות מחמת חצר, כגון שמצאו אחר וטען בעל החצר שהוא זכה בו מקודם ע"י חצירו, וכיון דבא לקנות מחמת חצירו ולומר שחצירו הוא כידו, וא"כ הרי בא לחצירו שהוא כידו קודם יאוש, דלא קנה, אבל כשאומר לא ניחא לי בקנין ובשליחות החצר ורצוני לקנות בהגבהה דוקא, ודאי דאין חצירו קונה לו, דלא עדיף

מזיכה ע"י אחר וצוח כששמע דאינו זוכה כב"ב קל"ז וה"נ בחצר לא נעשה חצירו כשלוחו וידו כשאינו רוצה לזכות על ידו, והוי כאילו לא קני לו חצירו כלל, וממילא זוכה בהגבהה כשמגביה אחר יאוש.

סעיף ד

ע"פ מימרא דרב אסי בב"מ כד: פסק בשו"ע "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 (ר"ל מסתמא מייאש ממנו כיון שרוב גוים שם, ומיהו צריך שיהא דבר שמרגיש בו מיד בנפילתו, סמ"ע) ומותרת למוצאה בשתייה אם היא סתומה {ועיין בי"ד סי' קכ"ט מדין זה}."

עמש"כ הסמ"ע דצריך שיהיה דבר שמרגיש בו וכו', כתב רע"א די"ל ע"פ הרמב"ן (בסע' א לעיל) דהכא כיון דאיכא רוב נכרים והמוצא זוכה בו בהיתר דתולה בנכרים ומחזיקו לעצמו ואין עליו שם שומר בזה מהני היאוש שלאח"כ בעוד שלא נודע למוצא שהיא של ישראל וצ"ע לדינא.

סעיף ה

באזה מקרים חייבים להשיב אבידה לפנים משורת הדין? (ראה גם רס"ג, ג)

במקום שנפסק להלכה שטוב לעשות לפנים משורת הדין, האם בי"ד כופה על כך? ומהם אופני הכפייה? האם ניתן לקבוע כללים לחיוב, וכללים לכפייה לעשיה לפנים משורת הדין?

ב"מ כד: "רב יהודה הוה שקיל ואזיל בתריה דמר שמואל בשוקא דבי דייסא אמר ליה מצא כאן ארנקי מהו אמר ליה הרי אלו שלו בא ישראל ונתן בה סימן מהו אמר ליה חייב להחזיר תרתי אמר ליה לפנים משורת הדין", וז"ל השו"ע (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 (מרדכי)}", ובסמ"ע (יב) ציין לדף ל' דאסמכוה אקרא 'והודעת להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשו' דדרשו דזה לפנים משורת הדין וראה לקמן.

עמש"כ המחבר דאינו צריך להחזיר, כתב הש"ך (ג) בשם האגודה דאנו נוהגים להחזיר, וכ"פ ראב"ה וראב"ן דכייפינן להחזיר היכא דהמוצא עשיר, וביאר הפת"ש (ב) דהך כופין היינו בדברים וציין שכן כתב גם בסימן י"ב (וראה לקמן).

גם בסימן רס"ג ע"פ ב"מ ל' מצינו שהמוצא אבידה ואינה לפי כבודו שמישיב משום מלפנים משורת הדין (עיי"ש במחבר והרמ"א). עוד מצינו בש"ס בענין זה של שורת הדין בב"מ פ"ג גבי הנהו שוקלאי שנשארו יין ושברום והובא בסימן דש"א עיי"ש, וגבי מראה דינר לשולחני בב"ק צ"ט והובא בסימן ש"ו עיי"ש, ובכל מקום נלמד מפסוק אחר, ונדרשו לכך **התוס'** בסוגיין (ב"מ כד:) וז"ל "פנים משורת הדין - מאשר יעשון נפקא לן לקמן בפרקין (דף ל:) תימה דלא מייתי קרא הכא כדמייתי לקמן בעובדא דר' ישמעאל ובהגוזל קמא (ב"ק דף ק. ושם ד"ה לפנים) בעובדא דרבי חייא במראה דינר לשולחני ונמצא רע ולקמן בסוף פרק האומנין (דף פג.) מייתי קרא אחרינא למען תלך בדרך טובים שהוא מדברי קבלה ושביק קרא דאשר יעשון שהוא מדברי תורה וי"ל ¹ דלא מייתי קרא דאשר יעשון אלא במקום שאחרים חייבין והוא פטור כמו במראה דינר דאחרים דבעו למילף חייבים ור' חייא דלא בעי למילף פטור ולפנים משורת הדין שילם כמו אחרים וכן בעובדא דרבי ישמעאל דזקן ואינו לפי כבודו הוה ועשה לפנים משורת הדין כמו אחרים, ² והכא בשמעתין (כד:) דהדרניהו בתר תריסר ירחי שתא כ"ע פטורים לכך לא מייתי קרא הכא ומ"מ משום לפנים משורת הדין בעי ליה לאהדורי כיון שאינו מתחסר ממונא, ³ אבל בסוף האומנין (שם) בהנהו שוקלאי ששברו לו החבית ועשו לו הפסד גדול משום לפנים משורת הדין אין לו להפסיד לכך מייתי קרא למען תלך בדרך טובים".

עוד בענין הכפייה יש להרחיב שבסימן י"ב כתב הב"י דדעת הרא"ש שאין כופין על לפנים משורת הדין "ופשוט הוא בעיני", ותמה על המרדכי בב"מ דס"ל דכייפינן למעבד לפנים משורת הדין, דהא מהנך עובדי בב"ק וב"מ דמייתי ראייה מינייהו לא נזכר בהם כפייה, והרמ"א (שם, ב) פסק כרא"ש והביא את המרדכי כיש חולקים, ובפת"ש (שם, ו) הרחיב דדעת הב"י דכייפינן למיעבד לפנים משורת הדין אם

היכולת בידו לעשות שהוא עשיר ושכן משמע דעת הש"ך (לעיל), וכ"ד התומים והך כפייה היינו בדברים ואפשר שגם דעת הרא"ש כן, וכ"כ בשב"י וכל זה דלא כתשובת צ"צ דס"ל דכופין ע"י שמתא.

סעיף ו

ע"פ עובדא שם פסק בשו"ע "מקום שרובן 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".

כתב הסמ"ע (יג) דנראה דנקט המחבר בהמה או עוף כלומר שמצא בשלימותו ואין לחוש לטריפתן שהרי בידו לבדקו, וגם לשחיטה שאינה ראויה ליכא למיחש, דרוב ישראל המצויים אצל שחיטה מומחים הם והרי גם כאן רוב טבחי ישראל, ומיירי דנמצא בענין דליכא לאוסרה משום בשר שנתעלם מן העין עיי"ש וע"פ הגמ', דלא חיישינן לאיסור בשר שנתעלם מן העין אלא במקום דאיכא ריעותא לפנינו.

סעיף ז

יאוש שלא מדעת, המוצא אבידה קודם יאוש ולאחר מכן התיאשו הבעלים מדוע אינו

זוכה?

כא: "איתמר יאוש שלא מדעת, אב"י אמר לא הוי יאוש רבא אמר הוי יאוש, בדבר שיש בו סימן כולי עלמא לא פליגי דלא הוי יאוש ואף על גב דמייאש לבסוף לא הוי יאוש דכי אתא לידיה באיסורא הוא דאתא לידיה דלכי ידע דנפל לא מייאש מימר אמר סימנא אית לי בגויה יהיבנא סימנא ושקילנא ליה. בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר אף על גב דאית ביה סימן רחמנא שרייה, כי פליגי בדבר שאין בו סימן אב"י אמר לא הוי יאוש דהא לא ידע דנפל מיניה רבא אמר הוי יאוש דלכי ידע דנפל מיניה מייאש מימר אמר סימנא לית לי בגויה מהשתא הוא דמייאש", ופירש רש"י "יאוש שלא מדעת. דבר שסתמו יאוש לכשודע שנפל ממנו וכשמצאו עדיין לא ידעו הבעלים שנפל מהם", ואיפסיקא בכב: הלכתא כאב"י שזו אחת משמועות יע"ל קג"ם.

כב. אהא דאמר רבא יאוש שלא מדעת הוי יאוש "תא שמע שטף הנהר קוריו עציו ואבניו ונתנן בתוך שדה חבירו הרי אלו שלו מפני שנתיאשו הבעלים טעמא דנתיאשו הבעלים הא סתמא לא, הכא במאי עסקינן בשיכול להציל אי הכי אימא סיפא אם היו הבעלים מרדפים אחריהם חייב להחזיר אי ביכולים להציל מאי איריא מרדפין אפילו אין מרדפין נמי, הכא במאי עסקינן ביכולין להציל על ידי הדחק מרדפין לא אייאוש אין מרדפין אייאוש", וכתבו התוס' "שטף נהר קוריו עציו ואבניו הכי גרסינן אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו וצ"ל דמיירי ביכול להציל בקל אם רודף בשעת שטיפה דאי לאו הכי הוה כזוטו של ים שאבוד ממנו ומכל אדם ועל זה לא היה אומר הא סתם לא אלא איירי ביכול להציל בקל בשעת שטיפה ואפילו אין בהן סימן ולפי שיעכבם עקולי ופשורי ויקחם שם ואפילו יקדמו אחרים ויקחו יחזירו לו לפי שניכר שהוא בעליו לפי שרדף מיד וסלקא דעתך דמיירי דאם לא רדף מיד בשעת שטיפה שלא יכול עוד כלל להציל כדמוכח בסיפא לפי שיקחום אחרים כשיעכבם עקולי ופשורי ולא יחזירו לפי שאין בהם סימן", עיי"ש.

כתב הרא"ש על ברייתא דרשב"א (בסעי' ג') דהאי מתיאשים אסרטיא ופלטיא ורבים מצויין שם קאי, אבל אינך אפילו עומד וצווח נעשה כצווח על ביתו שנפל.

ע"פ כל הנ"ל פסק בשו"ע ז' "המציל מהארי והדוב וזוטו של ים (לשון ים החוזר לאחוריו י' או ט"ו פרסאות ושוטף כל מה שמוצא בדרך חזרתו וכן עושה בכל יום) ושלוליתו של נהר (נהר גדל ויוצא על גדותיו ופושט), הרי אלו שלו (אפילו לפני יאוש, סמ"ע ע"פ הגמ' דלמדה כן מדכתיב 'לכל אבידת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה' דמיתורא ד'ממנו' דרשינן את שאבדה הימנו ומצויה אצל כל אדם הוא בכלל אבידה וחזרה יצאת זו שאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם, ואפילו אמר לא מייאשנה, ואפילו מרדף אחר שטיפה, בטלה דעתיה אצל דעת כל אדם, וה"ל כצווח על ביתו שנפל) אפילו הבעל עומד וצווח {מ"מ טוב וישר להחזיר כמו שנתבאר סעיף ה', ואע"ג 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 נתנו חרם שכל מי שקונה מן העובדי כוכבים שהוציאו מן האבידה ההיא שיחזיר לבעליו, שצריכין להשיב, ואין לו מן הבעלים אלא מה שנתן **(מרדכי ע"פ רבינו גרשום)** { ואם יש מכשולות בנהר שעל ידי כן דבר הצף בו עומד שם, אם הוא דבר שיש בו סימן מסתמא לא הוי יאוש. } **(ע"פ התוס' והטור -)** 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, אבל אם הוא דבר שאינו יכול להציל מיד והוא עומד ואינו רודף אחריו, ודאי מייאש, וסתמא [לא, (סמ"ע)] הוי יאוש. אווזין ותרנגולין שברחו מבעליהן, הוי הפקר, וכל המחזיק בהן זכה בהן, ודוקא שאי אפשר לבעליהן להחזיר **(ר"ן)** }.

עמש"כ הרמ"א גבי גזירת המלך והפקר ב"ד הפקר, כתב **הקצות** (ג) דכתב תה"ד דאע"ג דמנהג גרוע שהוא נגד תורה לא אזלינן בתריה יש לומר דהאי מנהג שנתקן כך דפשיטא שיש כח ביד הדור לתקן תקנה ועוד דגם בדינא דמלכותא כך הוא, וכתב הקצות דנראה דזה לאו מנהג גרוע אלא מנהג טוב וישר הוא דכיון דאמרו בדף כ"ד דאבידה לאחר יאוש מחזירין לפני משורת הדין והוא משום ועשית הישר והטוב וכן ביאוש ושינוי רשות בב"ק קי"ד בירא שמים מחזיר לבעלים הראשונים, משום הכי כשראו חכמי הדור לתקן שיחזיר לאחר יאוש אין זה מנהג גרוע ח"ו, והביא גם את הש"ך בסע' ה' (לעיל), ועוד הוסיף הקצות להוכיח דעיקר הטעם אינו משום דמד"נ דהא כתב הרמ"א סע' ה' דאם הוא עני וכו' דלמה נהדר פני דל דודאי לעני ועשיר משפט אחד הן מצד דינא דמלכותא דינא או מצד הפקר ב"ד ודוחק לומר דהרמ"א מירי היכא דליכא דינא דמלכותא דינא וליכא נמי הפקר ב"ד, אלא כיון דעיקר הטעם אינו משום דינא דמלכותא דינא אלא משום דראוי נמי למיעבד לפני משורת הדין להכי דיינינן הכי בישראל ועשו כפיה לעשות הישר והטוב, ולפנים משורת הדין אינו אלא למי שהיכולת בידו ומשום הכי אין העני מחויב להחזיר ודי לו לעני במשפט כתוב.

גבי דבר שאינו יכול להציל כתב **הנתיבות** (ג) דמוכח מה**סמ"ע** (יט) דבאין יכול להציל אפילו מרדף לא מהני דהוי כזוטו של ים, וחלק **הנתיבות** דהוא דוחק בטור והרמ"א והאריך בכוונת הטור ופירש דברי הרמ"א כך דכתב דאם הוא דבר שאין בו סימן אם הבעלים יכולים להציל, כלומר מיד קודם שיגיע למקום רחוק דהיינו שיש עיקולי שאפילו אם יגיע ליד אחר מחזירו לו על סמך הרדיפה שאח"כ, דאז בודאי ליכא יאוש כמ"ש הטור, ומש"כ והן רודפין, היינו שרודפין אחר שהגיע ליד אחר, ומש"כ או שאינו שם, פירושו דאף שידעו משטיפה ולא רדפו וממילא לא היו יכולין להציל, מ"מ כיון שע"כ יצילו במקום קרוב ויחזירו להם על סמך הרדיפה שאח"כ וכדבר שיש בו סימן דמי, אבל אם הוא דבר שאינו יכול להציל מיד אם לא במקום רחוק והוא עומד ואינו רודף אז הוי יאוש, ומש"כ וסתמא לא הוי יאוש ר"ל דשמא לא ידע מהשטיפה והוי יאוש שלא מדעת.

[**בבית אפרים (פת"ש ג)** כתב בנידון שנלקח מאדם סחורה במכס, וקדם אחר וקנה מבעל המכס בזול ורוצה לזכות לעצמו, וכתב, דאם זה שהסחורה שלו היה מחזר לקנותה וודאי שחייב להחזיר, עיי"ש].

סעיף ח

ע"פ עובדא דנהר בירן **ב"מ כד**: פסק בשו"ע "נהר שעושים בו סכר לצוד בו דגים, ופועלים ישראלים רגילים לעשותו ולתקנו, כשמתקלקל, המוצא בו מציאה חייב להכריז {וכן 'אבל', באה"ג, וראה בסמוך} מקום ששומרים שם עכו"ם בקבע, אע"פ שרוב הנכנסים ויוצאים ישראלים, אינו חייב להכריז **(נ"י)** }". ביאר **הסמ"ע** (כ) דקאמר שאם רוב ישראל רגילין לעסוק באותה מחיצת הפסק אע"ג שרוב גוים מצויים סביבות המים מ"מ ישראל שנפל ממנו דבר אינו מיאש נפשו שסובר פועלים ישראלים המצויים שם ימצאו אותו ויכריזו ואתן בו סימן, ומסיק הרמ"א 'וכן וכו' ור"ל 'וכן איפכא', דאף במקום שרוב ישראל מצויים שם מ"מ אם השומרים גוים ועומדים שם בקביעות הם ודאי שימצאו האבידה על הרוב, משו"ה מתיאשים הישראלים שנפלה מהן האבידה והיא של מוצאה ואינו חייב להכריז.

סעיף ט

ע"פ **ב"מ לא**. פסק בשו"ע "אבידת קרקע גם כן חייב להשיב, שאם ראה מים באים לשטוף שדה חבירו חייב לגדור בפניהם כדי להציל", וילפינן לה מדכתיב 'לכל אבידת אחיד' לרבות אבידת קרקע.

סימן רס – המוצא דבר שמוכח שהונח שם

סעיף א

מה הדין אם מכר לחבירו חצר והקונה חפר בור ונמצא בו אוצר למי שייד האוצר? ומדוע?
האם שייד בזה קנין חצר ומדוע? (וראה רלב"ח)

ע"פ משנה ב"מ כה: וגמ' פסק בשו"ע "המוצא בגל או בכותל ישן, שאין זוכרים מי בנאו ולא היה מימות עולם בחזקת זה שדר בו עתה ובחזקת אבותיו (רא"ש) - הרי היא של מוצאה, והוא שהעלתה חלודה, שאני אומר של עובדי כוכבים הקדמונים היא (רמב"ם), והוא שימצאנה מטה מטה (דאיכא למימר בשעת הנחה הונח בחור שבכותל או בטפח הסמוך לקרקע ואח"כ נשתקע הכותל וגם הוגבה הקרקע סמוך סביב הכותל כנהוג ומשו"ה נשתקע בתחתיות הקרקע כל כך, סמ"ע), כדרך כל המטמוניות הישנים (ואפילו אם חלודה כזו וירידת דרך מטה כזה יכול להיות שאירע מב' ג' דורות שהיו אבותיו של זה, מ"מ כיון דמצאו דרך מטמוניות ואפשר שבא שמה מימים קדמונים, המוציא מחבירו עליו הראיה, סמ"ע בשם הטור), (כלשון הרמב"ם -) אבל אם מראים הדברים שהן מטמון חדש, אפילו נסתפק לו הדבר, הרי זה לא יגע בהם (שו"ת סק"ה: אם הוא במקום שרוב ישראל מצוים שם וראה לקמן) שמה מונחים הם שם (סמ"ע: נראה דבזה אין חילוק בין מונח מחציו לצד חוץ או פנים). וכותל חדש, דהיינו שידוע שאבותיו של זה שהוא דר שם בנאוהו, ולא יצא מרשותו, מציאה הנמצאת בו מחציו לחוץ הוא של מוצאו (סמ"ע סק"ה: אפילו אם נמצא מטה מטה כדרך המטמוניות, וראה לקמן), אפילו יש בו סימן, והוא שהעלה חלודה, שודאי נתיאשו בעליו ממנו כיון שארך לו שם הימים. מחציו ולפנים, של בעל הבית (רא"ש -) אפילו אם העלה חלודה (דרך בע"ה להניח חפציו בביתו ימים רבים). ואם הוא ממלא כל הכותל חולקים, אפילו אם כל הכותל משופע, ולא אמרינן ממקום הגבוה הוא ונתגלגל למקום השפל".

כתב הסמ"ע (ב) ברישא דהיא של מוצאה, אפילו נמצאה לצד פנים הכותל, והא דלא אמרינן דיקנה לו חצירו דזה הבעה"ב שדר בו לעת עתה כתב המרדכי בשם ר' ברוך דלא אמרינן חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אלא הפקר גמור אבל לא אבידה אפילו היכא דאיכא יאוש כיון דאילו הוה ידע ליה לא היה מפקירו, אולם ה^{נתיבות} (א) כתב דאין דברים אלו הלכה דהרמב"ם רא"ש ר"ן ותוס' חולקים דהא הוציאו מקושיא זו תירוצים אחרים אלמא דלא ס"ל דין זה, והרי רוב בנין ורוב מגין חולקין על סברא זו, ועוד, דהא לכאורה הוא תמוה, דהא הטעם דהוא של מוצאו משום דתלינן דשל גוים הוא, ונכסי גוים הרי הם כמדבר והפקר גמור הן, ועל כרחך צ"ל דלמרדכי הוא דווקא בא"י דשלל של אמוריים זכו בו כל ישראל רק שנתיאשו והיו אבידת ישראל אולם כל הפוסקים סתמו וכתבו דין זה דהמוצא בגל ועל כרחך לא ס"ל הטעם שכתב המרדכי, וכן מוכח מהשו"ת ס"ק י"ח, וראה לקמן בהרחבה רסח"ג, וכעין זה ברע"א.

כתב הש"ך (א) בשם הג"א מא"י ברישא שחור זה הוא מקום המשתמר דאל"כ אפילו לא העלה חלודה נמי אבידה מדעת היא, וכתב הש"ך דר"ל באינו משתמר לגמרי נמי אבידה מדעת היא והרי היא שלו ובמשתמר קצת עיין לקמן סעי' י'.

כתב הש"ך (ב, ו) דהעלה חלודה רבה זה פירוש רש"י ל"שתידך טפ"י בגמ', ולרמב"ם פירושו שנמצא מטה מטה, אולם המחבר שמצריך שניהם, קשה, תרומתו למה לי, ואפשר דספוקי מספקא ליה בפירוש הש"ס לכך פסק דבעינן תרומתו לחומרא (ובכת"י נוסף: אבל לפענ"ד מסתברא דבחד מינייהו סגי ואין כאן מח' לענין דינא) ^{לובנתיבות} ג' כתב ליישב דחלודה בעינן שיהיה ניכר שהוא מטמון ישן, ומטה מטה בעינן דמחמת זה אינו עשוי להימצא ואין חצירו קונה לו כמו שכתבו התוס' אבל אם הוא במקום שיד האדם ממשמשת בו עשוי הוא להימצא וממילא חצירו קונה לו], ועמ"ש סמ"ע בסק"ה בסיפא בכותל חדש דבחציו ולחוץ דאפילו נמצא מטה מטה כדרך המטמוניות, הוא של מוצאו, קשה מנ"ל הא, דאדרבה נראה להיפך דהא התוס' רא"ש וטור שכתבו כאן והוא שהעלה חלודה הוציאו כן ממאי דקשיא להו הא ודאי הניח ואפילו ספק הניח לא יגע בהן ועוד דביש בו סימן נוטל ומכריז וע"כ תירצו דגם כאן מייירי דשתידך טפי דהיינו שהעלה חלודה כמו ברישא דכותל ישן, וא"כ הרמב"ם דמפרש דשתידך טפי שנמצא מטה מטה ע"כ מפרש גם בסיפא כן דאל"כ קשה קושיות התוס'.

והרא"ש, ונראה דמשמע ליה לסמ"ע דלא שייך בכותל חדש שימצאנו מטה מטה ועוד דא"כ היאך שייך לומר מחציו ולחוץ כיון שהוא בקרקע ואע"ג דהמחבר ס"ל בכותל ישן שימצאנו מטה מטה ושיעלה חלודה היינו לענין שגם מה שמחציה ולפנים יהא שלו דבכה"ג מספקא ליה למחבר אבל מה שחציו ולחוץ פשיטא ליה דבהעלה חלודה לחוד סגי וכן נראה עיקר. **בנתיבות** (ה) כתב שכוונת הסמ"ע מבוארת דאפילו אם נמצא מטה מטה כדרך מטמוניות א"כ יש לחוש שאחד מן השוק עשה שם מטמון ולא יגע בו כמו באשפה בסעי' י"א, ולזה כתב דהכא בכותל אין לחוש שעשה מטמון כיון דדרך להשתמש בחורין שבכתלים ואין מדרך לעשות שם מטמון, כי ירא פן יבוא אחר ויטלם כשירצה להשתמש בו, משו"ה ליכא למיחש שעשאו מטמון, ובודאי הניח שם אחד מן השוק רק לפי שעה ושכחו ונתיאש.

כתב הש"ך (ו) דבירושלמי תני מצא בין פסים מן האגף ולפנים כלפנים מן האגף ולחוץ כלחוץ אם היה מפולש לפנים אפילו מחציו ולחוץ הרי הוא של בעה"ב אם היה מפולש לחוץ אפילו מחציו ולפנים הרי אלו של מוצאיהן, ולא הביאו הפוסקים זה מפני שהוא פשוט.

עמש"כ הש"ך סק"ה בסוף הרישא דמיירי ברוב ישראל מצויים, כתב ה**נתיבות** (ד) דנראה דאינו מותר ברוב גוים רק באבידה או בדבר שיש לו דין אבידה כגון הינוח באשפה העשויה לפנות או שנמלך עליה לפנותה, אבל בהינוח ממש במקום המשתמר כמו הכא דהוא כאשפה שאינה עשויה לפנות כמ"ש הסמ"ע בסק"ד, ודאי דאפילו הוא ודאי של גוי אסור, דדמי לגניבת גוי שהוא אסור, דדוקא אבידת גוי מותר.

סעיף ב

ע"פ שם פסק בשו"ע "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 (ט) דמשמע אפילו בממלא כל הכותל אזלינן בתר מוכיח וכן משמע בטור ודלא כב"ח שלמד ברמב"ם לא כן.

סעיף ג

ז"ל השו"ע ע"פ הרמב"ם מסברת עצמו "בד"א שמחציו ולפנים של בעל הבית, כשהוא טוען שהוא שלו, או שהיה יורש שאנו טוענים לו שמא של אביו היה, אבל אם הודה שהם מציאה, הרי היא של מוצאה. (משנה וגמ' שם -) לפיכך (הטור העתיק דין זה בפני עצמו, והמחבר הוסיף 'לפיכך' כלשון הרמב"ם, והכי קאמר כיון דאם הוא מודה שהיא מציאה הרי היא של מוצאה שאין חצירו קונה לו, משו"ה אם השכירו לג' גוים דבר הנמצא בו הוא של מוצאו, ואין בעל הבית יכול לומר חצירי זכתה לי מה שנפל מהגוים, וקצת דחוק וצ"ע, סמ"ע) אם היה משכיר לאחרים הרי הם של שוכר האחרון (אם הוא ישראל, סמ"ע ושי"ך), ואם השכירו לשלשה עובדי כוכבים כאחת (כרמב"ם ותוס' דדווקא בג' גוים נחשב רוב גוים ודלא רא"ש דה"ה גוי אחד), 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", ודלא כראב"ד שפסק כרב נחמן דאפילו לשלשה ישראל דהלכתא כוותיה בדיני, והרמב"ם ודעימיה פסקו כרבא דבתרא הוא.

כתב ה"ה דהרמב"ם ס"ל ברישא דכי אמרינן הרי הן של בע"ה לאו משום דתקנה לו חצירו הוא דא"כ אפי' מחציו ולחוץ, אלא אין חצירו קונה לו לפי שהחור הפתוח לר"ה הוה חצר שאינה משתמרת היא, וכי אמר הרי אלו של בע"ה דאיהו אצנעינהו וכיון שהוא מודה דלאו ידידה הודאת בעל דין כק' עדים דמי, וכן נראה מן הסוגיא דאין כותלו זוכה לו כלל. הסמ"ע ציין למש"כ בסק"ב בשם המרדכי.

הסמ"ע (יא) כתב דניתן לפרש את הסיפא במחבר גם כטור דמדובר שהיו דרים בו ב' גוים וישראל ביחד וכשיטת הרא"ש, ואע"פ שכתבו התוס' שפחות מג' אינו 'רוב', ר"ל ג' עם הבעה"ב הדר עמהם, אולם הש"ך (יב) כתב דודאי ליתא דהא איתא בש"ס דג' עכו"ם וכן הוכיח ג"כ מהסוגיה וכוונת התוס' כפשוטו דפחות מג' לא מקרי רוב לענין מציאה דכיון דמסתמא בעה"ב דר שם, לפי שיטת תוס' לא סגי

בב' עכו"ם ליהוי רובא בהכי אלא בעינן רובא דמינכר וזה נראה דעת הרמב"ם והמחבר ס"ל דצריך ג' עכו"ם לענין שאין אחר או אפילו הבעל הבית א"י לטעון שהוא שלו אע"פ שהוא דר ג"כ וכדלקמן.

כתב הש"ך (י - יג) דבשוכר לאחרים מיירי שהבע"ה אינו דר עמהן דאם לא כן הרי הוא של בעל הבית שהוא אחרון וכן דעת התוס' ודלא כב"ח שכתב שהג' אשר"י חולקים (ובנתיבות ו' חלק דממה נפשך, אם דר הבעה"ב בבית עתה אחר שיצאו השוכרים, אפילו לא היה דר עמהן הוא של בעה"ב, ואם יצא מהבית ביחד עם השוכרים מהיכי תיתי יהיה של הבעה"ב יותר משל השוכרים, הא מקודם דרו בו ביחד, ולא שייך כלל לומר שהבעה"ב הוא בתרא כיון שדרו ביחד ויצאו ביחד). עוד כתב דבשייך לשוכר אחרון דווקא בדבר שאין בו סימן אבל בדבר שיש בו סימן נוטל ומכריז אם לא העלה חלודה וכן הוא בהג' אשר"י, וכתב דנראה דאם השכירו לאחרים והבעה"ב דר שם עמהם נוטל ומכריז בדבר שיש בו סימן אפילו העלה חלודה אבל כשאין בו סימן מתייבש הבעה"ב ג"כ כשאחרים דרים עמו וכל זה מוכח בתוס', ומש"כ המחבר בסיפא דאירי בג' עכו"ם מיירי שעדיין ישנם בבית דאל"כ הרי הוא של בעה"ב שהוא בתרא לפי התוס', ואילו למחבר שהבעה"ב אינו דר עמהן אפילו אינם עכשיו בבית הדין כן. עמש"כ המחבר בסיפא דכל הנמצא בו אפילו בתוך הבית הרי הוא של מוצאו כתב (יג) בשם התוס' דמיירי שנמצא בענין שנראה שהוא אבדה ולשיטתם אזלי דמפרשים דמיירי דבע"ה דר עמהם אבל לפי שיטת פוסקים והמחבר שאין בעה"ב דר עמהם אפילו אינו נראה שהוא אבדה הרי הוא של מוצאו כיון דתלינן ברוב עכו"ם, וראה בנתיבות (ז) שהאריך במש"כ הש"ך דאירי באין בו סימן.

סעיף ד (עם סימן שיוג)

מה הדין בנכנס דבר הפקר לחצר מושכרת מי קונה בקנין חצר השוכר או המשכיר?

ראובן חדר עם שמעון בביתו ומעלה לו שכר ונפלה מציאה לתוך החצר, מי קנאה?

מי זוכה באבידה בחצר בה גרים משכיר ושוכר יחדיו?

חצר שהיא מושכרת או מושאלת מי זוכה בה מדין חצר, המשכיר והמשאיל או השוכר והשואל? והאם יש הבדל בין מציאה שנפלה בחצר לבין מעות?

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע (רס"ד) "ראובן חדר עם שמעון בביתו ומעלה לו שכר, אם צבי שבור או גוזלות שלא פרחו נכנסו לתוך הבית, זכו בהם שניהם {דהו כשנים השותפין בחצר (טור), דשכירות ליומא ממכר הוא, סמ"ע}, אבל אם קנה אחד מהם בו מציאה מגנב, אין לחבירו זכות בה".

ביאר הסמ"ע (יד-טו) בסיפא דקנה אחד וכו' דלאו דוקא קאמר אחד 'מהם' אלא ה"ה אחר הנכנס לשם וקנהו שם דזיל בתר טעמא שכתב הרא"ש דלקמן אלא אורחא דמילתא נקט דאין מדרך אחרים לכנוס ולקנות שם, מיהו אינו מוכרע כ"כ וצ"ע, והרא"ש בטעמו כתב דאין זה דבר הפקר דאם נתיאשו הבעלים לרבנן דר' שמעון דאמרי (ב"ק קי"ד) סתם גניבה יאוש בעלים הרי קנאה הגנב, ואי כר' שמעון דאמר סתם גניבה לאו יאוש בעלים הוא הרי היא של בעלים, וממה נפשך אינה הפקר ואין החצר זוכה בה, ואף אם היתה הפקר, כל זמן שהיא ביד הגנב לא קנה החצר עד שתנוח ע"ג הקרקע.

כתב הש"ך (טז) בשם הראב"ן שגנב שנכנס לבית ראובן להקנות לו מציאה והיה שמעון שם יושב והיה סבור הגנב שהוא ראובן הבע"ה ומכר לו המציאה בין ישנו ראובן בבית בין שאינו בבית יזכה לו ביתו אף על פי שהוא בית דדרסי ביה רבים ואינה משתמרת דהיכא דדעת אחרת מקנה אותו לא בעינן חצר המשתמרת וה"נ נכנס הגנב להקנותו לו וחייב שמעון להחזירו לו.

וז"ל השו"ע (שיג/ג) כלשון הרמב"ם ע"פ ב"מ קב. "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 (וה"ה הזבל שמוציא מביתו לחצר, סמ"ע בשם הטור), אבל אם הבהמות של אחרים הזבל של בעל החצר, שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אף על פי שהיא שכורה ביד אחרים {מיהו אם קלטו השוכר בכלי מן האויר ולא נח בחצר הרי שלו (טור ע"פ הגמ')}, ודלא כראב"ד שחלק שהרי בגמ' העמידה בחצר דמשכיר ושוורים דאתו מעלמא פירוש חצר דמשכיר דלא אגירא לשוכר מכלל

דאי אגירא ליה כדידיה דמי וקניא ליה מידי דהוה אשוכר את מקומו (כלומר קשה מהאי עובדא דרבן גמליאל וזקנים דמקומו מושכר לו שהוא מתורת חצר בב"מ וי"א וב"ב פ"ה, קצות), וה"ה יישב דהרמב"ם מפרש הא דאוקמוה בגמ' בחצר דמשכיר אפילו כשהיא שכורה ביד השוכר כיון שהיא של משכיר והשוורים מעלמא הזבל של משכיר וזהו שלא הקשו אמאי של בעל הבית אלא בחצר דשוכר ותורי דשוכר אבל בתורי דעלמא אף על פי שחצר שכורה ביד שוכר לא הקשו אמאי של בעל הבית ואילו הראב"ד פירש בחצר דמשכיר שלא השכיר החצר לשוכר לעשות בה חפציו אלא ליכנס בה לביתו וכ"ד רש"י, וכתב הב"י דמ"מ יש לתמוה על הרמב"ם דכיון דקיי"ל דשכירות ליומיה ממכר הוא חצרו של שוכר הוא וזוכה לו ולא היה לו לקנות למשכיר.

גבי דין הקליטה כתב הסמ"ע (שיג,ו) דהיינו דוקא כשהקדים הכלי תחת הבהמה קודם שמוציא הריעי מגופן באופן שלא היה עומד מעולם לנוח בחצר כלל, אך נראה דהיינו דוקא לדעת הטור וסיעתו דפירשו דין זה דמיירי בחצר דהמשכיר וכנ"ל אבל המחבר שכתב האי דינא לשיטת הרמב"ם דמיירי אפילו בחצר שהשכירו לשוכר יכול להיות דמודה דאם קלטהו השוכר בכלי שלו, אף אם לא קדם הכלי להוצאת הזבל קנהו השוכר, ואפשר עוד דאפילו אם הכלי דהשוכר מונח ע"ג קרקעית חצירו זה דהמשכיר, מ"מ כיון שהשוכר שכר החצר ויש לו רשות להעמיד שם כליו קנהו הכל, והרמ"א שכתב לשון הטור אדברי המחבר יתפרשו לכל חד לפי שיטתו.

הסמ"ע (שיג,ה) למד בטור כראב"ד, וכן נראה דעת הרא"ש (והטור) דפסק (בסימן רס/ד) גבי מציאה כגון צבי שבור שנכנס בחצר שדר בו השוכר עם המשכיר דשניהן זכו בו, כ"ש כאן שדר בו השוכר לחוד, ויש לתמוה על המחבר שסתם בסימן ר"ס כדעת הרא"ש ובסימן ש"ג סתם כרמב"ם.

הש"ך (רס; יד-טו) חלק ארישא דמחבר דמדברי התוס' (ב"מ י"א) נראה להדיא שכולו של שמעון המשכיר וכ"ד האגודה, וכן עיקר לדינא אע"פ שהשוכר דר בו לבדו. בסימן שיג (א) כתב דבתוס' נראה כיוון אחר מהמחבר דאיירי שגם המשכיר ביתו פתוח לאותו חצר ולכן מיקרי עומד בצד שדהו ונחשב עבורו משתמרת, אך אמנם מדברי הרמב"ם המחבר וסיעתם לא משמע כן אלא מ"מ מיקרי חצר המשתמרת לדעת המשכיר כיון שהוא משומר והוא חצרו. גבי תמיהת הסמ"ע כתב דהתורת חיים יישב קו' הב"י דהא שכירות ליומיה ממכר הוא דשאני הכא כיון דחצר לא קיימא לאוקמי תורא לעשות שם זבל ולא להכי אגריה וא"כ יש לישב דברי המחבר דלא סתרי אהדדי אבל אין דברי התורת חיים נראין וגם מדברי התוס' לעיל נראה דאין לחלק בכך. מ"מ כתב הש"ך דהעיקר כרמב"ם שכי"ד הנ"י הרב המגיד ועוד וראה מעבודה זרה ט"ו דשכירות לא קניא ומה שתמה הב"י דהא שכירות ליומיה ממכר הוא לק"מ ואשתמיטתיה תוס' ב"מ נ"ו ותה"ד שכתבו להדיא דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר רק באונאה ולא בשאר דוכתי ומדברי הב"י משמע דמ"מ שכירות קניא מדרבנן בשאר דוכתי "ולא ידעתי מנ"ל", ומה שמקשה הראב"ד משוכר את מקומו (דלעיל קצת, ה, ר, ב) י"ל דדעת אחרת מקנה אותו שאני משא"כ במציאה והפקר א"נ שאני התם שהונח בו הדבר לדעת השוכר וכיון ששכר המקום מסתמא לכך שכרו שכל מה שיונח בו לדעתו יהא כאלו מונח ברשותו הקניי לו משא"כ במציאה והפקר, ומ"מ אין לתרץ דברי הרמב"ם בכך דמשמע דהרמב"ם מיירי שהיא שכורה לכל דבר, ובשם הריטב"א כתב דהיכא דאין החצר רק לדריסת הרגל אין החצר קונה לשואל או לשוכר.

הפת"ש (שיג,א) הביא שבשו"ת רע"א דחה לימוד הש"ך ברמב"ם שלא סובר כחילוק התוס' דכך דרכו של הרמב"ם לסתום כסתימת דברי הש"ס ותלי בשני פירושים שיש בדברי הרמב"ם, ולפי התוס' דוקא לענין דבר המונח בחצר מהני מה דהמשכיר ביתו פתוח לחצר דכיון דהמשכיר יוצא ונכנס בו ויכול לשום שמירתו עליו, מיקרי עומד בצד שדהו, אבל לענין דבר המונח בחדר המושכר, לא מהני מה דהמשכיר דר ג"כ באותו בית בחדר נגד חדר המושכר, כיון דרשות ביד השוכר לסוגרו ולמחות למשכיר דריסת הרגל בו א"כ בודאי לא הוה משתמר לגבי המשכיר, וכתב רע"א בשם הבית מאיר לפקפק על עיקר דינו של הש"ך כרמב"ם ודעתו דיש לפסוק כרא"ש.

הקצות (רס,א) כתב דמבואר בירו' דאפילו מציאה דאתי מעלמא נמי אין חצר השותפין קונה דטעמא דהך מלתא כיון דאפילו בשנים שהגביהו מציאה אמרו בב"מ ח' דתיהוי כמאן דמנח בקרקע ולא ליקני לא זה ולא זה, אלא משום דכל אחד הו"ל מגביה מציאה לחבירו, וא"כ דוקא התם דשתי ידיים זוכות בו אמרינן דידו של זה זוכה לחבירו וכן ידו של זה זוכה לחבירו, אבל בחצר השותפין

דאינו אלא יד אחת ואותה היד משותפת לשניהם א"כ לא זכה לא זה ולא זה והו"ל כמאן דמנח בקרקע, וכתב דמשמע במהר"ם דמשום דקיימא לן כר' אליעזר בן יעקב ומשום ברירה דנראה דוקא אחד מן השותפין הוא דמצי זכה במציאה ומשום דאמרין ברירה שהוא של זה, אבל אינש דעלמא לא מצי זכי ביה (ודלא כמו שרצה לומר הקצות בתחילה), ואפשר לפרש נמי הירושלמי הנזכר מאן דאמר כולו לזה וכולו לזה המוצא זכה, היינו המוצא הוא אחד מהשותפין ומשום ברירה, "ועל כל פנים נראה מוכח מדברי מוהר"ם בחצר השותפין שהיה בו מציאה וקדם וזכה אחד מן השותפין דזוכה ומשום ברירה", ובסימן שיג (א) כתב שהלח"מ כתב בשם **הרב מרדכי מטאלון** ליישב קו' הראב"ד דהמשכיר מקנה לשוכר לתשמישים אבל לדברים אחרים כגון להיות זוכה לו אינו מקנה לו אלא משייר אותו כח לנפשיה ובוזה ניחא עובדא דרבן גמליאל וזקנים כיון דמדינא חצר שכורה זוכה לשוכר אלא דהמשכיר משייר בעלמא כח זה לנפשיה אבל אם רוצה להיות זוכה לשוכר זוכה לו חצירו, אך הקשה הקצות דבשו"ע רס"ג משמע להדיא דמציאה זוכה בו השוכר ולא המשכיר וא"כ איך דבריו סותרין לכאן, לכך תירץ דסימן שי"ג שאני דזבל משייר כח לנפשיה שלא יזכה בה השוכר דכיון דהמשכיר את החצר לא השכיר הרפת שבה וכמבואר בגמ' שם (קב, א), ומשום הכי דעתיה על זבל שלא יזכה בה השוכר אפילו אם יהיה הזבל בחצר כיון דשבח רפת ידיה ומשייר לנפשיה כח בחצר לזכות בזבל, אבל במציאות דעלמא זוכה השוכר, וכן מוכח הרמב"ם דבעלמא הוי כח החצר לשוכר שכתב בפ"ה מגירושין (ה"א) הזורק גט לאשתו בתוך חצירה בין שהוא קנוי לה בין שאול בין שכור קונה, "ומבואר דעיקר חצר חצר למי שיש לו רשות השתמשות".

כתב הנהיגות (הקדמה לסימן ר') גבי חצר ששכרו או שאלו בקנין להשתמש בו, הוי חצירו וידו של שוכר, ודמי ממש לשוכר פועל, וכמו שהשוכר פועל המציאות לפועל מן הסתם, משום דלאו אדעתא דהכי אגריה, רק אם הבעה"ב אומר לפועל שיזכה המציאה בשבילו, אז המציאה לבעה"ב, ה"נ כששוכר חצירו של חבירו דהוי כשוכר ידו של חבירו למלאכתו, המציאה שמונת בחצר הוא של המשכיר מן הסתם מטעם הנ"ל דלאו אדעתא דהכי אגריה, אם לא כשהשוכר רואה את המציאה שנכנס לחצר ואומר יזכה לי אז המציאה לשוכר, ומכ"ש כשאחד נתן מתנה לשוכר, ואפילו אם המשכיר עצמו נותן מתנה לשוכר בחצירו המושכרת לו, ודאי דקונה השוכר ע"י חצר, וכן יכול השוכר לזכות לאחרים ע"י חצר המושכרת לו, אבל כשהשוכר נותן מתנה למשכיר ומניחו בחצירו המושכרת לו, אין המשכיר קונה ע"י חצירו כיון שהיא מושכרת לו. כלל דמילתא, חצר המושכר והמושאל הוא ממש כידו של השוכר והשואל, מטעם שכתב הר"ן דכל דבר שהוא זכות לו מניח בחצירו וידו אריכא הוא, מלבד נגד מציאה שנכנס לחצר בלא דעת השוכר אין החצר קונה לו לשוכר כי אם למשכיר, מטעם כיון דלאו אדעתא דהכי אגריה, ואם המפקיד הקנה לנפקד דבר המופקד אצלו, קונה הנפקד, ולא אמרינן כיון דהנפקד השאיל רשות להמפקיד להניח שם חפציו ונעשה רשות המפקיד, זה לא אמרינן כיון דלא שאל לו המקום בקנין.

סעיף ה

ע"פ משנה ב"מ כו: וגמ' שם פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "המוצא מעות בחנות, אם היו בין תיבה לחנוני הרי הם של בעל החנות, ואם מצאם על התיבה (רמב"ם) ואצ"ל מתיבה ולחוץ הרי הם של מוצאם {ואפילו יש בהן סימן (תוס' רמב"ם ורא"ש, מפני שישאל האובד המעות מיאש ואומר אמרי קמי חנוני שאבדתיהו ולא מהדר לי ודאי דעתיה למיגזלה ולא מצינא למוקמיניה בדינא דמשתמט ואמר אנא לא אשכחנא, והוי דומיא דגל וכותל ישן ודומיא דאם היה משכירו לאחרים וכן גרסינן בגמ' אמר רבי אלעזר אפילו צרורין וצרורין הוי סימן, ודלא כרש"י דפירש מצא בחנות הרי אלו שלו דבדבר שאין בו סימן קאי). וי"א (נ"י) דעל התיבה של חנוני הם (וסברת הרמב"ם דבתיבה של מוצאו כיון דמאי אריא בגמ' דתני בין כסא לשולחני וכו' שייך נמי בחנות דמאי אריא דתני בין תיבה לחנוני של חנוני ניתני ע"י תיבה לחנוני משמע דע"י התיבה הרי הוא של מוצאו, כס"מ, אבל בנמצא על הכסא כ"ע מודו דהוא של המוצא וכן הוא בגמ', סמ"ע, והש"ך פסק כרמב"ם). מצא מעות בחנות השולחני, בין כסא לשולחני, הרי אלו של שולחני. מצאו 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 (ובדבר שאין לו סימן אפילו ברוב ישראל הרי אלו שלו, ה"ה ובאה"ג).

כתב הסמ"ע (יז, כא) דדעת הרמב"ם כרש"י (וכדכתב הב"י) דדוקא בדבר דלית בהו סימן הוא של מוצאו וברוב ישראל חייב להכריז מפני שיש בהן סימן, ודין שולחני וחנוני בזה שוים הם, ומש"כ

הרמ"א אדברי המחבר נתן מכשול לפני הקוראים, דה"ל למימר די"א דאין חייב להכריז, דאז היינו לומדים מדבריו תרתי, חדא דלאו דברי הכל הוא, והשני שדין חנוני והשולחני שוין הן בזה אליבא דשתי הדעות וצ"ע, ומש"כ המחבר בסיפא דאם לא כן חייב להכריז וכו' הרא"ש חלוק בזה גם, אולם הש"ך (יט) כתב דלק"מ על הרמ"א דהרמ"א לא ס"ל כרא"ש אלא כרמב"ם, ודווקא ברוב עכו"ם הרי הוא שלו ולכך הגיה מתחלה ואפילו יש בו סימן להורות דחנות נמי ביש בו סימן מיירי וברוב עכו"ם כמו שולחני דסיפא וכן עיקר לדינא וכן מוכח להדיא דעת רש"י תוס' (דלא כהבנת הטור) ונ"י, וסברת הרא"ש יש לדחות דכיון דאיכא אינשי דעיילי ונפקי התם לא מייאש ברובה ישראל משום דאמר הא דלא מהדר חנוני משום דאפשר דאינש אחרינא אשכח ויחזיר לי בסימן, וכ"כ ה"ה שסברת הרא"ש דוחק.

כתב הש"ך (יח) דבדין שהאבדה של המוצא חצרו לא קנה, כתבו התוס' רא"ש ועוד משום דלא סמכה דעתיה כיון דרבים נכנסים ויוצאים ואפילו איתא בחנות לא מהני עומד בצד חצרו אלא היכא דמצי לשומרו ויכול לעכב שלא יטלוהו אחרים אבל הכא כיון דלא ידע דאיתיה שם ורבים מצוים שם לא קניא ליה חצרו, ועוד כתב בשם הראב"ן דנראה דבתים שלנו שהרבים דורסים בהן דומה לחנות הוא ותנן מצא בחנות הרי הוא שלו משום דרבים מצוים שם ולא קניא ליה חנותו.

סעיף ו

ע"פ משנה מעשרות הובאה בב"מ כא: פסק בשו"ע "המוצא קציעות בדרך" אפילו בצד שדה קציעות, הרי אלו שלו, וכן תאנה שהיא נוטה לדרך ונמצאו תאנים תחתיה מותרים, שהבעלים מתיאשים מהם (דדרך תאנים ותמרים ליפול מהאילן ומשו"ה נתיאשו מהנופלים מהאילן אפילו קודם נפילתן ממנו, דאלי"כ הוי יאוש שלא מדעתו ובאיסורא באו ליד המוצאן, סמ"ע ע"פ הגמ'), 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 (ולפ"ז ה"ה באבידה בדבר שאין בו סימן, כשנתוודע לו בעדים שהוא של יתומים חייב להחזיר, דאין יאוש מועיל בקטנים דהוי יאוש שלא מדעת, נתיבות), וכן אם הקפיד בעל השדה והקיף מקום האילנות, או תיקן מקום שיפלו בו הנובלות עד שילקטם, הרי אלו אסורים, שהרי גילה דעתו שלא מחל".

סעיף ז

ע"פ משנה ב"מ כא. וגמ' שם בבעיות דלא איפשטו פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "מצא פירות מפוזרות במקום הגרנות (לאפוקי מרש"י דתלה הדין בנמצאו בזמן הדישה, סמ"ע), אם היו כמו קב בתוך ד' אמות (דלא כטור שכתב בד' אמות על ד' אמות או יותר והוא חומרא דדוקא בנמצא בתוך מרחב גדול כזה הוא של מוצאו האם מפוזר במרחב ד' על ב' לא יגע בו, סמ"ע) או ביותר על ד' אמות (לכ' מיותר וצ"ל דכוונתו דדוקא קב ביותר מד' אמות הוא של מוצאו, הא ביתר מקב אפילו ביתר מד' אמות אע"פ שהטירחא לפי השיעור אחד הוא, אפ"ה אינו של מוצאו כי הוא בכלל האיבעיא דלא איפשיטא, סמ"ע), 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 (ש"ך: לחד תירוצא בתוס' בב' על ד' אמות הרי אלו שלו), או קביים בח' אמות, או שהיה הקב משנים וגי מינים כגון תמרים ושומשמים (כגירסת הרמב"ם), כל אלו ספק לפיכך לא יטול ואם נטל אינו חייב להכריז (כרמב"ם, ודלא כרא"ש דכיון דלא איפשיטא ספיקא דאורייתא לחומרא וחייב להכריז) {וי"א אפילו בתמרים לחוד דלא נפיש טרחיהו וכל כיוצא בזה או בשומשמים לחוד דחשיבי, הוי ספק (רש"י)"}.

סעיף ח

ע"פ משנה שם כג: וגמ' וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "גוזל שמדדה ואינו יכול לפרוח, הנמצא קרוב לשובך בתוך חמשים אמה, הרי הוא של בעל השובך, חוץ לחמשים אמה, הרי הוא של מוצאו (ברובא דעלמא העוברים ושבים גוים נינהו, סמ"ע), שאין הגוזל מדדה יותר על חמשים אמה {ובשביל של כרמים אפילו חוץ לנ' אמה הוי של בעל השובך (טור ע"פ הגמ'), ואיני יודע למה השמיט זה הרמב"ם,

ב"י). 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 שאינן מפריחים, אבל אם הם מפריחים, בכל ענין של מוצאו (טור)}.

כתב הסמ"ע (לב) דבחוץ לני אמה הרי הוא של מוצאו דכיון דליכא למיתלי משובך נדדה ובאה שם אמרינן עוברי דרכים עברו שם ונופלים מהם ורובא דעלמא העוברים ושבים גוים נינהו, וכתב הש"ך (כב) דבתוי"ט תמה על זה דהא במשנה (סעי' י' לקמן) מוכח דאין בגוזלות סימן וא"כ אפילו רובם עוברי דרכים ישראל שרי, והש"ך יישב דאין זה קושיא דמ"מ מאן לימא דמצאן לאחר יאוש דלמא אכתי לא ידע דנפל מיניה וה"ל יאוש שלא מדעת דלא הוי יאוש וכדלקמן סימן רס"ב וכן משמע בתוס' כסמ"ע אולם ברמב"ן ונ"י משמע כתוי"ט וכ"ד הלבוש ולשיטה זו צ"ל דגוזלות מידע ידע בנפילתן והוי כמו הנך דלקמן סימן רסב סעי' ו-ט.

סעיפים ט – י

המוצא דבר דרך הנחה ואין בו סימן ונטלו מה הדין?

ע"פ משנה שם כה: "מצאה אחר הגפה" וכו' וגמ' וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "כל המוצא אבידה, בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן, אם מצאה דרך הנחה אסור ליגע בה, שמא בעליה הניחיה שם עד שיחזרו לה, ואם יבא ליטלה, והיה דבר שאין בו סימן, הרי איבד ממון חבריו, 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 (ה"ה: לפי גירסת ספרינו וכ"כ ברש"י זה דווקא בדבר שאין בו סימן וכ"כ הרמב"ן ועוד דביש בה סימן נוטל ומכריז וכתב הש"ך דהלכה כרש"י ומש"כ הכס"מ ליישב הרמב"ם דבריו דחוקים)".

מצא דבר שאין בו סימן וספק אם הונח או נפל ולקחו, האם מותר לו להשתמש בו?

מצא דבר שספק לו אם דרך הינוח או דרך נפילה האם חייב להריס? מה הדין באם נטלו האם יהיה מותר לזכות בו?

מה הדין ביאוש שלא מדעת ולקחו, האם מותר להשתמש בו?

המשיך השו"ע (ט) ע"פ שם וכרמב"ם "אפילו נסתפק לו הדבר, ולא ידע אם דבר זה אבוד או מונח, הרי זה לא יגע בו, ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם (ע"כ מיירי ביש בו סימן דהא ממשיך לגבי אין בו סימן וקאי אדסמיק ליה במקום שיש להסתפק בהינוח או באיבוד, סמ"ע, ועיין נתיבות סקי"ב שהאריך), ואם היה דבר שאין בו סימן, זכה בו ואינו חייב להחזירו (ה"ה: הראב"ד השיגו והדין שיעמוד עד אשר יבוא אליהו דהוה ליה יאוש שלי"מ והאמת כדבריו וכ"כ הרמב"ן דלא קני בהאי יאוש דבאיסורא אתא, והב"י יישב הרמב"ם דס"ל דפלוגתא דאב"י ורבא הויא בדבר שאין בו סימן והלכה כאב"י דלא הוי יאוש משום דהא לא ידע דנפל מיניה היינו לומר דאסור לו ליטלם אבל אם עבר ונטלם זכה בהם משום דכיון שהם בידו ואינו יודע למי יחזירם שהרי אין בהם סימן ולמקום שמצאם אין לו להחזירם כמו שנתבאר ממילא זכה בהם דאין לנו לומר שיעמדו עד שיבוא אליהו אלא היכא דאיתמר הכי בהדיא, והסמ"ע ביאר ברמב"ם דלא כב"י אלא דס"ל דכיון דבשעה שנטלו אדעתא להחזירו לבעליו, אלא שטעה בזה שלא ידע שלא יהיה בידו להחזירו כיון דאין בו סימן, ס"ל דבזה כ"ע מודים דיתחיקנו המוצאו לעצמו, והש"ך כתב על ביאור הסמ"ע דאינו נראה כלל דהיכא רמיזא דמיירי דוקא שנטלו אדעתא להחזירו לבעליו ועוד דמה חילוק יש ס"ס באיסורא אתי לידיה וטעמא דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש הוא כיון דבאיסורא אתי לידיה, אלא אין כאן שום השגה על הרמב"ם אדרבה פשט לשנא דש"ס דלא יחזור משמע שהוא שלו דאל"כ ה"ל לפרושי דיהא מונח עד שיבא אליהו אע"ג דה"ל יאוש שלי"מ מ"מ א"צ להניחו עד שיבא אליהו אלא כיון שאינו יודע למי יחזור יכול לעשות בו מה שירצה והא דק"ל יאוש שלי"מ לא הוי יאוש בסימן רס"ב היינו דאם נתברר של מי הוא צריך להחזירו ולא אמרינן כיון דנתייאש זכה זה בו אבל כל זמן שלא נתברר של מי הוא יוכל זה לעשות בו מה שירצה), וכל דבר שיש בו סימן, בין ספק הנחה בין בדרך נפילה, בין ברה"י בין ברה"ה, חייב להכריז. (י) כיצד, מצא טלית או קרדום בצד הגדר, הרי זה לא יגע בהם. בסרטיא (דרך

רחבה שהולכים שם רבים תדיר), נוטל ומכריז. מצא גוזלות מקושרים בכנפיהם (בגמ' מפורש דקשר כי האי לא הוי סימן דכ"ע הכי קטרי להו וגם אין מקום סימן, סמ"ע עיי"ש ובש"ך) ומדדין אחר הגדר או אחר הגפה (סתומת כותל של עצים או של קנים) או בשבילין שבשדות, ה"ז לא יגע בהם, שמא בעליהם הניחו שם, ואם נטלם, הרי אלו שלו (ה"ה): כל ספק הינוח יעמוד עד שיבוא אליהו בדבר שאין בו סימן וכנ"ל בשם הראב"ד וכדלקמן ברמ"א, באה"ג). ואם היו קשורים קשר שהוא סימן, חייב להכריז, וכן אם מצאם קבועים במקום, חייב להכריז, שהמקום סימן" והרמ"א פסק בטור ע"פ הרא"ש וה"ה "כל אלו דברי הרמב"ם, אבל יש חולקין בכל זה וסבירא להו דג' חילוקים בדבר, ¹ 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, ואם אין בו סימן יהא מונח עד שיבא אליהו. לא הולילו לביתו, יחזור ויניחו על מקומו (סמ"ע): דמדובר שהגביה ונטלו בידו אבל לא זז משם, דאז לא שייך הטעם דאיכא למיחש שמא בא בעל אבידה וביקש ליטלו במקום זה שהניח שמה ולא מצאהו ושוב לא ילך שם לבקשו, דהרי ראה דלא בא בעל אבידה לבקשה, יחזור ויניחה כיון דהמקום הוא משומר). ² ובמקום שאינו משתמר כלל, אפילו ודאי הונח ואין בו סימן לא בחפץ ולא במקום (דאמרינן מתחילה הניחו בעליהן שם להקל ממשאם ושכחום שם ונתיאשו כיון שאין בהם סימן לא בחפץ ולא במקום, סמ"ע בשם הטור), הוי של מוצאו, ואם יש בו סימן, נוטל ומכריז. ³ 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 הולילו לביתו לא יחזיר, שהרי אין המקום משתמר היטב, ויהא מונח עד שיבא אליהו (ש"ך): מדברי הרמב"ם ר"ן ועוד נראה להדיא דבכה"ג יחזיר כיון שלא הולילו לביתו דממ"נ אם הבעלים הניחו שם לדעתם כיון שמקום זה משתמר הוא לדעת בעלים יכול להחזירו ואי מעלמא אתי כיון שאין בו סימן הרי הוא שלו וכיון שיכול להניחו בביתו למה לא יהא רשאי להניח במקום שנטל, וביאר ה^{נתיבות} דהתוס' ס"ל דתלינן בהינוח ושכחו וחשיב כאבידה ונעשה שומר אבידה ודעת הר"ן דכל שהוא משומר קצת לא תלינן שהוא שכחו וממילא יכול להניחו במקום שהניחו שם הבעלים מדעת), וכן נראה לי עיקר".

עמש"כ המחבר בסוף סעי' ט' דכל דבר שיש בו סימן בין ספק הנחה בין בדרך נפילה וכו' דחייב להכריז, כתב הסמ"ע (מג) דהמחבר דקדק וכתב 'ספק הנחה' משום דבדאי הנחה הוא מקום המשומר קי"ל דאף אם נטלה ממקומה כל זמן שלא הולילה לביתו חוזר ומניחה במקום שנטלה ואפילו בדבר שאין לו סימן וכרמ"א בשם הטור בהמשך, ודלא כגירסת הרמב"ם 'בדרך הנחה', ולדבריו צ"ל דקאי במקום שאין משתמר לגמרי כי אם קצת אבל יש עדים שבכונה הניחם שם, ואפילו בזה קאמר דנוטל ומכריז דאמרינן ודאי היתה דעתו לחזור וליטלו משם לפי שעה מאחר שאינו משומר לגמרי ושכחו מליקחו, וניחא לבעליהן מסתמא שיקחנה משם ישראל ויכריז עליו קודם שיקחנה גוי או ישראל דלא מעלי ויחזיקנה לעצמו.

עמש"כ הרמ"א כתב הסמ"ע (מו) דבכל ג' חילוקים הללו אין פלוגתא מבוארת עם הרמב"ם אלא בתרי ענינים א' דדעת הרמב"ם במצאו במקום שאינו משתמר כי אם קצת ונטלו ואין בו סימן דהוא של מוצאו, ושאר הפוסקים ס"ל דיהא מונח בידו עד שיבוא אליהו כיון דבא לידו באיסורא וה"ל יאוש שלא מדעת, וב' בספק הינוח במקום שאין משתמר כ"כ ויש בו סימן, דכתבו הרב המגיד והכס"מ דנראה מדברי הרמב"ם דס"ל דלכתחילה לא יגע בו, ושאר הפוסקים חולקים וס"ל דלא אמרו ספק הינוח לא יגע בו אלא בדבר שאין בו סימן, אבל בדבר שיש בו סימן נוטל ומכריז.

עמש"כ הרמ"א דבמקום שאינו משתמר כלל וכו' כתב הש"ך (לא) דקיצר בלשונו דפשיטא דבדאי הניח ואין בו סימן אפילו במקום שאינו משתמר כלל לא הוי של מוצאו אלא יהא מונח עד שיבא אליהו מטעם דהוי יאוש שלא מדעת, וע"כ הוכרחו הטור והרא"ש לפרש כמו כריכות קטנות בר"ה שאין בהם סימן לפי שמתגלגלים ברגלי בני אדם ומתחלה הניחו בעליהן שם להקל ממשאן ושכחום ונתיאשו כיון שאין בהם סימן לא בחפץ ולא במקום כלומר דדוקא בכה"ג שמסתמא מיד נתיאשו הבעלים קודם שמצאו זה והילכך בהיתרא אתי לידיה אבל בעלמא היכא דהוי יאוש שלא מדעת יהא מונח עד שיבא אליהו. הנתיבות (טו) כתב שיש לתמוה על תמיהת הש"ך דודאי כל הינוח במקום שאינו משתמר לגמרי יש לתלות בהינוח ושכחה כמו שכתבו התוס'.

סעיף יא

ע"פ **משנה שם כה**: וכשתי אוקמיות בגמ' ששתיהם להלכה (רמב"ם ורא"ש) וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "מצא באשפה כלי מכוסה, הרי זה לא יגע בו {במה דברים אמורים, באשפה שאינו עשוי לפנות כלל, אבל אם מתחלה עשוי לפנות, המטמין בה דבר אבידה מדעת היא והרי הוא של מוצאה (טור) ע"פ הגמ' }", 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 כשכיבדו הבית השליכן שם (טור)}".

כתב **הסמ"ע** (נד) על הגהת הרמ"א ברישא דהרמב"ם והמחבר לא כתבו כן, דהרמב"ם לטעמיה שכתב בפרה רועה בין הכרמים של גוים והתירה בה דאמרין דהיא ג"כ אבידה מדעת, אע"פ שאינו חייב לטפל בה מ"מ אין ליטלה לעצמו, דס"ל דאע"ג דבעל הפרה לא חשש אממונו מ"מ אין לאחר ליטלה לעצמו, ה"נ דכוותיה, ומשו"ה לא חילק הרמב"ם בזה והניחה ג"כ בכלל דין אשפה שאינה עשויה לפנות ולא יגע בה, ולפי"ז קצת קשה דלא ה"ל לרמ"א לערבב הדברים אלא לכתוב בלשון פלוגתא, אולם **הש"ך** (לג) כתב דאין זה מוכרח וגם קשה לפ"ז מאי פריך בש"ס אבידה מדעת היא דלמא ברייתא אשמועין דיכול ליטלו ולהכריז משא"כ במכוסה דאסור ליגע בו ודוחק לומר דלישנא דנוטל ומכריז משמע ליה שהוא מחוייב ליטלו אלא ודאי פריך אמאי מכריז הרי הוא שלו ויותר נראה שהרמב"ם קיצר בדבר ולא כתב רק מה שנאמר בש"ס לפי האמת ואשפה שאינו עשוי לפנות כלל שהוא מוזכר בדברי המקשה לא הוכרח להביא ואפשר דלדינא מודה לטור ואף דבסימן רס"א לא ס"ל לרמב"ם הכי מ"מ כיון שבלשונו כאן אין הכרח העתיק הרמ"א דברי הטור כפשוטו וכן דרכו בכמה מקומות או יש לחלק בין אבידה מדעת דהכא להתם כמו שמוכרח לומר לדעת הרמב"ם, ולענין דינא עיקר כטור ורמ"א.

סימן רסא – דין המוצא במקום שניכר שאינה אבידה

סעיף א

ע"פ **משנה ב"מ ל**: וגמ' וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "מצא חמור או פרה רועים בדרך ביום, אין זה אבידה (סמ"ע: סתם כרמב"ם דאפילו בכמה ימים זה אחר זה ודלא כרשב"א שגם בזה בגי' ימים הוי אבידה, והש"ך כתב דהרשב"א לא כתב אלא אטלית בצד גדר). בלילה {או אם רואה חמור וכליו הפוכין (טור)}", ה"ז אבידה. בפנות היום ובנשף (ר"ל או בנשף כלומר סמוך לפנות ערב, בטור וסמ"ע), אם ראה אותם שלשה ימים זה אחר זה הרי זו אבידה ונוטל ומכריז".

סעיפים ב – ג

ע"פ **משנה וגמ' לא. לב**. וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "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 היתה רצה בין הכרמים, שאז יש לחשוש שמתקלקלות רגליה דרך ריצתה בקוצים ובשרשי אילנות דמצויים בכרם, דבזה גם בשל גוי חייב להחזיר משום אבידת בהמת ישראל, סמ"ע ע"פ הגמ'). ואם חשש שמא יהרגנה העו"ג כשימצאנה, מפני שהפסידה הכרם, ה"ז אבידה ונוטל ומכריז {וה"ה במקום שפורעין קנס מבהמות שרועין בשדות אחרים (רי"ן)} (ג) מצא פרה בר"ה, אם עומדת בר"ה (ה"ה ובאה"ג: דווקא חוץ לתחום וכלישנא בתרא בגמ' וכ"ד הגר"א ברמב"ם) חייב להחזירה. היתה רועה בעשבים (אפילו חוץ לתחום, באה"ג) או שהיתה ברפת שאינה משתמרת (אפילו חוץ לתחום, ה"ה ובאה"ג) ואינה מאבדת, לא יגע בה, שאין זו אבידה {וי"א שאם הרפת חוץ לתחום, חייב להחזירה (רא"ש כלישנא קמא, לחומרא בדאו', גר"א), מיהו נ"ל דהכל לפי הענין, ואף הסברא הראשונה מודה אם הוא בענין שאינה משומרת}".

סעיף ד

המאבד ממונו לדעת מה דין הממון ומדוע?

מה דין אבידה מדעת? ואם אדם נתן כסף לקטן ובא אחר וקידש בכסף זה אישה האם היא

מקודשת?

ב"מ לא. "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". כתב הרמב"ם גבי פרה בכרמים דאם הוא במקום שהורגים בהמה המזקת בלא התראה חייב להחזירה לבעלים שאין אבידה גדולה מזה ואם אין הורגין אותה בלא התראה אינו חייב ליטפל בה שאם לא התרו לבעליה אין הורגין אותה, ואם התרו בו ולא חשש להוציאה אבידה מדעת היא ואע"פ שאין לרואה ליטלה לעצמו מ"מ אין חייב ליטפל בה, ואילו הטור כתב דאבידה מדעת הוי הפקר, ובב"י כתב עליו דלאו מילתא היא שבשביל שאינו חושש לפקח על נכסיו לא נאמר שהפקירה. ה"ה כתב דדין הרמב"ם פשוט וכ"מ מדף כ"ה ע"ב גבי אשפה עשויה ליפנות דאבדה מדעת היא כלומר ואין נזקקין לה.

משנה לב. "מצאה ברפת אין חייב בה ברשות הרבים חייב בה", ובגמ' "אמר רבא רפת שאמרו אינה מתעה ואינה משמרת".

השו"ע פסק כרמב"ם "המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו, כיצד, הניח פרתו ברפת שאין לה דלת, ולא קשרה, והלך לו {ווי"א דרפת לא מקרי אבידה מדעת וחייב להחזירה (טור ע"פ הגמ', והרמב"ם מפרשה שנפתחה הדלת מאליה, גר"א)}. השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו, ה"ז איבד ממונו לדעתו, ואע"פ שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו, אינו זקוק להחזיר שנאמר אשר תאבד פרט למאבד לדעתו {ווי"א (טור) דאבידה מדעת הוי הפקר וכל הקודם זכה}."

כתב **הסמ"ע** (ו) דהמחבר נקט דווקא 'רואה' דבר זה שרואה שהשליכו בידים, אבל אם מצא כיס מונח ברשות הרבים חייב להחזיר, כיון דיש בו סימן אימר דנפל מבעליו ולא נתיאש ממנו, אם לא במקום דרוב גוים וכסימן רנ"ט, והטעם דאסור לרואה ליטול לעצמו, דס"ל לרמב"ם דאף אם זה אינו חושש לשמור ממונו מ"מ מה להן לאחרים לקחתו, ולא קראו בגמ' אבידה מדעת אלא לענין שאין המוצא חייב להחזירו לו או להכריזו, וכמש"כ גבי אשפה העשויה לפנות בסוף סימן הקודם, ולעומי' הטור והרמ"א חולקים בשניהן וס"ל דדברים הללו משוי"ה קראן הגמרא אבידה מדעת משום דהו"ל כאילו הפקירן וכל הקודם ליטלן זכה בהן.

הש"ך (ג) הביא בתחילה דברי הב"י דלעיל וכתב דגם הב"ח כתב דהעיקר כרמב"ם, אולם לא ירדו לסוף דעת הטור, דאין כוונתו להשיג בסברא דמסתמא, אלא כוונתו להשיג דאבדה מדעת דאמרין בש"ס בכל דוכתא פירושו דהוי הפקר וכמו שמוכח גבי אשפה שאינה עשויה לפנות דקאמר בש"ס אבידה מדעת היא והיינו ע"כ דהפקר הוי והוא שלו וכמש"כ בסוף סימן הקודם וכן מוכח בתחילת הפרק גבי פירות מפוזרין הרי אלו שלו הא לא ידע דנפל מיניה אמר מר עוקבא הכא במכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת היא ופרש"י דמדעת הניחום והוי הפקר, ולרמב"ם צריך לומר דאבדה מדעת דהכא אין פירושו כמו אבדה מדעת דהתם והוא דוחק גדול, והעיקר כטור וכן משמע מדברי הג' אשר"י והתוס'.

הקצות (א) כתב דאין זה מן המדה במה דכ"ל הש"ך דכיון דאשכחן בחד דוכתא דהוי הפקר דהכי הוא בכל מקום דהא אשכחן אבידה מדעת בב"ב פ"ז והתם ודאי אינו הפקר גבי 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, ומסקינן שנטלה למוד בה לאחרים ושואל שלא מדעת גזלן הוא וקיי"ל כרבנן בסימן קפ"ח דעל הפונדיון חייב ועל הצלוחית פטור משום דאבידה מדעת היא ולא היה צריך לשומרו יותר מבעל הבית, ועל הפונדיון דחייב, ואי נימא דאבידה מדעת הוי הפקר א"כ למה יתחייב על הפונדיון עיי"ש, וכיון דפירושו מתחלף אם כן ראיית הש"ך אינו, ומש"כ הש"ך ראייה מאשפה ליתא דגם שם לדעת הרמב"ם אינו הפקר, ומה שהוכיח מריש הפרק גבי מכנשתא התם פריך לאביי וגבי

יאוש מדובר שם עיי"ש שהאריך, אך סיים שאכן בהג' אשר"י משמע כטור. עוד הביא שכתב בתשובת הב"ח באחד שהיה לו מטבע ונתן המטבע לתינוקת שלו לשחוק והגיע המטבע ליד הנער משרתו וקידש בו אשה דכיון דלא חשש לשמור לאותו מטבע ונתנו לתינוקת לשחוק בו הו"ל הפקר דכל אבידה מדעת הוי הפקר לטור ואף שהרמב"ם חולק, יש לטור ראייה מהגמ' דמכנשתא דמשמע דאבידה מדעת הוי הפקר, והקצות חלק שבנידון דתינוקת אליבא דכ"ע לא הוי הפקר וכגמ' ב"ב פ"ז בשולח בנו קטן אצל החנוני ומדד לו באיסר שמן ונתן לו את האיסר דחייב לשלם ואע"ג דהפונדיון שנתן ביד הקטן הוי אבידה מדעת וכן הצלוחית הו"ל אבידה מדעת כמבואר שם ואפ"ה אם נתן החנוני את הצלוחית למוד בה חייב לשלם וכמבואר בסימן קפ"ח, ומבואר דנותן לקטן אע"ג דהו"ל אבידה מדעת אפ"ה לא הוי הפקר, ובע"כ צ"ל דהטור לא קאמר דאבידה מדעת הוי הפקר אלא במניח במקום שאינו משתמר, אבל נתן לקטן אף על גב דאבידה מדעת היא אפ"ה אינו הפקר, וא"כ בנדון הב"ח דנתן לתינוקת לכ"ע לאו הפקר הוא וא"כ אין חוששין לקידושי ואין לחלק בין נתן לשחוק או נתן לו סתם.

בנתיבות (א) כתב דאבידה מדעת שם אבידה עליו ובעיני יאוש ומשו"ה באשפה העשויה לפנות הפקר גמור הוא, דיאוש גמור איכא, דהא מי שימצאו ודאי לא יכריז, דאבידה מדעת אין צריך להכריז כמ"ש הסמ"ע ס"ק י', והתוס' דף כ"ד דכל שאין המוצא צריך להכריז מייאש נפשיה בעל האבידה, א"כ ה"נ כיון שבאבידה מדעת אין צריך המוצא להכריז, בודאי הבעל אבידה מייאש נפשיה ושפיר הוי הפקר גמור, ואפשר לומר דגם הרמב"ם סובר דאחר שנטלו א"צ להחזיר דאיכא יאוש כדמשמע מלשונו שכתב אינו זקוק להחזיר ולא כתב אינו חייב לטפל בה כמו בסימן רס"ג, ועוד דדמי לסימן רס"ט בספק הינוח ואין בו סימן, דאף דאסור ליגע, מ"מ כשנטלן זכה בו, כיון דמייאש נפשיה בדבר שאין בו סימן שא"צ להכריז, ואבידה מדעת כדבר שאין בו סימן דמי כיון דא"צ להכריז, וה"נ סובר הרמב"ם דאחר שנטלו הוא שלו, רק שאסור לכתחילה ליטלו, ומה שהוכיח הקצות מב"ב, בקטן ליכא יאוש.

סימן רסב – על איזה דבר חייב להכריז ואיזה דבר הוא של מוצאו

סעיף א

מה הדין אם מצא אבדה שווה פרוטה, והזול ושווה פחות שווה פרוטה?

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" וכו' ואסיק רבא דפרוטה שהזולה אי נמי פרוטה שהוקרה לכולי עלמא פטור כי פליגי בפרוטה שהוקרה והזולה וחזרה והוקרה מאן דאמר אשר תאבד איכא ומאן דאמר ומצאתה בעינן דאיכא שיעור מציאה משעת אבידה ועד שעת מציאה, והלכה כת"ק.

וז"ל השו"ע "כל אבידה שאינה שוה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה אינו חייב להכריז עליה. אפילו היתה שוה פרוטה בשעת אבידה, והזולה, או שלא היתה שוה פרוטה בשעת אבידה, והוקרה, אינו חייב. אבל אם היתה שוה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה, אפילו הזולה באמצע, חייב (רמב"ם -) וכן אפילו הזולה אחר מציאה, חייב להכריז" – וביאר הסמ"ע (ב) דלא תימא כיון דבשעת הכרזה והחזרה אינה שוה פרוטה לא יהא מוטל עליו להכריז, קמ"ל כיון דחל עליו החיוב בשעת מציאה תו לא פקע אף שהזולה.

סעיפים ג. ד

ראובן שראה שנפל חפץ משלושה אנשים ומצאו ואין בו סימן, באוזה אופן חייב להכריז

ובאיזה אופן אינו חייב?

ע"פ מימרא דרב נחמן ולישנא בתרא דרבא בב"מ כו. פסק בשו"ע (ב) "אפילו אבידה ששוה הרבה, אם היא של שותפים הרבה, שאין מגיע לכל אחד שוה פרוטה, אינו חייב להחזירה, בד"א, שידוע שהם שותפים בה, אבל בסתם, שראה חפץ או מטבע שנפל משלשה ואינו שוה אלא שתי פרוטות, חייב

להחזיר, דשמא שותפים הם בו ואחד מהם מחל חלקו לחבירו והרי יש בו שוה שתי פרוטות לשנים (אבל אם נאמר דלא היו שותפין בו אפילו שוה הרבה מיאש נפשו ולכתחלה צריך להכריז שמא שותפין, סמ"ע ע"פ הגמ', אך בשנים אינו מייאש, דאף אם יכפרנו זה שהלך אתו ורוצה לישבע שלא מוצאו, סובר האובד היום או מחר אתפוש גם אני משלו ואחזיק בו תחת זה שמחזיק הוא באבידתו, סמ"ע ע"פ הרא"ש, והביאו הקיצור הש"ך). (טור -) ואם אח"כ נודע שלא מחלו אחד לחבירו הרי הוא שלו אפילו בא לידו קודם שנודע (ה"ה -) ואם היה שוה פחות משתי פרוטות, הרי הוא שלו, דלא חיישין דילמא שנים מחלו לאחד (לפיכך לא יחזיר, אם שותפין הן אין בו שוה פרוטה לכל אחד, ואם אינן שותפין הן מתיאשין, סמ"ע ע"פ הטור) (גר"א: לפי גירסת הר"י"ף והרמב"ם חייב בכה"ג)... (ד) (טור ע"פ מימרא דרב נחמן כו: -) ראה אבידה שנפלה משנים (כרבא -) או משלשה, צריך להחזיר אפילו אין בו סימן, שאם ראה ממי מהם נפל יחזירנו לו, ואם לא ראה ממי מהם נפל, אם יש בו סימן יכריז ביניהם, ואם אין בו סימן יהא בידו עד שיבא אליהו {ודוקא ששוה שתי פרוטות, כמו שנתבאר בסע' ב' (טור) }."

כתב הש"ך (ג) גבי הסיפא דאם אין בו סימן יהא בידו עד שיבא אליהו, דאע"ג דבסוף סימן ר"ס כתב דס"ל למחבר ביאוש שלא מדעת זכה בו ואינו חייב להחזירו כ"ז שלא נתברר של מי הוא ולא אמרינן יהא מונח, שאני הכא כיון שנפל מב' או מג' י"ל דאינו מתיאש לעולם וחושב לעולם שהוא אצלם ויחזירו לו. עוד כתב דהמחבר והרמ"א סתמו דלא כר"י הסובר דמדובר דווקא שראה אותם מבקשים אבל אם אין בו ב' פרוטות או שראה שלא בקשו אחריה ונטלה אחר ששהא אחר שיוכל למשמש בכיסו ה"ז שלו, דהטור וש"א"פ לא חילקו בכך, וכן עיקר, והתוס' לא כתבו שם דבעינן ראה מבקשים אלא לרבא דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש אבל לדידן דקיימא לן יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אף על פי שלא ראה אותם מבקשים ונטלה אחר ששהא כדי שיכול למשמש בכיסו לא מייאש ואימור שותפין נינהו ומחל חלקו ולכך לא ביקש מיד (ועיין נתיבות ב').

כתב ה**לבוש (פת"ש א)** דהטעם באבידה של שותפים שאין פרוטה לכל אחד הוא משום דאע"ג דומצאתה איכא אשר תאבד לכל אחד ליכא, ובברכ"י דחהו דטעם זה לא בש"ס ולא בפוסקים ולפום רהיטא קשה על זה מהש"ס דשקיל וטרי טובא מאי איכא בין ת"ק לר"י ולא קאמר דאיכא ביניהו שו"פ של שותפין.

< סע' ג: ראה סימן רנטב.

מה הדין באדם שהפריש תרו"מ משדה חבירו ולאחר מכן הגיעו הבעלים ושבוהו האם התרומה חלה? ומי שלא ביטל חמצו קודם שש שעות האם יכול לבטל לאחר שש?

הקצות (א) דכתב הרמב"ם "התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותורם, אם בא בעל הבית ואמר ליה כלך אצל יפות, אם היו שם יפות ממה שתרם תרומתו תרומה ואם לאו אין תרומתו תרומה, ואם ליקט בעה"ב והוסיף בין כך ובין כך תרומתו תרומה", והקשה הב"י (יו"ד של"א) דכיון דאנן קי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש לא מהני כלך אצל יפות אלא בדשויה שליח כמבואר בגמ' ב"מ כ"ב, והעלה דהרמב"ם סמך על סוגיה דקידושין נ"ב וממילא אידחיא הך סוגיא דב"מ, דשם אמרינן האי סרסיא דקדיש בפרוזמא דשיכרא אתא בעל הבית ואמר אמאי לא אייתת מהאי חריפא, אמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא גבי תרומה, ומשמע דאפילו בכה"ג שליטא שלא ברשות כי אתא בעה"ב ואמר כלך אצל יפות וגלי אדעתיה דניחא ליה אף על גב דמעיקרא לא ידע מהני, והטעם משום דמצוה שאני ומהני אפילו לא ידע מעיקרא ומשום דמסתמא ניחא ליה מעיקרא ע"ש וכ"ד הט"ז, וכתב הקצות דכן נראה מעירובין ע"א דכלך אצל יפות מהני אפילו בדלא שויה שליח וע"כ משום ניחותא דמצוה שאני, וכן מוכח מהא דכתבו הפוסקים באו"ח סמן תרל"ז דמותר ליטול אתרוג של חבירו או לישב בסוכת חבירו שלא מדעתו משום דניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בממוניה ואע"ג דהשתא מיהא לא ידע, וכתב דעפ"ז העלה באחד ששכח מחמת אונס לבטל חמצו בערב פסח קודם שש ואחר שש נזכר וביטל חמצו, והעליתי דמותר בהנאה אחר פסח כיון דכבר העלו האחרונים להתיר כל שביטל אפילו בלא מכירה כיון דעכשיו כבר נהגו כ"ע בנוסח כל חמירא לא חיישין להערמה שבודאי יעשה כסדר הזה, אלא דבנדון זה גם ביטול לא היה לו בזמנו, ומהך סוגיא דעירובין בביטל משחשיכה דהו"ל כמו כלך אצל יפות ואמרינן מסתמא ניחא ליה מעיקרא אלא ששכח ולא ידע, אי"כ ה"ה בזה שנזכר אחר שש וביטל אמרינן מעיקרא ניחא ליה אלא

ששכח ולא ידע, והא דאמרין בפסחים ז' דלבתר איסורא לא מצי מבטל ליה והתניא היה יושב בבית המדרש וכו' אפשר לומר הך סוגיא נמי אידיחא מהך סוגיא דעירובין כמו דאידיחא הך סוגיא דאלו מציאות, וא"כ הא דאחר זמן איסורא לא מצי מבטל ליה היינו בידע מעיקרא ולא ביטל, אבל שכח ולא ידע הו"ל כמו הך דעירובין דביטל משחשיכה, אמנם חלילה להקל בזה כיון דמדברי הפוסקים באו"ח סימן תל"ד לא משמע הכין אלא שכתבתיו לסניף שהיה שם עוד הרבה צדדי היתר. [עוד המשך הקצות לדון במש"כ הב"י ביישוב הרמב"ם דמשום נוחותא לא בעינן ידיעה עיי"ש]. על סברת הקצות ע"פ הב"י דבניחותא דמצוה אמרין מדהשתא נוחא ליה מעיקרא נמי נוחא ליה, ומה שהוציא מזה לגבי חמץ, כתב ה**נתיבות** (ד) "וישתקע הדבר ולא יאמר וח"ו לומר כך", דבלא"ה ידעינן דלא נוחא ליה בחמץ דהא איסורא לא נוחא ליה דליקניה, ובלא"ה אינו ברשותו כלל דאיסור הנאה הוא, רק דרחמנא אוקמיה בע"כ ברשותיה כדאמרין א"כ מה בכך דידעינן דמעיקרא לא נוחא ליה, כיון דרחמנא אוקמיה בע"כ ברשותו כל זמן שלא ביטל בפה או בלב.

סעיף ה

[מה הדין באבידה שהתייאש בעליה ואח"כ חזר בו מן הייאוש עוד לפני שאחר הספיק לזכות בה, האם צריך לחזור ולעשות בה קניין?]

ב"מ כג. "אמר רב זביד משמיה דרבא כללא דאבידתא כיון שאמר ווי לה לחסרון כיס מייאש ליה מינה" וכתב הרא"ש והמוצא אחר כך אפילו בדבר שיש לו סימן הרי היא שלו.

שם **כג**: "ההוא גברא דאשכח כופרא בי מעצרתא אתא לקמיה דרב אמר ליה שקול לנפשך לימא קסבר רב מקום לא הוי סימן אמר רבי אבא משום יאוש בעלים נגעו בה דחזא דקדיח ביה חילפי" ופירש **רש"י** "דקדיח ביה חילפי, שמע מינה מימין רבים היה שם וכבר נואשו הבעלים".

וז"ל השו"ע כלשון ה**טור** "מצא דבר שנתייאשו הבעלים ממנו, כגון שאמרו ווי לחסרון כיס, אפילו יש בו סימן הוא של מוצאו. וכן המוצא דבר שמוכיח בו שיש זמן רב שנאבד מבעליו ונתייאשו הבעלים, הוא של מוצאו, אפילו יש סימן בגופו או במקומו {**מהרי"ק** - } הא דאמרין 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 ווי לחסרון כיס, לא הוי יאוש דהואיל שכל חוב הוי ספק אי משתלם אי לא, מספיקא אמר כך ולא גמר ומייאש".

כתב ה**נתיבות** (ג) דייאוש אינו כהפקר כלומר הא דיאוש קונה לא יצא ע"י יאוש מרשות בעלים עד דאתי ליד זוכה ואילו בהפקר קיי"ל בנדרים מ"ג דהוי הפקר אף על גב דלא אתי לרשות זוכה ואפילו הוא בעצמו צריך לחזור ולזכות בו, אולם באבידה אם נתיאש מהאבידה וכלה היאוש קודם דאתי ליד הזוכה א"צ לחזור ולזכות בו רק כיון שראהו תיכף זכה בו ואין שום אדם יכול לזכות בו שוב, ומקרא גופיה מוכח כן, דבשלמא בהפקר דאתי מקרא דתשמטנה ונטשתה דנלמד משמיטה (ירו' פאה ו,א) הוי הפקר אפילו לא אתי ליד זוכה, אבל יאוש כתבו התוס' בב"ק ס"ו דנפקא לן מהא דמה שמלה מיוחדת שיש לה סימנים שאין הבעלים מתיאשין ושם בקרא כתיב ומצאתה, ובב"מ דף ב' אמרין ומצאתה דאתי לידה משמע, וכיון דלא נכתב קרא דיאוש קונה רק במקום דאתי לידה, מה"ת לן למילף במקום דלא אתי לידה.

סעיף ו

ע"פ משנה כא. וגמ' שם פסק בשו"ע "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 וגזי צמר שאינם צבועים, ואניצי פשתן, הרי אלו שלו, שבכל אלו מסתמא הרגישו הבעלים בנפילתם (דמעות אדם ממשמש בכיסו, וכן לשונות דארגמן הן חשיבי, ועיגולי דבילה וככרות ומחרוזות מידי דמיכל הוא וחשוב עליו וממשמש בהו, וגזי צמר ואניצי פשתן מחמת כובדן מרגיש בנפילתו, וכיון שאין בהן סימן מיאש מהן, שגם במקומן אין סימן שכל אלו אין דרך להניח ע"ג קרקע ודרך נפילה באו שמה ואין ידוע מקומן, סמ"ע ע"פ הגמ' רא"ש וטור) וכיון שאין בהם סימן מתיאש".

הב"י תמה עמש"כ הרא"ש דהטעם בעיגולי דבילה וככרות ומחרוזות דמידי דמיכל הוא וחשוב וממשמש בהו, דלמה החליף הגמ' שאמרה גבי עיגולי דבילה וככרות אגב דיקירי ממשמש בהו, ואפשר דלא היה מפרש יקירי מלשון כובד אלא מלשון חשיבות אי נמי אפילו אם תמצא לומר שהיה מפרש יקירי מלשון כובד כיון דבמחרוזות ליכא כובד וצריך ליתן טעם משום דמידי דמיכל הוא חשיבי ההוא טעמא סגי לעיגולי דבילה ותו לא צריך בהו לטעמא דיקירי.

סעיף ז

כתב **השו"ע** ע"פ **הרמב"ם** "מצא פירות מפוזרים אם דרך הנחה לא יגע בהם (דהוי סימן וכרבא בדף כ"ב, **באה"ג**), דרך נפילתן הרי הן שלו" - וכתב **הטור** "ולא נהירא דבגמ' מוקי למתני' דמצא פירות הרי הן שלו במכנשתא דבי דרי (דווקא) שמדעת הונחו שם ונתייאשו הבעלים כדפרישנא לעיל בקב בד' אמות הא לאו הכי אסורים מפני שלא ידעו הבעלים שנפלו שיתייאשו מהן ודאי אם דרך נפילתן מוצא שם וידוע שנתייאשו בעלים מותרים אבל סתמא לא", אולם **הב"י** ביאר ע"פ **החכם המרשים** וכן הוא **ברמב"ן** והנ"י בביאור **הרי"ף** דבתר דמתרצינן בגמרא אגב יוקרייהו וחשיבותיהו הני נמי יקירי וחשיבי ולא מצטריך אביי לדרב עוקבא דמיירי במכנשתא, ובכל אנפי מיתוקמא ובדאשכחינהו דרך נפילה. כתב **הסמ"ע** (טו) דהמחבר סתם כרמב"ם דס"ל דהני נמי מידי דמיכל הוא וחשיבי על האובד למשמש בהו וידע מיד בנפילתן דומה לעיגול דבילה, אולם **הטור** ס"ל דלא חשיבי מידי דמיכל דסתם פירות הן תבואה וחסרין טחינה ולישה ואפיה וגם אינו מרגיש בנפילתן, דדרך תבואה לנושאה על עגלה או סוס לא על גבו, וכ"ד התוס' רא"ש וגם **הרמב"ן** בדעת עצמו, ותמה על **הרמ"א** שסתם.

סעיף ח

ע"פ **משנה כה**. פסק **בשו"ע** "המוצא ככרות של בעל הבית וגויזי צמר הצבועים (כג: -) וחתיכות בשר או דג שיש בהם סימן (דלא בכל חתיכת בשר או דג יש בה סימן, סמ"ע), וכן כל דבר שיש בו סימן, חייב להכריז".

סעיף ט

ע"פ **משנה כא**. וגמ' כב: פסק **בשו"ע** "מצא כריכות קטנות של שבלים ברשות הרבים (סמ"ע: רה"ר לאו דווקא אלא כל שדה שאינה זרועה רשות הרבים מיקרי) הרי אלו שלו שהרי אין בהם סימן (דכיון דמתגלגל ברגלי אדם ובהמה לא הוי מקום 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 (דהן כריכות גדולות דאפילו ברשות הרבים במקום הליכת בני אדם אין דרך בני אדם לזוזן ממקומן, סמ"ע) {שמקומן סימן. ומיהו במקום שהכל נותנין שם כגון חביות בשפת הנהר אינו סימן, שהכל פורקין שם (כג:). (טור ע"פ כג: וכאוקימתא דאביי -) המוצא חביות של יין ושמן וכיוצא בזה, קודם שנפתחו האוצרות, חייב להכריז, שיש ברישומן סימן, לאחר שנפתחו האוצרות, אין רישומן סימן (דשמא מכר וידע הקונה סימן החבית) ואין חייב להכריז (תוס' -) ודוקא אם כל החביות שוין והן מלאים, אבל אם חסרים הם, יש סימן במדה במה שבהן".

סעיף י

ע"פ **משנה כד**: פסק **בשו"ע** "המוצא צבורי פירות או פירות בכלי, או כלי כמות שהוא, חייב להכריז", דאין דרך לדרוס אפירות והוה מקומן סימן, סמ"ע (כב).

סעיפים יא - יב

אם מי שהוא רואה אדם שעולה לרכב ונופל ממנו שטר כסף והרכב נסע, האם יהיה מותר לו לקחת ולהשתמש בכסף הזה?

ע"פ **משניות כא**. כה: וגמ' פסק **בשו"ע** "י"א) המוצא מעות מפוזרים הרי אלו שלו, אפילו היו מקצת מטבעות זה על גב זה, הרי הם כמפוזרים, אבל אם מצא צבור מעות, חייב להכריז. (יב) מצא שלשה

מטבעות זה על גב זה והם עשויים כמגדל {דהיינו הרחב למטה והאמצעי רחב מן העליון (טור), או שהיו מונחים כסולם דהיינו רובו של אמצעי על גבי תחתון ורובו של עליון על גבי האמצעי (רש"י, וראה גר"א בחשבון הפסיקה באמוראים)}, או שהיו אחד מכאן ואחד מכאן ואחד על גביהם כדי שאם יכניס קיסם ביניהם ינטלו בבת אחת (ע"פ הרמב"ם בבעיא כסולם מהו, ואילו לטור הוא בכלל עשויים כמגדל), חייב להכריז (אבל מצא ב' אפילו עשויין כמגדל או אפילו ג' ואין עשויין כמגדל אלא כולן מונחין זה על גב זה וכולן שוין ברוחב, או שלחופי משלחפי כלומר מקצתו של זה ע"ג זה ומקצתו של זה ע"ג הקרקע, הרי הן שלו, סמ"ע ע"פ הגמ' והטור). היו עשויין כשיר (כאצעה שהיא עגול, רש"י) או כשורה או כחצובה (כג' רגלי הקנקן כל אחד כנגד אויר של שני, רש"י) הרי זה ספק ולא יטול (בעיות דר' ירמיה דלא נפשטו וכרמב"ם, ודלא כרא"ש דנוטל ומכריז דאזלין לחומרא דאיסורא הוא).

כתב הסמ"ע (כה) דיכריז מטבעות מצאתי והוא יאמר סימן מנין ומפני שמיעוט רוב שנים והרי גם הוא הכריז מטבעות מצאתי לשון רבים, משו"ה בשנים לא הוי סימן עד שיאמר ג' הן, ועוד כתב דמשמע מדברי הרמב"ם והמחבר דס"ל דסימן מגדל הוי סימן.

גבי הנידון בשאלה בשטר כסף יש לדון האם לדמותו לנאמר כאן בסימן שמתיאש מיד או שמא כיון שהוא ענין מיוחד והיה במקום מסוים, שמא נאמר שיש בזה 'מקום סימן' וי"ל שמחוייב להכריז "כסף מצאתי" ואם יבוא נהג שיאמר המקום וכיצד קרה ואיזה שטר אבד לו מחויב להחזיר, ואם היה הדבר במקום של רוב עכו"ם י"ל דזכה כן דודאי התיאש, ונראה מ"מ שיש לדמותו לזוטו של ים רנטז שאפילו רודף אחריו שייך למוצא, אלא דיש שם הדין מלפנים משורת הדין, ויש לעיין עוד.

סעיף יג

ע"פ ברייתא כה: **וטור פסק בשו"ע** "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 ושמה הוציאה ומאחר נפלו {ווי"א (רמב"ן ונ"י) דנסדק במטבע הוי סימן (שהמטבע לענין זה כשאר כל הכלים, וכשם שאין חוששין למכירה במציאה אחרת כך גם במטבע זה שיש בו סימן שאין לאחרים)}".

סעיף יד

ע"פ מימרא דרבא **ב"מ כו:** פסק בשו"ע "ראה שנפל מטבע מחברו בתוך החול או בתוך העפר, מותר לקחתו, שודאי נתיאש, ואפילו ראהו שהביא כברה לכבור החול או העפר לחפשו, אין חוששין לו (שסובר כשם שנפל ממני כך נפל מאחרים ואולי אמצא אחד מהן)".

סעיף טו

[האם סימן הבא מאליו הוא סימן?]

ז"ל הרמב"ם (גזילה טו, יא) "מצא עיגול ובתוכו חרש, ככר ובתוכו מעות, חתיכה של בשר שהיא משונה בחתיכתה, דג נשוד, וכל כיוצא באלו, הואיל ויש בהן שינוי חייב להכריז שלא עשאוה בעליהן אלא לסימן" – **טור** - כלומר לדעתו סימן הבא מאליו הוי סימן וקשה מדוע פסק כרבי יהודה ולא כרבנן בזה והרא"ש פסק כרבנן.

החכם המרשים (בב"י) ביאר דעת הרמב"ם שנמשך בזה לדעת הרי"ף שפסק כרבי יהודה ואפשר משום דאמרין (כג.) דכולי עלמא סימן הבא מאליו הוי סימן אלמא הלכתא הכי ואע"ג דנדינן מיניה אי נמי משום דקיימא לן (כג.) בחתיכות בשר כל שיש שינוי בחיתוכן חייב להכריז אע"ג דאפשר שלא נעשה כן בכוונה והוה ליה סימן הבא מאליו, והב"י כתב דאין דבריו נכונים כלל שמה שכתב תחילה אלמא הלכתא היא סברא הפוכה היא דנדחתה סברת הסברוה בטענה והאיך איפשר לפסוק כמותה, ומה שכתב דמשום דקיי"ל בחתיכות בשר כל שיש שינוי בחיתוכן חייב להכריז וכו' אינו נראה דלא מיקרי סימן הבא מאליו אלא דבר שבדאי נעשה שלא בכוונה כגון ככר ובתוכו מעות עיגול ובתוכו חרס מה שאין כן בחיתוכא דבשרא המשונה דרובא דרובא הוא נעשה בכוונה, ומש"כ שהרי"ף פסק

כר"י לא נמצא בספרים שלנו, אלא מחלוקת הרמב"ם והרא"ש תלויה בגירסת המשנה (**כא**). דהרא"ש גריס אלו מציאות שלו וכו' מצא פירות מפוזרות וכו' הרי אלו שלו רבי יהודה אומר כל דבר שיש בו שינוי חייב להכריז כיצד מצא עיגול ובתוכו חרס וכו' ואילו הרמב"ם גריס אלו מציאות שלו וכו' מצא פירות מפוזרות וכו' הרי אלו שלו דברי רבי מאיר וכיון דפלוגתא דר"מ ור"י היא הוה ליה הלכה כר"י.

וז"ל השו"ע ע"פ גירסת המשנה בדף כ"א לפי הרמב"ם דהלכה כרבי יהודה מול ר"מ - "מצא עיגול ובתוכו חרס ככר ובתוכו מעות { וי"א דסימן הבא מאליו לא הוי סימן (רא"ש וטור) }, (ברייתא כג: -) חתיכת בשר משונה בחיתוכו, דג נשוד וכן כל כיוצא באלו, הואיל ויש בהם שינוי חייב להכריז, שלא עשאו בעליהן אלא לסימן, (שם בגמ' -) אבל חתיכת בשר שאינו משונה בחיתוכו, הרי הוא שלו, שאפילו יכיון זה ויאמר מהירך היא או מהצואר, אינו סימן".

כתב הסמ"ע (ל) בסברת הרמב"ם שבעה"ב מרגיש אחר נפילתן שבאו שמה ויבוא אחר ההכרזה ויתן זה לסימן שהוא שלו.

עוד כתב הסמ"ע (לא) דמה שחזרו הטושי"ע לגבי חתיכות בשר אף שנאמר כבר בסע' ח', דהתם אהמוצא קאי דחייב להכריזו, וכאן אאובדו קאי דמחזירין לו בסימן כזה, וחד באידך תליא.

סעיף טז

ע"פ ברייתא ב"מ כד. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המוצא מחטים וצנורות ומסמרים וכיוצא בהם (כלים חדשים שלא שבעתן העין)", אם מצאם אחת אחת הרי אלו שלו, שנים שנים או יותר, חייב להכריז, שמנין סימן". לגבי תמיהת הב"י (עיי"ש שהאריך האם הרמב"ם ורש"י חלוקים בדין זה ולרמב"ם אפילו בלא בדים איירי) מאי שנא ממטבע דאפילו ב' כמגדל אין צריך להכריז, ביאר הדרכ"מ דשאני מטבעות דכל אדם יש לו מעות אצלו ודרכן לאבדן דרך נפילה ולכן בעינן שיהיו מונחים דרך מגדלים שיהא בו סימן ובלא זה חיישינן דילמא דרך נפילה נפל וכבר אייאוש ממנו, אבל מחטים ויתדות וכיו"ב אין דרכן של בני אדם לשאת אותם אצלם אם לא הצריכים להם וכל הנושא אצלו מאלו הדברים יודע מניין ומדקדק בכך ועל כן מנין הוי סימן, והובא בקיצור בסמ"ע (לג).

כתב הסמ"ע (לב) דאפילו מצא הרבה מהן כשהן מונחין הרבה אחת אחת הוי דרך נפילה ואין בו סימן והן של מוצאן, אבל כשמצאן מונחין זוגות שנים שנים הו"ל סימן הינוח, ואפילו לא מצא אלא שני זוגות הוי מנינם סימן דיאמר ארבע מצאת והיו מונחות זוגות זוגות, וה"ה אם מצא ג' מונחים יחד וידוע שהונחו כאן חייב להכריז דאיכא סימן במנין, והטעם ביאר הדרכ"מ דדברים אלו אינן מצויין אצל בני אדם, משו"ה כל שנושא אצלו מאלו הדברים יודע מנינם, משא"כ מטבע וכנ"ל סע' י"ב לדעת הרמב"ם (וראה נתיבות ה' ופרישה).

סעיף יז

ע"פ משנה ב"מ כד: וגמ' פסק בשו"ע "הלוקח פירות מחבירו או ששגרם לו חבירו, ומצא בהם מעות, אם צרורים הם חייב להכריז, שהקשר (בלבד) סימן (ואם קאמר דווקא מנין אם לא אמר שהם צרורים אין מחזירין, ב"י בדעת הטור, ודלא כנראה ברש"י דסימן קשר 'או' מנין שבהם), ואם הם מפוזרים הרי אלו שלו, בד"א, בלוקח מהתגר, או מבעל הבית שלקחה מהתגר, (תוס' -) והוא הדין אם התגר עצמו מצאם, אם שהו בידו כדי שיוכל לערבם עם פירותיו { ואפילו יודע של מי הוא דכבר נתייאושו ממנו הבעלים (נ"י) } (סמ"ע: דכיון ששהו וכו' אזי בשעה שמצאן כבר נתיאושו ממנו האובדו, דאם מצאן קודם ששהו בידו כל כך, אזי הוי יאושו שלא מדעת וצריך להחזיר כשיבוא בעל המעות ויתן סימן אפילו אחר זמן מרובה, אולם הש"ך כתב דלא דק הסמ"ע בלשון, דיאושו של"מ לא שייך אלא בדבר שאין בו סימן דביש בו סימן לא מייאש כלל ועוד דהכא ע"כ מיירי בפירות מפוזרים וכה"ג שאין בו סימן אלא ה"ל למימר דהוי יאושו של"מ וצריך להחזיר אם יודע של מי הוא), אבל אם לקחם מבע"ה שדש הפירות בעצמו או על ידי עבדיו ושפחותיו הכנענים, חייב להחזיר".

הסמ"ע (לה) והש"ך (ו) פסקו דלא כב"י, וה"ה מנין המעות הוא סימן אפילו אינו קשור בקשר משונה, וכדמשמע ברש"י וכנ"ל.

כתב הש"ך (ח) גבי הדין דשהו, דה"ה אם התגר עצמו מצאם אחר ששהה כדי למכור לאחרים ומתיאש בעה"ב שסבר שכבר מכר התגר ואין הקונה יודע למי יחזור.

סעיף יח

ב"מ כז. "חמור - דאפילו חמור בסימני האוכף", וז"ל השו"ע "מצא חמור ואוכף עליו, הנותן סימן באוכף מחזירין לו גם החמור".

סעיפים יט – כ

[מצא כלי ולפניו פירות ומראים הדברים שהם של אדם אחד מה הדין? פרט, ובאר מדוע לא אמרין בזה רוב וקרוב הלך אחר הרוב?]

ע"פ משנה ב"מ כד: וגמ' כה. וכדעת הרמב"ם וכלשונו פסק בשו"ע "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] לכלי, אף על פי שפניו כלפי הפירות הרי אלו שלו, שאילו נשפכו מכלי היה נשאר מהם בתוכו מפני האוגנים (כרמב"ם), ואילו בגמ' רב זביד חילק בין צנא ופירי לכובא וכיתנא וכן פסק הרא"ש לחומרא והיכא דאשתירי ביה חייב להכריז אפילו לא מהדר אפיה לגבי פירי ואפילו לית ליה אוגניים, כלומר דלרש"י בכובא וכיתנא בכל ענין הם של מוצאן ולרש"י בכל ענין הן של הנותן סימן בכלי, והמחבר פסק כרמב"ם דס"ל דרב פפא פליג ארב זביד ולא חילק בהכי, ותמה הסמ"ע על הרמ"א שהשמיט דעת הרא"ש להחזיר אבידה שהיא מצוה דאורייתא. היו מקצת הפירות בכלי ומקצתה בארץ, חייב להכריז. (כ) מצא כיס ולפניו מעות מפוזרים, הרי אלו שלו, ואם מראים הדברים שהכיס ומעות של אדם אחד ומהכיס נפלו, חייב להכריז".

עמש"כ הרמב"ם המחבר "ואם מראים הדברים שהם של אדם אחד חייב להכריז" כתב הקצות (ב) דבגמ' רמב"ם ופוסקים סתמו הדברים ולא ידעין שיעור הקורבה כמה עד שיהיה נראה שהוא מן הכלי, וכתב ללמוד כן מע"ז נ' גבי אבנים שנמצאו בצד מרקוליס ואמרו שם במקורבות כ"ע לא פליגי דאסור ובמסקנא שם בש"ס לרש"י דמודה ר"ע בנמצא אבנים תוך התפיסה של המרקוליס שהוא תוך ד' אמות, וה"ה הכא עד ד' אמות הו"ל מן הכלי יותר מד' אמות לא הוי מן הכלי ולשיטת תוס' שם בנמצא תוך חצי אמה או אמה, אך כתב לדון דהא קי"ל רוב וקרוב הלך אחר הרוב וכתבו התוס' בלא יחפור דאפילו בקורבה דמוכח אזלינן בתר רובא, וא"כ מתניתין דמצא פירות בצד הכלי אמאי לא אזלינן בתר רובא ואינו של בעל הכלי וכן גבי מרקוליס דאמרו במקורבות כ"ע לא פליגי דאסורות אמאי לא אזלינן בתר רובא ולא מן המרקוליס הוא, ויישב ע"פ הרמב"ן בב"ב שכתב גבי עינבי מצנעי והכי נמי גבי פירות ואבנים לאו קרוב בלחוד הוא אלא חשיב מקומו ממש והו"ל קרוב ומצוי, אולם לרא"ש החלוק על הרמב"ן וכתב דלדידן עינבי שרי כיון דקי"ל כר' חנינא דרוב וקרוב הלך אחר הרוב, וא"כ אפילו במקומו ממש אמרינן רוב וקרוב הלך אחר הרוב, א"כ קשיא הך דמצא פירות ומרקוליס וצ"ע. עוד הביא שכתב הב"ש בסימן יז "דכל זה איירי כשנמצא בבגדיו אשר לבוש ארנקי או נמצא בידו טבעת אבל אם נמצא ארנקי סמוך לו לא מהני כי י"ל הארנקי מונח מאז ומקדם, ואין לדמות דינים אלו להא דאמרי פרק אלו מציאות אם נמצא פירות סמוך לכלי..ופשוט בעיניי", וכתב הקצות דפשיטותיה ידידה לא נדע, ונראה דשיעור סמיכת הארנקי לגוף נמי תליא במחלוקת רש"י ותוס' במקורבות דמרקוליס מתוך אמה עד ד' אמות. אולם בנתיבות (ו) חלק וכתב דהשיעור הכא הוא כל שלפי האומד בשעה שנפל הכלי ומתפזר באיזה ריחוק שיכול להפיל נקראין מקורבים, ודחה הלימוד ממרקוליס דשאני דהא זורקין לו אבנים ומחמת זריקה נופל יותר למרחוק, ולגבי תמיהת הקצות על הב"ש ושהכריע הקצות לדמות סימן י"ז להכא, כתב דלא דמי כלל, דבשלמא באבידה כשאומר הבעל אבידה כלי פלוני עם פירות אלו נאבדו אצלי, והרי ידענו שהיו פירות בכלי זה בשעת אבידה, דהא כתבו התוס' בדף כ"ב דלא חשדינן ליה למשקר רק דאמרינן דילמא גם מאחר נפל, משום הכי תלינן שפירות אלו היו בכלי זה כיון שראויין ליפול למקום זה, ולא חיישינן לחשש רחוק לומר שפירות שהיו בכלי זה נאבדו והני אחריני נינהו, או לומר שבעל הפירות משקר, משא"כ בנמצא הרוב

ואין אנו יודעים אם היה כלל על הרוג זה ארנקי זה, שפיר יש לחוש שהאיש שהיה עליו ארנקי אבד זה הארנקי סמוך לנהרג זה, וכי אי אפשר להזדמן שיהיו שני דברים סמוכין זה לזה, זה נהרג כאן וזה אבד כאן אבידה, תדע, דבאבידה ג"כ אם יזדמן כהאי גוונא כגון שמת בעל האבידה והיורשים מביאין עדים שכלי זה של אביהם היה ומהפירות אינן יודעין כלל, הנאמר ג"כ דהפירות הן של בעל הכלי כיון שמצאן סמוכין, וכן אם ימצאו שתי אבידות סמוכין, היעלה על הדעת שאם יביא עדים על האחד שיטול גם השני, אלא ודאי דלא אמרינן כן אלא כשבעל האבידה אמר שהיו בכלי הפירות כאלו וגם שפי הכלי כלפי פירות, שאז נראין הדברים כך כמו שאומר, אבל בשאר שתי אבידות סמוכין זה לזה, ודאי דלא אמרינן אפילו בעל האבידה אומר כך, וכן אפילו בפירות בכלי והכלי כלפי הפירות ואין בעל האבידה כאן רק היורשים, אין ראייה מהכלי לפירות, והרוג וארנקי סמוכין כשתי אבידות דמיין, ועוד דודאי אין לדמות איסורא לממונא כדאמרינן בב"מ דף כ' מי קא מדמית איסורא לממונא, וכן מוכח באה"ע סימן קל"ב דבגט דבעינן דוקא מצאו קשור בכיס וכן מצאו בחפיסה משמע דבעינן דוקא שיהיה מונח בתוך הכלי.

סעיף כא

משנה כא. "רבי שמעון בן אלעזר אומר כל כלי אנפוריא אינו חייב להכריז", ובגמ' כג: "מאי אנפוריא אמר רב יהודה אמר שמואל כלים חדשים שלא שבעתן העין (שלא שבעתן העין לא הורגל בראייתן ותשמישן שיהא מכירן יפה, רש"י) היכי דמי אי אית בהו סימן כי לא שבעתן העין מאי הוי אי דלית בהו סימן כי שבעתן העין מאי הוי? לעולם דלית בהו סימן נפקא מינה לאהדורי לצורבא מרבנן בטביעות עינא שבעתן העין קים ליה בגווייהו ומהדרינן ליה כי לא שבעתן העין לא קים ליה בגווייהו ולא מהדרינן ליה דאמר רב יהודה אמר שמואל בהני תלת מילי עבידי רבנן דמשני במילייהו במסכתא בפוריא באושפיזא מאי נפקא מינה אמר מר זוטרא לאהדורי ליה אבידתא בטביעות עינא אי ידעין ביה דלא משני אלא בהני תלת מהדרינן ליה ואי משני במילי אחרני לא מהדרינן ליה".

כתב הרא"ש דמדובר שמצא במקום שמצויין ת"ח וכ"ד הרמב"ן, והראב"ד כתב דהכרזה זו אינה אלא בבתי כנסיות ובבתי מדרשות מקום שתלמידי חכמים מצויים שם ואין מכריזין אלא פעמים שלש, אולם מפשט לשון הרמב"ם כתב הב"י משמע דאפילו מצא במקום שאין תלמידי חכמים מצויים שם אם בא תלמיד חכם ואמר יש לי טביעות עין בכלי שאבדתי חייב להראותו לו, וצ"ל דס"ל דכיון שהאובד הוא תלמיד חכם כשמרגיש שאבד אע"פ שאין לו סימן אינו מתייאש לפי שהוא יודע שיחזירו לו בטביעות עין.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "המוצא כלי מכלים שצורת כולם שוה, אם כלי חדש הוא הרי הוא שלו, ואם היה שטבעתו העין, חייב להכריז, שאם יבא תלמיד חכם ויאמר אע"פ שאינו יכול ליתן בכלי זה סימן יש לי בו טביעות עין, חייב להראותו לו, אם הכירו ואמר שלי הוא מחזירין אותו, בד"א, בתלמיד ותיק שאינו משנה בדיבורו כלל אלא בדברי שלום או במסכתא או בפוריא או באושפיזא (וסימנך "אלף" פיך לומר איני יודע, "אלף" נוטריקון אושפיזא לימוד פוריא, סמ"ע), (הג' אשר"י ע"פ ר' יוחנן בשבת קי"ד -) וכשהוא מקפיד על חלוקו להפכו בענין שלא יראו התפירות המגונות (אולם הסמ"ע פסק כר"ף רמב"ם ורא"ש שהשמיטו מימרא זו דס"ל דסתמא דגמ' בב"מ חולקת על ר' יוחנן, ודלא כב"י שתמה על הפוסקים מדוע השמיטו, ובש"ך כתב דדברי הסמ"ע מגומגמים) אולם הרמ"א פסק כרמב"ן - "ודוקא אם מצאו במקום שתלמידי חכמים מצויין, כגון בבית המדרש, אבל בלאו הכי אינו חייב להכריז. וכל ת"ח הוא בחזקת שאינו משנה [כי אם] בדברים הנזכרים לעיל, עד שיביא המוצא ראייה שאינו נזהר (הג' אשרי)".

כתב הסמ"ע (מג) דמה שלא כתב הרמ"א בלשון פלוגתא הוא משום דסובר כרב המגיד דגם לפי הרמב"ם מדובר דווקא שמצא במקום שת"ח מצויים.

כתב הסמ"ע (מד) דפירוש רש"י "במסכת - יש בידך מסכת פלוני סדורה בגירסא או לאו, ואע"ג שסדורה היא לו - יאמר לו לאו, ומדת ענוה היא. בפוריא - שימשת מטתך, יאמר לאו, מדת צניעות הוא. באושפיזא - שאלוהו על אושפיזו אם קבלו בסבר פנים יפות, ואמר לאו - מדה טובה היא, כדי שלא יקפצו בו בני אדם שאינן מהוגגין לבא תמיד עליו, ויכלו את ממונו", ואילו לשון הרמב"ם "היה עוסק במסכת נדה ואמר במקואות אני שונה כדי שלא ישאלוהו בענין נדה, או שישן במטה זו ואמר בזו אני ישן שמא ימצא שם קרי, או שנתארח אצל שמעון ואמר אצל ראובן אני מתארח כדי שלא

יטריח על זה שנתארח אצלו, או שהביא שלום בין אדם לחבירו והוסיף וגרע כדי לחבבן זה לזה", וכתב הסמ"ע דנפק"מ בין הפירושים דלרמב"ם לית בשינוי צד מצוה אלא מותר לשנות בהן כי הן דרך ארץ לכך כתב בשלשתן 'ואמר' משא"כ לפירוש רש"י דיש בהן צד מצוה צניעות וענוה, ועוד דלרמב"ם הא דמשנה באושפיזא היינו דוקא בעת שמתאכסן הוא אצל ראובן וירא שגם הוא יתאכסן שם ויהיה טירחא בשניהן אצל בעל הבית אחד, משו"ה משנה וא"ל אצל שמעון אני מתארח, ומותר לו לומר כן שאף אם יתארח השני אצל שמעון לא יהיה לו טירחא להוצאה כי אם באורח אחד וכל אדם מדרכו להכניס אורח, משא"כ לפירוש דפירש דלא ישבחנו, דהוא אסור לפירושו אפילו בשעה שאינו מתארח אצלו, ודלא כלבשו ברמב"ם דס"ל שמדובר שמתארח אצל שמעון ואמר אצל "אחר" ולא שיפרש אותו אחר בשמו דא"כ יטריח על אותו האחר, ולא נהירא דאין זה מדרך הלשון, דהא זה שואלו היכן אתה מתארח וצריך להשיבו ע"פ שאלתו לפרש ולומר אצל פלוני.

כתב הסמ"ע (מו) דצ"ע אם בזמן הזה ג"כ יש לת"ח דין זה מאחר שמצינו שבכמה דברים אין נוהגים בזמן הזה דין ת"ח לענין ליטרא דדהבא ביו"ד סימן רמ"ג ולענין היתר נדרים ביחיד ועוד, אולם בשב"י (פת"ש ב) כתב דאין ספיקו של הסמ"ע מוציא מידי ודאי של רמ"א דכל ת"ח הוא בחזקת וכו', והטעם כיון שבודאי אינו של המוצאו למה נפסיד ת"ח בחנם אף מספק וכן הסכים הברכ"י (וכ"ד רע"א), ועוד כתב דהיכא דתפס בעל האבידה ואית ליה מיגו ודאי לא מפקינן מיניה אפילו בעם הארץ באם מצאו זה קודם שידעו הבעלים שנאבד מהם וכ"ש בת"ח דאפילו לכתחילה מותר לתפוס כה"ג.

סימן רסג – המוצא אבידה שמתבייש להשיבה

סעיפים א. ג

תלמיד חכם שמצא מציאה שאינה לפי כבודו ורוצה להשיבו לבעליו, מה מוטל עליו לעשות?

ע"פ משנה ב"מ כט: וגמ' ל. פסק בשו"ע (א) כלשון הרמב"ם "מצא שק או קופה, אם היה חכם או זקן מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידו, אינו חייב ליטפל בהם (והתעלמות) פעמים שאתה מתעלם), ואומד דעתו - (ע"פ מימרא דרבא ל: -) אילו היו שלו אם היה מחזירן לעצמו, כך חייב להחזיר של חברו, ואם לא היה מוחל על כבודו אפילו היו שלו, כך בשל חבירו אינו חייב להחזיר (כגון אם היו מונחין במקום שיש לחוש שיגנבו או יאבדו לא היה בוש מחמת הזיקו והיה מטפל בהן להכניסן, סמ"ע)."

ב"מ ל: "רבי ישמעאל ברבי יוסי הוה קאזיל באורחא פגע ביה ההוא גברא הוה דרי פתכא דאופי אונתבינהו וקא מיתפח אמר ליה דלי לי אמר ליה כמה שוין אמר ליה פלגא דזוזא יהיב ליה פלגא דזוזא ואפקרה הדר זכה בהו הדר יהיב ליה פלגא דזוזא ואפקרה חזייה דהוה קא בעי למיהדר למזכיה בהו אמר ליה לכולי עלמא אפקרנהו ולך לא אפקרנהו... ובמלתא בעלמא הוא דאוקמיה והא רבי ישמעאל ברבי יוסי זקן ואינו לפי כבודו הוה רבי ישמעאל ברבי יוסי לפניו משורת הדין הוא דעבד דתני רב יוסף והודעת להם...".

וז"ל השו"ע (ג) כלשון רמב"ם "ההולך בדרך הטוב והישר ועושה לפניו משורת הדין, מחזיר את האבידה בכל מקום ואע"פ שאינה לפי כבודו", אולם הרמ"א פסק כרא"ש הנ"ל "ויש חולקין ואוסרין להחזיר הואיל ואינו לפי כבודו אלא אם רוצה ליכנס לפניו מן השורה ישלם מכיסו" – דס"ל דכיון שפטרה תורה את הזקן שאין לו לזלזל בכבודו איסור הוא לגבי ידיה שמזלזל בכבוד התורה במקום שאינו חייב והחכם שבא לעשות לפניו משורת הדין יוותר מממונו ויעשה כמו שעשה רבי ישמעאל ברבי יוסי אבל אין לו רשות לזלזל בכבודו, והב"י כתב דהרמב"ם ס"ל דלא מיקרי מזלזל בכבוד התורה בשביל כך אדרבה הוא כבוד שמים שאין דרכו בכך בשלו והוא מטפל בשל חבירו לפניו משורת הדין.

סעיף ב

ב"מ ל: "אמר רבה הכישה חייב בה אביי הוה יתיב קמיה דרבה חזא להנך עיזי דקיימו שקל קלא ושדא בהו אמר ליה איחייבת בהו קום אהדרינהו. איבעיא להו דרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר מהו מי אמרינן השבה מעליא בעינן וכיון דלאו דרכיה להחזיר בעיר לא לחייב או דלמא בשדה מיהת הוא דאיחייב ליה וכיון דאיחייב ליה בשדה איחייב ליה בעיר תיקון".

לגבי שימוש חנווני בצלוחית **בב"ב פז:** הביאה הגמ' גם מימרא דרבה "וכדרבה דאמר רבה הכישה נתחייב בה אימור דאמר רבה בבעלי חיים דאנקטינהו ניגרא ברייתא כי האי גונא מי אמר", ופירש שם **רשב"ם** "דאנקטה ניגרי ברייתא - הלקיחה פסיעות חיצוניות כלומר הרגילה לברוח ולילך למרחוק ומש"ה נתחייב בה", וכתב **הב"י** דלפ"ז דוקא בבהמה דשייך בה האי טעמא הוי דינא הכי אבל בכלים דלא שייך בהו האי טעמא אע"פ שהתחיל יכול להניחן וכ"ד **הר"ן**, ואילו **הנ"י** למד **ברש"י** שפירש "הכישה נתחייב בה להחזירה הואיל והתחיל נתחייב בהשבה גמורה", דה"ה בכלים.

הב"י דן בדעת **ברמב"ם** דכתב "היה דרכו להחזיר כלים כאלו בשדה.. וכן אם מצא בהמה והכישה נתחייב להטפל בה ולהחזירה אף על פי שאינה לפי כבודו שהרי התחיל במצוה" דמדקאמר 'וכן אם מצא בהמה והכישה' משמע דדוקא בבהמה הוא דהוי דינא הכי ולא בכלים, אבל מדיהיב טעמא שהרי התחיל במצוה משמע דהוא הדין לכלים דהא האי טעמא שייך בהו "ועוד יש לומר" דבבהמה דוקא קאמר והתחיל במצוה דקאמר ר"ל התחיל במצות השבה ואם לא יגמרנה הרי נמשך היזק לבעל אבדה דאנקטינהו נגרי ברייתא עיי"ש שהאריך.

לגבי האיבעיא דאין דרכו לטפל בה בעיר וכו' כתב **הרא"ש** "ראיתי גדולים שפסקו כיון דלא איפשיטא אזלינן לחומרא ומיחייב להחזיר בשדה וכיון דאיחייב איחייב אף בעיר, ויראה לי כיון שפטרה תורה את הזקן שאין לו לזלזל בכבודו איסור הוא לגבי ידיה שמזלזל בכבוד התורה במקום שאין חייב ומשום ספק ממון חבירו אם הוא חייב בו לא יזלזל בספק איסור, **ורב אלפס** כתב (טז:) דרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר בעיא ולא איפשיטא הילכך לא יחזיר בעיר, **נראה דבספרו** היה כתוב מי אמרינן בשדה מיהא דרכו לאהדורי או דילמא השבה מעלייתא בעינן וכיון דלא מיחייב בעיר לא מיחייב אפילו בשדה ופסק לחומרא דבשדה מיחייב לחומרא ואינו מזלזל שם בכבודו ולא דמי להכישה נתחייב בה דלא אנקטיה נגרי ברייתא דאדרבה הולכה למקום המשתמר יותר מבשדה", ודעת **הרא"ש** ע"פ גירסת הספרים היא שאפילו בשדה אינו חייב להחזיר דהא לפי גירסא זו או הוא חייב אף בעיר או הוא פטור אף בשדה (ב"י). **הרמב"ם** פסק לחומרא כגדולים וכגירסת ספרינו.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "היה דרכו להחזיר כלים כאלו בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר, ומצאן בעיר, אינו חייב להחזיר, מצאם בשדה, חייב להחזיר עד שיגיעו לרשות הבעלים, ואף על פי שהרי נכנס בהם לעיר ואין דרכו בכך {וי"א (רא"ש ברי"ף ודלא כנ"י ברי"ף, ראה ב"י וגר"א) דלא יחזיר בעיר, אלא יכניס מן השדה לעיר ויניחנה} וכן אם מצא בהמה והכישה, נתחייב ליטפל בה ולהחזירה אף על פי שאינה לפי כבודו, שהרי התחיל במצוה".

כתב **הסמ"ע** (ג) דהטור והרמ"א פסקו כן לא מטעם הרא"ש דאזלינן מספיקא לקולא ומשום דאין לזלזל בכבוד תורתו במקום די"ל שלא חייבתו התורה בזה, דא"כ ה"ל להסיק ולכתוב דמכח ספק ישלם האבדה מכיסו, אלא ס"ל כגירסת הר"י דמסיק הרא"ש, דלפי גירסתו לא איבעיא בגמרא אלא אי כה"ג פטור אף בשדה כיון דלא מצי לעשות השבה מעליא או לא, אבל בעיר פשיטא ליה דאין צריך להחזיר אף אם מצאה בשדה ודרכו לטפל בה בשדה.

עוד כתב **הסמ"ע** (ד) לגבי הכשת הבהמה דמסקנת הב"י דדוקא בבהמה קאמרי ומש"כ 'שהרי התחיל במצוה', הכי קאמר, מאחר שהתחיל במצוה, ואם לא יגמרנה ימשוך מההתחלה היזק לבעל האבדה, מאחר דאנקטי נגרי ברייתא, אבל בשאר דברים שאין דרכו ליטפל בהן, אפילו התחיל בה מותר לחזור בו ולהניחה, מאחר דאין לבעל אבדה היזק בהתחלת המצוה, ותמה על המחבר שכתב כלשון הרמב"ם דאיכא למיטעי ביה.

סימן רסד – אבידתו קודמת לכל אדם אבידת רבו ואבידתו של מי קודמת

סעיף א

ע"פ **משנה ב"מ לג.** פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם "מי שאבדה לו אבידה, ופגע באבידתו ובאבידת חבירו, אם יכול לחזור את שתייהן חייב להחזירם (ה"ה): שלא אמרו אבידתו קודמת כיון שהוא יכול להשיב שניהן), ואם לא יחזיר את שלו שאבידתו קודמת אפילו לאבידת אביו ורבו, כדדרשין מאפס לא יהיה בך אביון (גמ' שם), (ע"פ מימרא דרב יהודה אמר רב "כל המקיים בעצמו כך סוף בא לידי כך" -) ואעפ"כ יש לו לאדם ליכנס לפנים משורת הדין ולא לדקדק ולומר שלי קודם (דבכל דבר הצלת ממון חבירו יכול אדם למצוא לו צד היתר ולומר אני קודם לילך ולטרוח על שלי פן אפסיד חובי או אתבטל ע"י השבה זו מעסק פלוני שיהיה לי מזה ריוח ממון, סמ"ע), אם לא בהפסד מוכח, ואם תמיד מדקדק פורק ממנו עול גמילות חסדים וסוף שיצטרך לבריות".

כתב הסמ"ע (א) דלאו דוקא אבידתו קודמת קאמר אלא כל הפסד ממון או ביטול מלאכה שלו מחמת השבה זו, וכטוש"ע בהמשך ובסימן רס"ה, והטעם דנקטו הגמ' והפוסקים לשון אבידתו משום דבאבידתו אף אם ירצה הלה לשלם לו דמי אבידתו יכול הלה לומר בכלי ובגד שלי נחא לי להצילו לעצמי, משא"כ במלאכה שאינו עושה אלא כדי לקבל דמי שכרו.

סעיף ב

ע"פ **שם ובגמ'** ורבני יהודה פסק בשו"ע "פגע באבידת אביו ובאבידת רבו, אם היה אביו שקול כנגד רבו, של אביו קודמת, ואם לאו של רבו קודמת (שאביו הביאו לעולם הזה ורבו לעולם הבא), והוא שיהיה רבו מובהק, שרוב חכמתו של תורה למד ממנו {ועיין ביו"ד סימן רמ"ב סל"ד (שם כתב ע"פ ספר חסידים שם דדוקא ברבו שלמד עמו בחנם אבל אם אביו שוכר לו רבו שמלמדו אביו קודם לכל דבר ושכן נראה עיקר, סמ"ע), והוסיף הש"ך בשם הספר חסידים דה"ה אדם אחר שאינו אביו כשמשכיר לו מלמד אבידת הנותן שכר קודם לאבידת הרב) {".

סעיף ג

מי שירד להציל חמור חבירו, ועל ידי זה איבד את שלו, האם בעל החמור חייב לשלם למציל?

מציל ממון חבירו מתי אין לו אלא שכרו? מתי יקבל כל מה שהפסיד? ומתי יכול לקחת מה שהציל לעצמו? (סע' ה') באיזה אופן מצינו שאף אם הסכים חבירו לשלם יותר אינו נותן לו אלא את שכרו? (לקמן סע' ו')

משנה ב"מ ל: "היה בטל מסלע לא יאמר לו תן לי סלע אלא נותן לו שכרו כפועל אם יש שם בית דין מתנה בפני בית דין אם אין שם בית דין בפני מי יתנה שלו קודם".

משנה ב"ק קטו: "זה בא בחביתו של יין וזה בא בכדו של דבש נסדקה חבית של דבש ושפך זה את יינו והציל את הדבש לתוכו אין לו אלא שכרו, ואם אמר אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי חייב ליתן לו שטף נחל חמורו וחמור חבירו שלו יפה מנה ושל חבירו מאתים והניח זה את שלו והציל את של חבירו אין לו אלא שכרו ואם אמר לו אני אציל את שלך ואתה נותן לי את שלי חייב ליתן לו".

וז"ל השו"ע וכלשון הרמב"ם "ע"פ **משנה דב"ק -** (הניח אבידתו והחזיר אבידת חבירו אין לו אלא שכר הראוי לו, כיצד, שטף נהר חמורו וחמור חבירו, שלו שוה מנה (הוא הדין אם היה שוה ג"כ מאתים אלא אורחא דמילתא נקט, דמשום דחמור חבירו עדיף טפי סבר אניח שלי וחבירי ישלם לי עבור הצלת חמור שלו טפי משיווי חמור שלי, סמ"ע) (והיינו דוקא ביכול להציל ע"י הדחק, דבאין יכול להציל כלל מהפקירא קא זכי, כמבואר בב"ק, וגם דוקא כשהוא באופן שבאם לא הציל היה ברי הזיקא, אבל בלא"ה אפילו שכרו אין לו כשאר מבריה ארי, נתיבות), הניח שלו והציל של חבירו, אין לו אלא שכר הראוי לו (דה"ל להתנות עם חבירו ולומר אם תשלם לי דמי חמורי אציל את שלך,

ומדלא התנה ש"מ מחל לו, א"נ משום דיכול חברו לומר אם לא היית מצילו הייתי מהדר אחר איש אחר, סמ"ע, ובנתיבות ד' כתב דהטעם השני עיקר). (רמב"ם ע"פ משנה דב"מ -) ואם אמר לו אציל את שלך ואתה נותן דמי שלי (משנה דב"מ -) או שהתנה כן בפני בית דין (כלומר בפני ג', סמ"ע), חייב ליתן לו דמי שלו, (גמ' ב"ק קטז. -) ואע"פ שעלה חמורו מאיליו זכה במה שהתנה עמו (דמשעה שירד להציל את של חברו ונתיאש משלו נתחייב לו חברו כפי תנאו שהתנה עמו ומשמיא רחימו עליה שעלה חמורו מאיליו, סמ"ע ע"פ הגמ') {מיהו הוא הפקר וכל הקודם בו זכה (נ"י), דהא נתיאש ממנו בשעה שירד להציל את של חברו, וכן הוא בירושלמי על משנה זו, סמ"ע, אולם הנתיבות כתב ע"פ ציון הש"ך לאגודת אזור דאינו הפקר וכן מוכח בש"ס ואפשר דהנ"י מירי כשקדם וזכה קודם שנתוודע לבעלים שעלה מאיליו). ואם אין הבעלים שם אע"פ שלא התנה כאילו התנה דמי (טור), דמסתמא ניחא לחברו בזה, סמ"ע) ועיין לקמן סימן רס"ה (אף דשם אינו משלם אלא כפועל בטל שאני הכא דטירחת הצלת חמורו של חברו מהמים היא קשה כהצלת חמורו, סמ"ע)".

סעיף ד

שלטון שתפס שני אנשים למאסר ואחד יש לו עו"ד שטפל בשחרורו וממילא שוחרר גם השני, האם חייב להשתתף בהוצאות? ומה חרין בכל טובה שאדם עושה לחברו מבלי ידיעתו, האם יוכל לטעון בחינם עשית לי?

ניסה לסייע לעצמו ולחברו והוציא הוצאות על כך, האם חברו חייב לשלם? פרט את כלל המקרים הנידונים ונמק.

ב"ק קטז. "בעא מיניה רב מרבי ירד להציל ולא הציל מהו אמר לו וזו שאילה אין לו אלא שכרו", וכ"פ בשו"ע "ירד להציל ולא הציל אין לו אלא שכרו הראוי לו", וכתב הרמ"א "מהר"ם פדוואה -) 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 (של חברו) מאיליו (דינא הכי דאפילו אם התנה עמו דירד להציל כדי שישלם לו דמי חמורו וירד להציל ונפסד חמורו וחמור חברו עלה מאיליו ג"כ אין לו אלא שכירותו כאיש אחר דאין פסידא על ידי הצלה כי אם בטירחא לבד סמ"ע, וראה לקמן), אבל אם הציל, לא יוכל בעל החמור לומר חמורי היה עולה בלעדי הצלתך, אלא חייב ליתן לו שכרו, (ד"ע בדרכ"מ -) וכן שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות, אם השני יצא מן המאסר בלא השתדלות חברו, אין חייב ליתן לחברו כלום, הואיל ולא התנה עמו, ואם לא יצא רק ע"י השתדלות האחר, לא יוכל לומר לא הייתי צריך להשתדלותך כי ידי תקיפה, אע"פ שהאמת אתו, מ"מ חייב ליתן לו לפי מה שנהנה (היינו ששמין כמה אדם רוצה ליתן שלא יהיה צריך להשתמש באלמות, נתיבות) לפי ראות ב"ד (נתיבות: לא קאי רק אם האמת איתו אבל אם לא יצא רק ע"י השתדלות חברו חייב ליתן לו כל הוצאותיו אף אם לא התנה), כן נראה לי, 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 (גר"א: כמו שפריך בב"ק שם תנן המקיף), לכן יש מי שפסק (של"ג) על מי שהציל ספריו וספרי חברו, אם לא הוצרך להרבות הוצאות בשביל חברו, אין חברו חייב לשלם לו כלום, 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, (ר"ן -) וכן כל אדם שעושה עם חברו פעולה או טובה, לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתך, אלא צריך ליתן (מ"מ ליכא גביה תקנת שכיר באם בעל הבית אומר פרעתי שיהיה זה העושה נשבע ונוטל, רק בעה"ב נשבע היסת, פת"ש) לו שכרו (נתיבות: והיינו שהשביחו, כגון שאמר לו אכול עמי או דור עמי, חייב לשלם, וכ"ה בהדיא בר"ן, אבל כשמצילו מן ההיזק דינו כמברח ארי וכהשבת אבידה וכפי שנתבאר הכא)".

כתב הסמ"ע (יא) על ריש הגהת הרמ"א דמיירי שהתנה עם הבעלים, דר"ל תנאי הנ"ל דסעי' ג' שיתן לו דמי חמורו, וכתב דנראה דאפילו לא התנה בפירוש אלא התנה סתמא, חייב ליתן לו לפחות שכרו הראוי, ולא דמי לחמור שנפסד לו ע"י טירחת הצלת חמורו של חברו, ולא כלבוש דדוקא דהתנה בפירוש שיתן לו שכרו אם לא יציל, דא"כ גם דמי חמורו ה"ל ליתן לו אף דלא הציל, דהא כל תנאי שבממון קיים, ועוד, דהא זה דכתב מור"ם דמיירי דוקא בהתנה עם הבעלים, אינו מבואר בהדיא

בגמ', אלא שנלמד מהגמרא דהאי דינא קאי אמשנה בדף קט"ו דמיירי בהתנה עמו שיתן לו דמי חמורו, ולאפוקי אם ירד להציל ולא התנה כלל ליתן לו שכירות, דאז אפילו הציל לשל חבירו וחמורו נפסד ע"י הצלת חבירו אין לו אלא שכרו כאחר שאינו נפסד, ובלא הציל אלא נשטף או עלה מאליו דלא הועיל לו כלום, נחית חד דרגא דאפילו שכרו אין לו אף על גב דנפסד על ידו, אולם ה**נתיבות** (ג) הקשה דכיון שלא התנה רק כשיציל, ולא הציל, דמי ללא התנה [ובלא התנה ולא הציל אינו נוטל ואפילו שכרו מנכה לו], ועוד דלא עדיף מיורד להשביח דאין לו רק הוצאה שיעור שבח וכן מבואר בסימן של"ד דכל אונס שאי אפשר לשניהם לידע, דהוא פסידא דפועל, אלא הטעם דכשהתנה, אז אף אם לא הציל מ"מ כיון שגילה דעתו שרצה לשכור מצילין הרי הרויח במה שהלך זה שלא היה צריך ליתן שכר למצילין אחרים, משום הכי צריך ליתן לו שכרו, משא"כ כשלא התנה ואין לו רק דין יורד לנכסי חבירו שלא ברשות, דאין לו רק הוצאה שיעור שבח, וכשלא השביח אינו נוטל כלל.

עמש"כ הסמ"ע שהתנה עמו סתם שיתן לו שכר ר"ל שלא אמר שיתן שכר אפילו אם לא יציל כתב בתשובת **חות יאיר** (פת"ש א) דה"ה בשתדלן וסרסור ושדכן אם אמר לו שישתדל לו דבר פלוני אצל השררה או שדך לי אשה פלונית או סרסר לי בית פלוני וקבע לו שכר, אם לא אמר לו לכשתגמור הדבר רק סתם, וזה טרח, אף שלא עלה בידו נוטל מה שקצב אם אינו סך גדול ורב מהראוי לטורח כזה, ואפילו עלתה בידו אין לו יותר כדלקמן סעיף ז' בהג"ה, ומבואר שם שאם בעת הפסיקה אמר לו לכשתגמור הדבר, אינו נוטל בלא עלה בידו אפילו הוצאות שהוציא, מאחר שלא התנה, עיי"ש.

עמש"כ הרמ"א בשם מהר"ם פד' כתב הסמ"ע (יב) דגם בדינים האלו דירד להציל ולא הציל או שעלה מאליו, אם לא היו הבעלים שם, אף דלא התנה כאילו התנה עמהם דמי, וצריך ליתן דמי שכירותו כמו לאיש אחר לפחות, דלא כמבואר בתשובת מהר"ם פד' דאף אם התנה עמו ועלה מאליו אין לו אלא שכרו, וכ"כ הש"ך (ד) בשם רש"ל דבהתנה אף דעלה מאיליו צריך לשלם לו שכרו משלם כל מה שהתנה, אולם בהגהת ר' עוזר בבא"ה הסכים עם הרמ"א וסיים בזה"ל "העולה מזה, אם השכיר אותו חבירו על מלאכה והפסיד הרבה ע"י המלאכה ממקום אחר, ונעשתה מלאכתו מאליה שלא על ידו, אין צריך לשלם לו כל שכרו רק שכר הראוי לו", וכ"כ ה**נתיבות** (ג) דבשטמ"ק נראה כרמ"א [ובתשובת באר יצחק (פת"ש ב) כתב דתליא בפלוגתת התוס' עם הרא"ש גבי ספינה סתם ויין זה ונטבעו שניהם בסימן שיאג].

כתב הש"ך (ה) ע"פ רש"ל גבי דין דנתפסים דאם א' נתפס ופדאו אחר בממון צריך חברו לשלם לו והיינו כדי דמיו אבל יותר לא ואם נתפס על עסקי נפשות צריך לשלם לו אף ביותר מדמיו וכן אם ברח נתפס השר ספריו ופדאו אחר צריך לשלם לו כל מה שנתן עבורם משום בזיון הספרים.

עמש"כ הרמ"א דאם נראה לב"ד שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשבילו וכו' דפטור דזה נהנה וזה אינו חסר, תמה בתשובת בית יעקב (פת"ש ג) דבב"ב ז' אמרינן דכופין בני העיר זה את זה לעשות חומה דלתים ובריה ואפילו מיתמי כל מילי דאית ביה נטירותא והתם אע"ג דאי לא יתמי נמי היו צריכין להוציא כל כך כמו עתה ואפ"ה צריכין היתומים ליתן לזה, וכ"כ בתשובת מהר"ם בהדיא וכיון דמהר"ם לא ס"ל הכי לא הו"ל לרמ"א לכתוב בפשיטות דלא כוותיה, אולם בשב"י חלק על הבית יעקב, ועיקר החילוק הוא בין דבר שנוגע לציבור וקהל ובין יחיד המדיין עם יחיד דאל"כ יהיו דברי הרמ"א עצמם סתורים מסימן קסג/ו בשם מהר"ק באם בא עלילה על עיר אחת [ומהאי טעמא כתב במעשה שהיה בפראג שריפה גדולה ר"ל, ובית אחד ברחוב יהודים ניצול שהיו בו ג' בנינים תחתיים ושניים ושלישים, והעליון כיון שראה שהשריפה גדולה כל כך שיבר הגג מעליו כדי שלא ידלק הבית וע"י זה ניצל הבית, ואח"כ תובע לתחתונים שיתנו גם המה לסיועת הגג, ופסק דאין בטענתו כלום, כיון שהעליון היה צריך לעשות הצלה זו בשביל עצמו, הוי כזה נהנה וזה לא חסר דפטור, אולם במקרה דומה אלא דלא שיבר העליון מעצמו את הגג רק השררה בא בעצמו למקום השריפה וציוה לשבר איזה גגות כדי להציל, ובאו העליונים עם התחתונים למשפט אם מחויבים ליתן לסיוע הגגות, בנידון זה גם על התחתונים מוטל ליתן לסיוע תיקון הגג, כיון שנשבר ע"י ציווי השררה והם ירדו על דעת שניהם להצילם, משא"כ התם העליון עשה להצלת עצמו והתחתון ניצול ממילא, ומ"מ כיון שלעולם על העליון מוטל לתקן הגג (היכא שנתקלקל מעצמו כדלעיל קסד/א) וא"כ ע"י שעושין עכשיו גג חדש משתכר העליון שלא יהיה צריך לתקן כל כך מהר כמו כשהיה גג ישן, זה יכול לנכות לו לפי ערך לפי מה שנהנה העליון בעשיית גג חדש והמותר יתנו שניהם בשוה].

עמש"כ הרמ"א דמדובר בהציל ספריו וכו' שלא הוצרך להרבות הוצאות כתב בתשובת **בית יעקב** (פת"ש ד) דאף אם הוצרך להרבות, מ"מ אם חבירו מוחה שלא להוציא אין חבירו חייב לשלם, דדוקא בטובע בנהר בסימן תכ"ו הוא דלא מהני מה שמוחה כמש"כ בתשובת מהר"ם אבל בהצלת ממון אינו חייב באם מוחה.

סעיף ה

שנים שהיו באים בדרך, ולאחד מהם היה כד של יין ולשני כד של וסקי ונסדק הכד של וסקי, ואמר לחבירו שפוך את יינך והציל את המשקה שלי, ואשלם לך את היין, האם חייב או לא? אם עשה כך מדעתו, האם חייב בעל הוויסקי לשלם לו? הבא כמה אופנים (ראה גם לקמן).

בהמשך למשנה הנ"ל בב"ק קטו: שנינו בגמ' קטז. "ואמאי לימא ליה מהפקירא קא זכינא מי לא תניא הרי שהיה טעון כדי יין וכדי שמן וראה שהן משתברות לא יאמר הרי זה תרומה ומעשר על פירות שיש לי בתוך ביתי ואם אמר לא אמר כלום, כדא"ר ירמיה כשעקל בית הבד כרוך עליה ה"נ כשעקל בית הבד כרוך עליה (ולא ישפך הכל אלא מנטף מעט מעט וליכא הפקר, רש"י)".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "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 (סמ"ע ע"פ הנ"ל והרא"ש - דמדלא התנה יכול האחר לומר אם לא הצלתהו הייתי מוצא אחר בשכירות זה והיה מצילו, ומינה דאם לא היה בעל הדבש שם להתנות עמו, דצריך לשלם לו כל דמי יינו, וכנ"ל בסע' ג'). ואם א"ל אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי, או שהתנה כן בפני ב"ד (רמב"ם וכנ"ל), הרי זה חייב ליתן לו {ובעל היין חייב לשפוך יינו כדי להציל דבש חבירו הואיל והבעלים אומרים לשלם לו (רא"ש, משום מצות השבת אבידת ממון חבירו) ויש חולקין (רי"ף ורמ"ה)} ואם נשפך הדבש לארץ, הרי זה הפקר, וכל המציל לעצמו מציל (ה"ה: יצא לרמב"ם דין זה מדשנינו ואמאי נימא ליה מהפקירא קא זכינא ותירצו כשעקל בית הבד כרוך עליה וכו' ופירש הרב כשעקל וכו' ועדיין לא נשפך ונראה לפי זה שאע"פ שלא יכול להציל אמרינן הכי כיון שעדיין לא נשפך {וי"א אפילו לא נשפך הדבש עדיין רק שנשבר הכד כל כך שהיה נשפך אם לא הציל זה הוי הפקר (רש"י), וה"ה בכיוצא בזה, כגון (מרדכי -) שהיה שריפה בעיר וברחו היהודים מן העיר מפחד הדליקה, והציל אחד, מה שהציל הוא שלו, דהוי כזוכה מן ההפקר (ואם יכול להציל ע"י הדחק אין לו אלא שכרו וה"ה בכל הדברים הנ"ל, ש"ך, אולם כתב הפת"ש בשם עטרת צבי ועוד דלפי סימן רנטז ברמ"א ובש"ך ה"ה הכא צריכין להחזיר בכל ענין כי כפי התקנה דבזמנינו הוא גזירת המושל בכל מקום שמה שחוטפין בשעת שריפה הן שהבעלים שם הן שאינן שם, שמחויבים להחזיר וכן הוא מעשים בכל יום שמחייבין להחזיר)".

כתב הסמ"ע (יח) לגבי חובת השפיכה שבהגהת הרמ"א, דגם לסיעת הרי"ף, בפועל העוסק במלאכתו ויש לפניו השבת אבידה, ואומר לו בעל האבידה אשלם לך כל שכר פעולתך השב אבידתי, דצריך להשיבו ולוקח ממנו שכר בטילתו, ושאי הכא דיכול להתנצל ולומר ניחא לי ביין שלי, אולם כתב רע"א דמדברי תה"ד לא משמע כן.

מי שמצא ספרים שניצלו מהשואה והוא מזהה את בעליהם האם חייב להחזירם?

כתב בפסקי המשפט (סימן רנ"ט אות י') בשם אמרי יושר וחלקת יעקב גבי ספרים שנשארו לאחר השואה, "י"ל שהמציל מיד הגוים או המוצא אותם, הרי הם שלו, ואינו חייב להחזירם כי אם לפנים משורת הדין, משום שבעליהם ודאי נתיאשו דהוי כמציל מזוטו של ים, ולא שייך כאן מש"כ הרמ"א בסימן רל"ח דבספרים לא שייך יאוש כיון שאין מוכרין רק לישראל, דהני מילי בסתם גנב, אבל כאן ידוע שהגוים הרוצחים לא עלה על דעתם לסחור בספרים אלא לאבדם ולשרפם, ודמאי למש"כ הרמ"א כאן באם היה שריפה בעיר וכו' דהזוכה כזוכה מן ההפקר, אך מ"מ לפנים משורת הדין מצוה להחזיר כמו בזוטו של ים, וכן אם יד דינא דמלכותא גם לאחר יאוש הרי הם בחזקת בעליהם וחייב להחזיר, ודעת המנחת יצחק (ד,עו) שאע"פ שודאי התיאשו הבעלים מרכוש זה מ"מ היאוש אינו מועיל כיון שבשעה שהגוים גזלוהו באיסורא בא לידם ולכן שייך ליורשים (וראה עוד בסימן שנו"ב גבי קנה ספר תורה שניצל מהשואה).

סעיפים 1 – ח

אדם שהיה במצוקה ועצר מונית בסביבה שוממת, נזקק לרופא באמצע הלילה, או עזרה בבריחה מהשלטון, והסכים למחיר מופרז, האם יכול לחזור בו לאחר מכן? ציין את המקור.

מי שנקלע למצוקה שבורח מבית הסוהר ופגע בנהג מונית והבטיח לו סכום גבוה שיסיע אותו מהר, האם חייב לעמוד בהתחייבותו? מה הדין בשילם מראש?

אסיר שברח דרך הים וביקש מדייג שיעבירו בספינת הדייגים, הדייג ביקש מחיר מופקע והאסיר הסכים, האם חייב לשלם ומדוע?

אם הבטיחו לשדכן או למתווך סכום כסף גדול לכשיגמור את הענין האם חייבים לתת לו כל מה שהבטיחו? מה הדין באם שילם מראש, האם יכול לדרוש בחזרה? ומה הדין אם השדכן תפס או נכתב שטר? ומה הדין אם נתן לו תקיעת כף?

על מה ששנינו **במשנה** "אם אמר לו אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי חייב ליתן לו" שאלה הגמ' **קטז**. "ואמאי ונימא ליה משטה אני בך" מי לא תניא הרי שהיה בורח מבית האסורין והיתה מעבורת לפניו אמר לו טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו? הא לא דמי אלא לסיפא ואם אמר לו טול דינר זה בשכר והעבירני נותן לו שכרו משלם (את הדינר) מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא אמר רמי בר חמא בצייד השולה דגים מן הים דאמר לו אפסדתני כוורא בזוזא", ופירש **רש"י** "אפסדתני כוורא בזוזא, והיינו בשכרו דקתני טול דינר שאתה מפסיד כאן ותעבירני נותן לו אותו ומתני נמי הרי הפסידו ניכר".

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** (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 שלישי או כך וכך דינרים, וקבל עליו בעל הדבש ואמר לו הן, הרי זה שחק בו ואינו נותן לו אלא שכרו הראוי לו (שכר הטירחא ושכר הכלים צריך ליתן לו, סמ"ע), שהרי לא הפסידו כלום (ומכאן ללוקח סמנן הרבה בדמים יקרים מפני חולי הדוחק דלא מיחייב אלא בדמיהן וכן כל כיוצא בזה, **קצות** א' בשם הריטב"א). (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 ב" { **רא"ש** } הא דאין לו אלא שכרו היינו בדבר שאין רגילות ליתן עליו הרבה, אבל בדבר שדרך ליתן הרבה, כגון השבעת שדים או רפואה (או גילוי סוד המביא לידי ריוח, **כסף הקדשים**), חייב ליתן לו כל מה שהתנה עמו (ר"ל בעד חכמת הרפואה אבל אם פסק לו על הסימנים יותר מדמיהם הרבה מחמת אונס חליו אין לו אלא דמיהם, **באה"ג** בשם רשב"א והרב המגיד), ובשדכנות (וכן הדין בסרסור ודלא כדברי ריבות, **ש"ך**) אין לו אלא שכרו אע"פ שהתנה עמו לתת לו הרבה (**תשובת הרא"ש** ודלא כאו"י דבשדכנות נותן לו כל מה שפסק עמו מאחר שרגילין ליתן עליו הרבה, וראה לקמן) { (ח) (תשובת **הרשב"א** -) בד"א בשלא נתן לו אבל אם נתן לו בכל אלו הדברים אינו יכול להוציאה מידו".

כתב **הסמ"ע** (יט) דמה שצריך לתת שכר הראוי לו בסע' ו' מיירי באיש הנשכר לאחרים לעסוק בכלים מלאכת אחרים ושכר בטילתו ניכר, דלולי שעסק בזה היה עוסק בשכירות אחרת, ואין עליו לבטל ממלאכתו בחנם בשביל הצלת ממון של זה, וכן הטעם במעבורת בסע' ז', אך הוסיף "ועוד נראה" דאפילו אם ידוע שלא היה לו עסק אחר לעת עתה לעסוק בו, וה"ה לבעל מעבורת שלא היה לו לעת עתה מי להעבירו, מ"מ צריך ליתן לו שכרו כאחר, כיון דכל השנה כשבא אחד ומבקש ממנו להעבירו או לעסוק לו בכליו מלאכה כזו או קלה או כבדה ממנה מדרכן ליתן עליה שכר, אינו מן הדין שיהא זה עדיף משום צורך הצלת ממון או גופו, משו"ה צריך עכ"פ ליתן לו שכר כאינש דעלמא.

עוד כתב **הסמ"ע** (כ) להוכיח מהרמב"ם רא"ש והמחבר דמש"כ בסע' ז' 'כל מה שהתנה עמו' ר"ל כל מאי דפסק עמו ממש קאמר, אפילו אין נראה לעינים שהיה לו ריוח כל כך אם היה צודה דגים, מ"מ כיון דעכ"פ היה לו לצוד דגים, ואפשר שהיה עולה במצודתו כל כך דגים כשיעור פסיקתו שכר זה, משו"ה צריך ליתן לו כל שכרו. **באה"ג** גם למד ברמב"ם והמחבר כנ"ל וכתב דתליא במח' (בהג"ה

בסעי' ה' ובסוף סימן רע"ד) דזה לפוסקים דלא כר' ישמעאל, אבל לרמ"א והפוסקים כרבי ישמעאל שמחוייב לשפוך יינו להציל דובשו של חברו א"צ לשלם לו יותר מהפסדו וטרחתו הראוי לו ובצייד שאני דאפשר שהיה מרויח כל כך.

כתב הקצות (ב) דמשמע בסמ"ע שאם נראה לעינים בבירור שאי אפשר בשום פנים להעלות כ"כ דמים כמו שיעור פסיקתו (בסעי' ז' כאמור) אין צריך ליתן אלא כשיעור שהיה יכול לצוד, אך כתב דמלשון הרא"ש משמע דכל כה"ג נמי צריך ליתן כל מה שפסק דכתב "אם יש לו קצת הפסד יטול כל מה שפסק" דמבואר דאין צריך שיהיה עולה במצודתו כשיעור מה שפסק לו, וביאר דאף אם לא היה חסר כלום הו"ל זה נהנה וזה לא חסר, אבל אם יש לו הפסד קצת מגלגלין עליו כל מה שפסק דמה לי משתמש בביתו או משתמש בגופו, אך סיים דאף דכן סובר הרא"ש וכ"כ המעדני מלך "מדברי האחרונים לא נראה הכי".

כתב הקצות (ד) דאם נשבע או בתקיעת כף ליתן לו צריך ליתן לו כל שכרו דעיקר הטעם דאינו אלא משטה אני בך ושבועה מסלק השטאה ואפילו מת צריכין היורשין לשלם, ואע"ג דנודר או נשבע ומת אין היורשין צריכין לקיים נדרו כמבואר בסימן רנ"ב היינו משום דשבועה ונדר אין עושין קנין ואם הוא בחיים מחויב לקיים נדרו והיורשין פטורים, אבל בשכירות שנקנה בדיבור אלא דהיכא דאין לו אלא שכרו היינו משום משטה, וכיון דשבועה מסלק השטאה א"כ ממילא חובו עליו לקיים כפי מה שפסק כיון דשכירות נקנה בדיבור, וכן אם הבטיח שכרו לעני נמי מחויב ליתן כל מה שפסק דנעשה נדר ומשום דלא גרע מאילו אמר לו בדיבור בעלמא וצריך ליתן לו כל מה שפסק, והובא בקצרה **בפת"ש (ח)**.

כתב השב"י (פת"ש ח) ראובן שביקש משמעון להשתדל לו חזקת ישוב וקצב עמו סכום מסויים ועכשיו אינו רוצה ליתן לו כל כך רק ע"פ שומת ב"ד, הדין עם שמעון, כי הרמ"א עצמו בתשובה פסק דבשתדלנות שהוא חמור יותר צריך ליתן לו כל מה שפסק עמו.

כתב הנה"י (ח) דבכל הנך דוקא שנתאנה יותר משתות אז יכול לומר משטה אני בך, דכל שאין בו דין אונאה לא יכול לטעון דין משטה, ומש"כ התשב"ץ דאם היתה התוספת קרוב למה שראוי לו חייב, פירוש שיעור קרוב היינו שתות. עוד כתב דמדובר הכא דוקא שלא היה בקנין, אבל אם היה קנין מהני אפילו נתאנה הרבה כיון שידע וקיבל קנין סודר (ודלא כתומים הסובר שיש מח' בין הרשב"א לרא"ש אי מהני קנין, אלא הרשב"א דס"ל דאפילו קנין לא מהני, כתב כן דוקא במילי דמצוה כמו בטול דינר והעבירני וכדלקמן), ודוקא בהנך, אבל במידי דמצוה כגון בטול דינר והעבירני או בהשבת אבידה, אפילו קנין לא מהני אם לא שכבר נתן, ובשדכנות וסרסורים דאינו נותן לו אלא שכרו, דוקא כשיש קצבה, אבל במקום שאין להם קצבה נותן להן כל מה שהתנה (וכדלקמן).

לגבי דמי **השדכנות** הנ"ל, כתב **הש"ך (טו)** דדעת רש"ל דנותן לו כל מה שהתנה, וכתב דנראה דלא פליג עם הרמ"א, ורש"ל איירי במקום דאין לשדכנות קצבה.

הקצות (ג) כתב דלפמ"ש בסק"ב דאפילו היכא דיש לו הפסד קצת נמי מגלגלין עליו הכל, אם כן בשדכנות כיון דרוב פעמים שמפסיד השדכן בביטול ימים ושעות על כל פנים פרוטה שהיה יכול להרויח מגלגלין עליו הכל ומחויב לשלם לו כל מה שפסק, אם לא שעשה השדכן פעולתו בדיבור בלי שום ביטול זמן באופן שלא היה לו שום הפסד, וסיים דבלא"ה דעת רש"ל דבשדכנות משלם כל מה שפסק.

הפת"ש (ז') על המילה 'ובשדכנות' כתב בשם **חות יאיר** דאם מה שהתנה אינו סך רב יותר משכר הראוי נוטל כפי מה שהתנה, והביא בקצרה את **התשב"ץ** ו**הנה"י** (ח) הנ"ל דשיעור קרוב היינו שתות.

בתשובת **הב"ח (פת"ש ח)** פסק דצריך ליתן כל מה שנדר לו אף שיש תקנה כמה שיתן לו, אותה תקנה אינה אלא היכא דלא התנה, ובפנ"מ חלק עליו ואין לזוז מפסק רמ"א במקום דאיכא תקנה אף שמבטיח לו ליתן יותר אין לו אלא שכרו כפי התקנה, ואם נתן לו משכון או שטר חוב והזכיר בשטר על מתנה שנתן לו תחילה נמי י"ל דמנה אין כאן משכון אין כאן עד שיאמר לו קנה בגוף המשכון, אך אכן בנתן משכון או שטר חוב יכול לומר השדכן קים לי כהנך רבוותא דסבירא להו דאם הבטיח לו יותר משכר הראוי לו דצריך לקיים תנאו, אבל בלא נתינת המשכון כבר קיימו וקיבלו חכמי

הדור כהכרעת רמ"א והוא יתד שלא תמוט, ובחכם צבי משמע ג"כ דאם השדכן תפוס יכול לומר קים לי כמאן דאמר הקוצב בשכר שדכנות אפילו הרבה מחויב ליתן לו אך אם תפוס שטר לא מהני ליה חזקת השטר, דמה שתפוס שטר לא מיקרי מוחזק בהכי אלא שהשטר עושה פעולה דגם שכנגדו שוב לא נקרא מוחזק (נו"ב) (וכתב הפת"ש דאפשר כונת הפני"מ במש"כ דאם נתן שטר חוב יכול לומר השדכן קים לי וכו' היינו באופן שנזכר שם דנתן לו שטר ממרנ"י דאין נזכר בו שם המלוה ובידו למסרו לכל אדם לגבות ממנו, דבזה הוי כגבוי אך א"כ צ"ע למה לו הטעם דקים לי הא זה הוי כאילו כבר נתן לו כבסע' ח' וצ"ע), וכע"ז בשב"י והוסיף דכתיבת יד לא מהני עד שיקנה לו בקנין גמור.

< כתב הסמ"ע (כ) בשם תשובת מהרי"ק בדין ראובן שהבטיח לשמעון להשתדל בעדו בעסק מה בחנם, וכמעט שנגמר הדבר חזר בו ורוצה שכן, והוצרך שמעון לתת לו שכר, ואח"כ באו מעות ראובן ליד שמעון ואמר לקחת את שלי שלא כדין כי אנוס הייתי במה שפייסתיך, דהדין עם ראובן, וכ"כ בהג' מרדכי לענין אם טען שמחמת יראה הבטיח ליתן לו.

סימן רסה – אין ליטול שכר על האבדה

סעיף א

[מה הדין ברואה אבדה בעת עבודתו? פרט.]

משנה ב"מ ל: "היה בטל מן הסלע לא יאמר לו תן לי סלע אלא נותן לו שכרו כפועל בטל אם יש שם בית דין יתנה בפני בית דין אם אין שם בית דין בפני מי יתנה שלו קודם" ובגמ' לא: "מאי כפועל בטל אמר אב"י כפועל בטל של אותה מלאכה דבטל מינה". **משנה לב.** "מצוה מן התורה לפרוק אבל לא לטעון", ופירשה הגמ' מצוה מן התורה לפרוק בחנם ולא לטעון בחנם תנינא להא דתנו רבנן פריקה בחנם טעינה בשכר רבי שמעון אומר זה וזה בחנם, וקיי"ל כרבנן.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "הרואה אבדה חייב להחזיר בחנם, אם הוא בטל, אבל אם היה עוסק במלאכה ובטל ממלאכתו ששואה דינר, והחזיר אבדה ששואה מאה דינר, לא יאמר לו תן לי דינר שהפסדתי, אלא נותן לו שכרו כפועל בטל שיבטל מאותה מלאכה שהיה עוסק בה (לפ"ז אינו נוטל שכר על ההשבה כלל אלא כמה היה רוצה פועל זה ליבטל ממלאכתו שעוסק בה ולישב בטל לגמרי, סמ"ע)" והרמ"א פסק כרא"ש והטור "וי"מ 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, אע"פ שמגיע לו דינר בשכר ההשבה, ואם שכר ההשבה הוא יותר ממלאכתו, א"צ ליתן לו רק כדי שכר מלאכתו (דכיון דאין לפועל הפסד, אף שיש לו טירחא יותר בהשבה מהעסק במלאכתו, ע"ז מצווה ועומד לקיים מצות השבת אבדה ואסור לו ליטול שכר עליה, סמ"ע). 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 (היינו כפירוש פועל בטל דהמחבר בריש הסעי' כמה היה נוטל פועל כזה להיות יושב בטל לגמרי, סמ"ע), ולא מה שהיה נוטל לטרוח בהשבתה".

המשך השו"ע ע"פ המשנה "ואם התנה עם הבעלים או בפני ב"ד שיטול מה שיפסיד והרשוהו ה"ז נוטל (ואין בו עבירה שמקבל שכר ההשבה, דלא חייבתו התורה במקום פסידא, אלא שמסתמא אמרו חז"ל דניחא ליה לאדם בבציר משכירתו ולהיות בטל, והרי זה גילה דעתו דלא ניחא ליה בזה, סמ"ע) {וצריך להשיב, מאחר שרוצין לשלם דמי הפסדו, וגם הם מחוייבים ליתן לו כל מה שפסקו, אפילו אם פסקו לו יותר מן הראוי (טור), ר"ל יותר ממה שראוי לאדם אחר דנוטל פחות מדמי מלאכתו כדי לישב בטל, אבל אם פסקו לו יותר מדמי מלאכתו, ודאי א"צ ליתנו לו, כי יאמרו לו משטה הייתי בך אפילו לדבר הרשות, וכ"ש בזה שמצות השבה עליו לקיימה, סמ"ע)}, ואם אין שם בעלים ולא ב"ד, שלו קודם".

פירוש נוסף לפועל בטל מצינו ברב המגיד (והר"ן שם בסוגיה) בשם ר"ח ועוד (הובא בב"י ש"ך ובאה"ג) שפעמים שהמלאכה מרובה והיא ביוקר ופעמים שהמלאכה מועטת והפועלים בטלים

ואותה שעה משתכרים בזול כדי שלא ישבו בטלים ואם החזיר זה את האבידה בשעה שהמלאכה מרובה ונשתתה בחזרתה כדי שיהא מרויח סלע לא יאמר תן לי סלע שהפסדתי בחזרתה אלא נותן לו כשעה שהמלאכה מועטת והוא יושב ובטל שהיה משתכר חצי סלע כדי שלא יהא יושב ובטל (ע"פ עזר משפט).

ביאר הסמ"ע (ב) דאף לענין רבית ביו"ד קע"ז פירש הטור כפועל בטל בענין אחר (והרמב"ם פירשה כפירושו הכא), והיינו כמה רוצה ליטול אדם הבטל לגמרי לעסוק בעסק שותפות ההוא, שאני לענין ריבית דניחא ליה לשותף המקבל עיסקא בזה כיון שמקבל חצי הרייח, אלא שיש בו איסור ריבית, משו"ה אמרו שסגי בהכי, מה שאין כן בפועל זה דלא ניחא ליה ליבטל ממלאכתו. **הש"ך** (א) האריך להוכיח דהלכה כרמב"ם והשו"ע.

עמש"כ הרמ"א דאם שם הבעלים ולא התנה איהו דאפסיד אנפשיה ואין לו אלא כפועל בטל לגמרי כתב **הסמ"ע** (ד) לבאר מדוע אמרו בזה דה"ל להתנות ולא התנה דאין נוטל שכרו על ההשבה כלל אלא על ביטול מלאכתו, ובסימן רסד/ג בירד מעצמו והציל את של חבירו והניח שלו להיות נשטף אמרו איפכא, דנוטל שכר על השבת חמור חבירו ואינו נוטל שכר פסידת חמורו, דמן הדין לא היה לו לזה ליתן שום דבר כיון דבעל האבידה היה שם ולא התנה עמו יכול בעל האבידה להתנצל ולומר אם לא ירדת מעצמך להציל אני הייתי יורד להציל חמור שלי, אלא שחז"ל אמדו דעת הבריות דמסתמא ניחא ליה לבעל האבידה שכל מי שיקדים להציל ממונו בכזה יתנו לו שכר, וכיון דאינו מן הדין אלא מאומדן דעת משו"ה אין נותנין לו לעולם אלא המיעוט, וכאן מיירי כששכר הפסד הביטול הוא מועט או שוה לשכר ההשבה, ובסימן רס"ד שם נשטף חמור המציל, שכר הפסידו הוא יותר משכר ההשבה, משו"ה נותנים לו הפחות, **ובנתיבות** (א) חלק על ביאור הסמ"ע ותירץ קושייתו ע"פ הנ"י שכתב דמלאכה שכיח ולא רצו להפסידו משא"כ שטיפת חמור עי"ש.

עוד ביאר **הסמ"ע** (ח) דמש"כ המחבר בסיפא דאם אין שם בעלים ולא ביו"ד וכו', לא דמי למש"כ הרמ"א בסימן רסד/ג דאם אין הבעלים שם אע"פ שלא התנו כאילו התנו דמי, דשאני הכא דמסתמא ניחא ליה לאדם במנוחה ממלאכתו הכבידה ולעסוק בהשבה זו ולקבל פחות מדמי מלאכתו וזה הפועל דמיירי ביה כאן לא ניחא ליה במנוחה אלא בטירחא ובהרבה שכר כדי מלאכתו, ואם ישיב בלא תנאי לא יאמין לו בעל אבידה בזה, אלא יאמרו שהוא מסתם בני אדם ולא יתנו לו אלא כפועל בטל, משו"ה נתנו לו רשות לעסוק במלאכתו ולהניח ההשבה שאינה מוטלת עליו בכה"ג, משא"כ לעיל כששטף נהר חמורו וחמור חבירו והניח את שלו והציל את של חבירו, דהכל יודעין דהטירחא אחת להצלת חמור חבירו כמו בהצלת חמור שלו, ומסתמא ופשוט הוא שניחא לאדם להציל את שלו משל חבירו, אם לא שעשה בשביל השכר שחבירו ישלם לו עכ"פ דמי חמור שלו והותר, משום הכי אמרו שם דה"ל כאילו התנה עמו וצריך לשלם לו כל דמי חמורו, אם לא שחבירו היה שם והיה יכול להתנות עמו ולא התנה.

סימן רסו – דין אבדת עוברי עבירה

סעיף א

האם חייבים להשיב אבידת גוי? ומה הדין אבידה של גוי ששומר עליה שומר יהודי והאחריות עליו?

ב"ק קיג: "אמר רב חמא בר גוריא אמר רב מנין לאבידת הכנעני שהיא מותרת שנאמר לכל אבדת אחיך לאחיק 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 אפילו אבידתו אסור".

סנהדרין עו: "אמר רב יהודה אמר רב המשיא את בתו לזקן והמשיא אשה לבנו קטן והמחזיר אבידה לנכרי עליו הכתוב אומר למען ספות הרוה את הצמאה לא יאבה ה' סלח לו".

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "אבדת העובד כוכבים מותרת, שנאמר אבדת אחיך, והמחזירה הרי זה עובר עבירה, מפני שהוא מחזיק ידי עוברי עבירה (ביאור הרמב"ם, ורש"י בסנהדרין כתב טעם אחר מפני שמראה בזה שאין מצות השבה חשובה עליו למצות בוראו שהרי משיבה גם לגוי שאינו מצווה עליה, **סמ"ע**). (ע"פ **ירו'** -) ואם החזירה לקדש את השם כדי שיפארו את ישראל וידעו שהם בעלי אמונה, הרי זה משובח. (ע"פ **ברייתא** דר' פנחס הנ"ל -) ובמקום שיש חילול השם, אבדתו אסורה וחייב להחזירה (**ב"י**): שמצאו במקום שרוב ישראל והגוי לא יסבור שנפלה ממנו האבדה אלא ישראלים המצוים שם גנבוה ממנו, **סמ"ע**). (ע"פ **הירוש'** -) ובכל מקום מכניסים כליהם ככלי ישראל, מפני דרכי שלום".

עמש"כ המחבר דמכניסים וכו', כתב **הסמ"ע** (ד) דס"ל דלא אסרה התורה אלא השבת אבדה דנפלה מבעליה הגוי בלי ידיעתו ואינו יודע באיזה מקום נפלה וליד מי הגיעה שמצאה, משא"כ מי שהניח כליו ומטלטליו בחצירו ולא עלתה על דעתו שיאבד משם ולישראל נתוודע לו שגנבים יבואו לעיר ויגנבוהו משם, אזי כיון דאין שם אבדה עליו, מותר לו להכניסו למקום המשתמר מפני הגנבים מפני דרכי שלום, והרמב"ם בדפוס גדול אע"פ שלא כתב תיבות 'מפני הגנבים' בדפוס כסף משנה כתבו וכ"כ הטור דאל"כ ה"ל למימר משיבין, ומשום הכי כתבו דמותר בכל מקום, כלומר אפילו היכא דליכא משום חילול השם ולא משום קידוש השם, ואע"ג דאפילו בשל ישראל נתבאר בסי' רס"ט ו-רס"ז דבהניחו בכוונה במקום מיוחד א"צ להחזיר, הא נתבאר ברמ"א רס"ז דהיינו דוקא דעדיין משתמר שם, משא"כ היכא דבאו לבסוף גנבים, ומה דכתב הטור 'עם כלי ישראל' אע"פ שאינו בירוש' והרמב"ם דס"ל לטור דבכל מקום דהוא עושה מפני דרכי שלום ואית ביה דרכי שלום מותר.

כתב **באה"ג** דמשכתב הרמב"ם הטעם מפני שהוא מחזיק וכו' נראה דס"ל דלא אמר רב בסנהדרין אלא בעכו"ם עובדי כו"ם ולא בגוים שבזה"ז שמודים בבורא עולם ונימוסיהם להחזיר אבדה, אכן **בב"י** דן בטור שכתב "עובדי עבודה זרה" דזה לאו דוקא, ואפשר דמשום דבארץ אדום היו המינים מבאשים ריחם של ישראל בעיני המלכים מדין זה וכיוצא בו וחכמי ישראל היו משיבים דלא נאמרו דברים הללו אלא בגוים שבזמן חכמי התלמוד שהיו עובדי הצלמים ולא היו מודים בבורא עולם ולהם קראו עובדי ע"ז אבל גוים שבזמן הזה שמודים בבורא עולם אינם בכלל עובדי עבודה זרה לענין דין זה וכיוצא ב"וועי"ל" דנקט האי לישנא לכלול ישראל שהוא עובד ע"ז שאבדתו מותרת כמו של גוי.

כתב **רע"א** (**פת"ש** א) ראובן שהיה שומר של גוי וקיבל עליו אחריות שמירה, ונאבד ממנו החפץ, על המוצאו חיוב השבה, אף דגוף החפץ של גוי, מ"מ הוא מציל הישראל מן ההפסד שלא יצטרך לשלם, לא מיבעיא לר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי הוי החפץ ממון הישראל, אלא אפילו לרבנן שאין זה החפץ של השומר אבל מ"מ הוא מציל את הנכסים של ראובן שלא יתחייבו לשלם, "אמנם חבירי **הרב מו"ה ישראל**" פיקפק בדבר דמ"מ י"ל לרבנן דר"ש הך חפץ לא מיקרי אבדת אחיך, וצ"ע.

סעיפים ב – ג

מה דין אבדת רשע לתאבון או להכעיס?

ע"פ **ע"ז כו'**: דלמדו "לכל אבדת אחיך" פסק **השו"ע** ע"פ **הרמב"ם** "חייב להחזיר אבדת ישראל (אפילו אבדת קרקע) אפילו היה בעל האבדה רשע ואוכל נבילה לתיאבון ('אחיך' אפילו הוא רשע), אבל אוכל נבילה להכעיס הרי הוא אפיקורוס ממש, והאפיקורסים והכותים וישראל המחלל שבת בפרהסיא (ע"פ חולין ה.) אסור להחזיר להם אבדה, כעובד כוכבים".

כתב **הסמ"ע** (ו) ע"פ התוס' דהאי פרהסיא גם אעובדי עבודה זרה קאי דאם לא עבדה אלא פעם אחת צריך להיות שעבדה בפרהסיא.

[**בפסקי המשפט** (אות א) כתב שכתבו פוסקי זמנינו (האג"מ, גריש"א, גרני"ק ועוד) שלענין השבת אבדה יש להחזיר גם ליהודי שאינו שומר תורה ומצוות דדינם כיום שנולדו וגדלו בלא תורה ואמונה כעושים לתיאבון, עיי"ש].

< בסע' ג' כתב **השו"ע**: "דין המודר הנאה מחבירו לענין החזרת אבדה, נתבאר בטור יו"ד סי' רכ"א".

סעיף ד

חפץ שמזיק לציבור האם חייב להשיבו לבעליו?

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". ז"ל השו"ע "חתול רע שמזיק לקטנים, אין צריך להשיבו לבעלים, אלא כל המוצאו הורגו וזוכה בעורו".

כתב הב"י דהטור השמיט כאן דאסור לקיימו מפני שאין כאן מקומו (אלא לקמן סי' ת"ט ו-תכ"ז), אולם הסמ"ע (ח) כתב דנכלל במה שכתב הטור 'כל המוצאו הורגו'.

סעיף ה

ע"פ משנה ב"מ לב. פסק בשו"ע "אמר לו אביו אל תחזיר את האבידה, הרי זה לא ישמע לו", דשנינו בגמ' "תנו רבנן מנין שאם אמר לו אביו היטמא או שאמר לו אל תחזיר (אפילו אמר לו אביו אל תחזיר את האבידה אלא לך ועשה הצורך שעה שלי דבר פלוני, סמ"ע בשם הרמב"ם) 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 הוה אמינא 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 כבד את אביך ואת אמך ונאמר להלן כבד את ה' מהונך הלכך לציית ליה קמ"ל דלא לשמע ליה".

סימן רסז - כיצד מכריז וכיצד מטפל בה בעודו בידו

סעיפים א - ב

ב"מ לא: "תניא השב אין לי אלא לביתו לגינתו ולחורבתו מנין תלמוד לומר תשיבם מכל מקום היכי דמי אי דמנטרא פשיטא ואי דלא מנטרא אמאי לעולם דמנטרא והא קמ"ל דלא בעינן דעת בעלים".

ז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "חייב ליטפל באבידה עד שיחזירנה לרשות בעליה במקום המשתמר (אע"פ שלא ידעו הבעלים, בשונה מגנב גזלן וד' שומרים דבעינן שיחזיר למקומן בידיעת בעלים, סמ"ע ע"פ הטור), אבל אם החזירה למקום שאינו משתמר, כגון גנה וחורבה, ואבדה משם חייב באחריותה. (ע"פ מסקנת הגמ' בברייתות המובאות גבי מח' רבה ורב יוסף בב"ק נז. -) החזיר את האבידה בשחרית למקום שהבעלים נכנסים ויוצאים שם בשחרית, אינו חייב ליטפל בה שהרי הבעלים רואים אותה אע"פ שאינו מקום המשתמר, אבל בבעלי חיים (כיון דנקטי להו ניגרי' כלומר שמלומדות לצאת, רש"י) 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".

כתב הש"ך (א) גבי בע"ח ע"פ התוס' (שם נ"ז) "הך סיפא אאבידה דוקא קאי שניגרי ברייתא גרמו לה להאבד אבל לענין גניבה פטור שאין גורמין לה ליגנב" דבגנבה פטור לרבא אפילו באנקטי ניגרי ברייתא, אולם ה^נתיבות (א) חלק דהא הוי תחילתו בפשיעה לענין אבידה וסופו באונס לענין גניבה, ומש"כ התוס' י"ל דבשלמא בצריפא דאורבני בב"מ מ"ב אי אפשר להינצל משריפה אם לא שלא היה מניחן שם, ואם לא היה מניחן שם ממילא היה ניצל ג"כ מגניבה, וא"כ הפשיעה גרם לאונס שיבוא, משא"כ בשמירה בביתו בדלת שאינה יכולה לעמוד ברוח שאינו מצויה, שהרי אפילו אם נעשה כראוי אין זה שמירה כלל לגבי גניבה, משא"כ הכא שהחזירה לבית הבעלים שאינו יכול לעשות שם מאומה בבית חבירו או בגינה של חבירו והוא אינו משומר כלל, רק שפטור משום שהחזירה למקום שהבעלים יראו אותה, וכיון דהוא בעל חי ויש לה חשש שתלך משם קודם שיראו הבעלים, ואסור להניחה במקום זה כלל, ואם לא הניחה שם היה אפשר שלא תגנב, א"כ הגניבה באה מחמת הפשיעה וחייב.

סע' ב': ע"פ משנה ב"מ ל: וגמ' פסק בשו"ע "החזירה וברחה", אפילו מאה פעמים, חייב להחזיר, שנאמר השב תשיבם, השב, אפילו מאה פעמים משמע".

סעיף ג

ע"פ משנה ב"מ כח. פסק בשו"ע "המוצא אבידה {ואינו מכיר את בעליה (טור)} {מכריז עליה (ע"פ ברייתא כח: -) בבתי כנסיות ובתי מדרשות, ובזמן שיש אנשים (באה"ג: אנשים) שאומרים אבידה הנמצאת של מלך היא, מודיע לשכניו ומודיעו ודיו".

כתב **הסמ"ע** (ד) דמכאן ראייה למה שנוהגים להכריז בבתי כנסיות גניבות ושאר ענינים בשעה שהציבור בבית הכנסת, אך דוקא בין מנחה למעריב או אחר יציאה מבית הכנסת וכדי שלא להפסיק הציבור בתפילתם, ומה שנוהגין קצת להכריז בין אשרי לילמנצח' [באה"ג בהבאתו את הסמ"ע: בין אשרי לובא לציון] לא שפיר עבדי, דאף דסדר קדושה ענין בפני עצמו הוא כמו מעריב למנחה, מ"מ מיד אחר הקדיש דנפילת אפיים מתחיל סדר קדושה לכן חוזרין ואומרים אשרי, ולכן מוטב להכריז קודם התחלת אשרי, וטוב יותר אחר גמר התפילה [ועוד כתב בשם **מהרי"ק** דאם הכריז בבית הכנסת להחזיר אבידה בתקנת רבינו גרשום (מי שאבדה לו אבידה יש בידו כח להכריח הקהל להשיב החזון עד שיכנסו כלם בחרם), ויש אנשים שאומרים שנמסר להם הדבר בסוד, יש לנדות מי שישתדל לבטל תקנת רבינו גרשום, ואפילו אם נשבע שלא לגלות לא יועיל, וכע"ז בסמ"ע ריש סימן כ"ח לענין עדות].

סעיפים ד. ז

ב"מ כח: "איתמר רב יהודה אמר **אבידתא מכריז** דאי אמרת גלימא מכריז חיישין לרמאי, ורב נחמן אמר **גלימא מכריז** לרמאי לא חיישין דאם כן אין לדבר סוף (דהשתא נמי מסיק אדעתיה ואמר אם טלית היא שמצאת אלו סימניה, רש"י)" ומסקנת הגמ' דמתני' דקתני אמר את האבידה ולא אמר את סימניה הרי זה לא יתן לו, בדלא אמר סימנים מובהקים דידה אלא סימנים שאינם מובהקים, **ב"י**.

וז"ל **השו"ע** כרב נחמן דהלכה כוותיה בדיני וכלשון **הרמב"ם** "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 האבידה, לפי שאינו מחזירה עד שיתן סימנים מובהקים", ובסע' ז' ע"פ **כג:** והרמב"ם פסק "המדה או המשקל או המנין או מקום האבידה, סימנים מובהקים הם".

כתב **הסמ"ע** (ז) ע"פ ה"ה דג' מיני סימנים הן, סימן נקב בצד אות פלוני והדומה לו והוא סימן מובהק גמור דנחשב בשאר דברים כעדים, וסימן ארוך וגוף ומשקל ומקום הוא סימן בינוני והוא סימן מובהק סתם מיקרי ומיניה איירי הרמב"ם והמחבר כאן, וקאמר הרמב"ם (יגה) שמחזירין בסימן האבידה מדין תורה וכסע' ז', וסימן חיור וסומק דאינו מיקרי סימן מובהק כלל. עוד כתב הסמ"ע דסימן ילפינן בב"מ כ"ח מקרא 'עד דרוש אחיד' דרוש להבא לומר שלי הוא, שלא יהא רמאי, ומדאורי' כשיתן סימן מובהק תו לא חיישין שהוא רמאי, וזה שמסיק בסע' ו' וקאמר בראשונה וכו' ור"ל שדינו כדין תורה אא"כ הוחזק רמאי שבו החמירו להצריכו עדים, ומשרבו הרמאים התקינו שלא להחזיר לסתם בני אדם אא"כ יביא עדים שהוא שלו או שיביא עדים שאינו רמאי, וחוזר הדין לדין תורה להחזירו לו בסימנים מובהקים.

הש"ך (ב) כתב דמש"כ דארוך וגוף ומשקל הוא סימן כו' טעות הוא דלא הוי סימן כלל וכן הוא להדיא ברא"ש והמ"מ.

סעיפים ה – ו

משנה ב"מ כח: "אמר את האבידה ולא אמר סימניה לא יתן לו, **והרמאי** אע"פ שאמר סימניה לא יתן לו שנאמר עד דרש אחיד אתו עד שתדרוש את אחיד אם רמאי הוא אם אינו רמאי", ובגמ' "תנו רבנן בראשונה כל מי שאבדה לו אבידה היה נותן סימניו ונוטלה משרבו הרמאין התקינו שיהו אומרים לו צא והבא עדים דלאו רמאי את וטול".

וז"ל **השו"ע** **כרמב"ם** "בא בעל האבידה ונתן סימנים שאינם מובהקים, אין מחזירין, והרמאי, אף על פי שאמר סימנים מובהקים אין מחזירין לו, עד שיביא עדים שהיא שלו. (ו) בראשונה, כל מי שאבד

לו אבידה ובא ונתן סימנים מחזירים אותה לו א"כ הוחזק רמאי, משרבו הרמאים התקינו ב"ד שיהיו אומרים לו הבא עדים שאין אתה רמאי, וטול" **והרמ"א פסק ברא"ש ש"ו** דבסימן מובהק מחזירין אפילו בזמן הזה ואין צריך לעדים שאינו רמאי".

כתב **הסמ"ע** (ח - י) דמוכח ברא"ש דאפילו לודאי רמאי מחזירין בסימנים מובהקים ומש"כ 'בזמן הזה' צ"ל דלאו דוקא קאמר, שהכל הם בחזקת ספק רמאים, אלא אף בודאי רמאי נמי דינא הכי, ודעת המחבר היא דעת הרמב"ם, וסימנים המוהקים דסעי' ז' מחזירים בהביא עדים שאינו רמאי או שהוא צורבא מרבנן שמסתמא אינו רמאי. עוד כתב דהרא"ש וסיעתו ס"ל דאפילו לרמאי גמור מחזירין בסימן מובהק דארוך וגוץ או מדה ומשקל, ולא פליגי אברייתא דמשרבו הרמאים התקינו שא"ל הבא עדים דלאו רמאי את וטול, אלא דס"ל דבראשונה היו מחזירין לסתם בני אדם אפילו בסימן חיוור וסומק דאינו מובהק כלל, וממילא גם עתה אם אינו מביא ראיה שאינו רמאי או שהוא בחזקת צורבא מרבנן, מחזירין לו בסימן ארוך וגוץ, וטעם פלוגתתן תלוי בביאור הגמרא, והרמ"א קאי גם אסעי' ה'.

כתב **הש"ך** (ב) דפשט לשון הרמב"ם משמע דלרמאי אין מחזירין בשום סימן רק בעדים וכ"כ הרב המגיד והב"ח בדעתו וכן משמע בהג' אשר"י דאפילו האידנא בסתם אין מחזירין בשום סימן אלא בעדים שהוא שלו, ודעת הראב"ד דאף לרמאי מחזירין כשנותן סימן מובהק לגמרי דכתב עמש"כ הרמב"ם 'עד שיביא עדים שהיא שלו' א"א סימן מובהק לגמרי ר"ל הוי כעדים, ואפשר דס"ל לראב"ד דגם דעת הרמב"ם יכול להיות כן, ומש"כ הסמ"ע ברא"ש להחזיר בסימן מובהק לרמאי ודאי, ליתא, דלכ"ע אינו מחזיר בכה"ג והרא"ש דיבר רק בסימן מובהק גמור – "ע"כ יש להכריע" דבסימן מובהק לגמרי כגון נקב יש בצד אות פלוני וכה"ג מחזירין האידנא לסתם בני אדם אפילו אינו מביא עדים שאינו רמאי או שהיה שלו אבל בסימן מובהק דמדה ומשקל אין מחזירין אלא כשמביא עדים שאינו רמאי או שהוא צורבא מרבנן, ובידוע שהוא רמאי אין מחזירין אפילו בסימן מובהק גמור וצריך דוקא להביא עדים שהיא שלו. עוד כתב דאף האידנא יש דין ת"ח לענין זה אף למאי דנסתפק בסמ"ע בסימן רס"ב אם יש דין ת"ח האידנא לענין אבדה היינו דוקא התם דמדינא אין מחזירין לכל אדם אבל הכא דמדינא מחזירין לכל אדם אלא דמשרבו הרמאים התקינו כך כיון שהוא ת"ח סגי בהכי אף האידנא לאפוקי מחזקת רמאי והסכים בזה לסמ"ע (אף שלא מצא מקום שכתוב כן).

סעיפים ח - יד

ע"פ מימרא דרבא **ב"מ כח.** פסק **בשו"ע** (ח) "באו שנים, זה נתן סימני האבידה וזה נתן סימני **האבידה** כמו שנתן האחר (ה"ה): דמדובר כשנתן סימן חשוב כחבירו אבל אם היה גרוע לא), לא יתן לא לזה ולא לזה אלא תהא מונחת עד שיודה האחד לחבירו או יעשו פשרה ביניהם {או שיביא האחד עדים (טור). הביא זה עדים, וזה עדים וסימנים, סימנים במקום עדים לאו כלום הוא, ויהא מונח (הג' **מרדכי**)".

כתב **הש"ך** (ה) בשם **השל"ג** "נראה בעיניי" שאם אמר א' לחברו או תשבע אתה שהיא שלך או אשבע אני שהיא שלי שומעין לו וכן אם באו לחלקה ביניהם שומעים להם וכן אם הודה א' מהם שומעין לו, והוסיף **הש"ך** דנראה שאם אחד אומר אשבע ולא אתה והב' אומר להפך יניח.

עמש"כ הרמ"א בשם הג' מרדכי כתב **הש"ך** (ו) דדין זה לא נזכר כלל שם ואפשר דכיון דהאי לא ידע סימניה מוכחא מילתא דסהדי שיקרא נינהו אם לא שהוא בענין דלא ה"ל לידע וצ"ע. אולם **הנתיבות** (ב) כתב דהטעם ע"פ התוס' בב"ק ע"ב דלא מהני מיגו בתרי ותרי משום דמיגו לא עדיף מעדים ותרי כמאה, אלמא אף דמיגו מהני, מ"מ נגד עדים בתרי ותרי לא מהני דהוי כמיגו במקום עדים, ה"נ בסימנים, כיון דלא מהני במקום עדים לא מהני אפילו בתרי ותרי. עוד כתב דמיירי על כרחך שהתרי ותרי מכחישין אלו את אלו, דבשכח אחת מעידין על זמן שקודם לכת שניה, מעמידין אותו בחזקת השני, דחזקה שכל מה שתחת ידו הן שלו ובודאי לקחו מחבירו.

ע"פ **כח.** פסק **בשו"ע** (ט) "נתן האחד סימנים והשני הביא עדים, יתן לבעל העדים, (ע"פ **הרא"ש ש -**) אפילו אין מעידים שנפלה ממנו, אלא מעידים שמכירים שהוא שלו (מחזקין ליה בחזקתו ולא אמרינן שמכרה, ש"ך)".

כתב הש"ך (ז) דהרא"ש כתב דמדובר אפילו בסימנים מובהקים, וכתב דמשמע שם דר"ל אפילו מובהקים ביותר וכן משמע ברש"ל אלא דמש"כ הרש"ל דדעת רש"י לא נראה כן לא נהירא [ומש"כ רש"י 'את"ל סימנים דאורייתא רבותא נקט דאפילו אמרין דאורייתא אפילו הכי עדים עדיפי ר"ל דפשיטא אי סימנים לאו דאורייתא ואם כן אפילו סימן מובהק ביותר שמועיל היינו מצד הסברא דהא לא נזכר בתורה כלום אם כן פשיטא דעדים שהוזכר להדיא בתורה והוא ג"כ סברא דעדיפי אלא אפילו סימנים דאורייתא ואם כן אפילו סימן מובהק קצת שהוא מן התורה ג"כ ה"א דחשיב כעדים קמ"ל דעדים עדיפי וכיון דעדיפי מסימנים מובהקים קצת א"כ עדיפי ג"כ מסימן מובהק ביותר דהא כיון דסימנים דאורייתא אין חילוק].

כתב בתשובת רע"א (פת"ש א) דמסופק למאן דאמר סימנים דאורייתא אי לחד סימן אמצעי ולחד סימן מובהק אם נותנין למובהק (ועיין בבאה"ג שהובא בריש סע' ח').

ע"פ שם וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (י) "זה נתן סימנים **וזה נתן סימנים ועד אחד**, העד אחד כמי שאינו ויניח (ואין צריך להשבע נגד העד כיון דאפילו לאחר השבועה אין נותנין לזה שנשבע, **סמ"ע**) {וי"א (רא"ש) שזה שכנגד העד צריך ליטעם שזה שלו הוא ואם אינו רוצה ליטעם נותנין לבעל העד}." **הש"ך (ט)** פסק כרמב"ם דכן דעת נ"י הג' מרדכי ועוד.

ע"פ שם פסק בשו"ע (יא) מצא שמלה וכיוצא בה, **זה הביא עידי אריגה** שארגוה לו וזה הביא עידי נפילה, יתן למי שהביא עידי נפילה. (יב) זה נתן מדת ארכה וזה נתן מדת רחבה, יתן למי שנתן מדת ארכה, שמדת רחבה אפשר לשער כשהיה בעליה מתכסה בה (**סמ"ע**: משום דדרך גלימא וטלית שלהן שהיו מכסין בהן היה רוחב הבגד לקומת איש וארכו היה מעוטף סביבו כדרך טליתות שלנו, ולשון המחבר כרמב"ם רש"י ורא"ש, **ודלא כטור** שכתב הטעם שאפשר שיער הרמאי מדת רחבה כשהיתה ביד הבעלים אבל מדת ארכה אינו יכול לשער, ובש"ך כתב בשם תורת חיים שבימינו הדין להיפך שמדת אורכו אפשר לשער אך מדברי כל הפוסקים לא נראה כן ונראה שתלוי בראיות עיני הדיין ולפי המלבוס ודרך הלבישה) (יג) זה נתן מדת ארכה ורחבה וזה נתן משקלה, יתן למי שכיוון משקלה".

ע"פ שם פסק בשו"ע (יד) "זה אומר כך ארכה וכך רחבה וזה אומר ארכה ורחבה כך וכך (כפירוש **רש"י ה"ה** ועוד ב'**מדת גמיו** בגמ') אבל איני יודע כמה באורך וכמה ברוחב, יתן למי שאמר כך ארכה וכך רחבה {אחד אמר מדת ארכה ורחבה, ואחד אמר המשקל, יתן לבעל המשקל, שאין דרך לשקול טלית לפיכך הוי סימן מובהק (**טור**, וראה לקמן)}."

כתב הש"ך (יב) דזה אינו **כרמב"ם** שכתב 'זה נתן מדת ארכה ורחבה וזה נתן האמירות שבה ינתן למי שנתן מדת ארכה ורחבה' והקשה הכס"מ שמדת האמירות היינו מדת ארכה וכבר כתב דין זה וכתב דנותן מדת האמירות שבה היינו לומר שנותן מדת אורך ורוחב האמירות שבה, וכתב הש"ך דאין זה מוכרח ד"ל דאמירות אינו בכלל אורך הטלית, ואפשר דאם נותן אורך ורוחב האמירות שבה לא ינתן לזה שאומר מדת ארכה ורחבה וצ"ע ונראה דהכל לפי ראיות עיני הדיין ולפי הדרך שעושין הטלית.

הקשה הסמ"ע (יד) על הגהת הרמ"א ע"פ הטור דמה חידש על המחבר בסע' יג, ואי בשביל הטעם כדי ללמוד ממנו דבדבר שדרך לשוקלו ולא למודדו הוה הדין איפכא וכמ"ש הנ"י (וכ"כ רי"ו, ש"ך) הו"ל לכתבו אדברי המחבר בסע' יג, עיי"ש מה שביאר (וראה גם בגר"א).

סעיף טו

ע"פ הרמב"ם (יג), פסק בשו"ע "הכריז (הכריז או הודיע' זהו לשון הרמב"ם והטור, **באה"ג**) ולא באו הבעלים, תהא המציאה מונחת אצלו עד שיבא אליהו".

כתב הב"י "פשוט בפרק אלו מציאות". כתב **באה"ג** דהמקור בדף כ"ח (ובציוני שו"ע כתב שהכוונה לעמוד א). **בסמ"ע** כתב דנלמד מן הפסוק "ואם לא קרוב אליך אחיך ולא ידעתו ואספתו אל תוך ביתך" (וביאר דבריו **בהלכה למשה** על הרמב"ם דלמדו בדף כח ע"א מפס' זה דכל זמן שלא אמר סימן לא יתן לו והרמאי עד שיביא עדים שהיא שלו). ז"ל הגר"א (כא) "כ"ח ב' ולעולם כו' מכאן ואילך כו' ומפורש בכתוב" והתכוון לע"ב על המשנה 'כל דבר שעושה ואוכל יעשה ויאכל' - "ולעולם אמר רב נחמן אמר שמואל עד שנים עשר חדש.. מכאן ואילך שם דמיהן ומניהן".

כתב הש"ך (יג) דאע"ג דבסימן רס/ט פסק ע"פ הרמב"ם דזכה בו היינו בדבר שאין בו סימן אבל הכא מיירי בדבר שיש בו סימן דאיכא למיחש כל שעה שמא יבא בעליו לכך יהא מונח עד שיבא אליהו.

סעיף טז

[מה הדין בשומר אבידה ונגנבה ותפס בעל האבידה ממון? מה הדין בשומר אבידה שאבן נפטר בפרוטה דרב יוסף בעת שהתעסק עם האבידה?]

ע"פ הרי"ף והרמב"ם שפסקו כרב יוסף בב"ק נו: (דבזמן שעוסק בתיקון האבידה אם בא עני ומבקש ממנו דבר צדקה או פת לחם הוא פטור מליתן לו, דהעוסק במצוה פטור מן המצוה, וזהו שכרו) פסק בשו"ע "כל זמן שהאבידה אצלו, אם נגנבה או אבדה חייב באחריותה כדין שומר שכר" ואילו הרמ"א פסק כר"י והטור ברא"ש שפסקו כרבה (דכיון דלא שכיח הוא שיבוא עני באותה עת דעוסק בצרכי האבידה ואז לית שכר כלל על שמירת האבידה) "וי"א דשומר אבידה אינו אלא שומר חנם (והב"י למד ברא"ש כרמב"ם דכן פסק בתשובה), ועיין לעיל סימן ע"ב סעיף ב' כיצד נקטינן לענין משכון, וה"ה כאן".

ביאר הסמ"ע (יז) כוונת הרמ"א דבסימן ע"ב מפורש בטור ורמ"א דלכ"ע במשכון כנגד מעותיו שהלוח לו מחשב כשומר שכר משום דהו"ל כאילו קיבל עליו בפירוש בשעת הלואה להיות עליו כשומר שכר להתחייב בגניבה ואבידה כשיעור חובו ולא לענין אונסין, וכוונת הרמ"א דכמו דנקטינן שם בשווי המשכון ביותר מדמי חובו, כן הדין כאן בכל שיווי האבידה, ושם מסיק בסוף סעי' ב' דמספיקא לא מפקינן ממונא והוי דינו כשומר חנם במותר, וכתב הש"ך (יד) דלפ"ז אם תפס בעל האבדה לא מפקינן מיניה והמהרש"ל הכניס ראשו בין ההרים הגדולים להכריע דהוי ש"ח לגמרי והאריך דאין בדבריו ממש ונקטינן דהוי ספיקא דדינא אי הוי ש"ש או ש"ח "וכמו שכתבו כל האחר".

כתב ה^{נתיבות} (ג) דלמדנו בש"ך דטעם דרבה משום דלא שכיח, וכתב דנראה דאף אם באמת כבר נפטר פעם אחת מפרוטה דרב יוסף, דלא נעשה ש"ש, מדלא חילקו הש"ס והפוסקים, והטעם, כיון דתחילת קבלה לעצמו לא היה בשכרו כדי שיהיה ש"ש, כיון דלא שכיח, אף שהגיע לידו הנאה שוה פרוטה ממילא לא הוי ש"ש, ואף שמבואר בסימן קפה/א דאם בתוך כך שלח לו דורון דהוי ש"ש, שאני התם ששלח לו וידוע שלא שלח לו רק מחמת זה, והוי כאילו קיבלו אדעתא דהכי שכר לשמירתו, משא"כ הכא שהנאה באה לו ממילא, וכשפוטר עצמו מפרוטה דעני לאו משום דעתא דשמירה פוטר עצמו.

סעיף יז

משנה ב"מ כט: "מצא כסות מנערה אחד לשלשים יום". **ב"מ כז.** "שור דכתב רחמנא גבי אבידה למה לי לגיזת זנבו", וז"ל השו"ע "כל זמן שהיא אצלו, חייב להיטפל בה שלא תפסד ולהשביחה, כגון לגזוז הצאן, ואפילו גיזת זנב השור, שהוא דבר מועט, חייב ליטפל בו".

כתב הסמ"ע (יח) "חייב ליטפל בה שלא תפסד. הרמב"ם ריש פרק י"ד.. דלמדו זה מדכתיב והשבתו לו, ראה היאך תשיבנו לו, ולא כעיר שושן דלמדו משור לרבות גיזת זנבו אע"ג דלית ביה שוה פרוטה, כדי שיחזור ויגדל ויהיה בו שוה פרוטה, ודבריו הן על פי פירוש התוס' והרא"ש" והתוס' חלוקים על הרמב"ם עיי"ש, אולם הש"ך (טו) כתב דדברי הע"ש נכונים והרמב"ם והתוס' וטור שווין בכל דבר וז"ל התוס' 'לגיזת זנבו וא"ת אם יש בו ש"פ פשיטא ואם אין בו ש"פ הא ממעטינן מהשבה וי"ל דאצטריך שחייב לגוזזה בעתה אף על פי שאין בו ש"פ בשעה שגוזזה' וכ"כ הרא"ש והטור, והרמב"ם דכתב הסמ"ע דלמדו זה מדכתיב והשבות לו ראה היאך תשיבנו לו לא כ"כ בריש פי"ד כמו שכתב גבי גיזת זנב שור אלא רק בפ"ג הי"א דצריך לבקר האבדה ולבדקה כדי שלא תפסד ותאבד מאליה שנאמר והשיבות לו ראה היאך תשיבנו לו וזהו משנה וברייתא בדף כ"ח והשבות לו ראה היאך תשיבנו לו שלא יאכיל עגל לעגלים, אבל שחייב להתעסק כדי להשביח האבדה מזה לא הזכיר הרמב"ם דבר רק בר"פ י"ד ולמה פרט שור ושה להחזיר אפילו גיזת השה או גז זנב שור אף על פי שהוא דבר מועט, ויש לפרש דבריו ג"כ כלבוש בתוס'.

סעיף יח

ע"פ ב"מ משנה כט: וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "וצריך לבקרה ולבדקה כדי שלא תפסד, כיצד, מצא כסות של צמר (כרי"ף והרמב"ם ודלא כרש"י דפירש הפוך דבצמר קשה לה ואיירי בפשתן) מנערה אחת לשלשים יום (אבל טפי לא, מפני שתתקלקל, טור וסמ"ע), ולא ינערה במקל ולא בשני בני אדם, ושוטחה על גבי מטה לצרכה בלבד, אבל לא לצרכה ולצרכו (איבעיא דלא אפישטא ופסקו הרמב"ם והרא"ש לחומרא), נזדמנו אורחים, לא ישתחנה בפניהם ואפילו לצורכה, שמא תגנב (בגמ' "שאני התם דמקלא קלי לה אי משום עינא אי משום גנבי", ונקט הרמב"ם כתירוץ האחרון "וכשיטתו לאחוז בכל מקום", גר"א)".

כתב הסמ"ע (כא) דמה דאסרנו הכא לצורכו ולצרכה אע"ג דבספרים התירו לקרות בהן כיון שהוא ג"כ לצורכן, שאני התם דעביד מעשה בידים לא חיישינן שיעבור במזיד לעסוק בה במה שלא התירו חז"ל, משא"כ בשיטוח כסות דישכחנו שם בלי מעשה.

סעיף יט

ע"פ ברייתא דב"מ ל. פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם (סמ"ע) "מצא כלי עץ, משתמש בהם לצורכן מעט, כדי שלא ירקבו. כלי נחשת, משתמש בהם בחמין (וכל שכן בצונן), אבל לא ישים הכלי על גבי האור (כ"ד רש"י ודלא כדמשמע בטור דדווקא שהייה אסור אבל נתינה מועטת שרי), מפני שמשחיקן. כלי כסף משתמש בהם בצונן, אבל לא בחמין, מפני שמשחירן. מצא מגריפות (שגורפין ומסירין בהם הדשן) וקרדומות (כלים שמבקעים בהם עצים), משתמש בהן ברך אבל לא בקשה, מפני שמפחיתן. מצא כלי זהב וכלי זכוכית וכסות של פשתן (לשיטתו מדלעיל), הרי זה לא יגע בהן עד שיבא אליהו".

גבי כלי כסף וכו' כתב הסמ"ע (כד) בשם רש"י ששמירתן בקרקע הלכך משתמש בהן לפרקים כדי שלא יתעפשו, וכתב דמשמע מלשונו דבזמן שאינן טומנין אותן בקרקע לא יגע להשתמש בהן, ושל זהב, אף שטמנם בקרקע מסיק דלא יגע בהן, ומטעם דזהב הוא מתכת היותר צלול ואינו מתעפש משעה שנזדקק לעולם, וכסף דאינו צלול כ"כ, מתעפש בהיותו טמון בקרקע לא בהיותו ע"ג קרקע, וכלי נחושת מתעפשין אפילו ע"ג הקרקע, ואילו הטושי"ע ועוד שלא הזכירו זה דטמון בקרקע, משמע שלא חילקו בזה.

כתב ה^הנתיבות (ד) גבי משתמש בהן בצונן דכתבו התוס' דאפילו לצרכו מותר, הקשה דא"כ יהיה שומר שכר בשביל היתר שימוש שלפעמים השימוש שוה פרוטה, וביאר דכיון דדבר שאין מקפידין עליו הוא, ואפילו אם היה בביתו היה רשאי ליקח להשתמש בו בצונן בבית בעל החפץ והוא כהפקירו לזה, כמ"ש הרשב"ם בב"ב נ"ז בד"ה 'אסורין ליכנס לחצר' משא"כ מעות לקמן סע' כ"ה שהוא דבר שמקפידין עליו, משו"ה הוי כשכר.

סעיף כ

ע"פ ב"מ משנה כט: וגמ' פסק בשו"ע "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".

על הנאמר בגמ' שלא ילמד בהן דבר לכתחילה שפירשו הפוסקים שלא למד מעולם, כתב הב"י בשם ה"ה דכתב הרמב"ן גבי שואל דלא איתמר האי דינא אלא בספר תורה נביאים וכתובים שמי שהוא רגיל בהם אינו צריך ליגע בהם כלל ושאינו רגיל נוגע ומושך אילך ואילך ויש לחוש שמא יקרע, אבל עכשיו שנהגו לכתוב תלמוד השונה פרקו מאה פעמים ומי שלא ראה אותו שוים ליגע בו ולמשמש, לפי שהוא צריך מחשבה יתירה, וילמוד לכתחלה, וכתב הרב המגיד דאע"פ שלא כתב אלא בדין השואל נראה שהוא הדין לאבידה וצ"ע, והביא הסמ"ע (כח) (ובאה"ג) דהנ"י כתב כן ולא נסתפק כלל אם יש לחלק בין מציאה להשואל, ותמה על המחבר והרמ"א שלא הזכירו זה.

עוד כתב הסמ"ע (כט) גבי ענין אחד וכו', דרש"י פירש בהיפך, דבשני ענינים קורין דכל אחד קורא מענין שעומד לפניו ולא מענין אחד שזה מושך כאן וזה כאן ויקרע, והטור כתב דעת הרמב"ם באחרונה.

סעיף כא

[מה דין המוצא תפילין?]

ב"מ כט: "אמר שמואל המוצא תפילין בשוק שם דמיהן ומניחן לאלתר.. אמר אביי תפילין בי בר חבו משכח שכיחי ספרים לא שכיח".

כתב **הטור** "ותפילין אין צריך לשמורם אלא מוכרן מיד מפני שמצויין בכל פעם לקנותם וכן פירות שהתחילו לירקב וכן כל כיוצא בהן מוכרן מיד", ותפס כפירוש **הרא"ש** השני, אולם בתחילה האריך הרא"ש להוכיח שהפירוש הוא "דהיינו מניחן בראשו", וכ"ד **הרמב"ם** כפירוש א', וז"ל **בשו"ע** כלשון הרמב"ם "מצא תפילין", שם דמיהן ומניחן עליו מיד, אם ירצה, שדבר מצוי הוא לקנות בכל שעה".

כתב **הסמ"ע** (ל) דהרמב"ם סיים 'ואין עשויין אלא למצותן בלבד' ומשמע מלשון זה דבשאר דברים אף שמצויים לקנותן מ"מ חביב לאדם דבר שרגיל בו משא"כ תפילין דאין אדם רגיל להקפיד אם יוצא באלו או באלו אם גם הם בחזקת כשרות, "אבל הטור לא כתב אלא כלשון המחבר" ולדבריו הוא הדין לכל דבר, וציין לדבריו בקיצור **הש"ך** (טז), וראה בזה בשו"ת ברכת יהודה ב, יא ונפק"מ גדולה לימינו וכבסמוד.

[כתב **בפסקי המשפט** (אות ה) דלמדו מכאן הגריש"א (השבת אבדה כהלכה פ"י הע' ו בשמו), האג"מ (ב, מה) ועוד דלפי הסמ"ע שכתב דלאו דוקא תפילין שאינו עשויות אלא למצוה אלא כל חפץ שמצוי לקנותו ומסתמא הבעלים אינם מקפידים דוקא בחפץ שלהם ייקחם המוצא לעצמו והוא יקבל דמיהם, ה"ה "בזמנינו אם הגביה אבידה שאין בה סימן, או אבידה שיש בה סימן והכריז ולא מצא את בעליה, שדינם שיהיה מונח עד שיבוא אליהו, אם ניתן לקנות חפץ כזה, כמו רוב האבידות בזמנינו שהם דברים שמצויים לקנותם תמיד, אין צריך לשמרו עד שיבוא אליהו אלא אם ירצה יכול ליטול לעצמו, אבל ירשום בפנקס את שם האבידה ואת סימנו ואת שווי, וכישבוא אליהו ויגלה מי הבעלים ישלם לו הדמים, ואם אינו יודע את שווי יעריך אותה מפני ג' אנשים שיודעים"].

< גבי מה שהוסיף **הטור** על הנאמר "וכן פירות" וכו' כתב ה"ה דלמד כן ממשנה דב"מ דף ל"ח דעד כאן לא נחלק רשב"ג וחכמים שחכמים אומרים בפירות המרקבים לא יגע בהם אלא בפקדון שהבעלים מניחין אותו מדעת אבל באבידה לא, ותמה **הסמ"ע** (ל) למה השמיטוהו בעלי השו"ע, והש"ך (טז) כתב דלק"מ דטעמא דפירות שהתחילו לירקב הוא משום שטיפולו מרובה משכרו וכ"ש הוא מהתם וכן משמע להדיא ברמב"ם וסמ"ג דכל דבר שטיפולו מרובה מטפל בהן ג' ימים מכאן ואילך מוכרן בב"ד וכן פירות שהתחילו להרקב וכיוצא בהן מוכרן בב"ד, וא"כ כיון שכתב המחבר בסעי' כ"ד דכל דבר שטיפולו מרובה משכרו מוכרו וכו' לא הוצרך לכתוב דין פירות שהתחילו לירקב דפשוט הוא וכ"ש הוא מהתם כן.

סעיפים כב – כד

ע"פ **ב"מ כח:** וכלשון **רמב"ם** פסק **בשו"ע** "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 (דלא כטור מיום ששוכר), 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 כדין כל השם מחבירו (כלומר עושה שומא כמה הוא שוה עתה ובכך יקבלנה עליה להיות שותף בו עם בעל האבידה שיחלקו בשכירות ובשאר שבח שיהיה בו, ושאם ימות או יגנב יהיה ההפסד ג"כ לאמצע, סמ"ע מהרמב"ם) (**סמ"ע**: ובטור הובאו דעות אחרות בזה [כלומר דלומד שהגהת הרמ"א בסוף סעי' כ"ד קאי נמי אהכא, ח.פ.]). (כג) מצא עגלים וסייחים של רעי מיטפל בהם ג' חדשים, ושל פטם ל' יום (**רש"י**: דהא דקתני ג' חדשים בארץ מרעה ובזמן הדשא שאין טיפולו מרובה, והא דקתני ל' יום בזמן שאין מרעה וצריך לפטמה על אבוסה ממה שבבית שדמיה יקרים). (כד) אווזים

ותרנגולים זכרים [גדולים (סמ"ע עיי"ש)] מיטפל בהם שלשים יום, קטנים ביותר, וכל דבר שטיפולו מרובה משכרו מיטפל בהם ג' ימים (דלא כרש"י שפירש הפוך דרברבי אוכלים הרבה הילכך ג' ימים). מכאן ואילך מוכרן בב"ד {וי"א (ר"י) ופירוש רא"ש הא'} דאין צריך ב"ד ויכול לשומן ולקחתן באותן הדמים (ואע"ג דגבאי הפורט מעות לדינרין בב"מ דף ל"ח פורטין לאחרים ולא לעצמו משום חשד וכן במשכיר משכון לטובת הממושכן דמשכירו לאחרים ולא לעצמו שאני הכא בזה המשיב אבידה שהוא בחזקת כשרות ואין חושדין אותו, סמ"ע בשם הרא"ש, ודלא כרמ"ה דמ"מ בב"ד צריך, ודלא כפירוש ב' ברא"ש ראה סע' כ"א) }."

כתב הסמ"ע (לו) בסע' כ"ד דהרמב"ם לא כתב דמחזיקין בשותפות כמש"כ בסוף סע' כ"ב, דכיון דהם זכרים לית בהו ריוח ומאי שותפות שייך בהו.

סעיף כה

האם עצם זכות שימוש בכספים הופך את השומר לשואל או רק אם משתמש בפועל, פרט בשומר אבדה, ובשומר רגיל (ראה רצב, ז)?

משנה ב"מ כח: "מה יהא בדמים רבי טרפון אומר ישתמש בהן לפיכך אם אבדו חייב באחריותן רבי עקיבא אומר לא ישתמש בהן לפיכך אם אבדו אינו חייב באחריותן" ואיפסיקא בגמ' כט: אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבי טרפון, ואמרינן לר"ט "כיון דשרו ליה רבנן לאשתמושי בגוייהו כמאן דאשתמש בגוייהו דמי וחייב באחריותן".

וז"ל השו"ע כר"ף והרמב"ם "מה יעשה בדמים, יתנו למוצא ויש לו רשות להשתמש בהם, לפיכך אם נאנסו חייב לשלם, ואע"פ שלא נשתמש בהם, שכיון שיש לו רשות להשתמש בהם הרי הם אצלו כשאלה, (ע"פ מימרא דרב הונא -) בד"א שיש לו רשות להשתמש בהם, בדמי אבידה, מפני שטרח להטפל בה, אבל אם מצא מעות, לא ישתמש בהם, (רמב"ם וסיעתו דפוסקים כרב יוסף -) לפיכך אם אבדו באונס פטור שאינו עליהם אלא כש"ש {וכבר נתבאר סעיף ט"ז דיש חולקין (ר"י) וס"ל דאינו אלא ש"ח}."

כתב הסמ"ע (לח) ע"פ הרב המגיד דהרמב"ם לטעמיה אזיל דפסק דכל שומר אבידה הוא שומר שכר משו"ה בהני דמים דמותר להשתמש וליהנות מהן, מעלין ליה חד דרגא וחייב באונסין ומשו"ה סיים נמי דאם מצא מעות דאז אסור להשתמש בהן, דנשתתירו על דינן כשאר שומרי אבידה שאינם עליהן אלא כשומר שכר, ומינה נלמד דמה שסיים הרמ"א דיש חולקין וכו' ס"ל דבמצא אבידה ומכרה דאז מותר להשתמש בדמים, אינו אלא שומר שכר, ואף על גב דמותר להשתמש, מ"מ כל זמן שלא שימש לא מיחשב כשואל להתחייב באונסין, וכ"כ הטור בהדיא, והרמ"א קיצר אך היה לו לבאר כדי שלא נטעה ולומר דדין שואל יש לו כיון דכל הנאה שלו היא אי מטא סחורה לידו לקנותה, ודוחק לומר דמשו"ה לא כתבו משום דלא ס"ל כחולקין בזה מהאי טעמא וצ"ע.

הש"ך (יז) כתב דסברא זו דמעלין חד דרגא כבר דחו התוס' מיהו גם הסמ"ג ורי"ו פסקו כאן בדמי אבידה דלא הוי רק ש"ש וכ"פ מהרש"ל, והיינו מטעם כיון דשומר אבידה כש"ח, א"כ אין אנו מוכרחים לומר דמייירי במתני' לענין אונסים אלא מתני' אשמועינן בדמי אבידה דהוי ש"ש ולמה נוציא המשנה מפשטה.

סעיפים כו – כז

[מה הדין בטען לחבירו שראה שהגביה אבידת שני כיסים, האם צריך להישבע הטוען אם אומר שלא היה אלא אחד?]

גיטין מח: "והמוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם", ובגמ' נא. "אמר ר' יצחק שני כיסין קשורין מצאת לי והלה אומר לא מצאתי אלא אחד נשבע... ור' יצחק לית ליה המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם, הוא דאמר כרבי אליעזר בן יעקב דתניא ר' אליעזר בן יעקב אומר פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו כיצד מנה לאביד בידי והאכלתיו פרס הרי זה נשבע וזה הוא שנשבע על

טענת עצמו וחכ"א אינו אלא כמשיב אבידה ופטור ורבי אליעזר בן יעקב לית ליה משיב אבידה פטור אמר רב בטוענו קטן..."

כתב הרא"ש דפירש ר"ח דלא קאי האי שינויא דאפילו ראב"י אית ליה משיב אבידה פטור, ולא חלקו רבי אליעזר בן יעקב ורבנן אלא בהא דרבי אליעזר בן יעקב סבר בבנו אינו מעיז, ולפי דבריו נדחו דברי רבי יצחק וגם הרי"ף לא הביא דברי רבי יצחק, וכתב הרא"ש דנראה דמפרשי המסקנה אלא בדרכה קמיפלגי כמו שפירש ר"י בתוס' שם דאירי בטוענו גדול הילכך לא דמי למוצא אבידה וכ"פ הרמב"ם.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "כל אותן הימים שמיטפל באבידה קודם שימכרנה בבית דין, אם האכילן משלו נוטל מהבעלים (ב"מ כח:), וכל שכן דאם שכן ומהשכר שקיבל האכילן דאין בעל האבידה יכול להשביעו כמה קיבל וכמה הוציא, סמ"ע, בלא שבועה, מפני תיקון העולם (למד כן מהמשנה הנ"ל, ה"ה). (כז) המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם, שאם אתה אומר ישבע, יניח המציאה וילך לו כדי שלא ישבע. אפילו מצא כיס, וטען בעל המציאה ששני כיסים קשורים היו ואי אפשר שימצא האחד אלא"כ נמצא האחר הקשור עמו, הרי זה לא ישבע."

כתב הסמ"ע (מב) דאם טען ראיתי שהגבתה שני כיסים שלי, אין זה כדין אבידה ומציאה אלא כשאר טוען ונטען, וצריך לישבע שלא מצא אלא אחד. כתב הפת"ש (ד) דבט"ז חלק על הסמ"ע דמאי שנא מטוען החזרתי לך אחד מהם דיש ג"כ חילוק דטוען ונטען ביניהם, ואפ"ה חשו חכמים שמא ימנעו וק"ו הוא מהחזרתי לך אחד דשם יש תיקון בדבר דיחזיר לו בפני עדים ואפ"ה חשו חכמים, ק"ו בזה, ועל כן בכל גווני שמוצא בענין שיש עליו שם מציאה אין עליו שום שבועה, וכתב הפת"ש (ד) דמש"כ הט"ז דמאי שנא מטוען החזרתי לך אחד מהם, ר"ל מש"כ הטור דאפילו אם טוען שני כיסים מצאת לי והן קשורים כו' או שאומר שנים מצאתי והחזרתי לך אחד אין צריך לישבע, וכן הוא בקיצור פסקי הרא"ש ובלבוש וקרוב לומר דגם בשו"ע היה כתוב כן ונשמט מהדפוס וכן משמע בתומים.

כתב בתשובת בית אפרים (פת"ש ב) דדינא דסע' כ"ו שכתב הרמב"ם צ"ע, דפטור השבועה נאמר לענין עיקר המציאה אם זה טוען שמצא יותר, אבל בענין ההוצאות י"ל שדינו כמו שאר מוציא הוצאות על נכסי חבירו, דמילתא דהאי ידע והאי לא ידע משתבע האי ידיע ושקיל, אבל בלא שבועה לא, ואין לומר דאית לן למיפטריה מפני תקנת השבים שלא ירצה לטפל בה ויניחנה וילך לו, דבזה יכול להעמיד עדים או לעשות ע"י שומת ב"ד, ואכן במהר"י ווייל פסק באחד שהוציא הוצאות לפדות חבירו ממקום סכנה שצריך לישבע וליטול, ומבואר מזה דאף בכה"ג דהוי השבת אבידה וגופו לא חששו לתקנת חכמים והצריכו שבועה אפילו בשמא.

עוד כתב בתשובת בית אפרים (פת"ש ג) גבי פטור שבועה דמוצא, דאולם לענין קבלת חרם צ"ע דלא מצאנו פטור רק לענין פטור שבועה ולא לענין קבלת חרם.

סימן רסח – דין קנייה בחצירו ובר' אמותיו

סעיפים א – ב

משנה ב"מ י. "ראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה זה שהחזיק בה זכה בה" ובגמ' "אמר ריש לקיש משום אבא כהן ברדלא ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום מאי טעמא תקינו רבנן דלא אתי לאנצוי... אמר אבבי מותיב רבי חייא בר יוסף פיאה נטל מקצת פיאה וזרק על השאר אין לו בה כלום נפל לו עליה פרס טליתו עליה מעבירין אותו הימנה וכן בעומר שכחה ואי אמרת ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום נקנו ליה ארבע אמות ידיה הכא במאי עסקינן דלא אמר אקני ואי תקון רבנן כי לא אמר מאי הוי 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 ואף על גב דזכה ליה רחמנא בגוה כי זכה ליה רחמנא להלוכי בה ולנקוטי פיאה למיהוי חצירו לא זכה ליה רחמנא. אמר רבא מותיב רבי יעקב בר אידי נזיקין ראה את המציאה ונפל לו עליה ובא אחר והחזיק בה זה שהחזיק בה זכה בה ואי אמרת ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום נקנו ליה ארבע אמות ידיה הכא במאי עסקינן דלא אמר אקני ואי תקון רבנן כי לא אמר מאי הוי כיון דנפל עליה גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דנקני בארבע אמות לא ניחא ליה דנקני רב ששת אמר כי

תקינו רבנן בסמטא דלא דחקי רבים ברשות הרבים דקא דחקי רבים לא תקינו רבנן והא בכל מקום קאמר כל מקום לאתויי צידי רשות הרבים".

ז"ל הרמב"ם (ז,א) "כל מציאה שאמרנו בה שהיא של מוצאה אינו זוכה בה עד שתגיע לידו או לרשותו, אבל אם ראה את המציאה אפילו נפל לו עליה ובא אחר והחזיק בה זה שהחזיק בה זכה בה", ובהל' ט' "חכמים תקנו דבר זה כדי שלא ינצו המוצאין זה עם זה, במה דברים אמורים בסימטא או בצדי רשות הרבים שאין הרבים דוחקין בהן או בשדה שאין לה בעלים, אבל העומד ברשות הרבים או בתוך שדה חבירו אין ארבע אמות קונות לו ואינו קונה שם עד שתגיע מציאה לידו". כתב ה"ה שהרמב"ם סמך על האוקימתא הראשונה דמשמע שאף במקום שד' אמות קונות כשנפל לא קנה דהויא אוקימתא דגמ' אע"פ שדין האוקימתא השנייה אמת שאין ארבע אמות קונות בכל מקום.

אולם הב"י כתב דהר"ף רמב"ם ורא"ש השמיטו שינויא קמא הכא במאי עסקינן וכו' בשני החלקים, וכתב הב"י דמשמע דס"ל דכיון דבתר הכי שנינן הנך שינויא דרב ששת ורב פפא לא קיימא לן כההוא שינויא, וכן דעת הרא"ה ואפילו בקניות דרבנן דכיון דרב פפא פריק תיובתיה בפירוקא אחרינא שבקינן האי סברא לגמרי, ודלא כר"ן בשם מ"ד דדוקא בקנייה דרבנן משום דהוי כאומר אי איפשי בתקנת חכמים דשומעין לו אבל בקניות דאורייתא אע"ג דגלי דעתיה קנה, והרשב"א כתב דהוא הדין בקניות דאורייתא דאין קונה. הש"ך (א) הסכים עם דעת הב"י ברמב"ם דאם כדברי הרב המגיד ה"ל לרמב"ם לחלק גבי ד"א בין נפל ועוד דמדברי הר"ף משמע דס"ל כאוקימתא שניה וכן עיקר.

ז"ל השו"ע "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 {ודווקא ברי"ה אבל במקום שארבע אמות קונות קנה, ולא גרע משום דנפל עליה (ב"י ברמב"ם) והרא"י וכנ"ל וכ"ד הרא"ה} ודלא כיש חולקין (רשב"א וה"ה ברמב"ם, דס"ל כתירוץ קמא כיון דנפל עליו גלי דעתיה דלא נחא ליה דליקני ליה ד' אמותיו כי אם הנפילה). (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 בצדי 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 {שנים שבאו כאחד לתוך ד' אמות, או שעומדים שניהם ונפלה המציאה תוך ד' אמותיהן, קנו שניהן (טור)}".

כתב הסמ"ע (ג) דבטור כתב דדעת הראב"ד שלא תיקנו ד"א אלא בעומד אבל לא במהלך והרא"ש סובר שאין חילוק, וכתב הסמ"ע דאף דכאן אין שייך לומר חצר המהלכת לא קני כמו שכתבו הטוש"ע בסימן ר"ב דהא הקרקע של ד"א קונה לו והיא אינה מהלכת, אלא שבעינן עומד בצידה להיות כידו הסמוכה לו ומה לי עומד או מהלך, מ"מ י"ל דס"ל דלא תיקנו ד"א כשמהלך אנה ואנה אלא כשעומד במקום אחד.

עמש"כ הרמ"א בשם רוב הפוסקים דלא גרע בנפל עליה, כתב הפת"ש (א) בשם המל"מ דלא קשה מהטור והרמ"א בסימן רעה/כא בשם הרמ"ה דאם הלבנים היו של גר אף על פי שהגביהם הראשון לא קנאם כיון שלא כיון לקנותם אלא ע"י בנין ובזה לא קנאם, דיש לחלק דשאני הכא דבשעה שיש לו ד' אמות באותה שעה כיון לקנות, ואף על גב דאין דעתו לקנות בד' אמות מ"מ הרי כיון לקנות באותה שעה, אבל התם בשעה שהגביה לא היתה דעתו לקנות אלא לאח"כ ע"י בנין, ובשעה שהוא מכין לקנות אין כאן הגבהה, וכן תירץ בתשובת רע"א, וכתב דעפ"י יהיה דין חדש בנפל על המציאה, אם הוא רץ ואומר דרוצה ליפול ולקנות בנפילה ובא אחר והחזיק בה קודם שנפל, דקנה האחר, כיון דדעתו לקנות בנפילה וקודם הנפילה לא היתה דעתו לקנות כלל, לא קנו לו הד' אמות.

כתב רע"א בשם מסגרת השלחן דאף לפוסקים דאין לנו רה"ר היינו רק לענין שבת אבל לא לדין זה.

עמש"כ הרמ"א ע"פ הטור בשנים שבאו כאחד וכו', כתב הקצות (א) דבגיטין ע"ח אמרינן היכי דמי מחצה על מחצה אמר ר' שמואל בר רב יצחק כגון שהיו שניהן עומדין בארבע, ופריך וליחזי הי מינייהו קדים וכי תימא דאתו תרווייהו בהדי הדדי הא אי אפשר לצמצם, ומבואר דכל דאתי קודם זכה בד' אמות ושוב אין השני הבא אחריו זוכה בד' אמותיו של הראשון, וכן בשו"ע אה"ע ל"ד, וא"כ ה"נ מה שכתב הכא דקנו שניהן משום שא"א לצמצם ומספק חולקין, אך מש"כ או שעומדין שניהם ונפלה

וכו' אינו מדוקדק, דממה נפשך אי קדים אחד כבר זכה בד' אמותיו אע"ג דהמציאה נפלה אח"כ כמו גבי גט וקידושין, ואי עומדין שניהם היינו שבאו בבת אחת הא אי אפשר לצמצם, ואי מספיקא היינו רישא, דמה לי המציאה היה כבר מונח או שנפל המציאה אח"כ כיון דאין הספק אלא בד' אמות הי מינייהו קדים, **ובנתיבות** (א) פירש דין דעומדים בבא אחר קודם לשניהם וזכה בד"א ואחר שבאו אותן שניהם הלך הראשון וזכו שניהם בפעם אחת בד"א אף שבאו זה אחר זה וכמש"כ הבי"ש בסי' קל"ט.

סעיף ג

אם מי שהוא רואה אדם שעולה לרכב ונופל ממנו שטר כסף והרכב נסע, האם יהיה מותר לו לקחת ולהשתמש בכסף הזה (ראה רסב,יא)? ומה דעתך באם נפל השטר לחצרו של אדם, האם יהיה מותר לו לקחתו לעצמו?

האם בקנין חצר אמרינן גם כן באיסורא אתא לידיה?

משנה ב"מ יא. "משנה 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".

הב"י תמה על כך שהשמיטו **הפוסקים** את הגמ' **ב"מ קב**. דמתיב אהא דאמר רבי יוסי בר חנינא חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו מדתניא אם אמר כל מציאות שיבואו לתוכו היום תקנה לי חצרי לא אמר כלום והשיבה הכא במאי עסקינן בחצר שאינה משתמרת אי הכי אימא סיפא יצא לו שם מציאה בעיר דבריו קיימין ואי בחצר שאינה משתמרת כי יצא לו שם מציאה בעיר מאי הוי כיון דיצא לו שם מציאה בעיר מיבדל בדילי אינשי מינה והוה ליה כחצר המשתמרת, וכתב **הרא"ש** אהא דקאמר כיון דיצא לו שם מציאה בעיר מיבדל בדילי אינשי מיניה והוה ליה כחצר המשתמרת והא דבעי אמירה משום דלא הוה חצר משתמרת ממש.

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, ואם נפלה בה מציאה הרי היא של בעל החצר. במה דברים אמורים בחצר המשתמרת, אבל בשדה וגנה וכיוצא בהן, אם היה עומד בצד שדהו (עומד בצדו ובתוכו אבל בצדו וחוצה לו לא, **ה"ה**) ואמר זכתה לי שדי, זכה בהם, ואם אינו עומד שם, או שהיה עומד ולא אמר זכתה לי שדי, כל הקודם זכה" – כלומר דבעינן תרתי בחצר שאינה משתמרת עומד בצד שדהו ושיאמר זכתה לי שדי, וכתב **ה"ה** דכן מוכח פשט המשנה והגמ' וכן מפורש בירו' וכן פירשו **רוב המפרשים**, ואילו **הרמ"א** פסק **כרא"ש** ו**הרשב"א** "וי"א דבעומד בצד שדהו לחוד סגי ועיין לעיל סימן ר"י, דס"ל דכי קאמר מתניתין ואמר זכתה לי חצרי קנה לאו דוקא דהוא הדין לא אמר כיון דעומד בצד שדהו ומשום סיפא נקטה, וראייתם דכיון דארבע אמות דרבנן קונות אפילו לא אמר כל שכן חצרו דא' כיון דעומד בצד שדהו, **וה"ה** פסק כרמב"ם ורוב המפרשים דאלימא קניית הד' אמות טפי מפני שהוא יכול לנטות עצמו וליטלה, והב"י כתב "טעם אחר" דד' אמות שאני דכיון דמשום דלא אתי לאינצויי תקינו רבנן דליקני לא ראו לחלק בין אמר ללא אמר דא"כ אכתי הו' אתי לאינצויי, וכיוון דרוב המפרשים כה"ה והוא גם הוא דבתרא הוא הכי נקטינן.

כתב **הסמ"ע** (ו) דהא דחצירו המשתמרת קונה, אפילו אינו עומד בצידה כיון שהיא משתמרת, ויליף לה בגמרא בב"מ י"ב מדין שליחות, דיד שלוחו הוה כידו לקנות לו בדבר שהוא זכות לו, והוסיף **הש"ך** (ג) כתב ע"פ רש"י דקונה אפילו אינו בעיר כלל, ועוד כתב (ד) דבחצר המשתמרת לכ"ע א"צ שיאמר זכתה לי שדי דהא קונה שלא מדעתו ומש"כ הטור בשם הרמב"ם דאפילו משתמר בתוכו בעי שיאמר זכתה לי שדי בע"כ ט"ס הוא דהא בש"ס מוכח בכמה דוכתי דא"צ שיאמר כלום.

כתב **הש"ך** (ב) דדעת הרש"ל דאם בא לחצרו **קודם יאוש** מוכח מהתוס' דלא שייך לומר גבי חצר יאוש שלא מדעת באיסורא אתי לידיה אלא גבי אדם, ואילו הש"ך פסק כרא"ש (**בט**) דס"ל דחצר כאדם ושייך בה נמי יאוש שלי"מ והאריך לסתור דעת התוס' (ואם כן כיון שבא לחצירו קודם

שנתיימש המאבד הרי זה באיסור בא לידו, ולא מהני הייאוש דאחר כך, וממילא לא זכה לו חצירו, דזה כדין בא לידו קודם ייאוש, פסקי המשפט), [וכתב הפסקי המשפט (אות ב) ע"פ הפתחי חושן דמהש"ך נלמד לגבי חפצים ללא סימן שנשארו ברשותו כגון הדר בקומה התחתונה, שאינו זוכה בהם, כיון שבזמן שחצירו זכתה לו מקרי באיסורא אתא לידו (אך אם יתנה בתחילה שאינו רוצה שחצירו תזכה לו אז יוכל לזכות בהם לאחר שעבר זמן רב שבדאי נתייאשו הבעלים)].

כתב הרמ"א (על הרישא גבי חצר המשתמרת) ע"פ המרדכי "ואין חצירו קונה לו אלא בידוע במציאה או דאסיק אדעתיה, אבל בדבר שאינו רגיל לבא אין חצירו קונה לו אע"פ שבאה מציאה לשם, ובא אחר ונטלה שם זכה (מהאי טעמא אמרינן בסימן ר"ס במטמון ישן הנמצא בכותל דאיכא למיתלי של אמוריים היה הוא של מוצאו, סמ"ע), הואיל ולא ידע בעל החצר במציאה אשר שם קודם שזכה בה השני (ועפ"י כתב המרדכי דאם איבד הגוי מעות בבית ישראל דלא קנה לו חצירו כיון דאינו רגיל להיות ולא ידע מזה, סמ"ע), ועיין לעיל סימן רל"ב סעיף י"ח (דאם קנה סרסור מגוי דבר בחזקת בדיל ומכרו לאחר ואח"כ נודע שהיה בו כסף או זהב, זכה הלוקח ולא הסרסור למהוי מקח טעות, הואיל ולא ידע בו כשהיה בידו)".

הנתיבות (ג) האריך לחלוק על דין זה, דלמדו המרדכי ממצא בגל וממצא בחנות, וע"כ הרמב"ם והרא"ש לא סבירא להו סברא זו דהא הרא"ש כתב הטעם משום יאוש שלא מדעת והרמב"ם כתב הטעם משום דאבודה מכל אדם והתוס' כתבו הטעם משום דאין הוה להימצא (וכ"כ בסימן ר"ס א', עיי"ש דרוב מנין ורוב בנין דלא כמרדכי), ועוד קשה דבמרדכי למד זה גם ממשכנו של גר ביד ישראל (ב"ק מ"ט) דמה"ט אינו קונה הישראל מכח חצירו, ופליג על רש"י ותוס' שם שכתבו דמיירי בחצר שאינו משתמרת דוקא, דלדברי המרדכי אפילו בחצר המשתמרת לא קנה דחצר לא קנה רק בדבר ההוה או בגזלות ששכיחי להיות בשדה, אבל במציאת מעות וחפצים דלא שכיחי שיהיו מציאות כאלה לא קנה, והנה המחבר בסימן עב/לט פסק דבחצר המשתמרת קנה בעל החצר, ובמרדכי כתב שם בהדיא דלדעה זו אפילו חצר המשתמרת לא קנה אפילו שמת הגר בחצירו לא זכה בזהב שבאבנטו, וי"ל דכוונת הרמ"א 'בדבר שאין דרכו לבוא' היינו דמחמת זה אפשר שלא יבוא לידו כלל, ומש"כ דאסיק אדעתיה, הכונה שאסיק אדעתיה לפעמים לבוא למקום זה ועתיד לפעמים להמצא ולבוא לידו, אבל טמון בגל ובכותל דלא מסיק אדעתיה לעולם לבקש שם מציאה ואפשר הוא שלא יבוא לידו ולכך לא קנה, ואם אין הפירוש כך נראה שחסר בהג"ה תיבות יש מי שאומר דדעה זו רק דעת יחיד שהיא דעת המרדכי, וכל הראשונים חולקין על דעה זו, והעיקר תלוי אי הוה הוא להימצא.

< כתב הש"ך (ו) דהוא הדין ידו אינו קונה לו שלא מדעתו ככה"ג וכן מוכח בפוסקים שמהם מקור דין זה וכן משמע מדין סרסור בסימן רלב/יח, וכ"ד הנתיבות (חידושים ה'), והקצות (ב) כתב בשם מהרי"ט דקונה שלא מדעתו, דעדיף מעודר בנכסי הגר, דאשכחן חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו וכיון דחצירו קונה לו שלא מדעתו כל שכן ידו, ועודר שאני דמדין חזקה הוא ולא מדין זכיה, וכתב הקצות דתליא במחלוקת רש"י ותוס', דרש"י בכתובות ל"א כתב גבי הגבהה דאפילו בידו בעינן שלשה טפחים ובתוס' שם הקשו דכל שבידו אין צריך הגבהה שלשה דהא תנן בגיטין ע"ז זרק לתוך קלתה מגורשת, וי"ל דלרש"י אינו קונה אלא בהגבהה ג' טפחים, וא"כ אינו קונה לו ידו בתורת חצר אלא בתורת קנין הגבהה וכל קנין צריך כוונה ושלא מדעתו אינו קונה, וכתב בשטמ"ק דכן עיקר, דאפילו ידו הוצרכו ללמוד שיקנה מהא דאמר רבא בכתובות לענין שבת ידו של אדם חשובה לו כדי אמות והיינו משום דלא מצינו בדרכי הקניות אלא הגבהה ומשיכה ומסירה והלכך אין למידין מגיטין לדרכי הקניות, ואע"ג דלענין גט כתיב ונתן בידה, שמא היינו דוקא כשמגביה שלשה מן הארץ והאי דקלתה שאני משום דהוי הכלי שלה וקניא מדין רשותו, עכ"ל השיטה, וסיכם הקצות דכיון דלרש"י ידו אינו קונה מדין רשותו דרשותו לא בעי הגבהה שלשה וידו בעי הגבהה שלשה, וכיון דאינו אלא בתורת קנין הגבהה הרי הוא כמו משיכה דאינו קונה שלא מדעתו כמו בעודר בנכסי הגר, והנתיבות (ב) כתב דודאי ידו לא גרע מחצירו, רק דבעינן שיהיה כל החפץ מונח בחלל ידו ואז הוי כחצירו, אבל אם תופס רק מקצתו בידו והשאר מונח חוץ לחלל ידו, דבחצירו ג"כ כשמונח מקצת חוץ לחצירו לא קנה, ואז בידו ג"כ לא קנה מטעם ידו רק מטעם הגבהה, ובעינן הגבהה שלשה דוקא.

עוד כתב הרמ"א ע"פ המרדכי "ואם סוחר א' הביא סחורה בזול לחצירו של שמעון, ובא שמעון ואמר תקנה לי חצירי, ובא ראובן אחר כך ולוקחה, י"א (ראב"ה) דזכה ראובן, דמאחר שאינו מציאה גמורה, כי בעל החצר צריך לקנותה במעות, לא זכתה לו חצירו, וי"א (ראב"ן) דזכה בעל החצר.

(תה"ד -) ואם אח"כ בא סחורה לחצירו של ראובן ואמר תקנה לי חצרי וקנאה שמעון (כלומר אחר שכבר באה סחורה לביתו דשמעון וקנהו ראובן והלך לו עם הסחורה, בא סחורה אחרת לבית ראובן וקנהו שמעון ואינו רוצה ליתן הריוח לראובן, סמ"ע), וראובן אינו רוצה ליתן הסחורה לשמעון כי אמר שחצירו קנה לו, ושמעון טוען ממה נפשך תתן לי הסחורה הראשונה או השנייה (דאי הלכה כמ"ד שס"ל שחצירו קונה גם בסחורה בזול, א"כ הדין עמך בסחורה השניה, תן לי הראשונה שגם בתי קנאה לי, ואם הלכה כמ"ד דאינו קונה הבית בזה, א"כ הנח הריוח מסחורה השניה שקניתי בביתך, סמ"ע), 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". (הש"ך ז) חלק על הכרעת תה"ד ואע"פ שנפסק הדין צריך ליתן לו סחורה אחת ממ"נ ודוקא כשאירעו שני המעשים באיש א', דביבמות ל"ו שלמדו ממנו תה"ד, מוכח דדוקא בבא מכח איש אחר כיון דב' גברי נינהו אין אומרים ממ"נ על הנכסים, ואין חילוק בין נפסק הדין או לא.

כתב הסמ"ע (ט) דסברת הראב"ה דשאני מציאה דלית בה חסרון קנין ומעות, אבל הכא דילמא לא הוה מיתרמי ליה זוזי למקניא, ומשום דינא דעני המהפך בחררה ליכא במציאה, אפילו אם אמר המוכר אם מזבנינא הסחורה לדידך מזבנינא ותקנה לא קנה הואיל ולא פסק עמו המעות, וכיון דלא קנה הסחורה לא קנה גם הריוח.

עוד כתב הסמ"ע (ט) דבסימן רס/ד כתבו הטוש"ע ע"פ הרא"ש דהשוכר בית מחבירו ובא שם צבי שבור אמרינן בזה דשכירות ליומא ממכר הוא וה"ל כחצר או הבית המשותף לשניהן דהמציאה לשניהן, ושם נכנס שם גנב וגניבה בידו, בזה לא אמרינן דזכה החצר לבעל הבית אלא כל הקודם וקנהו זכה בו.

כתב ה^הנתיבות (ד) דמיירי בסחורה שהובאה לחצירו בלא כלים ומיירי ג"כ שהביא הסחורה ופסק דמיו שבכך וכך רוצה למוכרו, דא"כ אפילו אם לקחה בידו, כל זמן שלא הקנה לו המוכר רשות ביד המוכר למכור לאחר, ועוד, דהא כליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה, עיי"ש.

סניף ד

ע"פ משנה שם פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "ראה אחרים רצים" אחר המציאה והרי הוא צבי שבור או גוזלות שלא פרחו, אם היה עומד בצד שדהו שהם בתוכה, ואילו היה רץ היה מגיען (דעיי' נשמרים בתוכו, טור וסמ"ע) ואמר זכתה לי שדי, זכתה לו שדהו, ואם אינו יכול להגיען, הרי אלו כצבי שהוא רץ כדרכו וגוזלות המפריחים ולא אמר כלום, אלא כל הקודם בהם זכה (ועיי' בעיא דר' ירמיה בגמ' דנפשטה -) 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 (ס"ל לרמב"ם דאפילו מתנה אם היו מהלכין או פורחין כדרך לא קנה וכן מוכח בגמ', ה"ה, באה"ג).

כתב הסמ"ע (טו) דלפי הרמ"א בשם הרא"ש בסע' ג' גם כאן לא בעינן שיאמר זכתה לי שדי וכ"כ הטור בהדיא, מיהו בנ"י (בב"י) חילק בינייהו דבצבי שבור קיי"ל כרמב"ם דבעינן שיאמר זכתה לי שדי דדוקא בהני שהם מהלכים הוא דבעי לומר זכתה לי שדי ובשאר מציאות פסק כרא"ש דאינו צריך לומר זכתה לי שדי, וכתב הסמ"ע די"ל דמה"ט לא הגיה הרמ"א כאן.

עוד כתב הסמ"ע (טז) בשם נ"י (בדרכ"מ) דאם אחד הפקיר דבר וזרקו לתוך חצר חבירו, דינו כמתנה וזכתה לו חצירו אע"ג שרץ אחרינו ואינו מגיעו, וכתב הש"ך (ט) דכ"ד הרא"ש ודלא כתוס'.

עוד כתב הסמ"ע (יז) בשם הטור שאם עמד בקרוב לצבי שיכול לתופסו שלא ירוץ מהשדה קנהו ג"כ אע"פ שאינו שבור דמיקרי לו משומר בזה.

< סע' ה': כתב השו"ע ע"פ ב"מ י: "קטנה, יש לה חצר ויש לה ארבע אמות, אבל קטן אין לו חצר ואין לו ארבע אמות" דכן פסקו הרי"ף רמב"ם ורא"ש כלישנא בתרא שם דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי או כלישנא קמא וכרבי יוחנן, עיין בסימן רמג/כג.

סימן רסט – המגביה מציאה לחבירו ואם הגביהו חרש ופקח

סעיף א

המגביה מציאה לחבירו, האם זכה בה החבר? האם המגביה נאמן לומר שהגביה לצורך

עצמו?

המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, האם מהני כוונה במחשבה, או בעיני שיאמר בפה?

ע"פ ב"מ ח. "המגביה מציאה לחבירו", אע"פ שלא אמר לו כלום (רמב"ם, וכן משמע בגמ', ב"י), זכה בה".

ביאר הסמ"ע (א) דמדובר שראובן אמר בשעה שמגביה המציאה מעל גבי קרקע הריני מגביה מציאה זו כדי לזכות בה לשמעון, קנאה שמעון ואין ראובן יכול לחזור בו, ובש"ך (א) כתב דאפילו לא אמר כלום, אם מודה שהיתה כוונתו לכך וכן משמע מדברי הפוסקים. הקצות (א) כתב דנראים דברי הסמ"ע עיקר דכיון דק"ל דברים שבלב אינן דברים א"כ מחשבה גרידא לאו כלום היא וכן נראה מהא דכתב בשו"ע ריב"ח קנה קרקע אדעתא שיעשנו הקדש דלא מהני הקדש בלב וכן מבואר בירושלמי דפאה, וצ"ל דאפילו זוכה לחבירו נמי צריך דיבור ובמחשבה לזכיה לא מהני, מיהו אם אמר לו ראובן בפירוש שיגביה מציאה לו והגביה במחשבתו לזכות לראובן קנה ראובן, דזה אינו דברים שבלב אלא דברים שבלב כל אדם דכיון ששתק אדעתיה ידיה ודאי אגביהה והו"ל דברים שבלב כל אדם דמהני. הנהיבות (א) כתב דאישתמיטתיה לקצות דברי הרשב"א בקדושין נ' דדוקא במקום שהדברים שבלב סותרין לדברים שבפה לא הויין דברים שבלב דברים, אבל דברים שבלב סתמן הויין דברים כמו בתרומה דמהני מחשבה (גיטין ל"א), מיהו אם אמר בפירוש שמגביה לצורך עצמו ומודה שנתכוין לחבירו לא קנה חבירו, כיון שהדברים שבלב סותרין לדברים שבפה אינן דברים.

כתב רע"א על המחבר דכן הדין בנפל המציאה בתוך ד"א ואמר שיקנה ד' אמותיו חפץ זה לפלוני.

סעיף ב

מה דין שנים שמגביהים כאחד?

כתבו הרמב"ם והרא"ש ע"פ משמעות הגמ' שם וכ"פ בשו"ע "שנים שהגביהו מציאה קנאוה שניהם", וביאר הסמ"ע (ג) דשום אחד מהן הגביהו כולו, ואמרינן דמסתמא ניחא להו להיות כל אחד שלוחו של חבירו כדי לזכות כל אחד בחציה, והיינו דאמרינן שראובן הגביה הראש שבידו גם לצורך שמעון כאילו הגביהו שמעון, וכן שמעון לצורך ראובן.

סעיפים ג – ד

ע"פ ב"מ ח. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "הגביהה לו חרש או שוטה או קטן לא קנה הפקח לפי שאין להם דעת. (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".

עמשי"כ 'מתוך' וכו' ביאר הסמ"ע (ד) ע"פ הגמ' דבהגבהתו מצד הדין לאו כלום הוא כיון דאין לו דעת, אלא מפני דרכי שלום תיקנו שקנהו החרש כשהגביהו כולו או שני חרשין שהגביהו בהדדי, משא"כ כאן דלא הגביהו אלא עם פיקח ולא מהני הגבהתו לפיקח לזכות על ידו, דבפיקח לא שייך תקנה מפני דרכי שלום דהא יש לו קנייה טובא מצד עצמו שיגביהו לעצמו, וכיון דלא זכה הפיקח ע"י החרש בחציה, לא זכה גם החרש בחציה ע"י הפיקח, דלא שייך כאן הטעם דדרכי שלום ואינצויי כיון דהחרש רואה שגם הפיקח אינו קונה.

כתב הקצות (ב) דבחרש ופקח שהיו שניהם רוכבין או מנהיגים לדעת רש"י הווי' כמו הגביהו שניהם דלא קנו כלל, ולפי הריטב"א דוקא גבי הגבהה בעינן שיגביה אחד כולו מעל גבי קרקע וכיון דתפיס

ליה חרש הו"ל כמונח חציו על גבי קרקע אבל רכוב או מנהיג דהוי קנין דאזל מחמתיה לא מבטל אחד קנין חבירו וקנה פקח כולו, עיי"ש שהאריך בדברי רש"י, והובאה מח' זו גם ב**נתיבות** (ב).

סעיף ה

ע"פ **ב"מ ט. והתוס' והרא"ש** (וההבדל מהנוקף זית בגיטין נ"ט דלא קונה אלא מדרכי שלום דשאני הכא שתופס בידו אחד מן הראש א"י הכא איירי כשניתק מן העמוד אינו ארוך כל כך שיגיע ראש השני לארץ) פסק בשו"ע **"טלית שמונח חציה"** על גבי עמוד שגובה 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 היא בידו וראש השני היה מוגבה מכחו ג' טפחים מהארץ, אבל אם לא היה ראש השני עדיין בידו בעוד שהטלית באויר, לא קנאה, ואע"פ שהיה מוגבה מכחו ג' טפחים כיון שעתה כולו בארץ, וכן אפילו ראש האחד בידו ולא ניתק ראש השני מעל גבי העמוד, לא קנה, אע"פ 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".

עמש"כ המחבר בסיפא 'והכה ועלה מכחו' וכו', כתב **הסמ"ע** (ז) דהא דבעינן ג' טפחים היינו דוקא אם חוזר הטלית ליפול על גבי העמוד, דנמצא דהעמוד הוא קרקע שלו ובעינן שיהיה מוגבה על ידו ג' טפחים, אבל אם מכח הכאתו עלה מהעמוד ודרך ירידתו נפל לארץ, אפילו לא עלה מעל גבי העמוד כי אם מעט, כיון שעכ"פ עלה מכחו והיה ג' טפחים מהארץ מקום שסופו יפול שם קנאו, ומה שכתב אבל אם לא עלה למעלה מכח הכאתו אלא נפל לארץ, היינו דלא עלה כלל.

סעיף ו

היה רוכב על החמור וראה מציאה, ואמר לחבירו זכה לי בה, כיון שהגביה לו קנה הרוכב, מה הדין אם המגביה טוען שהגביה לעצמו?

ע"פ **משנה ב"מ ט. וגמ' פסק בשו"ע** "היה רוכב ע"ג בהמה וראה את המציאה ואמר לחבירו זכה לי בה, כיון שהגביה לו (**סמ"ע**): שהגביה סתם ולא אמר בפירוש בשעת הגבהה או קודם לכן לעצמי אני מגביה אותה ובמגביה מעצמו צריך לומר אני מגביה לחבירי דאז אינו יכול לחזור בו ולא במגביה סתם, ובש"ך חלק דאינו צריך לומר) קנה הרוכב ואע"פ 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 (בין אם אמר זכיתי בה תחלה לצרכי בין אם אמר הגבהתי תחלה לצרכך אבל עתה אני רוצה לזכות בה, ש"ך בשם הטור), ואם משנתנה לרוכב אמר אני זכיתי בה תחלה, לא אמר כלום (כיון שנתנה להרוכב הרי גילה דעתו שנתנה לו במתנה גמורה, סמ"ע)".

כתב **הסמ"ע** (ט) בביאור הרמ"א דזהו החילוק בין א"ל חבירו להגביהו לו ובין המגביה מעצמו לצורך חבירו, דבמגביה מעצמו סתם לצורך חבירו, אף אם קודם שהגביהו אמר שהגביה לצורך חבירו, נאמן אח"כ לחזור ולומר משטה הייתי בד או שלא להשביע את עצמי אמרתי כן, משא"כ כמבואר ברמ"א דבאמר לו להגביה אינו נאמן אח"כ למר דהגביה לצורך עצמו.

ביאר **הש"ך** (ד) ברמ"א דאע"ג דבש"ס מעיקרא הוה ס"ל דתנה כזכה והוי ס"ל דבתנה נאמן מ"מ לענין נאמנות אף מעיקרא ס"ל לש"ס דזכה לי עדיף דאינו נאמן לומר לי כוונתי דמסתמא עשה כדעת חברו רק היכא שכוון באמת לצורך חברו הם שוים, וכתב **הנתיבות** (ד) דאיירי הכא דאיכא עדים שאמר לחבירו זכה לי וזה הגביה בפניהם הוא דאינו נאמן, אבל אי ליכא עדים מסתבר דנאמן שהגביה לעצמו במיגו דלא אמרת לי, דהאיך מצינו ראייה בש"ס דחזקה זו שלא שינה שליחותו היא גדולה כ"כ שלא יהיה נאמן נגדה במיגו ואף שחזקת ממון מסייע למיגו, ואדרבה מצינו בגיטין ס"ד דחזקה שלוח עושה שליחותו לא אמרינן רק לחומרא.

מה הדין במקח כשאמר לחבירו קנה לנו סחורה יחד והלך וקנה טוען שקנה רק לעצמו?

ע"פ **המרדכי** כתב הרמ"א "ראובן אמר לשמעון קנה לנו ביחד סחורה פלונית, והלך שמעון וקנאה, ואח"כ אמר דקנאה לעצמו, י"א (**ראב"ן**) דצריך לחלוק עם ראובן, דהוה ליה כמגביה מציאה לחבירו

ו"א (ראבי"ה) דאם לא היו לראובן דמים, זכה שמעון במה שקנה, ואם נתרצה לקנות לשניהן, היו ליה כאלו זכה לשניהן".

כתב הסמ"ע (יב) דסברת הראבי"ה דלא דמי למציאה דיכול ראובן בעצמו ללוקחה מעל גבי קרקע, אבל במקח שתלוי בקניה, ודאי אם היה יכול ראובן להשתדל מעות ולקנות קודם שימכור המוכר לאחר זכה בו ראובן, אבל אי לא לא, דה"ל זה נהנה וזה לא חסר. עוד כתב ליישב דברי הרמ"א שפסק בסימן קפג/ד ע"פ הג' מרדכי "אם קנאה במעות שלו זכה שמעון במה שקנה, ואפילו אם נתרצה בתחלה בפירוש, יכול לחזור בו ואינו אלא רמאי, אבל אם קנאה במעות ראובן, צריך לחלוק עמו", דמה שכתב המרדכי דאם היה נתרצה שמעון מתחילה או שהיה לראובן מעות דקנה לשניהן, היינו שהיה יודע סחורה בזול ומשו"ה דימחו למגביה מציאה, משא"כ בהג' מרדכי דלא איירי בסחורה שהיה בזול ומשו"ה ליכא מ"ד שם לדמותו למגביה מציאה, וזה דלא כרמ"א שם שכתב דינו אכשידע ראובן סחורה בזול.

כתב הנו"ב (פת"ש א) דדוקא כשידוע בעדים אמר הראב"ן דיחלוק, אבל כשאינו ידוע כלל שהגביה המציאה או שקנה הסחורה רק מפי עצמו, פשוט שלדעת הסוברים בסימן קפג/ג בהג"ה שאם אמר כן בפני עדים מהני, גם כאן מהני מיגו, והפה שאמר שהגביה ושקנה הוא הפה שאמר שלעצמו קנה.

סימן ער – מציאת חרש שוטה וקטן ובנו ובתו ועבדו ושפחתו ואשתו ופועלו

סעיף א

ע"פ משנה גיטין נט: פסק בשו"ע "מציאת חרש שוטה וקטן אין בה משום גזל אלא מפני דרכי שלום, (רב חסדא בגמ' וכת"ק במשנה ודלא כרבי יוסי -) לפיכך עבר א' וגזלה מידם אינה יוצאה בדיינים (וגם אין מנדין אותו, רע"א בשם ש"ך בתקפו כהן) {ודוקא מציאה שאין דעת אחרת מקנה לו, אבל שכירות של קטן וכיוצא בו ("הרי שלו גמור") מוציאים בדיינים (רשב"א)}".

כתב הש"ך דמש"כ המבי"ט דאם גזל מקטן דבר שנקנה לו מדרבנן כגון ע"י מתנת ש"מ אינה יוצאה בדיינים, דבריו צ"ע.

סעיף ב

למי שייכת מציאת אשתו בנו ובנותיו הקטנים או בן יתום הסמוך על שולחנו?

ראובן יש לו בנים גדולים הסמוכים על שלחנו והרווחו סכום גדול בעסק מסחרי או בעבודה אחרת למי שייך הרווח ומה הדין אם מת האב, האם זכאים הרווחים האחרים לרשת חלק מהרווחים האלו או לא?

משנה ב"מ יב. "מציאת בנו ובתו הקטנים מציאת עבדו ושפחתו הכנענים מציאת אשתו הרי אלו שלו, מציאת בנו ובתו הגדולים מציאת עבדו ושפחתו העברים מציאת אשתו שגירשה אף על פי שלא נתן כתובה הרי אלו שלהן" ובגמ' "אמר שמואל מפני מה אמרו מציאת קטן לאביו שבשעה שמוצאה מריצה אצל אביו ואינו מאחר בידו... ופליגא דרבי חייא בר אבא דאמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן לא גדול גדול ממש ולא קטן קטן ממש אלא גדול וסמוך על שלחן אביו זהו קטן ואינו סמוך על שלחן אביו זהו גדול (רש"י: שמואל דפירש טעמא דמתניתין משום דלית ליה זכייה, ורבי חייא בר אבא דאמר אף גדול שיש לו זכייה אם סמוך הוא על שולחן אביו מציאתו לאביו משום איבה אבל אינו סמוך על שולחן אביו אפילו הוא קטן מציאתו שלו)".

משנה כתובות מו: "האב זכאי בביתו במציאתה" ובגמ' טעמא דתקנו רבנן "משום איבה", ופירש רש"י "דכיון דאינו חייב במזונותיה אי אמרת מציאתה שלה איכא איבה ולא זיין לה תו" ובתוס' "שלא יקדשנה למנוול ומוכה שחין, והא דאמרין ב"ק דמציעא (יב:) גבי מציאת בנו ובתו הקטנים לא קטן קטן ממש אלא גדול וסמוך על שולחן אביו זהו קטן.. היינו דוקא בקטן, אבל בקטנה אפילו אינה

סמוכה על שולחן אביה הוּיָא מציאתה לאב משום איבה שלא יקדשנה למנוול ומוכה שחין, וכ"ד הרמב"ם.

וז"ל השו"ע כר' חייא בשם ר' יוחנן "מציאת בנו ובתו (הבוגרת, סמ"ע) הסמוכים על שלחנו אע"פ שהם גדולים, ומציאת בתו הנערה (לרבותא דאע"פ שאינה ברשות אביה למוכרה בנערותיה, סמ"ע) אע"פ שאינה סמוכה על שלחנו, ומציאת עבדו ושפחתו הכנענים ומציאת אשתו הרי אלו שלו {וה"ה} אם הרויחו בסחורה או במלאכה (העיטור, וכן משמע בתוס', ש"ד, וברע"א הוכיח בעיטור שמעשה ידיהם אינם של אב והביא שזו מח' רא'). אבל אם מת, אינו מוריש מלאכת בן אחד לשאר יורשיו (הג' מרדכי) {אבל מציאת בנו שאינו סמוך על שלחנו, אע"פ שהוא קטן (וה"ה בתו הקטנה שהשיאה בקטנותה ונתאלמנה או נתגרשה מן הנשואין דהיא דומיא לבנו דאין לאביה רשות עליה, טור וסמ"ע), ומציאת עבדו ושפחתו העברים, ומציאת אשתו שהיא מגורשת ואינה מגורשת (אוקימתא דגמ' במשנה דפשיטא דמגורשת אינו "טעמא מאי אמור רבנן מציאת אשה לבעלה כי היכי דלא תיהוי לה איבה הכא אית לה איבה ואיבה"), אינם שלו (ר"ל של אדון דשפחה, ודין זה חלוק, דאם אביה של זו הקטנה שמכרה לשפחה חי בשעה שמצאה המציאה, המציאה היא של אביה ולא של עצמה, ואם אינו חי, המציאה היא של עצמה, סמ"ע) {ואם נתנו מתנה לקטן הסמוך על שלחנו אביו הרי היא של אביו, אבל לא בבנו הגדול (נ"י, דאיכא למימר הנותן הקפיד להיות דוקא של הבן, סמ"ע, וברע"א כתב דבנ"י כתב רבותא טפי דאף אם אביו נתן לו מתנה). יתום הסמוך על שלחנו אחרים מציאתו לעצמו (תוס'), דלא שייך איבה אלא בבנו שדרכו לזונו תמיד ואם לא יפרנסנו אביו לא יפרנסנו אחר אבל אדם אחר מעלמא סמוך על שולחן חבירו חנם כגון יתום וכל כיוצא בו אין סברא שתהא מציאתו לחבירו, והוסיף הסמ"ע לבאר דאם לא יזונו הוא יזונו אחרים דמשום מצוה רבה מצויים לזונו)"}.

על הדין דמציאת הבנים לאבא, כתב הסמ"ע (ב) שכך היה נראה ישר לחכמים לשלם הטוב לעושה עמו טוב, שמזין אותו אף על פי שאינו חייב לפרנסו כי אם עד ו' שנים, משא"כ אחין המפרנסים אחיותיהן אחר מיתת אביהם דמחויבים לפרנסן, משו"ה מציאתן לעצמן וכטוש"ע אבן העזר קיב.ב.

כתב הקצות (א) שהסתפקו בב"ש ובח"מ בסימן ל"ז אם האב זוכה במתנת בתו הנערה, וכתב הקצות דזוכה במתנתה מהא דכתב בשו"ע או"ח שסו"י שאינו מזכה עירוב ע"י בנו ובתו הסמוכים על שולחנו אפילו הם גדולים, ולא על ידי בתו אפילו אינה סמוכה על שולחנו כל זמן שלא בגרה עד שתבגור, הא יד בתו לענין מתנה כיד אחר, אלא ודאי זוכה במתנתה עד שתבגור. הנתיבות (ב) תמה על הקצות דודאי למאן דס"ל דאינו יכול לזכות ע"י בנו ובתו הגדולים הסמוכין והיא דעת התוס' דאף בבנו כל זכויותיו לאביו ומשום איבה, ולפ"ז ממילא כמו שבבנו הסמוך זכויותיו לאביו משום דאיכא איבה דמזונות, ממילא הוא הדין בבנו נערה אפילו אינה סמוכה דליכא בה משום איבה דמזונות, מ"מ הא איכא איבה דקדושין מטעם שיכול למוסרה למוכה שחין כמבואר בפוסקים, וספיקא דידהו הוא אפילו לדעת הנ"י וסיעתו דלא תיקנו משום איבה ויכולין לזכות העירוב ע"י בנו ובתו הגדולים מ"מ י"ל דבבתו נערה מדאורייתא מתנתה לאביה משום דדמי לקדושין, ולפיכך יש להוכיח דאינו זוכה במתנתה מדעת הרמב"ן ונ"י דס"ל דיכול לזכות ע"י בנו ובתו הגדולים אפילו סמוכין מטעם דלא תיקנו מציאתה רק משום איבה וכשהוא מזכה על ידם מאי איבה איכא, דאי נימא דבתו נערה מדאורייתא מתנתה לאביה, א"כ אינו יכול לזכות ע"י בתו נערה, ובשו"ע כללא כ"ל דע"י בתו הגדולה יכול לזכות משמע אפילו ע"י נערה.

עמש"כ הרמ"א דה"ה אם הרויחו בסחורה של אביהם וכו' הרי הם שלו, הקשה הנתיבות (א) דהא מבואר בב"ק פ"ז דשבת יתן לבנים, וכתב די"ל דשבת שאני, כיון שלא עשו מלאכה ואפ"ה נוטלין ומטעם דאמר התם דלא קפיד, משא"כ כשעושין מלאכה ומרויחין אפשר דלא חשיב כמידי דאתי מעלמא וקפיד [אך הקשה על זה דא"כ למה היה צריך לתקן גבי אשה שתי תקנות, מעשה ידיה תחת מזונות ומציאתה משום איבה, הא כיון שתיקנו מציאה משום איבה מעשה ידיה ג"כ בכלל דלא גרע מבן הסמוך, ותיירך דהוצרכו לתקן אפילו אם אמר לה צאי מעשה ידיך במזונותך, שיהיה העדפה שלו כל זמן שלא אמרה לו איני ניזונת ואיני עושה].

סעיף ג

שנינו בב"מ יב: על דאיתא במשנה "מציאות עבדו ושפחתו העברים הרי אלו שלהן" – "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? אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן הכא בעבד נוקב מרגליות עסקינן שאין רבו רוצה לשנותו למלאכה אחרת (הלכך לא ניחא ליה שיגביה לו מציאה דמציאה מעולה בדמיה משכר ביטול מלאכתו לא שכיחא הלכך, אי אתרמי ואשכח - שלו הוא, וישלם לרבו שכר ביטולו), רבא אמר במגביה מציאה עם מלאכתו עסקינן (שלא ביטל כלום הלכך לעצמו), רב פפא אמר כגון ששכרו ללקט מציאות והיכי דמי דאקפי אגמא בכוורי (שצף הנהר חוץ לגדותיו, וצפו הדגים שם, רש"י).

כתב הרא"ש שהרי"ף לא הביא שקלא וטריא דתלמודא משום דס"ל הלכתא כרב פפא דמוקי ברייתא דשכרו ללקט מציאות אבל שאר פועל מציאתו לעצמו וכן פסק הרמב"ם כרב פפא וביאר ה"ה משום דאוקימתא דרב פפא בתרייתא והוא בתרא טפי.

כתב הטור בשם הרמ"ה "אמר לו נכש עמי היום והוליכו ללקט מציאות מציאותיו לעצמו דמעיכרא לא אשתעבד ליה אלא לנכש עמו וכשמוליכו ללקט מציאות לא הוצרך הפועל לפרש שלא נשכר ללקט ומה שלוקט הוא לעצמו אבל שכרו סתם והוליכו ללקט מציאות מציאותיו לבעל הבית דמעיכרא אשתעבד למאי דבעי בע"ה", וביאר הב"י דלא דחה כל האמוראים וכפי שרצה לדחותו הרב המרשים, אלא פוסק כרב פפא כדברי כל הפוסקים דלעולם מציאת פועל לעצמו א"כ שכרו ללקט מציאות, והרמ"ה מילתא אחריתא אתא לאשמועינן דהא דמציאת פועל או עבד עברי לעצמו כששכרו או לקחו סתם לעשות לו מלאכה ובהיותו עוסק במלאכתו מצא מציאה, אבל אם בעל הבית הוליכו ללקט מציאות אע"פ שבשעה ששכרו או לקחו לא אמר לו ללקט מציאות אלא לעשות מלאכה סתם כיון שאחר כך הוליכו או אמר לו ללקט מציאות בכלל מלאכה שאמר ליה בתחלה הוא הילכך הוה לבעל הבית אבל אם כששכרו אמר ליה לנכש או לעדור אם הוליכו ללקט מציאות אין זה בכלל מאי דאשתעבד ליה מעיקרא הילכך הוה לעצמו.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "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 (רמ"ה) דהוא הדין שכרו סתם ומראה לו ללקט מציאות}."

כתב הסמ"ע דליכא מכאן דפליג ארמ"א ומה שכתב המחבר לפני זה דמציאת פועל לעצמו, היינו כששכרו סתם והפועל מצא מציאות לעצמו, אבל שכרו סתם והבעה"ב השוכרו מראה לו מקום המציאה ומבקש ממנו שילקטן, הרי הוא כאילו שכרו מתחילה לכך בפירוש וכב"י, "ואפשר דכתב כן לאפוקי מדעת המרשים".

כתב הפת"ש (א) בשם חוט השני גבי משרת שקנה סוס ממעותיו ומכרו, והחריש בעה"ב עד שמכרו בריוח גדול, ועתה הוא מבקש את הריות, שאין בדברי בעה"ב כלום דקיי"ל מציאת פועל לעצמו, ומשרת דין פועל יש לו כדמוכח בתה"ד, והסחורה שקנה בזול דין מציאה יש לה.

סימן רעא – מציאת בהמה ושטר חוב ושובר וגט אשה

סעיף א

ע"פ ב"מ ט. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "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", וכתבו ה"ה והסמ"ע (א) ארישא דהכוונה שבגמל גופיה אם היו ב' מנהיגים קנו שניהם, אבל אי' מנהיג ואחד מושך המושך קנה ולא המנהיג כלשנא בתרא דגמ', דדוקא בשניהן מנהיגין בגמל קנו שניהן, דשניהן שוים בקנין, משא"כ הנהגה במקום משיכה, דקנין של משיכה עדיפא מהנהגה.

הסמ"ע (ב) הביא שהב"י בסימן קצ"ז כתב דשמע מינה מהרמב"ם כאן דמשיכה והנהגה קונה בין במכר בין במתנה בין במציאה לא שנא בגמל לא שנא בחמור, זולתי אם אחד מושך לגמל ואחד מנהיגו, דאז מושך קונה מנהיג לא קונה, אולם דעת הרא"ש והטור שם דגמל בהנהגה וחמור במשיכה

איכא חד מינייהו דלא קנה, ולא ידעינן הי מינייהו קנה והי מינייהו לא קנה, הלכך במכר ומתנה לא קנה חד מינייהו דאוקי ממונא אחזקת מרא קמא, ובמציאה והפקר קנו שניהן, וכתב הסמ"ע דהא דכתב הטור הכא שקניה מהפקר שוה לקניה דמכירה, ר"ל היכא דיש קנין גמור, ולא בהני הנהגה בגמל ומשיכה בחמור דאית בהו ספיקא ושייך בהו לומר דאוקי ממונא בחזקת מרא קמא במכר, משא"כ בהפקר.

סעיף ב

ע"פ ב"מ ח: פסק בשו"ע **"בהמת מציאה"** שקדם אחד ואחז במוסירה, לא קנה עד שימשוך או ינהיג, וכן בנכסי הגר, אבל קנה המוסירה לבדו", וביאר הסמ"ע (ג) דבשניהן אין דעת אחרת מקנה אותן משא"כ במכר ומתנה, והא דקנה הכא כל המוסירה משום דבידו למושכה כולה אליו מראש הבהמה, משא"כ בסעיף שאחר זה באחד רוכב כו', כיון דרוכב קנה הבהמה בטילה המוסירה מה שהוא קבוע בראש הבהמה גבי הבהמה, וכיון דלא קנה כולה גם מה שביני ביני לא קנה, כיון דלא הגביהו כי אם ראש אחד וראש השני ה"ל כמונח על גבי קרקע, אולם הש"ך (ב) חלק דהוא נגד הש"ס דמוכח שם דלא קנה מטעם דיכול לנתקו אצלו וכדלעיל סימן רסט/ה וא"כ צ"ל דכאן קנה המוסירה מה שתפוס בידו.

סעיפים ג - ה

ע"פ ב"מ ט. וכאוקימתא דרב אשי וכדעת הרי"ף דרכוב בלא הנהגה קנה, פסק בשו"ע (ג) **"היה אחד רוכב ואחד אחז במוסירה"**, הרוכב קנה הבהמה והמוסירה שעל לחיי הבהמה בלבד, וזה שאחז המוסירה קנה ממנה מה שאחז בידו, ושאר המוסירה לא קנה שום אחד מהם {היו שנים רוכבין קנו שניהן. היה אחד רוכב ואחד מנהיג, קנו שניהם ויחלוקו (טור בסימן קצ"ז)}", וכתב הסמ"ע (ה) דהרמ"א בדין היה אחד וכו' סתם כדעת הרמב"ם דס"ל דברכיבה לבד אפילו לא הנהיגה ברגליו קנהו, ואין כן דעת הרא"ש כדלעיל סימן קצ"ז.

< סע' ד': כתב השו"ע **"דין מציאת שטרות ושוברים נתבאר בסימן ס"ה"**.

< סע' ה': כתב השו"ע **"דין מציאת גט נתבאר בטור א"ה סימן קל"ב וסימן קנ"ג"**.

הלכות פריקה וטעינה ודין הולכי דרכים

סימן ערב - דין בהמות או ספינות שפגעו זה בזה

סעיף א

ע"פ משנה ב"מ לב. וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם (הל' רוצח יג,א) **"מי שפגע בחבירו בדרך ובהמתו רובצת תחת משאה"**, בין שהיה עליה משא הראוי לה בין שהיה עליה יותר ממשאה (כרבנן ודלא כר' יוסי הגלילי שדרש 'תחת משאו הראוי לו'), הרי זה מצוה לפרוק מעליה שנאמר עזוב תעזוב עמו {היה דרך הבהמה לרבוץ תמיד תחת משאה, או שהיא עומדת תחת משאה, אינו חייב (טור), דדרשין בגמ' רובץ ולא רבצן, וכתבו ה"י והגר"א דר"ל משום פריקה אינו חייב אבל חייב משום צער ב"ח וכ"ה בטור בהדיא בסי"א ונפק"מ שאם ירצה ליתן לו שכר שרשאי לקבלו} ולא יפרוק ויניחנו נבהל וילך, אלא יקום עמו ויטעון משאו עליה, שנאמר הקם תקים, ואם הניחו נבהל ולא פרק ולא טען, ביטל מצות עשה ועבר על מצות לא תעשה, שנאמר לא תראה את חמור אחיך".

סעיף ב

ע"פ משנה שם פסק בשו"ע **"היה כהן"** והבהמה רובצת בין הקברות, אינו מטמא לה" מדכתיב וחדלת מעזוב לו פעמים שאתה מתעלם, סמ"ע.

סעיף ג

תלמיד חכם שמצא מציאה שאינה לפי כבודו ורוצה להשיבו לבעליו, מה מוטל עליו לעשות? (לעיל רס"ג, ג) והאם הדין שונה בפריקה וטעינה ומדוע?

ע"פ ב"מ ל: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "וכן אם היה זקן שאין דרכו לפרוק ולטעון, הואיל ואינה לפי כבודו, פטור. זה הכלל, כל שאילו היתה שלו היה פורק וטוען, ה"ז חייב לטעון ולפרוק בשל חבירו (ב"י בשם המרדכי בשם הר"מ: פירושו כל שבשלו אינו פורק כשמוצא פועלים לשכור לפרוק אינו פורק בעצמו בשל חבירו נמי אינו פורק היכא שמוצא חבירו לשכור לו פועלים אבל היכא שאינו מוצא פועלים לשכור לפרוק דבשלו פורק משום צער בעלי חיים דאורייתא בשל חבירו נמי פורק), ואם היה חסיד ועושה לפנים משורת הדין (ע"פ עובדא דר' ישמעאל), אפילו היה הנשיא הגדול וראה בהמת חבירו רובצת תחת משאה של תבן או של קנים וכיוצא בהם, פורק וטוען עמו (דלא מיקרי זלזול גביה כי אם כבוד שמים, סמ"ע) {ויש חולקין (רא"ש) בזה, כמו שנתבאר לעיל סוף סימן רס"ג (סע' ג') (ופטור מפריקה אף דצער בע"ח דאוי כיון דפטריה רחמנא פטריה אפילו במקום צער בעלי חיים, סמ"ע ודרישה) (והחכם שבא לעשות לפנים משורת הדין יותר ממנו כמו שעשה רבי ישמעאל ברבי יוסי שאמר לו אדם אחד בוא וסייעני לטעון משא של עצים וקנאם ממנו ר' ישמעאל כדי שלא יצטרך לסייעו אבל אין לו רשות לזלזל בכבודו, טור בשם הרא"ש)"}.

כתב הדרכ"מ בשם הנ"י על הנאמר בגמ' והשו"ע כל שאילו וכו', דאע"ג דצער בע"ח הוא מ"מ מאחר שהותר לתשמישן של בני אדם כל שכן לכבודו, ודוקא צער גדול הוא דאורייתא אבל צער קטן לא.

סעיף ד

ע"פ ב"מ לב: פסק בשו"ע "פרק וטען וחזרה ונפלה, חייב לטעון ולפרוק פעם אחרת, אפילו מאה פעמים, שנאמר עזוב תעזוב הקם תקים עמו, לפיכך צריך לדדות עמו עד פרסה (סמ"ע: ה"טור גרס 'מיל', והש"ך כתב דברמזים כתב הטור פרסה וכ"כ בב"ח דט"ס הוא בטור), אא"כ אומר לו בעל המשא איני צריך לך", וביאר הסמ"ע (ז) דלא מיתורא וכפל דעזוב תעזוב הקם תקים דרש כן, אלא עזוב והקם משמע אפילו ק' פעמים, דתעזוב ותקים דרשינן בגמרא לסע' ז' דאפילו אין בעליו עמו חייב להקים עמו.

סעיף ה

ע"פ ב"מ לג. פסק בשו"ע "מאימתי יתחייב לפרוק ולטעון עמו, משיראהו ראה [שהיא] כפגיעה, שהרי נאמר כי תראה ונאמר כי תפגע, וכמה, שיערו חכמים שיהיה ביניהם רס"ו אמה ושני שלישי אמה, שהוא אחד מז' ומחצה במיל. היה רחוק ממנו יותר מזה, אינו זקוק לו".

סעיף ו

ע"פ משנה שם וכת"ק פסק בשו"ע "מצוה מן התורה לפרוק עמו בחנם {כמו באבדה וע"ל סימן רס"ה} אבל לטעון עליו ה"ז מצוה ונוטל שכרו (ודלא כרבי שמעון דאף לטעון בחינם), וכן בשעה שמדדה עמו עד פרסה יש לו שכר", וביאר הסמ"ע (י) הלימוד בגמ' דאל"כ קשה לא לכתוב רחמנא פריקה, דהא ילפינן לה בק"ו מטעינה דלית בה צער בעלי חיים ולית בה חסרון כיס וחייבה בה התורה, ק"ו בפריקה דאית בה חסרון כיס וצער בעלי חיים, אלא משום דבטעינה מותר לקבל עליה שכר, וכדי שלא נאמר דיו לבא מן הדין להיות כנדון להיות ג"כ בשכר, קמ"ל.

כתב הנ"י (בב"י) אהא דאמרינן בגמרא מצוה מן התורה לפרוק עמו בחנם ולא לטעון עמו בחנם אלא בשכר, דלפרוק בחנם איכא מאן דאמר בשאינו בטל מן הסלע אבל היה בטל נוטל כפועל דלא עדיף מאבדה וקרי כאן אפס כי לא יהיה בך אביון שלך קודם אלא בבטל קא אמרינן דהוי בחנם ולפי זה טעינה בשכר אפילו באדם בטל, והר"ן חלק דכיון דאיכא בפריקה צער בעלי חיים אפילו בטל מן סלע חייב בחנם אבל טעינה היא כשאר אבדה דבשכר כל שלא היה בטל אבל אם בטל בחנם.

סעיף ז

אדם שבהמתו רובעת תחת משאו ובעל הבהמה יושב ואומר לחבירו, הואיל ועליך מצוה לפרוק, פרוק. האם קיימת מצוה עליו לפרוק, האם יכול לקבל שכר על פריקה זו? נמק תשובתך. באר גדרי האסור והמותר בקבלת שכר על מעשה מצוה.

ע"פ משנה וגמ' שם פסק בשו"ע "מצא בהמת חבירו רבוצה, אעפ"י שאין הבעלים עמה, מצוה לפרוק מעליה ולטעון עליה, שנאמר עזוב תעזוב הקם תקים מ"מ, א"כ למה נאמר עמו שאם היה בעל הבהמה שם והלך וישב לו ואמר לזה שפגע בו הואיל ועליך מצוה אם רצית לפרוק לבדך פרוק, הרי זה פטור, שנאמר עמו (אך חייב משום צער בע"ח ונפקא מינה שאם ירצה ליתן לו שכר שרשאי לקבלו, טור וב"י וכן נראה ברמב"ם והרא"ש), ואם היה בעל הבהמה זקן או חולה, חייב לטעון ולפרוק לבדו". (בחלק השני של השאלה הנשאלת שמא התכוונו לסעיף קודם).

סעיפים ח – ט

בב"מ לב: אהא דאמר רבא צער בעלי חיים דאורייתא אמרינן "לימא מסייע ליה בהמת נכרי מטפל בה כבהמת ישראל, אי אמרת בשלמא צער בעלי חיים דאורייתא משום הכי מטפל בה כבהמת ישראל אלא אי אמרת צער בעלי חיים לאו דאורייתא אמאי מטפל בה כבהמת ישראל, התם משום איבה הכי נמי מסתברא דקתני אם היתה טעונה יין נסך אין זקוק לה אי אמרת בשלמא לאו דאורייתא משום הכי אין זקוק לה אלא אי אמרת דאורייתא אמאי אין זקוק לה הכי קאמר ולהטעינה יין נסך אין זקוק לה. תא שמע בהמת נכרי ומשאוי ישראל וחדלת ואי אמרת צער בע"ח דאורייתא וחדלת עזב תעזב מבעי ליה לעולם צער בעלי חיים דאורייתא התם בטעינה אי הכי אימא סיפא בהמת ישראל ומשאוי נכרי עזב תעזב ואי בטעינה אמאי עזב תעזב, משום צערא דישאל. אי הכי אפילו רישא נמי רישא בחמר נכרי סיפא בחמר ישראל מאי פסקת סתמא דמלתא איניש בתר חמריה אזיל והא וחדלת ועזב תעזב בפריקה הוא דכתיבי אמר ליה הא מני רבי יוסי הגלילי היא דאמר צער בע"ח לאו דאורייתא".

כתב הטור בשם הרמב"ם "בהמת כותי והמשא של ישראל אם הכותי מחמר אחר בהמתו אין זקוק לו ואם ישראל שם חייב לפרוק ולטעון משום צער ישראל וכן אם היתה הבהמה של ישראל והמשא של כותי חייב לפרוק ולטעון משום צער ישראל" וכתב הטור "ואין דבריו מובנים לי ברישא שהכותי מחמר למה אין חייב לסייע משום איבה וכי גרע מבהמה והמשא של כותי וכן בסיפא בהמה של ישראל והמשא של כותי למה לי משום צער ישראל תיפוק ליה משום מצות פריקה כיון שהיא בהמת ישראל", וכתב החכם המרשים דדברי הרמב"ם מובנים דברישא כיון שהמשאוי של ישראל לא חיישינן לאיבה והיינו טעמא דמקשי בגמרא בהמת גוי ומשאוי ישראל אמאי וחדלת ול"ק ליה דילמא טעמא משום איבה אבל אם הישראל שם חייב אפילו לטעון ולא משום דין פריקה וטעינה דודאי תורה לא משתעי אלא בשחל של ישראל אלא משום צערא דישאל חייב נמי משום צערא דבהמה והוי טעמא דסיפא דכיון דאין הכל של ישראל אין כאן מצות פריקה וטעינה כלל ומשום צערא דישאל שייך אפילו בטעינה חיוב דאילו בפריקה צערא דבהמה נמי איכא אי נמי נקט בסיפא טעמא דצערא דישאל משום טעינה לחוד דסליק מיניה, וכתב הב"י דאין דבריו מחוורים במה שכתב אבל אם הישראל שם חייב אפילו לטעון ולא משום דין פריקה וטעינה וכו' אלא משום צערא דישאל וכו' ומנא לן דחייב משום צערא דישאל אם לא משום שהתורה הזהירה על פריקה וטעינה, ועל הטור יש לתמוה למה לא הקשה על הרישא דליחייב לפרוק משום צער בעלי חיים וזה בעצמו קשה גם על החכם המרשים שכתב דברישא כיון דהמשאוי של ישראל לא חיישינן לאיבה והא בלא טעמא דאיבה קשה אמאי כתב דאינו זקוק לה דמשום צער בעלי חיים ליחייב מיהא לפרוק, וביאר דמעיקרא לא קשיא מידי דהרמב"ם חיוב ופטור מטעם טעינה ופריקה בלחוד אתא לאשמועינן דאלו חיוב משום איבה בסוף דבריו אשמועינן שכתב אינו חייב להטפל בו אלא משום איבה וכן מה שהוא חייב לפרוק משום צער בעלי חיים סמך על מש"כ בסוף הפרק הפוגע בשנים וכו' מצוה לפרוק בתחלה משום צער בעלי חיים והוכיח כן מהשקלא וטריא בגמ'.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "ה"ח בהמת עכו"ם והמשא של ישראל, אם היה העובד כוכבים מחמר אחר בהמתו אינו זקוק לה, ואם לאו, חייב לפרוק ולטעון משום צער ישראל. (ט) וכן אם היתה

הבהמה של ישראל והמשוי של עובד כוכבים, חייב לפרוק ולטעון משום צער ישראל, אבל בהמת עכו"ם ומשאו, אינו חייב להטפל בו אלא משום איבה {ווי"א (טור) לפרוק חייב אפילו אין העובד כוכבים שם, משום צער בעלי חיים דהוי דאורייתא, וכן בכל מקום דפטור לפרוק (כגון כשהבהמה היתה רבצנית או עמדינית וכנ"ל, אך לא בזקן, סמ"ע) מ"מ משום צער בע"ח מיהו חייב, ונפקא מינה שיכול לקבל שכר (רא"ש), ואפילו בזה אסור לתלות הפריקה בשכר ולומר אם לא תתנו לי שכר לא אפרוק, דאף אם לא ירצה ליתן לו הבעל שכר, חייב לפרוק משום צער בעלי חיים, סמ"ע}."

במש"כ הרמב"ם והמחבר בריש סעי' ח' דאין זקוק לה ביאר הסמ"ע (יב) דלא איירי כאן אלא מטענה, ומשו"ה אין זקוק לה דמצות טענה לא נצטוה ישראל על של גוי, אבל לפרוק מהבהמה גם הרמב"ם ס"ל דחייב עליה מדאורייתא משום צער בעלי חיים, אלא דמותר לקבל עליה שכר, ומש"כ אחר זה ואם לאו חייב לפרוק ולטעון כו', הכי קאמר, ואם לאו אלא הישראל ג"כ שם, חייב בטענה כמו שהוא חייב בפריקה, כלומר ובפריקה פשיטא דחייב, ומש"כ בסעי' ט' שהבהמה ומשאה תרומיהו של גוי דאינו חייב ליטפל בה אלא משום איבה, איירי ג"כ בטענה לחוד, והא דכתב בסעי' ח' אינו זקוק לה ולא כתב דזקק לה משום איבה, ס"ל דשאני הכא דכיון דהמשא של ישראל ואינו מסייעו לטעון בשביל משא דישראל, לית ביה משום איבה הא דלא מסייעו בטענה משום בהמתו, דלא עדיף הגוי מישראל דרואה דאינו מסייעו במשאו, משא"כ בשניהן של הגוי, וכ"כ הב"י, אבל הטור ס"ל דגם בכה"ג שייך איבה. עוד ביאר (טו) דהרמ"א קאי בהגהתו אדמסיק הרמב"ם דאם הבהמה והמשא של הגוי דאינו חייב ליטפל בה אלא משום איבה, ואיבה ליכא אלא כשהגוי רואה שהישראל זה עומד ואינו מסייעו, ואזה כתב הרמ"א דחייב לפרוק אפילו אין הגוי שם, דאף דלית בה משום איבה חייב משום צער בעלי חיים.

סעיף י

ע"פ ב"מ לב: פסק בשו"ע "הפוגע בשנים" א' רובץ תחת משאו וא' פרק מעליו ולא מצא מי שיטעון עמו מצוה לפרוק בתחלה משום צער בעלי חיים, ואחר כך טוען, בד"א, כשהיו שניהם שונאים או אוהבים, אבל אם היה אחד שונא ואחד אוהב, מצוה לטעון עם השונא תחלה, כדי לכוף את יצרו הרע {ודוקא בשונא בעלמא דלא עביד איסורא (אלא שהקניטו ועשה עמו דבר שלא כהוגן משו"ה שונאו, סמ"ע), אבל אם עביד איסורא ושונאו משום שעבר עבירה, א"צ לטעון עמו כדי לכוף יצרו, דהא יפה עושה ששונאו (נ"י)}", אולם הש"ך כתב בשם הב"ח דה"ה בשונא דעביד איסורא.

סעיף יא

ע"פ ב"מ לב: ופסחים קיג: כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "השונא האמור בתורה, לא מעו"ג הוא אלא מישראל, והיאך יהיה לישראל שונא [מישראל] והכתוב אומר לא תשנא את אחיך בלבבך, אמרו חכמים כגון שראהו לבדו שעבר עבירה והתירה בו ולא חזר, הרי מצוה לשנאותו עד שיעשה תשובה וישוב מרשעתו, ואף על פי שעדיין לא עשה תשובה, אם מצאו נבהל במשאו מצוה לטעון ולפרוק עמו, ולא יניחנו נוטה למות שמא ישהה בשביל ממונו ויבא לידי סכנה, והתורה הקפידה על נפשות ישראל בין רשעים בין צדיקים, מאחר שהם נלולים אל ה' ומאמינים בעיקר הדת, שנאמר אמור אליהם חי אני נאם ה' אלהים אם אחפוץ במות הרשע כי אם בשוב רשע מדרכו וחיה".

בכס"מ הקשה א"כ הדרא קושית הגמ' לדוכתא אי אמרת צער ב"ח דאורייתא מה לי שונא ישראל מה לי שונא עכו"ם וי"ל דהוה מצי לשנויי ישראל בחנם ולעכו"ם בשכר וכתוס' וכרמ"א בסעי' ט', באה"ג, [ונראה דרמז בזה הש"ך (ג) ששלח לתוס' הנ"ל לגבי דברי הב"ח, עיי"ש].

סעיפים יב – יג

ע"פ תוספתא הביאורה הרי"ף רמב"ם ורא"ש פסק בשו"ע "חמורים שרגליו של אחד מהם רעועות, אינם רשאים חבריו להקדים ולעבור מעליו. נפל (ואינו יכול לילך כלל, סמ"ע), רשאים לעבור מעליו. (יג) היה (אדם) אחד טעון ואחד רכוב, והדרך צר, מעבירים את הרכוב מפני הטעון. אחד טעון ואחד ריקן, מעבירים הריקן מפני הטעון. שניהם טעונים, שניהם רוכבים, שניהם ריקנים, עושים פשרה ביניהם (ובאה"ג למד סעיף זה מברייתא דסנהדרין דסעי' י"ד, ציוני פריעדמאן)".

למד **הסמ"ע** (כ) מסעי' י"ב שבני עיר אחת שנסעו יחד ג' ד' אנשים על עגלה זו וג' ד' אנשים על עגלה אחרת, וכן הרבה עגלות, ונצטרך לעגל אחד לתקן דבר אחד בעגלה או בסוסים שבעגלתו ולשהות עבור זה קצת בדרך, שגם בני עגלים אחרים ישהו עמו ולא יניחוהו לבדו, כמו באנשים עם חמוריהן.

עוד ביאר **הסמ"ע** (כב) דלא איירי בסעי' י"ג כשהן פוגעין ובאין זה כנגד זה דמזה איירי בסעיף שאחר זה, ומשוי"ה לא כתב כאן לשון פוגעין זו בזו, וגם משוי"ה לא כתב לשון תדחה כמ"ש בסמוך אלא לשון מעבירין, אלא מיירי כשהרכוב והטעון הולכין בדרך ביחד זה בצד זה דומיא דסעי' י"ב, וכשבאין לדרך צר שאין יכולין לילך זה בצד זה, קאמר דמעבירין את הרכוב וכ"ש הריקן מפני הטעון, והוא מלשון מעבירין את המת מלפני הכלה, ומפני שלא איירי כאן מהעברה לאחריו אלא שיעמוד אחד במקומו עד שיעבור השני תחילה, משוי"ה לא הזכירו כאן שיעלו שכר זה לזה אלא פשרה, דהיינו שזה יעבור תחילה פעם זה וזה פעם אחר, ודלא כלבש שפירש דמיירי שפוגעין זה בזה ובשניהם טעונים או רכובין יעשו פשרה ויעלו שכר זה לזה. עוד כתב דמש"כ הטוש"ע 'אחד טעון ואחד ריקן' אע"ג דכל שכן הוא, מ"מ כתבו שלא תהפך הסברא ולומר שהריקן הוא קל ויעבור במהירות הוא יעבור תחילה שלא ישהו עבורו הטעון הרבה.

סעיף יד

ע"פ ברייתא **דסנהדרין לב**: פסק בשו"ע "וכן **שתי ספינות העוברות** ופגעו זו בזו, אם שתיהן עוברות [בבת אחת] שתיהן טובעות, ואם בזו אחר זו עוברות, וכן ב' גמלים העולים במעלה גבוהה ופגעו זה בזה, אם עוברים שניהם בבת אחת נופלים, ואם בזה אחר זה עולים, **כיצד הם עושים**, טעונה ושאינה טעונה, תדחה שאינה טעונה מפני הטעונה, קרובה ורחוקה תדחה קרובה מפני שאינה קרובה, שתיהן רחוקות או שתיהן קרובות או טעונות, הואיל וכולן בדוחק אחד, הטל פשרה ביניהם והם מעלים שכר זה לזה, ובזה וכיוצא בו נאמר בצדק תשפוט עמיתך (ר"ל מדכתיב צדק צדק תרדוף וכתוב בצדק תשפוט עמיתך, ודרשינן בסנהדרין שם אחד לדין ואחד לפשרה, סמ"ע).".

כתב **הסמ"ע** (כד) דמש"כ המחבר תידחה הקרובה כך היא גירסת הרי"ף רמב"ם ורא"ש ור"ל אחת קרובה לנטות וכמעט שתחזור לאחריה תמצא לחברתה מקום לעבור בצידה משוי"ה מעבירין ודוחין אותה הקרובה ולא האחרת, אולם רש"י פירש קרובה לעירה ובטור כתב תידחה שאינה קרובה מפני קרובה וכתב כן לפירש"י שפירש קרובה לעירה, ור"ל שקרובה לעיר שרוצה לילך שם.

סעיף טו

ע"פ ברייתא **דב"ק קטז**: פסק בשו"ע כלשון **הרמב"ם** "שיירא שחנתה במדבר **ועמד עליה גייס לטרפה** (פירש"י לבזזה, ור"ל שאם היו באים גם על עסקי נפשות מחשבין אף לפי נפשות כדין שכירות התייר, **ב"י ובאה"ג**), ופסקו עם הגייס ממון, מחשבין לפי ממונם ואין מחשבין לפי נפשות. **ואם שכרו תייר** לפניהם להודיעם הדרך (שלא יסתכנו מפני חיות ולסטים), מחשבין לפי ממון ולפי נפשות (חצי לפי ממון וחצי לפי נפשות, רא"ש ב"י וסמ"ע), ואל ישנו ממנהג החמרים (שאם נהגו לגבות לתייר לפי ממון או לפי נפשות עושים, ב"י וסמ"ע בשם רש"י).".

הקשה **הסמ"ע** (כג) דבסימן קסג/ג כתב הרמ"א שאם טעו חבורה ההולכת במדבר ואיכא סכנת נפשות גובין לפי הנפשות, ותיירץ די"ל דר"ל אף לפי הנפשות כדברי המחבר דקאי עליה וכתב 'וכן', א"נ מיירי שם בדליכא שוללים הבאים בשביל ממון.

עמש"כ המחבר 'ואל ישנו' וכו' כתב **הסמ"ע** (כח) דנראה שגם בזמננו כשנוסעים יחד מעיר לעיר על היריד ובאין אנשי חיל לשוללן ומפשרין עמהן ברב או במעט, שגובין אותו לפי הממון, וה"ה אם צריכים לשלוח שלוחים לתור להם הדרך בטוח מפני השוללים, אותה ההוצאה היא לפי ערך הממון, אם לא שיש סכנת נפשות ג"כ בדבר, שאזי יגבו ההוצאה חציה לפי הנפשות וחצי עכ"פ לפי הממון, אם לא שיש בין החבורות מנהג קבוע ידוע, שילכו אחריו.

בפת"ש (א) הביא דעת **המרדכי** בשם הירוש' שלא נכתב בברייתא שם 'לטרפה' דדווקא אם כבר התחילו לטרוף ונתברר שבאו על עסקי ממון הוא דמחשבין ההוצאה לפי ממון, אבל עומד לטרפה שעדיין עומדין בספק נפשות אין מחשבין לפי ממון לבד, ובחתי"ס כתב עליו שזה דוחק, ופירש דלאו לענין הוצאה שנתפשו עסקינן, רק דמיירי בעירבו המעות וטרפו קצת מהם דההיזק לפי ערך המעות,

וברש"ל התקשה איך לפרש במרדכי דאי מייירי שיכולין להציל ע"י הדחק ואין מצילין א"כ למה חולקין לפי ממון הלא כל אחד אייאש ממה שנטל, ואי אין יכולין להציל פשיטא שהפקר הוא, ולכן פירש דאייירי לעולם ביכולין להציל ע"י הדחק, וא"כ מה שאינם רוצים לדחוק ולטרוח ולהציל כל אחד לחבירו אדעתא דהכי שיחלקו ביניהם לפי סך הממון כאילו לא טרפו כלל, ואדעתא דהכי מסתמא לא הצילו שיהא היזק לכולם לפי ערך הממון, אולם בב"ח נשמע שהבין דאפילו באין יכולין להציל איירי (וצויינו בקצרה בש"ד), **ובחכם צבי** (צוין בגליון רע"א) חלק על רש"ל וב"ח והסיק דבגזלנים ושוודדים הרגילים בזמנים הללו שהם מזוינים גם מהרש"ל מודה שאין האחרים אשר לא שלטה יד הלסטים בממונם צריכים לסייע להם כלל דאונס מיקרי ובכלל אין יכול להציל הוא ואפילו אם היה הדבר מפורש בירושלמי לא היינו סומכין עליו דבתלמוד דידן מבואר הפכו, ונודע מש"כ מהרי"ק דאפילו בדיני ממונות אין לומר קים לי כפלוני יחיד במקום שכל חכמי ישראל חולקין עליו ועל ידו החזיקו אחרוני הפוסקים, והרדב"ז הוסיף שאפילו בשנים אין לנו לומר קים לי במקום שכל חכמי ישראל חולקים עליהם, ואף ע"י תפיסה דאין בתפיסתו כלום, דהו"ל תרתי לריעותא, סברת יחיד ותפיסה לאחר שנולד הספק, על אחת כמה וכמה בבה להוציא מיד המוחזק הראשון בסברת יחיד דאין בית דין נזקקין לו, באופן שהדבר ברור בעיני שכל בני השיירא פטורין מלסייע לנגזל וכאשר גזר אומר בנידון דידן.

סעיף מז

ע"פ ברייתא **שם** פסק בשו"ע "רשאים החמרים להתנות ביניהם (בלא קנין כמו שותפין, רש"ל וש"ד) כל מי שתאבד ממנו חמור מבני השיירא מעמידים לו חמור אחרת, ואם פשע הוא ואבדה אין חייבים להעמיד לו, אבדה חמורו ואמר תנו לי דמיה ואיני רוצה ליקח חמור והריני שומר עמכם, אין שומעין לו אלא מעמידין לו חמור אחרת (לפ"ז ה"ה אם אמר תנו לי ואני אקח חמור נותנים לו ולא חיישינן שמא לא יקח ולא כפירש"י וגירסתו, ש"ד), כדי שיזדרז עצמו וישמור בהמתו, ואפילו היתה לו בהמה אחרת בשיירא, שיותר מוסר נפשו לשמור על שנים (רש"י)".

סעיפים יז – יח

ראובן ושמעון שכרו יחד משאית כדי להוביל מטען שהיה לכל אחד מהם. באמצע הדרך אירעה במשאית תקלה, וכתוצאה מכך נאלץ הנהג להוריד חלק מהמטען. המטען שהורד היה במקרה של ראובן, אשר נאלץ לאחר מכן לשכור משאית במחיר גבוה שתוביל את מטענו ליעד. ראובן תבע משמעון להשתתף בהוצאות. שמעון סרב, מה הדין? הסבר.

ע"פ ברייתא **שם** פסק בשו"ע "ספינה שהיתה מהלכת בים ועמד עליה נחשול לטובעה והקילו ממשאה, מחשבין לפי משאוי ואין מחשבין לפי ממון, ואל ישנו ממנהג הספנים (כלומר אם נהגו איפכא אזלינן בתרייהו, נ"י וש"ד). רשאים הספנים להתנות ביניהם כל מי שתאבד לו ספינה מעמידים לו ספינה אחרת, פשע בה ואבדה או שפירש למקום שאין הולכים בו באותו זמן (דרך תשרי בניסן ולהיפך), אין חייבין להעמיד לו".

כתב בתשובת **צמח צדק** (פת"ש ב) דדוקא קתני והקילו ממשאה, שכבר הקילו, דהיינו אם כבר השליך זה מאה ליטרין זהב הוא דאין צריך זה להשליך אלא מאה ליטרין של ברזל, אבל לכתחילה יכול זה של זהב לכופ לאידך שישליך מאתים ליטרין של ברזל וזה ישלם לו מאה ליטרין של ברזל מתוך הזהב (דזה נהנה וזה לא חסר, ערוה"ש, וכן פסק שם), כדאיתא בב"ק פ"א ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה אומר תנאי בית דין הוא שיהיה זה שופך יינו ומציל דובשנו של חבירו ונוטל דמי יינו מתוך דובשנו של חבירו, אבל בשיירא בסעי' ט"ו לא קתני 'ונתפשו', משום דלא תלי מידי בשכבר נתפשו, אלא אפילו לכתחילה הדין כן שצריכין להתפשר ואין שום אחד יכול לעכב, ובפת"ש כתב דיש לעיין לפי דבריו למה שינו הרמב"ם והטוש"ע גבי שיירא לכתוב ופסקו כו', וגם לפ"ז יהיה קשה מכאן על שיטת הרי"ף דס"ל דאין הלכה כר' ישמעאל בזה.

עמש"כ המחבר בסיפא דאל ישנו וכו' כתב בתשובת הרב **מו"ה משה רוטנבורג** (פת"ש ג) דדוקא אם נהגו שבעל הזהב יתן יותר, בזה מועיל מנהגו, לפי שיש לקרב קצת שהוא דומה כמו ע"פ דין תורה,

אבל אם נהגו שבעל הזהב יתן פחות מבעל הברזל, בזה לא מועיל מנהגן, וכתב הפת"ש דאין דבריו נראין.

הלכות הפקר ונכסי הגר

סימן רעג - דין הזוכה מן ההפקר והפקר כיצד ובמה

סעיף א

ע"פ הטור כתב השו"ע "כל דבר של הפקר, כל הקודם בו זכות, בין שהוא דבר מופקר ועומד בין שהיו לו בעלים והפקירוהו", וכתב הב"י דפשוט הוא וכ"כ בבאה"ג דכן מבואר בהרבה מקומות, ובגר"א ציין לב"ק דף יג ע"ב.

סעיף ב

המפקיר שדהו או חפץ אחר האם יכול לחזור ולומר הריני חוזר ממה שהפקרתי, או בעינן שיחזור לזכות בו מן ההפקר? באיזה אופן יכול לחזור בו, האם מספיק שיאמר אני חוזר בי ממה שהפקרתי או שצריך לעשות פעולה כל שהיא? (לקמן)

בשו"ע הביא את לשון הרמב"ם "הפקר אע"פ שאינו נדר הרי הוא כמו נדר שאסור לחזור בו", כיצד פירש הסמ"ע את דברי הרמב"ם?

ע"פ נדריים מד. פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "ההפקר, אף על פי שאינו נדר (דאילו נדר הוי לעניים לחוד והפקר בין לעניים בין לעשירים, כמבואר בסעי' ה', סמ"ע), הרי הוא כמו נדר שאסור לחזור בו", וביאר הסמ"ע (ד) דבדיבור בעלמא אינו יכול לחזור ולמחות בהבא לזכות בו לומר שלי הוא עדיין, אבל אם הקדים הוא נפשו וזוכה בו במשיכה או בחזקה הרי הוא כאחר.

כתב הב"ח (בקצות א) בכוונת הרמב"ם שחוזר ואומר אני חוזר מדיבורי כיון שלא עשיתי קנין, דאמרינן שהרי הוא כנדר דכתיב ביה לא יחל דברו ואע"פ שהוא עצמו יכול לזכות בו, זהו מדין הפקר אבל לא מתורת חזרה. כתב הקצות דלפי מה שמתבאר דהא דאסור לחזור אינו אלא משום דהוי כמו נדר שאסור לחזור, א"כ נראה דהפקר אינו עושה קנין, דאי עושה קנין מאי ענין נדר לכאן הא תיפוק ליה דכבר יצאה מרשותו, אלא ע"כ נראה דהפקר אינו קנין אלא הא דאינו יכול לחזור בו היינו מתורת איסור בל יחל, וא"כ הפקיר ומת אפשר דהוא של היורשין כיון דאינו אלא משום נדר, והנודר ומת אין היורשין מחויבין לקיים נדרו, והא דאמרו בגיטין מ' המפקיר עבדו ומת אותו העבד אין לו תקנה, ולא אמרינן דכי מת פקע הפקרו, היינו משום דהתם כבר זכה העבד בעצמו בעודו חי ואחר שזכה בהפקר ודאי קנין אית ליה בהפקרא, אבל הפקיר ועדיין לא זכה בו שום אדם אפשר דכי מת פקע הפקרו, ומה שמצינו בשבת י"ח דלביט שמאי דס"ל שביתת כלים דנר וגיגית אפקורי מפקיר להו דמשמע דהפקר עושה קנין דאם אינו עושה קנין אלא משום נדרו הוא דאסור לחזור בו א"כ אכתי שלו הוא ומצווה על שביתת כליו, התם איירי בהפקר ב"ד כמבואר ברשב"א דלב ב"ד מתנה עליהן דהפקר ב"ד ודאי עושה קנין ויוצאה לגמרי מרשות בעלים, וכתב עוד דכיון דהפקר אינו יוצא מרשותו אלא שאסור לחזור בו וא"כ הזוכה בו מיד בעלים הוא זוכה (והסביר בכך גם את שיטת רש"י ב'תשביתו' שאינו מסתפק ב'הפקר' בלבד כתוס' עיי"ש). אך המשך הקצות דלא מצא "מקור הדין מאין יצא להם דהפקר הוא משום נדר, וכל הפוסקים ראשונים גם אחרונים הלכו אחרי דברי הרמב"ם בזה ולא ידענו איו מקור הדבר הזה", ודחה מש"כ בהגה"מ מגדל עוז וכס"מ שמקורו בסוף פרק אין בין המודר, והביא דכתב הב"י באו"ח תל"ד בשם הר"ן דשלוחו אינו יכול לבטל דכיון דביטול מתורת הפקר שליוח לא מצי לבטל שהרי אם אמר אדם לחבירו הפקר אתה נכסי אין בכך כלום, וביאר שם הב"י דהפקר מתורת נדר כדמוכח פ"ק דנדריים וכדכתב הרמב"ם, ולמד הקצות דכוונתו לדף ז' דאמרינן יש יד להפקר או דלמא אין יד להפקר כלומר דשאני צדקה דצדקה לא חזיא אלא לעניים

אבל הפקר בין לעניים בין לעשירים, ומדאמרינן הפקר היינו צדקה אלמא דהוא מתורת נדר, אך קשה דא"כ הו"ל למ"מ מגדל עוז והגה"מ להראות מקום זה, ועוד דכיון דאיבעיא להו בש"ס יש יד להפקר ועלתה בתיקו, ובר"ן כתב דספיקא לקולא, א"כ מוכח דאינו מתורת נדר וצדקה, דאי בתורת נדר וצדקה ודאי יש יד לנדר וצדקה, והיכי כתבו כולם בפשיטות דהפקר מתורת נדר כיון דהיא גופה מספקא בש"ס אם הוא מתורת צדקה או לא וצ"ע.

סעיף ג

ע"פ **משנה נדרים מג.** והרמב"ם פסק בשו"ע **"ומה הוא ההפקר"**, שיאמר אדם נכסי אלו הפקר לכל, בין במטלטלים בין בקרקעות".

כתב הב"ח (ד', הובא בקצרה **בקצות** ב) דנראה מלשונו, דבדלא אמר, אע"פ שהשליך כיסו ברשות הרבים לא הוי הפקר ולטעמיה אזיל שכתב כן בפרק י"א מהלכות גזילה (הי"א), אך קשיא מב"מ דף כ"א דאמרינן במכנשתא דבי דרי עסקינן קב בארבע אמות דנפיש טירחייהו לא טרח אינש ולא הדר אתא ושקיל להו אפקורי מפקיר להו וכו' ותו קאמר התם במכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת היא אלמא דבסתמא נמי אמרינן דמפקיר להו, ואפשר דשאני התם דכיון דנטל לאחר דישה את העיקר ונותרו אלו ולא נטלן גלי דעתיה דלא חשיבי ליה אי נמי נפיש טירחייהו לקבצן, וחשוב כאילו אמר בפירוש שיהיו הפקר לכל דמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שהפקירן, אבל בעלמא בסתמא לא הוי הפקר אלא אם כן מפרש דליהו הפקר. הקצות ציין למש"כ בסימן רסא (א) שדן שם בדעת הטור דבהנח במקום שאינו משתמר הוי הפקר.

סעיף ד

עוד כתב השו"ע ע"פ הרמב"ם **"כיצד דין ההפקר"**, כל הקודם וזכה בו קנהו לעצמו ונעשה שלו, ואפילו זה שהפקיר דינו בו כדין כל אדם, אם קדם וזכה בו, קנהו (פשוט בנדרים מד ע"ב, באה"ג).

סעיף ה

ע"פ **משנה פאה ו/א** וכבית הלל פסק בשו"ע **"המפקיר לעניים"** אבל לא לעשירים, אינו הפקר (וחייב במעשר, ר"ש וסמ"ע), עד שיפקיר לכל כשמיטה", וילפינן לה ב**ירושלמי** מדכתיב גבי שמיטה ונטשתה יתירא, שבא ללמד שכל נטישה דהיינו הפקר תהיה כמוה, סמ"ע (ז).

כתב **רע"א** דבירו' איתא דאם הפקר לישראל ולא לנכרים או לאנשי עירו ולא לאחרים לא הוי הפקר לר"ל, ולר"י הוי הפקר.

כתב **הפ"ש** (א) בשם הנו"ב דהא דאינו הפקר עד שיופקר לכל כשמיטה היינו בהפקירו לכל העניים ולא לעשירים, שאז שום עני לא יכול לזכות בה, אבל במפקיר זכות נגד אחד או שנים לנוכח מהני.

סעיף ו

ע"פ ברייתא **בקידושין כג.** והרמב"ם פסק בשו"ע **"המפקיר עבדיו"**, הגדולים קנו עצמם, והקטנים כל הקודם והחזיק בהם, זכה" שהגדולים מיד שהפקירן נסתלקה רשות רבן מהן ויש להן דעה ויד לזכות בנפש עצמן, משא"כ בקטנים, סמ"ע. [הקשה ה**נתיבות** (א) דדין זה נלמד מהא דקדושין בגר שמת ובשלמא בגר שמת שנעשה הפקר ממילא והקטן אין לו יד לזכות מההפקר דממילא, ולכך כל הקודם והחזיק בהן זכה, אבל המפקיר עבדו לפי שיטת רש"י שפסק הש"ך כוותיה בסימן רס"ח דהפקר הוי כדעת אחרת מקנה, ובדעת אחרת מקנה יש יד לקטן לזכות כמבואר לעיל סימן רמ"ג, א"כ מהיכי תיתי לא יהיה הקטן יכול לזכות נפשיה מההפקר, וצריך לומר דאף רש"י מודה דלענין שאר דברים לא חשיב הפקר דעת אחרת מקנה, רק לענין חצר שאינה משומרת, במשומר לדעת המפקיר סגי].

סעיף ז

ע"פ **נדרים מה.** וכריב"ל ודלא כרבי יוחנן (בפני שנים לא הוי הפקר) שכן פסקו **רמב"ם תוס' רא"ש** ועוד פסק בשו"ע **"המפקיר את הקרקע"**, כל הקודם והחזיק בה זכה. דין תורה, אפילו הפקר **בפני אחד** ה"ז הפקר ונפטר מהמעשרות, אבל מדברי סופרים אינו הפקר עד שיפקיר בפני ג', כדי שיהיה

אחד זוכה אם רצה, והשנים מעידים (ומתוך זה ירא בעל הבית להפקיר כדי להפקיע ממעשר, ב"י בשם הרא"ש, ובסמ"ע הרחיב דאי לאו הכי יכול המפקיר לכפור לומר לא הפקרתיה מעולם, משא"כ בג' דשמעו שהפקירו, דכל אחד מהן שיקדם נפשו יזכה בו ושנים אחרים יעידו ששמעו שהפקירו) {ו"א (רא"ש) דאפילו בינו ולבין עצמו הוא הפקר (גם שיטה זו ס"ל דמדברנן בעי ג', סמ"ע)} – וכתב בב"י דנפק"מ לענין אם השאיל בהמתו לעכו"ם ולא החזירה לו קודם שבת שיפקירה בינו לבין עצמו ודיו וכ"כ התוס' שם, ובכס"מ (באה"ג) כתב שאין נראה מהרמב"ם כן והכי דייק לישנא דריב"ל דאמר דין תורה אפי' באחד' הוא הפקר, וכן משמע בסמ"ע (י) בשיטת המחבר.

סעיף ה

ע"פ נדרים ז. פסק בשו"ע "האומר הרי זה הפקר זה, הרי השני ספק הפקר (איבעיא דלא איפשיטא אי אמרינן יד להפקר, ופסקינן לקולא דאין מוציאין אותו מחזקת הבעלים, סמ"ע), ואם אמר וזה כמו זה, או שאמר וגם זה, הרי התפיס השני ויהיה הפקר ודאי".

סעיף ט

האם יש איזה זמן מסוים לחזרה מהפקר או לזכיה, הבא מקורות?

באר איזו תקנה עשו חכמים כנגד הרמאים גבי הפקר? ואיך זה מתיישב עם הרמב"ם שכתב "הפקר אע"פ שאינו נדר הרי הוא כמו נדר שאסור לחזור בו"?

ע"פ נדרים מג: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המפקיר את שדהו ולא זכה בה אדם, כל שלשה ימים יכול לחזור בו, אחר שלשה ימים אינו יכול לחזור בו, אא"כ קדם וזכה בה הרי הוא כזוכה מההפקר (ופטור מהמעשר), בין הוא בין אחר", וביאר הרא"ש (בסמ"ע) דהטעם דיכול לחזור בו עד ג' ימים משום הרמאים שרגילים להפקיר פירותיהם ולחזור ולאכול מהן כדי לפטור מהמעשר, לכן תיקנו דעד ג' ימים יכול לחזור בו ולומר אני חוזר בי ממה שהפקרתי, ושוב אין אדם יכול לזכות בו, הלכך אפילו קודם שחזר בו אין שם הפקר עליו, ואם אכל ממנו בין הוא בין אחר חייב במעשר כל זמן שלא כיון לזכות בו ולקנותו.

הקשה הסמ"ע (יג) דמאי אהנו חז"ל בתקנתם הא עדיין יכול הרמאי להפקירו ולהקדים נפשו מיד לזכות מן ההפקר ויהיה פטור מן המעשר ותיירץ דכל שלא יכול לחזור בו בדיבורו מיד עד שיעשה בו חזקה גמורה, הרמאין ייראו לנפשם שאחרים יקדימו נפשם להחזיק בו, ואגב שתיקנו כן בהפקר קרקע משום הרמאין כנ"ל, תיקנו נמי בכל הפקר שיוכל לחזור תוך ג' ימים כל זמן שלא זכה בו הוא או אחר, וזהו שסיים המחבר וכתב אלא אם כן קדם וזכה כו', ובנתיבות (ב) כתב דזה תמוה מאוד דבשלמא לרבי יוסי דס"ל דבעינן בהפקר דאתי ליד זוכה שפיר הועילו בתקנתו, דבלא תקנתו היו הרמאין יכולין לחזור בדיבור ולא היו יראין, משא"כ אחר התקנה דבעינן זכיה גמורה יראין לנפשן, אבל לרבנן דקי"ל כוותיהו דאף קודם התקנה בעינן זכיה גמורה, א"כ אם נאמר דמחמת שצריך זכיה גמורה יראין לנפשם ולא מפקרי, א"כ למה היו צריכין לתקוני כלל מפני הרמאין, הא ודאי דלא מפקרי מפני היראה, ואי חשו חז"ל דמ"מ יפקירו ולא יראו כדי לפטור נפשם מהמעשר, א"כ גם אחר התקנה יפקירו, דכיון שזכיה מהני אחר התקנה כמו קודם התקנה מה הפרש יש בין קודם התקנה לאחר התקנה, לכן ביאר דלא מהני זכיה כשזוכה בכל השדה בתוך ג' דדמי לחזרה דניכר ברמאות שמפקיר וחוזר וזוכה, ולא מהני לפטור המעשר רק כשהשדה עדיין מופקרת היא ואינו חוזר מגוף השדה שהפקיר רק שלוקט פירות מהשדה בתורת זוכה מהפקר כיון שהשדה עדיין מופקרת היא, ואז שפיר יש לו דין אחר הלוקט משדה זו המופקרת כיון דהוא ג"כ דמי עכשיו לאחר לשדה זו, ולזה שפיר כתב הרא"ש שירא שהוא ילקוט מצד זה והאחר ילקוט מצד אחר, כיון שאי אפשר ללקוט ולאכול בלא מעשר בתוך שלשה רק כשהשדה עדיין מופקרת, ואז גם האחר יכול ללקוט ושפיר ירא מלהפקיר.

הקצות (ג) הסכים עם עבוה"ג, דלא מצינו חילוק בשום פוסק לחלק בין הפקר דשדה תוך ג' ימים לשאר הפקר זולת בתוס' בנדרים מ"ה לחלק לר' יוסי דדוקא בקרקע שייך רמאות ובעינן שלשה אבל במטלטלין דליכא רמאות הוא הפקר מיד [ואפילו בפני אחד לר' יהושע דלא מצריך תלתא מדברנן אלא גבי מעשר שלא יפקיענו ממעשר אבל לא להפקיר כליו בשבת שלא יעבור על שביעת כלים וכן בהמתו

לא בעי תלתא אלא כדפריש בינו לבין עצמו שפיר דמי], ואילו בתוס' פסחים דכתבו בביטול שהוא משום הפקר הא דסגי בינו לבינו הוא משום דהוי נחא ליה, ולא כתבו משום דהוי מטלטלין, ודלא כחות יאיר דבשאר הפקר לכ"ע נסתלק בעלים ממנו מיד. [כקצות כן מבואר בדרישה בשם הרא"ש, אולם המחנה אפרים (זכיה מהפקר סי' ח) כתב דמבואר בר"ן שתקנו כן רק בשדות "וכן נראה קצת מדברי הרמב"ם.. שכתב האי דינא גבי מפקיר את שדהו"].

הקצות (א) בסע' ב ציין בקצרה שנו"כ דהרמב"ם (נדריס ב,יד) ציינו לגמרא הנ"ל (נדריס מ"ה) כמקור לדבריו שהפקר הוא כנדר ואינו יכול לחזור בו [וז"ל הרדב"ז "תניא המפקיר את שדהו כל שלשה ימים יכול לחזור בו מכאן ואילך אין יכול לחזור בו ואקשינן עלה אי הכי מיום ראשון נמי ליהוי הפקר אמר רבא מפני הרמאין דמפקירין והדרין בהון כלומר דבעו לאפקועי שדותיהם מתרומה ומעשר ואפקרי להו ואי אמרת דלאלתר הוי הפקר ופטור מן המעשר הדרי ומחזקי בהו ואדהכי עד שלשה ימים לא הוי הפקר לגבי איהו דסברי מתוך כך אתי ומחזיק ביה והוי ידידה וממנעי ולא מפקרי, וכתבו המפרשים דאע"ג דהאי תירוצא אליבא דר' יוסי נאמר לחכמים נמי צריכין ליה הילכך למדנו דמן התורה מיד הוי הפקר וזהו שכתב רבינו סתם שאסור לחזור בו. ונפקא מינה שאם בא והחזיק בהפקר זכה בו שהרי הבעלים היה אסור להם לחזור"]. הקצות כתב אזה דאנחנו לא נדע משם ראייה לזה אלא להא שכתב הרמב"ם ואפילו זה שהפקיר דינו בו כדין כל אדם, אבל במה שכתב הרמב"ם דהפקר הוא כנדר ואסור לחזור בו לא נמצא שם מזה (עיין לעיל).

סעיף י

האם יש חילוק בין הפקר סתם להפקר לזמן?

מתי יכול לחזור מהפקר גם אחרי שלשה ימים?

ע"פ מימרא דעולא **נדריס מד**. פסק בשו"ע "האומר שדה זו מופקרת ליום אחד, לחדש אחד, לשנה אחת, לשבוע (שמיטה) אחד, עד שלא זכה בה הוא או אחר יכול לחזור בו, ומשזכה בה, בין הוא בין אחר, אינו יכול לחזור בו".

כתב **הסמ"ע** (יד) דזה שלא הפקירו "הפקר גמור אלא לזמן", אפילו לזמן ארוך לשבוע, כיון דלא הפקירו עולמית דינו דאפילו לאחר ג' ימים משעה שהפקירו יכול לחזור בו, וחייב במעשר אפילו קודם שחזר בו וכנ"ל בסע' ט' כל זמן שלא זכה בו זכיה גמורה בתורת הפקר הוא או אחר, וכ"כ הרא"ש ע"פ הגמ' מילתא בטעמא "כיון שאין דרכן של בני אדם להפקיר לזמן וזה שינה לכך אמרו חז"ל דלא ליהוי הפקר לאפקועי ממעשר עד דאתי לרשות זוכה", ומיהו כשזכה בו הוי הפקר אף על גב דהוא לזמן, דילפינן משמיטה דהוא ג"כ לא הוה הפקר אלא שנה אחת.

סעיף יא

הבטח בהפקר האם קונה?

ע"פ לישינא בתרא דרבא **בב"ק קיח**. דהבטח בהפקר לא קני וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "דבר המופקר שבא אחד ושמרו **והיה מביט בו** שלא יטלנו אדם, לא זכה עד שיגביהנו אם הוא מטלטל, או יחזיק בקרקע כדרך שקונים הלקוחות", ופירש **הסמ"ע** (טז) דהגבהה קני אם הוא טלטל שאפשר להגביה, ואם אין יכול להגביה קנייתו היא במשיכה וכסימן קצח/א והיא דעת הרמב"ם, ודעת הטור והרמ"א דאף שאפשר להגביה אם אין דרכו להגביה קנה גם במשיכה, ואם הגביה דבר שאין דרכו להגביה קנה לכ"ע.

כתב **רע"א** ע"פ חד תירוצא תוס' בב"ק כ"ט דאפילו אם להגבהה בעי ג' טפחים מ"מ בהפקר סגי הגבהה טפח.

סעיף יב

כתב **השו"ע** ע"פ **הרמב"ם** "המדברות והימים והנהרות והנחלים", כל שבהם הפקר וכל הקודם בהם זכה, כגון העשבים והעצים והפירות של אילנות של יער וכיוצא בהם" וכתב ה"ה דזה פשוט ומבואר בהרבה מקומות בגמ' ומהן בב"ק פ"א.

כתב **רע"א** ע"פ תוס' חולין קל"ט דאווזין ותרנגולים שאבדו והלכו להם הוי הפקר.

סעיפים יג – יד

פסק **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** (באה"ג) "**הצד דגים מהימים ומנהרות** או שצד עופות או מיני חיות, הואיל ואין להם בעלים זכה (פשוט, ה"ה), ובלבד שלא יצוד בשדה חבירו ואם צד שם, קנה (לפי שהוא חצר שאינה משתמרת ובעיני עומד בתוך שדהו וכמ"ש בסעי' י"ד ומ"מ לכתחלה לא יצוד שם שאין לו רשות ליכנס בתוך של חבירו שלא מדעתו, ה"ה), ואם היו הדגים בביבירין של בעלים, וכן חיה ועוף שבביבירים, אע"פ שהוא ביבר גדול והוא מחוסר צידה הרי זה של בעל הביבירים, והצד משם הרי זה גזלן (דהביבר הוא חצר המשתמרת זכו בו בעלים וכיוצא בזה אמרינן גבי שלוח הקן בחולין קמ"א דכל היכא דבאו לחצר המשתמרת חצרו קונה לו אפילו שלא מדעתו וק"ו הוא מן הכללי שיתבאר בסמוך, ה"ה). הלוקח דגים מתוך מצודתו של חבירו כשהיא בתוך הים, או שלקח חיה ממצודתו כשהיא פרוסה במדבר, הרי זה אסור מדברי סופרים (משנה גיטין נ"ט וכדמוקי לה שם בגמ' בדף ס"א בלחי וקורה ופירש רש"י מצודות ומכשולים שנותנים חוט ארוך בנהר וחורזים בו מחטים על פני כולם ופסק כת"ק דאינו יוצא בדיינים, וביאר **הסמ"ע** דהיינו כשאין להן תוך דלאו שם כלי עליו ואפ"ה אסור הוא מדרבנן ליקחנו ממנו), ואם היה המצודה כלי ולקח מתוך המצודה, ה"ז גזלן (פשוט שם בגמ'). (יד) הפורס מצודה בשדה חבירו וצד בה חיה או עוף, אע"פ שאין לו רשות לעשות דבר זה, קנה (גר"א: הרמב"ם לשיטתו דדווקא ברץ ומגיעו). ואם היה עומד בעל השדה בתוך שדהו ואמר זכתה לי שדי קנה בעל השדה ואין לבעל המצודה כלום (ה"ה: כיון שהוא עומד בתוך שדהו זכה בו לפי שזה שפרס מצודה בשדה חבירו שלא ברשות לא תקנו חכמים שיהיה בהן גזל מפני דרכי שלום וכו') ואפילו יש למצודה תוך קנה בעל הקרקע אם היא חצר המשתמרת) {וה"ה אם החצר משתמר, אע"פ שלא עמד בצד שדהו (טור)}."

כתב **הסמ"ע** (כב) עמשי"כ המחבר (יד) שאמר בעל השדה זכתה לי שדי, דבסימן רס"ח כתב הטור דאם היה צבי שבור או שעמד בקרוב אצלו שיכול להגיעו בעודו בתוך שדהו, אזי הוא כנשאר בתוכו וקנהו לו שדהו ואפילו לא אמר תזכה לי שדה שלי, והרמב"ם ס"ל דגם שם הדין דבעי אמירה תזכה לי שדה שלי אבל מודה לטור דבעינן שם שיהא הצבי שבור או עומד בקרוב לו, וכאן סתם ולא חילק בזה, והיינו טעמא, משום דכתב הרב המגיד דהרמב"ם ס"ל דשאני הכא כיון שנתפס במצודה המצודה עשאתהו כצבי שבור דאינו יכול לרוץ, ואפשר דמשו"ה לא כתב הרמ"א כאן אדברי המחבר ד"א דלא בעינן שיאמר זכתה לי שדי משום דאירי כאן באין יכול להגיע, "והיותר נ"ל דס"ל לרמ"א דבצבי שבור אפילו יכול להגיעו קי"ל כרמב"ם דבעינן שיאמר זכתה לי שדי ודוקא בהפקר דכלים וטלית ס"ל דקי"ל כרא"ש דלא בעינן לאומרו, וכ"כ נ"י וכ"כ בסמ"ע בסימן רס"ח.

כתב **הקצות** (ד) דהתוס' בקידושין נ"ט כתבו דליכא איסור דמהפך אלא בשכירות ומקח וממכר אבל במציאה והפקר לא נקרא רשע, והקשו דאמרינן בב"ב כ"א מרחיקין מצודת הדג כמלא ריצת הדג אעפ"י שהוא הפקר וכתבו בשם רבינו מאיר אביו של ר"ת דמירי בדג מת שכן דרך הדייגים לשים במצודה דג מת והדגים מתאספים שם סביב אותו הדג, וכיון שזה פורס מצודתו תחלה וע"י מעשה שעשה זה מתאספים שם סביב אותו הדג ודאי אם היה חבירו פורש הוי כאילו גזל לו ויוכל לומר לו תוכל לעשות כן במקום אחר, והקצות כתב לחלוק דכה"ג הוי ליה גזל גמור ומוציאין ממנו בדיינים ומשום דכל כה"ג קנה הראשון קנין גמור במשיכה דהו"ל אזלי מחמתיה, וכמ"ש תוס' בקידושין כ"ו בהא דפריך פיל לר' שמעון במה יקנה ומשני בחבילי זמורה ופירשו בשם הרב ר' משולם דלהכי נקט חבילי זמורה שהוא מאכל פיל ומגביהין חבילי זמורה למעלה והוא קופץ ומגביה עצמו מן הארץ ואוכלו, וחשיב הגבהה בהכי דכה"ג אשכחן סוף פרק שלוח הקן כי היכי דליגבינהו וליקנינהו וה"נ הדגים המה מגביהין עצמן ובאין סביב הדג המת וחשיב הגבהה בהכי, ועוד כתב דלא מיבעיא אם הים הוא סימטא, דקונה שאין לך משיכה גדולה מזו, אלא אפילו אם הים הוא רשות הרבים קני לה כיון דהוא מתורת הגבהה וכדכתבו תוס' גבי פיל שמגביה עצמו מהארץ, וה"נ הדגים מגביהין עצמן והגבהה קונה בכל מקום ואפילו ברשות מוכר, ועוד האריך להוכיח דין זה גם מהא דעני המנקף בראש הזית דגיטין נ"ט דאינו אלא מפני דרכי שלום והקשו התוס' והא הו"ל הגבהה מכחו, אכן הביא דהרשב"א חולק על התוס' דאם אינו מגביה ממש כיון שעומד באויר חצירו של מוכר היכי קונה לה לוקח והא קי"ל דאויר חצירו כחצרו וכל שסופו לנוח כנח על גבי קרקע חשבינן ליה, אך פסק הקצות כאמור כתוס', והעלה בפורש מצודה כיון שהדגים מגביהין עצמן ליקח הדג מת המונח במצודה הוי

גזל גמור, דהגבהה מכחו הוי קנין גמור אפילו ברה"ר ואפילו ברשות מוכר. **הנתיבות (ג) חלק על הקצות דלא שייך בזה גזל גמור** דדוקא בפיל שמגביה עצמו לאכול החבילי זמורות בשעה שמחזיק החבילי זמורות דאז הוי כמוגבה מכחו, משא"כ כשתלה חבילי זמורות על כלונס והלך משם ואח"כ בא פיל של הפקר והגביה עצמו ואכל, או שהניח דבר מאכל ובאה בהמה מההפקר ואכלה שיהיה זה נקרא משיכה, ודאי דלא קנהו, דבעינן דוקא שיהיה קורא לה והיא באה, שעשה מעשה בשעת משיכה והגבהה, אבל זה לא נקרא רק גורם לבד כיון שלא עשה מעשה בשעת קנין.

עוד כתב **הקצות (ה) דביאר הרב המגיד דלפי שזה שפרס מצודה בשדה חבירו שלא ברשות לא תיקנו חכמים שיהיה בהם גזל מפני דרכי שלום** שהרי אמרו בגיטין ס' דבמצודה שיש להם תוך הלוקח משם הוא גזלן, ואי ברשות חבירו ודאי כליו של אדם ברשות חבירו לא קנה, וקל וחומר מכליו של לוקח ברשות מוכר שאעפ"י שיש שם דעת אחרת מקנה דלא קנה, אלא ודאי בפורס שלא ברשות אפילו יש למצודה תוך קנה בעל הקרקע אם הוא חצר המשתמר, ואם אינו משתמר בעומד תוך שדהו ואמר זכתה לי שדי קנה [ובלח"מ תמה דכי היכי דק"ל כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה לוקח, ה"נ ק"ל דכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה לוקח וא"כ כי היכי דהרב המגיד דן ק"ו לשלא יזכה בעל המצודה, ג"כ נדון ק"ו לשלא יזכה בעל השדה, ונאמר מה התם דעת אחרת מקנה אותן לא קני רשותו ללוקח משום דמפסיק כליו של מוכר, כאן דליכא דעת אחרת מקנה אינו דין שלא תקנה רשותו לבעל השדה כיון דהמצודה שיש לו תוך שהוא כלי מפסיק, והקצות ביאר דכליו לא מיקרי אלא היכא שיש לו רשות להניח שם כליו וכדמוכח מתוס' ב"ב פ"ה וכה"ג נמי כליו של מוכר ברשות לוקח, משום דהמוכר מכניס כליו ללוקח ברשות לוקח מש"ה מספקא להו בש"ס אי קנה לוקח משום שכליו של מוכר המה מפסיקין ומיבעי להו אם מתבטל הכלי אצל הרשות או לא, אבל הכא בפורס מצודה שלא ברשות בעל השדה לא מיקרי כליו להפסקה כלל וקונה בעל השדה, ומש"כ המ"מ לדון ק"ו מכליו של לוקח ברשות מוכר שאעפ"י שיש שם דעת אחרת מקנה, בתרתי הוי ק"ו דכליו של לוקח אינו אלא כשהניח ברשות מוכר וגם איכא דעת אחרת מקנה, ומכל שכן פורס שלא ברשות דלא מיקרי כליו כלל גם ליכא דעת אחרת מקנה, אבל בעל השדה שפיר קונה דלא מיקרי כליו להפסקה כיון שמכניס שם בשדה שלא ברשות לא מפסיק כלל], דכלים אינן מבטלין הרשות כשאין לו רשות להניח שם וקנה בעל החצר. **הנתיבות (ג) חלק דהא מ"מ אין הדבר מונח אלא באויר שאין סופו לנוח על גבי קרקע כיון שהכלי מפסיק ולא קנה, ומוכח בב"מ ק"ב דאם העמיד כלי ברשות חבירו לקבל דבר הפקר דאין אויר חצירו קונה משום דמפסיק כלי ולכן י"ל דדין זה דפורס מצודה שיש לה תוך וניצוד הוא כולו בתוך הכלי הוא מחלוקת הפוסקים, דלרש"י ותוס' שם בעל הכלי קונה ולרמב"ם בעל החצר קונה (דפירש הסוגיה שם אחרת), ואפשר שגם רש"י ותוס' שם מודים כאן, דהתם אין בעל החצר כאן משא"כ הכא דמיירי שבעל השדה כאן ועומד בצידו ויכול לסלק הכלי, לא חשיב הפסק כלי.**

סעיף טו

האם יש קנין בספינה?

האם יש קנין חצר בספינה?

ע"פ **ב"מ ט: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע** "דגים שקפצו לתוך הספינה קנה בעל הספינה, שזו כחצר המשתמרת היא ואינה חצר המהלכת (שנתבאר בסימן רב/ג שחצר מהלכת אינה קונה), שהמים הם שמוליכין אותה ואינה הולכת מחמת עצמה".

סעיף טז

ע"פ **משנה גיטין נט: ובריייתא סא. פסק בשו"ע כלשון הטור** "עני המנקף בראש האילן ומשיר פירותיה ונפלו לארץ (באה"ג: כוונת הטור כתוס' שתולשן בידו ומפילן אע"פ שלא נתעכבו בידו ולא אחז בהן אלא להפילן) אם באו לידי העני קודם שנפלו לארץ קנאם ואם נטלן אחר אחר שנפלו לארץ מוציאין מידו, אבל אם לא באו לידי מתחלה אין בהם משום גזל להוציאם מיד הנוטל אבל לכתחלה אסור לו ליטלם (משום דרכי שלום)".

ביאר הסמ"ע (כד) שאם תופס ביד אחת בפירי וביד השניה חותך, ואחר שחתכו משיר פירותיה ליפול בארץ ואח"כ מקבצן יחד, אזי מוציאין אותן מיד אחר שבא לקחתן, ואם אינו תופס בהם בעת החיתוך אין בהן משום גזל גמור אלא משום דרכי שלום.

סעיף יז

ע"פ ב"מ קז. פסק בשו"ע "שחלים הגדלים בשדה פשתן מותר כל אדם ליטלן מפני שהם הפקר שמפסידים הפשתן, ואם הם עומדים על המצר או שהוקשו לזרע אסור".

סעיף יח

ע"פ שקלים א/ב ומו"ק ו. פסק בשו"ע "שדה שיש בו כלאים אם יש בו אחד מכ"ד ממין אחר מפקירין בית דין כל השדה".

הסיפא ע"פ מש"כ בב"י לתמוה על לשון הטור שכתב הרי הוא הפקר דמשמע דממילא הוי הפקר והתם משמע דבית דין מפקירין אותו שדה אבל ממילא לא הוי הפקר, ואילו בסמ"ע (כז) כתב דהטור ס"ל שמשעה שנתרבו עוברי עבירה שלא היו נזהרים באיסור כלאים דשדה, עשו חז"ל תקנה זו שכל שדה שימצא בה אחד מכ"ד ממין אחר תהא כל השדה הפקר.

סימן רעד - עוד יש איזה דברים של חבירו שמוותרים אף על פי שאינם הפקר

סעיף א

ע"פ ב"ב נד: כתב השו"ע "עובד כוכבים שמכר שדה לישראל, וקבל הדמים ולא כתב לו השטר, הרי הוא כהפקר וכל הקודם בהם זכה, ונתבאר בסימן קצ"ד".

כתב הרמ"א "עשרה תנאים התנה יהושע בארץ (ב"ק פא:), וכולן נוהגות אף בחוץ לארץ (ויהושע התנה בארץ לפי זמנו שהיו ישראל בארץ, סמ"ע), וכתב הרמב"ם פ"ה דהלכות נזקי ממון והטור סימן רע"ד, ולא ידעתי למה השמיטן המחבר הזה, ואולי משום שאין שכיחין, שרובם אינן רק במקום שיש לישראל שדות וכרמים, וזה אינו שכיח בגלות, והרוצה לעמוד על דיניהן יעיין בפנים".

עוד שנינו שם בב"ק פא: "והא איכא דר' יהודה דתניא רבי יהודה אומר בשעת הוצאת זבלים אדם מוציא זבלו לרה"ר וצוברו כל שלשים כדי שיהא נישוף ברגלי אדם וברגלי בהמה שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ. והא איכא דר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה דתניא רבי ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה אומר תנאי ב"ד הוא שיהא זה יורד לתוך שדה חבירו וקוצץ שוכו של חבירו להציל נחיל שלו ונותן לו דמי שוכו של חבירו ותנאי ב"ד הוא שיהא זה שופך יינו ומציל דובשנו של חבירו ונוטל דמי יינו מתוך דובשנו של חבירו ותנאי ב"ד הוא שיהא זה מפרק את עציו וטוען פשתנו של חבירו ונוטל דמי עציו מתוך פשתנו של חבירו שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ ביחידאי לא קאמרינן". דעת הרי"ף שאין הלכה לא כרבי יהודה ולא כרבי ישמעאל, ודעת הרא"ש דכן הלכה כמותם, והרמב"ם בפרק ה' מהלכות נזקי ממון כתב תקנות שתיקן יהושע והשמיט לדרכי יהודה ודרבי ישמעאל ובפרק ו' מהלכות גזילה פסק בהדיא דלא כרבי ישמעאל ובפרק י"ג מהלכות נזקי ממון פסקה לדרכי יהודה, וכתב הב"י דנראה שדעתו כרי"ף ומ"מ מדחזינן בב"ק ל' דמהדרי אמוראי בתראי לאוקמי מתניתין כרבי יהודה הלכה כוותיה, ומיהו במאי דקאמר שהוא מתקנת יהושע לית הלכתא כוותיה אלא כסתם ברייתא דב"ק פ"א. ז"ל הרמ"א "מי שהיה לו נחיל של דבורים ויצאו וישבו על אילן של חבירו, י"א דיכול לקוץ ענף כדי להציל נחילו ונותן דמי ענף לבעל האילן (רא"ש), ויש חולקין (רי"ף, וכ"פ בש"ל, ש"ך)", וכתב הסמ"ע (ג) דהרמ"א לא הזכיר דין דרבי יהודה משום דסמך על פסיקת המחבר כרבי יהודה בסימן תיד/ב.

סימן ערה – דין הזוכה בנכסי עובד כוכבים שנתגייר ומת בלא יורשין

סעיף א

גר שמת והניח בן שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה, האם הוא יורשו?

ע"פ **ב"ב קמט**. בעובדא דאיסור גיורא (וכן פשוט בעוד מקומות, ב"י) כתב **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** **גר שמת** ולא הניח בן שהורתו ולידתו בקדושה, אע"פ שיש לו בנים שהורתם שלא בקדושה ולידתם בקדושה, כל נכסיו הפקר וכל הקודם בהם זכה".

כתב **הסמ"ע** (א) בשם **הג' מרדכי** (**בדרכ"מ**) שעבד כנעני שמת ולא ציוה בשעת פטירתו והפקיד כל אשר לו אצל אחד, והנפקד לא ביקש לזכות בו, ובאים אחרים לתבוע אותו איך שיש להן זכות באותו ממון, הדין עמהם וגובים ע"פ השבועה והמותר הוא להקדש.

סעיף ב

ע"פ תשובת **הרא"ש** פסק **בשו"ע** **גר שמת** ובזבזו ישראל כל נכסיו, אין הזוכים בנכסיו חייבים בקבורתו יותר משאר כל ישראל, דמיד כשמת הגר הופקרו נכסיו, ושעבד קבורתו לא מצינו שיהא מוטל על נכסיו, דמחיים לא חל שעבוד זה, שאם בא בעל חוב ונטל נכסי המת [לאחר מותו] בחובו אינו מחויב לקבורו, **טור** ו**סמ"ע** (ב), ובש"ך (א) כתב דבב"ח לא פסק כרא"ש, ואין דבריו מוכרחים.

סעיפים ג – ד. ז

מה הדין בשדה הפקר ורפק בה פורתא האם קנה כל השדה או לא?

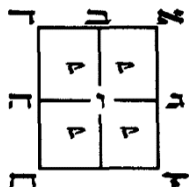
ב"ב נד. "איתמר שדה המסויימת במצריה אמר רב הונא אמר רב כיון שהכיש בה מכוש אחד קנה כולה ושמואל אמר לא קנה אלא מקום מכושו, ושאינה מסויימת במצריה עד כמה אמר רב פפא כד אזיל תיירא דתורי והדר" והלכתא כרב דהא רב נחמן עבד עובדא כוותיה, **רי"ף** **רמב"ם** ו**רא"ש**, וז"ל **השו"ע** (ג) "שדה המסויימת במצריה, כיון שהכיש (פי' רש"י כיון שחפר בה בהכאה אחת) מכוש אחד קנה את כולה, ואם אינה מסויימת במצריה, קונה ממנה באותו מכוש כדי שילך הצמד בשעת חרישה ויחזור" ולא את השדה כולה – **כתוס' רמב"ם** ו**רמב"ן** ועוד, **דלא כרשב"ם** שפירש דבשתי שורות על פני כל השדה משפתו אל שפתו ממזרח אל מערב קנה כל השדה.

ב"ב נה. "אמר רב אסי א"ר יוחנן **המצר והחצב מפסיקין בנכסי הגר**.. (נו.) אין שם מצר ולא חצב מאי פירש רבי מרינוס משמו כל שנקראת על שמו היכי דמי אמר רב דקרו ליה ביה גרגותא דפלניא". **הרא"ש** הביא י"מ דקאי אפאה ואטומאה אבל אנכסי הגר לא קאי דהא אמרינן לעיל כד אזיל תיירא דתורי והדר וי"ל דקאי שפיר אקנייה דנכסי הגר ולעיל מיירי בשדה בית הבעל והכא מיירי בשדה בית השלחין מדקאמר דקרו לה גרגותא דפלניא וסיים ד"כ סברת רב אלפס מדהביא זה לפסק הלכה וכן ההיא דלעיל ופירושא קמא עיקר כדמוכח בתוספתא דטהרות" (וכ"ד ה"ה בשם **הרשב"א**), וכתב **הב"י** דלרא"ש והטור אין פירושא קמא עיקר לדחות פירוש שני אלא היינו לומר דאף פירושא קמא עיקר, וכ"ד **הרמב"ן** ו**ר"ח** דההיא דלעיל (סעי' ג) בשדה בית הבעל והא דהכא בשדה בית השלחין, ואילו **הרמב"ם** סתם (וכדלקמן לשון המחבר) ופירש **ה"ה** דס"ל דלא אמרו כד אזיל תיירא דתורי והדר אלא כשקנה במכוש אחד ושם אינו קונה אלא זה השיעור אבל כאן הוא כשהחזיק בחזקה אחרת וזהו שכתב והחזיק במקצת הבקעה ואין מכוש אחד חזקה לקצתה. ² **הב"י** כתב "ולי נראה דאפשר עוד לחלק דהא דרבי מרינוס בשנתכוין לקנות את כולה וכמבואר בדברי הרמב"ם וההיא דלעיל בשנתכוין לקנות סתם ולא פירש שכוונתו לקנות את כולה". ³ **הסמ"ע** (ט) כתב דלפי הטור שאני לרמב"ם בין נקראו ע"ש הגר דאז קנה כולם, ובין לא נקראו ע"ש הגר דלא קנה אלא כדי שיהלך הצמד ויחזור, והוכיח (יא) דהרמ"א ס"ל כפירוש זה ולא כפירושים האחרים.

וז"ל **השו"ע** (ד) כלשון **הרמב"ם** "המצר (כמו במשעול הכרמים שעוברים בו בני אדם משדה לשדה, ערוך) והחצב (נגזר מן 'לחצוב להם בורות', כלומר עשב ואילן ששרשיו חוצבין ויורדים בארץ אמות הרבה) שמתחמן (פי' מגבילים תרגום והגבלת 'ותתחם') בו תחומים, מפסיקין בנכסי הגר, וכל

המחזיק בשדה לא קנה אלא עד המצר או החצב... (ז) בקעה גדולה שיש בה שדות רבות, וכולם של גר אחד ולא היה ביניהם לא מצר ולא חצב ולא דבר מדברים המפסיקים, ובא אחד והחזיק במקצת הבקעה לקנות את כולה, כל הנקרא על שם אותו הגר, קונה אותו (וי"א (רשב"א ורא"ש פירוש ב') דוקא בשדה בית השלחין (בהן דוקא אמרינן דבמכוש אחד קנה כולה כשנקראים ע"ש הגר, סמ"ע), אבל בשדה בית הבעל אם פירש לקנות כולן קנה כולן אבל אם החזיק סתם ולא פירש לקנות כולן, לא קנה אלא ממקום שהחזיק מענה לארכו ולרחבו (וכסע' ג), ואם הוא שדה שיש לו מצר, קנה כל מה שבמצר}."

כתב הסמ"ע (יב) דפירוש הענין בהגהת הרמ"א 'אלא ממקום שהחזיק' וכו' לפי הטור היינו דוקא כשעשה המכוש בקצה גבול שדה הגר, אבל כשעשה המכוש באמצע הגבול אז קנה מלא מענה לימינו ומלא מענה לשמאלו ומלא מענה לפניו, ואם ניכש באמצע השדה קנה ר' על ר', ולפי שרטוט זה – ר"ל דאם ניכש במקום שרשום א' קנה במרובע עד מקום שרשום ב' ג' ו', ואם ניכש במקום שרשום ב' קנה במקום שרשום א' ד' ג' ה', ואם ניכש במקום שרשום ו' קנה כל הציור.



[האם ניתן לקנות בהפקר נכסי הגר ע"י אגב?]

כתב הקצות (א) דבנכסי הגר והיו בתוכם מטלטלין דהפקר נמי נקנה בתורת אגב, ולא אמרינן דלא מהני אגב אלא בדעת אחרת מקנה אותו ומעצמו אינו זוכה בתורת אגב ונ"מ היכא דלית ביה תורת חצר כגון שאינו משתמר ולא אמר זכתה לי שדי עיי"ש שהאריך בזה, וכתב דאמנם חלוקין הם נכסי הפקר מנכסי מתנה בזה דבנכסי מתנה קי"ל דאגב לא בעי צבורין, אבל בנכסי הפקר ודאי בעי צבורין, ואם אחד מחזיק בנכסי הגר וירצה לקנות אגב כל המציאות שבעולם ודאי לא מהני, והטעם, דבתורת אגב כיון דצריך לומר הנותן קני אגב קרקע א"כ בנכסי הפקר לא שייך זה, ואפילו יאמר המחזיק בקרקע אני רוצה לקנות אגבו לא מהני זיל קני אלא היכא דאיכא דעת אחרת מקנה, אלא דהיכא דצבורין בתוכו דאינו צריך לומר קני אגב קרקע עיי"ש שהאריך בדיני אגב ודעת אחרת מקנה, וכן בטובת הנאה ממון דיש לו בעלים שפיר מהני בהו חצר ודעת אחרת מקנה כמו בהפקר (אף דקיי"ל דטובת הנאה אינה ממון, והאריך בזה לבאר עובדא דרבן גמליאל וזקנים), ובנתיבות (א) חלק על יסוד הדברים דכיון דאגב קרקע נלמד מקרא דויתן להם ערים מצורות, ושם היתה דעת אחרת מקנה א"כ אין לך בו אלא חידושו, ולא מצינו אגב קרקע בקרא רק בדעת אחרת מקנה אותו וא"כ לא אמרינן אגב בהפקר ומה שהוכיח הקצות מהרשב"א גבי המחזיק בשטרות דהמחזיק בקרקע הגר קנה השטר דשטר אפסרא דארעא הוא, ליתא, דשטר אפסרא דארעא הוא עדיף, דהוי כאילו הוא מחובר בקרקע ונקנה עם הקרקע, וכתב הפת"ש דכ"כ בפשיטות הנו"ב ואילו בבאר יצחק פסק כדברי הקצות.

סעיפים ה – ו

ע"פ שם נה. – נו: ומסקנת הגמ' (ראה באה"ג) וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "כל המפסיק לפאה מפסיק בנכסי הגר, כיצד, היה שם נחל או אמת המים, לא קנה אלא עד הנחל או עד האמה, וכל המפסיק [ברשויות שבת] מפסיק בנכסי הגר, כגון שהיה בין שתי השדות רשות היחיד או כרמלית, אפילו היה ביניהם רשות שחולק לגיטין, מפסיק. (ו) כל דבר המפסיק לטומאה מפסיק בנכסי הגר, כיצד, כגון שנכנס אדם לבקעה זו וטומאה בבקעה בצדה האחר, ואינו יודע אם הגיע למקום הטומאה אם לאו, כל מקום שמחזיקים אותה לטומאה הרי הוא כמקום אחר מוחלק בפני עצמו (ה"ה יישב קושיית הראב"ד וביאר כיצד למד הרמב"ם, סמ"ע).".

סעיפים ח – י

שתי שדות של הפקר ומצר אחד ביניהן ובא אחד והחזיק באחת מהן לקנות אותה ואת המצר ואת השניה, האם הוא קונה את המצר והשדה השניה או לא, ומה הדין אם בא אחר כך איש אחר והחזיק בשדה שניה אם מעמידין השדה בידי השני?

ע"פ ב"ב נג. – נג: פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם "שתי שדות בנכסי הגר ומצר אחד ביניהם, החזיק באחד מהם לקנותה, קנאה. החזיק בה לקנותה ולקנות את חבירתה, זו שהחזיק בה קנה, אבל

חבירתה לא קנה (היינו דוקא בנכסי הגר דאין דעת אחרת מקנה אותו אבל בנותן קרקעות אפילו הן בעשר מדינות נתבאר בסימן קצ"ב דקיי"ל החזיק באחת מהן קנה כולן לדעת הרמב"ם ולדעת הרא"ש דוקא אם פירש בו דבחזקה דאחת מהן יקנה את כולן, ה"ה וסמ"ע). החזיק בה כדי לקנות חבירתה, לא קנה אחת מהן, חבירתה מפני שלא החזיק בה, ואותה מפני שלא החזיק בה כדי לקנותה. (ט) החזיק בה לקנותה ולקנות את חבירתה ואת המצר שביניהם, או שהחזיק במצר לקנות את שתיהן, הרי זה ספק (בעיא דרבי זירא וסלקא בתיקו), (רמב"ם ורא"ש -) ואם בא אחר והחזיק בה כדי לקנותה, זכה האחרון (כיון שחזקת הראשון מסופק מעמידין אותה בחזקת זה האחרון שחזקתו ברורה, ה"ה). (י) וכן שני בתים זה לפניו מזה, שהחזיק באחד מהם לקנותו ולקנות את השני, לא קנה אלא זה שהחזיק בו בלבד, החזיק באחד מהם כדי לקנות את השני, אף זה שהחזיק בו לא קנה } וי"א (גירסת הרשב"ם והרא"ש) דאם החזיק בפנימי כדי לקנותו עם החיצון קנה שניהם (דוקא בשני בתים שהן זה לפניו מזה והוא החזיק בפנימי, שחיצון משועבד לדריסת הרגל של הפנימי, משו"ה נקנה גם החיצון על ידו, משא"כ כשאין לפניו מזה או בשתי שדות, סמ"ע) (כ"י: הלכה כרי"ף והרמב"ם דכל כה"ג הקדמונים היו בקיאים יותר בגירסאות וכוותיהו נקטינן) }.

סעיף יא

גר שמת והיה לו שטר על שדה, ובא אחד והחזיק בשטר כדי לקנות את השדה, האם זכה

בשדה?

המחזיק בשטר כדי לקנות קרקע מנכסי הגר, ומת הגר בלא יורשים, האם קנה?

ב"ק מט: "בעי מיניה רב ייבא סבא מר"נ המחזיק בשטרותיו של גר מהו מאן דמחזיק בשטרא אדעתיה דארעא הוא דמחזיק, ובארעא הא לא אחזיק, ושטרא נמי לא קנה דלאו דעתיה אשטרא או דלמא דעתיה נמי אשטרא א"ל עני מורי וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך א"ל לצור ולצור", וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "המחזיק בשטר מנכסי הגר (כגון שהיה לגר שטר ראייה מקניית קרקע או מתנה, ה"ה) כדי לקנות הקרקע הכתובה באותו שטר לא קנה אלא שטר בלבד לצור על פי צלוחיתו".

הש"ך (ג) חלק על הרמב"ם דמשמע בגמ' דהוי בעיא דלא איפשטא ומדוע כתב בפשיטות דקנה הנייר ועוד דמשמע דדוקא במחזיק בסתם אבל במחזיק כדי לקנות הקרקע פשיטא דלא קנה הנייר, וכתב דצ"ל דהיתה לרמב"ם גירסה אחרת שבה נוספו המלים 'אפילו דעתיה אארעא נמי' וכתב דאין לתמוה שהיו הגירסאות מתחלפות כ"כ שכיוצא בזה במקומות אחרים, אך המשיך דיותר נראה לומר דקשיא ליה לרמב"ם מאי קמבעיא ליה בגמ' אי דעתיה אשטרא או לא הא אפילו לא הוי דעתיה אשטרא קני דלא גרע מחצרו של אדם דקיי"ל כר' יוסי בר חנינא דקונה לו שלא מדעתו ועוד קשיא ליה למה השמיטה הרי"ף האיבעיא זו אלא דלמד דאין קי"ל כריב"ח וא"כ לא שייך כלל בעיא זו דאפילו לא הוה דעתיה אשטרא ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו וא"כ לא שייכא כלל בעיא זו, וזה דלא כרש"ל שכתב שהרי"ף והרא"ש לא הביאו דין זה הואיל ואינו שכח, מיהו אכן בהג' אשרי ובבעה"ת כתב דהוי בעיא דלא איפשטא וצ"ע.

עוד כתב **הש"ך (ד)** דכתבו ה"ה ורי"ו כרמב"ם דמייירי בשטר מכר או מתנה וכ"כ בבעה"ת דלאו במחזיק בשטרי חובותיו קא שאיל דהתם פשיטא דפקיעי, וביאר הש"ך שהזקיקם לזה ממאי דקאמר בש"ס ובארעא הא לא אחזיק, דאי בשט"ח אפילו אחזיק בארעי נמי לא קנה דלא גרע ממשכון דמטלטלין דלקמן סע' כ"ז ועוד דפשוט דלא מבעיא ליה דילמא הוא עם הארץ וטועה בדין דלהא לא חיישינן אלא מבעיא ליה בשטר מכר דדעתיה אארעי ורוצה להחזיק אח"כ בארעא הלכך אי בשט"ח היאך אפשר שיהא דעתו אארעא הא מיד שמת הגר פקע שעבודיה וזכה בעל הקרקע בקרקע שלו וכמ"ש הבעה"ת שזה פירש למיתה וזה לחיים, ולפ"ז בשטר מכר אם החזיק אח"כ בארעא קודם שהחזיק בה אחר זכה גם בשטר, וזה ברור, ואע"פ שרש"י והג' אשרי פירשוהו בשט"ח, מ"מ נראה עיקר כרמב"ם וסיעתו, ומ"מ לענין דינא בקרקע עצמה פשיטא דלא פליגי ובין בשטר מכר ובין בשטר שעבוד לא קנה הקרקע לכ"ע לרמב"ם ולרש"י.

סעיפים יב - יד. כב

הזכר כל ההבדלים בין חזקה של מוכר וקונה לבין מחזיק בנכסי הגר. (גם לקמן)

ראה בית הפקר או של גר שמת, וסייד בו קטע האם קנה הבית?

פסק השו"ע (יב) כלשון הרמב"ם "נכסי גר שאין לו יורשים, ונכסי ההפקר, ושדה שמכרה העובד כוכבים לישראל ועדיין לא החזיק בה, כולם דינם שוה, כל המחזיק בהם בדרך מדרכי החזקה שנתבאר בהלכות מכירה קנה (ה"ה): פשוט ונתבאר במשנה דב"ב מ"ב דנעל גדר וכו' הוי חזקה בנכסי הגר) - חוץ מאכילת פירות (ע"פ ב"ב נד). "ההיא איתתא דאכלה דיקלא בתפישתה י"ג שנין אתא ההוא רפיק תותיה פורתא אתא לקמיה דלוי.. אוקמיה בידה אתאי קא צווחה קמיה אמר לה מאי אעביד לך דלא אחזקת כדמחזקי אינשי", כיצד, הלוקח קרקע מחבירו והחזיק בה באכילת פירותיה קנה, כמו שנתבאר בסימן קצ"ב, אבל בנכסי גר או נכסי הפקר, אפילו אכל פירות האילן כמה שנים לא קנה לא גוף האילן ולא גוף הקרקע, עד שיעשה מעשה בגוף הארץ או יעבוד עבודה באילן } (ע"פ ב"ב נג: "אמר רב יהודה האי מאן דשדא ליפתא בי פילי דארעא דגר לא הוי חזקה מאי טעמא בעידנא דשדא לא הוי שבחא השתא דקא שבח ממילא קא שבח" -) לפיכך אם מצא שדה הגר חרושה, וזרעה ולא כיסה אחר הזריעה, וצמחה ואכלה, לא הוי חזקה", וכ"פ השו"ע (כב) "המפיץ הזרע לתוך התלמים, לא קנה, שבעת שהשליך הזרע לא השביח כלום, ובעת שצמח והשביח שבח הבא מאליו הוא ואינו קונה (סמ"ע): נקט לשון הרמב"ם, והרמ"א בסעי' יב נקט לשון הטור ואירע כן ע"י שיטפא".

[עמש"כ המחבר שדה שמכרה הגוי לישראל וכו' כתב הסמ"ע (טז) דבסי' קצ"ד ורע"ד כתבו הטוש"ע דכל זמן שלא בא שטר הקניה מיד הגוי המוכר ליד ישראל הלוקח לא סמכה דעתיה ודינו כשדה הפקר דאם קדם אחר לזכות בו קנהו ע"פ הדרכים שנתבארו בסימן קצ"ד, ודעת הרמב"ם שם דאם קדם זה שנתן דמים וזכה בה בחרישה או באחד ממניי הקניה קנאהו והטור והרמ"א בסימן קצד/ב ס"ל דאפילו זכה בה הראשון תחילה השני שבא לזכות אחריו קנאהו משום דלא סמכה דעתו דהראשון בלא שטר, אם לא שהחזיק הראשון בו קודם שנתן הדמים, והכא ג"כ סתם המחבר כדברי הרמב"ם, וכתב ועדיין לא החזיק בה, דמשמע הא אם החזיק בה זכה בה הראשון עכ"פ, והרמ"א שלא כתב אזה דבר, סמך אמש"כ התם ואליבא דהחולקין יתפרש דלא החזיק בה קודם שנתן הדמים].

לגבי אכילת הפירות כתב הסמ"ע (יז) דהמחבר סתם כרמב"ם וסיעתו בסימן קצ"ב דגבי מכירה קנה באכילת פירות, אבל הראב"ד טור ורמ"א כתבו שם דגבי מכירה לא קנה באכילת פירות או בהעמדת בהמות כי אם בדבר המהנה לקרקע, ומה שלא הגיה כאן הרמ"א צ"ל דסמך אמש"כ בסימן קצ"ב, אולם לטור אי אפשר לתרץ כן דלא הו"ל למימר הוא עצמו דבלקחת הקרקע קנה באכילת פירות, וצ"ל דמיירי הטור בטען שקנה השדה בשטר ובחזקה והאכילה דפירות אינו טוען אלא לראיה על הקניה.

ע"פ ב"ב נג: פסק השו"ע (יג) וכלשון הרמב"ם "יש דברים רבים שאם החזיק בהם הלוקח לא קנה, ואם החזיק באחת מהם בנכסי הגר או נכסי הפקר קנה, כיצד, המוציא פלטרין גדולים בנויים בנכסי הגר או בנכסי הפקר, וסייד בהם סיוד אחד או כייר בהם כיור אחד כגון אמה אחת או יותר כנגד הפתח, קנה", וביאר הסמ"ע (כ) דכיוור הוא שצייר בו צורה ליפותו, ומ"ש כנגד הפתח, פירושו בכותל העומד נגד הפתח, ואז בכניסתו יראה הייפוי דטיחת הסיד או הציור וחשיב תיקון ומעשה בגוף הבית, ומשו"ה קנה בו, אבל בסיוד וציור דלא כנגד הפתח לא סגי באמה על אמה (ומדבריו משמע דיותר מאמה מהני, וזה כרשב"ם בב"י ודלא כרמב"ם שכתב הב"י דנראה מדבריו דשלא כנגד הפתח אפילו טפי מאמה נמי לא, וכן ראיתי שכתב בשד"ח מערכת ז' עמ' אלף יז בדעת הסמ"ע, ח.פ).

לעומת זאת שנינו בב"ב נד. "אמר רב הצר צורה בנכסי הגר קנה", ופירש שם רשב"ם "הצר. צורת חיה או עוף. בנכסי הגר. בכותלי הבית אבל סיוד וכיוור דאמרן לעיל אמה כנגד הפתח לאו היינו צורת בריה אלא ציורים בעלמא מעשה פרחים אבל צורת חיה או עוף חשובה ודי באחת ולא בעינן אמה ולא כנגד הפתח", וז"ל השו"ע (יד) "הצר צורה בנכסי הגר קנה", וביאר הסמ"ע (כא) כרשב"ם הנ"ל.

סעיפים טו. כא

גר שמת ולא השאיר יורשים שהדין הוא כל הקודם זה, ובא אחד ובנה בנין על הקרקע, האם זכה בקרקע, וכן אם בא אחד וגר בבית של גר האם קנה?

אם ראובן בנה בקרקע של גר ובא שמעון והתקין בו חלונות, מי קנה?

מה הדין בשלח את השליח להציע מצעות בשדה ולשכב עליהן אם קנה המשלח השדה? (גבי ענין השליחות ראה לקמן סע' כ"ד)

ע"פ **ב"ב נג:** פסק בשו"ע (טו) כלשון הרמב"ם **"המציע מצעות** בנכסי הגר, כיון שייפה הקרקע בהצעתו, קנה (משום דהוי ככור וצר צורה שקונה בנכסי הגר, ה"ה) {ויש אומרים **(רא"ש)** דוקא ששכב על המצעות (וה"ה ישב עליהן וערך שלחן ואכל אפילו בלא מצעות, רע"א) דהואיל ונהנה מן גוף הקרקע וגם הציע אותן, קנה (אבל אם ישב בבית או מצא מצעות מוצעות ושכב עליהם לא קנה דתשמיש חשוב בעיניו, וביאר הסמ"ע דבעיניו שהקרקע תעשה מעשה בגוף הזוכה או שהזוכה יעשה תיקון מה בגוף הקרקע וכדיני עבד כנעני בסימן קצ"ו). ערך שלחן ואכל עליו, י"א דקנה **(רא"ש)**"}.

ב"ב נג: "א"ר נחמן אמר רבה בר אבון **הבונה פלטרין** גדולים בנכסי הגר ובא אחר והעמיד להן דלתות קנה מאי טעמא קמא לבני בעלמא הוא דאפיך (דכל זמן שלא העמיד מאי קא עביד מעיקרא עיילי ברווחא והשתא נמי עיילי לה ברווחא, רשב"ם)", וז"ל השו"ע (כא) כלשון הרמב"ם **"הבונה פלטרין גדולים בנכסי הגר, ובא אחד והעמיד להם דלתות, קנה האחרון, שהראשון לא עשה בגוף הארץ כלום, והרי הוא כמי שעשה גל אבנים, שאינו קונה שהרי לא הועיל בגדר זה מפני שהוא רחב ביותר ומפולש ואין צורת אותו הבנין מועלת עד שיעמיד דלתות"**.

והרמ"א האריך ע"פ הרא"ש (ב"ב ג,נט) **"וי"א דה"ה [אם] עשה הראשון דלתות ולא נעל, ובא שני ונעל, קנה שני (והא דנקט והעמיד להם דלתות אורחא דמילתא נקט דהמעמיד דלתות הוא הנועל ואם איתא דקמא העמיד הוא נמי נעל וקנה, ודלא כנשמע ברמב"ם דדוקא בהעמדת דלתות קנה כפשטא דלישנא), וי"א **(רא"ש בשם הרמ"ה)** דכל זה בבונה בעצים ואבנים שאינו שלו, כגון בעצים ואבנים של גר, ולא כיון לזכות בהן רק ע"י בנין, או שבנה ע"י פועלים, אבל אם זכה בהן, או שהיו שלו תחלה, שיוכל לומר אני אטול עצי ואבניי, הרי האחרון לא החזיק בכלום, ולכן הקרקע הפקר כמו שהיה וכל הקודם זכה (ו"הלכך אם קדם קמא ומסלק דלתות דבתרא ומוקי דלתות מדיליה, קנה, ואי לא, דינא הכי, דשקיל קמא לבנין ובתרא דלתות ידיה, וארעא הוה הפקר כדמעיקרא ומאן דמחזיק בארעא זכה")**, וי"א **(ר"י מגאש)** דאפילו בונה בשלו, השני זכה בכל (בקרקע ובבנין, דמאחר שהראשון בנה כדי לקנות הקרקע ולא קנה, וא"כ הוה הפקר והשני זכה בכל, ה"ה), והא דראשון לא קנה, בבנין שע"ג קרקע, היינו כשלא בנה בנין המועיל, אבל אם עשה בנין הראוי להעמיד בהמה או תרנגולין, או שחפר בקרקע יסודות לבנין ובנה, קנה הקרקע בבניינה, ויש חולקין **(רא"ש)** וס"ל דלא קנה בחפירת היסודות".

לגבי השאלה גבי התקין חלונות שמא ניתן לתלות במח' המחבר והרמ"א גבי דלתות, אך נראה דאולי לכ"ע לא יקנה משום שהדלתות עניינם נעילה משא"כ חלונות.

סעיפים טז – כ

ע"פ **ב"ב נז:** פסק בשו"ע (טז) **"הניר את השדה** בנכסי הגר קנה (דמתקן השדה, סמ"ע)".

ע"פ **ב"ב נז:** פסק בשו"ע (יז) **המפצל זמורות** הגפן או שדיני אילנות וכפות תמרים בנכסי הגר, אם דעתו לעבוד האילן, קנה, ואם דעתו להאכיל העצים לבהמה, לא קנה, כיצד, היה כורת מכאן ומכאן, חזקתו שנתכוין לעבודת האילן, היה כורת מרוח אחת, אינו מתכוין אלא לעצים (אפי' נתכוין להחזיק שהרי לא עשה מעשה המועיל, ה"ה ובאה"ג). (יח) וכן **המלקט עצים ואבנים** מן השדה, אם דעתו לתקן הארץ, קנה, ואם דעתו לעצים, לא קנה, כיצד, לקט הגס והדק, הרי זה בחזקת שנתכוין לתקן הארץ, לקט הגס ולא הדק, הרי זה בחזקת שנתכוון לעצים {ואפילו אמר שכיון לתקנה, לא קנה,

דבעינן שיהיו מעשיו מוכיחין (רא"ש) (יט) וכן המשוה פני הארץ, אם דעתו לתקן הארץ, קנה, ואם דעתו להשוות מקום שיעמיד בו גורן, לא קנה. כיצד, היה לוקח עפר ממקום גבוה ונותנו למקום הנמוך, הרי זה מתקן הארץ. ואם אינו מקפיד על זה, אלא משליך העפר והצרורות בכל מקום בלא הקפדה, הרי זה בחזקת שאינו מתכוין אלא להשוות מקום לדוש בו. (וכתב הטור "וכתב הרמ"ה ז"ל וה"ה נמי בלוקח דהוי דינא הכי, אבל רבינו האי כתב דלוקח קונה בכל ענין דלעולם איכא הוכחה דאדעתא למיקני עבד דאי בפניו כל זמן שעסוקים באותו ענין ודאי אדעתא למיקני עבד ואי שלא בפניו וא"ל לך חזק וקני מסתמא שליחותיה דמקנה עבד ואדעתא למיקני עבד", ובקצות ד' ע"פ מש"כ לקמן הקשה לרמ"ה דתיפוק ליה דבדעת אחרת לא בעי כוונה לקנין כלל, וי"ל דשאני הכא דצריך חזקה שיהיו מעשיו מוכיחין לתיקון הקרקע, ואם אין מעשיו מוכיחין לכך אפילו היתה הכוונה שלו לתיקון הקרקע אינו חזקה עד שיהיו מעשיו מוכיחין לתיקון הקרקע, ורב האי ס"ל דבלוקח הו"ל מעשיו מוכיחים דאי באומר בפניו כו' ואי שלא בפניו כו' אדעתא למיקני עבד א"כ הו"ל מעשיו מוכיחין) (כ) וכן הפותח מים לתוך הארץ, אם לתקן הארץ, קנה, ואם לצוד דגים, לא קנה. כיצד, עשה מקום שיכנסו בו המים בלבד, ה"ז מתכוין לתקן הארץ. עשה שני פתחים, אחד להכניס ואחד להוציא, הרי זה מתכוין לצוד דגים".

סעיף כג

ע"פ עירובין כה. פסק בשו"ע "היתה מחיצה בנכסי הגר, ובא זה ועשה מחיצה אחרת על גבה, לא קנה. ואפילו נבלעה מחיצה תחתונה והרי העליונה קיימת, שבעת שבנה לא הועיל, ובעת שהועיל, מאליו בא המעשה", וכתב הסמ"ע (לב) דשאני מטוש"ע או"ח שנח"ח גבי קרפף שלא הוקף לדירה ובנה מחיצה ע"ג ונבלעה התחתונה דמהני העליונה, דשאני מחזיק בנכסי הגר דבעינן שתהא הנאת הקרקע על ידו ניכרת וידועה.

סעיפים כד - כו

קיי"ל העודר בנכסי הגר וכסבור שלו הם לא קנה, מה הדין בעודר בנכסי הגר וכסבור שהם של גר אחר האם קנה?

העושה קנין בלא ידיעתו, בדבר שיכול לזכות בו כגון נכסי הגר או מתנה, האם קנה?

יבמות נב: "תניא אידך החולץ ליבמתו וחזר וקדשה רבי אומר אם קדשה לשום אישות צריכה הימנו גט לשום יבמות אין צריכה הימנו גט.. אמר רב יוסף מ"ט דרבי עשאוהו כעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן דלא קני, א"ל אביי מי דמי התם לא קא מכוין למיקני הכא קא מכוין למיקני הא לא דמיא אלא לעודר בנכסי גר זה וכסבור של גר אחר הוא דקני". **עירובין כה.** "ההיא איתתא דעבדה מחיצה על גבי מחיצה בנכסי הגר אתא ההוא גברא רפק בה פורתא אתא לקמיה דרב נחמן אוקמה בידיה, אתת איהי וקא צווחא קמיה אמר לה מאי איעביד לך דלא מחזקת כדמחזקי אינשי".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "המחזיק בנכסי הגר ובהפקר ואין דעתו לקנות, אף על פי שגדר ובנה, לא קנה (ה"ה: למד כן מהגמ' בדין דסע' הבא) (כה) העודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו, לא קנה. (כו) עדר בנכסי גר זה וכסבור שהיה של גר אחר, הואיל ונתכוון במעשיו אלו לזכות מההפקר ה"ז קנה".

כתב הקצות (ד) על סע' כ"ה דכל זה הוא דוקא במציאה ובנכסי הגר אבל במתנה כה"ג קנה כיון דאיכא דעת אחרת מקנה אף על גב דהמקבל לא ידע כיון שהחזיק בו זכה, ולמד כן מהראב"ד רשב"א ועוד, וכתב דזה נעלם מעיני האחרונים שכתבו בפשיטות בתשובת צמח צדק בסופו גבי הקנאת פרה לאפקועי מבכורה, שאע"פ שמשכה עכו"ם כל שלא נתכוין לקנותה בזה לא קנה כמו בעודר בנכסי הגר, דהא מבואר ברא' דכל כה"ג דאיכא דעת אחרת מקנה קונה המקבל אפילו לא נתכוון לשום קנין, וכתב דאין להקשות מדברי הרשב"א בב"י בסימן קצ"ח בהא דמסירה קונה ברשות הרבים ומשיכה דוקא בסימטא דאף על גב דמסירה בכלל משיכה, משום דכיון שמשך גלי אדעתיה במשיכה ניחא ליה דליקני במסירה לא ניחא ליה דליקני, דהיינו דוקא בלא כוונה אבל אם כיון שלא לקנות ודאי אינו קונה בעל כרחו, וכיון דגלי אדעתיה דבמסירה לא ניחא ליה דליקני אלא במשיכה אינו קונה בעל כרחו

במסירה, עיי"ש שהאריך לדון בזה וכתב דבעכו"ם אפשר לומר דלא מהני דעת אחרת מקנה כיון דאין זכיה לעכו"ם, והובא בקצרה בפת"ש (ו).

השולח שליח לעדור בנכסי הגר והתכוון על ידי עדורו של השליח לקנות השדה, והשליח לא ידע שהשדה של הפקר ולכן לא כוון לקנות השדה, האם קנה השולח את השדה על ידי מעשה השליח? ומה הדין בשלח את השליח להציע מצעות בשדה ולשכב עליהן אם קנה המשלח השדה?

כתב **הקצות** (ג) דאם עשה שליח לגדור ולבנות בנכסי הגר כדי לקנותו, אע"ג דהשליח לא ידע שהם נכסי הגר וכסבור שהוא של המשלח נמי קנה המשלח כיון דשליח של אדם כמותו והרי המשלח נתכוין לקנות וכן הוכיח מהשיטה גבי מציאה דאע"ג דלא ידע המהלך שהוא מציאה אפ"ה הוי קנה חבירו כמו המגביה מציאה לחבירו, אי לאו משום דאמר תנה לי דלא עשאו שליח אלא ליתנו לו, אבל אם אמר לו הגבה לי דבר זה והשליח לא ידע שהיא מציאה קונה המשלח בהגבהה של זה, וכן משמע בתוס' ב"מ י' בהא דאמרו אין שליח לדבר עבירה, והקשו מהא דתנן בב"ק ע"ט היה מושכו ויוצא דחייב הגנב במשיכת השומר, ותירצו כיון שאין השומר יודע שהוא גנוב והו"ל כחצר דבעל כרחו מותיב ביה ע"ש, וכיון דגנב וגזלן להתחייב באונסין צריך קנין כמו במכירה ונתינה, וזה השליח לא נתכוין לקנותו לגזילה כיון דלא ידע שהוא גנוב היכי יתחייב המשלח, אלא ודאי כיון דשליח של אדם כמותו והמשלח מתכוין לקנין סגי בכוונת המשלח, מיהו בשליחות הגט בשליח להולכה כה"ג שהשליח לא ידע שהוא גט ודאי לא מתגרשה כיון דהשליח צריך להתירה ולומר הרי את מגורשת ומותרת לכל אדם, אולם **הנתיבות** (א) חלק דמבואר ברמ"א סעיף כ"א להיפך, שכתב וז"ל "ולא כיון לזכות או שבנה ע"י פועלים" וכתב שם הסמ"ע ס"ק כ"ו דהיינו שלא נתכונו הפועלים לקנות לו כלום ונשאר הפקר. גבי שלח את השליח להציע מצעות תליא במש"כ בסעי' ט"ו.

[האם מי שאסר נכסיו על עצמו יכולים אחרים ליטול נכסיו?]

כתב **הנתיבות** (א) שבמחנ"א הביא דדעת **הרשב"א** דמי שאסר נכסיו על עצמו דיכולין אחרים ליטול, ותמה עליו **המחנ"א** דבשלמא תרומה דאין בה אלא טובת הנאה וכיון דאסרינן עליו תו לא נשאר לו שום זכות והלכך נוטלים בע"כ, משא"כ במי שאסר נכסיו, נהי דאסור ליהנות מהן, מ"מ יכול ליתן לבניו וללוות ובע"כ באין ונפרעין מהן וכמבואר בנדרים דף מ"ז, ונמצא דקנין דידיה לא פקע ואין אחרים יכולין ליטול בע"כ, והנתיבות הסכים עם הרשב"א דהא למאן דס"ל טובת הנאה ממון ממון גמור יש לו בגוף החפץ ויכול למוכרו שיהיה הטובת הנאה במה שיכול לקנות וליקח מישראל וליתן לבן בתו כהן שיהיה שייך ללוקח, ולפעמים הטובת הנאה שוה קרוב לכל דמי החפץ, ואי קידש בו אשה מקודשת כמבואר בקדושין נ"ח, אלא ודאי כיון שאסור בהנאה בנכסים אלו, ומה שנותן לבניו כתב הר"ן בנדרים דף מ"ז היינו שמראה להן מקום והן יטלו לעצמם ובגוונא דהפקר ע"ש, דאי לא תימא הכי אין לך הנאה גדולה מזו דיעכב כל אדם מליטול עד שיבוא מאן דעביד ליה ניח נפשיה ויראה לו מקום ליטלו, והרי זה כנותן מדעתו, והא דבע"כ באין ונפרעין מהן, דהפקר זה של איסור הנאה חלוק משאר הפקר, דהא לא הפקירו בפה ובהפקר צריך שיאמר בפה הרי זה הפקר, רק דכיון שכל אדם יכול ליטלו באין מוחה, אייאושי מייאש נפשיה מיניה, וכיאוש חשיב ולא כהפקר, וביאוש כתבו התוס' בב"ק ס"ו דיאוש אינו כהפקר גמור, ובהפקר קיי"ל דאף דלא אתי ליד זוכה יצא מרשותו משא"כ ביאוש בעינן דוקא דאתי ליד זוכה וכל כמה דלא אתי ליד זוכה ברשות בעלים קאי, ומשו"ה כשהבע"כ תפסו בשביל פרעון חוב ולא לזכות מהפקר, נפרע זה מחובו.

סעיף כז

ע"פ **ב"ק מט:** פסק בשו"ע "היה משכון ישראל ביד הגר, וכשמת הגר בא ישראל אחר והחזיק במשכון זה, מוציאין אותו מידו, שכיון שמת הגר בטל שעבודו, (סה"ת -) והוא הדין אם יש לו לגר שטר חוב על משכונות קרקע מוחזקת".

כתב **הסמ"ע** (לג) דשט"ח לאו דוקא אלא ה"ה שטר משכנתא ואכל ממנה פירות כדין כל משכנתא.

כתב **הש"ך** (ז) דבנ"י בשם הרא"ש תוס' וה"ה כתבו דאפילו במשכונא שלא בשעת הלוואתו, אך ליתא.

עוד כתב הש"ך (ח) דהב"ח למד בטור בשם סה"ת דהשטר מוחזק ביד אחר אבל במשכון המופקד ביד אחר זכה בו האחר, ואינו נראה, דכיון שפקע שעבודו במיתת הגר מה זכות יהיה לאחר במשכון ויותר נראה דצ"ל אם יש לו משכונא קרקע מוחזקת בידו מישראל.

סעיף כח

ע"פ פסק בשו"ע "היה משכון הגר ביד ישראל, ובא ישראל אחר והחזיק בו, לוקח ממנו הראשון כנגד מעותיו, והאחרון קונה את השאר, בד"א, כשלא היה המשכון בחצר הראשון, אבל אם היה בחצרו, חצרו קונה לו שלא מדעתו ואין לזה האחרון כלום" וכתב הרמ"א "וה"ה לפקדון של גר שביד ישראל (סה"ת), מיהו אם הוא דבר דלא הוה ליה לידע לבעל החצר, לא קנה (מרדכי) וע"ל סימן רס"ח. היה הגר חייב לישראל בשטר או בעדים (וה"ה בכת"י באופן שגובה מיורשים, ש"ך), אין שום אדם יכול להחזיק [בשעור] החוב, והמחזיק בנכסיו יש לו דין יורש, והבא לפרוע ממנו כבא ליפרע מן היורשין (העיטור, דאינו נפרע אלא בשבועה)".

כתב רע"א על מש"כ הרמ"א ע"פ העיטור דמטלטלי דמיתמי לא משתעבד אינו גובה ממנו דאולם הרב המגיד כתב דגם מטלטלין גובים ממנו, וברמב"ן כתב דאם היו המטלטלין מונחים ביד אחרים בחיי הגר בזה מיד שמת הגר זכה בהם אין בע"ח גובה ממטלטלין, אבל אם אח"כ החזיק אחר גובים.

סעיף כט

ע"פ גירסת הרי"ף והרא"ש בקידושין כב: "וכאבא שאול" (ודלא כרש"י 'ודלא כאבא שאול') פסק בשו"ע "גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו, והיו בהם עבדים, גדולים קנו עצמם בני חורין, קטנים כל המחזיק בהם זכה".

סעיף ל

גר שמת ועמד אדם והחזיק בנכסיו כדן, ואח"כ שמעו שעדיין לא מת, והחזיר המחזיק את הנכסים, ואח"כ שמעו שהשמועה הראשונה היתה אמת, ובא אחר והחזיק בנכסים, מי זכאי בנכסים אלו ומדוע?

ע"פ ברייתא ב"ב קמב. (ראה גם בהג' אשר"י) וכהבנת הרמב"ם פסק בשו"ע "גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו ושמעו שעדיין לא מת או שיש לו בן או שאשתו מעוברת, כולם חייבים להחזיר, החזירו כולם, ואח"כ שמעו שהשמועה הראשונה אמת היתה ובראשונה מת או מת בנו מקודם או הפילה אשתו (כלומר דלפי הרמב"ם 'שמעו שמת בנו' היינו שמעו שכבר מת בנו או הפילה אשתו בשעה שהחזיקו), כל המחזיק בשנייה קנה (היינו דוקא שהחזיקו לאחר שכבר שמעו שנית שמת, סמ"ע), ובראשונה לא קנה (דנסתלקו מן הנכסים והחזירו נפקעה חזקתן, ה"ה)", ודלא כרשב"ם שפירש דהא דקתני המחזיקין בראשונה לא קנה היינו המחזיקים קודם שמת בנו או הפילה אשתו ואחר כך שמעו שמת בנו וכו' היינו שמת בנו אחר שהחזירו (ועיין גר"א).

כתב הסמ"ע (מא) דלא דמי למש"כ הטוש"ע ביו"ד ש"מ גבי שמע שמת אביו וקרע בגדיו וישב עליו קצת שבעה ואח"כ הוגד לו שלא מת ופסק מאבילותו, ואח"כ חזרו לומר לו שאמת היה שמת בראשונה, שיצא ידי קריעה והימים שנהג באבילותו, דשאני התם דהא עכ"פ עשה הקריעה בשעת חימום ונהג אבילות ומי הפקיעתו מידו.

סעיף לא

ע"פ התוס' והעיטור פסק בשו"ע "גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו, והיו עליו חובות, כל מלוה שנגבית מהיורשים ומהלקוחות נגבית גם מאלו שזכו בהם, ואין גובים מהם אלא בשבועה. היו רבים שהחזיקו בהם, אחרון נפסד, אין לו, גובין משלפניו".

הלכות נחלות

סימן רעו – סדר נחלות כיצד הוא

סעיפים א – ב

ע"פ **משנה ב"ב קטו**. וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם **"סדר נחלות כך"**, מי שמת¹ 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 לו² 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 הירושה³ לאביו של מת. ואם אין אביו קיים, תחזור לזרעו שהם⁴ 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 הירושה⁵ לאחות המת או לזרעה עד סוף כל הדורות. לא נמצא לו אחות ולא זרע ממנה, תחזור הירושה⁶ לאבי אביו של מת, ואם אינו קיים, חוזר לזרעו שהם⁷ אחי אבי המת, אם יש לו אחים או לזרעם עד סוף כל הדורות. ואם אין אחים לאבי המת, ולא זרע מהם, חוזרת⁸ לאחות אבי המת או לזרעה עד סוף כל הדורות. ואם אין אחות לאבי המת ולא זרע ממנה, חוזרת⁹ לאבי אבי אביו של מת. ואם אינו חי, מורישו לזרעו שהם¹⁰ אחי אבי אביו של מת או לזרעם עד סוף כל הדורות. לא נמצאו אחי אבי אביו של מת ולא זרעם, חוזרת¹¹ לאחות אבי אביו של מת או לזרעה עד סוף כל הדורות. ועל זה הדרך נחלה ממשמשת למעלה עד ראובן. (ב) מי שמת והניח בת ובת הבן, אפילו בת בת הבן עד סוף כמה דורות היא קודמת ותירש הכל, ואין לבת כלום, וה"ה לבת האח עם האחיות, ולבת בן אחי אביו עם אחות אביו, וכן כל כיו"ב".

בסמ"ע (א-ב) הרחיב מעט בדרכי הלימוד בגמ' (וראה ש"ך ונתיבות שהעירו בקצרה על חלק מדבריו).

כתב בתשובת **חת"ס (פת"ש א)** על אחד שחבל באמו וממוני הקהל כפו אותו בדרך קנס עד שאמר רוצה אני לסלק עצמי מירושת אמי לכשתמות וחתם הוא עצמו, וכשמתה טען שאין סילוקו מועיל כלום, והשיב דנכון שאין סילוק ולא שום קנין מועיל לסילוק עצמו מירושת מורישו וכ"כ הר"ן ועוד, ולאפוקי ממה דמשמע בתשובת חות יאיר, אמנם הכא דמטעם קנס אתינן עלה כופין לקיים, ומכ"ש שלא לעבור על נדרו שלא לירד לנכסים ההמה כי היכי דתהוי ליה כפרה, אבל אם יש לו בנים, יורדים בניו לנכסים מכח אמא דאבוא.

סעיף ג

ע"פ **משנה ב"ב קטז**: וגבי בנות צלפחד שהבנות במקום האב עומדות, פסק בשו"ע "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, ושלושת 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".

סעיף ד

מי יורש את השתוקי? ומה דין מי שאין אביו ידוע?

ע"פ **משנה ב"ב קח**. וגמ' פסק בשו"ע "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. 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 (כמאן דאמר בברייתא דמקיש מטה האם למטה האב מה מטה האב בן קודם לבת אף מטה האם בן קודם לבת)".

כתב הרמ"א ע"פ תה"ד "ואפילו שתוקי שאין לו יורשין מן האב, אין משפחת אמו יורשין אותו אלא הרי הוא כגר ונכסיו הפקר". בשם תשובת חות יאיר כתב הפת"ש (ג) דצ"ע על דברי הרמ"א באופן כללי, דיתכן טפי לומר יהא מונח עד שיבוא אליהו וגר שאני שאין לו יורשים.

עוד כתב הפת"ש (ב) בשם תשובת מים חיים בנידון אשה שנפטרה שלא נודע מי היה אביה מחמת שזה זמן כבר שבא אחד מרחוק ונשא אמה לאשה והוליד ממנה אשה זאת ואח"כ גירשה ונסע למקומו ולא נודע מי היה, וזאת האשה היתה לה בית והשכירה לאיש אחד, ואחר פטירתה רצו משפחת אמה לירש הבית הנ"ל ולא הניחו אותם מחמת שמשפחת אם אינה קרויה משפחה לענין ירושה, ופסק דנידון זה לא דמי לנכסי שתוקי דשאני שתוקי שאין למשפחת אביו שום חזקת קרוב ואין להם שום זכות בירושה, ואף כשיבוא אליהו ויגלה ממי נתעברה ואז יהיה שייך לאביו ולמשפחתו היורשים של השתוקי, מ"מ קודם שיבוא אליהו לא היה להם שום זכות, דהא ירושה אע"פ שאין צריך עדות מ"מ בעי חזקת קרוב וכסימן רפ"ד וא"כ ממילא שהמחזיק בירושה של השתוקי בהיתרא אתי לידיה וזוכה מתורת הפקר, אבל בנידון זה שהיה ידוע אבי האשה בשעה שנשא אמה והיה דר עמה בעירה עד שילדה זאת, אף שעתה נשתכח, מ"מ יכול לבוא לידי בירור מי הוא, וא"כ דמיא ממש לסימן רס"ב דראה אבידה שנפלה משנים או משלשה וכו' דאם לא ראה ממי מהם נפל ואין בו סימן יהא בידו עד שיבוא אליהו, ובדין יהא מונח עד שיבוא אליהו איתא בסימן ש' שתי דעות המחבר סובר דיהא מונח אצלו והרמ"א הביא י"א דיהא מונח ביד ב"ד, וכתב דנראה דבנידון זה כ"ע מודו דיהא מונח ביד ב"ד דבשלמא התם אינהו אפסידו אנפשיהו שהפקידו בידו בכרך אחד.

סעיף ה

מי שמת ואחר כך מתה אמו והשאירה ירושה ולבן שמת אחים או בנים האם הם קודמים ליורשי האם או לאב?

האם נפל יורש להנחיל?

אשה אלמנה בהריון נפטרה או נהרגה בתאונה ל"ע, ואין לה ילדים ויש לבעלה ילדים (לא ממנה) מי יורש אותה? ומה הדין אם הילד נולד אחרי התאונה ונפטר מיד לאחר מכן?

ע"פ ב"ב קיד: פסק בשו"ע "אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מהאב (וה"ה שאינו יורש להנחיל לאביו כגון שנתגרשה אמו, רשב"א, באה"ג), 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 (פת"ש: נלמד בגמ' מקרא כתב דנאמר סיבה בבן ונאמרה סיבה בבעל מה סיבה האמורה בבעל וכו', דלפ"ז משמע דוקא מן האם אין הבן יורש בקבר להנחיל לאחיו מן האב משום הסבת נחלה, אבל מן האב יורש הבן את אביו בקבר להנחיל לשאר אחיו מן האב). (וע"פ משנה נדה מג: וכדמפרש ר' ששת בגמ' מד. ובב"ב קמב. -) אבל אם מתה האם בחייו, ואחר כך מת הוא, אפילו היה קטן בן יומו, הואיל וחי אחריה אפילו שעה אחת, יורשה ומנחיל הירושה ליורשי ממשפחת אביו {ודוקא שנולד הקטן, אבל עובר אינו יורש אמו, אם מתה כשהיא מעוברת, להנחיל יורשי מאביו (טור ע"פ שם)}".

כתב הסמ"ע (ז) ע"פ התוס' דבן יום אחד פסיקא ליה אבל עובר לא פסיקא ליה למיתני נוחל ומנחיל, וכן למד ברמב"ם (וז"ל נחלות א, יג "אפילו היה קטן בן יומו ולא כלו לו חדשיו הואיל וחי אחר אמו שעה אחת ומת הרי זה נוחל את אמו ומנחיל הנחלה ליורשי ממשפחת אביו") ולא כלבוש שהתנה שאם העובר יצא אח"כ לאויר העולם ומת ולא נעשה בר קיימא אינו מנחיל, דליתא, דכיון שיצא חי, נוחל ומנחיל כמו שכתבו התוס', ואין לומר שכוונת הלבוש שהפילה העובר כשהיה בן ח' ולא היה ראוי להיות חי בר קיימא, דא"כ מאי איריא עובר אפילו נולד בחיי אמו נמי, ואף דהרמב"ם כתב דכשנולד אע"ג דלא כלו חדשיו אפ"ה יורש אמו, הלא כתב המגיד משנה שם עליו דדבריו דאפילו לא כלו לו חדשיו נוחל ומנחיל צ"ע ושלא ידע ראייה ברורה לדבריו ודעת הראב"ד דדוקא כלו לו חודשיו, וכתב ה"ה דהרמב"ם מייירי דוקא כשגמרו לו שערי וצפרניו [וסיים הסמ"ע "דא"כ הוא אפילו עובר נמי ומנ"ל לחלק ביניהן"]. באה"ג כתב דמהשמטת המחבר המשך הרמב"ם הנ"ל נלמד דס"ל כראב"ד דדוקא בכלו לו חדשיו, והביא שכתב הב"ח דלענין מעשה הנכסים בחזקתן ואין להוציא מיד המוחזק. הקצות (א) כתב דהאחרונים דחו לדברי הרמב"ם לגמרי ובתשובת לחם רב כתב דאין לומר קים לי כרמב"ם דאין לומר קים לי כפלוגי גאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקין עליו, אולם הקצות חלק על הלחם רב דהא דעת התוס' ב"ב קמ"ב דנפל נוחל ומנחיל וכן משמע מהסוגיה בדף קמ"ב ומאן ספין

ומאן רקיע להוציא ממון נגד הרמב"ם והתוס' היכא שאומר קים לי כרמב"ם והתוס', אלא שדעת הרמב"ן רשב"א נ"י מ"מ וכס"מ דנפל לא הוי בר ירושה כלל. **בנתיבות** (ב) דחה לימוד הקצות בתוס' דמודו היכא שכבר נולד בשעת ירושה כשלא כלו לו חדשיו דבודאי ימות כמת כבר הוא חשוב על דרך שאמרו לענין מילה בשבת מחתך בבשר הוא.

עוד כתב **הסמ"ע** (ז) ע"פ התוס' הנ"ל ע"פ ערכין ז' לחלק דבנהרגה (בשונה מנפטר) אז היא מתה תחילה, וכן אם ע"י מלאך המות וכגון שנעקר הולד לצאת דאז אין הולד מת, **ובנתיבות** (ג) תמה א"כ על המחבר והרמ"א שהשמיטו דינים אלו, והעלה דהנראה דאף שאמת הוא שיש חילוק בין מתה לנהרגה, היינו דאם מתה הוא ודאי שהולד מת תחילה מטעם האמור בערכין ז' דאידי דזוטר חיותיה עייליה ביה טיפתא דמלאך המות, אבל בנהרגה אי אפשר לומר כלל דודאי הוא שהיא מתה תחילה, דודאי יכול להיות שמכח הכאת הריגה דהולד דזוטר חיותיה ימות תחילה, **דמהיכי תיתי יהיה זה ודאי שהאשה תמות תחילה** והש"ס לא קאמר רק דבנהרגה או אחר שנעקר הולד לצאת לפעמים יכולה האשה שתמות תחילה והולד ישאר חי, אבל ודאי דמזדמן לפעמים שהולד מת תחילה, ומשוי"ה כשנהרגה האשה ונמצא הולד מת דמי לסימן רפ"י בנפל הבית עליו ועל אמו דהנכסים בחזקת יורשי האם, והא דאמרו בערכין היא מיתא תחילה, היינו לומר דאפילו להך תנא דס"ל בב"ב קנ"ח בנפל הבית עליו ועל אמו דיחלוקו, מ"מ הכא הכל הוא לאם דודאי הוא שהולד מת תחילה, אבל **לדין דקיי"ל בנפל הבית עליו ועל אמו שהנכסים בחזקת יורשי האם**, ממילא אין חילוק בין מתה לנהרגה, עיי"ש איך ביאר השקלא וטריא בתוס' לפ"ז.

סעיף ו

האם בן שהוא ממזר או נולד משפחה או כותית יורש את אביו?

ע"פ **משנה יבמות כב. וגמ' פסק בשו"ע** "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 (דאין להם יחוס אחר אביהם, בשפחה כתיב האשה וילדיה תהיה לאדוניה, ובגויה ילפינן בקדושין ס"ח מדכתיב כי יסיר וכו' מדכתיב בלשון זכר עיי"ש, **סמ"ע**)".

האם בנים יורשים טובת הנאה שהניח אביהם?

האם יש דין ירושה בזכויות יוצרים או בכל טובת הנאה אחרת ומדוע? האם ניתן להוריש אויר לדירה? (המשך השאלה גבי קניית אויר – ראה ריד, ה).

כתב **הרמ"א** "אין היורשין יורשין דברים שאין בהם ממש (הג' **מרדכי**), או טובת הנאה בעלמא שאינו ממון (מהרי"ק ומהר"ם פאדוואה)".

כתב **הסמ"ע** (ט) בשם מהר"ם פאדוואה דכמו שאין יכול להוריש טובת הנאה כך אינו יכול ליתנה לאחרים, וכתב **הש"ך** (ד) דהיינו אם הוא תחת יד אחרים אינו יכול להוציאה מידם וליתנו לאחרים אבל אם הוא תחת ידו יכול ליתנו לאחרים לחלקן למי שירצו, עוד כתב, דהא דאין היורשים יורשין וכו' היינו אפילו הוא עצמו אינו יכול להוציא מיד אחרים אם הוא תחת ידם.

הקצות (ב) כתב בשם **השל"ה** דמי שמת והניח מעות מעשר שאין בהם רק טובת הנאה, ליכא שום זכיה ליורשין בה ולא בשום הקנאה שבעולם, אם בניו יחזיקו בטובת הנאה זו שלא כדין הוא ולא שייך למימר דחצירם קונה להם דאין נקנית לאדם דבר שאינו ממון דכמו שאינו יכול להקנות כך אינו קונה **אולם מדברי הש"ך** הנ"ל מבואר דהא דאין אדם יכול להקנות ולהוריש טובת הנאה היינו כשהוא ביד אחרים אבל אם הוא תחת ידם זוכין בה ויכולין לחלוק למי שירצו, והקצות כתב דהעיקר כשל"ה והוכיח כן מתוס' בנדרים פ"ד עיי"ש שהאריך, ואילו **הנתיבות** (ד) פסק כש"ך והביא ראיה לדבריו מהרמ"א בסימן ריד/ה שלא קנה שמעון האויר של ביתו, ומבואר ברשב"א שם בסמ"ע דאף דפירות א"א אפילו לשייר לעצמו כי אם במשייר דקל לפירות מ"מ האויר שעל ביתו ממילא משויר דלא נכנס בכלל המכירה ולכך א"י למוכרו, וכתב הנתיבות דכי יעלה על הדעת דכשמת שלא יהיו היורשים יורשין את האויר ויהיה האויר הפקר כנכסי הגר אלא ודאי דהיורש כרעא דאבוהי ומה

שהוא שלו היורש יורשו, ומה דמשמע בב"ב קמ"ז דדווקא דפירות בלחוד אין יכול להוריש, שאני פירות דקל דכשם שאינו יכול לשייר אותן לעצמו בלא הדקל מהטעם שכתב הסמ"ע בשם הרשב"א הנ"ל, אינו יכול להורישו ג"כ, וכן דירת הבית שאינו יכול לשייר לעצמו בלא הדירה אין יכול להורישו, אבל אויר וטובת הנאה שיכול לשייר לעצמו יכול ג"כ להורישו.

[כתב בפסקי המשפט (אות ח) דנלמד מדברי הנתיבות שאדם יכול להוריש עסק/פירמה הנושאת השם הטוב והשירות הטוב של החנות ליורשיו, דומיא דאויר שאין בו ממש, אך ציין שהמנחת פתים חלק על הנתיבות וכתב שמפורש בהגהת מרדכי שאין ירושה באויר].

לגבי זכויות יוצרים כתב בדרכי חושן (סילמן כרך א' עמ' רנו) שבשו"ת בית יצחק (יו"ד סי עב) כתב שיש ירושה בזכויות יוצרים דאינה רק טובת הנאה אלא זכות ממון ממשית אך דעת שו"ת התעוררות תשובה (סי רלב) שדינו כטובת הנאה שאין בו ירושה, והרב סילמן כתב דנראה יותר עיקר לדינא שיש ירושה בטוה"נ כל שהוא תחת ידו שכן הכריעו הש"ך בא"ה ונתיבות כאן ודלא כקצות והשל"ה, ולכן אם אין צריך להוציא מיד אחרים יש בו ירושה (וראה עוד בסימן ריב/א גבי קנין בזכויות יוצרים).

סימן רעז – הבכור נוטל פי שנים ואיזה הוא בכור לנחלה וספק בכור

סעיפים א – ב

פרט כמה הלכות לומדים מהלכתא דיכיר, לפי דברי הפוסקים יש בזה יותר מעשרים עניינים, פרט כמה שיותר (וכן לקמן סימן רע"ט)

ע"פ ב"ב קכב: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "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", כלומר, דלא תימא כאפשרות השניה בגמ' שנוטל פי שנים בכל אחיו קאמר קרא, והיינו שאף אם הניח עשרה בנים ואחד מהן בכור אפ"ה נחלק הנכסים לשלשה חלקים ונוטל הבכור שני חלקים וכל האחים יחד חלק אחד קמ"ל 'והיה ביום הנחילו את בניו' דקרא יתירא הוא שהתורה ריבתה נחלה אצל אחין, ב"י וסמ"ע (ב).

בסעי' ב' כתב השו"ע כמבואר בסימן קע"ד "אלו שני חלקים נוטל אותם כאחד במצר אחד" – וכתב הרמ"א שם דהיינו דוקא שהיו החלקים שווים ולא היה לפשוט שדה במצר אלו השדות, סמ"ע (ג).

סעיף ג

ציין לפחות חמשה אופנים של 'בכור' אשר על אף בכורתו לא נוטל פי שנים בירושת אביו ונימוקם? (וכן להלן)

ע"פ ב"ב קמב: ומשכחת לה כגון ששתי נשיו מעוברות שמת או באשה אחת מעוברת תאומים (טור), פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם "בכור¹ שנולד אחר מיתת אביו אינו נוטל פי שנים (א"דיכיר) כתיב שיכירנו האב בחייו, ואפילו לא ראהו אביו ולא הכירו מימיו הואיל וראוי להיכירא אין היכירא מעכבת בו כדרכי זירא דכל הראוי לבילה וכו', (רשב"ם), (רמב"ם ע"פ בכורות מו: -) ואם יצאה פדחתו בחיי אביו, אע"פ 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, דאז לא הוה בר הכרה, סמ"ע)"}.

כתב בד"ה דהטור כתב דבעינן רוב פדחתו אולם לא דקדק דמלישנא דהרמב"ם משמע דבעינן שיצא כל פדחתו, ובסמ"ע (ו) נשמע כטור דרובו ככולו ומחשב על ידו כאילו יצא ראשו והוי כילוד כולו, ואף על פי דעדיין יציאת הפדחת ליכא הכרה גמורה, מ"מ כיון דהוה כילוד, ה"ל ג"כ כאילו הכירו. בפת"ש (א) כתב דדעת הב"ח דלא מהני רוב כיון דליתיה בהיכרא וכ"פ בשב שבעתא.

סעיף ד

ע"פ **ב"ב קנו**: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע ³ 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".

כתב הסמ"ע (ח) דדין דרישא נלמד בגמ' מדכתיב 'והיה הבן הבכור' שיהיה בן משעת הויה דהיינו משעת לידה, אבל מדכתיב 'וילדו לו בנים' דכתב המחבר אינו נלמד זה, אלא לימד להא דאינו ממעט בחלק בכורה וכסיפא דמחבר.

סעיף ה

ע"פ **ב"ב קמב**: פסק בשו"ע "קטן בן יום אחד ממעט בחלק בכורה, אבל לא העובר (וילדו לו בנים' כתיב שנולדו לו בחייו), ובן שנולד אחר מיתת אביו אינו ממעט בחלק בכורה", וכתב הסמ"ע (יא) דר"ל דאף דלא היה חי אלא יום אחד ומת, מ"מ ה"ל לענין בכורה כאילו היה חי עדיין, ואם יש עמו עוד פשוט ובכור, חולקין העזבון לארבעה חלקים ונוטל הבכור שני חלקים.

סעיף ו

ע"פ **משנה בכורות מו**. והרמב"ם פסק בשו"ע "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".

כתב הסמ"ע (יג) ע"פ הגמ' ורש"י (הובא בקצרה גם בב"י) דאף בתאומים והאחד הוציא ראשו חי והחזירו למעי אמו וקידמו השני ויצא, אפי"ה הוי זה השני בכור, אף על גב דאפילו יצא רוב פדחתו מחשב כילוד כולו כסעי' ג' וכ"ש זה שיצא כל ראשו, ה"מ כשיצא פדחת של בן קיימא, אבל זה שהוא נפל לא מחשב 'ולד', דבבכור ראשית אונו כתיב, מי שאביו אונו עליו ודוה על מיתתו, משא"כ בנפל, וכתב הסמ"ע דלפי זה נראה דאפילו נולד הנפל כולו הבן הילוד אח"כ באותו פעם או לאחר זמן הוא בכור לנחלה, וזה דלא תשובת שארית יוסף דגם לענין בכור לנחלה דאם נולד הנפל כולו אין הבא אחריו בכור לנחלה, וכ"פ הש"ך (א) דאפילו נולד הנפל כולו הבן הילוד אח"כ באותו פעם או לאחר זמן הוא בכור לנחלה, וכ"ד באה"ג דהא דנקט במשנה והשו"ע "ראשו" כשהוא חי לאשמועין דביצא ראשו חי תו לא הוי הבא אחריו בכור לכהן וכסמ"ע הנ"ל. אולם בתשובת חת"ס (פת"ש ג) הסכים עם השארית יוסף וכתב שכבר אירע במקומינו כך זה פעמים והשתדלנו עם האבות שהתפשרו בחייהם עם בנם זה הספק בכור.

כתב הפת"ש (ג) בשם השער משפט דנראה דכל זה מיירי בידוע שלא כלו לו חדשיו שהוא ודאי נפל, אבל אם אין ידוע שכלו לו חדשיו, כגון שנולד לאחר תשעה חדשים לטבילתה, אף שמת בשעה שנולד, וכ"ש במת בתוך ל' יום, כיון דרוב נשים ולד מעליא ילדן, ומה"ט מי שמת והניח אשתו מעוברת וילדה ויצא הולד חי לאויר העולם, אפילו מת בשעה שנולד פוטר את אמו מן החליצה ומן היבוס מדבר תורה, א"כ פשיטא דהבא אחריו לא הוי בכור לנחלה וספק בכור הוא והמוציא מחבירו עליו הראיה, ועוד, דגם ספק בכור לא הוי כיון שלא הוכר בשעה שנולד כבסעיף י"א בהגה דמי שנולד אחר ספק בן תשעה לראשון או בן שבעה לאחרון אינו נוטל חלק בכורה אפילו בהרשאה מן הספק מה"ט כיון דלא הוכר בעת הלידה, ולפי"ז יפה כתב בשארית יוסף בעובדא דידיה שנולד לסוף תשעה חדשים וחי ד' או ה' שעות דהבא אחריו אינו בכור לנחלה ולא השיגו עליו הסמ"ע והש"ך אלא על מש"כ דאף בודאי נפל אם נולד כולו לא חשיב נפל, ובזה האמת אתם, אך מ"מ למעשה בעובדא דידיה יפה כיון.

סעיף ז

משנה בכורות מז: ⁴ "יוצא דופן" והבא אחריו שניהם אינם בכור לא לנחלה ולא לכהן רבי שמעון אומר הראשון לנחלה והשני לחמשה סלעים" ובגמ' "ראשון לנחלה לא וילדו לו בעינן לחמש סלעים נמי לא

פטר רחם בעיניו, שני לנחלה לא ראשית אונו בעינין לחמש סלעים נמי לא קסבר בכור לדבר אחד לא הוי בכור רש"א הראשון לנחלה והשני לחמש סלעים ר"ש לטעמיה דאמר תלד לרבות יוצא דופן והשני לחמש סלעים קסבר בכור לדבר אחד הוי בכור", וז"ל השו"ע כת"ק "יוצא דופן והבא אחריו שניהם אינם בכורים, הראשון לפי שלא נולד, ונאמר וילדו לו בנים, והשני שהרי קדמו אחר (והיה בן קיימא שלב אביו דזה ואונן עליו, סמ"ע)".

סעיף ח

ע"פ משנה בכורות מו. וגמ' ב"ב קכו: פסק בשו"ע "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".

סעיף ט

ע"פ יבמות סב. ובכורות מז. וכר' יוחנן ודלא כריש לקיש פסק בשו"ע "היה לו בנים כשהיה עובד כוכבים ונתגייר, אין לו בכור לנחלה (אבל אם היו לו בנים מישראלית דהולד הולך אחריה ואינו בנו לכל דבר ואינו יורשו, ולכך כשנולד לו בן אחר שנתגייר הוי בכור לנחלה, נתיבות). (וע"פ יבמות כב. -) אבל ישראל שהיה לו בן מהשפחה או מהעובדת כוכבים, הואיל ואינו קרוי בנו, הבא לו אחריו מהישראלית בכור לנחלה ונוטל פי שנים".

סעיף י

האם בכור ממזר נוטל פי שנים בנכסים?

ע"פ יבמות כב: והרמב"ם פסק בשו"ע "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".

כתב הסמ"ע (יו) דשנואה בנישואיה כלומר שאין קדושין תופסין בה ודלא כמש"כ הלבוש דשנואה היינו אפילו עשה בנשואיה איסור. רע"א כתב דדעת השל"ג⁵ דבכור ממזר לא הוי בכור, וכתב בשם ספר פנים יפות דלא פליג עם הרמב"ם דהרמב"ם מייירי דתפסי קידושין והשל"ג מייירי בממזר שבא על הערוה (אולם מהסמ"ע הנ"ל משמע דהרמב"ם מייירי אף באין קידושין תפסי, ח.פ.). בהגהות חכמת שלמה כתב דדברי הסמ"ע תמוהים.

סעיף יא

ע"פ ב"ב קכו. פסק בשו"ע "מי שנסתפק לנו אם הוא בכור או פשוט, כגון שנתערב עם אחר (כגון שילדו שתי נשיו ביחד ואינו ידוע לנו איזו ילדה תחילה, טור וסמ"ע), אינו נוטל פי שנים, וכיצד עושין, אם הוכרו ולבסוף נתערבו כותבים הרשאה זה לזה ונוטלים חלק בכורה,⁶ ואם לא הוכרו, כגון שילדו במחבוא אחת, אין נוטלין חלק בכור (והיה הבן הבכור דמשמע שיהא בן בכור ודאי) {ע"פ יבמות ק: -} ספק בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון אינו יורש אחד מהן והבא אחריו אינו נוטל חלק בכורה אפילו בהרשאה מן הספק (דכל אחד ידחנו אצל חבירו לומר לאו בני אבינו הוא והמוציא וכו', סמ"ע)".

כתב הסמ"ע (יח) בשם תשובת הגאונים (בב"י) דהאומר לאחיו אני בכור והלה כופר והביא הטוען כתב אחד שכתוב בו נולד פלוני ד' לסיון שנת י"ד והוציא כתובת אמו והיה זמנה ב' כסלו י"ג, דאין סומכין על זכרון זמן הלידה עם זמן הכתובה, כי אינה צוואה וי"ל טעה או שחפץ לכתוב מה שכתב שלא באמת.

סעיף יב

נאמנות האב לומר בני הוא ובכורי הוא, האם גם כשאינו מוחזק כלל שזה בנו, האם נאמן? אב שאמר בני זה בכור הוא, האם נוטל פי שנים?

אדם שאמר על מי שהוחזק שאינו בנו ואומר שהוא בנו האם נאמן?

ב"ב קכז. (ובקידושין עח:) "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 מאי היא דתניא יכיר יכירנו לאחרים ^גמכאן א"ר יהודה נאמן אדם לומר זה בני בכור ^גוכשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור כך נאמן אדם לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה (וסברא הוא מדכתיב יכיר מה לי בכור מה לי לדבר אחר, רשב"ם) וחכמים אומרים אינו נאמן א"ל רב נחמן בר יצחק לרבא בשלמא לרבי יהודה היינו דכתיב יכיר אלא ^דלרבנן יכיר למה לי בצריך היכרא למאי הלכתא למיתבא לו פי שנים לא יהא אלא אחר אילו בעי למיתבא ליה במתנה מי לא יהיב ליה לא צריכא בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן ולר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכיר למה לי בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס". **קכח:** "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' יוחנן אמר אינו נאמן כרבנן".

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם (ע"פ מימרא דרב נחמן קידושין עד. -) 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 (כרבי יהודה שם בב"ב קכז. ובקידושין עח: -) 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 {מיהו אם אמר פעם אחת על אחד שהוא בכור, לא יוכל לומר אח"כ על אחר שהוא בכור (רמב"ן)}.

כתב הסמ"ע (כד) דהטוש"ע דקדקו ולא כתבו שאומר על מי שהוחזק לנו שאינו בנו, דס"ל דכה"ג אינו נאמן, דחזקה זו ממ"נ ע"י מי באה, אם ע"י אביו שהיה רגיל לומר אינו בנו, תו אינו נאמן לומר שהוא בנו, וכעין הרמב"ן ברמ"א, ואם ע"י עדים שמעידים שנולד מאשה אחרת או מאשתו מאיש אחר, ודאי אינו נאמן להכחיש העדים, ומש"כ דכשאמר על המוחזק לנו בבכור שאינו בכור דנאמן בזה מיירי שאין עדים מעידים שהוא בנו הבכור, אלא מעידין שנולד מאשתו בראשונה וע"ז הוחזק בבכור, והאב אומר על השני שנולד אחריו שהוא בכור, וראשון מיפסל ממילא, דמדהשני בכור ש"מ דהראשון הוא ממזר והתורה האמינתו ע"ז, והיינו דוקא ע"י עדים, אבל לא כשהוחזק לנו שהוא בכור ע"י עצמו וכרמב"ן.

כתב הטור "אפילו אומר על מי שלא הוחזק שבנו הוא זהו בכורי נאמן ונוטל פי שנים אפילו בנכסים שיפלו כשהוא גוסס" וביאר הב"י דכיון דלרבנן מהני אפילו בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס כל שכן דמהני לרבי יהודה, וכתב הסמ"ע (כד) דהמחבר השמיט דין דהטור, והרמ"א כתבו בריש סימן רע"ט לענין חלק פשיטות "והוא הדין לחלק בכורה". אכן הנ"י (בב"י) כתב דהשתא דקיי"ל כרבי יהודה לא קיימא לן האי דרשה דרבנן דיכיר הילכך בכור אינו נוטל פי שנים בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס (אבל חלק פשיטותו יטול בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס).

כתב הקצות (ב) דהרשב"ם ותוס' חלוקים על הרמב"ם וס"ל דאין האב נאמן בהכרה אלא כשהוחזק בבנו לומר בכור הוא אבל אם אינו מוחזק בבנו אינו נאמן בתורת יכיר אלא מכח מיגו דאי בעי יהיב ליה כוליה נכסיה, וכתב להוכיח כדעתם מסוגיה דכתובות כ"ה (עיי"ש) דאב אינו נאמן בתורת יכיר אלא במוחזק שהוא בנו ומש"ה אינו נאמן להאכילו בתרומה אלא משום בידו, וזה גם טעמא דר"א שכתב בנ"י דהולד ספק ממזר והאב אינו נאמן להכשירו כיון דאינו ידוע אם הוא בנו, וטעמא דשל"ג שכתב דגם הא דנאמן לומר בני זה ממזר נמי אינו אלא בבנו דוקא, וא"כ בין לפוסלו בין להכשירו אינו נאמן אלא בידוע שהוא בנו אבל למשויה בנו אינו נאמן בין להכשר בין לפוסלו, אך סיים הקצות דבירו' משמע דאפילו בידוע שהוא בנו נמי אינו נאמן להכשירו לכהונה אך לפוסלו נאמן.

לגבי נאמנות החיה כתב הפת"ש (ה) דמה שנאמנת מיד היינו כשלא יצאה וחזרה, אבל יצאה וחזרה אינה נאמנת כדאיתא קדושין ע"ג ובטור וכ"כ בקרבן נתנאל.

סעיף יג

ע"פ **ב"ב קכו:** פסק בשו"ע "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 בהספדו אוי על בני בכורי (מהרי"ק, ר"ל אע"ג שלא נתכוין בשביל הנחלה וכנ"ל לענין הרפואה, גר"א)}."

כתב בתשובת חת"ס (פת"ש ו) בנידון אחד שמת והניח אשתו וב' בנים זכרים, וטען אחד שהוא בכור והאם אומרת כדבריו, והשני טוען אייתי ראיה דבכור אתה, והביא הראשון ב' עדים מעידים שהוא פטר רחם לזאת האם וב' עדים שזו היתה אשתו ראשונה של אביו, נמצא מבין ב' כתי עדים הללו הוה בכור לנחלה, דלפי סוגית 'חצי דבר' לרי"ף הסובר דגבי ג' שנות חזקה מועיל הצירוף משום מגו דמהני סהדותיהו לענין פירות וכו' א"כ הכא אינה עדות דהוי חצי דבר, ואילו לתוס' דמועיל בשנות חזקה משום שראו כל מה שהיו יכולים לראות א"כ הכא הוי עדות מועילה, והנה הסמ"ע בסימן ל' לא מייתי אלא שיטת תוס' וא"כ הוה הכא דבר שלם, אך בשו"ע אה"ע קמ"ב פסק כרמ"ה שבשיטת הרי"ף והרמב"ם וכן מבואר בט"ז דהדרכ"מ דס"ל כרי"ף וכ"ד הרמב"ן ועוד, וא"כ לא מיבעיא דהפשוט יכול לטעון קים לי כרי"ף והפוסקים הנ"ל, אלא אף אם היה הבכור מוחזק לא הוי מצי למיטען קים לי כתוס' נגד הכרעת השו"ע וד"מ, אולם דעת התוס' בב"ק מה שהוחזק הו"ל כדבר ברור ולא עדות ולא שייך בזה לומר חצי דבר, ולפי"ז הכא אע"פ שקיבל ב' עדים שהוא פטר רחם מ"מ נ"ל דלהא לא הוי צריכים לעדות דודאי הוחזק הוא בכך במה שנהג להתענות בערב פסח כו', ותו הוה עדים שהעידו שזו היתה אשתו ראשונה דבר שלם ובכלל זה נמי 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, ע"ז מהני תרי סהדי שאמו היתה אשתו הראשונה, אלא שיש לפקפק על עדים הללו מנא ידעו שלא נשא אשה מעולם במקום אחר וילדה לו דלענין אוקי ממונא בחזקת יורשים חיישינן אפילו ב' חששות (עיי"ש מול יבמות קי"ט), וסיים "סיומא דמילתא כיון דעכ"פ לשיטת תוס' לא מיקרי זה חצי דבר וכן סתם הסמ"ע וט"ז ובית שמואל, ואפילו לרי"ף י"ל כיון דאתחזק בפטר רחם הו"ל דבר שלם, אלא שפקפקתי קצת בעדות שאומרים שלא נשא אשה מקודם, א"כ טוב לבצוע".

סעיף יד

האם ברמיזה או בכתיבה אומר בכורי הוא, האם נאמן?

ע"פ גיטין עא. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "האב שנשתתק, בודקין אותו כדרך שבדקין לגיטין, אם רמז או כתב שזה בנו בכורו, נוטל פי שנים", ובב"י כתב דדעת רש"י שרוצה להשוות את הבכור לפשוט ודעת התוס' שאומר על בן בין הבנים שהוא בכור.

סעיף טו

ע"פ משנה ב"ב קטז: גבי בנות צלפחד וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "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".

עוד כתב הרמב"ם "וכן הדין בבני אחין ובבני אחי האב ובכל היורשין אם היה אבי אחד מהיורשין בכור נוטל חלק הבכורה שלו זה היורש מחמתו" וכתב הטור "ואיני מבין דבריו דלא שייך בכורה אלא בבן היורש את אביו ולא בשאר היורשין", וכתב הב"י דאפשר לומר דהכי קאמר אם מת ראובן בלא בנים ובלא אחים וירשוהו בני אחיו אם היה אחד מאחיו בכור בנו נוטל חלק בכורתו לפי שאלו יורשים את ראובן מכח אבי אביהם שאנו רואים כאלו היה חי וירש את ראובן בנו ואחר כך מוריש לבניו ובניו לבניהם ואם כן דין הוא שיחלקו בנכסי ראובן כדרך שחולקין בנכסי אבי אביהם שהרי מכחו נפלה להם ירושה זו ועל דרך זה בבני אחי האב, אבל אי אפשר לומר כן משום דנכסי ראובן לגבי אביו שכבר מת הוה ליה ראוי וקיימא לן דאין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק, וה"ה פירש דאפשר ליישב דמיירי

בשהיה אביו חי כשמת ראובן וירש אותו ואחר כך מת והוריש לבני בניו וקאמר שאם היה אחד מאחי ראובן בכור כשם שבני בכור זה נוטלים חלק בכורה בנכסי הזקן כך נוטלים חלק בכורה בנכסים שירש הזקן מראובן דכיון שירשם הוי ליה כנכסיו ועל דרך זה בבני אחי האב שהיה אבי אביו של ראובן חי בעת שמת ראובן וירשו אביו ואחר כך מת והוריש לבני בניו בניו אם היה אחד מאחי ראובן בכור בן בנו נוטל חלק בכורתו, אלא שהוקשה לרב המגיד מה צורך היה לרמב"ם להשמיענו כן דמילתא דפשיטא הוא וסיים דאולי רצה רבינו "לבאר הדין בכל צדדיו ועוד צריך לי לשונו עיון", **והחכם המרשים** כתב דאולי נתכוין לומר דאין 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, וכתב הב"י דאינו מחוור.

סימן רעח – אין הבכור נוטל פי שנים לא במלוה ולא בשבח ואם מכר חלק בכורה

סעיף א

ע"פ **משנה בכורות נא:** פסק בשו"ע "אין הבכור נוטל פי שנים אלא בנכסי האב אבל לא בנכסי האם (ונלמד בגמ' דכתיב 'לו משפט הבכורה' משפט הבכורה לאיש ואין משפט בכורה לאשה), אפילו אם הוא בכור לאב ולאם, חולקים בנכסיה הוא והפשוט, בשוה".

סעיף ב

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "מי שמת והניח בנים ואלמנה, ומתה האלמנה קודם שנשבעה על כתובתה (שאין יורשים כל זמן שלא נשבעה כמ"ש בשבועות מ"ח, גר"א), כל הנכסים בחזקת היורשים, ונוטל בהם הבכור פי שנים".

סעיף ג

ע"פ **משנה בכורות נב.** וגמ' פסק בשו"ע "אין הבכור נוטל פי שנים בנכסים הראויים לבא לאחר מיתת אביו, אלא בנכסים המוחזקים לאביו שבאו לרשותו, שנאמר בכל אשר ימצא לו. כיצד, אחד ממורישיו אביו שמת לאחר מיתת אביו, הבכור והפשוט יורשים כאחד, (ע"פ **ב"ב קכד:** -) וכן אם היתה לאביו מלוה (והא דהשמיענו כן גם בסעי' ז', התם איירי בשטר, סמ"ע), יורשים אותה כאחד".

ביאר **הסמ"ע** (ב) דאע"ג דנתבאר בסימן רעז/טו דאע"פ שמת הבכור בחיי אביו בני הבכור עומדים במקום הבכור ליטול ב' חלקים, שאני התם דברא כרעא דאבוה הוא והרי כאילו הבכור חי ויורש את הממון המצוי אצל אביו, משא"כ כשמת אביו של הבכור ולא היה הממון של מורישו מצוי בידו בשעה שמת אלא ביד אבי אביו של הבכור, והרי הוא אינו בכור של אבי אביו אלא של אביו וביד אביו לא היה מצוי.

עמש"כ המחבר שה"ה אם היתה לאביו מלוה, כתב הש"ך (ב) בשם רשד"ם דה"ה אם היתה לו ספינה, ובבא"ה כתב שאין כוונת דבריו בסחורה שבספינה אלא בספינה ממש, אבל המב"ט (שציון אליו הש"ך) והדברי ריבות חולקים.

סעיפים ד – ו

מהו הדין בזכיות השבח בחלקו של הבכור?

האם בכור יורש פי שנים בהניח להם אביהם פרה וילדה, אילן והתעבה, דמי שכירות של

פרה?

האם בכור נוטל פי שנים בדמי שכירות דירה ובשבח לאחר מיתת האב?

משנה בכורות נא: "הבכור.. ואינו נוטל בשבח" ונלמד בגמ' מדכתיב 'בכל אשר ימצא לו'.

בב"ק צה: וב"מ קי: "אמר רב נחמן אמר שמואל שלשה שמין להן השבח ומעלין אותן בדמים ואלו הן בכור לפשוט..."

ב"ב קכג: - קכד: "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 האי הזרוע והלחיים והקיבה היכי דמי אי דאתי לידי אבוהון פשיטא ואי דלא אתי לידי אבוהון ראוי הוא ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק הכא במכירי כהונה עסקין ודאשתחית בחיי דאבוהון... השתא מוחכרת ומושכרת דלאו ברשותא דמרה דידהו קיימא אמרת שקיל רועה באפר מיבעיא הא קא משמע לן דמוחכרת ומושכרת דומיא דרועה באפר מה רועה באפר שבחא דממילא קא אתי ולא קא חסרי בה מזונא אף מוחכרת ומושכרת שבחא דממילא קא אתי דלא חסרי בה מזוני 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 ירשו שטר חוב בכור נוטל פי שנים יצא עליהן שטר חוב בכור נותן פי שנים ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי מאי טעמייהו 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 אע"ג דלא מטא לידיה אף חלק בכורה אף על גב דלא מטא לידיה ורבנן נמי הכתיב פי שנים ההוא למיתבא ליה אחד מצרא ורבי נמי הכתיב לתת לו ההוא שאם אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי. א"ר פפא דיקלא ואלים (והתרחב) ארעא ואסיק שירטון (ונתייפתה) דכ"ע לא פליגי דשקיל כי פליגי בחפורה והוה שובלי שלופפי והוה תמרי (שחת הניח להן ונעשו אחרי כן שובלי וכן שלופפי דקלים שהפריחו פירות ונעשו אחרי כן תמרים בכה"ג שבחא דממילא פליגי) דמ"ס שבחא דממילא ומר סבר (רבנן) אישתני (ודבר אחר הוא) אמר רבה בר חנא אמר ר' חייא עשה כדברי רבי עשה כדברי חכמים עשה מספקא ליה אי הלכה כרבי מחבירו ולא מחבירו או הלכה כרבי מחבירו ואפילו מחבירו אמר רב נחמן אמר רב אסור לעשות כדברי רבי קא סבר הלכה כרבי מחבירו ולא מחבירו ורב נחמן דידיה אמר מותר לעשות כדברי רבי קא סבר הלכה כרבי מחבירו ואפילו מחבירו אמר רב אסור לעשות כדברי רבי ואם עשה עשוי קא סבר מטיין. איתמר תני רב נחמן בשאר ספרי דבי רב בכל אשר ימצא לו פרט לשבח שהשביחו יורשין לאחר מיתת אביהן אבל שבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן שקיל ומני רבי היא תני רמי בר חמא בשאר ספרי דבי רב בכל אשר ימצא לו פרט לשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן וכל שכן שבח שהשביחו יורשין לאחר מיתת אביהן דלא שקיל ומני רבנן היא. אמר רב יהודה אמר שמואל אין בכור נוטל פי שנים במלוה למאן אילימא לרבנן השתא שבחא דאיתיה ברשותיה אמרי רבנן לא שקיל מלוה מבעיא אלא לרבי ואלא הא דתניא ירשו שטר חוב בכור נוטל פי שנים בין במלוה בין ברבית מני לא רבי ולא רבנן לעולם לרבנן ואצטריך סלקא דעתך אמינא מלוה כיון דנקיט שטרא כמאן דגביא דמיא קא משמע לן" ובודף **קכה:** "אמר רב פפא הלכתא אין הבכור נוטל פי שנים במלוה בין שגבו קרקע בין שגבו מעות".

הרשב"ם פסק דהלכה כרב פפא דבתרא הוא, וכ"ד **הב"י ברא"ש**, **והרי"ף** כתב "חזינן מאן דפסק הלכתא כרבי ואייתי ראיה מדאיפסקא הלכתא (קכו:): דיש לבכור קודם חלוקה, והאי סברא לאו דסמכא היא דלא איפסקא הלכתא דיש לבכור קודם חלוקה אלא במאי דאתא לידי אבוה ואיתיה השתא ברשותיה אבל מלוה דליתא ברשותיה לא שייכא בהאי מילתא כלל וכ"כ **רבינו האי**". **הר"ן** כתב דס"ל לר"ח דקיי"ל כרבא בחפירי והוה שובלי שלופפי והוה תמרי דפליגי בהו רבי ורבנן אסור לעשות כדברי רבי ומיהו אם עשה עשוי, ואע"ג דאמר רב פפא לקמן דאין הבכור נוטל פי שנים במלוה וקיימא לן כוותיה לא פליג אדרבא ואיפשר דרב פפא לא אמר אלא במלוה דסבירא ליה כיון דליתיה ברשותיה ראוי גמור הוא ולא מיסתבר בה טעמיה אבל בשלופפי והוה תמרי חפירי והוה שובלי דאיתיה ברשותיה אפשר דמודה לרבא דמסתבר טעמיה ואם עשה כדברי רבי עשוי, אולם ציין הר"ן שדעת **הרמב"ם** שאין הבכור נוטל פי שנים בחפירי שנעשו שבלים וכפניות שנעשו תמרים, וכיון שלא כתב יותר מכלל דסבירא ליה דאפילו עשה אינו עשוי, וכ"ד הר"ן עצמו דסוגיין רהטא דטפי מקריא מוחזק מלוה משבח דאיפליגו ביה רבי ורבנן.

עוד בדעת **הרמב"ם**, הקשה ה"ה עמש"כ שאינו נוטל פי שנים בשבח ואפילו הכי כתב הניח להם אביהם פרה מוחכרת או מושכרת וכו' דנוטל, דכיון דפסק דלא כרבי היאך איפשר לו לפסוק כאותה ברייתא הא הוי כמזכה שטרא לבי תרי, ו**תירצ** דס"ל דעד כאן לא אוקימנא ההיא ברייתא

כרבי אלא מקמי דאמר רב פפא דבארעא ואסקא שרטון דיקלא ואלים אפילו רבנן מודי דשקיל והוה סלקא דעתין מעיקרא דרבנן פליגי אפילו בשבחא דממילא ולא אשתני ולהכי אוקימנא הך ברייתא כרבי אבל בתר דאמר רב פפא דאפילו רבנן מודי בשבחא דממילא ולא אשתני, ברייתא דפריה אפילו כרבנן אתיא דשבחא דממילא היא ולא אשתני. עוד כתב הרמב"ם שאין הבכור נוטל פי שנים בספינה שהיתה לאביו בים, וכתב הראב"ד דלמד כן ממשנה ערכין י"ז וה"ה תמה היכי יליף והרשב"א בתשובה כתב שלא מצא דרך שיסמכו בו.

השו"ע בסעי' ד' פסק כברייתא בדף קכ"ג ו**כרמב"ם** (וכלומר הסכים עם תירוץ ה"ה) וז"ל "הניח להם פרה מושכרת או מוחכרת או שהיתה רועה באפר (פירוש בעשב השדה, רשב"ם), וילדה (תרי מיני שבחים, סמ"ע), הבכור נוטל בה ובולדה פי שנים {ויש חולקין (רא"ש) ועוד דפוסקים כרבנן לגמרי דאין נוטל בשבח}. הניח להן עבד או בהמה טמאה, הבכור נוטל ב' חלקים והפשוט חלק אחד, דהיינו שעובדים לבכור שני ימים ולפשוט יום אחד (**מרדכי** ע"פ ב"ב יג.), וע"ל סימן קע"א ס"ח".

גם **הסמ"ע** (ו-ז) עמד על הרמב"ם דהגמ' העמידה את הברייתא כרבי, וביאר דס"ל דהסוגיא דקאמר מני רבי היא דהוא מקשן, ורב פפא דקאמר דיקלא ואלים כו' השיב לדברי המקשן ואמר דאתיא אפילו כרבנן, ומשום דס"ל דפריה מוחכרת או רועה באפר הנ"ל הוא דומה לדיקלא ואלים כו' דכ"ע מודים, והרא"ש ס"ל דרב פפא הוא מימרא בפני עצמו, ושדוקא בדיקלא ואלים הוא דכ"ע מודים, ופליג הרמ"א דווקא עמשי"כ הכא ולא על סע' ו', ובסברת הברייתא כתב דאין כאן דבר חדש דהרי גוף הפרה היה מצוי ביד אביהן כשמת ואפילו בולדה דהוא גוף חדש דלא היה מצוי, אפ"ה כיון שנולד מהפרה שהיתה מצויה ביד אביהן והשבח דהולד בא ממילא, נוטל, לאפוקי השבחים הנכסים בעמל ויגיעת האחין וכן אם בנו בתים ונטעו כרמים, והלבוש השמיט הגהת הרמ"א "ולא ידעתי למה". כתב ה**נתיבות** (א) דמדברי הסמ"ע משמע דבשכירות אינו נוטל פי שנים ובלחם משנה כתב שאף בשכירות נוטל משום דקי"ל דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף ובנתיבות תמה עליו דהא מ"מ מלוה הוא ולא עדיף ממלוה שהגיע זמנה בחיי אביו, ולא שמיע לן סברות הלחם משנה והקצות, דכאן משכירות הצומח אחר מיתת אביו מייירי דומיא דשבח ששבחו הנכסים אחר מיתת האב, ואין הפרש אם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף או רק לבסוף, ומ"מ עיקר שאינו נוטל השכירות, דאין לך אישתני גדול מזה, דמה לי שהאילן הוציא פירות שאין הבכור נוטל אפילו הפגים שנעשו תמרים או שהבהמה עשתה פירות ע"י מלאכתה, וכן בהמה שנתעברה אחר מיתת האב וילדה אינו נוטל פי שנים כמ"ש בקצוה"ח [סק"ג], ועיקר הטעם במה שנוטל שבח דמאליו ושבח דאישתני אינו נוטל פי שנים, דכל שבח הפירות שבשעת מיתתה הוא של הנותן ושבח הגוף הוא של המקבל, ורחמנא הקפידה על הנתינה, ולכך אינו זוכה רק בשבח הגוף למפרע, וכל שבח דאישתני כפירות דמי שאותן שהיו קודם קיום התנאי הן של הנותן.

כתב **רע"א** דהרמ"א חולק על מושכרת דאינו נוטל בשכר ובילדה אינו נוטל בולד אבל ברועה באפר ונתפסמה כן נוטל פי שנים דהוי כמו דקלא ואלים.

עמשי"כ הרמ"א הניח להן עבד וכו' כתב **הקצות** (ד) דהיינו דוקא אם הבכור כבר אמר שרוצה בחלוקה ומכי אמר שרוצה לחלוק זכה תיכף בחלק בכורתו אבל אם עדיין לא אמר הבכור שרוצה לחלוק וחקרוה או שכרוה אין הבכור נוטל פי שנים בשכירות ששכרו אחר מות אביהם וכן מבואר מדברי התוס', וכתב דנראה דה"ה הניח להם אביהם מעות והיורשין העלו את המעות בהלואה ריבית קודם שגילה הבכור דעתו שרוצה בחלוקה דאין הבכור נוטל פי שנים בריבית שהעלו אחר מות אביהם, דהלואה ריבית הרי הוא כמו חכרוה או שכרוה.

בסעי' ה' פסק **השו"ע** כברייתא שם והרמב"ם "שחט אחד ממכירי אביו בהמה, ואחר כך מת אביו, נוטל פי שנים במתנות של אותה בהמה", דמתנות שלא הורמו כהורמו דמי.

בסעי' ו' פסק **השו"ע** כרבנן ו**כרמב"ם** ודלא כר"ח "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 שבלים וכפניות (תמרים בעודן סמדר, רש"י) שנעשו תמרים, אבל שבחו מחמת עצמן ולא נשתנו, כגון אילן קטן שגדל ועבה, וארץ שעלתה שרטון הרי זה נוטל בשבח פי שנים, ואם מחמת הוצאות השבית, אינו נוטל".

כתב הש"ך (ג) על הרישא דאין הפשוט יכול לומר תן לי חלק קרקע בעד השבח אפילו יש בו שיעור חלוקה, ודלא כדמשמע בסמ"ע (י) דכתב דנוטל ב' חלקים בנכסים שהניח אביהם ובשבח שעליהן אינו נוטל אלא מחלק אחד כפשוט וחלק השני שמים בדמים וחולקין אותו ביניהם, וכתב הש"ך דאולי כונת הסמ"ע כשהבכור מתרצה בכך אבל פשט לשונו לא משמע כן.

ע"פ מימרא דרב הונא קכו. וכפירוש הרשב"ם כתב הרמ"א בסעי' ו' "בד"א, שלא מיחה בהן, אבל אם מיחה הבכור ואמר אל תשביחו הנכסים עד שנחלקו, ולא שמעו אליו והשביחו, אם לא עשו בהן שינוי נוטל פי שנים בשבח, ואם עשו בהן שינוי, אינו נוטל בשבח ולא בהפסד".

ביאר הסמ"ע (יד-טז) ע"פ הטור דמש"כ אם לא עשו בהן שינוי וכו' כגון שהיו ענבים ובצרום כלומר שחתכו הענבים ממקום חיבורם דהענבים מצד עצמן לא נשתנו, ואם עשו בהן שינוי ר"ל שהיו ענבים ודרכם אז קנאום אחיו הפשוטין בשינוי ואינו נוטל פי שנים בשבח אלא כמו שהיה בשעה שמיחה בהן הבכור דכל הגזלנים קונין בשינוי ומשלמין כשעת הגזילה, ומש"כ 'ולא בהפסד' ר"ל אם נתקלקל היין אחר הדריכה, ובטור הוסיף דאף אם לא עשו שינוי כגון שהיו ענבים מחוברים וחתכו ונתקלקלו, אין הבכור נוטל חלק בהפסד. כתב ה^{נתיבות} (ב) דבסמ"ע משמע דאירי מטעם שקנאן בשינוי ומשלמין כשעת הגזילה, והא דנקט דין זה בבכור דהא אפילו בפשוט לפשוט דינא הכי, כיון דנתכוין לגזול קנה בשינוי, רבותא קמ"ל דאפילו נגד בכור שלא נתכונו היורשין לגזול הגוף רק שלא השגיחו על מחאת הבכור ונתכונו שיהיה דין בשבח כמו קודם המחאה, ומבואר הוא דקודם המחאה דהבכור נוטל השבח רק שצריך לשלם דמיה, ולדעת כך ירדו להשביח ונתכונו רק שיתן להם הבכור דמי שבח היין, אבל גוף היין נוטל הבכור כמו קודם מחאה, דאי לא תימא הכי היה לו לאשמועינן דאפילו גוף היין א"צ היורשים לשלם רק דמי היין, וקמ"ל דאף שלא קנו גוף הדבר כיון שלא נתכונו לקנות, ואין היורשין יכולין לומר דידן אשבח, מ"מ קנו השבח משום תקנת השבים, וכמו בתוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה ואפ"ה א"צ להחזיר השכר משום תקנת השבים.

האם בכור נוטל פי שנים בדבר השנוי במחלוקת הפוסקים אי הוי ראוי או מוחזק?

כתב השער משפט (פת"ש ג) דיש להסתפק במקומות שהפוסקים חולקים אי הוי ראוי או לא היכי לדידינו דייני, אי נאמר דהבכור אינו נוטל כלום משום דדמי למי שנסתפק לנו אם הוא בכור בסימן רעז/יא או דילמא שאני התם שהספק הוא אם הוא בכור כלל וא"כ אין ידוע אם הוא יורש כלל לכך אינו נוטל כלום מספק כבסימן רפז/ משא"כ הכא דודאי בכור הוא אלא דהספק הוא בממון אם הוא מוחזק או לא, וי"ל דחולקים כמבואר בסוף סימן קל"ט, וצ"ע לדינא.

סעיף ז

האם יש חלק בכורה במלוה? ומה הדין במשכון?

ב"ב קכה: "אמר רב פפא הלכתא אין הבכור נוטל פי שנים במלוה (לעיל).. ומלוה שעמו (שהבכור נתחייב לאביו) פלגי (דהוה ליה ממון המוטל בספק וחולקין דאין ידוע אי חשוב מוחזק לאביו שהרי הבכור רוצה הוא לשעבד נכסיו לאביו לגמרי ובעין יפה גמר ומקני נכסיו לאביו כדי שיהא אביו מוחזק בהך מלוה ויטול בה פי שנים או דילמא לא שגא משאר מלוה הילכך פלגי, רשב"ם)".

וז"ל השו"ע "אין הבכור נוטל פי שנים במלוה, אף על פי שהיא בשטר ואף על פי שגבו קרקע בחוב אביהם (דכל שמחוסר גוביינא אינו מיקרי מוחזק) {היה לו שותפות ביד אחרים מקרי מוחזק (מהרי"ק)}. 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 (אע"ג דאין הלכה כסומכוס אלא כרבנן דאמרי המוציא מחבירו וכו' מ"מ מצינו כמה עינים שאמרו בספיקן שיחלקו, סמ"ע בשם התוס'). (רשב"ם -) בד"א, במלוה שלא במשכון, אבל במשכון נוטל פי שנים (אפילו יש עליו שטר, ש"ך), דכמוחזק דמי (טור ומהרי"ק -) אפילו משכנו בשעת הלואתו (ולדעת הרשב"ם מדובר בין של ישראל או של עכו"ם, ש"ך) {וי"א (מהרי"ק) דוקא במשכון של ישראל, אבל במשכון של עובד כוכבים לא מקרי מוחזק אלא אם כן חלוט לו המשכון (מאחר שהרשב"ם ר"ח ועוד נתנו טעם לדבריהם הנ"ל משום דבעל חוב קונה משכון, ואילו במלוה דגוים אינו קונה לרבנן דרבי מאיר בפרק כל שעה)}. (ע"פ ב"מ סז: -) ואם המלוה על משכונא של קרקע,

באתרא דלא מסלקי, שקיל בה פי שנים, והוא דלא מטא זימנא בחיי אביהם } ומקרי גם כן מוחזק לגבי לוח, ובכור הלוח נוטל פי שנים כשחוזר ללוח (תשובת הרשב"א) }."

עמש"כ המחבר ע"פ הטור והרא" דכמוחזק דמי אפילו משכנו בשעת הלואתו כתב **הסמ"ע** (כ) דר"ל אע"פ שבמשכנו בשעת הלואתו אינו קונה משכון, כיון דר' יצחק למד מ'ולך תהיה צדקה' דקונה משכון במשכנו שלא בשעת הלואתו, משו"ה גם במשכנו בשעת הלואה הואיל ומוחזק בידו הו"ל כגבוי ומצוי ביד אביו ליטול ממנו הבכור פי שנים, ודלא כלבש שפירש הא דכתב דכמוחזק דמי הואיל דקנה משכון, דזה אינו, דהרי אינו קונה משכון בשעת הלואתו, **והש"ך** (ז) כתב דאין זה השגה על הלבוש דלשונו כלשון הרשב"ם ומרדכי, וכתב דנראה דאף דלשיטתו בסימן ע"ב דאין ב"ח קונה משכון רק שלא בשעת הלואתו אבל בשעת הלואתו לא קנה כלל, מ"מ דין דהכא אמת דכיון דעכ"פ אף בשעת הלואתו קונה משכון לענין שיש לו שעבוד עליו נמצא ששעבודו בידו הוא ומיקרי מוחזק ולא ראוי דלענין בכור כל ששעבודו בידו אע"ג דאינו קונה אותו לגמרי מיקרי מוחזק ולא ראוי, והוכיח כן מהטור בשם הראב"ד דאפילו משכנתא באתרא דמסלקא מיקרי מוחזק ולא ראוי כשגובה מגופא דארעא והא פשיטא דמשכנתא דקרקע אין ב"ח קונה משכון אלא שעבודא הוא דאית ליה עלה ומוכח דלענין בכור כל ששעבודיה בידו לא מיקרי ראוי.

עמש"כ הרמ"א ע"פ המהרי"ק דדוקא במשכון דישראל וכו' כתב **הש"ך** (ח) דצ"ע דנהי דמעכו"ם לא קונה משכון וכדאיתא בפסחים ל"א היינו לענין שיהא קנוי לו וא"כ לא הוי אלא הלואה ולענין מתנת ש"מ לא סמכא דעתיה, משא"כ לענין בכור דאפילו אינו קנוי לו רק שעבודו בידו מיקרי מוחזק וא"כ אף משכון של עכו"ם שעבודו בידו מיקרי וכנ"ל ע"פ הראב"ד, ומה דמשמע בהג' אשר"י לא כן וכמהרי"ק צ"ל דלא ס"ל כראב"ד והטור דלעיל, אבל לדעת הראב"ד הנ"ל דאפילו במשכנתא באתרי דמסלקי היכא דקשקיל מגופא דארעא בכור נוטל ממנה פי שנים ה"ה ממשכון של עכו"ם, וצ"ע, מיהו אם קבל עליו הישראל האחריות דכתב הרא"ש בפסחים דהישראל עובר עליו נראה דגם מהרי"ק מודה דמיקרי מוחזק, וצ"ע האידנא בסתם משכנות של עכו"ם דאפילו נאנס או נשרף פטור הלוח בדיניהם רק שאין המלוה חייב לשלם לו מה שהמשכון שוה יותר מהחוב אי קיבל עליו אחריות או לא, ובקצות (ח) כתב דהכא לא תליא מידי באחריות, ודוקא גבי חמץ כתב הרא"ש דישראל עובר עליו אם אחריותו עליו משום דגבי חמץ דבר הגורם לממון כממון, ומשום דכתב 'לא ימצא' כמבואר שם בש"ס, אבל לענין קנין ומוחזק אין אחריות מהני כלל דק"ל בכל דוכתי דבר הגורם לממון לאו כממון דמי, והכא בעינן קנין בגוף המשכון דליהוי מוחזק וכיון דישראל מעכו"ם לא קנה משכון ודאי אין הבכור נוטל אפילו אחריותו עליו, וכן תמה **בנתיבות** (ה), וביאר כוונת הש"ך דצריך לומר דקבלת אחריות במשכון הוא מטעם שהקנה לו המשכון לשיעבודו, ולכך כשנאבד המשכון נאבד השעבוד, ולכך נקרא חמצו של ישראל וקנסטין לחמצו של ישראל, וכיון דמוכח דקנוי לשעבודו עד שנקרא חמצו של ישראל, ומזה למד הש"ך דנקרא ג"כ מוחזק, ולענין דינא כתב דהעיקר כרמ"א דבמשכון ע"כ לא נקרא מוחזק והא דמביא הש"ך ראייה ממשכון באתרא דמסלקי, ליתא, דהעיקר כמש"כ בסימן ע"ב דאף במקום דלא קני משכון מ"מ יש בו קנין לענין זה דלמפרע הוא גובה, ולכך כשגובה מקרקע זו נעשה שלו למפרע וממילא הוי מוחזק, משא"כ כשגובה מעות או ממקום אחר, ולפי"ז במשכון של גוי למאן דס"ל דישראל מגוי לא קני משכון בפסחים, על כרחך גם לענין למפרע הוא גובה אינו קונה, דאי לא תימא הכי היה לו להיות עובר עליו בפסח כמו שעובר עליו מהאי טעמא לאביי, וכיון דלאו למפרע הוא גובה אין חילוק בין כשגובה משדה זו או משדה אחר, ומה שהביא ראייה מחמץ ג"כ אינה ראייה דהטעם הוא דדוקא פקדון דיכול לומר לגוי הרי שלך לפניך, ואין כאן קנס לישראל במה שאוסרין החמץ, לכך לא קנסוהו, משא"כ במשכון, דהגוי אינו מחויב לשלם כשנאסר בהנאה בגרמת ישראל, והרי איכא קנס לישראל במה שמפסידין שיעבודו, ולכך קנסוהו. בשו"ת **פני יהושע** (פת"ש ז) פסק דהוי ספיקא דדינא ולכן נוטל החצי מן פי שנים.

עמש"כ הרמ"א בסיפא דמיירי דלא מטא זימנא כתב **הנתיבות** (ז) דבטור הביא בזה מח' ר"י מיגאש והרשב"א, אולם נראה דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי, דהר"י מגא"ש הסובר דבמטא זמנא בחיי אבוהון לא שקיל, מיירי כשגובה מפירות הקרקע, דבאתרא דלא מסלקי גובה אפילו מפירות, ולכך כשכבר מטא זמניה שאין השדה שוב כמכורה לו לפירותיה, כיון שהפירות לא הוין מצויין בשעת מיתת אבוהון ולא עבידי דאתי דאימר יפדה אותן הממשכן, הוי ראויה, והרשב"א מיירי כשגובה חובו מגופא דארעא או מעות, דהטעם כתב הרשב"א דהמעות שגובה הוי כמוחזק, דכשפודה אותו הוי

כחוזר וקונה, א"כ מה לי כשפודה אותו בתוך הזמן או לאחר זמן, דהא השדה הוא קנוי לו עד שחוזר ופודה, דבמה פסק הקנין בכלות הזמן כשלא נתן מעות, ולזה הוי מוחזק גמור.

מה דין הבכור בשטר עיסקה שחציו פקדון וחציו מלוה?

כתב ה**נתיבות** (ד) דאם הוא שטר עיסקא מבואר בדברי ריבנות דאפ"ה הוי ראוי, אף שאסור למקבל להוציאן רק לצורך העיסקא, ומסתבר טעמיה דהא מחוסר גוביינא הוא, וגם לאו הני מעות שבק אבוהון כדאמרינן בדף קכ"ה, וכתב ה**פת"ש** (ד) דכן דעת חוט השני, אולם בספר **שער משפט** כתב בשם הרדב"ז דפלגא פקדון מיקרי מוחזק אך פלגא מלוה הוא ראוי והוא ז"ל חולק ודעתו לדינא דהבכור נוטל פי שנים בכל העיסקא כמו בשאר פקדון שהוא ביד אחרים, וכ"פ ב**שבו"י** דנוטל פי שנים אפילו בהאי פלגא דמלוה, אכן בתשובת **פני יהושע** פסק כדעת רדב"ז הנ"ל דלא שקיל מפלגא דמלוה אבל פלגא דפקדון ברור דשקיל.

האם בכור נוטל פי שנים בכספים שהיו לאביו בבנקים?

לגבי **כספים הנמצאים בבנק** כתב ה**חיד"א** (חיים שאל א,עד) כתב "ראיתי תשובה לאחד מרבני הדור הלכה למעשה שכתב דמעות שבבנקים של לונדרים חשיב מוחזק, ואין ראיותיו מכריעות ונעלם ממנו תשובת הרב גנת ורדים.. שפסק דהוי ראוי והסכים עמו הרב מהר"י הלוי וכן דעת הרב **שאלת יעב"ץ**", וב**פסקי המשפט** (אות ג) כתב דהיוצא מה**פת"ש** בחצי מעות דפקדון גבי שטר עיסקא לעיל, שמעות שהופקדו בבנק עם היתר עיסקא יכול ליטול פי שנים בחצי המעות, וב**פתחי חושן** (ט,ב,לו) חלק אסברא זו והכריע דהוי כראוי ד"אפילו לדעת הפוסקים שגם בעיסקא נוטל פי שנים בחלק הפקדון או בכולו, שאני פקדון בבנק שעיקר ההתעסקות ע"ד כן, וכאילו התנו בפירוש ע"ד להלוות לאחרים ולא ע"ד להחזיקם בעין, ולא עדיף ממלוה שלו ביד אחרים".

ב**שבט הלוי** (ד,רטו) כתב דאף דהממשלה ערבה מיד, לפי פשוטן של הענינים בסוגיא דטעם מלוה משום דלאו הני זוזי שביק אבוהון, וא"כ הני כספים הנתונים בבנק נהי דעומדים להחזיר כל שעה מ"מ כיון דמשלמין עליהם ריבית והיינו משום דמשתמשים הבנקים בכסף הזה א"כ לא הני כספים שביק אבוהון, ופליגי גדולי הפוסקים לענין כסף עיסקא (לעיל) ד"א דפלגא מלוה הוי ראוי וי"א דפלגא דמלוה הוי מוחזק והיינו כיון דהלואה אסור להוציאו לצרכו או לדבר אחר ואין נעשים מטלטלין אצל בניו וגם בזה דעת המורים נוטה שפלגא מלוה עכ"פ נקרא ראוי, ולפ"ז באמת פה בא"י שההיתר לקחת הרווחים מהבנקים נבנה על יסוד ההיתר של היתר עיסקא שהיא מחצה מלוה מחצה פקדון א"כ בחצי הסכום שמכח פקדון איכא לכאורה דין בכור דפי שנים, אך י"ל דעיסקות דכיום ע"פ המבואר בפוסקים יו"ד סי' קע"ז גם חצי הפקדון אינו עומד להחזירו בעין שידוע שהבנק אינו מפקיד שאותן מעות ישארו בעין אלא הוא מוציאן ומחליפן כאוות נפשו ולא נקראו הני כספים מעין דשבין להו אבוהון, וקשה להוציא ממון מיושרים ולהביאם לבכור פי שנים.

במאמר של הרב **זלמן מלמד** כתב דאף שהיב"א (ח,ח) הכריע דכיון שלרוב הדעות (חיד"א הנ"ל ועוד) כסף בבנק נחשב ראוי כך יש לפסוק, אך כתב ד"קשה לדון מצורת ניהול הכספים לפני מאתים שנה על זו של היום, ואחרונים רבים שכתבו שכסף בבנק נחשב ראוי לא עסקו אלא בבנק שהיה בזמנם, כיום, כסף שנמצא בבנק הינו בטוח יותר מאשר בבית, כי בבית הוא יכול להיגנב וליאבד, על כן, מסתבר יותר שכסף שבבנק נחשב מוחזק, וכן כתב הרב **משאש**, שכיון שהיום יש ביטחון גמור שהכסף יחזור, הוא נחשב מוחזק, ולא עוד אלא שהכסף מוכן תמיד להחזרה בכל עת שהוא ידרש, ולכן אין להתחשב בכך שהבנק משתמש בו, ואין לחשוש שמא כל הלקוחות ידרשו את כספיהם בבת אחת, שאם נגיע לחששות רחוקים כאלו, אז כל המוחזקים יהפכו להיות ראויים.

גבי שטרות כסף דזמנינו, יש להביא בתחילה שכתב ה**פת"ש** (ה) בשם ה**נו"ב** בהנך אובליגאציאן (נראה שהם שטרי חוב של המדינות, פתחי חושן), שדינם כראוי ואע"פ שנכסי המדינות ממושכנות לחובות אלו, והרי במשכנתא נחלקו להלן הפוסקים ויש אומרים דמיקרי מוחזק, מ"מ כיון שהמדינות נותנים תמורתם מעות, הוי כגבו מעות, שאפילו במשכנתא הוי ראוי לכ"ע, אולם גבי שטרות כסף דזמנינו כתב ב**פתחי חושן** (ט,ב, הע' נז) דפשוט דאע"פ שג"כ אינם אלא כשטרי חוב של הממשלות, אין דינם כראוי, שמסברא נראה דכיון שכל המסחר הוא בשטרות אלו, הרי הם כמטבעות, ועוד דלא שייך לומר ראוי אלא בדבר שאח"כ נעשה מוחזק, אבל בני"ד אם נאמר שהם בדין ראוי אין לך כמעט מוחזק כלל

(וראה עוד בפסקי המשפט גבי מניות דנחשב מוחזק משום דאין כאן חוב שעומד לגבותו והמסחר הוא במניות עצמן).

סעיף ח

מהו הדין בזכיית השבח בחלקו של הבכור? (לעיל סע' ד) ומה הדין מכר חלקו קודם חלוקה? ומה יהא בגילה דעתו שאינו רוצה בחלק הבכורה? האם ישנו קושי בהלכות אלו ואיך מתיישבים הדברים? (ראה גם לקמן בסע' י')

האם בכור יכול ליתן את חלק בכורתו לפני שקיבל אותו מאחיו?

האם הבכור מוחזק בחלק הבכורה מרגע מיתת האב או רק מרגע קבלת הבכורה? הוכח. (וראה גם לקמן סע' י')

ב"ב קכו. "אמר רב אסי בכור שנטל חלק כפשוטו - ויתר מאי ויתר (דכיון דמתנה קרייה רחמנא ואיהו לא בעי לה לא הויא מתנה ולא יזכה בה עוד, רשב"ם) רב פפא משמיה דרבא אמר ויתר באותה שדה רב פפי משמיה דרבא אמר ויתר בכל הנכסים כולם קסבר יש לבכור קודם חלוקה ומדאחיל בהא אחיל בכולהו ורב פפא משמיה דרבא אמר ויתר באותה שדה קסבר אין לבכור קודם חלוקה ומה דאתא לידה אחיל אידך לא אחיל. והא דרב פפי ורב פפא לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר דההוא בכור דאזל זבין נכסיה ודפשוט אתו לקמיה דרבא אמר להו לא עשה ולא כלום מר סבר לא עשה כלום בפלגא (בחלק פשיטותו וכל שכן בחלק פשוט אחיו אבל בחלק בכורה יפה מכר דיש לו לבכור קודם חלוקה, רשב"ם, והתוס' חלקו דאין נראה דחלק פשיטותו פשיטא דמכר כדקאמר בדף קכ"ד מה חלק פשוט אע"ג דלא אתי לידה אלא הפי' דלא עשה כלום בפלגא היינו בחלק פשיטות אחים אבל חלק בכורה מכר וכל שכן חלק פשיטותו, וכתב הנ"י שכן דעת כל המפרשים) ומר סבר בכולהו", ואסיקנא דהלכתא יש לבכור קודם חלוקה. "מר זוטרא מדרישבא פלג בצנא דפלפלי בהדי אחים בשוה אתא לקמיה דרב אסי אמר ליה הואיל ויתרתה במקצת ויתרתה בכל הנכסים כולם".

על דאסיקנא דיש לבכור קודם חלוקה כתב **הרא"ש** דתימה דפסקינן בדף קכ"ה דאין נוטל פי שנים במלוה וזבין דסברי דאין נוטל פי שנים בשבח דמתנה קרייה רחמנא ועד דמטיא לידה אלמא אין לו לבכור קודם חלוקה, וכתב די"ל דטעמייהו דרבנן מבכל אשר ימצא לו כדתניא לעיל פרט לשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהם והא דמיייתי לעיל קרא דלתת לו פי שנים משום דתרווייהו קראי צריכי דאי לא כתיב אלא לתת לו הו"א דאתא למימר שאם אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי ואי לא כתב נמי אלא בכל אשר ימצא לו הוה מוקמינן ליה בשבח שהשביחו יורשין 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 כדאמרין גבי דיקלא ואלים ארעא ואסקא שרטון לא מיקרי ראוי, והא דויתר בדיבור בעלמא בלא קנין משום דמתנה קרייה רחמנא ובאמירה בעלמא אם אמר אני רוצה לבטלה יכול להסתלק וזכו אחיו בחלקו וכ"כ הרי"ף דלא אמרו יש לו לבכור קודם חלוקה אלא במאי דאתא לידא דאביו ואיתיה השתא ברשותיה אבל מלוה דליתיה ברשותיה לא שייכא בהאי מילתא.

וז"ל **השו"ע** "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".

כתב **ערוה"ש** (כ) "ודע דאע"פ שחלק בכורה הוה כמתנה ויכול למחלה מ"מ קיי"ל דיש לו לבכור קודם חלוקה וכשלו היא גם קודם שבאת לידו לענין מכירה שאם מכר חלק בכורתו לאחר אף קודם חלוקה ממכרו קיים והוה כאלו מטי לידה, והטעם דאינה דומה לכל המתנות שתלוי ברצון הנותן דהרי התורה זיכתה לו במתנה זו ורק ביכלתו להסתלק ממנה בדברים בעלמא כיון דלא באה לידו עדיין", ובסע' יז כתב "חלק הבכורה קראה התורה בלשון מתנה דכתיב לתת לו פי שנים ולכן יש חילוק בין חלק פשיטות לחלק בכורה דבחלק פשיטות אין היורש יכול להסתלק מחלקו בדברים בעלמא שיאמר

איני נוטל חלק ירושתי והבכור מסתלק מחלקו הבכורה בדברים בעלמא ומועיל על זה לשון מחילה ולא עוד אלא אפילו אם חלק עם אחיו במקצת נכסים בין בקרקע בין במטלטלין ונטל חלק כפשוט ויתר בכל הנכסים.. דאמרינן מדמחל באלו מחל מסתמא ג"כ בכל הנכסים".

סעיפים ט - י

האם הבכור נוטל פי שנים בנכסי אביו, חייב לשלם פי שנים בחובות של אביו? במידה וכן, האם ויתורו של הבכור על נטילת פי שנים בחלק מנכסי אביו למרות שביתר הנכסים נוטל פי שנים משחררת אותו מתשלום פי שנים על חובות אביו? הוכח זאת.

ע"פ מימרא דרב הונא **קכו**: (לעיל ברמ"א סע' ו' כפירוש רשב"ם) והכא כפירוש הרמב"ם פסק בשו"ע **"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 (וכרבה ודלא כרב יוסף -) 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 בשאר נכסים, הא למה זה דומה, למי שמיחה בענבים וחלק עמהם בזיתים, שהרי ויתר בכל, וכן כל כיוצא בזה".

על ההיכר תמצוי דבצרום וחלקום בשוה וכו' דלא ויתר, ביאר הסמ"ע (כו) דלא אמרינן מדלא עשה מחאה חדשה כשחלק בשוה אחר שבצרום הוי כחילק עם אחיו בשוה מין אחר בלא מחאה והוי ויתור גם לשאר נכסים, דכיון דעדיין לא נשתנו הענבים מהני מחאה דעשה קודם בצירה לחלוקה בשוה דעשה לאחר בצירה, אבל אם אחר שדרך אותם הענבים חלקו בשוה בלא מחאה, כיון דנשתנו מענבים ליין הו"ל כמוחה בענבים וחלק עמהם בשוה בזיתים בלא מחאה, דלא מהני ליה מחאת הענבים.

[עמש"כ המחבר בסיפא דבדרכום וחלק עמהם בשוה ולא מיחה בהם משנעשה יין ויתר, הקשה **הקצות** (יא) דבשלמא מיחה בענבים וחלק בזיתים דהיה יכול ליטול חלק בכורה מן הזיתים והו"ל ויתר חדש ואמרינן דויתר בכל הנכסים, אבל בענבים מכי אמר לחלוק בשוה תו אינו יכול לחזור בענבים וכמבואר בטור בשם הראב"ד וזה נמי דעת השו"ע דבמה שויתר ודאי אינו בחזרה דאל"כ מאי מהני ויתור, וכיון דתו אינו בחזרה מענבים א"כ אחר שנעשה מן הענבים יין ע"כ צריך לחלוק בשוה אפילו לא ירצה לוותר עתה כיון דענבי האחין הוציאו יין א"כ לא מצי מוחה ביין, וצ"ע, וב**נתיבות** (ח) יישב דלא מייירי הכא שאמר שלא יטול בענבים, רק שאמר לפני עדים שאף אם יחלוק בשוה לא יהיה חלקו מחול, דאז אף בענבים לא הוי מחילה עד שחולק עצמו בשוה, משו"ה כשלא חלק עצמו בענבים עד שנעשה יין לא מהני מה שאמר לפני העדים, ואפילו לא מיחה הבכור עדיין לומר לא תשביחו שאז הדין דאין הבכור נוטל בשבח היין כנ"ל בסע' ו', וא"כ לכאורה הוכרח לחלוק בשוה, מ"מ י"ל דאף שאמר שרוצה לחלוק ענבים בשוה דלא היו חשיבי בעינן, מ"מ כשנעשה יין ואינו נוטל פי שנים בשיעור דמי ענבים, ואפילו שבח היין היה מגיע לו פי שנים רק שמחויב ליתן דמים ומדלא נטל הוי גילוי דעת שאינו רוצה ליטול בחלק בכורה עד שימחה].

ע"פ ברייתא **קכד**. והגמ' שהוזכרו בריש סע' ד', פסק בשו"ע (י) **"יצא עליהם שטר חוב**, בכור פורע בו פי שנים, ואם אינו רוצה ליטול פי שנים ולא לפרוע פי שנים, רשאי (משום דמתנה קרייה רחמנא ועד דמטי לידו לא הוה שלו, סמ"ע ע"פ הגמ' שם) **(רשב"ם -)** ונפקא מינה שאם שאל היורשים קטנים או אינם כאן שאין בעל חוב יכול לגבות ממנו אלא כפי החלק הפשיטות (דאינו יכול לסלק עצמו מחלק הפשיטות דבמקום אבוה קאי) **(סמ"ע**: נפק"מ נוספת בשם ר"ת שאם יש לבכור חוב שחייב הוא בעצמו ולא מחמת אביו, כשמסלק עצמו מחלק הבכורה אז אינו נפרע החוב משאר האחין, וצ"ע), ויש מי שאומר **(ראב"ד)** שאם רוצה לחזור בו אינו יכול (דס"ל דאפילו בחלק פשיטות אם אמר איני רוצה בירושה ולא אפרע חובותיו אין כופין אותו, אלא הכא לענין חזרה קאמר דאילו בחלק פשיטות אי אמר לא ירתינא ולא פרענא וכי פרעו אחי בזוזי הדר ואמר הבו לי מנתי ואפרע לכו זוזי מצי הדר ביה דמכי מיית אבוהי זכה בחלק פשיטות וכי אמר לא פרענא לאו זבינא הוה ולא מתנה ולא הפקר, אבל בחלק בכורה אכתי לא זכה ביה דמתנה קרייה רחמנא ובמתנה כיון דאמר אי איפשי בה דבריו קיימין הלכך מכי אמר איני נוטל לא מצי הדר, **טור** בשמו)".

כתב **הסמ"ע** (כט) דנראה מהמחבר דהביא רק סוף דברי הראב"ד, דאחר שאמר איני רוצה ליטול חלק בכורה ופרעו אחין אין יכול לחזור בו, ולא הביא תחילת דברי הראב"ד דגם בפשוט יכול לסלק נפשו ולומר איני רוצה בירושת הפשיטות ולא אפרע החוב, משום דמסתבר למחבר בזה דבחלק הפשיטות אינו יכול לסלק, דהבן במקום האב קאי, וכר"י מגאש, והוא סברא קמיינת דכתב המחבר.

כתב **הקצות** (יב) דגם רב פפא דס"ל אין לבכור קודם חלוקה, נמי מכי אמר איני נוטל תו ליתיה בחזרה כיון דמהני סילוק בדבר שלא בא לעולם וליתיה תו בחזרה וכסימן ר"ט, אלא דלמאן דאמר יש לבכור קודם חלוקה הו"ל כאילו הגיע לידו מתנה בבת אחת מסך אלף זהובים וזה שויתר בשעת חלוקה אפילו לא היה החלוקה אלא בשדה אחת, מכי גלי אדעתיה שאינו רוצה במתנתו ויתר בכל הנכסים, ולמאן דאמר אין לבכור קודם חלוקה וא"כ מגיע לו מתנתו שהוא חלק בכורתו שלא בבת אחת אלא לחלקים בכל עת חלוקה, ומש"ה סבר רב פפא ויתר באותה שדה קסבר אין לבכור קודם חלוקה ומה דאתי לידיה אחיל אידך לא אחיל, ואם אמר בפירוש איני נוטל בכל הנכסים לכ"ע ליתיה בחזרה ומשום סילוק בדבר שלא בא לעולם, אלא דלמאן דאמר אין לבכור קודם חלוקה אף על גב דויתר באותה שדה לא ויתר בכל הנכסים כיון דאינו מתנה אלא לחלקים ואמרין מה דאתי לידיה אחיל, וא"כ אתי שפיר הך דאיני נותן ואיני נוטל נפקא מינה לחזרה אליביה דכ"ע כיון דאומר בפירוש איני נוטל בכל הנכסים.

אחד שמת והניח נכסים משועבדים לכתובת אשה (ראה סעיף ב') או לבעלי חובות או למס הכנסה או למיסי ארנונה, או נשבע לתת מתנה לחבירו ומת המקבל (או מכירי כהונה), בכל אלו הדוגמאות האם הבכור נוטל בנכסים אלו פי שנים?

כתב **הרמ"א** (ז) ע"פ הנ"י "היו לו קרקעות משועבדים לאחרים מקרי מוחזק, אבל אי חייבים למלך מכח מס, ודרך המלך ליקח הקרקע בעד המס, מקרי ראוי, אבל במקום שאין דרך המלך כך (אלא שהוא משכיר הקרקע לג' או ד' שנים עד שיפרעוהו), מקרי מוחזק והבכור נוטל בו פי שנים".

כתב **הקצות** (טו) באחד שנשבע ליתן מתנה לחבירו חפץ פלוני ומת המקבל קודם שהגיע המתנה לידו דיש להסתפק אם הוא ראוי לגבי בכור כיון דשבועה אינו עושה קנין או כיון דצריך לקיים שבועתו ואסור לו לחזור הו"ל החפץ שנשבע לתת לו כמו מוחזק, ויש ללמוד דהוי מוחזק מדברי התוס' דף קכ"ג דבכל דוכתא עביד מכירי כהונה מוחזק משום דזהו מתנה מועטת ואסור לחזור בו ואפילו בדברים בעלמא, ואע"פ שאם רצה לחזור בו יכול מכל מקום כל כמה דלא הדר ביה הוי כמוחזק, וא"כ מכל שכן בנשבע או נתן תקיעת כף ליתן חפץ פלוני דהוי מוחזק לגבי בכור, וגבי מכירי כהונה כתב הקצות דהטעם שכתבו התוס' הוא העיקר ודלא כמש"כ המהרי"ל דמכירי כהונה אינו משום איסור אלא שאין יכול לחזור בו, אולם ה^נתיבות (יא) חלק על הקצות והטעם במתנות כהונה משום דשל כהן הוא, רק שיש לבעה"ב טובת הנאה בציווי רחמנא, וכיון דאסור לחזור בו נתבטל הטובת הנאה שנתנה לו רחמנא, דבמקום איסור לא נתנה לו רחמנא, וכיון שהוא אינו יכול לחזור והמקבל יכול לתקפו בעל כרחו של הנותן וכשיתקפהו יהיה שלו לגמרי לקדש בו אשה ולכל דבר, הוי מוחזק, משא"כ בשבועה או בשאר מתנה מועטת דאפילו יתקפו ממנו לא יהיה שלו עד שיקנה לו בקנין, וכל זמן שלא נקנה לו בקנין לא יהיה שלו, לא הוי מוחזק.

נכסים גנובים שהוחזרו, האם הבכור יקבל בהם פי שנים? האם יש הברל בדין ראוי בין בכור לבעל?

עוד כתב **הרמ"א** (ז) ע"פ הנ"י והמרדכי "היה לו קרקע מהיום לאחר מיתה, או שנגזל לו קרקע שאינה נגזלת, ואפילו נגנבו לו ספרים שמסתמא אינו מייאשם, מקרי מוחזק (ושאר מטלטלין אף על גב דלא מתייאשי מינייהו מיקרי ראוי, דרכ"מ בשם הנ"י, והובא בקצות, וראה לקמן)".

כתב **הקצות** (יד) דסברת המרדכי בפנים גבי ספר שנגנב מהבעל ומת הבעל והוחזר דמסתמא לא נתייאשו דמחייב להדורי, אין לומר דראוי הוא ואין האשה נוטלת בראוי כבמוחזק דכל היכא דאיתא לספר ברשות בעלים איתיה ובחזקתן, דלא גרע ממלוה דאע"ג דחשבינן ליה ראוי גבי בכור, גבי כתובת אשה לא חשבינן ליה ראוי בין גבו קרקע בין גבו מעות כמו שפירש ר"י בתוס' ואפילו ממלוה של

עכו"ם נמי גביא כמש"כ רבינו יהודא מפרי"ש ומזה למד הרמ"א דספרים הגנובין מיקרי מוחזק, אבל נראה מדברי המרדכי דלא כתב זה רק דלא הוי ראוי נגד גבית כתובה דאפילו מלוה לא הוי ראוי נגד זה משא"כ לענין בכורה דאפילו מלוה הוי ראוי גניבה נמי כיון שאינו ברשותו הוי ראוי, והטעם באשה מבואר משום שעבודא דר' נתן, וגבי גניבה וגזילה נמי שייך שעבודא דר' נתן כיון דאפילו בפקדון שייך דינא דר' נתן כמבואר בסימן פ"ו אבל לגבי בכור לא עדיף ממלוה וכשם שאין הבכור נוטל ממלוה ה"נ אינו נוטל מספרים הגנובים וצ"ע, וגם בעיקר דברי הרמ"א במה שמחלק בין ספרים לשאר מטלטלין דגבי שאר מטלטלין אף על גב דלא נתיאשו הבעלים הו"ל ראוי, ומאי עדיפותיה דספרים כיון דמעלת הספרים משום דאינו מתיאש מהם, וא"כ מאי שנא שאר מטלטלין שידוע שלא נתיאש מהם, וכתב דהנראה ליישב דברי הרמ"א במה שמחלק שאר מטלטלין דשאר מטלטלין כיון דסתמן עומד ליאוש אף על גב דזה לא נתיאש ועומד וצוות, אינו מצוי מיקרי דהא מהאי טעמא סתמו עומד ליאוש לפי שאינו מצוי שיוחזר, אבל ספרים שסתמן אינו עומד ליאוש ומשום דשכיח טובא שיוחזרו הספרים דסתמן יבואו ליד ישראל, וא"כ הו"ל מצוי אף על גב דליתיה בתורת מתנה, וכשם שאין יכול להקנות שאר מטלטלין הגזולין כן אינו יכול להקנות ספרים הגנובין לא ממעט משום מתנה קרייה כיון דמצוי לא ממעט, אמנם בעיקר הדין צ"ע כיון דלמדו מדברי המרדכי ושם לא כתבו אלא לגביית כתובה ומשום דלא גרע ממלוה, ועוד דאם באנו לחלק בין דבר שסתמו עומד ליאוש או לא הו"ל לרמ"א נמי לחלק בין גניבה וגזילה וכסימן שס"א דסתם גזילה לא הוי יאוש ובגניבה נמי דעת כמה פוסקים דאם גוי גנבו סתמו לא הוי יאוש, ולולי דברי הרמ"א נראה דכל מטלטלין הגנובין והגזולין בין ספרים ובין שאר מטלטלין כל שאינו ברשותו להקדישו ולמוכרו הו"ל ראוי. **הנתיבות (י) כתב ליישב לימוד הרמ"א מהמרדכי דכיון שכתב המרדכי דכה"ג לא מיקרי ראוי, משמע דלכל מילי לא מיקרי ראוי, ומש"כ דלא גרע ממלוה הוא טעם אחר, וטעמו נראה כיון דבדף קכ"ה אמרין הטעם במלוה דהוי ראוי משום דלאו הני מעות שבק אבוהון, א"כ בגניבה דזה ממש שבק אבוהון לא הוי ראוי, ודמי לאבידה הנמצא אחר מות אבוהון דנראה ג"כ דלא הוי ראוי אף דאבידה ג"כ אינו ברשותו, וכתב הנתיבות דה"ה שאר מטלטלין כשידוע שלא נתיאשו דין ספרים יש להן, ומה שחילק בקצות דספרים עבידי להתבקש, לא נמצא סברא זו בפוסקים, דבספרים ג"כ איכא למיחש שגנבן ישראל ואצל ישראל הן כשאר מטלטלין הנגנבין.**

האם בכור יכול לתת או לוותר על חלקו קודם לחלוקה (ראה לעיל סע' ח'), או לוותר לאביו בחיים שלא יעבור עליו ב'לא יוכל לבכר'?

האם בכור יכול להסתלק בחלק בכורתו בחיי אביו?

כתב **הקצות (יג)**, וראה הג' אשר"י ב"ב ח,טו) דיש להסתפק בבכור שאמר **בחיי אבין איני רוצה בחלק בכורה** מי הוי דבריו קיימים או אין בדבריו כלום וכמו בפשוט שאינו יכול לסלק עצמו מירושת אבותיו, והביא דלמדנו **בכתובות פ"ג** וכי כתב לה מאי הוי ומשני כדרב כהנא דאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא יירשנה וכדרבא דאמר רבא כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים כו', ופירשו התוס' משום דהוי מדרבנן יכול להתנות אבל בדאורייתא אינו יכול להתנות, ושיטת הר"ן ודעימיה דגם בדאורייתא מהני סילוק, והא דאינו מועיל סילוק מנחלת אבותיו היינו משום דראוי לירש בכל שעה והוי כאילו בא לידו, **ויש לומר דלשיטת התוס' דטעמא דלא מהני סילוק מנחלת אבותיו משום דבדאורייתא לא מהני סילוק הנה כיון דמהני בבכור סילוק אחר מות אביו דהוי מן התורה אלא משום דמתנה קרייה רחמנא ויכול לומר אי אפשי בה א"כ מהאי טעמא נמי מהני סילוק בחיי אביו, ולשיטת הר"ן דלא מהני סילוק מנחלת אבותיו דחשיב כאילו בא לידו כיון שראוי לירש בכל שעה ולא מהני בזה סילוק, וכיון דבכור אפילו אחר מות אביו דיותר בא לידו ואפ"ה מהני סילוק ומשום דמתנה קרייה רחמנא, א"כ פשיטא דלא מגרע בזה שמסלק בחיי אביו משום דכאילו בא לידו הוא כיון דאפילו אחר מות אביו יכול לסלק ולומר איני נוטל, וגם לשיטת המפרשים שכתב הרב המגיד דאיירי בגמ' דוקא בבעל שבא ע"י מעשיו ולא בירושת משפחה דהוא ממילא, בכור ודאי מסלק נפשיה אחר מות אביו ומשום דמתנה קרייה וא"כ בדידה תליא אם אמר איני רוצה אינו זוכה, א"כ חשיב נמי ע"י מעשיו ומהני הסילוק בחיי אביו נמי וא"כ לכל השיטות לא שנא גבי בכור בין מחיי אב או אחרי מות אביו, וכן הוכיח מב"ב קכ"ו, ודלא כדמשמע בנ"י ובירן דאפילו מחל בפירוש לא הוי מחילה דבעל כרחו הוא שלו, דאזלינן בתר גמ' דידן וגם טעמא דירושלמי לא נודע דבהדיא**

אמרו מתנה קרייה ואין מתנה בעל כרחו, והוסיף דאפשר לומר לפ"ז בענין יעקב שקנה הבכורה מעשו והוא דבר שלא בא לעולם ובריב"ש כתב דקודם מתן תורה דבר שלא בא לעולם נמי קונה, ולפי הנ"ל אפשר דאבד עשו הבכורה במה שאמר למה זה לי בכורה דהוא מדין סילוק, אולם הנהיבות (ט) חלק על הקצות דכתב הרשב"ם בדף קכ"ו דאם אין דבר לבכור קודם חלוקה הא דלא ויתר הטעם משום דאין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם, וא"כ מכל שכן בחיי אביו דודאי אין לו לבכור בחיי אביו שאינו יכול לסלק עצמו, והא שיכול לסלק עצמו אחר מיתת אביו אף שבדבר דאורייתא לא מהני סילוק, היינו משום הטעם דחלק בכורה הוא בחיוב על היורשים דרחמנא חייביה ליורשים ליתן מתנה זו לבכור, ואחר מיתת אביו שכבר חל החיוב יכול למחול משא"כ בחיי אביו, ולמ"ד שאין לבכור קודם חלוקה דהיינו שלא חל החיוב כלל עד שעה שרוצה לחלוק, אינו יכול למחול, דהוי כמוחל דבר שלא בא לעולם. בריש סימן רפא כתב רע"א דפשוט ברמב"ן וכל הראשונים דאין הבן יכול לסלק עצמו מנכסי אביו שלא לירש ואפילו בקנין. הנהיבות בסימן רפא (ו) כתב דמתשובת המבי"ט שציין השי"ד שם מוכח שהאב יכול לסלק הבכור מירושתו כשהבכור ג"כ מסלק עצמו. ערוה"ש (יז) פסק כנהיבות דבחי אביו לא מהני שום סילוק.

סימן רעט – דין האומר זה בני או אחי או עבדי וחוזר ואומר איפכא

סעיף א

האם נאמן אדם להכיר יתר יורשיו כגון אח וכדומה?

האומר על פלוני שמוחזק שאינו אחיו שהוא אחיו האם נאמן?

משנה ב"ב קלד. "האומר זה בני נאמן זה אחי אינו נאמן" ויטול עמו בחלקו מת יחזרו נכסים למקומן, נפלו לו נכסים ממקום אחר יירשו אחיו עמו" ובגמ' "זה בני נאמן למאי הלכתא אמר רב יהודה אמר שמואל לירשו ולפטור את אשתו מן היבום לירשו פשיטא לפטור את אשתו מן היבום איצטריכא ליה", ופירש רשב"ם "לירשו פשיטא, דמגו דאי בעי יהיב ליה במתנה כי אמר נמי בני הוא ויירשני נאמן ואי משום נכסים הבאים לאחר מכאן ודאי אינו נאמן דהא ליכא למימר מגו", וכתב הרא"ש ש דכתב רבינו מאיר דפליאה גדולה היא לומר כן שאם בא אדם ממדינת הים הוא ובנו ואמר זה בני שלא יירש אותו הבן בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן ופירש הוא לירשו פשיטא דמכח דמתניתין דפרק האומר דמייתי לקמן פריך פשיטא, וגם הר"ן כתב שהרשב"א הקשה על פירוש רשב"ם מדאמרין בברייתא (קכז:) אמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן אלמא נאמן האב לומר בני הוא ומדקתני סתמא משמע דאפילו בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן נאמן, וכתב הב"י דמשמע דאף לנכסים שיפלו לו כשהוא גוסס מהני מאי דאמר זה בני דאף על גב דבקיודשין ע"ח מפליגין בין נכסים שיפלו לו לאחר מכאן לנכסים שיפלו לו כשהוא גוסס היינו לרבי מאיר דסבר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כדמפורש התם אבל לדין דקיימא לן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, נכסים שיפלו לו לאחר מכאן ושיפלו לו כשהוא גוסס שוין הם וכי היכי דמהימן להני מהימן להני, וכן נראה דעת הרמב"ם שסתם וכתב האומר זה בני וזה אחי או זה אחי אבי או שאר היורשים אותו ואע"פ שהודה באנשים שאינם מוחזקים שהם קרוביו הרי זה נאמן ויירשנו בין שאמר כשהוא בריא בין כשהוא שכיב מרע.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "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 (ה"ה: גבי שאר קרובים מתפרש שכשאמרו זה אחי אינו נאמן הוא לענין ירושת אביהם וכשיש שם אחים אחרים שאינם מוידים שזה אחיהם, אבל לענין ירושת נכסי הלה האומר זה אחי או אחי אביו ודאי נאמן הוא דהא אילו בעי למיתן ליה במתנה מצי יהיב וזה פשוט שם. גר"א: וכן יוצא מהרשב"ם הנ"ל), בין שאמר כשהוא בריא, בין שאמר כשהוא שכיב מרע. (ע"פ גיטין עא. -) אפילו נשתתק וכתב בכתב ידו שזה יורשו, בודקים אותו כדרך שבדקין לגיטין {ונאמן על כל נכסים (רא"ש, ודלא כרשב"ם שאינו נאמן אלא להורישו נכסים שהן עתה בידו אבל לא שיבואו לו אח"כ), בין אלו שהיו לו בשעה שאומר כך אפילו נכסים שיפלו לו כשהוא גוסס (ואיכא בזה תרתני לגריעותא חדא דהוא דבר שלא בא לעולם ובי דבשעה שהוא גוסס לאו בר הקנאה הוא אפילו בבדיקה וברמיזה דהרי הוא כמעט מת, סמ"ע) }."

כתב **הסמ"ע** (א) דלא נלמד מקרא דיכיר אלא כשהוא ידוע שהוא בנו לומר עליו שהוא בכורו, ואף שנפסל ממילא מי שהוא גדול ממנו והיה בחזקת בכורו, אבל כשלא היינו מוחזקים בו שהוא בנו לא נלמד מהקרא שנאמן לומר שהוא בנו, אלא שמסתבר לחכמים לומר כן, וכיון שמהסברא הוא, נראה לומר דהיינו דוקא במי שלא היו מכירין אותו אם בנו הוא או לא כגון שבאו ממרחקים, אבל אם היה בפנינו והיה מרחיק אותו בתכלית הריחוק אין סברא לומר שיהא נאמן אח"כ לומר עליו שהוא בנו וכן נראה בלבוש, אך סיים י"ל דלא מן הסברא לחוד למדו כן אלא ס"ל לחכמים דקרא דיכיר שהוא בכור בכל ענין מיירי אפילו אינו ידוע שהוא בנו כלל, וא"כ אין לחלק (וראה קצות א').

עמש"כ הרמ"א בנאמן בכל הנכסים כתב **רע"א** דכתב מהרשד"ם דכיון דאיכא בזה פלוגתא דרבוותא אינו נאמן להוציא מיד יורשי הודאי בנכסים שיפלו לו לאחר מכן אף במאי לא ידעין אם היה לו בעת שאמר זה בני מחזיקים הכל בחזקת יורשי הודאי ולא אמרין כאן נמצא כאן היה.

כתב **הקצות** (א) דמש"כ בשו"ע אע"פ שהודה באנשים שאינם מוחזקים שהם קרוביו הרי זה נאמן, ומשמע הא מוחזקים שאינם קרוביו ודאי אינו נאמן בשאר יורשין, ולפי מש"כ הרב המגיד והר"ן דאפילו נגד חזקה נאמן במיגו דבידו לעשות א"כ אפילו מוחזקים שאינם קרוביו הו"ל מיגו דבידו לעשות, מיהו בשו"ע אה"ע סימן קנ"ז כתב היה מוחזק באחים ואמר בשעת מיתתו אין לי אחים אינו נאמן, ואע"ג דכתב ה"ה דאפילו הוחזק שאין לו בנים ואמר יש לי בנים דנאמן במיגו, התם משום דבנים בדידה תליא והוא אומר יש לי בנים, וא"כ בשאר יורשין אינו נאמן נגד חזקה, ולדעת הרז"ה דגם במוחזק שיש לו אחים ואומר אין לי אחים דנאמן לשיטה זו, ע"כ משום מיגו דבידו לעשות אפילו לסתור החזקה לגמרי נאמן במיגו דבידו לעשות, א"כ אפילו בשאר קרובים נמי אפילו מוחזקין שאינם קרוביו והוא אומר שקרובו הוא נאמן במיגו דבידו לעשות, אולם **הנתיבות** (א) כתב דהמעין בר"ן יראה דעיקר הסברא שלו הוא משום דאינו סותר החזקה לגמרי דאפשר שמתו האחין, ולדבריו נראה דאם אמר על המוחזק שאינו אחיו שזה אחיו שאינו נאמן, ורק דעת הרז"ה אכן שנאמן אף בכה"ג, "והיא דעת יחיד".

סעיף ב

האם יש נאמנות לאדם לומר על מי שהוחזק באחיו או בנו לומר אינו אחי ואינו בני שלא ירשו אותו, האם זה משנה באם יש לבנו בנים?

האם נאמן לומר על בני בנו שאינם נכדיו היום והבן לא היה בנו באמת?

כלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "היינו מוחזקין בזה שהוא אחיו או בן דודן ואמר אינו אחי ואינו בן דודי, אינו נאמן (דאפילו לרבי יהודה דאמר בדף קכ"ז, הובאה הסוגיה בסימן רע"ז/ב יכיר יכירנו לאחרים, לא אמר אלא בבנו אבל בשאר קרובים לא דקרא בבן כתיב דלרבי יהודה דקיימא לן כוותיה נאמן אדם לומר אין זה בני, ה"ה, ואינו נאמן במיגו דאי בעי הוה יהיב נכסיו לאחר דמיגו זה הוה כמיגו במקום חזקה, **סמ"ע**), אבל נאמן הוא על מי שהוחזק שהוא בנו לומר אינו בני ולא יירשנו, (רמב"ם -) ואפילו היו לבן בנים (דמה להם לבני הבן בירושתו בעוד אביהם קיים הילכך אינם מעלין ולא מורידין לענין ירושה, ועוד דאפילו יהיה זכות לבני הבנים בירושה מ"מ כבר הוא יכול להפקיעו אם נותן נכסיו לאחרים מה שאין כן בענין יחוס שאי אפשר לו לפסלן, ה"ה), אע"פ שאינו נאמן עליו לומר אינו בני לענין יחוס ואין מחזיקין אותו ממזר על פיו, נאמן הוא לענין ירושה (דלענין יחוס אי אפשר לומר שבנו יהיה פסול בממזרות ובן בנו יהיה כשר) ולא יירשנו (ואע"ג דלגבי אחיו אינו נאמן לומר זה אינו אחי במגו דאי בעי יהיב נכסיו לאחר התם הוא משום שלא נתנה לו תורה ההיכר אלא בבנו והוי ליה כאומר אחי הוא ולא יירשני שלא אמר כלום אבל בבנו אפילו יש לו בנים ודאי נאמן, ה"ה) { (ה"ה -) 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 }".

כתב **הקצות** (ג) על הרמ"א דנראה דמיירי שכבר הוחזק אביהן בבנו ומש"ה אינו נאמן אף על הירושה, כיון דבתורת הכרה אינו נאמן כשמת הבן ובתורת מיגו נמי אינו נאמן כיון דהוא נגד חזקה, אבל היכא דאינו נגד חזקה דהיינו דלא אתחזק בבנו ואינו אלא ספק שקול, מהימן לומר שאביהן לא היה בנו ולהעביר מנחלתו במיגו דאי בעי יהיב כולי נכסי לאחרים.

סעיף ג

ע"פ **ב"ב קנז: פסק בשו"ע** "האומר זה בני וחזר ואמר עבדי הוא, אינו נאמן (משום דליכא למימר האי דקרי ליה מתחלה בני משום דאזהבו כבנו דאין דרך לקרוא לעבדו בנו והילכך אחר טענה ראשונה נלך דהואיל וזאת האחרונה אינו פירוש כי אם הכחשה אין לנו לילך אחר טענה אחרונה דהודאת פיו האמינה תורה במאי דאמר בני יכדכתיב 'יכיר' וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, **רשב"ם**, דהיינו דוקא לאחר כדי דיבור, אבל אם אמר בני ובתוך כדי דיבור אמר עבדי נאמן, דבכל התורה תוך כדי דיבור, **טור** ו**סמ"ע** בשמו). 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 (**סמ"ע**): לשון הרמב"ם אינו כן אלא עבדי בן מאה זוז, וכן הוא לשון הטור ולא כתב שם היו קורין, אינו נאמן".

סעיף ד

ע"פ **שם פסק בשו"ע** "היה עובר על בית המכס ואמר בני הוא זה, וחזר אחר כך ואמר עבדי הוא, נאמן, שלא אמר בני אלא להבריש מהמכס (שמהעבדים היו נוהגים ליתן מכס ולא מהבנים), אבל אם אמר בבית המכס עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא אינו נאמן (אע"ג דאם לא עבר אבית המכס היה נאמן בזה כבסע"ג, בכאן מוכח דעבדו הוא, דאל"כ למה אמר בבית המכס שהוא עבדו שהוא גריעותא לו שצריך ליתן ממנו מכס, **סמ"ע**), (**ע"פ הרמ"ה** -) והני מילי דלא אתחזק אמה בבת ישראל, אבל אתחזק אמה בבת ישראל לאו כל כמיניה לומר עבדי הוא (דכי הימניה רחמנא אבריה, כגון דאמר בני זה ממזר, דאיכא למימר דנולד מחייבי כריתות, א"נ דידוע דבר איתתיה הוא ואמר עליה דלאו בריה הוא וה"ל ממזר ממילא, אבל אעלמא לא מהימן, והאי כיון דאיתחזק אימיה בבת ישראל לאו כל כמיניה לאתחזקה בשפחה, **טור** בשמו, וראה לקמן בסמ"ע)".

כתב **הסמ"ע** (ט) על הרישא, דאע"פ שלא מצינו אפילו לר' יהודה שהאמינתו התורה אלא על בנו מדכתיב יכיר לומר על מי שהוחזק שהוא בנו לומר שאינו בנו, או לומר על בנו קטן שהוא בכור ובניו הגדולים נעשו ממילא ממזרים, אבל אינש דעלמא לא מצינו שיהא נאמן לומר עליו שהוא עבד או ממזר, וזה שעבר על בית המכס וחזר ממה שאמר בני הוא ואמר אינו בני אלא עבד, ה"ל כאילו אמר אינש דעלמא שהוא עבד, צ"ל דדוקא כשיש לאיש חזקת כשרות לאו כל כמיניה להוציא מכשרותו ולומר עליו שהוא עבד או ממזר, משא"כ זה דמייירי שלא היתה לו חזקת כשרות, ואף שנתגדל בביתו מ"מ כל שאינו ידוע אם הוא בנו או עבדו נאמן לומר עליו שאינו בנו אלא עבדו.

ביאר **הסמ"ע** (יב) מש"כ הטוש"ע ע"פ הרמ"ה דר"ל דוקא אבריה האמינתו התורה והיינו כשלא נודע מי ילדתו יכול לפוסלו לומר עליו בני זה ממזר, ואע"פ שהיה בחזקת שנולד מאשתו, לא אזלינן בתר החזקה בדבר שהאמינתו התורה ואמרין ודאי לאו מאשתו נולד אלא מחייבי כריתות, אבל כשידוע שאשתו ילדתו תו אי אפשר לפוסלו בלשון זה לומר בני הוא והוא ממזר, כיון דידוע דאשתו ילדתו והוא מודה שבנו הוא אי אפשר להיות ממזר אם לא שאמר שאמו אשתי שילדתו ממזרת היא והולד כמוה, ועי"ז לא האמינתו התורה לשווייה לאמו שהיא בחזקת כשרה לממזרת כמו שאינו נאמן לשווייה בשפחה, דזה וזה פסול לדורות הוא, ואין לומר שכונתו היא שהוא ממזר מצידו, וכמ"ש שממזר הבא על בת ישראל הולד ממזר, דכיון דיש לו לאב זה חזקת כשרות אין אדם משים עצמו רשע או להוציא נפשו מחזקת כשרות שהוא בא, ואי אפשר לפוסלו אלא כשאומר זה שאשתי ילדתו אינו בני שלא נתעברה ממני, וממילא הוא ממזר, ואע"פ שאשתו אמו זאת היא בחזקת כשרות, מ"מ כיון שהאמינתו התורה בבנו היא נעשית חשודה בזה ממילא, משא"כ כשאומר שהוא עבד ואמו מוחזקת בבת ישראל, דלאו כל כמיניה לפוסלה בשפחה, ובזה פשיטא דאין לומר שכונתו היתה שאמו היתה בת ישראל אלא שנתעברה מעבד ויהא נאמן אם אין חזקת כשרות לאביו, דהא קיי"ל באבן העזר ד' דגוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר ועל כרחך צריך לומר שכונתו היתה שאמו היתה שפחה, ובזה לאו כל כמיניה כיון דאמו מוחזקת בבת ישראל.

עמש"כ הסמ"ע דלאו כל כמיניה לפוסלה בשפחה, הקשה **הקצות** (ד) דא"כ כשאומר בן גרושה הרי פוסל אמו מכהונה (עיי"ש), והנתיבות (ד) כתב דלק"מ דשאני התם דממ"נ אם אמו כבר מתה שוב

אין דין עליה ואי עדיין היא אשתו בידו לגרשה ולפוסלה לכהונה וכדמוכח בקדושין ס"ד גבי אמר קידשתיה וגרשתיה דפריך בידו לגרשה וכו' משמע דאילו היה בידו לגרשה דהיה נאמן.

סעיף ה

ע"פ ברייתא **דברכות טז:** פסק בשו"ע "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".

סעיף ו

ראובן שהיתה לו משרתת נכריה והוליד ממנה בן, לאחר מותו הוציא הבן כתב ע"י האב שהמשרתת התגיירה לפני לידת הבן תאריך הכתב והחתימה היה ביום א' תשרי תשל"ז, ותובע חלקו בירושה. לעומתו טוענים שאר היורשים שמאחר והכתב נכתב ונחתם בראש השנה ה"ז פסול, מה הדין?

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "מי שהיה לו שפחה והוליד ממנה בן והיה נוהג בו מנהג בנים, או שאמר בני הוא ומשחררתה היא אמו, אם ת"ח הוא או אדם כשר שהוא בדוק בדקדוקי מצוה הרי זה יירשנו (דאמרין דודאי שחררה וקידשה ולא בא עליה בזנות וראה לקמן, ומ"מ לא סמכין אחזקה זו כולי האי ליתן לו בת ישראל, סמ"ע), ואעפ"כ איננו נושא בת ישראל עד שיביא ראיה שנשתחררה 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 (ע"פ משנה דיבמות כ"ב) מי שיש לו אח מכל מקום זוקק את אשת אחיו ליבום ואחיו הוא לכל דבר חוץ ממי שיש לו אח מן השפחה"), ואחיו מאביו מוכרים אותו. ואם אין לאביו בן חוץ ממנו, אשת אביו מתייבמת (ויש מי שלא חלק בין כשרים לשאר העם אלא לענין שלא ימכרוהו אחיו בלבד, ויש מי שהורה שאפילו ליורשו לא נחלק בישראל ואין ראוי לסמוך על דבר זה, רמב"ם) (ה"ה-באה"ג: ברי"ף כתב חזינן לגאון דמספקא ליה בשפחה דידיה אי אמרינן אין אדם עושה בעילתו זנות בודאי שחררה, והרמב"ם לא נסתפק לו בזה ואדרבה חשב הדין בפשוט שאין לחלק בין שפחה לשפחה כי היכי דליכא לאפלוגי בין עכו"ם לעכו"ם שאם לא כן היה להם בגמרא לברר, ולענין ירושה חלוק בין תלמיד חכם וכו' משום דירושה בידו הוא להנחילו ולתת לו נכסיו במתנה אפילו יהיה עבד גמור וכיון שהוא בחזקת כשרות אמרינן העמד חזקת כשרות של זה כנגד חזקת שפחות של זה ונשאר דין מגו ואע"פ שביאתו זנות מ"מ אין איסורה חמור כל כך והכשרים מדקדקים בין איסור חמור לקל אבל בשאר בני אדם ליכא אלא מגו במקום חזקת שפחות ואין אומרים מגו במקום חזקה כי הך ואין מוציאין הממון מיד היורשים) ואילו הרמ"א כרא"ש כרב נטרונאי "וי"א דחולצת ולא מתייבמת (דהולכין באיסורא לחומרא מכח ספק, וה"ה דאסור לישא ישראלית בלא גט שחרור, ואם קידש אשה בלא גט שחרור צריכה גט ממנו, סמ"ע בשם הטור, ולי"א קמא לענין ממון ס"ל לקולא ומחשב כבנו ויורש, סמ"ע), ועיין בא"ע סימן קצ"ו, ויש אומרים דלענין ממון המוציא מחבירו עליו הראיה (דהממון הוא בחזקת שאר יורשים ולי"א בתראי ס"ל דגם לענין ממון אינו כבנו ודאי, סמ"ע, וראה ש"ך) וכן נראה לי".

כתב הסמ"ע (טו) דכתב בתשובת הרשב"א באחד שקלקל עם פנויה והוציאה מביתו ואח"כ החזירה ואמר על בנה שהוא בנו דנאמן דלא חיישינן דאמר בדדמי ולפי אומד דעתו, ובתשובת הרא"ש כתב דדוקא בכה"ג שהיתה משרתת לו ורגילה עמו לכן שדינן בתר ידיה.

סימן רפ – אמר אחד זה אחינו או שבא אחד ואמר אני אחיך

סעיף א

פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "כל היורשים יורשין בחזקתן, כיצד, עדים שהעידו שזה מוחזק לנו שהוא בנו של פלוני או אחיו, אע"פ שאינם עידי ייחוס ולא ידעו אמיתת היחוסים, הרי אלו יורשים בעדות

זו", וכתב ה"ה (באה"ג) דכן מפורש בהרבה מקומות ועיקר דין החזקה בקידושין פ' ומפורש בתוספתא – הובאה בגר"א – "שנים שהיו באין ממדינת הים אע"פ שמשאן ומתנן ומאכלן ומשקן כאחד מת אחד מהן אין חבירו יורשו ואם היה נוהג עמו משום אחוה יורשו".

כתב בתשובת עבוה"ג (פת"ש א) באחים שידוע שיש להם אח במדינת הים ובא אחד ואמר שהוא אחיהם ורוצה לחלוק והם טוענים שאין מכירין אותו והוא מביא עדים שמכירין אותו מחמת קולו שהוא אחיהם אבל לא בפרצוף פנים כי בא בחתימת זקן, דאין בעדותם כלום, דאע"ג דבחולין דף צ"ו מבואר שיש לסמוך אטביעת עינא דקלא לענין איסורא כמו טביעת עינא דפרצוף פנים דאלת"ה היאך סומא מותר באשתו וכו', מ"מ היינו דדוקא היכא דליכא ריעותא המגרע כח דטביעת עינא דקלא, אבל בנידון דידן שהם רואים אותו ואין מכירים בטביעת עינא דצורה, פשוט הוא שיש לנו לומר שאין לסמוך אטביעת עינא דקלא.

סעיפים ב – ה

ע"פ משנה ב"ב קלד. וגמ' פסק בשו"ע "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 שליש, 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 {רמ"ה-} 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 (וצריך שיהיה ידוע שזה הנמצא לא בא מחמת זה שקיבל מהמודה, אבל אם יש להסתפק בזה נוטל חלקו בראש, סמ"ע, אולם דעת הב"ח דהרישא איירי בידוע בודאי, ש"ד). (ג) השביח השתות מאליו, ואחר כך מת לוי, אם שבח המגיע לכתפים הוא כגון ענבים שהגיעו להבצר (כרמב"ם, ודלא כרשב"ם דשבח המגיע לכתפים שטרח והשביח ושאין מגיע לכתפים כגון דיקלא ואלים ארעא ואסקא שירטון, דאם כדבריו הוה ליה למימר כי תיבעי לך בשבח ששבחו נכסים מאליהן ולמה ליה לשנויי לישנא אלא ודאי כדכתיבנא, ר"ן, ולרמב"ם אין חילוק אם השבח בא ממילא או ע"י טורח, סמ"ע, ובנתיבות כתב דשבח שבא ע"י טורח ודאי דחולקין בשוה), הרי השבח הזה כנכסים שנפלו מאחרים ויחלוקו בהם, ואם עדיין לא הגיעו להבצר הרי הם של ראובן לבדו (דפסקו הרמב"ם והטור ב'תיקו' דגמ' כאילו נפשטה הבעיא שאין האחים האחרים יורשים וכתב ה"ה מפני שזה ודאי והאחרים ספק וכל שני יורשים שהאחד ודאי והשני ספק אין לספק כלום). (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. (ה) והוא הדין בכל היורשים שיודו מקצתם ביורשים אחרים שלא יודו מקצתן (רמב"ם)."

כתב הקצות (א) דהקשה המל"מ על דאיתא בסעי' ד' דאמר שמעון דאין לוי אחיו וגו' דאמאי לא יטול שמעון בנכסי לוי דהא כי היכי דיש הודאת שמעון דאין לו חלק בנכסי לוי כמו כן יש הודאת ראובן שיש לשמעון חלק בנכסי לוי, וכתב הקצות דתירץ אחיו תרומת הכרי דכיון דהיכא דאיכא הודאת בע"ד שחייב והודאת תובע להיפך שאינו חייב הו"ל כמו תרי ותרי וכמבואר בסימן פ"ח דאינו אלא כמו ספיקא דתרי ותרי דבע"ד נאמן כעדים, ומש"ה גבי יורשין דהיכא דאחד ודאי והשני ספק אין ספק מוציא מידי ודאי, וא"כ ה"נ הו"ל ראובן ודאי ושמעון ספק ומוקי הנכסים בחזקת ראובן, והקשה הנתיבות (ג) דלמה לא יירש שמעון הא מבואר בסימן מ"ז דאם לא היתה כונתו רק לדחות לוי מירושת יעקב א"כ מהיכי תיתי לא יירש שמעון בנכסי לוי, וכתב דאפשר לומר דשאני הכא דהיה יכול לומר איני יודע והיה ג"כ מדחה אותו מירושתו ולכך מחזקין אותו להודאה גמורה כשאומר ברי.

כתב הנתיבות (א) דנראה דהא דהיורש צריך עדים היינו דוקא כשיש כאן יורש כגון שיש לו אחים ובא אחד ואמר שהוא בנו ומסלק אחיו מהירושה אז צריך עדים, אבל כשמת כאן אחד ולא נודע מי הוא ובא אחד ואמר אני קרובו הראוי לירש אותו, נאמן ויורש אותו, ואם בא אחר וטוען אני קרובו יותר ומכחישין זה את זה הדין כל דאלים גבר רק בין שניהם.

סעיף ו

ע"פ ב"מ לט: בעובדא דמרי בר איסק פסק בשו"ע "הרי שיושב בנחלתו, ובא אחד ואמר לו אחיך אני חלוק עמי וזה אומר לו איני מכירך נאמן, (רא"ש -) אפילו שיצא קול שיש לו אח במדינת הים (דלא הוצרך רב חסדא להביא ראיה לילא ידענא לך' מדכתיב ויכר יוסף את אחיו, דמילתא דפשיטא הוא שאם יבוא אחד ממדינת הים ויאמר לבעל נכסים אני אחיך חלוק עמי שיכול לומר איני מכירך וגדולה מזו שנינו ביש נוחלין שאפילו אחד מהאחין אומר אני מכיר זה שהוא אחינו אינו נאמן לירש עמהם, אלא דמיירי שגם יצא לו קול שאביו הוליד שם ולכך הביא ראיה שטענה טובה היא לא ידענא לך ולא מחזיקין ליה לרמאי, רא"ש).

סעיפים ז - ט

מה הדין בהניח בן ובת ועמם בן שהוא טומטום או אנדרוגינוס כיצד מחלקים הירושה?

ע"פ משנה ב"ב קמ. וגמ' פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "מי שמת והניח בן וטומטום או אנדרוגינוס, הרי הבן יורש את הכל (לא איירי אלא לענין ירושה אבל הטומטום ניזון דממ"נ יש לו מזונות, כס"מ) (איירי בנכסים מרובים, ויורש הכל' ר"ל שמחזיקין הירושה ומפרנסין הטומטום והאנדרוגינוס ממנו ואין צריך להניח ביד ב"ד או ביד שליש כדי פרנסתו, סמ"ע), שהטומטום, ואנדרוגינוס (לא נמצא במשנה וסובר הרמב"ם דהוי בריה בפני עצמה והוי כדן טומטום דלא גרע מטומטום, ה"ה וסמ"ע) ספק {וכן כל ודאי וספק אין ספק מוציא מידי ודאי (רמב"ם), (תה"ד -) 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 (כשנתברר לב"ד שמתו ראובן ואשתו ומיירי נמי שנתברר לב"ד שאשת ראובן מתה תחילה בחיי בעלה ראובן וירשה דאלי"כ יורשה היו יורשין כתובתה, סמ"ע). הניח בנות וטומטום ואנדרוגינוס, יורשות בשוה והרי הוא כאחת מהבנות (ולא אמרינן דעדיפא כחו דילמא הוא זכר דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל דעת הרא"ש אינה כן וכרמ"א לקמן, סמ"ע). מי שמת והניח בנים ובנות וטומטום או אנדרוגינוס, בזמן שהנכסים מרובים הבנים יורשים ודוחים הטומטום (ה"ה אנדרוגינוס ונקט לשון המשנה בטומטום וכן לקמן, סמ"ע) אצל הבנות וניזון כמותן, ובזמן שהנכסים מועטים, הבנות דוחות את הטומטום אצל הבנים ואומרות לו זכר אתה ואין לך עמנו מזונות {וה"ה (רא"ש), דס"ל דטומטום עדיף, דכיון דאנדרוגינוס בריה בפני עצמה אם הוא עם הבן הוא גרע מטומטום בין בנכסים מרובים בין בנכסים מועטים) דבת וטומטום, אם הנכסים מרובים הטומטום נוטל שלשה חלקים והבת רביעית (פלגא שקיל ממ"נ ואידך פלגא שמא זכר הוא ויש לו ליטול הכל והו"ל ממון המוטל בספק וחולקין אותו החצי). ואם הנכסים מועטים, אין לטומטום כלום (דכיון דהבנות ודאי הן בני פרנסה והוא ספק שמא זכר הוא המוציא מחבירו עליו הראיה), 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 (ובב"י תמה שלא ידע מאין לו לחלק באנדרוגינוס בין במקום בן לבמקום בת ועוד דבגמ' משמע שדין אנדרוגינוס שוה לדין הטומטום לענין ירושה בין במקום בן בין במקום בת, והרא"ש ס"ל דבריה בפני עצמו הוא ואינו בכלל התקנה שתיקנו מזונות לבנות בנכסים מרובים ולא שישאל הבן על הפתחים בנכסים מועטים, סמ"ע, וראה נתיבות) }."

[עמש"כ הרמ"א בשם תה"ד דלא חיישינן שמא נולד להם ילד, הביא הקצות (ב) לשון תה"ד דהקשה דביבמות קי"ט מוכח דרוב נשים מתעברות ויולדות וא"כ אמאי לא ניזיל בתר רובא ואע"ג דקי"ל כשמואל דאין חולקין בממון אחר הרוב הא הוכיחו התוס' בב"ב כ"ג דדוקא היכא דאיכא חזקת ממון נגד הרוב אבל בנידון דידן דאין אחד מהם מוחזק שהירושה מונח ביד ב"ד ניזיל בתר רובא, ויישב דהא דקי"ל אין חולקין בממון אחר הרוב היכא דאיכא חזקת ממון אע"ג דבשאר דוכתי רובא וחזקה רובא עדיף, דשאני חזקת ממון דאית בה טעמא המוציא מחבירו עליו הראיה ורובא לא מיקרי ראיה, וא"כ דמאי נדון דידן ממש להאי דיבמות ל"ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא" דגבי נידון דידן נמי אשר אחי גד ודאי הוא לפנינו לירש את אחיו ואין ידוע שום קרוב לירש יותר ממנו, וא"כ אי לא

משום רובא דלעיל היו הנכסים בחזקתו ואין כח ברוב להוציא ממון מחזקתו, ובקצות האריך דבהך רובא דנשים מתעברות ויולדות אית בהו נמי מיעוטא דמפילות, וכיון דהך מיעוט דמפילות מן הרוב אתה מסלקו דהיינו מחלק המרובה שמתעברות יש קצתן דמפילות וחשוב לעמוד כנגד הרוב וכמ"ש הרשב"א ביבמות קי"ט, ומשמע דכל שהמיעוט מן הרוב ממש אינו רוב אפילו מן התורה, וא"כ ה"נ אין אנו חוששין להך רובא דנשים מתעברות כיון דמיעוט מתוך הרוב הוא במה שיש נשים שמפילות].

סעיף י

ע"פ משנה ב"ב קנח: וכרבי עקיבא דכן פסקו הרי"ף והרמב"ם וכרבי אלעא ורבי זירא דאמרי בחזקת יורשי האם וגם אביי מפרש דבריהם, פסק בשו"ע "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, (ה"ה -) והוא הדין לנפל הבית עליו ועל בתו נשואה, ואין ידוע איזה מהם מת תחלה, שנכסי האב בחזקת יורשי האב, ואין הבעל יורש בהם כלום".

כתב הסמ"ע (כג) ע"פ הטור דאיירי ברישא לא שנא אם היה לה עוד בן מאיש אחר לא שנא אין לה בן מאיש אחר, וכרוב הרא" (ב"י) ודלא כרשב"ם.

סעיף יא

ב"ב קנט: "בעו מיניה מרב ששת בן מהו שיירש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב אמר להו רב ששת תניתוה אב שנשבה ומת בן בתו במדינה ובן בתו שנשבה ומת אבי אמו במדינה ולא ידעין הי מינייהו מיית ברישא יורשי האב ויורשי הבן יחלוקו, ואם איתא נהי נמי דבן מת ברישא לירתיה לאבוה דאימיה בקבריה ולירתניהו לאחוה מן אבוה אלא לאו שמע מינה אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מאב", והקשה הרי"ן דלרמב"ם שפסק כר"ע כיצד פסק באב שנשבה ומת בן בתו במדינה דיחלוקו דהא אף בזה הוחזקה נחלה לשבט האם דכמתניתין היא ממש שבשניהם היינו טעמא לפי שאין הבן יורש את אמו בקבר וברייתא דתני יחלוקו משמע דכתנא קמא דמתניתין אתיא דאמר נמי בנפל הבית עליו ועל אמו דאלו ואלו מודים שיחלוקו, וכן הקשה ה"ה דהיאך יפה כח יורש זה בנכסי אבי אמו יותר מבנכסי אמו, וכבר הקשה כן הרשב"א בתשובה, והרא"ש בתשובה כתב לתרץ קושיא זו דיש לחלק דבנפל הבית עליו ועל אמו שאם מת הבן תחלה ואחר כך האם באו נכסים ליד קרוביה לכן מעמידין כל הנכסים לאלתר ביד קרוביה אבל בנפל הבית עליו ועל בן בתו ממה נפשך הנחלה ממשמשת בקבר לבת שהיא קרובה לבת וספק מת האב תחלה ותחזור ותמשמש למעלה לקרוב קרוב קודם הילכך הואיל וממה נפשך ממשמשת הנחלה מן האב לבת אע"פ שהיא עדיין בחזקת אותו שבט הואיל ויצאה מיד מי שהיתה עד היום וספק תורידנה למטה או תעלנה למעלה יחלוקו.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "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" והרמ"א פסק כר"ד וכ"ד הטור "וי"א דהנכסים בחזקת יורשי האב (דס"ל דאין לחלק מהמשנה כנ"ל, וההיא ברייתא אתיא כב"ש וב"ה, ואנן קי"ל כר"ע ולא הובא בגמ' הברייתא אלא למפשט הבעיא, סמ"ע וגר"א)".

סעיף יב

ע"פ משנה קנז. וכבית הלל פסק בשו"ע "נפל הבית עליו ועל אביו או על אחד ממורישיו ואין ידוע איזה מהם מת תחלה, והיתה עליו כתובת אשה ובעלי חובות (יורשי האב אומרים הבן מת ראשון ואחר כך מת האב שכיון שמת בנו בחייו אינן משתלמין אלא מהמוחזק ולא מהראוי לו לבוא בירושתו, ובעלי חוב אומרים האב מת ראשון ואחר כך מת הבן דהבן היה מוחזק בו ונשתלם ממנו, ב"ש אומרים יחלוקו וב"ה אומרים הנכסים בחזקתו, סמ"ע, ועיין ש"ך), הנכסים בחזקת היורשים ואין לאשה ולבעל חוב כלום (כטעם הנזכר בסעי' י' דמוקמין הנכסים על חזקתן והרי היו של אביו, ועוד שהן יורשים ודאין, דאף אם מת האב תחילה ואח"כ הבן, הן ג"כ יורשי הבן, משא"כ האשה ובע"ח דאין להם בה זכות אא"כ מת האב תחילה, ואין ספק מוציא מידי ודאי, סמ"ע)".

ראובן ואשתו ושתי בנותיו שנפלו עליהם הבית ומתו כיצד חולקים את הרכוש, האם זה

משנה באם הבנות היו נשואות?

ע"פ המרדכי פסק בשו"ע "ראובן ואשתו עם ארבע בנותיהן שהיו בבית, ונפל עליהם הבית ומתו, יורשי ראובן אומרים שמא ראובן או אחד מבנותיו מתו באחרונה, והם יורשין הכל (צ"ל דהאשה היתה אם כל הבנות דאל"כ קשה הא אף אם אחת מבנותיו מתה באחרונה, כשאין אשתו מתה בחייו אלא האיש מת בחייו אשתו, אזי כתובתה נשארת בחזקת יורשיה, סמ"ע), אפילו הכי חולקין עם יורשי האשה, דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי (ולא אמרינן בזה נוקמא הממון בחזקתיה, דהא גם לאשה יש חזקה בכתובתה בחיי בעלה, משא"כ בירושה הנ"ל, ולא אמרינן ניזיל בתר רובא והרי יורשי הבעל באים מכח ה' האיש עם ד' בנותיו, דכל קבוע וכו', סמ"ע), 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".

כתב הסמ"ע (לא) בשם המרדכי על הרישא דאם לא היו קבועות בעת מיתתן אלא מתו ביציאתן לחוץ, א"כ אמרינן כל דפריש מרובא קפריש ונהרגו תחילה ד' מצד ראובן ונשאר אחת מצידו ואחת מצד אשתו והדר דינא דיחלוקו, ואע"ג דלא נשבעה האשה על כתובתה מ"מ לא חיישינן בו היכא דמת פתאום.

סימן רפא - המעביר נכסיו מבניו ליתנם לאחר

סעיף א

[האם מי שאמר על אחד מבניו שהוא יורש מכלל אחיו דבריו קיימים? האם יכול לחזור בו

לאחר מכן? פרט.]

משנה ב"ב קכו: "האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים איש פלוני בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה". **משנה קל.** "האומר איש פלוני יירשני במקום שיש בת בתי תירשני במקום שיש בן לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה".

ז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "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. (כרבי יוחנן בן ברוקא **במשנה שם** ודלא כחכמים וכן דעת כל הפוסקים -) 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 (מדכתיב 'והיה ביום הנחילו את בניו' התורה נתנה רשות לאב להנחיל לבניו לכל אחד מה שירצה, רבא בגמ', וה"ה לשאר יורשין, אלא שבבן יש חילוק בין כתב לו או אמר לו כן בעל פה וכדמסיק משא"כ באח ובת לרי"ף והמחבר כבסמוך, סמ"ע), 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 אפטרופוס, כמו שנתבאר בסימן רמ"ו".

כתב הסמ"ע (ג) דהמחבר בסיפא אזיל לטעמיה דפסק בסימן רמ"ו דלא אמרינן דעשאו אפטרופוס כי אם בבנו ולא בבתו, ובבנו לא חילק בין כתב לו בלשון מתנה או ירושה, אבל דעת הרמ"ה רא"ש וטור הכא כרמ"א שם דאפילו בכתב לבת בין הבנים וכ"ש בין הבנות לא עשאה אלא אפטרופוס, ומיהו דוקא כשכתב להן בלשון מתנה, אבל כתב להן בהיותו שכיב מרע בלשון ירושה, אפילו בבנו לא אמרינן דלא עשאו אלא אפטרופוס.

כתב **הקצות** (א) גבי הרישא דכתב הרמב"ן בהשגות דנלמד מ"לא יוכל לבכר" שמניעה מנעתו התורה מעשות כן דדנו בו כמתנה על מה שכתוב בתורה שלא יתקיים דברו כלל, וכן כל המקומות שבא בהן

בתורה לא יוכל לעשות כולם לשון מניעה ואיסור הן. עוד כתב בשמו דלמדנו מ"לתת לו פי שנים" שיש במצוה זו גם עשה, כלומר דהמעביר בכורה מן הגדול עובר בעשה ולא תעשה 'ושתייהן שכתן הרב' (ובאג"מ אב"ה ד/פז ביאר דעת הרמב"ם דס"ל שאינו אלא משפט ממשפטי הירושות, פסקי המשפט).

כתב **הקצות** (ג) גבי הסיפא דדבריו קיימים כיון דהתורה נתנה לו רשות לעשות יורש בין היורשין למי שירצה א"כ הו"ל הוא היורש ואינו יכול לחזור אח"כ ולומר שלא יירש כיון שכבר נעשה יורש כפי הסך שריבה לו ואינו יכול למעטו בלשון לא יירש הריבוי, כיון דכבר נעשה יורש תורה זה שריבה לו והוא יורש גמור והו"ל מתנה על מה שכתוב בתורה, אבל אם ריבה לזה ומיעט לזה וחוזר מדברין ומיעט לזה וריבה לזה בלשון ירושה ודאי כיון דהשני ג"כ יורש יכול לחזור ולעשות יורש לזה בריבוי, ואפילו עשאו לאחד בין הבנים יורש בכולה יכול לחזור לעשות לשני יורש בכולה כיון דהשני ג"כ יורש, דהא לא מהני דבריו אלא מה שאמר פלוני בני יירש הכל, דמה שאמר השני לא יירש אין בדבריו כלום כטור בשם הרמ"ה דכמאן דליתיה דמי, א"כ אכתי שני נמי ראוי ליורשו ויכול לומר על השני יירש הכל, אבל לומר על אותו שכבר ריבה בירושתו בלשון לא יירש על הריבוי אינו יכול דכיון דכבר נעשה יורש הו"ל מתנה על מה שכתוב בתורה, אבל אם עדיין עסוקין באותו ענין וריבה לזה יכול לחזור ולומר לא יירש הריבוי, כיון דאפילו בקנין יכול לחזור כל זמן שעסוקין באותו ענין ומשום דפתאום נעשה א"כ ה"ה בזה, אבל בתר דסליקו מענינא תו לא יכול לחזור בלשון לא יירש אלא לעשות השני יורש ולהפוך דבריו בלשון ירושה. **הנתיבות** (ג) כתב דאישתמיטתיה הא שכתב הנ"י שיכול לחזור בו, משמע דחוזר בו לגמרי, וכן מוכח מהא דלא אמר בדף קל"ג דנפק"מ בין אי זוכה בו משום ירושה לזוכה בו משום מתנה לענין אם חזר בו ואמר לא יטול אי מהני.

כתב **הנתיבות** (ג) דכשהנחיל לפשוט כל הנכסים או מחצה אינו זוכה בנכסים הבאין לאחר מכאן דהוי דבר שלא בא לעולם וכל שהנכסים אינן ברשותו אינו יכול לעשותו יורש עליהן (וכן הוא ברשב"א ועוד פוסקים, פת"ש), ולפ"ז ה"ה במלוה על פה דחשיב שאינו ברשותו, ואפילו מלוה בשטר למאן דס"ל מכירת שטרות דרבנן, כיון שאינו יכול להקנותן אינו יכול להנחיל אותן, ובפת"ש (ג) דן בדבריו.

< כתב הנ"י בשם **הריטב"א** אהא דרבי יוחנן בן ברוקה דנראים הדברים דוקא במחלק כל נכסיו אבל לא במקצת שאם לא כן מצינו מתנה במקצת שאינה צריכה קנין כשאמר בלשון ירושה במי שראוי לירשו ואפילו באומר לו חצי נכסי לך וזו לא שמענו בכל התלמוד אלא ודאי כדאמרן, ובנתיבות (ב) האריך וכתב דהנ"י ס"ל דבבריא לא מהני וכרוב הפוסקים אלא כשמצוה בפירוש מחמת מיתה אף במנחיל במקצת מהני דקרינן ביה ביום הנחילו.

הדין שאח יורש את אחיו כשאין לנפטר ילדים, האם זה ירושה ישירה מאח לאח, או ירושה החוזרת לאבי הנפטר והוא מוריש לאח?

על הדין הנפסק באומר פלוני אחי יירשני מכלל אחי הקשה **הקצות** (ב) דהא האב קודם לכל יוצא יריכו ואם האב מת יורש בקבר להנחיל לבניו בשוה וא"כ היכי מצי להנחיל בירושת אביו לאח אחד בין האחים כיון דבאים מכח ירושת אביהם, ומכח קושיה זו הוכיח **רע"א** בגליון דאח יורש אחיו שלא ע"י משמוש מכח אביהם, אולם **הקצות** כתב דצ"ל דטעמא דאע"ג דהאחים באים בכח ירושת אביהם מ"מ כיון דהאב יורש מכחו יכול הוא להנחיל למי שירצה, וכתב דלפ"ז ה"ה היה לו בן ומת ויש לו ממנו בני הבן יכול להנחיל לאחד מבני הבן ולומר פלוני בן בני יירש מכלל שאר בני הבן, ואע"ג דבני הבן מכח אביהם הם יורשים מ"מ כיון דמכחו הוא דירית הבן לבניו יכול להנחיל לבן בנו בין שאר בני בנו. **הנתיבות** (א) הסכים לביאור הקצות גבי משמוש דמ"מ כיון דמכחו קא ירתי יכול להנחיל למי שירצה, וביאר דביום הנחילו את בניו שכתב רחמנא הוא לאו דוקא והכונה ליורשין הראויין ליורשו, וכתב דלפ"ז ה"ה בבני אחין כשיש הרבה בני אחין יכול להוריש לאחד מהן הכל. **הפת"ש** (ב) ציין לתשובת **רע"א** שכאמור אין דעתו כן דזהו אילו לא נאמר אחין בקרא אבל השתא דכתיב אחין האח בעצמותו הוא יורש בלא משמוש, ודעת הב"י בסימן רנ"ג דירושת אח את אחיו לא מדין משמוש מכח אביו כי אם בעצמותו יורש אחיו והדרכ"מ ס"ל דירושת אח מדין משמוש.

עוד כתב **הפת"ש** עמש"כ הנתיבות שבבני אחין כשיש הרבה בני אחין יכול להוריש לאחד מהן הכל, דכתב בתשובת **רע"א** דלדעת בעל התרומות לא אמרינן מכח אביו דאבא קאתינא בשאר יורשים א"כ בודאי אינו בכלל דינא דר' יוחנן בן ברוקה דאם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימים דהא אחיו

בקבר הוא היורש ולא הבן הזה אולם לסתימת הפוסקים דמשמע דס"ל דבכל מקום אמרינן הכי, ויש לדייק כן מלישנא דהרמב"ם שכתב או לאחד מבני בניו הרי דאף כה"ג דכחד חשיבא יכול להנחיל לאחד מהם, דודאי אינו במשמע לומר דהרמב"ם מייירי דוקא שאותו שמנחיל לו הוא יחיד לגבי אביו, רק דיש לו עוד בני בנים משאר בניו, אלא ודאי דכל שנוחל במקצתו יכול להנחילו בכולו.

[האם יכול להעביר נחלת הבכור לאחר מיתתו?]

כתב **הפתי"ש** (א) דכתב **הרמב"ן** עה"ת דמדכתיב 'על פני בן השנואה הבכור' נראה שאין המצוה הזאת והדין הזה נוהג **אלא בחיי הבכור**, אבל אם מת הבכור בחיי אביו, אע"פ שהוא יורש חלק בכורתו בקבר ומורישו מן הדין לבניו, אם רצה הזקן ואמר יירשו בני כך וכך בנכסי ובנו של בני הבכור יטול כך וכך בנכסי, דבריו קיימין כדרך שהם קיימין במקום שאין שם בכור, וכן איננו עובר בלאו הזה אם לא הכיר הבכור לאחר מותו, כי לא מצאתי על פני רק בחייו 'על פני אהרן אביהם' 'על פני תרח', ובספר **מיני תרגימא** כתב דכן מבואר לשון המשנה 'האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים' ולא תנא האומר איש פלוני בכורי אלא מלת בני בדוקא נקיט כלומר רק מפני שהוא בנו אבל על בן מבנו הבכור דהיינו שמת בנו הבכור והניח אחריו בן, אם אמר לא יטול פי שנים, דבריו קיימין, אמנם "עד היום לא מצאתי חידוש דין זה באחד מן המחברים אשר לפניו עוברים", וכתב **הפתי"ש** שנעלם מהגאון שגם בתשובת מהר"ם פאדוואה הזכיר זה והביאו ג"כ בעבה"ג, ובקצות (ד) כתב דאולם **המהרי"ט** לא פסק כן אך נראה דודאי אילו הוה שמיעא ליה דברי הרמב"ן לא היה חולק, ובספר **כתנות פסים** כתב שדברי הרמב"ן הנ"ל צ"ע ממדרש רבה, וברע"א (סע' ד) כתב בשם פני משה דלא קיי"ל כרמב"ן. **ערוה"ש** (ט) כתב בזה"ל "לא מצאנו לכל הראשונים שיזכירו זה גם הטור והשי"ע לא הזכירו זה כלל ע"כ היא דעה יחידאה".

סעיפים ב - ג

ע"פ **משנה ב"ב קכו**: פסק בשו"ע "אמר פלוני בני יירש חצי נכסי ושאר בני החצי, דבריו קיימים (וה"ה אם אמר פלוני בני יירש הכל, דגם זהו בכלל והיה ביום הנחילו, רק שלא יעקרו מבניו בלשון לא יירש וכדמסיק, **סמ"ע**). (רמ"ה - 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 (מדקאמר תו שמעון לא יירש מילתא באפי נפשיה הוא וכמאן דליתא דמי, **רמ"ה**) {וכן אם אמר לא יירש שמעון וראובן יירש הכל, דבריו קיימים (ה"ה, ובבאה"ג כתב דצ"ע, והגר"א ביאר דכיון דלא תלי בלא יירש כיון שלא אמר 'אלא')".

ביאר **הנתיבות** (ד) דהמעין בטור וב"י יראה דאין חילוק בין שאמר מקודם ראובן יירש ואח"כ לא יירש שמעון או להיפך שאמר מקודם לא יירש שמעון, דקנה ראובן, ודוקא במקום שתלאן זה בזה כגון שאמר לא יירש ראובן אלא שמעון לא מהני, דכיון שלא יירש ראובן ממילא נשאר שמעון לבדו יורש הירושה ולא שהוא מורישו, משא"כ בשלא תלאן זה בזה משמעות דבריו שהוא עשאו יורש.

כתב **רע"א** בשם הנ"י (בדרכ"מ) דאם אמר על בנו הפשוט שיטול פי שנים הוי כבכור לענין ראוי, ויש חולקים.

סעיף ד

ע"פ **משנה קכו**: וגמ' קל. אפילו לר' יוחנן בן ברוקה פסק בשו"ע וכלשון **הרמב"ם** "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 {**(מהרי"ק -)** ואפילו במקום שנהגו שאין הבכור נוטל פי שנים, אין לילך אחר המנהג הואיל והוא נגד דין תורה".

ביאר ה"ה דהא בן בין הבנים יורש הכל אם אמר יירש כל נכסי או יורש החצי אם אמר יירש חצי כל נכסי - זהו בשלא היה בכור באותן שהנחלה מעוברת מהן בין בכל בין במקצת, אבל אם היה שם בכור אין דבריו קיימין אצל הבכור כיון שאמר בלשון ירושה אע"פ שלא הזכיר הבכור בפירוש כיון שמכלל דבריו נגרע זכות הבכור ואמרן בלשון ירושה הרי הוא בכלל לא יוכל לבכר.

כתב ה**נתיבות** (ה) דקשה דהא בפשוט ג"כ אם אמר לשונות הללו לא מהני, דאם אמר לא יירש לא מהני כמבואר בסעיף א', וכן אם אמר פלוני בני יירש שליש ואין לו רק ב' בנים, ולשון זה דומה ממש לאומר לבכור שיירש כפשוט, לא מהני בפשוט, וכתב דאפשר דקמ"ל שאף אם אמר על המותר לשון ירושה לשאר הבנים לא מהני, משא"כ בפשוט דמהני כמבואר בסעיף ג'.

סעיף ה

ב"ב קלא. "בעי רבא **בבריא היאך** כי קאמר רבי יוחנן בן ברוקה בשכיב מרע דבר אורותי הוא אבל בבריא לא או דילמא אפילו בבריא נמי", וכתב הר"ף ולא איפשיטא הילכך לא עבדינן בה עובדא וכתב הרא"ש דכן כתב **רב האי גאון** אבל ר"ח כתב כיון דמסיק בע"ב דבי דינא בתרא מבי דינא קמא תיקון אם כן איפשיטא בעיא, ופסק הרא"ש כר"ף כיון דשקלא וטריא דתלמודא בלשון ודילמא לית כאן פשיטותא, וכ"פ הרמב"ם.

וכ"פ השו"ע כרוב הרא' "אם היה בריא, אינו יכול להוסיף ולא לגרוע לא לבכור ולא לאחד משאר יורשים", אבל בלשון מתנה ובקנין דבריו קיימין וכדלקמן, **סמ"ע**, ודיבר הסמ"ע במקצת דאי בכל הנכסים אף בקנין לא עשאו אלא אפוטרופוס וכמבואר סימן רמ"ו לחד דעה, **ש"ך**.

סעיף ו

ע"פ הר"י **מגאש** והרמב"ם בביאור **המשנה קל**. פסק בשו"ע "שכיב מרע שיש לו בכור ופשוטים, וריבה לאחד מהפשוטים בלשון ירושה (או שהשוה להן הבכור, טור), כגון שאמר פלוני בני יירש כך וכך, לא אמר כלום (כשם שדבריו בטלים אצל הבכור כך הן בטלים אצל הפשוטים, שהרי אותן שריבה להן צריכין למלאות לבכור פי שנים מאותו הריבוי שריבה, נמצא שבטלה הצואה שהרי נפחתה להם ממה שצויה, **סמ"ע** ע"פ הרא'), וי"א (**רשב"ם** ור"ן דהמשנה כת"ק ולא כר' יוחנן בן ברוקה) שחלוקת הפשוטים קיימת ומקבצים מכולם לפי חשבון ומשלימים לבכור (לפי שהבכור עם האחין בזה כדין בע"ח שנוטל מהן כפי החשבון מה שנותן להן אביהן, טור)"

סעיף ז

לראובן יש בת מאומצת. ברצונו של ראובן להבטיח כי לאחר מותו תירש בתו המאומצת את נכסיו, ולא קרוביו האחרים, כיצד יעשה זאת?

נתן מתנה לבנו הבכור, לאשתו או לבעל חובו, מתי יזכו במתנה בנוסף לחלקם בירושה, בכתובה או בחוב? (וראה גם רנ"ז ועל"ע)

ע"פ **משנה קכו**: ובמסקנה דגמ' **קכט**. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "אין כל הדברים הללו אמורים אלא כשאמר לשון ירושה, אבל אם אמר לשון מתנה, דבריו קיימים. לפיכך המחלק נכסיו על פיו כשהוא שכיב מרע (דבבריא צריך הקנאה, **גר"א** בשם הרב המגיד), וריבה לאחד ומיעט לאחד, והשוה להם הבכור או שנתן למי שאינו ראוי ליורשו, דבריו קיימים. ואם אמר משום ירושה, לא אמר כלום. 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 ויירשנה, או שאמר יירשנה ותנתן לו ויירשנה, או יירשנה ותנתן לו, הואיל ויש שם לשון מתנה, אע"פ שהזכיר לשון ירושה בתחלה ובסוף, דבריו קיימים (**כר"י** **מגאש** ודלא **כרשב"ם** דבשתי שדות ושני בני אדם לא קנו עד שתהא המתנה באמצע), וכן אם היו שלש שדות לשלשה יורשים, ואמר יירש פלוני שדה פלונית ותנתן לפלוני שדה פלונית ויירש פלוני שדה פלונית, קנו אע"פ שזה שאמר ליה בלשון ירושה אינו זה שאמר ליה בלשון מתנה, והוא שלא ישהה בין אמירה לאמירה כדי דבור, אבל אם שהה, צריך שיהיה לשון המתנה מעורב בשלשתן { **טור** ע"פ הגמ' - } בד"א (דריש לקיש לא קאי אלא אפלוגתא דרבי יוחנן ור"א בשתי שדות ושתי ב"א, **רשב"ם**), בשלש שדות לשלשה בני אדם, אבל אם נתן לאדם אחד, או שדה אחת לשלשה בני אדם, אפילו לאחר כדי דיבור מהני, וי"א (**נ"י**) דדוקא שאמר ותנתן בו"ו, אבל אם אמר תנתן בלא ו', לא מהני לשון ירושה שלפניו".

כתב הש"ך (ו) דה"ה אם אמר בפשוט לא יטול מהני כיון דיטול לשון מתנה הוא, וכתב ה**נתיבות** (ז) דהוא תמוה מאד דהא עיקר הטעם דלשון מתנה מהני כתב הטור משום דיכול אדם ליתן במתנה לאחר משלו וממילא לא נשאר לבכור ירושה, משא"כ כשאמר לא יטול מאי מהני מה שהוא לשון מתנה, וגם מש"כ הש"ך דאם אמר יטול כפשוט דמהני הוא תמוה מאד, דנהי שאמר לשון מתנה לבכור במקצת נכסים, מ"מ במאי נפקע חלק הירושה של הבכור מהמותר, וכן מוכח מסעיף י', וכתב דנראה דלא מהני רק אם נתן המותר לאחים בלשון מתנה.

כתב הפנ"מ (פת"ש ד) גבי שכ"מ שאמר שלא יבקש בנו הבכור יתרון רק כפי שיחלקו שאר בניו הוי כאומר שיירש כפשוט, אף דהלכה פסוקה דאם אמר תוך כדי דיבור שאמר לראשון מהני לשון מתנה דהאי ללשון ירושה דהאי אפילו בשתי שדות ובשני בני אדם, היינו דוקא אם אמר שפלוגי יירש אז מהני לשון מתנה דאידיך לגבי האי, דהוי נמי כאילו נתן לו במתנה, אבל הכא לא אמר לא לשון ירושה ולא לשון מתנה, אף שהלשון יחלקו הוי לשון מתנה, היינו דוקא היכא שציוה השכיב מרע ואמר בשאר נכסי יחלקו בניי, אז י"ל דהוי לשון מתנה, אבל בנידון דידן שאמר כפי שיחלקו, משמע שהם יחלקו מעצמם, על כן נראה שהבכור נוטל פי שנים בשאר נכסים בלי שום פקפוק בעולם.

כתב הרמ"א "הכותב לבתו שתקח לאחר מותו כחצי חלק זכר" (כלומר שכותב במתנה חלוטה שחייב לבתו ולחתנו סכום מסוים שמחויבים יורשיו לשלם אך הברירה בידם שאם ירצו לתת לחתנו חלק כחצי זכר בכל דבר הן במוחזק הן בראוי יהיו נפטרים מן החוב, פת"ש ט', ולגבי טעמי כתיבתו ראה בפסקי המשפט), דינו כירושה בעלמא ובעל חוב וכתובה קודמין למתנה זו וכן עשור נכסי הבת, וכל ימי חיי הנותן יכול למכור הנכסים, אע"פ 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), מיהו נ"ל דמה שנוהגין עכשיו לכתוב שטר חוב לבתו ולהתנות שאם יתן לבתו חלק חצי זכר יפטור מן החוב, צריך ליתן לה בכל אשר לו, דעיקר הוא החוב, ולכן צריך לקיים תנאו או ישלמו החוב, וכן המנהג (מיהו ג"כ דינו כירושה שגובין תחילה בעל חוב וכתובה מנכסיו כנ"ל, כיון דנפטרו מהחוב בחלק חצי זכר, סמ"ע).

כתב בתשובת החת"ס (פת"ש ח) בשם הגאון מו"ה ירמיה זצ"ל ששטר חצי זכר צריך להשתלם בכסף מעות דוקא ולא ב'באנקאנאטע' הנהוגים בינינו משום שכתוב בנוסח השטר כנוסח נחלת שבעה עובר לסוחר ותרגם אונקלוס דמתקבלין בכל מדינתא, והני 'באנקאנאטען' לא מסגי אלא במדינות הקיסר ירום הודו, וכתב החת"ס דהגאון ז"ל בימיו דיבר שהיה התחלת ענין שינוי מטבע ורוב משא ומתן היה עדיין בכסף מעות אבל בזמנינו נשתנה הענין והדין, עיי"ש.

עוד כתב הרמ"א "כתב לבתו שטר חצי זכר, וכתב לה ויוצאי חלציה, בנותיה ובניה נוטלין בשוה, הואיל ולא כתב יורשים יוצאי חלציה (מהר"י וי"ל)".

[הקשה הקצות (ו) הא דסתם הרמ"א בנותיה ובניה נוטלין בשוה היה לו לפרש דוקא מתה הבת בחיי האב, ועוד בעיקר דבריו צ"ע דהיכי יוכל להקנות ליוצאי חלציה שיהיו כולם בשוה זכרים ונקיבות, דהא קי"ל אין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם ובע"כ צריך לומר דעיקר השטר אינו אלא לבת שהיא בעולם אלא שתולה זמן פרעון קודם מותו שעה אחת לה או ליוצאי חלציה, וא"כ לא מצי זכי יוצאי חלציה אלא על ידי האם שיורשת בקבר מנכסי אביה להנחיל ליורשיה, וא"כ אין לבנות ירושה במקום בנים, ואפשר דמוהרי"ו נמי לא אמר בשטר ירושה שכתב לבתי וליוצאי חלציה אלא היכא דיוצאי חלציה כבר היו בעולם אבל בשטר חצי זכר דליתנהו לבנים ולבנות בעולם א"כ לא זכו אפילו הבנים אלא בתורת ירושת אמם ואין לבנות כלום, ותימה על הרמ"א שכתבו לענין שטר חצי זכר, ואפשר דה"נ הו"ל כאילו התנה שאם יולדו יוצאי חלציה ממנה ויבואו לחלוק בירושת אמם יתן הבן מחלקו לבת ואם לאו לא יהיה בשטר ממש, אבל עיקר כמ"ש דאין בזה שום תנאי מפורש ולכן נראה כנ"ל דאין לבנות כלום. אולם ה**נתיבות** (ט) כתב דדברי הרמ"א ברורין ומשה אמת דהא שטר חצי זכר שלנו הוא שמחייב עצמו בסך אלף זהובים ומתנה באם שירצו היורשין ליתן לעובר שילד כך וכך שנפטרו מהחוב, וכיון שמקיימין התנאי ונותנין חצי חלק זכר חצי לבן וחצי לבת כפי שהתנה המתחייב נפטרו מהחוב, דודאי אם אחד יתחייב עצמו במנה ויתנה שאם יתן למי שלא בא לעולם יפטור דמהני, דהא מתנה אדם בדבר שלא בא לעולם, אמנם אם חלק הירושה הוא יותר מהחוב ורוצין היורשים לסלק החוב, ממילא המעות שייך חלק לבנים בתורת ירושה ואין לבנות כלום, וראה פת"ש

שהאריך במח' זו (י-יא), ובגליון חת"ס כתב 'להכריע' דאין הבנות זוכות ואין יכולות להוציא בכח, כי אין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם וממילא ירשו הזכרים הכל, אך אם ירצו היורשים לשלם משטר חצי זכר חלק לבנות, אין הזכרים יכולים לדחות, כי הלא תנאי היה ביניהם שאם יתן ליוצאי חלציה יפטר מחובו וקיי"ל אדם מתנה לדבר שלא בא לעולם, נמצא אי קיים תנאו ונת לבנות כפי חלקן קיים תנאו ונפטר מחובו ואין לזכרים על היורשים כלום].

בנוגע לשאלה גבי אדם שרוצה להבטיח כי לאחר מותו תירש בתו המאומצת את נכסיו ולא קרוביו האחרים, יש לומר דאם הוא שכיב מרע יכול להקנות לה לפי דברי המחבר בלשון מתנה, ואם הוא בריא יכול להבטיח הדבר ע"י התחייבות כלומר באופן של עשיית שטר חצי זכר. גבי פתרונות נוספים בדרך עשיית צוואה ובלשונה, כאודיתא וקנין שעה לפני מיתה, ראה עוד בסימן רנ"ז, וגבי היחס לאיסור העברת נחלה (בסימן רפ"ב לקמן), כתב בענין זה המנח"י (ג,קלה) בנידון זה ממש (גבי בן מאומץ) "דעדיף יותר שישלך אותו בחייו, באיזה מתנה גמורה וחלוטה, היינו ליתן לו הגוף וגם הפירות מעכשיו, שאז אף דיש לדון גם בזה, אם אין משום העברת נחלה, מ"מ אם משייר מנה יפה ליורשיו, א"כ כיון שלכמה פוסקים, אף במתנת שכיב מרע, אם מניח ליורשיו מקצת, וכ"ש חלק הגון, אין משום עיבורי אחסנתא" (כלומר צירף שיטת הסוברים שבמתנת בריא גמורה אין איסור בדבר, ושיטת הסוברים שכאשר משייר קצת מהנכסים ליורשיו אין איסור בדבר, פסקי המשפט רפא, ג, וראה לקמן רפב/א עוד בזה). [עוד יש לציין שהמנח"י במקום אחר (ו,קסד) כתב שיש לערוך שתי צוואות, גם שטר חצי זכר, וגם לערוך צוואה חוקית אצל נוטריון, ובשטר הנכתב ע"פ תורה יהיה מבואר בפירוש שכתבו עוד שטר עפ"י נוסח חק המדינה, אבל השטר הזה לא יוגרע כחו עי"ז].

עוד כתב הרמ"א "התנה שלא יהא חלק לבתו בספרים (וכן המנהג בשטרות חצי זכר בימינו, פת"ש יב), והלוה על הספרים אין בעל חוב קונה משכון, ולכן יש לבת חלק בהן, אבל אם הוחלטו הספרים בידו, אין לבת חלק בהן (מהרי"ו)".

ביאר הסמ"ע (טו) דס"ל כיון דקיי"ל דאינו קונה כי אם במשכנו שלא בשעת הלואה, וכאן מיירי דהלוה לו על המשכון, ושם במהרי"ו כתב דאפילו במשכנו שלא בשעת הלואה לא קנאוהו אלא לקדש בו אשה ולא לכל מילי, ומה שתמה הלבוש דקיי"ל דבע"ח קונה משכון לא דק וכפי שנתבאר בסימן רע"ח, דאף הרשב"ם כתב לשון קונה משכון, מ"מ לא משום דקונה משכון בשעת הלואה קאמר, אלא כונתו דכיון דלא בשעת הלואה קונה, משו"ה גם עתה שהלוהו עליו, אע"ג דלא קנהו, מ"מ כיון דהוא בידו מוחזק, מיקרי מצוי ולא ראוי, משו"ה נוטל הבכור בה פי שנים, אבל לענין שתיטול בו הבת חלק שאינו תלוי ב'מצוי' אלא ב'קנוי' לאביה קנין גמור, משו"ה אינה נוטלת בו חלק. הש"ך (ז) כתב דאולם דברי הסמ"ע נכונים, אך נתבאר בסימן ע"ב לדינא דמשכנו שלא בשעת הלואה דקני ליה לגמרי, ואף שבמהרי"ו משמע בפשיטות דאפילו שלא בשעת הלואה יש לבת חלק בהם וכמשי"כ הסמ"ע היינו משום שנמשך אחר דברי הרא"ש וסיעתו דאף שלא בשעת הלואה לא קני ליה לגמרי רק לענין לקדש בו האשה וכה"ג אבל לפי דקיי"ל דהעיקר כרש"י וסיעתו דקני ליה לגמרי ואפילו תימא דהוי ספיקא דדינא אי קני ליה לגמרי ה"ל היורשים מוחזקים והבנות המע"ה. הקצות (ז) חלק על כל הנ"ל ואע"ג דבע"ח קונה משכון אבל גוף החוב לא פקע ואם המלוה רוצה מחויב הלוה לסלק לו בזוזי ואין הלוה יכול לסלקו במשכון, ואפילו לדעת רש"י דקונה משכון לאונסין, כל שמחזיר לו משכנו מחויב לסלק בזוזי וכסימן ע"ד, וכיון דכותב לבת הן בראוי א"כ יש לה לבת זכיה בגוף החוב, א"כ נהי דלית לה זכיה בספרים שהם המשכונות אבל בגוף החוב מיהא אית לה וצריך הלוה לשלם לבת כמו לבן, ואם אין ללוה מעות ומסלק בגוף המשכון, בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה בתורת גוביינא בדמי שויה, וא"כ ודאי גם לבת חלק בהם כיון דפורע בעד חוב שמגיע לבת ג"כ, אבל בסימן רע"ח גבי בכור שפיר זוכה במשכון בטעמא דבע"ח קונה משכון וא"כ הוי ליה מצוי ביד אביהם ולא ראוי, ואיתא נמי למשכון במכירה ומתנה כמבואר בסימן ס', אבל הכא נהי דאין לה לבת במשכון ספרים לא גרע מאילו אין כאן משכון כלל דזוכה הבת בגוף החוב ותובעת ללוה גוף החוב וכמ"ש דאפילו היכא דמסלק בגוף המשכון אינו אלא פרעון מכאן ולהבא, וא"כ מש"כ הרמ"א דאין בע"ח קונה משכון אינו אלא לרווחא דמלתא, דאפילו במקום שקונה משכון נמי וכמ"ש כיון דאין בע"ח קונה משכון לפרעון ממש אלא יכול לכופ את הלוה לסלק לו בזוזי. בנתיבות (ט) כתב "להכריע" דאם לא סילק הלוה המעות וגבו היורשין החוב מהמשכון, אפילו במשכון בשעת הלואה נראה דכ"ע מודים שאין לבת חלק בספרים דבמשכון אפילו לרבה למפרע הוא גובה וממילא אי אקדיש מלוה או זבין מלוה הוא קיים כשגובה לבסוף, וכיון דלמפרע הוא קונה ונעשה של האב למפרע אין לבת זכיה

בספרים, אבל כשסילק הלוה במעות צודק הקצות ויש לבת חלק בחוב. בתשובת חת"ס (פת"ש יג) כתב בתחילה שיש להפליא על הש"ך דהא הטעם שכותבין בשטר חצי זכר חוץ מספרים וקרקעות מבואר בנחלת שבעה שהוא משום עגמת נפש שלא תסוב נחלתו למטה אחר דשמו נקרא ביותר על ספרים וקרקעות ולפי"ז בספרים הממושכנים נהי דשלא בשעת הלוואתו קני ליה לגמרי מ"מ אם יבוא הלוה ויחזיר מעותיו, צריך להחזיר משכנו בלי ספק, וכיון דבעמוד והחזר קאי, מהיכי תיתי נאמר דאית ביה משום הסבת נחלה, אך כתב דאפשר לקיים דינו של הש"ך מתוך הענין שדעת הלוה לשקע ולהניח המשכון לחלוטין דנהי דבמשכנו בשעת הלוואה לא היה מועיל כיון שלא מכרו בפירוש, מ"מ שלא בשעת הלוואתו הרי מדינא לש"ך מיקרי שלו ממש ורק משום דלא נקרא שמו עליו, הכא שכבר נתיאש הלוה מפדיון ונראה דעת הלוה לשקעו ביד המלוה לעולם שוב אית ביה עגמת נפש.

כתב בתשובת חת"ס (פת"ש יב) דכל דין ספרים לא נתכוננו הראשונים אלא בימיהם דלא היה הדפוס והיו שוכרים כותבי ספרים ומעתיקים והיה שייך ביה עגמת נפש טפי מקרקע, אבל בספרים הנדפסים בזמנינו מטבע אחד יוצא לאלף ספרים כיוצא אדרבה כל המטלטלים מסוימים טפי מספרים, אין שום טעם שלא תגבה מספרים, אבל מה נעשה ומנהג אבותינו וחלילה לנו לדון בדבר חדש מה שלא שיערו ראשונים.

כתב בתשובת שב יעקב (פת"ש שם) במה שנוהגין לכתוב בשטר חצי זכר חוץ מספרים, די ש לבנות חלק בכלי קודש לס"ת מרבדי זהב וכסף גם עץ חיים וטס ויד של כסף דהטעם שמוציאין הספרים מכלל שטר חצי זכר משום דקונין הספרים ללמוד וללמד בהן וזה שייך רק לזכרים ומאידך המלמד את בתו תורה כאילו מלמדה תפלות וא"כ לא שייך זה אלא בספרים שלומדים בהם משא"כ בס"ת בזמן הזה רק לקרות בצבור ויש לו הזכות שמזכה רבים, י"ל שגם לבנות יש להם זכיה בזכות הזה, ואדרבה כיון שאין לנשים זכות מלימוד עצמן, ראוי להם יותר לזכות אותן שיזכו ע"י זכות אחרים כדאיתא בסוטה הני נשי במאי זכיין וכו', ואעפ"כ בס"ת עצמו אין להוציא מחזקת הזכרים כיון שנכלל בלשון ספרים, אבל כלי קודש הנעשין רק לנוי וכבוד ואינן מחוברים תמיד בס"ת חולקין כנ"ל, ואף שאינן מצוות על לימוד התורה, מצוות על כבוד התורה כמו אנשים.

כתב בשב"י (שם) דמה שנוטלת הבת ע"י שטר חצי זכר בקרקעות שמסתחר בהם היינו מה ששויים יותר משליש ממה שיש לו, אבל עד שליש עשרו הוא בכלל התנאי חוץ מקרקעות לפי שאמרו חז"ל בב"מ מ"ב לעולם ישליש אדם מעותיו שליש בקרקע וכו' ומסתמא אדם מצדיק מעשיו בשעת מותו והיתה כונתו לקיים בעד שליש מעותיו מקרקע שכבר לקח כדברי חז"ל אבל המותר אינו בכלל התנאי, וכתב הפת"ש דמשמע מדבריו דמה שיש לבנות זכות בקרקעות שנושא ונותן ומסתחר בהם, היינו שדרכו לקנות ולמכור אותם, אולם בתשובת כנס"י כתב דאף אם אין דרכו למכור כלל רק שהיה מחזיקם להכניס בהם דיורים זוכים הבנות, דלא נאמר למעט חלק הבנות כי אם הבתים שהיה דר בו האב ושפיר איכא עגמת נפש, משא"כ עשיר שקונה הרבה בתים וקרקעות להשכירם להרויח בהם ועושה מהם פירות מרובין ודאי אינם בכלל קרקעות למעט חלק הבנות ע"ש, וכ"כ השב יעקב ורע"א.

[מה הדין בראובן שמת והניח בן בכור ובת ולה יש שטר חצי זכר וכתוב בו כנהוג כל שטר חצי זכר האם נוטלת שליש או חמישית?]

כתבו השב יעקב (פת"ש ז) והשואל בשב"י בראובן שמת והניח בן בכור ובת ולבת שטר חצי זכר וכתוב בו כנהוג כל שטר חצי זכר שטיטול הבת סך מה או חצי חלק זכר בן פשוט והברירה ביד היורשים ועכשיו ראובן שבק חיי ופסקו שטיטול שליש דלא זיכתה התורה חלק בכורה רק בין הבנים אבל כשאין בנים אחרים לא שייך בכורה כלל, אולם השב"י קרית חנה ועוד חלקו ומקבלת חמישית דאילו נתן שטר זכר פשוט שלם נגד בנו הבכור ודאי לא היתה נוטלת הבת רק חלק שליש, דלא עדיף שטר זכר פשוט מירושת בן פשוט שהוא דאורייתא, א"כ ה"ה היכא שנתן לבת חצי חלק זכר פשוט אז חולקין הנכסים לחמשה חלקים ונוטל הבכור כשני פשוטים, דהיינו לכל חלק פשוט נוטל שני חלקים והבת תיטול כחצי חלק פשוט שהוא חלק חמישית, אולם זה דוקא במוחזק אבל בראוי נוטלת השליש, וסיים הפת"ש דהרי לפניך מחלוקת הגאונים בענין זה ומי שדעתו רחבה יכריע ביניהם.

[מה הדין בכותב לבתו שטר חצי זכר ומת הכותב בחיי אביו ולאחר מכן מת הסבא, האם הבת מקבלת בכח השטר גם מנכסי הסבא?]

פסקו בתשובת הרש"ל ותשובת הרמ"א (פת"ש ט) בכותב לבתו ולחתנו שטר חצי זכר כמנהג הארץ, דהיינו שכתב במתנה חלוטה שחייב לבתו ולחתנו [אלף זהובים ואלו אלף זהובים מחויבים יורשיו לשלם אך הברירה בידם שאם ירצו לתת לחתנו חלק כחצי זכר בכל דבר הן במוחזק הן בראוי יהיו נפטרים מן החוב], ומת הכותב בחיי אביו וקודם שבאו היורשים לחלוקה מת גם הסבא והניח אחריו ברכה והחתן תובע גם חצי חלק מירושת הסבא דכתב לו האבא במוחזק ובראוי, דהדין עם החתן ששייך לו חלקו גם מנכסי הסבא, כיון שגם הבנים יורשים מכח אביהם שהנחלה באה תחילה לראובן אביהם, וכיון שמת אביהם באים בניו לירש מאביהם, א"כ גם בנותיו יש להם חלק מכח שטר חצי זכר, ואין נגרע כח הבנות הואיל דמת אביהן בחיי מוריש שלו ולא הגיע לידו שום דבר בחייו והדבר ספק אם בע"ח נוטל בראוי, זה אינו, כיון דאנן כתבינן בשטר חצי זכר הכל בדרך חוב שישלמו לה סך פלוני ולא יפטרו אם לא שיתנו לה חלק בכל דבר הן ראוי הן מוחזק, א"כ אפילו אם בעל חוב אינו נוטל בראוי, על כל פנים יכול להתנות על ראוי, ואם לא ירצו לקיים התנאי, מחויבים לשלם לה כל החוב, וכ"פ הש"ך (בסימן בסימן ק"ד) ועוד, ודלא כשאריית יוסף דס"ל דאף שכתוב בשטר חצי זכר הן בראוי הן במוחזק אין היורשים צריכין ליתן לו מנכסי אביו דאבא¹ שיכולין לומר מכח אביו דאבא קאתינן² ועוד דיש לחלק בין ראוי לראוי דאין ראוי זה מאביו דאבא בכלל ראוי סתם הכתוב בשטר דנכסי אבא דאבא ראוי גרוע הוא משום שמעולם לא בא הממון ליד אביהם ואינו נכלל ראוי זה בסתם ראוי, והמהר"ם מלובלין הסכים עם רוב הפוסקים אך כתב דאם באו לחלוק בחיי הסבא אין היורשים מחויבים ליתן לחתן כי אם חצי חלק זכר בעזבון האבא ואח"כ כשימות יעקב אבי אביהם אין מחויבים ליתן מעזבונו לחתן כלום, וכתב עוד, דדוקא כשיש כאן עזבון מהאבא בכדי פריעת כל הסך אלף זהובים המבואר בשטר חצי זכר, אבל אם אין בעזבונו בכדי פריעת כל הסך אלא כדי פריעת מקצתו, והיורשים רוצים ליתן לחתן אותו עזבון בפריעת חובו, או שלא הניח שום עזבון, לא יוכל החתן לגבות שום דבר מעזבון אבי חמיו, שהרי אף לפי סברת רש"ל אין לחתן שום זכות מנכסי הסבא אלא מכח התנאי שהתנה עמו או שישלמו לו חובו או יתנו לו חצי חלק זכר אפילו מן הראוי, ובמקום שאין כאן ירושה אין חייבים לפרוע חוב אביהם.

כתב בתשובת שב יעקב (פת"ש שם) אודות ראובן שהיו לו ג' בנים ובת אחת נשואה ונתן לה שטר חצי זכר כנהוג, ומת ראובן, וקודם גמר החלוקה מת אחד מן הבנים הנ"ל בלי זרע קיימא ועזב גם הוא סך מסוים, ופסק דנידון זה דומה לתשובת רש"ל ורמ"א וא"כ גם הבת יש לה חלק מכח שטר חצי זכר, ובכה"ג יכול לשעבד אפילו בראוי כי העיקר הוא החוב, ומה שהאחים יורשים את האח המת הוא מכח אביהם שמת, ואפילו השאר"י מודה הכא דלא שייך הכא לומר שיכולין לטעון מכח אביו דאבא קאתינן וגם אין יכולין לומר מכח אחינו קאתינא דדוקא באביו דאבא שייך לומר כן משום תחת אבותיך יהיו בניך, אכן דוקא באופן שהכריע המהר"ם לובלין (לעיל) כלומר דדוקא אם נמצא בעזבון ראובן כדי פריעת כל החוב המבואר בשטר חצי זכר וכו'. אולם הפת"ש כתב דצ"ע לדינא דעיקר טעמו במה שהחליט דאח יורש את אחיו בתורת משמוש מהאב דיוורש האב את בנו בקבר ומוריש לבניו אחי המת, דמצינו שדעת רע"א דהאח בעצמותו יורש בלא משמוש, והאריך הפת"ש לדחות ראיות השב יעקב בזה מתוס', וא"כ בנידון השאלה לא צריכים הבנים ליתן כלום לאחות מנכסי אחיהם שמת, ואף אי נימא דהוא ספיקא דדינא אם יורש מכח משמוש או לא י"ל דנכסי בחזקת יורשין קיימי ואין להוציא מספק, וגם מש"כ השב יעקב דגם השארית יוסף מודה, צ"ע, כי לפי טעמו השני של השאר"י דנכסי אבא דאבא ראוי גרוע הוא משום שמעולם לא בא הממון ליד אביהם ואינו נכלל ראוי זה בסתם ראוי א"כ גם בנידון דידן שייך לומר כן. [בשב"י (שם) האריך בנידון שמעון שהשיא בת אחת לראובן בחייו ונתן לה שטר חצי זכר כנהוג ואח"כ מת שמעון בלא צוואה והניח אחריו בן אחד פנוי ושתי בנות קטנות פנויות, ואמדו ב"ד דעת שמעון הנעדר והפרישו לחלק השתי בנות סך מסוים, ואח"כ קודם נישואין מתו הבנות דמיד בשעת מיתת האב זוכין הבנות בעישור נכסיהן בתורת חוב על האחים, דיש לראובן חלק באותן עישור נכסים כיון שמתה קודם נישואין איגלאי מילתא למפרע שלא זכתה מעולם בפרנסתה, עיי"ש].

כתב הבא"ה בשם הצמח צדק (פת"ש ט) במי שלא הניח רק בנות ובת אחת יש לה שטר חצי זכר דאין לה שום קדימה וכ"ד השב"י ואין להוציא ירושה דאורייתא בכדי, אך בעבודה"ג דעתו לחלק דעד

כאן לא אמרינן ויתרה מתנתה משום ריוח ביתא של הירושה, אלא אם נוטלת משום ירושה כאותו הסך שהיתה נוטלת משום מתנתה או יותר, אבל אם אותו סך המגיע לה מחמת חלק ירושתה לא יגיע לאותו הסך שהיתה נוטלת משום מתנתה, לא אמרינן ויתרה מתנתה משום ריוח ביתא של ירושתה, והשב יעקב השיג עליו וכתב דעיקר ראיתו אשר בנה יסודו עליו לדמות לעישור נכסי בכתובות ס"ט לא דמי כלל, דהכא בנידון דידן מה דאמרינן דבטל השטר חצי זכר, אין הטעם משום דאמרינן כיון שרווח ביתא מחמת ירושתה ויתרה מתנתה, רק עיקר הטעם דבטל השטר משום דאמרינן אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא נתן לה אביה שטר זה רק אדעתא שיהיו לו בנים זכרים, וכבר כתב בהגהת שו"ע ר"ד דבאומדנא דמוכח נתבטל המקח והכא אין לך אומדנא דמוכח גדול מזה דכ"ע יודעים דאין נותנים שטר חצי זכר אלא מפני שלא תדחה הבת מירושה מפני הזכרים, ועוד איתא שם בהגה דבמתנה דברים שבלב הויין דברים ומשמע אף בלא אומדנא דמוכח ולפ"ז השטר חצי זכר לא הוי רק כמתנה כנראה פשוט מהפוסקים אף דנכתב בלשון חוב היינו שלא יהא בכלל נותן דבר שלא בא לעולם, וא"כ הולכין אחר דברים שבלב אפילו בלא אומדנא דמוכח וא"כ מה לנו אם נוטלת בחלק ירושתה כ"כ הרבה או לאו, ואינה נוטלת רק חלק ירושתה הן רב או מעט ולא תליא בדעתה אי ויתרה או לא. אך הוסיף השב יעקב דאולם כ"ע מודו אם הניח זכרים אחר מיתתו ואח"כ עד שלא הספיקו לירד לחלוקה מתו הבנים, דצריכין ליתן להבת שיש לה שטר חצי זכר תחילה כחצי חלק דהוי מגיע לבנים אילו היו נשארים חיים, משום דמיד שמת האב זכו הבנים בירושתו וגם הבת בחלק חצי זכר שלה, ואין לשאר בנות כלום רק מה שזכו זכו מן הבנים, דהיינו מה שנוטלין השתא בחלק ירושתם מאחיהם שמתו נוטלות כולם בשוה, מלבד חצי חלק זכר שנוטלת אותה בת כבר, אף דג"כ י"ל דלא היתה דעת האב כך שתיטול אותה הבת כפי חצי חלק זכר כיון שנוטלת השתא בתורת ירושה עם שאר בנות, מ"מ הואיל דבשעת מיתת האב היו לו בנים וראוי לה שטר חצי זכר כפי דעת האב, אף שמתו הבנים אח"כ לא תליא בדעת האב עוד דמה שזכה אח"כ זכה מאחיהם ולא מהאב, אך שוב פקפק בזה דאפשר גם בכה"ג באם שמגיע על חלקה ירושה השתא יותר ממה שהיה מגיע אי היתה נוטלת חצי חלק זכר, נימא שויתרה מתנתה כמו בעישור נכסי בכתובות הנ"ל וסיים דצ"ע לדינא.

סעיף ח

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "לשון יחזיק" בנכסים הוי לשון מתנה, וכן לשון יחלקו הוי לשון מתנה, כלומר דאפילו אמר גם לשון ירושה באותו מאמר מהני לשון מחזיק לבטל לשון ירושה כמו דמהני לשון מתנה וכנ"ל בסעי' ז', סמ"ע (טז), ובתשובת ושב הכהן (פת"ש יד) כתב דה"ה אם אמר לשון יטול וכיוצא מלשונות המוזכרים בסימן רנג"ב, ודין זה הוא לכ"ע אפילו לפוסקים שם דס"ל דבבריא לא מהני שאינו לשון מתנה מבורר, מ"מ בשכיב מרע דמהני לכ"ע אין לחלק בין אם אמר בהדי לשון ירושה לשון מתנה ממש או לשון יטול וכיוצא.

כתב הש"ך בשם דברי ריבוב דאני מניח הוי לשון ירושה, אולם בתשובת חת"ס (פת"ש ו) כתב דמוכח בדעת הרא"ש טוש"ע סמ"ע ושו"ך בסימן רנ"ג דמניח לשון מתנה הוא, וטעות סופר הוא בש"ך וצריך להיות כתוב "לשון מתנת שכ"מ".

סעיף ט

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "חלק כל נכסיו לאחרים בלשון מתנה, אע"פ שלא שייר כלום ליורש, דבריו קיימים", דכיון דמת באותו חולי א"צ שיור וכנתבאר בסימן ר"ג, סמ"ע.

כתב הש"ך בשם תשובת הרשב"א דאם נתן מתנה לאשתו שהיא יכולה ליתן למי שתמצא והיא כתבה בשטר שנתנה למי שראוי ליורשו, והיתה לה בת מזה הבעל ולבעל יש בן מאשה אחרת, זכה הבן.

סעיף י

מי שהיו לו ב' אחיות ובן אח ונתן מתנה לבן אח וכתב שבזה מסלקו מכל חלק וזכות שיש לו בירושתו והשאר נתנו לבני אחיות מה דינו?

ע"פ תשובת הרשב"א פסק בשו"ע "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" - שאין אדם יכול לסלק היורש

מירושתו מפני שהוא מתנה על מה שכתוב בתורה ועוד שכל שבן האח ראוי לירש ואין אחר לירש עמו אע"פ שסלקו מנכסיו כל שלא נתנו לאחר בפירוש שהשאר ינתן לבני אחותו ממילא הוא יורש דמאן לירות והאחיות ובניהם כנכרים גמורים הם במקום בן האח הראוי לירש, ואינו דומה למשנתנו דלא יירש עם אחיו דשאני התם שכולם ראויים לירש וכל שנסתלק האחד השאר יורשים הכל, ולא עוד אלא אפילו שאמר כתבו ותנו לבני האחיות שאני נותן להם כל שאר נכסי כל שמת אין כותבים ונותנים שאין שטר לאחר מיתה, שם בתשובה.

כתב הרמ"א ע"פ תשובת הרא"ש ש"ארבע אחיות שהיה להן אח שאינו נוהג כשורת, ורצו להבריה הירושה ממנו וכתבו שטר שכל אחת מהן נותנת כל נכסיה לג' אחיותיה, אין כאן מתנה כלל (וממילא יורש האח הג' אחיות שמתו, סמ"ע) כי חזר כל הממון להיות של ארבעתן כבתחלה. ואם היו המתנות שעה אחת קודם מיתתן, אין האח יורש כי אם אחת מיתת האחרונה (ונמצא כל ממונם ביד זו הרביעית, והיא לא נתנה מכל דבר שביתה לאחיותיה כי אם שעה אחת קודם מותה והרי היא עדיין חיה, ומשו"ה לא יירש האח כלום, ומיהו ה"מ כשכל אחת אמרה אני נותנת לאחיותי מהיום ושעה אחת קודם מיתתי דאם לא אמרו מהיום היו יכולין לחזור מהמתנה ואז האח יורש ג' אחיות שמתו, סמ"ע, וראה קצות ונתיבות), ולא אזלינן בתר אומדנא (קאי אמה שכתב לפני זה דירש ג' שמתו אף דאומדן דעתן היה דלא יירשן האח, סמ"ע) כהאי גוונא (כל היכא דאזלינן בתר אומדנא אנו מבטלינן האי מעשה שעשה ונשאר הענין כמו שהיה בתחילה, כמו מי ששמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו, דמתנתו בטילה דמבטלינן האי מעשה ונשארים הנכסים בחזקתן ויורשן בנו, אבל בנידון זה אף שידוע שכיונו להבריה מן האח לא עשו דבר שיש בו הברחה ובדברים שבלב לא מיעקרה נחלה דאורייתא, סמ"ע ע"פ הרא"ש). 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 (ר"ל האח יורש מה שהיה ביד אלו שמתו, ולפעמים יורש הכל, והיינו כשמתו הג' שנתנו בראשונה וזו הנשארת חיה נתנה באחרונה, וכל אחת נתנה חלקה, וגם מה שקיבלה מאחיותיה חזרה ונתנה לאחיותיה, נמצא דבשעה שנתנה האחרונה לא נשאר בידה כלום ומשו"ה יורש האח הכל, וכשנשארת חיה אחת מאלו שלא נתנה באחרונה, יורש האח הכל זולת מה שנמצא ביד זו שנשארת חיה, יהיה מה שיהיה ע"פ החשבון, סמ"ע).

סימן רפב – שלא להעביר נחלה ממי שראוי לירש

סעיף א

האיסור להעביר נחלה מבן אחד לבן שני, האם זה מהדין או חסידות, ואם מעביר רק חלק מהנחלה לאחד מהבנים בחייו או לפני מיתתו האם מותר? אם נותן בשעת מותו לעדקה כל נכסיו או חלקם, האם מותר?

כיצד מתיישב דין צוואה מחיים כשעיווה המצווה לחלק את נכסיו שלא בשווה בין הילדים עם הדין שלא תהא בעבורי אחסנתא?

האם בעריכת ובאישור 'צוואה הדינית' מחיים בין בני הזוג יש בעיה של "לא תהוי בי עבורי אחסנתא"?

מה הדין אם נדר לעדקה ומת, האם יורשיו חייבים לקיים נדרו? (ראה רנב,ב)

נותן נכסיו לאחרים שאין רוח חכמים נוחה הימנו, אם דווקא שלא הניח לבניו או אפילו ליורשים אחרים גם כן אין רוח חכמים נוחה הימנו? האם יש הבדל אם הניח קצת נכסים לבנים או לא ואם נתן נכסיו לעדקה, או לכל דבר מצוה אחר?

ע"פ **משנה ב"ב קלג**: וכת"ק פסק בשו"ע **"כל הנותן נכסיו לאחרים"** והניח היורשים, אע"פ שאין היורשים נוהגים בו כשורה (בו' כלשון הרמב"ם ור"ל במוריש אע"ג דנוהג כשורה במילי דשמיא ואפ"ה שייך טעמא, ודלא כטור שלא כתב 'בו', סמ"ע) אין רוח חכמים נוחה הימנו (דלא כרשב"ג שאם לא היה בניו נוהגים כשורה זכור לטוב) (כי גורם שהתרגזו ברוחם עליו, סמ"ע בשם הרשב"ם), וזכו האחרים בכל מה שנתן להם. ומדת חסידות שלא להעיד בצוואה שמעבירין בה הירושה מהיורש אפילו מבן שאינו נוהג כשורה לאחיו חכם ונוהג כשורה (יאמר שמואל לרב יהודה שינא לא תיהוי בעבורי אחסנתא ואפילו מברא בישא לברא טבא וכל שכן מברא לברתא, **שם בגמ'**, דלא ידעת מאי זרעא נפיק מיניה, **כתובות נג.**) { מי שצוה לעשות בנכסיו הטוב שאפשר לעשות יתנהו ליורשיו כי אין טוב מזה (**מרדכי**, אפילו מלהקדישן, שם ובסמ"ע) }."

כתב **הקצות (בי ופת"ש א')** בשם **התשב"ץ** שבטופסי שטרות לראשונים יש שיויר ארבעה זוזי וכתב גאון ז"ל דמשום כדי שתהא רוח חכמים נוחה הימנו וכן הוא בעיטור, ובתשובת **חת"ס** כתב גבי עתיר נכסין שלא היו לו בנים ורוצה לעשות שטר צואת בריא ליתן מרוב עשרו קרן קיימת לדברים טובים והמיעוט הנשאר ליורשיו, אי שרי ת"ח להזדקק לזה, דהשיב דמבואר בסוגיה דדף קל"ג אחד הכותב לאחרים ואחד המקדיש ומוכח בכתובות שם בעובדא דרב פפא בי אבא סוראה דלאו דוקא כל נכסין אלא אפילו מקצת נכסין, ואע"ג דבש"ס איתא והניח את בניו לאו דוקא בניו אלא יורשיו וכ"כ הרמב"ם והשו"ע דזיל בתר טעמא דילמא נפיק מיניה בנין דמעלי וזה שייך בכל יורשיו, וכן מבואר בסמ"ע גבי מש"כ שאין נוהגים 'בו' כשורה אע"ג דנוהג כשורה במילי דשמיא כו', ואי ס"ד דבנו ממש הוא ולא נהג באביו כשורה למרוד בו א"כ מה טוב נשאר לו, ו"מבואר מכל זה שאפילו להקדיש רק קצת נכסיו אפילו לא הניח יוצאי חלציו אין לת"ח להזדקק לזה", ואמנם בתשב"ץ כתב דבטופס שטרות וכו' (לעיל) וכן הוא בעיטור סופרים "ודעת הגאונים רחבה מדעתנו", מ"מ **מאי דמייתי מהעיטור יש להוכיח בהיפוך דהעיטור** קאי התם דוקא אמאי דמייתי מקודם הירושלמי דקרא על המעבירים את הפסוק ביחזקאל 'ותהי עונותם על עצמותם' שהוא חטא גדול, ובמשנה משמע רק אין רוח חכמים נוחה הימנו, ועל זה כתב העיטור דמסתבר דוקא בניו ודוקא לא שייך להם כלום אבל לעולם איכא אין רוח חכמים נוחה הימנו, **"אך מעשים בכל יום מי שאין לו בנים מצוה לעשות מנכסיו קרן קיימת ודברים טובים"**, וכתב ליישב המנהג ¹משום דאמרינן ב"ב קט"ז דמי שאין לו בן הקב"ה מלא עליו עברה ואין עברה אלא גיהנם וא"כ רצה להציל עצמו מגיהנם בצדקה זו והוא קודם לעצמו מיורשיו, ²"וכל מקום שהלכה רופפת הלך אחר המנהג", ³ואולי כל זה אינו אלא בשכ"מ, שאין המתנה חל אלא בשעת מיתה ואז נופלים הנכסים לפני יורשים והוא בא להפקיע, אבל מתנת בריא גוף מהיום ופרי לאחר מיתה לית לן בה, אבל כתובות נ"ג תיובתיה, ⁴מ"מ אם מניח ליורשיו עכ"פ מנה יפה "יכול פאר רום מעלתו להזדקק לזה". כתב **הפת"ש** דמשמע מהחת"ס דדוקא מי שאין לו בנים, אבל אם יש לו דלא שייך טעם והעברתם איכא קפידא אפילו במקדיש מקצת נכסיו, ותמה הפת"ש מנ"ל הא דמקדיש ורק מקצת נכסיו זה לא מוכח בשום מקום, כי בב"ב הוה עובדא שהקדיש כל נכסיו ובכתובות הוה עובדא שרצה ליתן נדוניא לבתו, י"ל דבכה"ג דוקא הוי קפידא, אבל במקדיש רק מקצת נכסים י"ל דאין קפידא וכדמשמע נמי בכתובות ס"ז ע"ב גבי מר עוקבא ולמר עוקבא היו ילדים כדמוכח בב"מ ע'.

באג"מ (חו"מ ב,ג) האריך בזה וסיים שכיון שהשאר לכל בן אלף דולר דהוא ודאי דבר חשוב אף בזמננו יותר מד' זוזים שבזמן הגאון אף אם היו בנין מעלי, ורוח חכמים נוחה מזה (אולם באג"מ אב"ה א/ק כתב דודאי ד' זוזי בזמן הזה במדינתנו אין שום חשיבות וצריך להניח לדין הירושה סך חשוב לפי מדינתנו וטוב שיניח הבית שדר בעצמו לדין ירושה שזהו ודאי דבר חשוב וגם הוא כהמנהג, הובאו תשובותיו בפסקי המשפט).

צוואה הדדית היא צוואה שעושים גם הבעל וגם האשה, בה קובעים הם כי בפטירת אחד מהם, יעבור כל עזבונם לבן הזוג הנותר בחיים ולאחר פטירת שניהם יועבר כל עזבונם ילדיהם המשותפים (וכן יכולים אף לערוך צוואה הדדית בה יורישו את כל עזבונם ישירות או הירוות אחרת). ע"פ הנ"ל יש לומר שבמקרה כזה נכון הוא שישאירו חלק חשוב שכן יירשו היורשים ע"פ דין תורה וראה לעיל.

האם יש הבדל בין בן כשר לבן מומר או מחלל שבת בפרהסיא או אם הבן מוסרי?

כתב באג"מ (שם) שכאשר היורשים מומרים לחלל שבתות בפרהסיא ועוברים על איסורי התורה ואין מחנכים את בניהם לתורה ומצות אין להסתפק בזרעא מעליא ואף שאירע לפעמים שגם ממומרים לשבת ולכל התורה נפיק בן שומר תורה ודאי הוא רק מיעוט שלא מצוי ואין לחוש לזה שלכן ודאי רשאי לא רק ליתן לצדקה אלא אף ליתן לאחרים רשאי ורוח חכמים נוחה מזה וגם זכור לטוב שבזה לא יפלגו על רשב"ג, ואף במסור שיש ספק דליפוק מיניה זרעא מעליא שמטעם זה אסור לאבד ממונו ביד מסתבר שהוא רק שלא לאבד מה שיש לו כבר אבל רשאי להעביר נחלה ממנו דהא גדולה מזה איתא בש"ך סימן שפ"ח בשם בעל העיטור דע"י גרמא או גרמי מותר לאבדו וכ"ש העברת נחלה דאינו מזיק כלל ממה שהיה לו אלא שמונע שלא יתוסף לו שרשאי, ולי"א שהביא הרמ"א שמותר ליטול ממונו לעצמו ורק לאבד אסור כ"ש שליכא איסור לאב ליתן לאחרים וכ"ש לצדקה, וכ"ש במומר לשבתות ולאיסורי התורה שאין לחוש לזרעא מעליא לפי רובא דרובא שמותר.

סימן רפג – דין ירושת גוי וגר וישראל מומר

סעיף א

האם יש דין ירושה מהתורה בגר וגוי?

גר שהתגייר האם ניתן ע"פ הלכה להוציא לו צו ירושה כשאביו גוי ומה הדין כשאביו התגייר? ומה הדין אם היה הבן הורתו שלא בקדושה ולירדתו בקדושה, האם יורש את אביו הגר?

מתי ובאיזה אופן מועיל תנאי בירושה?

ע"פ מימרא דרבא קידושין יז: וברייתות שם פסק בשו"ע "העובד כוכבים יורש את אביו דבר תורה (שנאמר 'וחשב עם קונהו' ולא עם יורשי קונהו מכלל דאית ליה יורשים, א"נ 'כי לבני לוט נתתי את ער ירושה'), והגר אינו יורש את אביו עובד כוכבים אלא מדבריהם תקנו לו שירש כשהיה שמא יחזור למרדו, (רמב"ם -) ותנאי מועיל בירושה זו (ויוראה לי שתנאי מועיל בירושה זו הואיל ואין העכו"ם מחוייב לעמוד בתקנת חכמים") (שיכול להוריש למי שאינו ראוי ליורשו ולעקור נחלה ובשאר ירושות אינו מועיל תנאי, סמ"ע), הואיל ואין העובד כוכבים מחוייב לעמוד בתקנת חכמים (וגוי וגר שירשו אביהן יכול הגר לומר לגוי טול אתה ע"ז ויין נסך ואני מעות ואם משבאו לרשותו אסור, טור וסמ"ע ע"פ משנה דמאי שהובאה בקידושין), ולא העובד כוכבים יורש את אביו הגר, ולא גר את גר, לא מדברי תורה ולא מדברי סופרים (רמב"ם ע"פ איסור גיורא דב"ב קמ"ט -) אפילו היה לו בן שלידתו בקדושה, מאחר שהורתו שלא בקדושה אינו יורש את אביו ולא אביו יורשו (וישראל שהיה חייב לעובד כוכבים ומת אם אין עובד כוכבים יודעין מזה אינו חייב לפרוע ליורשיו (מרדכי), אבל אם יורשי הגוי או שאר גוים יודעים זה קאי בעון כ"כ המרדכי, והטעם הוא כיון דהגוי יורש את אביו הוא בכלל גזילה וגזל הגוי אסור, אבל אם אינו יודע הוא בכלל ראה ויתר גוים [ב"ק ל"ח] ודלא כלבוש שכתב דבידע צריך להחזיר משום קידוש השם, סמ"ע) {}."

רע"א ציין ללשונו המלאה של הרמב"ם "העכו"ם יורש את אביו דבר תורה אבל שאר ירושותיהן מניחין אותו לפי מנהגם" וכתב הרב המגיד דזה מפני דלא מצינו שיהיה סדר נחלות אלא לישראלים.

גבי השאלה האם ניתן להוציא צו ירושה לגר שאביו יהודי, מצינו ברמב"ם והשו"ע שאף גר אינו יורש את אביו הגר, ועל פניו ה"ה אביו היהודי שאינו מיוחס זרע וכקטן שנולד דמי, ונדמה שגם אין להוציא צו ירושה במקום שמדין תורה ודרבנן אין מקום לירושה, אא"כ הוריש בצוואה וכד'.

לגבי השאלה מתי ובאיזה אופן מועיל תנאי בירושה, דמצינו הכא דבגר מועיל, יש לציין גם לנתיבות בסימן רפא (ו) שכתב דמתשובת המבי"ט בסימן רפ"ח מוכח שהאב יכול לסלק הבכור מירושתו כשהבכור ג"כ מסלק עצמו.

האם ניתן להוציא צו ירושה לגר שאביו יהודי?

בנידון זה כתב **הרב ציון לוז** (פד"ר 940365) בשם **המהרשד"ם** (חו"מ ש"ה) דגר אינו מתייחס אחר **"אביו" הישראלי**, ולכך אינו יורש את המנחות היהודי לא מדברי תורה ולא מדברי סופרים, ואף שמצאנו שגר יורש את אביו הגוי מדברי סופרים "שלא יחזור לסורו", והפירוש הפשוט הוא שמכיוון שאם יחזור לסורו ולגוינותו יירש את אביו הגוי, תקנו חכמים שיירש את אביו כדי למנוע אפשרות שיחזור לסורו כדי לזכות בירושה, ולכן בגר הבא לרשת את אביו הגר, שלא שייך טעם זה, שהרי גם אם יחזור לסורו לא יירש את אביו, לא תקנו חכמים ירושה כלל, ואוקמוה אדינא דאורייתא, וכך גם בנידון זה שכל שכן שלא שייך הטעם הנ"ל, שהרי אם יחזור לסורו ייגרע מעמדו בקשר לירושת אביו היהודי, לא שייכת תקנת חכמים הנ"ל, וכ"כ במשפטי עוזיאל (ח"ב יו"ד סג), והביא שבמשנה הלכות (יד, רלח) הוסיף לבאר שתוכן התקנה במה שגר יורש את אביו הגוי הוא להעמידו על מצבו הקודם קודם שנתגייר, ושלא ייגרע מעמדו בנוגע לירושה בעקבות גירותו, ולכן בגר הבא לירש את אביו היהודי כבנידו"ד, שגם בטרם גירותו בהיותו גוי, לא היה יורש את אביו הישראלי, שירושתו ממשמשת ובאה עד ראובן בן יעקב, אין כוח ביד חכמים להפקיר את עיזבונו של המת ששייך על פי דין תורה לאחד מישראל, ולהעבירו לגר שלא היה יורשו מעולם, וגם עתה אינו מיוחס אחר אבי, ולפי"ן היה ראוי לדחות את הבקשה להוצאת צו ירושה על שם המבקש, אולם מאחר והמבקש הוא גר (והוא שומר תורה ומצוות, ואין לנו סיבה לפקפק בתוקפה של גירותו) שמצוות אהבתו גדולה עד מאוד, וכלשון הרמב"ם "שמפני שנכנס בתורתנו הוסיף השי"ת אהבה על אהבתו", ולכך כתב הרב לוז ש"ראוי להפך בזכותו עד כמה שנוכל כדי להעמיד בידו את עיזבון 'אביו', מאחר ולא ידוע לנו מי הם יורשיו כלל" ע"פ תה"ד והרמ"א (רעו/ד) שנכסי שתוקי שמת הם הפקר לכל הקודם לזכות, עיי"ש.

מה הדין אם אישה עשתה הפריה מזרעו של הבעל לאחר מותו, האם הבן יורש את אביו?

בענין ירושת בן מזרע האב לאחר מיתתו, התפרסם בזה מאמר ידוע של **הרב ישראלי הנקרא "אבהות בהזרעה שלא כדרכה" שם העלה "ברור שולד שנוולד מזרע מופקא אחרי מות בעל הזרע אין לו שום יחס קרבה למשפחת האיש שממנו בא הזרע המוקפא"**, ואחת מדרכי לימודו היא שכן דיני משפחה למדים מדיני יבום ולא ניתן להפריד בין זה לזה וכזה למדנו בב"ב ק"ט דכיון דלענין יבום בן ובת כי הדדי נינהו לענין נחלה נמי וכו', וזרע שנמצא בשעת מות הבעל מחוץ לגוף האשה במצב של קפאון, שרק באופן מלאכותי ע"י פעולות הנדרשות להוציאו ממצב זה ולזווגו עם הביצית שבמעיי האשה שמבלי פעולה זו לעולם לא יוולד, בזה הדין "ובן אין לו" נשאר לעולם, ואין לו מאז שום ייחוס אל המת, וכנ"ל כן הדין גם גבי ירושה.

הגרש"ז (מנחת שלמה תנינא סימן קכד, נועם א' עמ' קנה) דאף שחייבת האשה בייבום ע"י בן נולד לאחר המוות "דאף שהולד מתיחס אחריו והוא בנו לכל דבר מ"מ כיון דבשעה שמת בעלה עדיין מחוסר מעשה של הכנסת הזרע לגופה מיד כבר חל עליה חובת יבום, ואף שלענין ירושה שפיר נקרא יורש, היינו מפני שדין ירושה לא תלוי דוקא בשעת מיתה ויכול שפיר לחול עליו שם יורש גם זמן רב לאחר מיתת המוריש, כמו למ"ד שאין זכיה לעובר אפילו בירושה דממילא ואפי"ה שפיר חייל עליו שם יורש גם לאחר מיתת האב כמבואר בר"פ מי שמת [ב"ב דף קמב ע"א] משא"כ ביבום". גם במאמר של **הרב משה מרדכי פרבשטיין** 'נחלה וירושה' כתב שלפי הא דמצינו בחידושי ר' שמעון שקופ דכל אדם לאחר שמת אין זה מוכרח שמיד כל נכסיו יוצאים מרשותו, ואע"ג שמת אינו יכול לזכות בנכסים שלא היו שלו, מ"מ נכסים שהיו שלו הם שלו עדיין אלא שהוא מורישם ליורשים, והיינו שבכל ירושה אין הנכסים יוצאים מאליהם מהמת, והתורה היא שמזכה אותם ליורשים, אלא שהמת הוא שמנחילם ומעבירם ליורשים, ועל כן באופן שהיורש אינו יכול לזכות בהם כעת, עומדים הם עדיין בחזקת המת עד שהיורש יהיה ראוי ליורשו, וכשיהיה ראוי לכך יורישם המוריש ליורשו, ועל כן גר שמת והניח עובר, הנכסים עדיין בחזקתו של הגר שמת עד שיוולד בנו ויירשנו, דלפי זה אכן יש לומר שגם הנוולד על ידי הזרעה מלאכותית, יירש את אביו כשיוולד, הואיל והנכסים נמצאים אצל המת עובר היורשים, וגם עובר בנו שנוולד מזרעו זה, עמדו נכסים עד שיוולד.

סעיף ב

האם יש דין ירושה מהתורה במומר?

קידושין יח. "אמר רב חייא בר אבא אמר רבי יוחנן גוי יורש את אביו דבר תורה דכתיב כי ירושה לעשו נתתי את הר שער **ודילמא ישראל מומר שאנן** אלא מהכא כי לבני לוט נתתי את ער ירושה" ומדקאמר ודילמא ישראל מומר שאנן משמע דפשיטא ליה דמומר יורש את אביו ישראל וכ"פ הרמב"ם והראב"ה, והמרדכי כתב דפסקו **מר רב צדק גאון ור"ח** דמומר אינו יורש את אביו והא דפריך לרבי יוחנן דילמא ישראל מומר שאנן הכי פירושו דילמא ישראל מומר מוריש לבניו דעשו היה מומר והוריש לבניו את הר שער כדכתיב כי ירושה לעשו נתתי את הר שער.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "ישראל שהמיר, יורש את קרוביו הישראלים כשהיה, ואם ראו בית דין לאבד את ממונו ולקנסו שלא יירש, שלא לחזק ידי הרשעים, הרשות בידם (י"כן המנהג תמיד במערב", רמב"ם, דהפקדון בית דין הפקר, ראב"ה) ואם יש להן בנים בישראל תנתן ירושת אביהם המומר להם (וה"ה אם יש לו אב ישראל תינתן לו ירושתו, ב"י וסמ"ע בשם המרדכי) וכתב הרמ"א "ואפילו נתן המומר הנכסים לאחרים אין במתנתו כלום, דמיד נפלו נכסים קמי יורשיו ואין לו כח בהן (רא"ש). וי"א שמניחין הירושה בבית דין ואם יחזור בתשובה נותנין לו (רא"ש), וראה לקמן) וישראל יורש קרובו המומר לעבודת כוכבים (רא"ש) (מרדכי בשם תשובת רש"י -) אפילו הפקיד הממון ביד ישראלים אחרים ואפילו היו לו בנים, כשהיה עובד כוכבים, אבל אם הנפקדים שלחו יד בממון הפקדון בחיי המומר, או שבקש הממון ולא רצו ליתנו לו, ויש להן עדים על זה, זכו במה שבידן ואין יורשיו יכולין להוציא מיד הנפקד, הן בחיי המומר הן לאחר מותו, דכל המוחזק בנכסיו יכול לזכות בהן כל זמן שהוא חי".

מלשון הרמב"ם "ואם ראו בית דין" וכו' כתב הסמ"ע דלמד תה"ד דלא בכל ענין קנסו והפקיעו חז"ל המשומד מירושתו כי אם כשראו שודאי לא יחזור לכשרותו, ומה"ט מסיק וכתב שם דכשהמשומד קטן עדיין, הקרוביו מאביו יירשוהו וכדברי הרמ"א לקמן.

כתב הסמ"ע (י) ששני החלקים הראשונים בדברי הרמ"א אלו דברי הרא"ש, והקשה תה"ד אהדדי וכתב דדין הראשון הוא כשהבי"ד רואין שאין תקנה למומר לומר אולי ישוב והי"א" כשכן רואים תקנה, ואילו הסמ"ע כתב לחלק דודאי מניחין הירושה בב"ד אולי יחזור וישוב ויתנו לו אלא שבדין קמא איירי שהמומר רצה ליתן לאמו וכמ"ש בטור המעשה ובכה"ג מוטב שיתנוהו לבתו.

הקשה הש"ך (א) על הרמ"א בשם המרדכי דכיון שכתב בסימן שפח/יג די"א דמותר ליטול לעצמו אף דאיכא דפליגי על הי"א לא היה לו לכתוב כאן הדין כן בפשיטות כיון דאיכא דפליגי, ובנתיבות (א) כתב דתמוהין דבריו דכיון שבתשובת רש"י פסק בפשיטות שאינם יכולין להוציא מידו והוא מטעם כיון דלא איתמר הילכתא לא כמר ולא כמר (כמבואר בדבריו בב"י), א"כ מכ"ש דשפיר כתב הרמ"א שאין מוציאין מידו כיון דיש אומרים שמותר ליטול לעצמו, ודעה זו היתה נראית לעיקר בעיניו מדלא הביא י"א השני שם.

כתב בתשובת חת"ס (פת"ש א) שנשאל מחותנו רע"א בנפקד שיש בידו פקדון שט"ח חילוף כתב והמפקיד לאחר מכן המיר דתו ומת והניח יורשים ישראלים, והלואה עני והיורשים אינם יודעים מהחילוף כתב, הנפקד יוצא ידי שמים אם לא יודיע ליורשים מהחילוף כתב כדי שלא ינגשו את הלואה העני, וספיקתו במש"כ הרמ"א דבפקדון בעינן דוקא ששלח יד בעוד המומר חי אבל זולת זה צריך להחזיר ליורשים, וכתב די"ל דמלוה דלהוצאה ניתנה לא בעינן שליחות יד ותביעה בחיי המומר דממילא פקע שעבודו ואין הלואה מחויב לשלם ליורשים כלל, והחת"ס הסכים עמו דמלוה דלהוצאה ניתנה ממילא פקע שעבודו ובר מן דין מי יכול להוציא ממון מהלואה נגד דעת רבינו ברוך שהוא הי"א דמייתי רמ"א בסימן שפח/יג דמותר ליטול לעצמו ממון דמסור, מכל הלין פשוט דאיסורא קא עביד הנפקד אם יוציא השטר ומוסרו ליד היורשים ואם ירצה לצאת ידי חובה מכל וכל, יבליע ליורשים דמי ניירא בעלמא לצור, אך סיים הפת"ש דצ"ע בתשובת מהר"י וי"ל דמייתי הדרכ"מ דמשמע דגבי הלואה יש חילוק בין אם הגיע זמן פרעון או לא ודוקא בלא הגיע זמן פרעון זכה.

עוד כתב הרמ"א ע"פ המרדכי ותה"ד "ישראל מומר שמתה לו אמו ויש לו קרובים מן האב, אם המומר גדול שראוי לקנסו בירושתו, גם יורשיו אינן יורשין, ונשארה הירושה לשאר יורשי האם, אם המומר קטן שאינו ראוי לקנס, יורשיו יורשין אמו, ובעל יורש במקום אשתו המומרת, אע"פ שמת אביה לאחר שהמירה לעובדת כוכבים, ומתה אחר כך, הבעל יורש, מאחר דידו כידה, אין שייך קנס".

ביאר הסמ"ע (יב-יג) דמשומד נחשב כמת ואין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל ליורשיו מאביו, משא"כ קטן דלא קנסוהו ולא אפקוהו מירושתו משו"ה אף שאינן נותנין בידו הירושה בעודו מומר, מ"מ אינו נחשב כמת אלא יורש את אמו ומזכה לקרוביו מאביו בירושתו, ולגבי בעל קמ"ל דאע"פ שהיא גדולה שאני בעל דלאביו ידו כידה ולרבא יד הבעל עדיפא מיד אשתו כדאיתא ביבמות ל"ט ומשו"ה מיד כשמת מורישה של המומרת נפלה הירושה קמיה דבעל טפי מלקמה, דידו עדיפא מידה לרבא דק"ל כוותיה, משא"כ בשאר יורשין שאין להן צד זכיה בנכסי קרובים בחייהם.

סעיף ג

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "לאה נשביה ואמה קבצה מעות לפדיונה, ואחר כך שמעה שהמירה ונטמעה בין העובדי כוכבים, אם אי אפשר להחזיר לכל אחד מה שנתן (דאדעתא דהכי לא התנדבו שתאכלם בגיות שהרי לא התנדבו אלא לפדיונה), יהיה הקרן קיים לפדיון שבויים, ואם יתכן לפדות באחרית הימים אותה שבוייה, תפדה בהם {ועיין ביו"ד סימן רנ"ג סעיף ו'}", ובתשובה מבואר דאם היה אפשר להחזיר לכל אחד מה שנתן זה היה מוטב, דהרי לא יצא מרשותם עד שתפדה, אבל זה אי אפשר כי יוצאו על זה יותר מן הקרן, הלכך יעשו בו צרכי רבים, ויותר הוא טוב לפדיון שבויים ויהיה הקרן קיים אם תוכל לפדות באחרית הימים אותה שבוייה, שם (הובא בסמ"ע יד).

סימן רפד - אין צריך עדות ליורש שהוא קרוב וצריך עדות שמת המוריש

סעיף א

האם חובה על בית הדין לחקור אחרי יורשים אחרים שאינם ידועים בזמן שיוורש ודאי רוצה צו ירושה ואם עד אחד או אשה נאמנים לומר שמת כדי להוריד יורש לנכסיו?

מי שמת ולא היו לו כאן יורשים ידועים ובא אחד וטען שהוא קרובו הראוי ליורשו האם נאמן בלי עדים (ראה גם רפ"ו) ומה יהיה הדין אם יבוא אחר כך עוד א' ויטען שגם הוא קרוב ואין לו עד?

כתב הרמ"א "כל היורשין יורשין בחזקה, שהעידו העדים שהוחזק להן שהוא פלוני, אע"פ שאינן יודעים אמיתת יחוסו, והוא הדין בשאר יורשין (רמב"ם וטור, וכתב ה"ה דכן מפורש בקידושין פ' ועוד מקומות ומפורש בתוספתא דב"ב י"ג שנים שהיו באים ממדינת הים אע"פ שמשאן ומתנן ומאכלן ומשקן כאחד מת אחד מהם אין חבירו יורשו ואם היה נוהג בו משום אחוה יורשו)". (רא"ש -) מי שהוא מוחזק כאחד שהוא קרוב המת (איירי שם שאמר ראובן על שמעון בחייו שהוא בן דודו ולא נודע לו קרוב יותר ממנו ששמעון יורש אע"פ שאין שם עדים שהיה קרובו אלא על פיהם שהחזיקו עצמם קרובים זה לזה), ואין אנו יודעין קרוב יותר ממנו, הרי זה יורשו ולא חיישינן שמא יש קרוב יותר ממנו, כל זמן שלא יודעין (דלא כריב"ש דאין יורד לנחלה אלא שמביא ראיה שהוא ראוי ליורשו ושאין קרוב אחר ראוי לירש יותר ממנו וכל זמן שאינו מביא ראיה בזה אין יורד לנחלה, דרכ"מ, והב"י כתב שאפשר שמודה לרא"ש ומה שכתב הוא בההוא עובדא דווקא, ומ"מ הרשב"ץ ועוד חלקו על הריב"ש, והש"ך כתב שגם בתשובת מהראנ"ש חלק על הריב"ש) ועיין לעיל סימן ר"פ סעיף ז'. ולא מורידין קרוב לירושה על פי עד אחד (ריב"ש, וכן משמע מכל הפוסקים ודלא כתשב"ץ, רע"א).

הקצות (א) הסכים עם הריב"ש החלוק עם הרא"ש דכתב על דברי הרמב"ם שכתב האומר זה בני או זה אחי או זה אבי או שאר היורשים אף על פי שהודה באנשים שאין מוחזקין שהם קרוביו יירשנו דאפשר שלא כתב אלא במי שאומר עליו שהוא קרובו בעת שהוא ראוי ליורשו שאז הוא כאילו אמר

שהוא ראוי ליורשו, אבל אם בשעה ששמעו מפיו שהוא קרובו לא היה בעת ההוא ראוי לירש כי היו לו קרובים יותר אע"ג שאח"כ נפטרו אין ראוי שיועיל עדותו שאמר שהוא קרובו, דכל מלתא דלא רמיא עליה דאינש אמר ולא אדעתיה, וכתב הקצות דמה שחלקו עליו דאין לחוש לקרוב יותר קדום ודאי דבר זה לא נעלם מהריב"ש דאין ספק מוציא מידי ודאי, אלא דהריב"ש מחלק דהיינו דוקא היכא שידוע בשהדי שהוא קרוב ודאי ואידך ספק, אבל במה שהקורבה דחזקה אין לומר בזה אין ספק מוציא מידי ודאי, והיינו כיון דליכא סהדי דאיהו קרוב אלא במה שאמר המת, ואיהו גופיה אינו נאמן אלא במיגו ושנאמר שהיה הכוונה שיירשנו כל זמן שלא יהיו לו יורשים אחרים, וא"כ כיון שאנו מסופקים שמא יש לו יורשין אחרים וכוונתו לא היה לירש במקום שיש לו יורשין קודמין, א"כ הוי ליה ספק בגוף הקורבה וזה ודאי אין לך קורבה דחזקה יותר מזה ולכן צריך עכ"פ ראייה שאין לו יורשין קודמין, ולגבי קושית התשב"ץ דגבי בכור מוכח דאפילו אמר דרך שיחה דנאמן, הקצות חילק דדוקא בבכור דנאמן מטעם יכיר מהני אפילו אמר דרך שיחה משא"כ בשאר קרובים דאינו נאמן אלא מטעם מיגו בעינן בכונה ליורשו, והנתיבות (א) לא הסכים לחילוק זה דאם נאמר דכל שאמר דרך שיחה אמרינן דמילתא דלא רמיא עליה אמר א"כ אפילו בבכור לאו כלום אמר, וע"כ צ"ל דלא תלינן באומר שהוא קרובו דרך שיחה שמילתא דלא רמיא עליה אמר ואמרינן דבדוקא אמר, א"כ ה"נ בשאר קורבה אמרינן דבדוקא אמר ונאמן מכח מיגו.

סעיף ב

אשה שטוענת שמת בעלי או עד אחד מעיד לה, האם היורשים יורדים לנחלה על פיהם?

ע"פ משנה יבמות קיז. וגמ' ב"מ לח: כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "אין היורשים נוחלים עד שיביאו ראייה שמת מורישה, 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".

ביאר הסמ"ע (ב) דדוקא גבי נישואי דאשה הקילו בתחילה משום החומרא שהחמירו עליה בסופה דודאי לא תנשא עד שתבדוק היטב אם אמת הוא הקול וכקולת עדות אשה ע"פ עד אחד או עבד ושפחה משא"כ בהוצאת ממון מחזקת זה ליתנו ליורשיו, והא דהקילו בסעי' ד' גבי נפלו למים שאין להם סוף ואינן דיורדין על פיהם לנחלה ואין משיאין על פיהם, משום דבכל דברים אלו שחזקתן למיתה לא החמירו גביהן לענין ממון, אבל לענין נשיאת אשה אדרבה משו"ה החמירו, דכיון דחזקתן למיתה תסמוך האשה ע"ז ולא תבדוק תו ע"ז אם הוא אמת, ובאיסור כרת החמור חשו חכמים טפי שלא תנשא כי אם ע"י בדיקה וחקירה ודרישה משו"ה אסרו להנשא על פי זה.

סעיף ג

ע"פ יבמות קיז. פסק בשו"ע "אמרה מת בעלי ונתיבמה, הרי יבמה נכנס לנחלה על פיה, שנאמר יקום על שם אחיו המת והרי קם".

סעיף ד

מה הדין אם עדים מעידים שטבע במים שאין להם סוף, האם משיאין על פיהם, והאם יורדים לנחלה על פיהם?

כלשון הרמב"ם (שהדעת נוטה לדבריו אף שאינם בגמ', ה"ה) פסק בשו"ע "מי שטבע במים שאין להם סוף, ובאו עדים שטבע בפניהם ואמרו אבד זכרו, אע"פ שאין משיאין את אשתו לכתחלה, הרי היורשים נוחלים על פיהם (אבל האשה אינה נוטלת כתובתה שאין אני קורא לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי כן כתב וכתב ה"ה דאף הרמב"ם מודה בזה אבל ניזונית מן הנכסים, באה"ג), 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 (לאו מובהקים גמורים קאמר דא"כ היו משיאין ג"כ אשתו על פיהם, סמ"ע) והכירו אותו, בכל אלו הדברים וכיוצא בהם אם אבד זכרו אח"כ יורדים לנחלה בעדות זו, אע"פ 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".

כתב **הסמ"ע** (ה) שהקשה הכס"מ דמהסיפא 'ואח"כ נשמע שמת' משמע דתיתי בעינן שיעידו עדים בדברים כאלו שחזקתן למיתה וכו' וגם ישמעו אח"כ שמת, ולפני זה בהעידו עדים שטבע לפניהם במים לא כתב שצריכין שישמעו אח"כ שמת והניחו בצ"ע, ויש לדחוק דס"ל לרמב"ם שכל שאבד זכרו מסתמא יצא הקול שמת, ומשו"ה לא הוצרך לכתבו ברישא, ובסיפא כתבו לרבותא ללמדנו שאפילו לא שמעו בו שמת אלא אחר שהעידו על דברים כאלו, וה"א שהקול שמת נתפשט מכח עדותן על דברים שהן למיתה, אפ"ה יורדין לנחלה, וכ"ש אם נשמע הקול שמת קודם שהעידו על דברים כאלו שסתמן למיתה, אולם **באה"ג** בשם **הב"ח** פירש גם ברישא דמדובר ששמעו בו אח"כ שמת.

סימן רפה - שבוי שברה והיוצא לדעת מה יעשו בנכסים

סעיף א

כתב **הרמב"ם** ע"פ ברייתא **דב"מ לח**: וכ"פ בשו"ע "שבוי שנשבה ונשמע שמת וירדו יורשיו לנחלה וחלקו אותה ביניהם, אין מוציאין אותה מידם, וכן הבורח מחמת סכנה, אבל היוצא לדעת ששמעו בו שמת וירדו יורשיו לנכסים וחלקום, מוציאין מידם עד שיביאו ראיה שמת מורישין", וביאר ה"ה (בסמ"ע ובאה"ג) שהרמב"ם מפרש הברייתא ביורד על דעת להחזיק ולנחול ולזה אמר היורד ולא מורדין וסובר דאפילו שירדו לחלוק אין מוציאין מידם הוא משום דכיון דבשבוי מורדין קרוב לנכסיו אף בלא שמעו שמת להתעסק בהן כאריס, משו"ה כשמעו בו שמת מעלין לקרוב מדרגה אחת שאם ירד בו בתורת נחלה אין מוציאין מידו, משא"כ ביוצא לדעת דבלא שמעו בו שמת אין מורדין קרוב אפילו כאריס, משו"ה כשמעו בו שמת אין מעלין אותו כ"כ שאם ירד בו בתורת נחלה שלא להוציא מידו, אבל מעלין אותו שמורדין אותו בו כאריס, וכתב **הסמ"ע** (א) דנקט הרמב"ם כלשון הברייתא 'אין מוציאין' ודלא כתוס' שהוכרחו לפרש דלאו דוקא קאמר אין מוציאין דהא אפילו לכתחילה מורדין קרוב לנכסי שבוי (ועיין נתיבות א').

לגבי היוצא לדעת ביאר **הסמ"ע** (ב) ע"פ הב"י בשם ר' יהודה בן הרא"ש דהיינו דוקא שהלך במקום רחוק ובמקום הסכנה ואין השיירות מצויות, דהיוצא בדרך זה מדרכו לצוות לביתו, וכיון שזה לא ציוה אמדין דעתיה דלא ניחא ליה דלירדו בו אחרים, אבל כשהלך לדעת במקום קרוב או במקום שהשיירות מצויות, אמרינן דמשו"ה לא ציוה משום דסבר לשוב היום או מחר וכיון דלא שב ודאי נאנס ודינו כשבוי.

סעיף ב

ב"מ לח: "איתמר **שבוי שנשבה** רב אמר אין מורדין קרוב לנכסיו ושמואל (דהלכה כמותו בדיני וכן ס"ל לרב נחמן) אמר **מורדין קרוב לנכסיו**, בששמעו בו שמת כולי עלמא לא פליגי דמורדין כי פליגי בשלא שמעו בו שמת רב אמר אין מורדין דילמא מפסיד להו ושמואל אמר מורדין כיון דאמר מר שיימינן להו כאריס לא מפסיד להו, מיתיבי (לשמואל) רבי אלעזר אומר ממשמע שנאמר 'וחרה אפי והרגתי אתכם איני יודע שנשותיהם אלמנות ובניהם יתומים' אלא מלמד שבניהם רוצים לירד לנכסי אביהם ואין מניחים אותם אמר רבא לירד ולמכור תנן.. ומורדין קרוב לנכסי שבוי תנאי היא - דתניא היורד לנכסי שבוי אין מוציאין אותו מידו ולא עוד אלא אפילו שמע שממשמשין ובאין וקדם ותלש ואכל הרי זה זריז ונשכר ואלו הן נכסי שבויין הרי שהיה אביו או אחיו או אחד מן המורישין הלכו להם למדינת הים ושמעו בהן שמת היורד לנכסי נטושים מוציאין אותו מידו ואלו הן נכסי נטושים הרי שהיה אביו או אחיו או אחד מן המורישין הלכו להם למדינת הים ולא שמעו בהם שמת ואמר רשב"ג שמעתי שהנטושים כשבויין".

וז"ל **השו"ע** כשמואל דהלכתא כוותיה בדיני וכלשון **הרמב"ם** "שבוי שנשבה ובורח מחמת סכנת נפשות (דכל שלא היה לו פנאי לצוות ב"ד מחוייבין להזקק לנכסיו שלא יופסדו), חייבים ב"ד להתעסק בנכסיהם, כיצד עושין, כל המטלטלים יהיו מופקדים ביד נאמן ע"פ ב"ד, ומורדין לתוך

הקרקעות קרובים הראויים לירש, כדי לעבוד הקרקעות ולהתעסק בהם, עד שיוודע שמתו או עד שיבואו {היו כאן יורשין הרבה, קצתן עובדי אדמה וקצתן אינן עובדי אדמה (אף שיש להם קרקעות אלא שמעבידים ע"י אחרים, סמ"ע ע"פ הטור), מעמידין ביד עובדי אדמה (רא"ש)}. וכשיבוא השבוי והבורח שמין אלו הקרובים שהורידו מה שעשו ומה שאכלו כמנהג כל האריסים של אותה מדינה {ו"א (רא"ש) דוקא בשבח שמין לו כאריס, אבל פירות נוטל הכל (ר"ל פירות שקצין קודם ששמע שממשמשין ובאין דקודם שיבאו אוכל כל הפירות ואדעתא דהכי ירד אבל אחר שבאו הבעלים ולא קצר עדיין וכן בשבח נוטל כאריס ודלא כרמב"ם והשו"ע שאין מחשבין כאריס אלא לאחר שיבאו אז מחשבין למפרע אבל קודם לכן נוטל הכל, גר"א, ומדובר בפירות שנוטל אפילו גדלו מאליהן, נתיבות}. (רא"ש -) ואם שמעו שמת קודם שהורידוהו ואח"כ באו, אין לו בשבח כלום, אלא מה שאכל אכל ומה שהוציא הוציא (אע"ג דפריך תלמודא השתא זריז ונשכר הוי מאי דאשבח מיבעיא היינו מקמי דידע אמאי שמין לו כאריס אבל בתר דמסיק טעמא משום דלא סמכה דעתיה תקינו רבנן דלא ליפסדינהו ממילא ידענא דכששמעו בו שמת דסמכה דעתיה דינו כמוציא הוצאות על נכסי אשתו גדולה, ודלא כרמב"ם שלא חילק בין שמעו שמת ללא שמעו לענין זה שסתם וכתב דמורידין קרוב לנכסי שבוי ואם יבוא שמין לו כאריס (ב"י)).

כתב הסמ"ע (ד) דמשני טעמים מורידין דוקא קרובים, א' דאם מורידין אריס אחר דילמא כל כונתו יהיה להרבות פירות ליטול בו חלקו כמו אריסי העיר ויפסיד הקרקע משא"כ קרוב הראוי לירש דלא יפסידו דיאמר שמא מת והקרקעות יהיו שלו ושאלף אם לא מת ויבוא מ"מ הפירות כולם שלו לדעת התוס' ולשאר הדעות עכ"פ יהיה לו בפירות ובשבח הקרקע חלק כדין אריס, וב' כיון דיש להסתפק בו שמת למה נפסיד בתקנתנו הקרוב להשחית מנחתו טוב תתן בידו הקרקע ולאכול ממנו הפירות מלתתן לאיש אחר.

ביאר הסמ"ע (ט) סברת הרא"ש שחילק בשמעו שמת, דבשלמא כשלא שמעו בו שמת דיש לחוש שתהיה כל כונתו להרבות בפירות ולהכחיש הקרקע בסוברו היום או מחר יבוא השבוי ויטול הקרקע מידו, משו"ה הוצרכו לתקן דאף כשיבוא יטול בשבח כאריס ואז לא יכחיש הקרקע כיון דאף אם יבוא ויטול הקרקע מידו יהיה לו עכ"פ חלק בהשבח, משא"כ כששמעו בו שמת דאז ירד לקרקע בסוברו שהיא שלו ותו ליכא למיחש דיפסידוהו, ומשו"ה אם יארע דאחר ששמעו בו שמת וזה עבדו ושבחו בא בעל הקרקע, אינו נוטל חלק בשבח אלא דינו כדין בעל שהוציא הוצאה על נכסי מלוג של אשתו הגדולה ואח"כ מתה, דדינו הוא דמה שאכל אכל ומה שהוציא הוציא.

עוד כתב השו"ע ע"פ הרמב"ם "ולמה לא יעמידו אפוטרופוס לעולם בין במטלטלין בין בקרקעות עד שיבאו הבעלים או עד שיוודע בוודאי שמתו, לפי שאין ב"ד חייבים להעמיד אפוטרופוס לגדולים שהם בני דעת (אפוטרופוס לדיקנני לא מוקמינן' כלומר לגדולים בעלי זקן)". וכתב הרמ"א "מיהו אם היה כאן מי שרוצה להיות אפוטרופוס לתקנת השבוי מעמידין אותו ואין תקנה גדולה מזו (דאז יהיה חלק הבעלים בפירות בטוח והקרקע נשמרת מפסידא, סמ"ע), מיהו היורש יכול למחות שלא למנות אפוטרופוס (רא"ש ורא"ה, דכיון דאין דרכם של בני אדם לטרוח בנכסי גדולים חוששין שמא להפסיד הנכסים הוא רוצה). ו"א (רשב"א, וכ"ד הרדב"ז, פת"ש) דאין היורש יכול למחות (ומיהו דוקא שלא שמעו בו שמת אבל שמעו בו שמת שומעין ליורש ואפילו יש מי שרוצה להיות אפוטרופא מורידין קרוב לתלוש ולאכול אבל לא לירד למכור, סמ"ע). שוטה דינו כקטן, ומעמידין לו אפוטרופוס (רשב"א)".

סעיף ג

ע"פ ב"מ לט. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "נשבה השבוי וברח המסוכן, והניח קמה לקצור וענבים לבצור, תמרים לגדור וזיתים למסוק, ב"ד יורדים לנכסיו ומעמידים להם אפוטרופוס (אף דנתבאר בסעי' ב' דאינו מצוי שרוצה אדם להיות אפוטרופוס לגדולים, ה"מ בענין עבודת קרקע דצריכין טורח ועיון רב על האריסים בעבודתן כל ימי עבודת השדה והחרישה והזריעה, משא"כ בדברים כאלו העומדין לתלוש ולקצור דאין בהן טורח רב וכדמסיק הרמב"ם, סמ"ע), וקוצר ובוצר וגודר ומוסק ומוכר הפירות ומניח דמיהם עם שאר המטלטלים בב"ד, ואח"כ מורידין הקרוב לנכסיו, שאם ירד תחלה, שמא יתלוש אלו הפירות שהם כתלושים ויאכל אותם. (רמב"ם -) וה"ה בחצרות ופונדקאות וחנויות העשויות לשכר (למד כן מדאמרין בגמ' שמין להם כאריס תקינו להם רבנן כי היכי דלא ליפסדינהו משמע שאין זה אלא בשדות וכרמים ודברים העשויים לאריסות וההפסד מצוי בהם אבל

החצרות והבתים שאינם נתנים באריסות ואין ההפסד מצוי בהם אין מורידין להם קרוב, ה"ה), ואינם צריכים עבודה ולא טורח, ואין אדם נותן אותם באריסות, אין מורידין להם יורש, שהרי גובה השכר ואוכל, אלא כיצד עושין, ב"ד מעמידין להם גבאי, ויהיה השכר מונח בב"ד עד שיביא ראיה שמת או עד שיבא ויטול שלו, ואין מורידין הקרוב לעולם, אלא לשדות וגנות וכרמים וכיוצא, שיהיה בהם כאריס כדי שלא יפסדו ונמצאו בורים ונשמים (מענין 'והארץ הנשמה' והם שמות נרדפים)".

סעיפים ד - ה

מי שנשע לחז"ל מדעתו ולא ידוע מה איתו, האם מורידים קרוב לנכסיו? ומה הדין אם שמעו בו שמת על פי קול בלבד?

ע"פ ב"מ לט. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע **"מי שיצא לדעת"** והניח נכסיו (ואילו רצה שירדו בו אחרים היה מצוהו קודם יציאתו, סמ"ע), ואין ידוע להיכן הלך, ולא מה אירע לו, אין מורידין קרוב לנכסיו, ואם ירד מסלקין אותו (כמבואר בביריתא היורד לנכסי רטושין מוציאין אותן מידו ורטושין כלומר שהלכו להם מדעת), ואין ב"ד צריכים להטפל בו ולהעמיד לו אפוטרופוס, לא לקרקע ולא למטלטלין, שהרי לדעתו יצא והניח נכסיו, וכיצד יהיה דין נכסי זה, מטלטלים יעמדו ביד זה שהם תחת ידו עד שיבא זה ויתבע או עד שימות ויתבעו היורשים, והקרקעות מי שהניחו שכן [בהן] אין לוקחין ממנו שכר, ושדה או כרם שהיה בהן אריס ישארו כמו שהניחה עד שיבוא, ושדה או כרם שהניחה בורים ישארו בורים, שהרי הוא ברצונו איבד ממונו, ואבדה לדעת אין אנו מצווין להחזירה {רי"ו - } מיהו אם נפלו לו נכסים בכאן שלא ידע בהן, דינו כנכסי שבוי (ולא אמרינן מדלא צוה על הנכסים שהניח כשיצא וגילה דעתו שלא ניחא ליה שירדו בו אחרים, ה"ה בזה שנפל לו אחר יציאתו, אלא מאי דגלי גלי ומאי דלא גלי לא אמרינן בו כן, סמ"ע), **(רמב"ן -)** וכן אם הלך שלא במקום סכנה, וחשב לחזור ולא חזר, הוי כמי שיצא שלא לדעת {ה} **שמעו בו שמת** (ואזי צריכין לחוש לפסידת היורשין, סמ"ע), הרי ב"ד מוציאין כל המטלטלים ומניחים אותן אצל נאמן על פיהם (ואין נותנין אותן מיד ליורשיו הראויים לירש דדילמא הקול ששמעו בו שמת הוא שקר אבל מ"מ יכול להיות אפוטרופוס אם הוא נאמן כמו אחר, סמ"ע) **(ה"ה)** : דעת הרמב"ם שדין שמעו בו שמת ביוצא לדעת הוא כדין לא שמעו שמת בשבוי, **ודלא כרמב"ן והרשב"א** שהקרובים לא ירדו אבל שומעין להם להוריד בהם רחוק ע"פ ב"ד בתורת אריסות כדי שלא יפסדו הנכסים) {ודוקא בתורת קרוב אין נותנין מטלטלין לידו אבל יכול להיות אפוטרופוס כמו אחר **(מהר"ם פאדוואה)** ועיין לקמן סימן ר"ץ ס"ב ולקמן סימן זה סעיף ח' } ומורידים הקרוב לשדות ולכרמים כאריס, עד שיביא ראיה ברורה שמת, או עד שיבא".

עמש"כ המחבר בסיפא 'או עד שיבא' כתב **הסמ"ע** (כב) דר"ל כשיבוא נוטל הקרוב כאריס אף בשבח שהרי הרמב"ם כתב האי לישנא גם בשבוי שלא שמעו בו שמת וכסע' ב' ובשבוי שלא שמעו בו שמת ובא כ"ע מודים דנוטל הקרוב בו חלק גם בשבח כאריס, וכתב הסמ"ע דנראה דגם הרא"ש והרמ"א דס"ל דשבוי ששמעו בו שמת ובא דאין הקרוב נוטל חלק בשבח מודה בזה שיצא לדעת דשמעו בו שמת ובא דנוטל חלק כאריס גם בשבח וכן משמע לשון הטור וגם הרמ"א לא כתב כאן שום דעה החולקת, אלא שקשה דאין טעם נכון לחלק ביניהן, דהא גם בזה שיצא לדעת אחר ששמעו בו שמת סמכה דעת הקרוב היורד בה וסבר שהשמועה שמת היא אמת ושתשאר הקרקע בידו ולא יפסידנה, וכטעם שכתב הרא"ש בשבוי ששמעו בו שמת קודם שהורידו קרוב לשם וצ"ע, **ובנתיבות** (ג) כתב דאישתמיטתיה דברי הנ"י שכתב בהדיא כן דבנכסי רטושין כשמעו בו שמת אינו אוכל הפירות כלל אלא מחשבין עמו בכל שנה כאריס שאינו בדין הורדה כלל.

סעיפים ו - ח

ע"פ ב"מ לט. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם **"כשמורידין קרוב"** לנכסי שבוי או בורח או לנכסי היוצא לדעת ששמעו בו שמת, **לא יורידו קטן**, שמא יפסיד הנכסים. ואין מורידין קרוב לנכסי קטן, שמא יטעון ויאמר זה חלקי המגיע לי בירושת. ואפילו קרוב מחמת קרוב אין מורידין (דין זה בקרקעות הוא אבל מטלטלין כבר נתבאר שאפילו לנכסי שבוי גדול אין מורידין קרוב, ה"ה), כיצד (קאי על הרישא ו'קרוב מחמת קרוב' יתבאר בסע' הבא, סמ"ע), היו שני אחים אחד גדול ואחד קטן, ונשבה הקטן או ברח, אין מורידין הגדול לתוך שדהו, מפני שהקטן אינו יכול למחות, ושמא יחזיק זה האח

ולאחר שנים יאמר זה חלקי שהגיע בירושתי, ואפילו בן אחיו של זה הקטן שנשבה אין מורידין אותו לנכסיו, שמא יאמר מחמת אבי ירשתי חלק זה" – כלומר אף דקיי"ל דאין מחזיקין בנכסי קטן אפילו לאחר שהגדיל, מ"מ יש לחוש שמא זה האח הגדול יטעון שמעולם היתה שלו שנפלה לחלקו בירושה, והקטן אף אחר שהגדיל לא יודע לו שהיתה של אבותיו למחות בו ולהוציאה מידו, כי האנשים בני עירו אף שידעו שהיתה של אבי הקטן יאמרו שמא האמת עם הגדול, משא"כ כשמורידין איש אחר שאינו ראוי לירש עם הקטן לנכסיו, כשיגדיל הקטן וזה שהורידוהו בה ירצה להחזיקה בידו, יאמרו בני עירו לזה הקטן שהגדיל שהשדה היתה של אביו ויוציאוה מידו כיון דאין מחזיקין בנכסי קטן, **סמ"ע** (כה).

כתב הסמ"ע (כג) דכתב הטור דאם אין קרוב אלא קטן מעמידין לו אפטרופוס שיתנם ביד האריס והוא ישמור חלק השבוי, ופירש דמש"כ 'והוא ישמור חלק השבוי' ר"ל ישמרנו תחת ידו, ואם יבוא השבוי יתנהו כולו לידו ולא לקטן, אלא שיש תועלת לקטן בהעמדת אפטרופוס זה, שבאם ישמעו שמת שבוי זה יתנהו הפירות וגם הקרקע הנשכחה ע"י אריס ע"י עיון אפטרופוס לקטן, וכן מבואר בסמוך במעשה דסבתא בסע' ט' ובכה"ג מצינו נמי דאיש שיהיה אפטרופוס אף לגדולים משום טובת הקטנים שיהיה להן מזה באם ימצא שמת וכדמסיק.

כתב הש"ך (ו) בהא דלא יורידו קטן דכתב הב"ח דגדול מורידין אע"פ שיש ע"ז קטן ולא חיישינן שמא מת השבוי כמו שחיישינן לקמן סע' ט' ואין מורידין קרוב לנכסי קטן דבנקבה שבויה חיישינן אבל בזכר שבוי לא חיישינן, וכתב הש"ך דאלו דברי נביאות כי מנ"ל לחלק והב"י בשם רי"ו כתב בהדיא דאין חילוק ולעולם בשיש גדול וקטן איכא למיחש שמא מת השבוי ואין מורידין, ובשב"י (פת"ש ד) יישב הב"ח.

בסע' ז' המשיך השו"ע ע"פ מסקנת הגמ' שם וכלשון הרמב"ם "לעולם אין מורידין קרוב לנכסי קטן, אפילו קרוב מחמת אחי האם [של הקטן] שאינם ראויים לירש, הרחקה יתירה היא זו (שמא ימות אחי הקטן מאמו ויאמר זה שהוא אחיו מאביו אלו הנכסים שתחת ידי היו של אם אחי ואם הקטן ומתה אמם, ואלו נפלו לחלק "אחי מאביו" מאמו וירשתיו, **סמ"ע** בשם הטור), ואפילו יש ביניהם שטר חלוקה, בין בבתים (ר"ל אפילו בבתים דיש שכנים שדרים בצידו ויודעין שהיה של אבי הקטן וששלו הוא, **סמ"ע**) בין בשדות, לא ירד, ואפילו אמר כתבו עלי שטר אריסות, לא ירד, שמא יאבדו השטרות ויאריכו הימים ויטעון ויאמר שזה חלק ירושה בא לו מחמתו או מחמת מורישו {וכל זה שאין מורידין קרוב לנכסי קטן היינו כשכבר אינן סמוכין על שלחן אחד, וכבר חלקו (ר"ל "או" שכבר חלקו, וזה שכתב אח"כ אבל אם לא חלקו האחין עדיין וסמוכין על שלחן אחד, דהוא דוקא ששניהן יחד בעינן, שלא חלקו וגם יהיו סמוכין יחד, **סמ"ע**), אבל אם לא חלקו האחין עדיין וסמוכין על שלחן אחד, מעמידין קרוב לנכסי קטן (**רשב"א** נ"י ועוד) וי"א עוד הא דאין מורידין קרוב לנכסי קטן היינו כשאוכל הפירות, אבל באפטרופוס בעלמא שאין לו הנאה מיניה, מותר (**רשב"א**), וכן אם לא היו הנכסים מירושת הקטן מותר להוריד קרוב (**רי"ו**), דאז ליכא למיחש שיאמר בא לידי בירושה, **סמ"ע** }".

כתב הנהניבות (ד) דהא דכתב הרמ"א ע"פ הרשב"א דבסמוכין על שלחן אחד מעמידין קרוב זהו דוקא להנך דסוברים דאפילו בתורת אפטרופוס אין מורידין קרוב דחיישינן אפילו בכה"ג דילמא אתי לאחזוקא, יש לומר שפיר כיון שסמוכין יחד לא חיישינן [דאי לא תימא הכי קשה מהא דאמרו בב"ב קמ"ד בגדולים וקטנים כשאמרו ראו מה שהניח אבא בפני בית דין דהשבח לעצמן, הא הבי"ד אינן מניחין אותו כלל לירד בנכסי קטנים כל עיקר וממילא הוי כיורד שלא ברשות] אבל לש"ך דס"ל דרק לירד ולאכול אין מורידין וממילא להשבח שלא לאכול מורידין אין הוכחה משם, ולכן להוריד לאכול הפירות אפילו בניזונין יחד מ"מ אין מורידין, דמה בכך שניזונין יחד מ"מ כשיראו שאוכל פירות משדה זו לבדו ואין נותן ממנו לקטן אתי לאחזוקי, ומה בכך שניזונין יחד משאר ממון, וכן לפי מה שכתב הנ"י שהגדולים לא יודיעו לקטן ה"נ לא יודיעו לקטן כשיראו שיאכל הגדול משדה זו הפירות לבדו.

בסע' ח' פסק השו"ע ע"פ הרי"ף בשם **רב צמח גאון** והביא ראיה ממימרא דרבה לרב יוסף בב"מ ע' דלא פלוג רבנן בין קרוב לרחוק וז"ל "הא דאין מורידין קרוב לנכסי קטן דוקא במקרקעי, אבל מעות של קטן, ממנים עליהם אפילו קרוב" (דבמעות ומטלטלין אף שהן ביד אחר יש לחוש שימכרם או

שיבירחם ויאמר להדי"ם שמסרו לידו, ע"כ צריכין לסמוך על שימסרו לידו בב"ד והן יכתבו ויחתמו לעדות ולראיה, וא"כ בקרוב נמי מצי למיעבד עליו הכי, סמ"ע) וכתב הרמ"א (מהר"ם פאדוואה -) ועדיף טפי בקרוב מברחוק ולכן אם יש בהן קרוב ורחוק ושניהם נאמנין בשוה, הקרוב קודם ומעמידין אותו (ריב"ש -) אבל אם הקרוב אינו נאמן, מעמידין רחוק הנאמן. (תשובת הריטב"א ותשובת הרא"ש -) וכן קטן שיש לו ממון מאבי אמו או ממקום אחר ואביו חי, אין נותנין הנכסים ליד האב, דאין מורידין קרוב לנכסי קטן, אלא בית דין מעמידין לו אפוטרופוס, ואם הם מטלטלין ואביהן ראוי להיות אפוטרופוס עליהן, נותנין לידו, וי"א (ר"י בן הרא"ש) דאין בית דין מחוייבין לחקור בקטנים שיש להן אב (כלומר דאפילו בקרקעות אין מעמידין לו אפוטרופוס איש אחר אלא סומכין אאביו, סמ"ע), אלא אם כן אביהן מוחזק שאינו הולך בדרך טובים".

כתב הסמ"ע (לג) בשם תשובת הרא"ש דאם יש לבת ממון ביד אבי אמה ויש לה אב, דתשב עם אביה, ואם האב בעל אחריות נכסים, טוב שיתנו לו גם המעות שישא ויתן באותו ממון.

סעיף ז

ע"פ עובדא דסבתא בב"מ לט: וכרבא וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "מעשה באשה אחת שהיו לה שלש בנות, ונשבת הזקנה ובת אחת, ומתה בת שניה והניחה בן קטן, ואמרו חכמים אין מורידין את הבת הנשארת לנכסים, שמא מתה הזקנה ונמצאו שליש נכסים אלו לקטן ואין מורידין קרוב לנכסי קטן, וכן אין מורידין לזה הקטן בנכסים, שמא עדיין הזקנה בחיים ואין מורידין קטן לנכסי שבו. כיצד עושים, מתוך שצריך להעמיד אפוטרופוס לחצי של קטן מעמידים אפוטרופוס על כל נכסי הזקנה. אחר זמן שמעו שמתה הזקנה, אמרו חכמים תרד הבת הנשארת לשליש מנכסים שהוא חלק ירושתה, וירד הקטן לשליש שהוא חלקו מנכסי הזקנה (סמ"ע): ביאר הנ"י דהא דנותנין ליד הקטן ולא מוקמינן ליה אפוטרופוס דמיירי שיודע לפקח בנכסיו אבל אין ראוי למנותו אפוטרופוס בשל אחרים, והרא"ש כתב דמדובר אם יודע להשתדל בנכסי יטרח בהו ואם אביו העמיד לו אפוטרופוס או הסמיכו אצל בעל הבית ישתדלו בהו, והשליש של בת השבויה השניה מעמידים לה אפוטרופוס מפני חלק הקטן, שמא מתה גם הבת השבויה ויש לזה הקטן חצי השליש, וכן כל כיוצא ב".

הקשה הסמ"ע (לה) דבלא"ה נמי הא כתבו הטוש"ע בסימן ר"צ דאין מעמידין נשים לאפוטרופוס, וביאר דזיל בתר טעמא דאין מעמידין נשים משום דאין מדרכן לצאת ולבוא ולטרוח בנכסים, והכא הרי צריכה לטרוח או להעמיד אריס שהיא תענין עליו בשביל חלקה ואגב נמי הוה חלק הקטן משומר, אי לאו טעמא משום דאין מורידין קרוב שכתב המחבר הכא.

סעיף י

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "שבוייה שהמירה ונשאת לעובד כוכבים, ויש לה כאן קרקעות ומטלטלין, מתנהגים בנכסים כדין נכסי שבויה שלא המיר", ואין זה דומה לאוכל נבילות להכעיס דמורידין את גופו וכ"ש שממונו הוא הפקר, דשאני התם דהיה יכול לאכול בהיתר ומניחו ואוכל איסור להכעיס, אבל אלו שנשבו לבין הגוים לאנסן, כל מה שעושין להנאתן הוא ולא להכעיס הוא, טור וסמ"ע בשמו, ושבוי דעלמא פשוט הוא שנכסיו ברשותו הן ליתנם למי שירצה, סמ"ע (לט).

סימן רפו - יתומים גדולים וקטנים היאך ניזונים מנכסיהם

סעיפים א - ג

ע"פ משנה ב"ב קלט. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים או בנות גדולות וקטנות, והגדולים צריכים להוציא יותר במלבושים והקטנים צריכים להוציא יותר במזונות, אין ניזונים ולובשים מן האמצע, אלא חולקין בשוה וכל אחד ילבוש ויזון משלו, (רשב"א -) ודוקא בשמיהו {דמחאה מהני אפילו כולם גדולים (ה"ה)} אבל בסתם ניזונים ומתפרנסים אלו עם אלו דסתמן שותפין נינהו ומוחלים זה לזה, ויש מי שחולק בזה (רי"ד)".

כתב הסמ"ע (א) דסברת הרי"ד דיכולין לתבוע מותר חלקן אפילו לשעבר במה שכלה ונאבד, והטוש"ע בסימן רפ"ח חילקו בין מה שעליהן בין מה שעל אשתו ובניו, וכתב דנראה לחלק דלקמן לא איירי בגדולים וקטנים אלא הן שוין וקפידתן אינה אלא בבגדים מה שתיקן אחד לנפשו או לאשתו ובניו יותר מאחרים בזה י"ל דמתחילה כל זמן שלא גילו דעתן להקפיד היתה כונתן שלא להקפיד אלא כל אחד יכסה במה שירצה, וכשיראה שחבירו יעשה לו ולאשתו בגד טוב גם הוא יעשה כן, משא"כ כאן דאיירי בגדולים ובקטנים, שגדולים צריכים יותר בבגדים מה שאין שייך בקטנים, והקטנים צריכים יותר במזונות מה שאין שייך בגדולים, אין סברא לומר שנתרצו בתחילה לזה ומשו"ה ס"ל לרז"ה דיכולין לתבוע זה את זה אף במה שכבר כלה.

ע"פ מימרא דרבא **שם** וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע (ב) "בד"א שאין תועלת לקטנים במה שלובשים **הגדולים**, אבל גדול האחים הנושא ונותן בנכסים, ויש תועלת לקטנים במה שהוא מלובש יפה, כדי שיהיו דבריו נשמעים, הרי זה לובש מתפיסת הבית (אפילו לכתחילה, רמב"ם ורא"ש), (**רשב"א** -) ואם מיחו בידו, הרשות בידן".

כתב הפת"ש (א) בשם השער משפט דאע"ג דבלא מיחו בסע' א' אף שאינו גדול האחין אמרינן דמסתמא ניזונין ומתפרנסין אלו עם אלו דמוחלין זה לזה, מ"מ יש חילוק בין גדול הבית לאחר, דבאחר אף שכבר עשו והלבישו עצמן יש בידם למחות במה שעדיין לפנינו, אבל בגדול הבית בעינן שמיחו תחילה בשעה שלבש וכיסה, אבל אם לא מיחו מתחילה כלל, מחול אף להבא ואין שמין אח"כ אף מה שעליו, וכ"כ **רע"א** בסע' הבא.

עוד ע"פ **שם משנה וגמ'** פסק בשו"ע (ג) וכלשון **הרמב"ם** "נשאו גדולים לאחר מיתת אביהם [מהאמצע (טור וסמ"ע)], ישאו הקטנים גם כן מכלל הנכסים ואח"כ יחלקו. נשאו הגדולים בחיי אביהם, ואמרו הקטנים לאחר מיתת אביהם הרי אנו נושאים כדרך שנשאתם אתם אין שומעין להם, אלא מה שנתן להם אביהם נתן".

כתב הרמ"א (ג) ע"פ מהר"י וייל "מי ששידך בנו וקצב ליתן נדוניא ומת קודם שנכנס לחופה, אין נוטלין הנדוניא אלא מחלקו, שהרי לא זכה בה בחיי אביו" וכתב **הסמ"ע** (ג-ד) בשמו דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא היכא דהושלש מתחילה לכך, ואי משום אומדנא דעת אביו כיון דנדר לו כל כך אמדינן דעתיה דניחא ליה לקיים, מאן לימא לן דדעתו היתה שיטול כל זה בראש, דוק לאידך גיסא דילמא כל מה שקצב לו היינו דוקא בחייו, אבל לאחר מותו כיון דנפלו נכסיו קמי בניו ולהאי בן נמי אית ליה חלק בהדייהו לא ניחא ליה לאב להעביר נחלה משאר בנים, כ"ש היכא דחלק ירושתו יגיע לשיעור הנדוניא שקצב לו אביו, ואפילו נתקשר אביו בקנין האי קנין לא קאי אאותו בן אלא קאי אאותו שכנגדו ששידך בתו לבנו שאם יעבור ולא יתן כמדובר שיתן הקנס לשכנגדו, וכשמת האב קודם שהגיע זמן הנישואין ואין המשדך והאחין רוצים לקיים מה שקיבל עליו אביו פטורים מהקנס.

עוד כתב **הרמ"א (ג) ע"פ מהר"י וייל** "מי שפדאו אביו מן התפיסה, מנכין לו אח"כ מחלק ירושתו, ולא אמרינן שאביו נתן לו מתנה רק הלוח לו אח"כ יש אומדן דעת שהאב נתן במתנה".

כתב השער משפט (פת"ש ג) בשם שארית יוסף דדוקא גבי שביה כיון דמחויב האב לפדותו לא אמרינן שבמתנה נתן לו, אבל מה שנותן האב ברצון אמרינן שמתנה היא דאלי"כ למה עשה כן.

סעיפים ד – ה

ע"פ **ב"ב קמז**: וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "השיא האב את בנו ועשה לו משתה, והיתה ההוצאה משל אב, ונשתלחה שושבינות לזה הבן בחיי האב, כשהיא חוזרת לאחר מיתת האב, חוזרת מן אמצע, אבל אם הוציא הבן במשתה משלו, אינו חוזר אלא [מחלק] הבן שנשתלחה לו בלבד. **האב ששלח שושבינות בשם אחד מבניו**, כשתחזור השושבינות לאותו הבן הרי היא שלו, אבל אם שלחה האב בשם בניו סתם, כשתחזור תחזור לאמצע, ואין זה שנשתלחה לו חייב להחזירה עד שישמחו בו כולם שהרי כולם שושבינים שבשם כולם נשתלחה (סמ"ע: ר"ל שישמחו כולם בשעה שישאו נשים וישמחו בו כדרך ששלחו לו בשעת נישואיו, ודוקא כשישאו כולם אז משלח לכל אחד חלקו בשעת נישואיו, וזהו שמסיק וכתב שהרי כולם שושבינו, ור"ל בשעה ששלח אביהן היתה דעתו על כל בניו לחזור ולשלוח לכל אחד חלקו, ולפיכך אם שמח במקצתן ר"ל אם מקצת מהן נשאו נשים, מחזיר אותן חלק דכל

אחד לבדו, ואפילו אם יתרצו כל האחין שישלח כל דמי השושבינות בנישואים דאחד מהאחין וישמחו שם עמו כולן יחד, אין זה שנשתלח לו מחויב לשלחן ביחד אלא לכל אחד חלקו כשישא אשה), לפיכך אם שמח במקצתם, מחזיר חלק זה ששמח עמו בלבד, והרי הוא לאמצע (סמ"ע: דלא כראב"ד וטור דהוא של אותו שנשא, והרב המגיד כתב דהרמב"ם ס"ל דכיון דאם לא ישאו אחרים נשים או ישאו אלא שלא ישאו כדרך שנשא זה שנשתלח לו השושבינות אזי יהיה זה שנשתלח לו פטור מלשלוח לו, והרי אביהן דעתו היתה לזכות במתנה ששלח לכל בניו, ואיך יהנה זה שנושא במה שנשלח לו לבד והאחרים לא יבואו ליהנות מחלקן, דאין אומרים בזה להניח הודאי על סמך הספק, ודעת החולקים ביאר הסמ"ע דבשעה ששלח אביהן בשם כולם דעתו היתה כאילו נתן לכל אחד מבניו חלקו מהמתנה שכל אחד ישלחנו בשמו לזה שנשתלח לו ואז היה זה שנשתלח לו חייב להחזיר לכל אחד מהן חלקו לבדו בשעה שישא כמו שנשא הוא).

סימן רפז - מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים

סעיף א

ע"פ משנה ב"ב קמג: וגמ' פסק בשו"ע "מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים, והשביחו הגדולים את הנכסים, כל השבח לאמצע ואפילו שכר עמלם לא יטלו (בזה גם הרמב"ם מודה, ואע"ג דבשאר שותפים נוטלים שכר טרחם כאריס, שאני אחים דמחלי אהדדי, ולא דוקא בגדולים שמחלו לקטנים אלא ה"ה גדולים וגדולים אלא אורחא דמילתא נקט דאין דרך קטנים להשביח, משא"כ כשכולם גדולים דדרך לעבוד זה היום וזה יומא אחרא, סמ"ע ע"פ הרא"ש, ודלא כראב"ד הסובר דדוקא גדולים וקטנים דאם כולם גדולים והשביחו מקצת גדולים הנכסים לא השביחו לאמצע אלא נוטלין כדין אריס בחלק האחרים וכן אם אמר לעצמי אני עושה אין מועיל בכולם גדולים), ואם אמרו ראו מה שהניח לנו אבא הרי אנו עושים ואוכלים, השבח של משביח, והוא שיהיה השבח מחמת הוצאה שהוציא המשביח, אבל שבחו נכסים מחמת עצמן, השבח לאמצע. וכן אם היתה אשתו של מת היא הירשת בכלל אחיותיה או בכלל בנות דודיה והשביחה הנכסים השבח לאמצע, ואם אמרה ראו מה שהניח לי בעלי הריני עושה ואוכלת, והשביחה הנכסים מחמת הוצאה, השבח שלה, זהו דעת הרמב"ם (גירסתו בגמ') לבדו ולא מצינו לו חבר, אבל דעת הכל (רא"ש טור ועוד) שזה שאמרנו ברישא שאם השביחו גדולים את הנכסים השביחו לאמצע היינו דוקא כששבחו הנכסים מחמת עצמן, דהיינו ששכרו פועלים מממון תפיסת הבית, או שנשאו ונתנו בסחורה (דאף שטרחו בשכירות הפועלים או בסחורה, כיון דאין כאן חסרון כיס וגם לא טירחא בהשבחה בגופו אלא נתרבה לו טורח ע"י שכירות אחרים, מחלי אהדדי, טור וסמ"ע), אבל אם השביחו על ידי שהוציאו הוצאות משלהם, או שטרחו בגופם לחפור ולבנות, השבח לעצמן. ואם השביחו בדבר שאם היו מודיעים לקטנים גם הם יכולים לעשותו, כגון לשמור וכיוצא בו, השבח לאמצע אע"פ שטרחו בגופם כיון שלא הודיעום תחלה (הנ"י כתב דאפילו קטנים הללו מוטלים בעריסה ואינן יכולין לשמור מ"מ כיון דשמירה יכולה להתקיים על ידי שאר קטנים לא מחשב מלאכה בגופא ומחל, סמ"ע), ואם אמרו ראו מה שהניח לנו אבא הרי אנו עושים ואוכלים, כל השבח שהשביחו בכל הנכסים, אפילו בחלק האחים, הוא של עצמם ואפילו השביחו מחמת נכסים (ואע"ג דשאר שותף אין לו בשבח אלא כשאר אריס ואפילו אמר לעצמי אני עושה, שאני הכא כיון שהן אחים ולא נשתתפו תחילה אדעתא להרויח ושתקו כשאמר להם לעצמי אני עושה, ודאי מחלו ויטול כל השבח, סמ"ע).

כתב הרמ"א "ואם האחים גדולים, א"צ לאומרו בב"ד, רק בפני עדים (אפילו אמר כן בפני עדים שלא בפני אחיו סגי בהכי משום דחברא חברא אית ליה וכדין מחאה, סמ"ע), אבל אם יש בהן יתומים קטנים, צריך שיאמר אותו בפני ב"ד (רא"ש), וכל זה באחין שניזונין יחד, אבל אם אין ניזונין יחד, אפילו השביח מחמת עצמו, אינו נוטל רק כשאר יורד שלא ברשות לנכסי חבירו (ראב"ד, ע"פ ב"מ ל"ט גבי מרי בר איסק). (ה"ה -) אחד מן האחין שהיו לו בנים הרבה והשביחו הנכסים, אינו יכול לומר תנו לי מה שהרויחו בני, וכן האחרים אינן יכולין לומר תנו לנו מה שאכלו בניך, אלא הכל מן האמצע. (נ"י -) אחד מן האחין שנתן מתנה לאחרים, וראו האחין ושתקו, הוי מחילה."

כתב **הסמ"ע** (ח) בשם תשובת מיימוני שאח גדול שנאנס דבר מידו אפילו נגנב או נאבד פטור דמיקרי שמירה בבעלים.

סעיף ב

ע"פ עובדא דרב ספרא **שם** פסק בשו"ע "אחד מהאחים שלקח מעות ועשה בהם סחורה (לאו דוקא סחורה וה"ה אם היה טורח נפשו בהשבת נכסים, **סמ"ע**), אם היה תלמיד חכם גדול שאינו מניח תורתו שעה אחת (ר"ל אם לא שיש לפניו עסק להרויח בו כי יפה תורה עם דרך ארץ אלא שבשביל אחרים ודאי אינו מבטל כיון שאדוק כ"כ בתורה, **סמ"ע**), הרי השכר שלו, שאין זה מניח תורתו ומתעסק לצורך אחיו", ודלא כנ"י דעכשיו בזמנינו אין אנו ראויים וחשובים כרב ספרא ודין צורבא מרבנן שוה לדין אחרים שאין עוסקים כל כך בתלמוד תורה, וה"ה והכס"מ דחוהו וכן נראה ברמב"ם, ואילו בדרכ"מ שלח ליו"ד דאינו נוהג בזמן הזה דין ת"ח, והסמ"ע (יג) תמה על הרמ"א שלא הגיה בשו"ע, אולם הברכ"י (פת"ש א) הסכים עם הב"י וכן ניתן ללמוד ממה שסתם בהג"ה שהוא מחלק בין ליטרא דדהבא למסים וכתשובת תה"ד.

סעיף ג

ע"פ עובדא דמרי בר איסק בב"מ לט: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "מי שירש את אביו, והשביח הנכסים ונטע ובנה, ואחר כך נודע שיש לו אחים במדינה אחרת, אם קטנים הם, השבח לאמצע (ומיהו מה שאכל כבר אין מוציאין מידו, דכיון דלא ידע ביה שיניחם אינו מחויב לשלם מה שאינו בעין, ואפילו עכשיו הוא גדול, כל שהשביח בקטנותו הוא לאמצע, **סמ"ע**), ואם היו גדולים, הואיל ולא נודע שיש לו אחים, שמין לו כאריס. וכן (קאי אמ"ש לפני זה ברישא דאם הם קטנים השבח לאמצע) אח שירד לנכסי קטן והשביח, אין שמין לו כאריס, אלא השבח לאמצע, שהרי לא ברשות ירד".

עמש"כ הסמ"ע (יד) ברישא גבי קטנים דמה שאכל כבר אין מוציאין מידו, כתב ה^{נתיבות} (ו) דנראה דלא כתב כן רק בפירות שבא מחמת השבח שהשביח הגדול שלא מדעת הקטן, והטעם, כיון דאם יפסדו מה ששתלו ומה שבנו כגון שישרפו ויהיה היזק ליתומים מגוף הקרן ודאי שיצטרכו להחזיר מעות יתומים שיכולין לומר עקור אילנך ולך, א"כ לא זכו היתומים באילנות והבנין עד שיתוודע להם וזכה להם חצירם, אבל בלא ידע אין החצר קונה בדבר שאינו רגיל לבוא כמבואר בסימן רס"ח, וכיון שלא זכה קודם שיוודע להם ובאחריות המשביחן קאי, משו"ה פטורין מלשלם הפירות, אבל ודאי אם אכלו פירות מקרקע היתומים ובא להן אח, צריך להחזיר הפירות שאכל, דכי משום שאכל דלאו ידידה מחמת שלא ידע פטור.

על הא דשמין כאריס הקשה הסמ"ע (טו) דמאי שנא מנכסים ששמעו בו שמת וירד בה קרוב ובא השבוי דס"ל לרא"ש בסימן רפה/ב דאין קרוב נוטל בשבח כלום דמאחר ששמעו בו שמת סמכא דעתיה ולא יפסידו כו' דה"נ נימא הכא כיון דלא ידע כלל שיש לו אח ודאי סמכא דעתיה, וביאר דשאני התם דאף ששמעו בו שמת מ"מ לא היה סבור שבדאי מת, ונכנס אדעתא דהכי דאם אולי יבוא אחיו או מורישי יטול את שלו, ומחשב קצת לידע ביה ומחל, משא"כ הכא דלא ידע בו כלל, גם נכנס ברשות. ה^{נתיבות} (ז) כתב דלא קשה כלל דבשמעו בו שמת כיון שאוכל כל הפירות יש לו הדין מוציא הוצאות על נכסי אשתו דמה שהוציא הוציא, אבל הכא שאינו אוכל הפירות כלל ולא ירד רק אדעתא להשביח, מהיכי תיתי לא יטול כאריס ומהיכי תיתי ימחול מלאכתו בחנם.

סימן רפח - היאך שמין מה שעל בניהם ובנותיהם כשחולקים

סעיף א

ראובן שנפטר בשנת תש"פ והשאיר גדולים וקטנים או כולם באותו גיל ויש גם נכדים, והשתמשו בתפוסת הבית, ובשנת תשפ"ב החליטו כל האחים לחלק את הירושה, כיצד שמין? פרט: בגדי חול או שבת קיימים או שהתבלו, גדול הבית, בנים או אשתו!

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".

הרמב"ם לא כתב דבגדול לא שמין, והרא"ש כן חילק וכתב **הב"י** דהרמב"ם למד דר' אלעזר דסתם חלק על רב פפא, וכנראה ס"ל דיש לתמוה על סברת רב פפא דההוא טעמא סגי דניכסי ונילבש בגדים נאים ביותר בעודו מתעסק בנכסים ולית ביה איסורא אבל מה טעם לא ישומו מה שעליו כשבאים לחלוק, ולדעת רב פפא י"ל דאי אמרת דכשיבואו לחלוק ישומו מה שעליו מעיקרא מימנע ולא לביש בגדים נאים ומטי פסידא ליתמי דלא משתמעין מילוי.

וז"ל **השו"ע** כרמב"ם "האחים שחלקו שמין מה שעליהם {ו"י"א דגדול האחין אין שמין מה שעליו (רא"ש)}, אבל מה שעל בניהם ובנותיהם שקנו להם מתפיסת הבית, אין שמין, וכן מה שעל נשותיהם, שכבר זכו בהם לעצמם (ע"פ ירו' שהביאו הרי"ף והתוס' -) בד"א בבגדי חול, אבל בבגדי שבת ומועד שמין מה שעליהם". **הסמ"ע** (ב) חלק על הב"י וכ"ע ס"ל דאין שמין מה שעל האח הגדול ולא הוצרך הרמב"ם לכתבו בפ"י דנחלות, שהוא בכלל מש"כ בסוף פ"ט 'גדול האחין שהיה לובש ומתכסה מלבושים נאים אם יש לאחים הנאה ממנו כדי שיהיו דבריו נשמעים הרי זה לובש מתפיסת הבית' וס"ל דכיון דניחא להן שיעשה לו בגדים נאים ודאי מחלו לו לגמרי אפילו אחר שבאו לחלוק, והא ראייה דגם הטור כתב האי לישנא דניחא להו לאחי האמור בגמ' בקודם חלוקה אחר שבאין לחלוק.

הסמ"ע (א) ביאר החלוקות כך דמה שהוא עליהן שלבושין בו שמין אותו משא"כ בבניהן ובנותיהן דאפילו הוא עדיין בעין יש בהן חילוק, אם אינו עליהן כגון בגדי שבת ויום טוב דיכולים להביאן לב"ד ולשום אותן שמין אותן, משא"כ בגדי חול שהן לבושים בהן וגנאי להן לבוא לב"ד אמרינן מסתמא מחלי אהדדי שלא יביישן בזה, אבל באחין עצמן אין שייך גנאי במה שיוצאין ונכנסין בבית דין, אבל מה שכבר כלה ונאבד מהבגדים אפילו מה שחילו האחין עצמן אין שמין, ואמרינן דמחלי בדברים שאינן עוד בעין, אם לא שעשו מחאה בתחילה זה בזה שמי שקונה דבר מתפיסת הבית ינכו לו אותה ההוצאה בחלקו והמחבר שכתב הטעם 'מפני שכבר זכו בהן לעצמן' הוא לשון הרמב"ם, דדימו זה למה שאמרו בעל חוב גובה מבגדי הלוח ואינו גובה ממה שקנה הלוח לאשתו ובניו מפני שכבר זכו בהן לעצמן וכסימן צ"ז, אך נראה דלא שייך האי טעמא דזכו בהן אלא שם בהלואה, דכל הלואה להוצאה ניתנה ומתחילה הלוחו לעשות בו מה שירצה ולחזור ולשלם לו בדבר אחר כשיגיע זמנו, ונמצא דאשתו ובניו אינן גרועין מאילו נתן מתנה לאחר דמתנתו היתה קיימת, משא"כ באחים שעשו לבניהן בגדים מתפיסת הבית, דלאו הלואה היא בידם אלא שותפין ושומרי שכר הן בהדדי ואין רשות לשותף ליתן דבר מהשותפות במתנה לאחר ואי נתן מוציאים מידו, ומשום הכי צ"ל טעם בבגדי אשתו ובניו כנ"ל דאחים גופא מחלי אהדדי וגם המגיד משנה כתב דהטעם כן.

סעיף ב

מי שציוה בשעת מותו שיתנו דקל מסוים לראובן ומת, ולא זוכרים לאיזה דקל התכוון וחלקו שני בניו את הנכסים וכל אחד טוען שמא לא לדקל אשר ברשותי התכוון, ודוחה אותו לשני, האם ראובן הפסיד את זכותו או לא?

כתובות קט: "ההוא דאמר דיקלא לברת אזול יתמי פלוג נכסי לא יהבו לה דיקלא ואסיקנא מאי תקנתיהו ליתבו לה דיקלא וליהדרו וליפלגו מרישא", וז"ל **השו"ע** "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 {רא"ש - } ואם ירצה אחד לקיים החלוקה וליתן לו משלו וחבירו יתן לו מעות, הרשות בידו}."

כתב הסמ"ע (ה) דלפי נוסח הרמב"ם רא"ש ושו"ע דלא כתבו דקל פלוני אתי שפיר דקאמר הרמ"א הרשות בידו, דיכול לכפות את אחיו ולומר להן או תנו אחד מכם לו את דקל שלכם ואני אתן חלקי במעות, או אני אתן ותנו לי חלקכם במעות, אבל לטור שכתב דציוה ליתן לו דקל פלוני לכו"י אי אפשר לומר הכי, אמנם כתב דנראה דאעפ"כ הרשות בידו, משום דסתם אדם נחא ליה בדקל או בקרקע, וכשזה רוצה ליתן דקל שלו והשני ישאר דקלו בידו רק שישלם לו במעות וזה אינו רוצה, הוא ודאי מטעם דלא נחא ליה בחלקו שנפל לו, ולא כל כמיניה לבטל חלוקה הואיל ועלה בידו ע"פ גורל. עוד כתב להקשות מסימן קעה/ג גבי שני אחים שחלקו ואח"כ בא להם אח שלא היו יודעין בו אפילו היו שם ג' שדות וכל אחד נטל שדה וחצי, והאח הג' שבא נתרצה ליטול החצי שדה דביד כל אחד לחלקו בלא גורל, אפילו הכי יכול כל אחד לבטל החלוקה כיון שהיתה בטעות, ותירץ דשאני הכא דידעי כל האחין דעליהן ליתן לזה השדה או הדקל ולא נתנוהו לו לא מחשב גביהו זה לטעות אלא כאילו הסכימו מתחילה לסלקו במאי דאפשר ובוזה נתישב קצת, ועי"ל דשאני התם דהאח היה שוה עמהן בחלוקה והיתה לו זכות בכל אחת מהשדות כמו לאחין שהיו כאן, בזה דוקא אמרינן דהחלוקה היתה בטעות מעיקרא, משא"כ בזה דאמר תנו דקל פלוני לפלוני דלא היתה לו זכות בשאר הדקלים, משו"ה לא מבטלינן עבור זה כל החלוקה כשנתרצה האחד ליתן לו אותו הדקל ולהניח לחבירו מה שעלה בגורלו. עוד כתב דאפילו לפי הנוסחאות דלא כתוב בהן דקל פלוני, מ"מ כל האומר סתם תנו דקל לפלוני הרשות ביד היוורשים ליתן לו הגרוע, דיד המקבל על התחנתוה כמבואר בסימן רמ"א וסימן רי"ד ומשו"ה כשנתרצה זה ליתנו לו לאו כל כמיניה דאיך לבטל החלוקה.

הנתיבות (ב) כתב על קושית הסמ"ע מסימן קע"ה שכל אחד יכול לבטל החלוקה, וכתב
"לתרץ בפשיטות" דהא קי"ל דאחין שחלקו לקוחות הן משום דאין ברירה וא"כ כשבא להן אח כיון
דאין ברירה כל אחד יכול לבטל החלוקה שיכול לומר אותה שדה שנתתי לך היתה של אח שלישי
ועכשיו הוא שקניתי ממנו אחר שבא וחלקתי עמו, נמצא שבשעה שחלקנו לא היתה השדה שלי ודמי
לשדה זו לכשאקחנה קנויה לך דלא קנה בסימן רי"א, וגם לבעל חוב לא דמי, דהא בבעל חוב שעשאה
לשדה זו אפותיקי מיירי כמבואר בסימן קע"ה ומבואר בסימן ק"ג דבאפותיקי מפורש למפרע הוא
גובה ולפי זה ג"כ יכול לבטל החלוקה דכיון שגבאה הבעל חוב שעשה לו אפותיקי נעשה שלו למפרע,
אמנם נראה דדוקא כשנטל הבעל חוב כל חלקו ולא נשאר לו שום קרקע ממה שחלקו אז יכול לבטל
החלוקה, אבל אם לקח רק מקצת בעד חובו כגון שהגיע לחלקו שדה בית כור והבעל חוב לקח בעד
חובו לתך, אם זה שלקח הבעל חוב ממנו רוצה לקיים המקח מהלתך שנשאר תחת ידו וליקח מעות
בעד מה שלקח הבעל חוב, דאין אחד יכול לבטל החלוקה, דלא גרע מנמצא חצי שדה גזולה המבואר
בנ"י, וכן מבואר בסימן רל"ב בסמ"ע שכל דבר שיכול להשלים המקח קיים ואפילו בקרקע כשיכול
להשלים מקרקע שבצידה המקח קיים [ואם כן אין שכנגדו יכול לבטל המקח כיון שזה רוצה מעות
ומניח לו הקרקע הרי משלים לו מקרקע שבצידה, ובדאי שאם שכנגדו רוצה לסלק לו בקרקע הרשות
בידו, ואם כן הכא נמי דכוותיה כשזה מחזיר הדקל ורוצה מעות, והיינו על כרחך כשאומר או תן לי
דקל אחר ואני אתן מעות או תן לי מעות בעד דקל שלי שנתתי, דודאי אין יכול לכופו שיתן לו דוקא
מעות, דמהיכא תיתי, הא ודאי דיכול השני לומר אני אתן לך הדקל כשלא אמר דקל פלוני, ואפילו
אמר דקל פלוני מ"מ הרי יכול זה שכנגדו לסלקו בדקל אחר, דאל"כ דאינו רוצה רק מעות, ודאי דיכול
לבטל החלוקה ולומר אין לי מעות, ובוזה שאומר לו או תן לי דקל או מעות ודאי דאין יכול זה שכנגדו
לבטל החלוקה מהנשאר מטעם הנ"ל].

סימן רפט – אחים גדולים וקטנים ורוצים לחלוק

סעיף א

האם האפטרופוס יכול לחלק את נכסי היתומים בין היורשים (שחלק מהם קטנים וחלק מהם גדולים)?

קידושין מב. "אמר רב נחמן אמר שמואל יתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם בית דין מעמידין להם אפטרופוס ובוררים להם חלק יפה ואם הגדילו יכולים למחות, ורב נחמן דידה אמר אם הגדילו אינם יכולים למחות דאם כן מה כח בית דין יפה. ומי אית ליה לרב נחמן אם כן מה כח בית דין יפה והתנן שום הדיינים שפיחתו שתות או הותירו שתות מכרן בטל, רשב"ג אומר מכרן קיים אם כן מה כח בית דין יפה, ואמר רב נחמן הלכה כחכמים! לא קשיא הא דטעו הא דלא טעו אי דלא טעו מאי יכולים למחות יכולים למחות ברוחות", וכן איתא בכתובות ק., והלכה כרב נחמן בדיני.

וכתב הרא"ש בכתובות (יא, יח) דבכל האי שקלא וטריא היכי שהיתומים כולם קטנים וצריכים אפטרופוס לשמור נכסיהם הילכך אין חולקין נכסיהם בלא דעת כולם, אבל אם מקצתם גדולים ואומרים אנו רוצים לעבוד ולשמור חלקנו ואין אנו רוצים שיהא אפטרופוס ממונה על חלקנו מילתא דפשיטא היא ששומעין להם דלמה יפסידו הם בשביל שאחיהם קטנים, ולכ' נראה דמילתא דשמואל לא איירי כלל בכולם קטנים דלא שייך לומר שבאו לחלוק דאין מעשיהם כלום אלא אם יראה לבית דין שהחלוקה טובה יחלקו ביניהם ואם יראה ב"ד שאין החלוקה טובה אין שומעין להם אפילו כולם תובעים חלוקה, אלא עיקר מילתא דשמואל איירי בשהגדולים תובעין חלוקה וקא משמע לן דזקוקים בית דין להם להעמיד אפטרופוס לקטנים ולחלוק עם הגדולים ומעמידין בית דין להם אפטרופוס לחלק על פיו ובוררים להם חלק יפה בגורל ובשומת בית דין, וכן דעת הרמב"ם, וכתב ה"ה שהרמב"ם סובר כדברי רבינו יעקב שאמר שאין לאפטרופוסין לחלוק אלא בשומת בית דין וזה מוכרח ברמב"ם דמדבר בטעות שתות, ושלא כדברי מי שאמר שאפילו בלא שומת בית דין יכולים לחלוק.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "מי שהניח יתומים, מקצתן גדולים ומקצתם קטנים, ורצו לחלוק בנכסי אביהם כדי שיטלו הגדולים חלקם, מעמידים ב"ד אפטרופוס לקטנים ובורר (גר"א: גירסת הרי"ף ובוררין ואבית דין קאי) להם החלק היפה {ויו"א דצריכים לחלוק בגורל (רבינו יעקב והטור)}, ואם הגדילו אינם יכולים למחות, שהרי ע"פ ב"ד חלקו להם, ואם טעו ב"ד בשומא ופחתו שתות (דווקא שתות וכרי"ף וכשום הדיינים, ודלא כדעה קמא בר"ן דאפילו פחו משתות חלוקתן בטילה), יכולים למחות וחוזרים וחולקים חלוקה אחרת אחר שהגדילו (אע"ג דבעלמא שתות קנה ומחזיר אונאה וכסימן רכ"ז, ביתומים החמירו וכמש"כ הטוש"ע בסימן ק"ט, סמ"ע). וכתב הרמ"א "אבל אפטרופוס אפילו מינהו אבי יתומים אינו יכול לחלוק בלא ב"ד אא"כ נתמנה בפירוש לכך (תשובת הרי"ף), ואין לב"ד רשות לחלוק בדבר דשייך ביה גוד או אגוד (תוס' רא"ש וטור, דה"ל כמו מכירה, דאחד אומר לחבירו גוד כולו ותן לי חלקי במעות או אני אגדנו ואתן לך חלקך במעות, ואין האפטרופוסין רשאים למכור חלקן, סמ"ע) ויש חולקין ומתירין (נ"י ומרדכי). היו האחין כולן קטנים, אין חולקין להם עד שיגדילו, אא"כ נראה לב"ד שיש להן תועלת בחלוקה (רא"ש הנ"ל, דלמה יחלקו יעמדו הנכסים ביד אפטרופוס, שהרי אף לאחר חלוקה יבואו הנכסים ביד אפטרופוס, ה"ה וסמ"ע), וכל שהגיעו הקטנים ליי"ג שנה יכולים לחלוק בעצמן, דחלוקה לא הוי כמכר (רי"ף, ורי"ל דאילו הוה כמכר לא היו יכולין למכור עד שיהיו בן כ' לרי"ף וגם לדעת הרא"ש אם לא שהוא חריף ופיקח ויודע בטיב משא ומתן)".

כתב הסמ"ע (ד) דמש"כ המחבר דחוזרים וחולקים חלוקה אחרת אחר שהגדילו, נראה דה"ה קודם שהגדילו אם נתוודע לב"ד שטעו בשתות שחוזרין, אלא אורחא דמילתא נקט, דכל ששמו הב"ד בהכי לא נתוודע הטעות, דמי יחקור אחר מעשה ב"ד, אבל כשיגדלו הם עצמן ידקדקו וישימו לב.

עמש"כ הסמ"ע (ה' לעיל) דאין האפטרופוסין רשאים למכור חלקן, כתב הנת"ב (א) דלפ"ז נראה דאם הב"ד רואין שיש תועלת ליתומים בטענת גוד או אגוד שיכולין לטעון, דהב"ד יכולין למכור קרקעות כשיש תועלת ליתומים וכן הוא בסימן רצ"ג בהג"ה, והא דאין יכולין לטעון נגד היתומים גוד או אגוד הוא דוקא כשאין תועלת ליתומים בזה.

כתב רע"א בשם תשובת הרשב"א (בב"י) דבהניח בנים גדולים ואשתו מעוברת ובאו הגדולים לחלוק ביניהם ב"ד מעמידין אפטרופוס ליטול חלקו עד שיוודע אם הוא זכר או נקיבה, אבל לתאומים לא חיישין.

סעיפים ב – ה

כתב השו"ע (ב) אם לא היו כאן כל האחים, ואותם שבכאן מבקשים לחלוק, או שחלקו ובא אח או בעל חוב ונוטל חלק אחד מהם, נתבאר בסימן קע"ה. (ג) אחד מהאחים שירד לאומנות או חלה או רוצה לילך ללמוד, נתבאר בסימן קע"ז. (ד) אחד מהאחים שהיו שטרות יוצאים על שמו וטוען שלי הם, נתבאר בסימן ס"ב.

בסעי' ה' פסק השו"ע ע"פ תשובת הרא"ש "יורשים שקצתם לקחו מנכסי מורישם בלא חלוקה וקצתם לא לקחו, ויש ביד אחר מנכסי המת, אם היורשים שלא לקחו מערערים שלא ליטול ממה שביד אותו אחר לקבורה, הדין עמהם ויבואו לחשבון, וכל אחד מהאחים יתן חלקו המגיע לו".

הלכות אפטרופוס

סימן רצ – דין אפטרופוס מי ימנו וכיצד יתנהג וכל משפטיו

סעיף א

[מי ובאילו אופנים ממנים אפטרופוס?]

מי שהיה לו אפטרופוס בחייו ומת והשאיר יתומים, האם האפטרופוס הנ"ל ממשיך להיות האפטרופוס של היתומים או שרשאין בית הדין למנות אפטרופוס אחר?

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "מי שמת והניח יורשים קטנים, או שאשתו מעוברת, או שהניח קטנים וגדולים, צריך מורישם למנות להם אפטרופוס (על נכסיו לאחר מותו, רשב"א) שיתעסק בשביל הקטנים עד שיגדילו (ה"ה): מבואר בגיטין נ"ב ובהרבה מקומות שאם מינה אבי היתומים אפטרופוס אין לאחר מעשיו כלום, וכתב הראב"ד דהוא שחלק להם בחייו שאם לא חלק להם יניח הכל ביד הגדולים ואם ישביחו ישביחו לאמצע וטוב להם, 'ואני אומר שאף דעת רבינו כן', ואם לא מינהו ב"ד חייבים להעמיד להם אפטרופוס עד שיגדילו, שבית דין הוא אביהם של יתומים {ואם הבית דין בעצמן רוצים להתעסק בצרכי היתומים, הרשות בידו (תשובת הרשב"א), מיהו אם צריכים לחלוק או לטעון עם אחרים מחמת היתומים, י"א דצריכין להעמיד אפטרופוס שלא יהיו נראין כעורכי הדיינים (ר"ן) ועיין לקמן סעיף ח', והא דבית דין אביהן של יתומים, היינו יתומים קטנים (ר"ן), וב"ד היינו הממונה בעירו או גדולי הדור, אבל אין כח ביד שלשה בעלמא שיעשו עצמן ב"ד על היתומים (תשובת הרא"ש)} ואם צוה המוריש שינתן חלק הקטן ויעשה בו מה שירצה, הרשות בידו (ה"ה): זהו שאמרו בכתובות ע' הפעוטות מקחן מקח וממכרן במטלטלין בשאין להם אפטרופוס אלמא שאין בית דין מעמידין להם אפטרופוס בכל גווני וק"ו הוא מהדין הסמוך שהרשות בידו למנות אפטרופוסים נשים או עבדים או קטנים וכל שכן שיכול להניח ביד בניו הקטנים) וכן אם מינה המוריש אפטרופוס על הקטנים, קטן או אשה או עבד, הרשות בידו (ברייתא גיטין נ"ב)"

עוד כתב הרמ"א "אחד שאמר לש"מ רצונך שאהיה שליט בנכסיו ואמר הן, ה"ז לשון אפטרופוס (ריב"ש ורשב"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 (תשובת הרא"ש), ד"ל דאינו נאמן כ"כ, אלא דידע ביה אביהן שבחייו לא היה יכול להעזי נגדו לעשות לו עיוות, סמ"ע), ואין מניחין לאדם שאינו ראוי להיות אפטרופוס, אע"פ שמוחזק בנכסים, עד שיביא ראיה שמינהו אבי יתומים (מרדכי)".

עמש"כ המחבר דצריך מורישם למנות כתב רע"א בשם תשובת התשב"ץ דאם צוה בפני א' או בפני קרוב ובשעת מיתתו אמר בפני עדים עשו כל מה שיעיד פלוני שצויתי אותו נאמן אותו האיש בכל מה שיעיד.

כתב הקצות (א) לדון שבממנה שני אפוטרופוסין האם מתכוון ל'או' או 'ו' והביא פוסקים שתלו במח' ר' יונתן ור' יאשיה בב"מ צ"ד אם משמע שניהם כאחד דוקא גבי שבורה ומתה ובקילל אביו ואמו והאריך לדחות לימודם בטעמא דר' יונתן דמשום דוי"ו מורה פירוד והיא וי"ו המחלקת עיי"ש, וכתב דמצד אחר יש להסתפק בממנה שני אפוטרופוסים לפמש"כ השיטה בב"מ שם בשם הריטב"א שלא אמר ר' יונתן אלא בדבר שיש בו מניעה כגון לא תחרוש ולא תקלל וכיוצא בו אבל באומר שיעשה לפלוני או שיתן, ודאי שיעשה לשניהם משמע ולא מיפטר בחד מיניהו, וא"כ זה שממנה שני אפוטרופוסים הו"ל כמו מעשה לא מניעה ומודה ר' יונתן דמשמע שניהם כאחד דוקא, אלא דכתב דגם לשיטה זו לא ירדנו לעומק דבריו כי מדברי הסוגיא דמדמה לה אין בעליו עמו שלם ישלם וכן בעליו עמו לא ישלם להך פלוגתא דר' יונתן ור' יאשיה אשר אין להם טובא לדבר שיש בו מניעה וצ"ע, וסיים שבעיקר הדין בממנה שני אפוטרופוסין כבר כתב הרמ"א בסימן רנ"ח בשם הרשב"א בתשובה דאם נסתלק אחד מהם דאין צריכין למנות אחר ולא מצד פלוגתא דר' יונתן ור' יאשיה אלא מצד המנהג.

סעיף ב

[את מי לא ניתן למנות לאפוטרופוס ליתומים?]

פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם (ברייטא גיטין נב. -) אבל אין ב"ד ממנים אפוטרופוס לא אשה (אין דרכן לצאת ולבוא ולטרוח, רש"י, וכתב הרשב"ץ דכל שכן אשת המת שרוצה להרבות בכתובתה מנכסי יתומים, וראה לקמן סעי' כ"ד), לא עבד (אינם נאמנים, רש"י) ולא קטן (אינם בני דעת, רש"י), (ברייטא פסחים מט: -) ולא עם הארץ (רמב"ם -) שהוא בחזקת חשוד על העברות (ה"ה: משמע דסובר כר"ף דמירי דווקא בעם הארץ שאינו לא במקרא ולא במשנה ולא בדרך ארץ, ודלא כרש"י דאע"ג דאיתיה בדרך ארץ ובמצות אין בור ירא חטא ומורי היתרא לנפשיה דאגר טירחא קא שקיל, וכן למד הסמ"ע דכוונת הרמב"ם דר"ל בתנאי דיהא חשוד והיינו כשאינו במצוות ולא בדרך ארץ ובזה נתישב למה נותן טעם לעם הארץ טפי מאינך, וגם נתישב הא דמשנה לשון הטור שכתב 'שה' חשודין והרמב"ם כתב 'שהוא' חשוד), (ב"מ ע. וכתובות קט. -) 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, (ב"מ לט. -) אלא שאם היה קרוב לא ירד לקרקעות (דווקא) כמו שנתבאר בסימן רפ"ה {ויכולין ב"ד למנות קרוב שלהן לאפוטרופוס, אם ראוי לכך (תשובת הרשב"א, וכתב הסמ"ע דנראה דר"ל דבי"ד יכולין למנות קרוב של עצמן דאילו קרוב של קטן כבר כתבו המחבר, וז"ל הרשב"א שלא נפסל קרוב אלא לדון קרובו לזכותו או לחיבו אבל כשאין לו זכות ולא חובה לאפוטרופוסים למה ייפסל קרוב)}".

סעיף ג

באילו מקרים האפוטרופוס צריך להישבע עם סיום תפקידו? (ראה גם סעי' כ"ח)

גיטין נב. "תניא וצריך לחשב עמהם באחרונה דברי רבי, רבן שמעון בן גמליאל אומר אינו צריך" ופסקו הרא' כרשב"ג, וכתב הר"ן בשם בעל העיטור דדוקא באחרונה אין מחשבין אבל בתחלה צריכים בית דין לחשב עמהם ולכתוב חשבון המטלטלין והקרקעות והחובות וכל מה שנתנו בידם 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, ובשם הראב"ד דכותבין שני שטרות אחד לאפוטרופוס ואחד לקרובים של יתומים אות באות והוא הנקרא שטר שמוש בית דין.

וז"ל השו"ע "כשימנו אותו, צריכין ב"ד לחשוב עמו ולכתוב חשבון המטלטלין והקרקעות והחובות וכל דבר שמוסרים בידו, דהא ¹על טענת ברי משביעין ליה, לכך צריך שידעו מה שמקבל ומה שמחזיר, וכותבים שני שטרות אות באות, אחד לאפוטרופא ואחד ביד ב"ד בשביל היתומים" - וכתב הסמ"ע (ט) דאע"ג דכאן איירי דהב"ד הימנוהו לאפוטרופוס והב"ד משביעין אפילו בטענת שמא

וכסע' ט"ז, צ"ל דמשו"ה נקט טענת ברי דמשביעין עליה עכ"פ אפילו אין טוען עליו שתי כסף ופרוטה, משא"כ בטענת שמא דבעינן כפירה שתי כסף וההודאה פרוטה (ועיין נתיבות א' שדחה).

סעיפים ד – ו

הבא לפחות שלשה דינים, בהם שונה דין אפוטרופוס שהתמנה ע"י בית הדין מאפוטרופוס שמינה אבי היתומים? (וכן סע' ט"ז והלאה)

אפוטרופוס של יתומים שסילקוהו מחמת חשד שנהנה מנכסי יתומים האם משביעין אותו שלא הפסיד מנכסיהם בטענת שמא?

ב"מ נב: "עמרם צבעא אפוטרופוס דיתמי הוה אתו קרובים לקמיה דרב נחמן אמרי ליה קא לביש ומכסי מיתמי אמר להו כי היכי דלשתמעון מיליה קא אכיל ושתי מדידהו ולא אמיד אימור מציאה אשכח והא קא מפסיד (שאינו מפרנס הקרקעות כראוי להם וקוצץ אילנות, רש"י, וכן יש ללמוד מרש"י דלא מבעיא אם הפסיד בפשיעה אלא אפילו שלא פשע אלא שעשה שמירה פחותה, ב"י בדעת הטור) אמר להו אייתי לי סהדי דמפסיד ואסלקיניה דאיתמר אפוטרופוס דמפסיד רב הונא אמר רב מסלקינן ליה דבי רבי שילא אמרי לא מסלקינן ליה והלכתא מסלקינן ליה".

כתבו הרי"ף והרא"ש דמגו דמסלקינן ליה משביעין ליה והא דאיפסיקא הלכתא דלא משביעין ליה הני מילי דלא אשכחנא עליה פסידא אבל אשכחנא עליה פסידא מסלקינן ליה ומשביעין ליה.

כתב הרמב"ם דדוקא כשמינהו אבי היתומים אין מסלקינן אותו בשביל חשד אא"כ יש עדים אבל מינוהו בית דין מסלקינן אותו אפילו בשביל חשד, אולם הרא"ש לא חילק בזה, וכתב ה"ה שטעמו של הרמב"ם מפני שסובר שמחלוקת רב הונא ודבי רבי שילא אינו אלא באפוטרופוס שמינהו אבי היתומים שאם במינוהו בית דין היכי לימרו דבי רבי שילא דלא מסלקינן ליה והלא אין לבית דין לברור אלא אדם נאמן ויודע לשמור הנכסים ואם טעו בזה ומינוהו למה לא יסלקוהו ונמצאת תקלה באה ליתומים על ידי בית דין ואף מעשה דעמרם צבעא דאמר רב נחמן אימור מציאה אשכח אינו אלא בשמינהו אבי יתומים שאין בית דין מסלקינן אותו אלא בראיה ברורה שמפסיד אבל במינוהו בית דין אין תולין במציאה שאינה מצויה, וכ"ד הרא"ה שאין לצאת מתחת יד בית דין או שלוחם דבר שאינו מתוקן.

כתב בתשובת הריטב"א דאין מקבלים עדים לסלקו אלא דוקא בפניו, אולם בתשובה המיוחסת לרמב"ן כתב דמקבלים עדים שלא בפניו מעובדא דעמרם צבעא דאתו קרובים לרב נחמן ואמרי ליה והא קא מפסיד ולא אתא הוא לקמיה דאם כן הוה אמר ליה אימא לי היכי הוה עובדא והוא אמר להו זילו אייתו ראיה דאפסיד ואסלקיניה, והובאו בקיצור ברע"א.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם (ד) רשאי האפוטרופוס ללבוש בגדים נאים מנכסי היתומים, לתועלתם, כדי שיהיו דבריו נשמעים, והוא שיהיה ליתומים הנאה מנכסיהם בהיות דבריו נשמעים. (ה) ב"ד שהעמידו אפוטרופוס ושמעו עליו שהוא אוכל ושותה ומוציא הוצאות יותר מדבר שהיה אמוד בו, יש להם לחוש לו שמא מנכסי יתומים הוא אוכל, ומסלקינן אותו ומעמידים אחר, א"אבל אם מינהו אבי יתומים, אין מסלקינן אותו, שמא מציאה מצא, אבל אם באו עדים שהוא מפסיד נכסי היתומים (דווקא, לאפוקי מפסיד נכסי עצמו ומבזבז דאין מסלקינן אותו, די"ל דנוהר בשל יתומים דבעי בר נש מיתן כמה ומיתקרי מהימן, סמ"ע בשם הריטב"א), מסלקינן אותו² ומשביעים אותו (רי"ף), הואיל והוא מפסיד {ויש חולקינן דאף כשמינוהו בית דין אין מסלקינן אותו אא"כ באו עדים שהוא מפסיד (רא"ש). אפוטרופוס שמלוה מעות יתומים לאחרים שלא היה לו להלוות, בית דין מוציאין מיד הלוה ומחזירין ליתומים, דמאחר דיכולין לסלק האפוטרופוס, כ"ש הלוה שבא מחמתו (תשובת מיימוני)}. (ו) (רמב"ם -) והוא הדין לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, והיתה שמועתו טובה והיה ישר ורודף מצות, וחזר להיות זולל וסובא והולך בדרכי חשך [סמ"ע: ברמב"ם איתא 'בדברי חשד' וס"א 'בדברי חשק'] או שפרץ בנדרים ובאבק גזל, בית דין חייבים לסלק אותו³ ולהשביעו ולמצוא להם אפוטרופוס כשר (כיון שנשתנה לגריעות אחר מיתת האב מסלקינן אותו ואומרים שאילו היה כן בחיי האב לא היה ממנהו על בניו והרי זה כאפוטרופוס דמפסיד דמסלקינן אותו אבל ודאי אם היה כך בחיי האב ומינהו

אין מסלקין אותו שהרי רצה בכך, ה"ה), וכל הדברים אלו כפי מה שיראה לדיין, שכל בית דין ובית דין הוא אביהם של יתומים".

עמשי"כ המחבר דרשאי האפוטרופוס ללבוש בגדים נאים מנכסי היתומים, כתב הסמ"ע (י) דנראה דמ"מ אם רוצים למחות בו הרשות בידן, דומיא דגדול אחים דסימן רפ"ו דאותו דין דגדול אחים נלמד מדין זה, ולאפוקי 'ממה ששמעתי אומרים' דכיון דב"ד רואין שטובתן היא בכך אין ביד הקטנים למחות, וכ"פ הש"ך (ה).

עמשי"כ הרמ"א גבי אפוטרופוס שמלוה מעות יתומים, כתבו הסמ"ע (יג) והש"ך (ו) בשם מהרי"ק שאם אינן יכולין להוציא הרי פשע האפוטרופוס אע"פ שאיש נכבד והגון הוא, ובנתיבות (ב) כתב דקיצר בדברי מהרי"ק, דשם מבואר שהיה ידוע שחב לאחרים יותר מנכסיו, ובזה ודאי פשע דאין מלוין רק על אחריות נכסים כמבואר בסעיף ח', אבל כשלא היה ידוע מחוב של אחריות בשעת הלואה נראה דפטור, ואין לומר בזה כיון דכל שטר קלא אית ליה הוי כידע ופשע, ובפת"ש (א) הוסיף דדוקא בכה"ג דמהרי"ק שהיה איש נכבד והגון וא"כ מסתמא היה שומע דברי תורה ולא קיבל עליו נידוי, שלאיש כזה יכולים להלוות ממון יתומים בלא משכון כמבואר בסעי' ח', לכך הוצרך לומר שהיה ידוע שחב לאחרים יותר מנכסיו, אבל אם לא היה איש נכבד והגון אף שאין ידוע שחב לאחרים הוי פשיעה, וכ"כ בנו"ב.

כתב בפת"ש (שם) בשם הנו"ב דמה שתובע האפוטרופוס שכר טירחה כיון שלא התנה מתחילה אין לו שכר, ובפרט שהוא לו לחשיבות שמינוהו ב"ד וגם מצוה קעביד מסתמא נתרצה בלא שכר.

סעיף ז

כלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (ה"ה): פשוט ומתבאר בגיטין נ"ב ובהרבה מקומות) "כשמעמידים ב"ד 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", וביאר הסמ"ע (טו) דהא דסעי' י"א דמוכרין מטלטליהן כדי להאכיל היתומים אבל לא להניח המעות דוקא אבהמה ועבדים וקרקעות קאמר דדינא הכי, משא"כ בשאר מטלטלין י"ל דמוכרין את כולן לכתחילה כדי להרויח במעות למחצית שכר, מיהו יש מטלטלים שאינן נמכרין משום שבח בית אביהן או שלא יכולין למכור, ואאותן מטלטלין שלא נמכרו כתבו הרמב"ם והמחבר הכא שיהיו ביד האפוטרופוסים.

סעיף ח

האם אפוטרופוס יכול להתעסק בממון היתומים לעצמו ולא ליתנו לאחרים?

ב"מ ע. "אמר ליה רבה לרב יוסף הני זוזי דיתמי היכי עבדינן להו אמר ליה מותבינן להו בי דינא ויהבי להו זוזא 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 מסויים לא דילמא פקדון נינהו ואתי מריה יהיב סימנין ושקיל ליה, אמר רב אשי תינח אי משתכח גברא דאית ליה דהבא פריכא אי לא משתכח גברא דאית דאית חזינן גברא דמשפו נכסיה ומהימן ושמע דינא דאורייתא ולא מקבל שמתא דרבנן ויהבינן להו ניהליה בבי דינא".

דעת הרמב"ם דבמעות יתומים אין צריכין למנות עליהם אפוטרופוס אלא ב"ד בודקין על מי שיש לו נכסים וכו' וכדלקמן, אולם דעת הטור דגם במעות מעמידים אפוטרופוס שיותר ישתדל הוא בהן מבית דין, ומפרש הגמ' ע"י אפוטרופוס (גר"א).

רש"י כתב בטעם הדין שבדקים למי שיש נכסים וכו' מפני שיש כח לב"ד להפקיר נכסי המקבל אצל היתומים ולהתנות עמו, אולם הרא"ש חלק והטעם משום דתיהוי ללוה אימתא דבית דין, והרשב"א כתב דהטעם דבית דין צריכי כדי ליטול רשות מהן דאין אפוטרופא רשאי להלוותם מעצמו בלא רשות בית דין שיש תועלת ליתומים בכך.

וז"ל **השו"ע** כלשון הרמב"ם ע"פ הגמ' הנ"ל "מעוֹת של יתומים שהניח להם אביהם אינם צריכים אפטרופוס {ווי"א דגם במעוֹת מעמידים אפטרופוס שיותר ישתדל הוא בהן מבית דין (טור), אלא שאותו אפטרופוס יתנו לנאמן בב"ד, **סמ"ע** בשמו), 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 בב"ד סי' ק"ס}. ואם אין לו קרקע, ונתן להם משכון זהב משובר שאין בו סימן, נותנין לו המעוֹת קרוב לשכר ורחוק להפסד (שמותר ליתן נכסי היתומים בכהאי גוונא כיון שאין בו אלא איסור דרבנן וכן כל רבית דרבנן מותר בנכסי יתומים וכן משכנתא בנכסיתא אפילו לדברי האוסרין אותו בנכסיהם שאינו אלא מדרבנן, **רש"י**), (**רמב"ם** ושא"פ וכתב ה"ה דפשוט -) ויפסקו 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 המעוֹת קרוב לשכר ורחוק להפסד, הרי אלו מוציאים למזונות מעט [מעט], עד שיקנו להם במעוֹת קרקע וימסרו אותו ביד אפטרופוס שיעמידו להם {י"א (**ראב"ד** ע"פ עובדא דרב ספרא בב"ב קמ"ד) כמו שהאפטרופוס יכול ליתנם לאחרים, כך יכול לקבל המעוֹת לעצמו, ובלבד שיעשה בבית דין, משום לזוֹת שפתים (ודלא כטור) שכתב שגנאי הוא הדבר ליקח אותם הוא בתורת עסק משום לזוֹת שפתים, והב"י כתב דאין בו בית מיחוש כיון שהודיע הדבר לבית דין)"}.

כתב **הסמ"ע** (יח) דהא דנותן להם משכון שאין בו סימן ביאר הרמב"ם דאם ייתן משכון כלי זהב שיש בו סימן שמא של אחרים הוא ויתנו סימן ויטלוהו לאחר מותו אם ידע הדיין שאין זה אמיד, ומקורו שם בגמ' ור"ל בחיי המקבל אינו יכול ליטלו מהיתומים שהמקבל יטעון ברי לקחתיו מזה משא"כ לאחר מותו דאין ב"ד טוענין עבור יתומים טענה דאינה שכיחה, והתוס' ס"ל דאפילו באמוד אביהן, אם מת ואחד בא ומביא עדים שהפקיד ביד אביהן כלים מוציאים אותן מיד היתומים, ואין טוענין עבורן שמא לקחן כמו שהיה נאמן אביהן לומר לקוחין הן בידי במיגו דהחזרתיו לך וכטור סי' רצ"ז.

עמש"כ הרמ"א דיכול לקבל המעוֹת לעצמו כתב **הסמ"ע** (כ) דאע"ג דבריש סימן ע"ב כתבו הטוש"ע דהמלוה על מרא וקרדום דדוקא לאחרים יכול להשכירם הנפקד לטובת המפקיד כיון ששכרו מרובה דאין נפחת ממנו אלא מעט אבל לא לעצמו ומשום חשדא וכדרך שאמרו בב"מ ל"ח פורטין לאחרים ואין פורטין לעצמן, וכן פסקו לקמן בסימן רצב/יט, שאני יתומים דהב"ד הוא אביהם וכשמודיעים להם ה"ל כאילו הבעל בעצמו נתן לידו בתורת עיסקא, משא"כ במשכון הנ"ל ובפקדון דלקמן דלא איירי מיתומים אלא בגדולים ואין הב"ד נזקקין לעניניהן, ואין שייך בהו שיעשוהו בב"ד.

סעיפים ט – י

ע"פ **כתובות ק**: וכלשון הרמב"ם פסק **בשו"ע** "כל המטלטלין של יתומים שמים אותם ומוכרים אותם בב"ד {**טור** - } ודוקא שלא נתמנה עליהן אפטרופוס, אבל אפטרופוס עושה בלא בב"ד כל מה שנראה בעיניו טובת היתומים (ודלא כב"י דאע"ג דלא נתמנה אפטרופא כל שנכסי יתומים בידו דינו כאפטרופא דלא גרע מיתומים שסמכו אצל בעל הבית שדין אותו בעל הבית כאפטרופא ומדברי הרמב"ם נראה דרבינא לא הוה ידע דינא ומשום הכי אתא לקמיה דרב אשי אבל מאן דידע דינא לא צריך לאימלוכי בבי דינא, ובדרכ"מ כתב דנראה דהרמב"ם לא קאמר אלא באפטרופוס ולכן אין צריך בית דין כמו שכתב הטור אבל במי שלא נעשה אפטרופוס לא יעשה בלא דעת בית דין וכ"ד הרא"ש). (**מרדכי** -) ומי שהיו בידו מעוֹת היתומים והלוה אותן על משכונות של עובד כוכבים, ואחר כך בא אפטרופוס של יתומים ואמר להולין למקום שדרין היתומים (והמעשה היה שכבר עברו ג' שנים להלואתן, סמ"ע בשמו), כי יוכל למכרן שם ביוקר, והמלוה אומר שמתירא מעלילות מן העובדי כוכבים ורוצה ליתן בהם מה ששוין במקומו, הדין עם היתומים (ואף כי אמרו בערכין כ"ד גבי הקדש דאין מעלין מרגליות לכרך משום דאין להקדש אלא מקומו ושעתו, שאני הקדש דנלמד זה מקרא, אבל ביתומים חוששין לתקנתן ומוכרין אותו ביותר, ועוד דהכא פשע זה שהלוה מעותיהן לאלמים ולא נפדה, הרי קנוי להן המשכון, סמ"ע בשמו). ואם היה השוק קרוב למדינה (ר"ל קרוב למקום זה שהמטלטלין של היתומים שם, סמ"ע), מוליכים אותם לשוק ומוכרים אותם, ויצטרפו דמיהם עם המעוֹת של יתומים. 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 (דוקא כאן דאיכא חשש הפסד משני הצדדים משו"ה התירו לו לעשות כבשלו, אבל אם אין לפנינו כי אם חשש צד אחד בזה כתב הטור דלא יאמר אעשה כבשלי אלא יעשה על פי בית דין, אם לא שהוא אפטרופוס,

סמ"ע, ובש"י כתב דהרא"ש חולק וס"ל דגם בכאן שהוא הפסד משני צדדים צריך רשות ב"ד וטעמו שגם רבינא נטל רשות מרב אשי וטעם הרמב"ם כיון דרב אשי התירו ש"מ דשפיר עבד ותו א"צ לשום אדם ליטול רשות), וכן כל כיוצא בזה".

כתב **הסמ"ע** (כה) דמש"כ בסיפא דיצטרפו דמיהם עם המעות של יתומים קאי אכל מה שכתב בסעיף זה וקאמר דימכרו המטלטלין במעות ואותן מעות יצטרפו עם שאר מעות של יתומים ויתנום ביד נאמן לעסוק בהן לריות, ודחה פירוש הלבוש דנראה מדבריו דפירש דיצטרפו דמיהם עם המעות של יתומים ר"ל דמיהם של הבעלי בתים, ומתחילה הוסיף דין מדעתו דמוליכין לשוק מטלטלין דיתמי עם המטלטלין של בעלי בתים, ואח"כ כתב עליו לשון הרמב"ם, דהיינו לאחר שימכרו סחורות במעות שיצטרפו דמיהם של בעלי בתים עם המעות של יתומים, וכתב נתינת טעם לשניהן דסגי אם יעשו בשל יתומים בהולכה ובהובאה כמו בשלהן, כיון שמקום השוק קרוב הוא, ודבריו תמוהין, דא"כ למה כתב הרמב"ם הצירוף בחזרתן עם המעות ולא כתב דינו מה יעשה בהליכתן, ועוד, דה"ל למימר איפכא ויצטרפו מעות יתומים עם מעותיהן, ועוד, אם אין בעלי בתים בעיר דיש להן למכור, וכי בשביל זה ימנע האפוטרופוס להוליכין למטלטלין דיתומים לשוק שהוא במקום קרוב למוכרין.

כתב **השו"ע** בסעי' י' ע"פ הרמב"ם וה"ה "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" שלא התירו בכתובות להוליך מטלטלין של יתומים לשוק אלא אם כן הוא קרוב למדינה.

סעיף יא

ע"פ **גיטין נב**. וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "יש לאפוטרופוס למכור בהמה ועבדים שדות וכרמים להאכיל ליתומים {ומוכרים בהמה קודם לעבדים (דבהמה מצויה לקנות טפי מעבד, סמ"ע), ועבדים קודם לבתים (דאחריות דבתים עדיף דעבד יש לחוש למיתה) והכל לפי ראות האפוטרופוס שהוא תועלת היתומים (טור ע"פ הגמ' 'הקודם קודם') { אבל אין מוכרין ומניחים המעות (שמא יגנבו אי נמי משום שבח בית אביהם נוי וכבוד הוא להן, רש"י, וביאר **הסמ"ע** דמש"כ 'שמא יגנבו' ר"ל קודם שיתנום ביד נאמן לעסוק בהן, דאילו אח"כ המקבל חייב בגניבה ואבידה דלא עדיף משומר שכר). ואין מוכרים שדות ליקח עבדים ולא עבדים ליקח שדות שמא לא יצליח (כרשב"ג בברייתא) { ויש מתירין למכור עבדים ולקנות שדות (כת"ק, רא"ש) { 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 (תה"ד, דקנין במעמד שלשתן ליכא טעם מספיק למה יועיל בו הקנין, משו"ה אמרו הבו דלא לוסף עלה, דהיינו דוקא אדם בממון עצמו ולא שאפוטרופוס יפקיע ע"י זה ממון של היתומים, ואע"פ שהאפוטרופוס נתנו לזה לטובת היתומים, כיון דסתם הפקעה רעה היא לא חילקו ואוקמוה אדינא, משא"כ כשאחרים מקנים ליתומים דזכות יתומים הוא בזה, משו"ה מהני בהו זכיה ע"י אפוטרופוס שלהן דידו כידן) {".

סעיף יב

ראובן נתמנה על ידי בית דין לאפוטרופוס על יתומים קטנים, כיצד ינהג ראובן אם חוגשה לבית הדין תביעה ממונית נגד היתומים, האם עליו ליצגם בדין?

ע"פ ברייתא שם וכפירוש **הרמב"ם** פסק בשו"ע "היה לאדם תביעה אצל היתומים, אין לאפוטרופוס לטעון בשבילם לדון עמו, שמא יתחייב בדין, אבל אם ירד עמו לדין וטען בשבילם וזכה, הדין קיים" וביאר ה"ה (בב"י וסמ"ע) דס"ל שא"א שיהיו רשאים לזקק לדין ואם זכו ואם נתחייבו לא עשו כלום שאם כן לקתה מדת הדין בכך שיהיה תובע זה יכול להפסיד ולא להרויח ולפיכך אמרו שאינם רשאים להזקק כלל עם תובע ובודאי כיון שאינן רשאים לדון אם עברו ודנו ונתחייבו לא עשו כלום.

כתב **הרמ"א** "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 (תשובת הרא"ש, ומבואר שם דזה בשכיח ולא שכיח אבל במידי דלא שכיח לגמרי אין טענתו טענה, נתיבות), והא דאמרינן טוענים ליורש, הני מילי

בשמה, אבל אם הוא טוען ברי, אין דנין אלא על פי טענותיו, ולכן אין טוענין ליה עד ששומעין טענותיו תחלה (תשובת הרשב"א).

כתב הסמ"ע (לו) דהא דטענתיה טענה זהו אחד מן הטעמים דמוקמינן אפוטרופוס, משום דבזה עדיף כח דיתומים, דאפוטרופוס רגיל לטעון כל טענת שמא דאפשר דאילו היה אביהן חי היה טוענו שכך היה, ובלבד שלא יכוין לטעון טענה שיודע בודאי שלא כך היה הענין. עוד כתב (לז) דהא דהב"ד חייבים לטעון עבור יורש כל מאי דהוה מצי אבוהון למיטען טענה דשכיחא, ה"מ כשאין יורש מכחישו, והיינו שאין היורש טוען ברי נגד אותה זכות דמצי הב"ד לטעון עבורו.

האם כשר אפוטרופוס להעיד לטובת היתומים?

ע"פ המרדכי פסק הרמ"א "והאפוטרופוס נאמן, אם ידוע שהמעות של יתומים, שהרי אינו נוגע בדבר ולכן יוכל להעיד כדלעיל סימן ל"ז סעיף ח"י".

כתב הש"ך (טז) דהא דנאמן בעינן דוקא שאמר לו בשעת הלואה שמלוה לו מעות יתומים דאז הוי כשליש, דנהי דלא הוי כנוגע, מ"מ מי עדיף מעד דעלמא דג"כ לא הוי כנוגע ומ"מ אין נאמן להוציא ממון, ולכך בעינן שהודיע לו, ונאמן מטעם שליש דנאמן כשאינו נוגע, אפילו שהמקבל אינו יודע, כשאינו כופר בשלישות.

כתב הסמ"ע (לד) בשם המרדכי דבהלואה מעות לאחר והלוה אומר פרעתי והאפוטרופוס אומר שלא פרעו, אם הלוה מודה שהמעות של יתומים נאמן אפוטרופוס בלא שבועה, אבל אם אינו מאמינו שהוא של יתומים ישבע, דנהי דאין נשבעין על טענת שמא, מ"מ נשבע על שלא פרע, וכתב הסמ"ע דזה שדקדק הרמ"א לכתוב 'אם ידוע שהמעות של יתומים' דאל"כ אינו נאמן דשמא שלו הוא, והש"ך (טז) כתב על דברי המרדכי הללו דפשוט דאירי שהיה תפוס האפוטרופוס במשכון או בשום ד"א של הלוה ולפי"ז כשאין לו משכון צריך הלוה שבועה דאז להכחישו וכמורשה בסימן קכ"ג.

סעיף יג

ע"פ ברייתא שם וכת"ק ודלא כרבי דהלכה כרבי מחבירו ולא מחבריו וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "אין האפוטרופוסין רשאים להוציא עבדים לחירות, אפילו ליקח מהעבד דמים שיצא לחירות (אפילו אין היתומים נפסדים שהעבדים באים לפדות עצמן בכסף שנותנים להם אחרים על מנת שאין ליתומים רשות בו אפילו הכי אין רשאים שהרי אין גופן קנוי להם לשחררן, רש"י, והרשב"א כתב דהטעם כדי שלא יזלו בנכסי יתומים דכשלוך דמים ממנו נראה כשחרור ואי שרית להו זימנין שלא ידקדקו עמו בדמיו והר"ן כתב מפני שנראה כמוציאן לחירות שאין הכל יודעים בדמים שהוא נותן, וכל זה דלא כראב"ד בשם י"א דהלכה כרבי אומר שנותן הוא דמי עצמו ויוצא מפני שהוא כמוכרו לו), 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 (רמ"ה, דבי"ד רשאים לעשות כל מה שיראה להם שהוא תועלת ליתומים, טור, וכתב הפת"ש דמשמע אף להוציא עבדים לחירות והיינו היכא דליכא עשה דלעולם בהם תעבודו ודלא כשב"י, ובנתיבות ציין לרשב"א בב"י דכשיש ריוח ליתומים יכול האפוטרופוס למכור אפילו קרקעות)}."

סעיף יד

האם האפוטרופוס יכולים להפריש תרומות ומעשרות עבור היתומים ומדוע?

ע"פ ברייתא שם פסק בשו"ע "האפוטרופוסין, תורמין ומעשרין נכסי יתומים, כדי להאכילם, שאין מאכילים את היתומים דבר האסור, אבל לא יעשרו ולא יתרמו כדי להניח פירות מתוקנים, אלא ימכרו אותם טבל". כתב הסמ"ע (מב) דמדסיים ב'אלא ימכרום טבל', שמע מינה דמש"כ שלא יעשרו כדי להניח, אפילו כדי למוכרן מתוקנים אסור, והכי קאמר כדי להניח להיותן מוכנין למכור בתיקונן, אלא ימכרו אותן בטבלן והלוקחין יתרמו בעצמן, וזה דלא כרש"י שפירש דלהניח היינו להניחו לאוצר אלא כשיגדלו יעשרו הן עצמן, וטעמו כתב הרב המגיד דאז יהיה טובת הנאה שלהן.

סעיף טו

אפוטרופוס על יתומים איזה הוצאה של מצוה או צדקה מחויב האפוטרופוס ואיזה לא?
שוטה או חרש האם בית דין פוסקים צדקה עבורם?

ע"פ שם וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "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, (ע"פ ב"ב ת. -) מיהו אם פסק עליהם צדקה לאחשובינהו כדי שיצא עליהם שם טוב, והם אמודים לכך, שפיר דמי, (ע"פ כתובות מח, וכתב הרב המגיד דהשוה הרמב"ם דין נתחרש לנשתטה -) ומי שנשתטה או נתחרש בית דין פוסקין עליו צדקה אם היה ראוי {ועיין לעיל סימן קס"ג סעיף ד' }."

עמש"כ הרמב"ם דאין פוסקים עליהם צדקה וכו' כתב ה"ה בשם הרמב"ן ועוד ע"פ התוספתא דכל הני דינים הן בין באפוטרופוסין שמינהו אביהן בין שמינהו הב"ד, וה"מ כשלא נטלו רשות מב"ד, אבל אם נטלו רשות מב"ד רשאים, והביאו הסמ"ע (מג).

הסמ"ע (מד) ציין שהר"ן הקשה עמש"כ הרמב"ם בסיפא בנשתטה וכו' והכס"מ יישבו, ובקצות (ג) הביאם דהר"ן הקשה במה שפסק דפוסקין צדקה בנשתטה דהא דבר אחר היינו תכשיט וא"כ צדקה מנא ליה, ובכס"מ כתב דאפשר שטעמו משום דמסתמא כל אדם ניחא ליה למיעבד צדקה מממונו, וגם כי ממנו של אדם משועבד לעשות צדקה ממנו, וכשהלך למדינת הים אין פוסקין צדקה מפני שהוא עושה צדקה בכל מקום שהוא, והיינו טעמא דאיפלגו רב חסדא ורב יוסף בפירוש דבר אחר דגבי מי שהלך למדינת הים ולא איפלגו בדבר אחר דגבי מי שנשתטה, והקצות כתב דמדברי הכס"מ שכתב דממונו של אדם משועבד לעשות ממנו צדקה משמע דס"ל דשייך בצדקה דין שעבוד כמו בשאר חובות אבל דעת הר"ן דבצדקה לית ביה משום שעבוד נכסי, והסכים עם הכס"מ דכיון דק"ל שעבודא דאורייתא במלוה על פה ומכל שכן במלוה הכתובה בתורה א"כ לא גרע מצות צדקה ממצות פדיון הבן דשעבודא דאורייתא, עיי"ש שהאריך בזה ובדין נודר (ראה בזה מש"כ בסימן רנב/ב), והא דאין יורדין לנכסיו כשהלך למדינת הים היינו כמש"כ הכס"מ משום דעושה צדקה בכל עת במקום שהוא, והנתיבות (ח) חלק דליכא שעבוד נכסים רק במקום שדין ב"ד לכופו על הצדקה, כגון לפרנס קרובו או ליתן לקופה ולתמחוי של העיר שבאו החיובים עליו שלא מכח דיבור פיו אבל צדקה שבא עליו מכח דיבור פיו הוי כנדר וליכא שעבוד נכסי.

סעיפים טז - יט

הבא לפחות שלושה דינים, בהם שונה דין אפוטרופוס שהתמנה ע"י בית הדין מאפוטרופוס שמינה אבי היתומים? (ראה גם סעיפים ה' ו-כ')

מתי נאמרת באפוטרופוס שבועת המשנה ומתי נאמר באפוטרופוסין שבועת היסט? פרט את התנאים שמחייבים שבועות אלו.

משנה גיטין נב. "אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים ישבע מינוהו ב"ד לא ישבע אבא שאול אומר חילוף הדברים" ובגמ' פסקין כאבא שאול ומפרש טעמיה דבמינוהו בית דין בההיא הנאה דקא נפיק עליה קלא דאינש מהימנא הוא דהא סמך עליה בי דינא משום שבועה לא אתי לאימנועי מינהו אבי היתומים לא ישבע מילתא בעלמא הוא דעבדי להדדי ואי רמית עליה שבועה אתי לאימנועי.

וז"ל השו"ע (טז) "כשיגדילו היתומים, נותן להם ממון מורישן, (כרשב"ג בברייתא ולא כרבי -) ואינו צריך לעשות להם חשבונות מה שהכניס והוציא אלא אומר להם זה הנשאר, ⁴ונשבע בנקיטת חפץ שלא גזלם כלום. ³במה דברים אמורים, כשמינוהו בית דין, אבל אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, וכן שאר המורישן, אין נשבע על טענת ספק {ווי"א (מרדכי) דהואיל ואינו נשבע צריך ליתן חשבון במינהו אבי יתומים והכי יש לנהוג (מהר"ם פאדוואה), ומחרימין חרם סתם על מי שלקח משל

יתומים (רשב"א) { (רי"ף -) אבל נשבע על טענת ודאי (סמ"ע: כתב הטור בשמו דאירי בגדלי יתמי וטענו עליה בטענת ברי וכפר בהו, והמחבר סתם, לכלול בו דה"ה אם טענו הב"ד בטענת ודאי והוא כפר בהו דאם הם שנים נאמנין נגדו אבל אם הוא אחד נשבע כנגד האחד שהוא כעד נגדו, ועוד ביאר דכתב הרי"ף דגדלי טעמו דעד דלא גדלי ושנים מב"ד טוענין עליו טענת ברי לא שייך לומר דמשביעין האפוטרופוס על טענת ברי, דהא הן נאמנים נגדו אפילו להוציא מידו),⁵ וכן אם אבד שום דבר מנכסי היתומים נשבע שבועת השומרים (אולם דעת התוס' בב"ק דאף דידיעין שנאבד לא משביעין והתוס' בגיטין כרי"ף, רע"א), (רמ"ה -) ואם יש לאפוטרופוס חלק בריוח, אפילו מינהו אבי היתומים, נשבע אפילו על טענת ספק (דכיון שיש לו חלק בריוח אף על גב דרמיא שבועה עליה לא אתי לאמנועי).

עוד כתב הרמ"א ע"פ המרדכי "ראובן שאומר שיש לו בידו מעות של שמעון, ואומר שצוהו לתת לבניו, אם רוצה לתת לכל בניו בשוה אין יכולין להשביעו, דהות ליה כאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים, אבל אם רוצה ליתן לקצתן ולא לכולן, אם כן לפי דבריו אינו אפוטרופוס עליהן, ויכולין להשביעו שלא עכב כלום לעצמו, ואם הם קטנים, ב"ד מעמידין להם אפוטרופוס ומשביעין אותו" [וכתב הנה"ט] דמירי שהודה בפני עדים שיש בידו מעות יתומים כך וכך ואביהם מינה אותו לאפוטרופוס לעסוק בצרכיהם ולהוציא על הצטרפותם עד שיגדלו עיי"ש].

ע"פ הרמב"ם (אלו דברי רבינו ראובן אליו, ה"ה) פסק בשו"ע (יו) "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 (דביתומים צריך לדקדק יותר כב"מ כ"ב דלאו בני מחילה נינהו, גר"א)"

כתב הסמ"ע (נא) דנראה דנקט כאן תואר דהש"י בזה שהוא רוכב ערבות כדי לאיים עליו ברוממות הש"י ובהשגחתו על היתומים עיי"ש ומה שסיים המחבר וכתב 'אבי יתומים' יש להגיה תיבת כו' ורומז להמשך הפסוק 'אבי יתומים ודין אלמנות אלהים ממעון קדשו'.

עוד פסק השו"ע (יח) "אין בית דין יכולים למנות אפוטרופוס להאמינו בלא שבועה (ראב"ד), (רא"ש -) אא"כ אינם מוציאים אדם הגון שירצה להיות אפוטרופוס אם לא יאמינוהו בלא שבועה (ע"פ גיטין נ"ב "אתי לאימנועי", גר"א)".

[האם צריך שתהיה הודאה במקצת בשביל להשביע אפוטרופוס? פרט.]

כתב הרמ"ה דאין משביעין אותו עד דאיכא כפירת שתי כסף כגון דטעניה קטן או בי דינא אפילו בטענת שמא שתי כסף וכפר איהו בשתי כסף ואפילו הכי לא בעינן הודאת מקצת אלא אע"ג דליכא הודאה כלל מיחייב אבל אי ליכא כפירת שתי כסף לא מיחייב ואם יש לאפוטרופוס חלק בריוח לכולי עלמא בין מינהו ב"ד בין מינהו אבי היתומים ישבע, וכתב בד"ה דמה שכתב דלא בעינן הודאת מקצת "איני יודע מנין לו" ודעת הראב"ד דצריך שתהא בטענה שתי כסף הודאה במקצת או שתהא האפוטרופוס קיים בידו שהוא כהודאה אבל אם אין בטענתו כענין הזה אין משביעין אותו שבועת המשנה אלא שבועת היסת ונשבע להם על ידי גלגול על האפוטרופוסות.

כתב הרי"ף דכשמינהו אבי היתומים שאינו נשבע דוקא בטענת ספק אבל בטענת ברי משביעין ליה כגון דגדלי יתמי וטעני עליה בטענת ברי וכפר בהו כגון זה ודאי נשבע, וכתב הרמ"ה דאפילו בטענת שמא משכחת לה דמשביעין ליה כגון היכא דאתניס גביה מידי ממונא דיתמי דמיחייב לישבע שבועת שומרין וכל שכן היכא דאיכא טענת ברי ואיכא עסק שבועה דאורייתא במודה במקצת או בעד אחד וכיוצא בו דאשתבע שבועה דאורייתא דהשתא כי קא משתבע לא מחמת אפוטרופוסות קא משתבע.

עמש"כ הראב"ד דאם אין בטענתו כענין הזה אין משביעין אותו אלא שבועת היסת הקשה בד"ה דהא על טענת ספק אין משביעין אפילו שבועת היסת ואם בטוענו ודאי מאי איריא מינהו בית דין אפילו מינהו אבי יתומים ישבע כדעת הרי"ף והרמב"ם, וכתב דאפשר לומר דלא קאי אלא למה שכתב צריך שתהא בטענה ב' כסף והודאה מקצת אבל לעולם בטוענו טענת ודאי מיירי³ והוא חולק על הרי"ף והרמב"ם וסובר דמינהו אבי יתומים לא ישבע אפילו טענו טענת ודאי, ועוד י"ל שהראב"ד חולק על מה שכתב הרמב"ם שאין נשבעים היסת על טענת ספק.

וז"ל השו"ע (יט) כראב"ד "כשמשיעין אפוטרופוס שבועת המשנה צריך שיטענוהו בית דין או היתומים אפילו בטענת שמא שתי כסף ופרוטה, וכפור בשתי כסף ויודה בפרוטה (דלא כרמ"ה שאין צריך הודאה במקצת), אבל אם לא היתה טענה או כפירה והודאה כשיעור זה, אם טוענין אותו טענת ודאי נשבע היסת ומגלגל עליו שלא עיכב בידו משלו כלום". הגר"א (מ) פסק כרמ"ה שא"צ הודאה במקצת וכתב שדברי בד"ה תמוהין.

מה ההבדל בדינים בין אפוטרופוס שמינה אבי יתומים לבין אפוטרופוס שמינוהו ב"ד לאפוטרופוס שנתמנה ע"י ערכאות?

כתב הרמ"א (יז) ע"פ הריב"ש "אפוטרופוס שנתמנה ע"פ ערכאות של עובדי כוכבים צריך ליתן חשבון כי הכי הוא בדיניהם". מבואר בדבריו שאם נתמנה ע"י ערכאות מהני אלא דיש לו לתת חשבון.

כתב בדרכי חושן (סילמן) שבכנה"ג כתב שאפוטרופוס שנתמנה ע"פ ערכאות מהני מדין דינא דמלכותא וצריך לתת חשבון כי כן הוא דיניהם כמבואר ברמ"א, וכתב ערוה"ש (לו) דלענין שבועה דינו כמינהו אבי יתומים דבספק לא משבעין ליה ובודאי משבעין ליה.

סעיף כ

מה דין אפוטרופוס בנכסי יתומים לגבי גניבה, אבידה ופשיעה? האם יש נפק"מ מי מינהו?

ב"ק לט. "שור של חרש שוטה וקטן שנגחו מעמידין להם אפוטרופוס.. מאן משלם רבי יוחנן אמר מעליית יתומים דאי אמרת מעליית אפוטרופוסים מימנעי ולא עבדי". דעת רבינו חיים (בתוס' שם) דאפוטרופוס שפשע בנכסי יתומים שהוא פטור דהא הכא פשע בשור האפוטרופוס ואפילו הכי מפטר ומה שהאפוטרופוס נשבע ליתמי כדמשמע בגיטין היינו שלא עיכב כלום משלהם אבל אין נשבעין שלא פשעו שאפילו פשעו פטורים, וה"ר שלמה דקדק דמשלמי בפשיעה מההיא דב"מ מ"ב דההוא תורא דלא הוה ליה ככי ושיני וקאמר נימא לאפוטרופוס זיל שלים אמר אנא לבקרא מסרתיה משמע דאם פשע משלם והשתא קשיין אהדדי, ואומר ר"י דודאי מיחייב אפוטרופוס לשלם בפשיעה ולא מימנעי בין מינהו אבי היתומים בין מינוהו בית דין אבל כאן דלא בשביל היתומים ממנים אותו אלא בשביל תקנת העולם כדי שישמור השור שלא יגח אי אמרת דמשלם מימנעי ולא עבדי, ודעת הרמב"ן דאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים שפשע פטור אפילו באו עדים דאי מחייבת ליה לשלומי אתי לאמנועי אבל שמינו ב"ד הרי הוא כנושא שכר וחייב בגניבה ואבידה ולא מיבעיא בפשיעה.

וז"ל השו"ע כר"י דכן דעת רבינו האי רא"ש והרשב"א "אפוטרופוס בין מינוהו בית דין בין מינהו אבי יתומים, פטור מגניבה ואבידה וחייב בפשיעה".

הסמ"ע (נד) הביא לשון הטור בשם הרא"ש שהוסיף על התוס' שמסתברא אע"פ שחייב בפשיעה אין לחייבו שבועה שלא פשע בה כל כמה דלא ידעין בה אם נאבד ליתומים דבר, דנהי דמשבעין ליה דלא עיכב משלהן כלום, לגניבה ואבידה לא חיישין ולא משבעין ליה בלא טענה, וכתב הסמ"ע דמוכח דס"ל דאם טוען האפוטרופוס דנאבד או נגנב משבעין ליה שלא פשע בגניבתו והוא פשוט דכבר נתבאר בסעי' ט"ז דאפוטרופוס צריך לישבע שבועת שומרים היכא דטען דאיתנס מידו מידי והיינו גניבה וכל שבועת שומרים צריך לישבע נמי שלא פשע בגניבתו וכטוש"ע בסימן רצ"ד.

הש"ך (כד) חלק על פסיקת המחבר כרא"ש והטור דכל אפוטרופוס פטור מגניבה ואבידה וחייב בפשיעה, דהא אזלי לטעמיהו מסימן ע"ב דלא כרב יוסף אבל המחבר שפסק כרב יוסף א"כ כאן מצוה קעביד והוי ש"ש ונהי דהרשב"א ורב האי הסכימו לרא"ש בזה דכל אפוטרופוס חייב בפשיעה היינו לאפוקי דעת הרמב"ן דמינהו אבי יתומים אינו חייב אפילו בפשיעה אבל מ"מ ודאי דלדידהו שפסקו כרב יוסף ש"ש נמי הוי וחייב בגניבה ואבדה וכ"כ הרשב"א בחדושו, ודברי המחבר בין במינהו ב"ד בין במינהו אבי יתומים צ"ע, וסיים דנראה דהוי ספיקא דדינא ואי תפסי יתמי לא מפקין מיניהו.

לגבי החיוב בפשיעה הביא הש"ך (כה) דדעת המהרשד"ם דאין להוציא ממון נגד סברת הרמב"ן ה"ר חיים ורי"ו, אולם הש"ך כתב דטעה בהבנת רי"ו, דסובר ממש כדעת הרא"ש אולם מה שהוכיחו בתוס' מב"מ לחייב אינה ראייה דהתם אפוטרופוס שמינהו ב"ד הוה ואפשר דמשמע להו

לפוסקים דכיון דבש"ס קאמר סתמא משמע דאין חילוק אך בכל אופן אינה ראויה ברורה לדחות דברי הרמב"ן וה"ר חיים דפטרי במינהו אבי יתומים בפשיעה וגם בב"י כתב שמצא תשובת רשב"א שכתב שאנו אין לנו אלא כדברי האחרונים שפטרוהו אפי' מן הפשיעה וסיים הש"ך שצ"ע לדינא.

כתב רע"א דדעת הרש"ך דהיכי דעשה מעשה בידיים מה שלא התירו חכמים לעשותו כגון לשלח הנכסים דרך אניה בלב ים מקרי מזיק בידיים ולכ"ע חייב, אולם הפר"ח כתב דאין זה מוכרח.

כתב הרמ"א ע"פ תשובת הרשב"א והמרדכי "אפוטרופוס שטען בבית דין מה שלא היה לו לטעון ועל ידי זה בא בלא שובע השבועה, ואילו טען כהוגן היה מגיע ליתומים השבועה לא מקרי פשיעה דמי יימר דמשתבע (כל כה"ג לאו פשיעה ואפילו דינא דגרמי לא הוי אלא גורם לממון, קצות בשם המרדכי), ולא מקרי פשיעה אלא אם נוטל זה בלא שבועה ואילו טען כהוגן היו נוטלים היתומים בלא שבועה".

[הקצות (ד) כתב דהיכא דלפי דברי ראובן הוה נשבע ונפטר והשתא לפי טענת האפוטרופוס שקיל אידך בלא שבועה בזה לא אמרו מי יימר דנשבע הנתבע, ונראה דהמרדכי ס"ל מסברא דכי היכי דאמרינן מי יימר דמשתבע התובע ולא כפר ליה לתובע כפירת ממון ומשום דכל זמן שלא נשבע התובע אומר לו מי יימר דמשתבעת, ה"נ בזה שראובן טוען אילו הוה טען כדבריו היה נשבע ונפטר והשתא לפי דבריו משלם ושקיל אידך בלא שבועה אומר לו נמי מי יימר דמשתבעת וא"כ לא הזקתיך כלום, אמנם אם היה טוען כדברי ראובן היה ראובן נוטל בלא שבועה ועכשיו כפי דבריו נשבע שכנגדו ונפטר דזה הו"ל ממש כהאי דכפר אחד והודה אחד דגמ' בשבועות ל"א, כיון דהשבועה ביד שכנגדו לא מצי אמר מי יימר דישבע שכנגדו, דהא בכפר אחד נמי כבר היה חיוב שבועה על שכנגדו והו"ל כופר כפירת ממון ממש דהפסיד ממון ממש במה שכבש עדותו, דהא אם היה מעיד היה נוטל ממון ועכשיו אין לו אלא שבועה, וא"כ ה"ה גבי אפוטרופוס כה"ג מיקרי מזיק ממון ממש, והנתיבות (יא) כתב דלא דמי לגמ' בשבועות דהכא באפוטרופוס לא הוי מזיק ורק מטעם דינא דגרמי דהא אפילו עדים שהעידו שקר לא חשיב רק דינא דגרמי כמבואר בסימן ל"ח עיי"ש].

סעיפים כא – כב

ע"פ ב"מ מב: פסק בשו"ע (כא) "אפוטרופוס של יתומים שקנה להם שור ולא היו לו שיניים, ונתנו הרועה עם השוורים, ולא ידע שלא היה אוכל ומת, אינה פשיעה לאפוטרופוס, ופטור, וממי משתלמים היתומים נתבאר בסימן רל"ב סעיף י"ח", ובסע' כב כתב "דין אפוטרופוס שלוח לצורך היתומים נתבאר בסימן קי"י".

סעיף כג

האם אפוטרופוס יכול לחזור בו ולבטל את מינויו בתוך התקופה שנתמנה לה? הסבר.

האם יכול אפוטרופוס לחזור בו לאחר שהתמנה? האם זה שונה מדין פועל ומדוע?

ע"פ התוספתא רמב"ן ועוד פסק בשו"ע "אפוטרופוס בין מינוהו אבי היתומים בין מינוהו בית דין, עד שלא החזיק בנכסי היתומים {ולא נתעסק עדיין בצרכיהם (ריב"ש)} יכול לחזור בו (דכי אמרינן אתי לאימנועי דמשמע שאפוטרופוס יכול לחזור בו דוקא קודם שיחזיק בנכסים אבל משהחזיק לא כל הימנו ואינו יכול להסתלק, רשב"א), משהחזיק בנכסי היתומים {או התחיל להתעסק בצרכיהם (ריב"ש), והגר"א ציין לב"מ ע"ו גבי חזרת פועלים} אינו יכול לחזור בו {ודווקא אם נשאר בעיר אבל אם הולך מן העיר מביא הנכסים לב"ד והם ממנין אחר (רשב"ץ)}".

כתב הקצות (ה) דצריך להבין מאי שנא מפועל דכול לחזור בחצי יום (ב"מ י.) וכתב הרשב"א דאפילו שומר לזמן יכול לחזור תוך הזמן מהאי טעמא דפועל ואילו הכא משהחזיק אינו חוזר, וכתב דנראה דטעמא דפועל חוזר היינו משום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים ואילו אפוטרופוס מצוה קא עביד הו"ל עבד ה', ועוד הביא דברי הרב המגיד (בב"י בקצרה) גבי גיטין נ"ב דמינהו אבי יתומים אי רמי שבועה עליה אתי לאימנועי דכתב דמכאן נראה ללמוד שאין ב"ד יכולין לכופ שום אדם להיות אפוטרופוס על יתומים ואינו חייב לקבל האפוטרופוסות בעל כרחו ודבר ברור הוא שאין זה

מצוה שהב"ד יכופו עליה, הרי דס"ד דהרב המגיד שיכופו עליה בתחלה, אבל אם כבר התחיל בה כופין אותו שלא לחזור דכיון דמצוה הוא לא שייך ביה עבדים לעבדים.

סעיף כד

מהי האפשרות שאשה או האם תהיה אפוטרופסית? ובאיזה מקרה בית הדין ממנים אותה?

משנה גיטין נב. "יתומים שסמכו אצל בעל הבית..." ובגמ' "הנהו יתמי דהוו סמיכי גבי ההיא סבתא הוה להו תורתא שקלה וזבינתה ניהליהו אתו קרובים לקמיה דרב נחמן אמרו ליה מאי עבידתה דזבנה אמר להו יתומים שסמכו אצל בעל הבית תנן (אפילו לא מינוהו כאפוטרופוס, רש"י). והא אייקר? ברשותא דלוקח אייקר".

וז"ל השו"ע כלשון ה**טור** (וה"ה תמה על הרמב"ם שלא כתב דין זה) ע"פ הגמ' הנ"ל "יתומים קטנים שסמכו אצל בעל הבית הם מעצמם ונשתדל בשלהם יש לו דין אפוטרופוס לכל דבר, ואפילו סמכו אצל אשה, וי"א (ראב"ד) שאין משביעין אותו (ק"ו הדבר דהשתא באפוטרופוס שמינהו אבי היתומים דאיכא למימר אי לאו דאית ליה הנאה מיניה לא הוה עביד אמרת לא ישבע משום דילמא מימנע כל שכן כשסמכו מאליהם דאתי לאימונעי וקורא אני בזה משלם רעה תחת טובה), וי"א (רמ"ה ורא"ש) שמשביעים אותו (דאיכא למיחש לאדם שאינו הגון שימשוך היתומים אליו ויכלה ממונם מאחר שאין לו לישבע בשלמא מינהו אבי היתומים או בית דין איכא למימר דילמא מימנע ולא יעשה בשבילם להשתדל באפוטרופוסות אם יש לו לישבע אבל יתומים קטנים שסמכו מי בקש מידו דשייך למימר דילמא מימנע בשביל השבועה אם אינו הגון ימנע וימנע ואם אדם הגון הוא ועושה לשם שמים בשביל שרואה שאין להם עוזר וסומך לא ימנע בשביל השבועה, ודעת מהרש"ק בפת"ש ו' כדעה א'). כתב הרמ"א ע"פ הריב"ש "וקטן שסמך אצל אמו וראו ב"ד להחמיר עליה שתתן חשבון או שאר חיזוקים מותר, דליכא למיחש דמימנע ולא עבדא, דודאי אמו דעתה קרובה אצל בנה ולא תמנע משום זה".

כתב הב"ח (ג) דמשמע מהטעם שכתב רש"י שאשה לא תהיה אפוטרופוס (ראה לעיל סעי' ב') דאין דרכן לצאת ולבא ולטרוח דמשמע דהיכא דידוע דאשה זו נותנת ונושאת בטוב והיא בעלת מחיה כמו שנמצא לפעמים אף יותר מאיש יכולין להעמיד אותה אפילו לכתחלה דאינה דומה לעבדים וקטנים, אך כתב שבכתובות פ"ח משמע דאין מעמידין אשה אפוטרופוס כל עיקר. אולם בספר **משיב משפט** (ח"מ נא) הביא שכתב בשו"ת מהר"ם מינץ (מא) דהא דאין ממנין נשים לאפוטרופא זהו מטעם דנשים עצלניות הן ואין דרכן לצאת ולבא כרש"י הנ"ל וזהו דוקא כשאין להם חלק באותם נכסים ואין בהם שום תפיסת יד כלל אבל היכא דיש להן חלק בהן או תפיסת יד אז שפיר ממנין דמיגו דטרחי בחלק דידה טרחי בכולהו. כתב בפסקי המשפט (א) בשם החקרי לב שיתומים מאב שיש להם אם והיא מטפלת בהם הרי היא נעשית אפוטרופוס, ובאות ג' הביא מהכתב סופר דה"ה אם הבנים ביקשו מהאב למנות את האם כאפוטרופוס מועיל, וכע"ז שם בשם הגריש"א דכאשר בני המשפחה הסכימו להעמיד את אחת מבנות המשפחה כאפוטרופוס אין שום חשש ומועיל המינוי, משום דהדין שאין מעמידין אשה הוא רק במינוי ב"ד כשהמשפחה לא הגיעה להסכמה (וראה אג"מ אבן העזר א, קי).

< כתב הסמ"ע (נז) בשם המרדכי בדין אלמנה שנישאה לאיש אחר והכניסה לו ממון של בעל הראשון וגם זנה אצלה את בנה שהיה לה מבעלה הראשון ומתה האלמנה, וטען היתום שלא נשבעה אמו על כתובתה, דאם אין בממון יותר ממה שהוציא על היתום במזונות הרי זה פטור.

עוד כתב הרמ"ה דהא דיש לו דין אפוטרופא בנסמך דוקא שהקטן בן ט' אבל פחות מבן ט' לא ואפילו בבן ט' אין לו רשות לבעל בית זה למכור אלא מטלטלי כי היכי דקטן גופיה מצי לזבניה אבל מקרקעי לא, והרא"ש דחהו דאין חילוק אלא הרי הוא כאפוטרופא ממש מאחר שיש לו כח לתרום הוי כאפוטרופא גמור להתעסק בכל תועלת היתומים ואפילו בקטן ממש, והב"ח (באה"ג) פסק כרמ"ה דדווקא בן ט' ואם הוא חריף אפילו מבן שש ואילך מהני סמיכתו דהא יש לו רשות למכור במטלטלין אבל פחות מזה לא מהני סמיכתו מן הסתם והרמ"ה דיבר בסתם קטן.

הפת"ש (ה) כתב דמדברי הב"י לא נמצא שום הכרעה לדינא ומסתימת לשון השו"ע שכתב יתומים קטנים שסמכו וכו' משמע כדעת הרא"ש דאפילו בקטן ממש, והביא שכתב **בחכס צבי** דהרמ"ה שחילק בין פעוטות ללא הגיעו לעונת הפעוטות לא חולק אלא ביתומים קטנים שסמכו אצל מי שאינו ראוי למנותו אפטרופוס כהא סבתא שהרי אין ממנין נשים, אבל בשסמכו אצל מי שראוי למנות אפטרופוס כנידון דידן כ"ע מודו דידן אפטרופוס יש לו.

סעיף כה

ע"פ תשובת הרשב"א פסק בשו"ע "יתומים שסמכו אצל בעל הבית זון אותם משלו, לא הניח מעותיו על קרן הצבי ואפילו לחנן בכתובות ק"ז} ועיין ביורה דעה סימן רנ"ג סעיף ה' } וכתב הרמ"א "והוא הדין אחד (שאינם סמוכים אצלו) שאמר שהלוח ליתומים (תה"ד, ודוקא שהוציא הוצאות לצורך ולא לבזבז), אבל אם פרנס בתורת גמילות חסדים פטורים (ספר התרומות)".

סעיף כו

מינה אפטרופוס לבניו הגדולים על עזבונו ורוצים הבנים לסלקו, האם רשאים לסלקו?

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "קטן שהגדיל אפילו היה אוכל ושותה יותר מדאי ומפסיד והולך בדרך רעה, אין בית דין מונעים ממנו ממנו ואין מעמידים לו אפטרופוס (ה"ה: כן מבואר בב"מ ל"ט ובמקומות אחרים אפטרופוס לדקנני לא מוקמין), אלא אם כן צוה מורישו שלא יתנו אלא אם יהיה כשר ומצליח, או שלא יתנו לו עד זמן מרובה, ואעפ"כ מוכיחים אותו ומלמדין אותו ללכת בדרך ישרה ואורחות צדיקים } מי שמינה אפטרופוס לבניו הגדולים יכולים לומר אין אנו צריכין אפטרופוס, אלא אם כן יש בו משום מצוה לקיים דברי המת (רי"ז, והיינו כשהוציא המעות מידו דדוקא כגון שנתן הממון בחייו לידו דאפטרופוס או ליד שליש אחר, סמ"ע) ועיין לעיל סימן רנ"ב}."

עמש"כ המחבר דאמר המוריש שלא יתנו לו עד זמן מרובה, כתב הסמ"ע (נח) ע"פ הב"י דאם בתוך זה הזמן שיעבד היתום נכסיו לאחר אינו כלום אפילו לאחר הזמן, והנתיבות (יג) כתב דיש בזה הרבה תימה דהא בלשון 'אל תתנו' אינו יכול להפקיע ירושתו דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה, דכמו דאם אומר אל תתנו לו ירושה כלל אינו כלום דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה ה"נ אם אומר אל תתנו לו ירושה תיכף הוי מתנה על מה שכתוב בתורה דהתורה אמרה שיהיה יורש תיכף כשימות האב, ובהדיא אמרו בכתובות ס"ט גבי אל תתנו לו אלא שקל בכל שבת הא מני ר' מאיר היא דאמר מצוה לקיים דברי המת, ואי לא אמרינן מלד"ה היו נותנין לו מיד ולא היו משגיחין על צוואתו שצוה שלא יתנו לו לזמן מרובה ושעבוד כמכר ועדיף מיניה, ועוד, כיון דאחר הזמן הנכסים שלו הן, מהיכא תיתי לא יגבה מהן המלוה שלו כיון שהיורש לוח ממנו, ואם כונתו לענין אם היורש מכרם אחר זמן וכיון דלא הוי ממש בשעבוד אינו יכול לטרוף מהלוקח, מ"מ קשה דה"ל לפרושי, ועוד, דהא יורשים גדולים יכולין למחות באפטרופוס שמינהו אביהם כמבואר באה"ע סימן ק"ז.

עוד כתב הסמ"ע (שם) ע"פ הר"ן דאם העמיד אפטרופוס לבן אחד שהיה לו והניח אשתו מעוברת וילדה בן אחר מיתתו והבן הראשון נפטר, אותו אפטרופוס משתדל גם לאותו בן שנולד, דדעת אביו קרובה אצל בנו והוא ידע שהיא מעוברת.

סעיף כז

ע"פ כתובות מח. גבי שוטה שבי"ד יורדין לנכסיו, והוא הדין ודאי אם רצו להעמיד אפטרופוס (רמב"ם וה"ה) וכך פסק בשו"ע "השוטה והחרש (ע"פ יבמות ק"ג) דינם כקטנים ומעמידים להם אפטרופוס".

סעיף כח

אפטרופוס שנתמנה ע"י אבי היתומים או על ידי בית דין וטוען שהוציא כספים משלו לצורך היתומים האם נאמן? ואם יש הבדל אם כספי היתומים נמצאים ברשותו או שכבר נתנם ליתומים?

מה הדין אם בנו של אפטרופוס טוען שברשימות של אביו כתוב שהוציא משלו, האם נאמן?

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "אפטרופוס שמת, והוציא בנו פנקס אביו שכתוב בו שהוציא בפרנסת היתומים מנה, אין מוציאים מהיתומים בכך, דשמה נתפרע ולא נמחק {אבל בעודו חי, נאמן על מה שאומר שהלוח להן, ונוטל בשבועה (תשובה המיוחסת לרמב"ן)}".

כתב הש"ך (ל) דבתשובת מהרשד"ם כתב דמשמע דדוקא להוציא מן היתומים אינו נאמן אחר שהם מוחזקים בנכסיהם ובן האפטרופוס בא להוציא אבל אם היו הנכסים ביד בן האפטרופוס היה נאמן להחזיק מה שבידו כפי מה שכתוב בפנקס אף על פי שבן האפטרופוס לא יוכל לישבע שלא נפרע אביו מזה החוב, וכתב הש"ך דאין דבריו נראים, דבסימן ע"ה מבואר דלא מהני תפיסה באמר לי אבא וה"ה במצאתי בפנקסו של אבא דה"ל כאמר לי אבא, והא דנקט כאן אין מוציאים ר"ל דנכסים בחזקת יתמי קיימי ואף על פי שהם תחת יד בן אפטרופוס אין מוציאים מן היתומים נכסים שהן בחזקתן תדע דאי מיירי שהם ביד היתומים א"כ אפילו היה חי פשיטא שלא היה נאמן להוציא מן היתומים על פי פנקסו. הנתיבות (יד) כתב דאם מטלטלין של היתומים תחת יד אפטרופוס כיון שמצא כתוב בפנקס דהוי כאמר לי אבא, משו"ה כשלא ראה בידם דהיה אביהם נאמן במיגו, דמי למשכון דטענינן ליתומים כשאביהם היה נאמן במיגו, אבל כשראה וידוע שהוא של אבי היתומים הרי הוא כבא להוציא מהיתומים ואין מוציאים מהיורשים, אף דמצא כתוב בפנקס דמי לאמר לי אבא, מ"מ כיון שאביהם אינו נאמן רק בשבועה ועדיין לא נשבע אינו יכול להוציא מידם.

עמש"כ הרמ"א דבעודו חי נאמן על מה שאומר שהלוח להן ונוטל בשבועה, כתב בשער משפט (ג), צוין בפת"ש ט"ו דמבואר בתשובת הרמב"ן הטעם כיון שהם רשאים למכור וללוות ולהאכיל ולספק מזונותיהם ופרנסתם הרי זה כמוצאי הוצאות על נכסי אשתו שנשבע שבועת המשנה ונוטל, והביא שבתה"ד משמע דהא דצריך שבועה היינו דוקא במינוהו בית דין אבל במינהו אבי יתומים נאמן לומר שהלוח להן אף בלא שבועה להוציא מן היתומים, וכתב השע"מ דנראה דהיינו דוקא כשעדיין לא נסתלק מאפטרופסות אבל לאחר שסלקוהו אינו נאמן, מידי דהוי אגבאי צדקה ביו"ד רנז' אף שנאמן לומר כך וכך הלוייתי לכיס של צדקה אף בלא שבועה קודם שסלקוהו אבל לאחר שסלקוהו אינו נאמן אע"ג שהוא מחויב להלוות לכיס של צדקה.





אבן אל אבן

חושן משפט ג'

כרך ב'

סימנים רצ"א – תכ"ז

עם תשובות לשאלות
ממבחני ההסמכה לדיונים
של הרבנות הראשית



הערות ותיקונים יתקבלו בשמחה מרובה

לרכישה ופרטים: **fisherh21@gmail.com**

חגי 050-7371337



<https://www.evenleven.co.il>

מהדורה שניה אלול תשפ"ד

כל הזכויות שמורות למחבר



אבן אל אבן

סיכום טור שו"ע ונו"כ

חושן משפט ג'

כרך ב'

סימנים רצ"א – תכ"ז

הלכות פקדון, שומר שכר, אומנים, שוכר,
חכירות וקבלנות, שכירות פועלים, שאלה,
גניבה, גזילה, נזקי ממון וחובל בחבירו

עם תשובות לשאלות

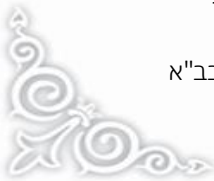
ממבחי ההסמכה לדיינות

של הרבנות הראשית

בסיעתא דשמיא

חגי צבי פישר

פעיה"ק ירושלים תובב"א





לעילוי נשמת

מרת יונה סומר ז"ל

נלב"ע יי אייר ה'תשפ"ב

שזכתה לעלות לארץ ישראל
ולהקים דורות של צאצאים
ההולכים בדרך התורה והמצוות

ת.נ.צ.ב.ה



לעילוי נשמות בנות דודותיי היקרות

אדוה צפורה פישר הי"ד

בת מנחם ורויטל יבלחט"א

נרצחה בפיגוע בצומת גהה

בא' טבת ה'תשס"ד

והיא בת כ' שנים

פנינה שירה כהן ז"ל

בת נחום אורי ופריבה איזלר יבלחט"א

נפטרה בדמי ימיה

בי"ז כסלו ה'תשע"ח

ת.נ.צ.ב.ה



לעילוי נשמת סבי מורי

ר' שמואל משה פישר ז"ל

נלב"ע כ"ב סיוון ה'תשס"ט

לעילוי נשמת סבתי מורתי

מרת שושנה פישר ז"ל

נלב"ע י"ט מנחם אב ה'תשע"ד

לעילוי נשמת סבי מורי

ר' חיים וולף וייס ז"ל

נלב"ע י"ג סיוון ה'תשנ"ה

לעילוי נשמת סבתי מורתי

מרת אלטע חיה וייס ז"ל

נלב"ע ה' אלול ה'תשע"ח

אודים מוצלים מאש

שזכו לעלות לארץ ישראל

ולהקים דורות של צאצאים

ההולכים בדרך התורה והמצוות

ת.נ.צ.ב.ה



לעילוי נשמת

מלכה (מלי) תורג'מן ז"ל

נפטרה בדמי ימיה

בי"ב ניסן ה'תשפ"ג

ת.נ.צ.ב.ה

תוכן סימנים

9	סימן רצא - דין שומר חנם מאימתי מתחייב בשמירה וכיצד היא השמירה.....
30	סימן רצב - שלא לשלוח יד בפקדון ואם שלח בו יד.....
45	סימן רצג - מתי ניתן הפקדון ליתבע ואם יכול להחזירו בכל מקום.....
48	סימן רצד - הכופר בפקדון או שטוען נגנב.....
52	סימן רצה - המפקיד בעדים וטוען הנפקד נגנב או להד"מ.....
58	סימן רצו - המפקיד בעדים וטוען הנפקד נגנב או להד"מ.....
62	סימן רצז - הכופר בפקדון אפילו נותן המפקיד סימן.....
66	סימן רחצ - נפקד אומר איני יודע כמה אני חייב והמפקיד טוען ברי.....
69	סימן רצט - שנים שהפקידו ביד אחד ואחד מהם בא לתבוע.....
69	סימן ש - שנים שהפקידו אחד ק' ואחר ר' וכל אחד תובע מאתים.....
72	סימן שא - דין השומרים בעבדים וקרקעות ובהקדשות ובשל עניים.....
78	סימן שב - דיני שומרים אחד האיש ואחד האשה.....
79	סימן שג - שומר שכר באיזה דבר חייב או פטור ומאימתי מתחייב.....
87	סימן דש - המעביר חבית ממקום למקום ונשברה מתי חייב.....
90	סימן שה - שומר שכופר או שטוען או נגנב.....
93	סימן שו - האומנים שומרי שכר ואם קלקלו וטבח שנבל.....
105	סימן שז - דיני השוכר וחיובו ופטורו ואם השאיל או השכיר.....
112	סימן שח - השוכר בהמה לרכוב עליה וכמה יטעון עליה.....
115	סימן שט - השוכר את הבהמה לילך למקום ידוע והוליכה למקום אחר.....
117	סימן שי - השוכר את החמור ונסתמא או מת או נשבר.....
122	סימן שיא - השוכר הספינה ופרקה בחצי הדרך או טבעה בחצי הדרך.....
125	סימן שיב - המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב או סתם.....
135	סימן שיג - המשכיר בית לחבירו בבירה גדולה באיזה מקום רשאי להשתמש.....
136	סימן שיד - מה הדברים שעל המשכיר לעשות או על השוכר.....
136	סימן שטו - דין המשכיר בית על תנאי.....
139	סימן שטז - המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכירו לאחרים.....
145	סימן שיז - אמר השוכר פרעתי שכר הבית והמשכיר אומר לא פרעת.....
150	סימן שיח - השוכר רחים מחבירו ושוב לא נצטרך.....
151	סימן שיט - מי שהטעה חבירו עד שהכניס פירותיו לביתו.....
152	סימן שכ - מי שהטעה חבירו עד שהכניס פירותיו לביתו.....
153	סימן שכא - המקבל בית השלחין ושדה האילן ויבשו.....
160	סימן שכב - המקבל שדה מחבירו ואכלה חגב או נשדפה.....
161	סימן שכג - המקבל שדה מחבירו ולקתה בעומריה.....
161	סימן שכד - המקבל שדה לזורעה מין ידוע ובא לשנותה.....
162	סימן שכה - המקבל שדה מחבירו אם רשאי לזורעה פשתן.....
162	סימן שכו - המקבל שדה לזורעה שומשמן וזרעה חטין.....
163	סימן שכז - דין מקבל שבא להסתלק ועדיין לא נגמרו הזרעים.....
163	סימן שכח - דין מקבל שרוצה להסתלק מפני רעת השדה.....
164	סימן שכט - המקבל שדה לזמן ומת והניח בן.....
165	סימן של - המקבל שדה ליטע כמה אילנות.....
166	סימן שלא - השוכר פועלים ינהג עמהם כמנהג המדינה.....

168.....	סימן שלב - דין האומר לשלוחו צא ושכור לי פועלים ושכרן יותר ממה שאמר לו.....
173.....	סימן שלג - השוכר את הפועל ובא הפועל לחזור קודם שהתחיל או אחר כן.....
191.....	סימן שלד - השוכר את הפועל להשקות השדה והשוכר מלמד וחלה בנו.....
194.....	סימן שלה - השוכר את הפועל למלאכה סתם או למלאכה ידועה.....
197.....	סימן שלו - השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו.....
199.....	סימן שלז - דין אכילת פועל בשעת מלאכה ממה אוכל או מתי אוכל.....
203.....	סימן שלח - דין אכילת בהמה בשעת מלאכה ואיסור חסימתה.....
206.....	סימן שלט - לתת שכר אדם בהמה וכלים בזמנו ומתי זמנו.....
210.....	סימן שמ - השואל חייב באונס ובהמה שמתה מחמת מלאכה ואם שלחה על יד בנו או עבדו.....
216.....	סימן שמא - השואל מחבירו חפץ סתם או לזמן קצוב.....
221.....	סימן שמב - אין השואל רשאי להשאיל.....
222.....	סימן שמג - דין השואל אחר כלות זמן השאלה.....
222.....	סימן שדמ - טען שמתה מחמת מלאכה או רוצה לשלם או לישבע.....
226.....	סימן שמה - דין שאל פרה ושכר אחרת.....
226.....	סימן שמו - דין פטור שאלה בבעלים עם כל דיניו ובעל בנכסי אשתו.....
233.....	סימן שמוז - דין הזיק שור של שואל לשל משאיל או איפכא.....
233.....	סימן שמח - איסור גניבה ומי נקרא גנב ומאיזה שעה מתחייב.....
240.....	סימן שמט - דין אשה ועבד וקטן שגנבו.....
242.....	סימן שנ - ובו סעיף אחד.....
243.....	סימן שנא - דין הגונב כיס בשבת.....
244.....	סימן שנב - ובו סעיף אחד.....
245.....	סימן שנג - נשתנה הגניבה ביד הגנב או שנתיאשו בעליה ממנה.....
250.....	סימן שנד - השביחה הגניבה ביד הגנב.....
254.....	סימן שנה - גנב שהחזיר הגניבה שלא מדעת הבעלים.....
255.....	סימן שנו - אסור לקנות שום דבר מהגנב והקונה מגנב מפורסם או אינו מפורסם.....
260.....	סימן שנז - המכיר כליו וספריו ויצא לו שם גניבה בעיר.....
263.....	סימן שנח - דברים האסורים לקנות מהרועים ומשומרי פירות ומבעלי אומנות.....
266.....	סימן שנט - איסור גזילה אפילו על מנת להחזיר ומה נקרא גזילה ואיסור לא תחמוד ולא תתאוה.....
270.....	סימן שס - מצוה על הגזלן להשיב הגזילה ואם אין בה שוה פרוטה או נשתנית.....
273.....	סימן שסא - דין יאוש ואם יש עמו שינוי השם או שינוי רשות.....
275.....	סימן שסב - השביחה הגזילה ביד הגזלן ממילא.....
278.....	סימן שסג - הגוזל בהמה ועבדים והזקינו והדר בחצר חבירו שלא מדעתו.....
286.....	סימן שסד - הנכנס בבית פלוני והוציא כלים או חטף מידו זהובים.....
288.....	סימן שסה - הגוזל ואינו יודע ממי גזל.....
290.....	סימן שסו - גזלן שבא לעשות תשובה אם מקבלין ממנו.....
291.....	סימן שסז - גזלן שבא להחזיר את הגזילה והגוזל את אביו.....
293.....	סימן שסח - דין המציל או הקונה מלסטים ישראל או עובד כוכבים.....
294.....	סימן שסט - אסור לקנות מגזלן ולסטים וליהנות מממונם ודינא דמלכותא כיצד.....
299.....	סימן שע - דברים שהם גזל מדבריהם כגון מפריחי יונים והמשחקים בקוביא.....
300.....	סימן שעא - קרקע אינה נגזלת אפילו נתייאשו הבעלים.....
302.....	סימן שעב - גזלן שהפסיד השדה ואכל פירות כיצד גובה אותם הנגזל.....
302.....	סימן שעג - דין מכרה הגזלן והשביח הלוקח מה דינו של לוקח עם הגזלן.....
303.....	סימן שעד - מכרה הגזלן וחזר וקנאה מהנגזל או נתנה לו במתנה.....

304.....	סימן שעה - היורד לשדה חבירו או לתוך חורבתו ונטעו או בנאו.....
308.....	סימן שעו - דין המסיג גבול רעהו
309.....	סימן שעז - מי שדרך הרבים עובר בתוך שדהו.....
310.....	סימן שעח - אסור להזיק ממון חבירו ולא לגרום שום היזק
310.....	סימן שעט - דין זה בא בחביתו וזה בא בקורתו ונשבר החבית.....
311.....	סימן שפ - האומר לחבירו קרע כסותי או של חבירי או רודף או נרדף ששיברו כלים
313.....	סימן שפא - דין חמשה שישבו על ספסל אחד
314.....	סימן שפב - הקוצץ אילן של חבירו והמונע חבירו מלעשות מצוה
317.....	סימן שפג - דין אדם המזיק לבהמת חבירו
319.....	סימן שפד - דין אדם המזיק שלא בגופו
319.....	סימן שפה - דין היזק שאינו ניכר כגון מנסך יינו של חבירו
320.....	סימן שפו - חילוק שבין גרמא בנזקין לדינא דגרמי והזורק כלי מראש הגג
329.....	סימן שפז - שמין השברים לניזק ומשלם לו עליהם
330.....	סימן שפח - דין ניזק נשבע ונוטל.....
342.....	סימן שפט - דין ממון האדם שהזיק וחילוק שבין תם למועד ובאיזה מקום חייב קרן ושן ורגל
345.....	סימן שצ - דין נזקי רגל ותולדותיו ודיני צרורות וכלב ותרגול שקפצו.....
349.....	סימן שצא - שן באיזה מקום ובאיזה אכילה משלם מה שהזיקה או מה שנהנית
354.....	סימן שצב - דין כלב שנטל חררה ואכל חררה והדליק הגדיש
355.....	סימן שצג - הכניס פירותיו לחצר חבירו שלא ברשות והזקק בהן בעל החצר
357.....	סימן שצד - בהמה שנפלה לגנה והזיקה וכיצד משערין ההיזק.....
360.....	סימן שצה - המשסה את הכלב בחבירו או בעצמו.....
360.....	סימן שצו - כיצד שמירת תם ומועד או מסרן לשומר חנם או לשומר שכר
363.....	סימן שצז - מי שבהמתו רגילה ליכנס לתוך שדה חבירו ובהמת הקצבים שמזקת
365.....	סימן שצח - הכניס שורו לחצר חבירו שלא ברשות או נתן לו רשות להכניסו.....
365.....	סימן שצט - פרה שהזיקה גובה מולדה ושור שנגח פרה מעוברת כיצד שמין אותה.....
367.....	סימן ת - שור שהיה רודף אחר חבירו או שנים רודפים או שנים נרדפים.....
370.....	סימן תא - שור שנגח וחזר ונגח ואם תפס ניזק וחזר ונגח
371.....	סימן תב - ב' שוורים שחבלו זה בזה והן תמים או מועדים.....
371.....	סימן תג - שמין השברים לניזק ואם פחתו או הותירו.....
372.....	סימן תד - שור שחבל בשור או השביח או פוגם.....
373.....	סימן תה - שור שחבל באדם או שנגח אשה או שפחה
373.....	סימן תו - שור של גוי או של הפקר או של חרש שוטה וקטן.....
375.....	סימן תז - שור שנגח ומכרו מזיק או ניזק.....
376.....	סימן תח - אין דנין דיני נזקין אלא בעדות ברורה.....
377.....	סימן תט - אין מגדלים בהמה דקה בישוב וחזיר וכלב רע בכל מקום
378.....	סימן תי - בור באיזה מקום חיובו וכמה שיעורו וכל משפטי בור.....
388.....	סימן תיא - תולדות הבור כגון אבנו סכיננו ומשאו שהזיקו.....
389.....	סימן תיב - המניח הכד ברשות הרבים ונתקל בו אחר או טעון כד ונתקל ונשבר והשופך מים לרשות הרבים והזיקו
391.....	סימן תיג - דין הקדרים שהולכין זה אחר זה ונתקלו ונפלו.....
392.....	סימן תיד - אימתי אדם רשאי להוציא זבלים לרשות הרבים.....
393.....	סימן תטו - הגודר גדרו בקוצים והוזק בהם והמצניע קוצים בכותל חבירו
393.....	סימן תטז - הכותל והאילן שהיו רעועים ונפלו והזיקו
394.....	סימן תיז - כל דבר המזיק אין מוציאין אותו לרשות הרבים

סימן תיח - נזקי האש פטורו וחייבו וטמון באש וכל דיניו.....	396
סימן תיט - כיצד נפרעים לנזקים מהמזיק ומיורשיו.....	401
סימן תכ - החובל בחבירו חייב בחמשה דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ.....	404
סימן תכא - המבייש חבירו שלא בכוונה והחובל בחבירו שלא בכוונה.....	414
סימן תכב - צריך החובל לפייס הנחבל שימחול לו.....	418
סימן תכג - נגף אשה ויצאו ילדיה וכיצד שמין דמי ולדות.....	419
סימן תכד - החובל באביו ואמו או החובל בבניו או החובל בחבירו בשבת.....	420
סימן תכה - חייבי מיתות בית דין היאך דנים אותם בזמן הזה.....	425
סימן תכו - חייב אדם להציל את חבירו בין בגופו בין בממונו.....	428
סימן תכז - מצות עשה להסיר כל מכשול שיש בו סכנת נפשות ועשיית מעקה לגגו.....	430



"רק כאשר מקדים האדם ללמוד הדק היטב את כל המקורות בדברי הגמרא ומעמיק בדברי הראשונים והאחרונים באותו ענין אז אח"כ יכול להתבונן בדברי ההלכה הפסוקה ואז יבין וישכיל ויזכה לרדת לעומקם של דברים בהבנה אמיתית... ועובדא ידענא על אחד שחיבר ספר מציצורי הלכות שבא אל זקה"ק הדברי חיים זי"ע לבקש הסכמה על אותו חיבור ואף שעל חיבור אחר נתן לו זקה"ק הסכמתו עליו, מ"מ על זה החיבור לא נתרצה להסכים עליו, ולדעתי היה טעמו ונימוקו משום שהמחבר לא הביא בחיבורו זה את מראי המקומות להלכות שבספרו, שכן אם יתרגלו לפסוק הלכה מתוך ספרי קיצורים הרי שסופה חורבן ותוצאותיה מי ישורנה ובעוה"ר בדורנו זנחו את דרך הלימוד המסורה לנו מפי ראשונים כמלאכים ולא זו בלבד שאין שורשי ומקורות ההלכות מאירים וניצבים לנגד עיניו, אלא אף בשעה שרוצה לתור אחריהם אינו יודע אפילו באיזה מסכתא עליו לעיין ולמצוא את אשר תבקש נפשו ומכך נגרם כי מדמה מקרה אחד למשנהו ונכשל ח"ו באיסורי תורה החמורים... דרך מוטעית זו גם גורמת למיעוט התמדה בלימודו כי מתברך בלבבו לאמר שיכול להורות הלכה אף מתוך ספרי קיצורים ולמותר הוא רוב עמלו בתורה, אבל כאשר יודע שחובתו לדעת על כל הלכה את מקור מוצא הדברים הרי ינדד שינה מעיניו ויקיים בעצמו חתוב 'לא ימוש ספר התורה הזה מפיד והגית בו יומם ולילה... ואז תשכיל' וזה נתכוונו חז"ל לרמוז באומרם עתידה תורה שתשתכח מישראל (שבת קל"ח) היינו שלא יהא מי שיורה הוראה את הדרך אשר ילכו בה ואת המעשה אשר יעשו" (האדמו"ר מקלויזנבורג-צאנז, פרשת 'ויגש' תשמ"ג, הובא בספר 'מרכה תורה' עמ' קצ"ט)



"גם תזהרו מאד בניי ללמוד מקטנותכם ד' שו"ע הקטנים עם באר היטב כדי שיהיה אצלכם גירסא דינקותא ותהיו בקיאים בהם להלכה ולא למעשה כי זה עיקר תוה"ק לדעת דיני התורה, ואח"כ תהיו מעלין בקדש ללמוד ד' שו"ע הגדולים עם הטור לארכה ולרחבה תתאמצו מאד בניי בזה כי היצה"ר אינו מסכים לזה ובאמת זה הכרח גדול... כי מה יענה ליום פקודה בבואו לעלמא דאתי והוא צורבא מרבנן ויודע כמה דרושים וישאלוהו דין בשו"ע ולא ידע" (רחמי האב סימן ל"ג)



"פי מַמְדָּה חֶכֶל וּמִיָּדָה נִתְּנוּ לָךְ". תודתי והערכתי מעומק הלב לראשי מכון 'ארץ חמדה' שליט"א, אהלה של תורה, מקום לימודי. חלק גדול מהשאלות נלקחו מאתר המכון, ובזה יש להכיר תודה לרב עקיבא כהנא ג"י על מלאכתו בזה והערותיו המועילות שם. עליהן נוספו שאלות מהעשור האחרון באמצעות המבחינים שהועלו לאתר 'סמיכה', ועליהן נוספו [בסוגריים מרובעות] שאלות שטרם נשאלו כדי להועיל לשינון [ושלא מן הנמנע שופיעו במבחינים בעתיד]. בתודה עצומה להורי ולרעייתי היקרה שירה הי"ו, וברכות תודה לחמי וחמותי (זון) ג"י.

הלכות פקדון

סימן רצא – דין שומר חנם מאימתי מתחייב בשמירה וכיצד היא השמירה

סעיף א

מי שעומד בתחנת אוטובוס וביקש מידיד הנוסע לעיר אחרת שיקח אתו חבילה לבנו בישיבה, ושכחו באוטובוס, או שנגנב, או כל אונס אחר, האם חייב הידיד על התשלום של דמי החבילה? האם כשעמדו בתחנה ראה שהוא מזיע, קנה לו פחית שתיה, האם השתנה דינו? (ראה שג"א) מה הדין כשיש ויכוח ביניהם איך אמר לו, מה דינו? (ראה לקמן וגם שם)

משנה ב"מ צג. "משנה 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". **ב"מ 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 תדע דהא שואל כל הנאה שלו ואינו משלם אלא קרן".

פירש **רש"י** "פרשה ראשונה - שלש פרשיות הן סמוכות (שמות כב) - כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור ובה פטר על הגניבה דכתיב וגונב מבית האיש שטוען שנגנבה הימנו דכתיב ונקרב בעל הבית אל האלהים ואוקימנא לשבועה שנשבע שלא שלח בה ידו, ואחריה כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה ובה חייב על הגניבה ופטר על האונסין בשבועה, דכתיב ומת או נשבר או נשבה שבועת ה' תהיה ואם גנוב יגנב ישלם, ושלשית וכי ישאל וחייב בה את האונסין כשאין בעליו עמו, ופטר בבעלים", עיי"ש.

וז"ל **השו"ע** "שומר חנם פטור בשבועה מגניבה ואבידה ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה".

כתב **הסמ"ע** (א) דאם נגנבה או נאבדה מחמת שפשע בשמירתו ג"כ חייב, והביאו **הש"ך** (ג).

כתב **הש"ך** (ב) דבב"ק ה' משמע להדיא דארבע שומרין חייבין לשלם מעידית כמזיקין וכ"פ הרי"ף והרא"ש וכן הוא לקמן סי' שפ"ה שפ"ח ות"כ. עוד כתב בשם הרי"ף שבעיסקא שהיא פלגא מלוה ופלגא פקדון במקום שהוצרך לגבות ממנו גובה החצי מעידית וחצי מבינונית.

כתב **רע"א** בשם מהר"ם פדאוה דמי שהיה לו משכון מנכרי והפקידו לאחר ונאבד בפשיעה אין צריך לשלם לו רק הפסד הקרן ולא הפסד הריבית אף מה שעלה כבר, אף דהמשכון שוה בשופי דמי הקרן והריבית.

בנידון השאלה שמתווכחים מה היה הלשון, לכאורה יש לציין למש"כ המחבר בסימן רצ"ו סעי' ו-ז "טען זה שהיה שם תנאי, והשומר אומר לא היה שם תנאי, נשבע השומר שבועת השומרים ומגלגל בה שלא היה שם תנאי. טען שהפקיד אצלו, וזה אמר לא אמרתי אלא הנח לפניך ולא נעשיתי לך שומר, נשבע היסת שלא קבלו אלא בדרך זו, וכולל בשבועתו שלא שלח בו יד ולא איבדו בידים ולא בגרם שגרם לו שיהיה חייב לשלם", וא"כ הכא נמי צריך לישבע ה"שומר" שלא קיבל התנאי והלשון כדברי התובע, וצריך תלמוד.

אדם הפקיד לשומר חנם או שומר שכר חפץ ששווי ב' סלעים ובמשך הזמן התייקר לד' סלעים, והשומר חנם פשע, וכן נגנב לשומר שכר, מהו התשלום שצריכים השומרים לשלם? והאם יהיה בתחילתו בפשיעה וסופו באונס? (ראה סע' ו') ומה יהא הדין בשואל חפץ במקרה דומה של התייקרות ובשעת אונס שווה ד' סלעים? באר ונמק גדרי הדין.

האם שומר שפשע משלם כשעת המשיכה או הפשיעה ומה הנפק"מ?

מאימתי חלים דיני שמירה על שומר חנם, שומר שכר, ושואל? (ראה בעיקר שז,ב)

כתב **הקצות** (א) דמבואר בש"ך בסימן רצה (ז) **דביוקרא וזולא** כל השומרין משלמין כשעת הפשיעה וכ"כ הרב המגיד, אמנם צריך להתבונן דמאי שנא מגנב וגזלן דאין משלמין אלא כשעת הגזילה (ב"ק צ"ג), ובשיטה כתב (ב"מ מ"ג) בשם הרמב"ן דההבדל דגזלן משואל דבשואל משעת משיכה מחייב במזונותיה ולא מחייב באונסין עד שעת שבורה ומתה אבל גזילה משעת משיכה מחייב באונסין, וכתב הקצות דלפ"ז לדעת הפוסקים דשומרין מתחייבין משעת משיכה שהוא תרי לישני בכתובות ל"ד אם משעת משיכה או משעת אונסין דלהך לישנא דמחייב משעת משיכה תשלומין ידידיה ביוקרא וזולא נמי כשעת משיכה, וכתב דא"כ לפ"ז איך כתב הרב המגיד בפשיטות דשומר משלם כשעת הפשיעה כיון דדעת הרמב"ם דשומר מתחייב ממשכה וכן העלה הש"ך בסימן שמ"א (ראה שם סע' ד'), והביא עוד ביאור השיטה (שם) בשם הריטב"א בין שואל לגזלן שכתב דשואל משלם כשעת אונס משום דלא קני כלל ולא אפקיה מרשותיה כי הבעלים יכולין למוכרו ולהקדישו אבל גזלן משעת גזילה אפקיה מרשות בעלים למכירה ולהקדש, וכתב הקצות דמסתבר (עיי"ש) כביאור הרמב"ן דגזלן משעת משיכה מתחייב אבל שומר משעת פשיעה, ולהך לישנא דכתובות דחייב משעת משיכה כבר כתב הריטב"א דלהך לישנא נמי לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר, דהא כל כמה שהוא בחיים ברשותיה דמאריה איתיה וליכא על השומר שום חיוב, אלא לומר דלכי נגנבה או נאנסה ואיכא חיובא עליה משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה, וא"כ כיון דלא מחייב חיוב גמור משעת משיכה אלא דלכי נגנבה או נאנסה ואיכא חיובא עליה משתעבדי נכסי למפרע, א"כ לא משתעבדי נכסי אלא כערך החיוב בשעת אונסין ביוקרא וזולא ידידיה, אבל בגזלן רמי חיובא עליה ממש משעת הגזילה (וראה עוד בסק"ד בסע' ד' מש"כ). **לדרכי חושן**: "לפי הנתבאר יסוד החילוק בין גזלן לשומר הוא שבשומר החפץ עדיין ברשות בעליו ולכך מתחייב רק כשעת הוצאה מן העולם מה שאין כן בגזלן שכיון שיצא מרשות הבעלים מתחייב על שעת היציאה" **הנתיבות** (א) כתב דטעם זה אינו מועיל רק לענין זולא אבל לענין אם נתיקר קשה דמהיכא תיתי יהיה שומר גרע מגזלן דמשלם כיוקרא דהשתא באיתבר ממילא ועל זה טרחו הרמב"ן והריטב"א לתרץ, וכתב דיש לתרץ בפשיטות דהא התוס' בב"ק נ"ו כתבו דגזלן לאו שומר הוא דהא בהרקיבו מקצתו פטור, כלומר דאינו חייב רק בשינוי כיון דקני ליה ואי אפשר להשיב כאשר גזל ודמים בעי שלומי מקרא דאשר גזל, וא"כ אי אפשר לחייבה על האונס מטעם שומר רק מטעם שגזלה ואשעת גזילה קא מחייבת ליה ולכך אינו משלם כיוקרא דהשתא רק כשעת גזילה, משא"כ בשומר דבכך התחייב עצמו לשלם כשעת פשיעה דהא אשעת פשיעה מחייבין ליה, וכתב בקיצור **בחדושים** כרב המגיד דשומר "אינו משלם רק כפי מה ששוה בשעת פשיעה".

סעיף ב

מה הנוסח המחייב את השומר בשמירה?

משנה ב"מ פ: "שומר לי ואמר לו הנח לפני - שומר חנם", ובפא: "אמר רב הונא אמר לו הנח לפני אינו לא שומר חנם ולא שומר שכר, איבעיא להו הנח סתמא מאי? ולא איפשיטא, וכתבו הרי"ף והרא"ש דלקולא עבדין ופטור וכ"פ הרמב"ם דאפילו ש"ח לא הוי ואינו חייב שבועה כלל אבל מחרים על מי שלקח פקדון שלו ואינו מחזירו לבעליו וכן כל כיוצא בזה.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם והטור "שומר חנם הוא שהפקיד אצלו כסף או כלים או בהמה או כל דבר לשומר 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 ע"פ ב"מ מ"ט גבי עובדא דשומשמי) } אפילו שומר חנם לא הוי ואינו חייב שבועה כלל, (רמב"ם -) אבל מחרים על מי שלקח

פקדון שלו ולא יחזירנו לבעליו (ה"ה): כל מקום שתראה בדברי הרמב"ם חרם הוא מתקנת הגאונים). (תשובת הרא"ש -) ומ"מ מי שהיה מהלך בדרך וא"ל חבירו 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 והוא ליה פושע וחייב לשלם {דלא אמרינן דאם אמר הנח סתם, לא הוי שומר חנם, אלא במקום המשתמר, אבל בדרך וכיוצא בו ודאי קבל עליו שמירה, ויש חולקין (מרדכי) וס"ל דאפילו במקום שאינו משתמר לא הוי שומר חנם עד שיאמר הנח לפני}."

ביאר הסמ"ע (ג) ע"פ הטור דמה שהאריך 'בסוף או כלים או בהמה' וכו' משום דבפרשה ראשונה דאיירי בש"ח כתיב בסוף או כלים ובפרשה שניה כתיב שור או חמור או שה, וקמ"ל דה"ה איפכא, וקרא אורחא דמילתא נקט דבהמה יש טירחא בשמירתה אין מדרך בני אדם לשומרה בחנם משא"כ בסוף או כלים, וגם יש בו צד רבותא, דאע"ג דבקל היה יכול לשומרם דלא יגנבו, אפ"ה פטור, אבל לדינא אין חילוק.

כתב הסמ"ע (ד) דהנח לפניך או הנח סתם דאפילו שומר חנם לא הוי, הא דהשווים יחד, היינו דוקא בהיזק דאתא להו מעלמא, אבל בהיזק דאתא להו מחמת שומר ובהמותיו, חייב באמר לו הנח סתם, ומיהו היינו דוקא לר"י רא"ש וסיעתם דפוסקים כרבנן בסעי' ג' אבל לר"ף והמחבר דפוסקים כרבי, אינו חייב כלל, והביאו הש"ך (ה) וכתב "הא דהשווים יחד אף בחצר" היינו דוקא בהיזק דעלמא אבל בשוק י"ל דאין חילוק ולרבנן אפילו בהיזק דמיניה פטור ולר' אפילו בהיזק דמעלמא חייב.

עוד כתב הסמ"ע (ה) לחלוק על תשובת הרא"ש ובא"ל בשוק הנח סתם לא ה"ל דין שומר חנם דאיכא למימר דכונתו היתה הנח ונטור לך, אולם בהלך הנפקד בדרך והמפקיד נשאר פה בזה ודאי כשאמר לו הנח זה על החמור דעתו היתה לשומרם, דאל"כ מי ישמרם כיון דבעל המנעלים ישאר פה, ואין חולק על תשובת הרא"ש כי אם בא"ל הנח סתם בשוק ונשארים שניהם כאן, ומה שכתב הרא"ש מקום 'המשתמר' לא בא לאפוקי בשוק עיי"ש מה שביאר בדבריו (ובנתיבות ח'). גם הש"ך (ז) כתב דבגמ' משמע דאיירי בשוק.

[הנתיבות (ז) הקשה בדין השו"ע ע"פ הרא"ש דהרא"ש אזיל לשיטתו בסעי' ה' דלא בעי משיכה אבל למאן דס"ל דשומר בעי משיכה והכא אין כאן קנין דהא משוך בהמה וקני כלים שעליה אינו קונה וגם מטעם חצר אינו קונה דחצר מהלכת היא, א"כ תימה על המחבר והרמ"א שסתמו כאן, ויישב דנראה דבכאן כ"ע מודו דחייב לשלם דדוקא במקום שאין עושה מעשה בגוף החפץ רק שפשע בשמירה שלא שמר ביתו - בזה איש אחר שלא קיבל שמירה אינו חייב דהא אפילו פורץ גדר לפני בהמת חבירו פטור רק שומר חייב, ומשו"ה כשלא עשה קנין כאחר דמי ופטור, אבל אם עשה מעשה בגוף החפץ, כגון שראובן נטל כלי מבית שמעון והניחו באם הדרך במקום שאינו משתמר, ודאי דחייב אפילו לא עשה קנין, ומשו"ה אפילו הוא אינו שומר או שהיא שמירה בבעלים חייב בכיוצ"ב, וה"נ שהולכו ממקום המשתמר והניחו במקום שאינו משתמר לגמרי, הוי כמזיק בידים וחייב, אך מ"מ אינו שומר לענין אם טוען ששמרו כראוי שיהיה חייב בשבועת שומרים למאן דס"ל דבעי משיכה בשומרין, וראה גם ברע"א בסוף הסעי'].

כתב הש"ך (ד) בדין הנח לפני דהוא ש"ח דאם קיבל שכר הוי ש"ש בלשון זה שאמר 'הנח לפני' דכן משמע בגמ' בתוס' וברא"ש, ולדברי הרמב"ם בסעי' ה' דצריך למשוך כתב הרב המגיד בשם הרשב"א ד'לפני' דהכא מדובר דהניח לפניו בסמטא ובתוך ד' אמותיו והא דלא פירשו כפשוטו דאיירי כאן בחצרו של שומר משום דבגמ' משמע דאיירי בשוק.

עמשי"כ הרמ"א ע"פ הרמב"ם דבאמר לו הרי הבית לפניך דאינו חייב כלל, כתב הש"ך (ו) בשם הריטב"א (בבד"ה) דאע"פ שקיבל ממנו שכירות דמ"מ הא ביתך קמך אמר לו לא קיבל השמירה ולא הוי אפילו ש"ח והכי מוכח בש"ס, וביאר הנתיבות דר"ל דאע"פ שהבטיח לו השכר בפירוש כשישמור, מ"מ כשאומר לו הרי ביתך קמך הוה כאילו פירש לו שאינו רוצה להיות שומר והשכר יהיה רק בעד הבית, וכיון שנתן לו השכר או אפילו התחייב עצמו בשכר אחר שאמר הא ביתך קמך, הוי כאילו נתרצה ליתן לו כל השכר רק בעד הבית וחייב בכל השכר, והנפקד פטור מחיוב שמירה.

האריך הקצות (ג) בדין המהרי"ט גבי ראובן שאמר לשמעון הולך פקדון זה לפלוני ואמר לו איני מוליכו כי מתיירא אני פן יאבד בדרך והרי זה מחלוקת על כן איני נוטלו מידך אם רצונך שאוליכהו דרך חסד

'השליכוהו ארצה ואקימהו מן הארץ' ויחשב אצלי כמציאה, דאף שלא התנה בהדיא שלא יתחייב באחריות, אפילו אם נאמר שלשון זה הוי כאומר הנח לפניך כאומר הא ביתא קמך זהו כשמניח הפקדון על דעת שישאר שם ומעולם לא נעשה שומר עליו אבל בדבר שנמסר על דעת להוליכו בידו לעיר אחרת ודאי בהאי שעתא דאגבהה דין שומר יש לו ולא גרע משומר אבידה, והקצות חלק דא"כ מי שנוסע למרחקים דרך מקום אחריות ישליך את פקדונו על עגלה שלו והוא בעל כרחו יהיה שומר אבידה אלא ודאי לא מצי המפקיד לעשות מנכסיו דין אבידה ולחייב את חבירו שישמרנו בעל כרחו ואפילו נימא דאין זה אבידה מדעת אפ"ה כל שהתנה חבירו בתחלתו שאינו רוצה להוליכו ולשומרו עד שיפטרנו מדין שמירה ודאי פשוט שאינו שומר בעל כרחו ואפילו הולך לאיבוד כיון שידעו הבעלים שהוא מקום אחריות ואדעתא דהכא קיבלו ועכ"פ נראה מחשבתם שאין רוצים בשמירה וא"כ ודאי פטורים מכל אחריות, וכן הסכים ה**נתיבות** (ה).

עמש"כ המחבר באמר לו בתגובה 'הנח סתם' דאינו שומר כתב ה**נתיבות** (ה) דה"ה אם שתק דשתיקה לא הוי כהודאה כי אם כשיש זכות לשותק, אבל אם אמר שמור לי ומשכו הנפקד לרשותו בשתיקה, שעשה מעשה, ודאי דנתחייב בשמירה.

כתב **רע"א** ע"פ תשובת המבי"ט דאם "נתן בידו סתם" י"ל דהוי שומר."

כתב ה**נתיבות** (ב) דמעשה בא לפנינו ברעש מלחמה נתן אחד לחבירו להניחו במטמון שיש לו בקרקע בביתו, ואחר כלות הרעש חפר הנפקד הקרקע להוציא שלו והודיע למפקיד שכבר הוציא שלו, ואח"כ נגנב הפקדון, ופסקין שאפילו שבועה אינו חייב, דלא נעשה שומר כלל כיון שלא אמר שמור לי, והמקום א"צ שמירת בעלים ולא מוכח מענינו שנתכוין לשמירה.

עוד כתב ה**נתיבות** (ג) דפסק הב"י בסימן רל"ה בשם הרשב"א דאם זיכה לקטן ע"י אחר אם הקטן כאן ודאי לשמור מסרו לידו וה"ל כאמר שמור לי, ואם אין הקטן כאן י"ל כדי לזכות על ידו מסר לו ולא לשמור, וכתב ה**נתיבות** דנראה דדין זה לא שייך רק בזוכה לקטן אבל בזוכה לגדול ודאי שומר הוי כשהגדול אינו כאן וכ"ה בירושלמי, והטעם "נראה פשוט" דאם זיכה מתנה לאחר ואין האחר בכאן לא גרע משומר אבידה ואתיא השמירה מבין דעת, עיי"ש.

כתב **פת"ש** (א) בשם תשובת **צמח צדק** באשה אחת שלקחה תינוק של אחותה על זרועותיה לילך עמו לרחוב ואחותה נתנה ליד בנה התינוק דינר אחד לשחוק בו, ונאבד אח"כ הדינר מן התינוק ותובעת אם הילד שתשלם לה הדינר ואמרה שסמכה על אחותה שתהא משמרתו, ופסק שהאשה פטורה מלשלם, כיון שאחותה לא אמרה לה כלום בעת שנתנה הדינר ליד התינוק, גרע מהנח סתם ולא קיבלה עלה שמירה כלל, ואפילו אם אירע שהאשה שהיתה נושאת התינוק נטלה הדינר מיד התינוק והחזירה אותו ליד התינוק נמי פטורה דמעיקרא אבידה מדעת היא, והשער **משפט** תמה שלא הזכיר דברי הטושי"ע והסמ"ע בסימן שמ"ט דהבעל צריך לישבע שבועת שומרים אע"ג דלא קיבל עליו שמירה והיינו משום דמסתמא קיבל עליו השמירה, וה"ה בנידון זה מסתמא כשמסרה אחותה המטבע לתינוק סמכה עלה שתשמרנו יפה כיון שאין התינוק בן דעת, והיא נמי מסתמא קיבלה על עצמה כן [והפ"ש יישב לפי הב"ח שם דהטעם דהבעל צריך לישבע הוא ע"פ הרמב"ם בסוף סימן שמ"ו באם הודיעה את בעלה שהיא שאולה ה"ז נכנס תחתיה כיון דהבעל בנכסי אשתו דין לוקח יש לו, וזה לא שייך כאן, "ובפרט דהרב בעל צמח צדק הוא תלמידו של הב"ח ז"ל ונמשך אחריו ברוב הוראותיו"].

מה חיוב השמירה של מוכר שהחפצים עדיין נמצאים אצלו וטרם נלקחו ע"י הקונה שכבר

עשה קנין סודר?

כתב **רע"א** דבב"י סימן קצ"ח כתב בשם רי"ן דמי שקנה בענין שאין אחד מהם יכול לחזור ונשאר ברשות מוכר יש מהגדולים שכתבו דהמוכר עליו כש"ח, ויש שכתבו דאפילו ש"ח לא הוי דהוי כמו הא ביתא קמך (דהא לא אמר שמור לי, נתיבות) וכן נראה עיקר (עכ"ל), וב**נתיבות** (ג) כתב דנראה דמיירי שכבר נתן המעות או שאינו מקפיד על המעות שנותן לו בהקפה, אבל אם אינו רוצה ליתן לו עד שיתן המעות הוי שומר שכר וכדין מלוה על המשכון, ואם הוא זבינא דרמי על אפיה שיש בו הנאה למוכר, בלאו הכי הוא ש"ש בהאי הנאה דתפיס ליה אזוזי.

[האם יש שליחות יד באמר לו 'הנח לפניך?' הבא ב' נפק"מ.]

כתב **הקצות** (ב) דאף שמבואר ברמב"ם (והובא במחבר וסמ"ע רצו/ז) בטען שהפקיד אצלו וזה אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך וכו' נשבע היסת כו' וכולל בשבועתו שלא שלח בהן יד וכו', דמשמע דשליחות יד חייב אפילו באומר הנח לפניך ואם שלח בה יד חייב באונסין, אמנם כל שאומר הנח לפניך ושלח בה יד אינו חייב אלא מדין גנב וגזלן וכמו שאר כל אדם, אבל שליחות יד דחדית רחמנא לחייב בשומרין הוא ענין אחר ומזה פטור, וכן מבואר בשיטה (ב"מ מ"א) דגזלן ושואל שלא מדעת שייכי בכל אדם אבל שולח יד ליתיה אלא בפקדון ושמו מוכיח עליו בקרא גבי שומרין 'אם לא שלח ידו', והנוטל לגזול הוא הנוטל על דעת ליטלה כולה או ליטלה מקצתה או שיחסרנה ולא ישלם לבעליו והוא חייב באונסין מכיון שמשך לדעת כן אע"פ שלא חסר, והשולח יד בפקדון דעתו ליטול ולחסר הכל או מקצת על דעת לשלם לבעלים, וא"כ כל שאומר הנח לפניך אינו שומר ואינו חייב אלא מתורת גנב וגזלן והיינו שלא על מנת לשלם אבל על מנת לשלם דפטור מאונסין אינו אלא מתורת שליחות יד דשומרין זה שאומר הנח לפניך פטור, וא"כ מש"כ הרמב"ם ושו"ע דכולל בשבועתו שלא שלח בה יד הוא לאו דוקא דכיון דאינו שומר לא הוי אלא כשאר אינש דעלמא וא"כ אינו אלא שולח יד דחייב עליו כל אדם, ונפק"מ נוספת גבי הא דחדית רחמנא בשומרין לחייב משום שולח יד ע"י שלוחו מדכתיב על כל דבר פשע (קידושין מ"ב) ואילו זה שאומר הנח לפניך דאינו שומר ואינו חייב אלא מדין גנב וגזלן פטור ע"י שליח.

סעיף ג

מכניס ברשות, האם חייב הנפקד?

דעת ת"ק **במשנה ב"ק מז:** דב"הכניס ברשות בעל החצר חייב" ודעת רבי "בכולן אינו חייב עד שיקבל עליו לשמור", ובגמ' **מח:** "איתמר רב אמר הלכה כת"ק ושמאל אמר הלכה כרבי" וכתב הרי"ף דהלכתא כשמואל דהלכתא כוותיה בדיני וכ"פ הרמב"ם, **והתוס'** כתבו דצ"ע משום דרבא שהוא בתראה סובר כחכמים דקאמר הכניס שורו לחצר בעל הבית שלא ברשות וחפר בה בורות שיחין ומערות בעל השור חייב בנזקי חצר והיינו כרבנן דאי כרבי אפילו ברשות נמי, והטור ס"ל **ברא"ש** דהלכה כחכמים, והקשה ה"י דמנא ליה שהרי כתב שתי הסברות ולא הכריע ועוד שלא כתב שהתוס' פסקו כחכמים אלא שהוקשה להם על הרי"ף והניחו בצ"ע, ולא שבקינן מאי דפשיטא ליה לרי"ף משום מאי דמספקא להו לתוס', ועוד דהוכחת התוס' אינה מכרעת שהרי הרי"ף אע"פ שפסק כרבי פסקה לדרבא.

עוד שם **מז:** "איבעיא להו היכא דקביל עליה נטירותא מהו דנפשיה הוא דקביל עליה או דילמא אפילו נטירותא דעלמא קביל עליה" ופירש **רש"י** "היכא דקביל עליה נטירותא - כגון לרבנן סתמא ולרבי דאמר ליה כנוס שורך ואני אשמרנו. דנפשיה - שלא יגחנו שורו ולא ישכנו כלבו", וכתב **הטור** עפ"י דמה דפסקו ר"י והרא"ש כחכמים שקבל עליו שמירתן היינו דוקא בהיזק דאתי ליה מיניה, והב"י תמה על ה**רא"ש** שדחק להעמיד משמעות לבעיא גם לרי"ף.

וז"ל **השו"ע** כרי"ף "בקש מחבירו שיתן רשות להכניס בהמתו או פירותיו לחצירו, ונתן לו רשות ולא פירש כלום בשמירתן, אינו חייב בשמירתן כלל".

כתב **הסמ"ע** ע"פ הטור וכמש"כ בסע' ב' (סק"ד) לעיל דפטור למחבר אפילו מהיזק דאתא לפירות דהמפקיד מבהמתו דהנפקד. **הש"ך** (ט) תמה על הרמ"א דלא הביא דיש חולקים דחייב בהיזק דאתי ליה מיניה דהא מביא סברתם בסימן שצח/ה וכ"פ הרש"ל ואף בהיזק דמעלמא בעיא היא ולא איפשטא ואי תפס לא מפקינן מיניה.

עוד כתב **הש"ך** (ח) דדוקא בחצר פטור למחבר אבל אם הכניס ענינו לבית בעל הבית ברשות סתמא דמילתא קביל עליה בעה"ב נטירותא אפילו לרבי וכן הוא בהגה"א. **בנתיבות** (ח, ובפת"ש ב) כתב שטעם החילוק בין חצר לבית הוא דבהילוך דבחצר לא קפדי אינשי ותיב ונטור קאמר אבל בבית דאהילוך דבית קפדי אינשי כמבואר בסימן קנ"ד וא"א לומר דתיב ונטור קאמר וע"כ עול ואנטר לך קאמר והאריך לבאר כן גם בתשובת הרא"ש (הנזכרת בסע' ב') דעל פניו לא משמע כן ובבית לא מקבל נטירותא וכנ"ל.

כתב **בזכרון יוסף** (פת"ש שם) אודות שטען הנפקד כי בעת שביקשו ממנו להצניע אמר בפירוש למה לא אקבלנו הלא לא מזיק לי דבר וכונתו בזה שאינו מקבל עליו דין שומר כלל רק שביתו מוכן לזה

לגמול חסד בזה נהנה וזה לא חסר, דבודאי הוי שומר חנם דלא גרע מהנח לפני ואפילו באמר הנח סתמא בביתי קיבל עליו נטירותא כש"ך ואפילו לפי פשטות דברי הרא"ש דבבית לא מקבל נטירותא, הני מילי באחד שביקש רשות מחבירו להכניס דבר לביתו וא"ל הנח משא"כ בנידון דידן שנוסע מהעיר דאם הוא לא ישמרנו מי ישמרנו ודמי ממש להך דהרא"ש בהניח מנעלים ועוד דלשון אקבלנו שבלשון אשכנו ודאי משמעו בלי ספק אשמרנו.

סעיף ד

שרה שאלה משכנתה רבקה תכשיט שלדברי רבקה היה מצופה בזהב, שרה איבדה את התכשיט, ואז טענה רבקה כי התכשיט היה של זהב טהור, וכי אמרה שהוא מצופה זהב בלבד כדי שלא להשביע את עיני השכנים, ורבקה הוכיחה את דבריה בעדים, האם חייבת שרה לשלם לרבקה דמי תכשיט זהב? ציין מקור.

קיבל חפץ לשמירה האם משלם על פי השווי האמיתי או על פי שווי שנאמר לו, ומה הדין בחפץ שגוי דורש סכום גבוה עליו שלא בצדק? (לקמן)

נתן לשומר דינר זהב וא"ל שזה מכסף ופשע השומר או הזיקו בידים כמה ישלם?

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 עליי. א"ל רב מרדכי לרב אשי אתון בדברא מתניתו לה און ממתניתא פשיטא לן חטין וחיפן בשעורין שיעורין וחיפן בחטין אינו משלם אלא דמי שעורין בלבד אלמא אמר ליה נטירותא דשערי קבילי עלי הכא נמי אמרה ליה נטירותא דדהבא לא קבילי עליי."

וז"ל השו"ע "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 {**מהרי"ק** - } 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?."

כתב הש"ך (י) דה"ה בשואל דינא הכי שאינו חייב אלא בשל כסף.

כתב **הקצות** (ד) ע"פ ביאורו בסוגיה דלקמן, דאם נודע לשומר קודם שנאבד שהוא של זהב אז יש חילוק בין שומר לשואל, דבשומר כיון דלא קיבל עליו שמירת זהב פטור כיון דבשעת קבלתו לשמירתו לא קיבל על עצמו שמירת זהב וגרע מאומר הנח, אבל בשואל כיון שנשתמש בו אחר שנודע חייב דאפילו נתן לו רשות להשתמש בו והוא משתמש בו חייב, א"כ ה"ה בזה נמי כיון שנשתמש בו אחר שנתברר לו שהוא זהב מתחייב באונסין כוליה כמו כל שואל דעלמא. אולם ה**נתיבות** (י) חלק ואפילו בשואל פטור כיון שהמשאיל נתן לו רשות להשתמש בו אף שידע שהוא של זהב ונתרצה מה שהשואל לא מקבל על עצמו רק חיוב תשלומין של כסף, ומה בכך שנתוודע לו שהוא של זהב, וכי בשביל זה נתבטל רשות תשמיש.

גבי הפסידו בידים וכו' כתב **הסמ"ע** (ז) דדוקא כשבירר המפקיד שדינר זהב הפקידו אבל אם אינו יכול לברר א"צ לשלם לו של זהב, ובש"ך (יא) כתב דהא דרצה להוכיח מהטור בסימן צ', אדרבה להיפך מדכתב הטור שם דעשו תקנת נגזל במזיק משמע דה"ה הכא נשבע הניזק ונוטל וכ"כ הרש"ל, אך כתב הש"ך ד"ל דשאני הכא דכיון דאמר מתחלה של כסף הוא אינו נאמן אח"כ בשבועתו ולפ"ז היכא דהפקידו סתם והנפקד אומר שמא מוזהב הוא והמפקיד אומר ודאי זהב הוא נשבע ונוטל לכ"ע.

ביאר **הקצות** (ד) דהך מלתא שחילקו בש"ס בין פשיעה למזיק לאו משום חומרא דמזיק שחייב יותר משום דמזיק בידים אבל פשיעה זילא ליה משום דאינו מזיק בידים (עיי"ש מה שהוכיח בזה), אלא משום דכל השומרין לא נתחייבו בעל כרחם אלא משום דהתורה ירדה לסוף דעתן דברצונם מקבלין

עליהם שומר חנם בדין פשיעה ושומר שכר בגניבה ואבידה וכן שואל, ומש"ה כל שלא קיבל עליו השומר דין שמירה אינו מתחייב שלא מדעת, לכן בארנקי בגדיש דהתורה חייבה בעל כרחו לשמור אשו שלא יזיק מש"ה מחייב ר' יהודה דמחייב בנזקי טמון באש ולא מצי אמר לא ידעתי שהיה שם יותר כיון דממילא רחמנא חייביה, אבל בשומרין בעינן דעת השומרין שיקבלו עליהן השמירה ובלא דעת לא מחייבי, ורבנן סברי בארנקי בגדיש דאפילו מזיק בידים פטור לשיטת תוס' ומשום דלא רגילי אינשי כלל, מש"ה בעי לה בכספתא אם דומה לארנקי בגדיש דפטור לרבנן או לדינר זהב דחייב, אבל בשומרין ודאי אפילו בשומר שכר דחייב בגניבה ואבידה אפ"ה פטור כל שאמר של כסף ומשום דכל השומרין אינו אלא מדעתן שרצונם להתחייב בכך וכתב דכן הוא ברמב"ן, ודלא כחידושי אנשי שם שכתב דהא דאמר רבא פשעה פטורה אינו אלא לרבנן דפטרי ארנקי בגדיש אבל לר' יהודה דמחייב במדליק ארנקי בגדיש אע"ג דאינו אלא פשיעה מחייב נמי גבי דינר זהב בפשיעה.

כתב רע"א בדין של נמצא כסף דנראה דצריך הנפקד להשבע שאינו ברשותו כדין כל שומר דמשלם, אך נשאר בצ"ע, עיי"ש.

מה הדין שאל סייף ולא ידע שזה סייף יקר מאוד?

כתב הקצות (ד) דכתב בהגהת מרדכי בראובן ששאל סייף משמעון שהיה לו במשכון מעכו"ם ואבד ושואל ממנו ממון הרבה בעד הסייף שאבדו והשואל לא ידע שהיה סייף יקר, מצי אמר נטירותא דסייף יקר לא קבלתי עלי כדאמרין גבי נתן דינר זהב לאשה וכמו חטין מחופין שעורין וצ"ע, והרש"ל חלק דבשלמא גבי דינר המפקיד גופיה פשע שאמר לה של כסף הוא אבל אם אמר לה סתם הזהרי בו פשיטא דחייבת, וכן התם דחיפן בשעורין וא"כ זה לא היה לו לידע יותר משעורין, אבל מה שאדם מפקיד גבי חבירו וראה אותו פשיטא דמקבל עליה כל שוויו בין רב בין מעט, דאלי"כ כל אחד שיתן לחבירו בפקדון אבן טובה שוה מאה מנה פשיטא דחייב לשלם מאה מנה ולא כל כמיניה לומר סבור הייתי ששוה כסתם אבן פשוט זהוב או ב', ובש"ד (עב, מ) הסכים להג' מרדכי דשפיר יש לדמותו להך דדינר זהב דהתם מה שאמר המפקיד של כסף הוא לא הוי פשיעה, דעשה כן כדי שתקבל עליה השמירה וא"כ הו"ל לאסוקי אדעתא שהוא של זהב ושואמר כן כדי שתקבל השמירה, ואפ"ה פטרינן מטעם דנטירותא דכספא קבילת עלי, ואע"ג דמסתמא אם הפקיד אצלו אבן טובה פשיטא דחייב כל שוויו דסתם אבן טובה רגיל שהוא יקר ולכך קיבל עליו בין יקר ובין זול, אבל סייף דאין רגילות שיהיה יקר ע"כ מצי אמר נטירותא דסייף יקר לא קבלתי עלי וסיים דמ"מ כיון דהמרדכי גופיה מסיק על זה וצ"ע ודאי הוי ספיקא דדינא.

הקצות (ד) הסכים עם הרש"ל דכיון דבשומרין אפילו נודע שהוא זהב אינו מתחייב בזהב כיון דלא קיבל עליו שמירת זהב, וביוקרא וזולא כה"ג כגון שנתן לו שעורין לשמור ואח"כ נתייקר ועמדו שעורין בדמי חטין דודאי חייב ביוקרא כשעת הפשיעה וכמ"ש בסק"א בשם הרמב"ן ריטב"א והרב המגיד, ולא מצי אמר נטירותא דיוקר לא קבילת עלי כמו שאומר בחטין וחיפן שעורין דאע"ג דנודע לו אח"כ שהוא חטין אומר לא קבלתי עלי אלא נטירותא דשערי, ומזה נראה עיקר כרש"ל שכתב דכל בסתמא מקבל עליו הכל כפי מה ששוה היה בשעת הפשיעה, והיינו נמי טעמא דמקבל אבנים טובות בסתם דמקבל עליו כל יוקרא, אלא דוקא בדינר זהב וחיפן שעורין משום פשיעותא דמפקיד נגעו ביה, וא"כ ממילא דה"ה בסייף סתם כיון דכל השומרין מתחייבין ביוקרא דשעת הפשיעה אפילו נתייקר משעת קבלתו לשעת פשיעה בעשרה בדמיו וכיון דמקבל עליו יוקרא דלקמיה, ה"ה בסייף סתם דכל שלא פשע בו המפקיד מתחייב השומר בכולה יוקרא כפי ששוה בשעת הפשיעה, ודברי רש"ל "נכונים וברורים" דכל שלא פשע המפקיד הרי בסתמא סבור וקיבל כמה שוה שישלם דמי שויו ואפילו ביוקרא דלקמיה דהיינו כשעת פשיעה", ומש"כ הש"ך דגבי דינר זהב לא פשע דהו"ל לאסוקה אדעתה וכו', וכן משמע בתוס' גבי האי גברא דבטש בכספתא, התם ודאי לענין היזק דבידים ודאי ראוי שיתחייב המזיק דמאי הו"ל גביה דאזקיה, עיי"ש.

[מה הדין במצא כלי וחשב שהוא של כסף ופשע ונמצא זהב? ומה הדין בגנב וגזל?]

כתב הקצות (ד) דיש להסתפק בדין בשומר אבידה שסבור שהוא כסף כגון שהיה מחופה כסף ובתוכו זהב מי נימא כיון דהתורה רמי עליה נטירותא בעל כרחו דכתיב ואספתו אל תוך ביתך הו"ל כמו ארנקי בגדיש לר' יהודה דחייב אע"ג דאינו אלא פשיעה כיון דאינו תלוי בקבלתו, או נימא דגם בשומר אבידה כה"ג פטור, ואת"ל בשומר אבידה נמי כה"ג פטור, בגנב וגזל תפוחי זהב במשכיות כסף ולא ידע שהוא

זהב מי נימא דדומה לשומרין ופטורין כה"ג, או לא גרע ממזיק דחייב משום מאי הו"ל גביה דאזקתיה ה"נ מאי אית לך גבי דגזלתיה, וכתב דלפי הרש"ל (לעיל) דחיפן שעורין והזהרי בו של כסף אינו אלא משום פשיעת המפקיד א"כ בשומר אבידה וגנב וגזלן דלא באו לידם מיד הבעלים דנימא בהו פשיעותא דבעלים וא"כ ודאי חייבין בשומר אבידה ומכל שכן בגנב וגזלן, אלא דאכתי יש לומר דפטורין כיון דגנב וגזלן לא מיחייבי אלא במשיכה הראוי לקנין, וידו אינו קונה כה"ג דלא ידע שהוא זהב, וא"כ גנב וגזלן נמי כה"ג לא קניא להו יד להתחייב באונסין ומהאי טעמא נמי בשומר אבידה כיון דכל השומרין צריכין משיכה לדעת הרמב"ם, ואפילו לדעת תוס' והרא"ש דשומרין לא בעי משיכה אלא מכי נסתלקו הבעלים משמירתן נתחייב השומר, היינו דוקא בשארי שומרין כמו ש"ח וש"ש דקיבל עליו לשמור והבעלים נסתלקו משמירתן נתחייב השומר אבל גבי שומר אבידה ודאי בעי משיכה אליבא דכ"ע דכתיב ואספתו אל תוך ביתך והיינו דהתורה רמי עליה ליקח אותו תוך ביתו אבל כל זמן שלא משך אף על גב דראה אותו לא נתחייב בשמירה, וכה"ג דלא ידע ליה בזהב לא הוי משיכה, וצ"ע. **הנתיבות** (י) כתב לגבי אבידה תליא במח' רא' בהבנת הסוגיה [דלפי הרמב"ן שכתב דהפלוגתא בין ר' יהודה לרבנן והאיבעיא דרב אשי (הכל בגמ' שם) הינם לענין עשו תקנת גזל אבל לענין חיוב תשלומין לכ"ע מדליק בשל חבירו חייב אף במקום דלא מסיק אדעתא, רק בשומר פטור מטעם דלא קיבל עליו שמירה יותר, בודאי יש לחייב בשומר אבידה, אבל לשיטת תוס' ורא"ש דס"ל דהפלוגתא דר' יהודה ורבנן והאיבעיא הוא הכל לענין חיוב תשלומין ואפילו מזיק בידים פטור במקום דלא ה"ל לאסוקי אדעתיה, והא דחייב באמר לו של כסף והזיקו, הוא משום דהיה לו לאסוקי אדעתיה שאומר כן בשביל קבלת שמירה, ובשומר אפילו בכה"ג פטור משום דלא קיבל עליו שמירה ביותר מכסף] ולגבי גזלן כתב דודאי חייב דהא קני ליה גוף הדבר עכ"פ בשיווי כסף דלפי שיווי כסף ודאי צריך לשלם ונעשה גזלן על גוף הדבר והגזלן קנה בעל כרחו אפילו נשתנה מאליו וכיון דלא בעי כונה לקנות, קנה אפילו לא ידע שהוא זהב.

סעיף ה

האם נדרש קנין לעורך קבלת השמירה? (וראה גם שג"א שז"א)

כתב השו"ע "ויש מי שאומר (רא"ש ב"מ ו, טז ח, טו ע"פ המשנה דלעיל) שהשומר הזה, מיד כשקבל עליו לשמור או שאמר הנח לפני, ונסתלקו הבעלים משמירה (ר"ל כיון דנסתלקו הבעלים משמירתן, נמצא דמוטל עליו לשומרו מאחר דקיבל עליו לשומרו, ועוד, דאי לא נסתלקו הבעלים משמירתם אלא הו' שומרין קצת עמו בתחילת השמירה, ה"ל שמירה בבעלים דפטור, סמ"ע, ועיין ש"ך י"ב), חייב עליו אם פשע, אף על פי שלא משך, ויש מי שאומר (רמב"ם) שאינו חייב עד שימשוך ובמקום שמשיכה קונה", וכתב ה"ה ע"פ הרשב"א דלפי הרמב"ם הא דמחייבין במשנה באומר הנח לפני היינו בהניח לפניו בסימטא ובתוך ד' אמותיו א"נ בבהמה וכשאמר לו הכישה במקל והיא תבא וכ"ש אם היה זה ברשות השומר שמתחייב. כתב הש"ך (יג) דעיקר כרמב"ם דכ"ד רש"י נ"י וכן נראה עיקר בגמ'.

כתב **הנתיבות** (יב) דאם הקדים שכר לשומר שכר ודאי דהוי שומר שכר בלא משיכה דהא קנין מהני, וציין לסימן שלי"ג שכתב דפועל ששכרו בכסף הכסף קונה לענין שאינו יכול לחזור בו, כיון דקיי"ל כר' יוחנן דמעות קונות דבר תורה ולמד ברמב"ם בהלכות מעילה דבנתנה לאומן דמעל משמע דקונה אפילו מדרבנן דלא שייך גביה החשש דנשרפו חיטין בעליה, ומה לי ששכרו לעשות מלאכה או שכרו לשמור לו, ואף ששכרו לזמן ופועל יכול לחזור בו, מ"מ כל זמן שלא חזר בו קנוי הוא לבעלים, וכי חזר בו מילתא אחריתי הוא, וכיון דכסף הוא קנין לגביה הוי כשכיר.

[הקשה **הקצות** (ה) דלפי הרמב"ם הא דאמרו בב"מ נ"ז ללמוד מהפס' 'כי יתן איש אל רעהו כסף פרט לקרקעות ועבדים ושרות ולמה לי קרא למעוטי שטרות משומרין הא תיפוק ליה דבעי משיכה בשומרין ובמקום שמשיכה קונה ואילו בשטרות משיכה לא קנה עד שיכתוב וימסור דהיינו שיכתוב לו קני לך איהו וכל שעבודיה ובשומרין לא שייך כתיבה, וכתב דלפי מהר"ם מלובלין שכתב גבי שטר דלא הצריכו כתיבה אלא מצד מוכר במקום ששייר המוכר זכות לעצמו, אבל במפקיר דלא נשאר שום זכות למוכר קונה הזוכה בלא כתיבה א"כ ה"נ בשומרין לא בעי כתיבה וסגי לה במשיכה ועדיין צ"ע, ובנתיבות (יב) כתב דלפי התוס' שכתבו דלענין שיחזיק השט"ח למוכרו ללוה או למלוה יש בו מכר מדאורייתא ומהני משיכה, א"כ מכ"ש כשמושך להתחייב בשמירתן כפי שויין למכור, לזה ודאי במשיכה בעלמא סגי].

סעיף ו

מה הדין כאשר השומר פשע ולבסוף אירע אונס? פרט סוגי השומרים השונים. (וכן סע' ט')

והלאה)

ע"פ מעשה דההוא דאפקידו זוזי גביה ואנחינהו בצריפא דאורבני בב"מ מב. וכל"ק פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "אם פשע בו ולא שמרו כראוי לענין אחד, אע"פ שלבסוף נאבד באונס בענין אחר, חשיב פושע וחייב לשלם. מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חברו והניחם במחיצה של קנים, והיו טמונות בעובי המחיצה (כך פירש הרמב"ם, ואף שרש"י לא ציין שהיו טמונות אפשר שלכך התכוון, סמ"ע) ונגנבו משם, ואמרו חכמים אע"פ שזו שמירה מעולה לענין גניבה (שאם היה נגנב משם היה פטור, סמ"ע), אינה שמירה כראוי לענין האש, ומאחר שלא טמנו בקרקע או בכותל בנין (דאינו עלול להשרף כ"כ מהר, סמ"ע), פושע הוא, וכל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וכן כל כיוצא בזה".

כתב הסמ"ע (י) דהא דאמרינן דאף דלבסוף נאבד באונס אחר וכו' דחייב, היינו דוקא כשנוכל לתלות ולומר אם לא היתה הפשיעה מתחילה לא הוה נעשה האונס, ואז אף שהתליה באונס הוא ענין רחוק תלינן בו וחייב, משא"כ אם מתה וכסע' ט'.

כתב הש"ך (יד) שבתשובת ר"ש כהן כתב דאפשר דבאונס דלא שכיח כלל לא אמרינן תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וכתב הש"ך דאינו נראה כלל.

כתב ה^{נתיבות} (יג) דלענין יוקרא וזולא חייב לשלם כשעת הוצאה מן העולם ולא כשעת הפשיעה.

כתב רע"א בשם הנ"י (דרכ"מ) דלא אמרינן תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אלא בפשיעה גמורה אבל לא בשינוי כל דהו.

סעיף ז

ע"פ עובדא שם דאתא לקמיה דרבא וא"ל כל לא ידענא פשיעותא היא וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המפקיד אצל חברו 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 (וא"צ להמתין עד שיבקש, ש"ך)".

כתב ה^{נתיבות} (יד) דלפמש"כ המחבר הטעם דהוי פשיעה, א"כ אם היה בבעלים פטור דפשיעה בבעלים פטור, אמנם נראה דפשיעה זו מטעם מזיק היא ואפילו בבעלים חייב, ודמי להא דמבואר בסימן ש' גבי מי שהפקידו אצלו בשתי כריכות זה מאתים וזה מנה, דחייב ג"כ דהוי פושע, וחייב אפילו בבעלים, וכתב רמ"א לזה, דאלת"ה כשטוען איני יודע אם החזרתי בפקדון, ליפטר כשהיה הפקדון בבעלים, דהא ע"כ טוען שאינו יודע אם החזיר אם לא החזיר והוא בביתו ואינו יודע היכן הוא, ואם נאמר דכשטוען שאינו יודע היכן הוא אינו חייב רק משום פושע, הא פשיעה בבעלים פטור, אלא ודאי דפשיעה זו מטעם מזיק היא דאפילו בבעלים חייב, והטעם דאפילו מי שאינו שומר כלל חייב בכה"ג, כגון אם ילך ראובן לבית שמעון ויקח מעות של שמעון ויקברם בקרקע, ואף שיכוין לטובת שמעון כדי שלא יגנב שלא נעשה עליו גזלן, וישכח באיזה מקום קברו, דודאי חייב ראובן לשלם, דכיון שעשה מעשה בחפץ חברו וע"י מעשיו ניזק חפץ חברו, מזיק גמור הוא, וה"נ השומר הזה שלקח החפץ ממקום המגולה והטמינו במקום שאי אפשר להמצא וניזק ע"י מעשיו, חייב לשלם.

כתב בתה"ד (דרכ"מ) דשומר שאינו יודע אם נגנב בפשיעה או שלא בפשיעה מתוך שאינו יכול לישבע שלא פשע משלם, ואע"ג דמסתבר טפי לתלות שנגנב שלא בפשיעה לא תלינן במסתבר וחייב, וכתב הסמ"ע (יב) דצ"ל דוקא בזה כיון שמודה שנגנב, משא"כ ברמ"א רצח/ב בשם הרשב"א דנשבע שאינו יודע שנגנב ופטור, משום דאינו יודע שנגנב דיכול להיות שאינו נגנב הימנו כלום, והובאו גם בש"ך (טו).

סעיף ח

ע"פ ב"מ צג: פסק בשו"ע "באו עליו גנבים וגנבו הפקדון ואילו צוח היו באים בני אדם להציל, חייב, דכיון שלא צוח פשע, ואפילו אם באו אנשים (סמ"ע): ר"ל בשונה מגנבים שהם באים בהחבאה וגונבים

והולכים לדרכם שאילו היו צועק היו משיגין אותם, אף באנס שבא ביד חזקה בחרב וחיצים וצריך מתחילה להיות בני אדם בעזרו נגדן שלא יקחוהו האנסים -) 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 (אבל ש"ש חייב, סמ"ע)."

עמ"ש"כ המחבר בסיפא שבשכר פטור כתב **רע"א** בשם מהריק"ש (דרכ"מ) דאם הציל בשכר נשבע ונוטל מה שהוציא, ומהריב"ל כתב דאפילו שכר עצמו נוטל.

סעיף ט

ע"פ **ב"מ לו:** וכרבא פסק **בשו"ע** "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 (מלאך המות מה לי הכא מה לי התם ואין שום טעם לתלות המיתה בפשיעה דיציאה משא"כ לעיל סעי' ו, סמ"ע ע"פ הגמ'), אבל אם גנבה גנב מהאגם ומתה כדרכה בבית הגנב, הרי השומר חייב אע"פ שהוא שומר חנם, שאפילו לא מתה הרי היא אבודה ביד הגנב, ויציאתה גרמה לה להיגנב (דכיון דמיד שגנבה גנב מהאגם נתחייב השומר מחמת פשיעה דהניחה לצאת להאגם, וכיון דמתחייב, שוב אין פוטרין אותו כשמתה בבית הגנב), וכן כל כיוצא בזה".

סעיפים י – יא

ע"פ **משנה ב"מ צג:** וגמ' פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "העלה הבהמה לראש ההר (אפילו העלה לרעות כל שאינו מרעה בהר יותר טוב מבמקום אחר, סמ"ע) ונפלה ומתה, הרי זו פשיעה, מתה שם כדרכה, פטור. (יא) עלתה מאליה, אפילו לא עלתה בעל כרחו (דלא כר"י וכדלקמן), אין זו פשיעה, אלא דומה לגניבה, ופטור שומר חנם".

דעת **הרי"ף** דבעלתה מאליה מיירי בתקפתו ועלתה תקפתו ונפלה וכתב **הרא"ש** שדטעמו משום דמסקינן הכי בב"מ ל"ו, והקשה עליו **הראב"ד** דהא דמסקינן הכי היינו אליבא דאביי דאמר גבי פשע בה ויצאה לאגם אוירא דאגמא קטלה ופריך ליה מסיפא דמתניתין ואליביה מסיק שתקפתו ועלתה וכו', אבל רבא מוקי מתניתין כפשטה דעלתה מאליה ונפלה פטור אע"פ שלא תקפתו דלא אמרינן איבעי ליה למתקפה וכי יאחזנה בזנבה וילך, ותירץ **הרמב"ן** דאביי ורבא מיירי אליבא דרבה ולרבה ודאי אם עלתה מאליה ונפלה פטור ורבה לטעמיה דאמר בשמעתין מאי הוה ליה למעבד הא נטרה כדנטרי אינשי, אבל אנן דקיי"ל כרב פפא דאית ליה בסוגיין לעבורי חדא חדא הכי נמי להכי יהיב ליה אגרא דאיבעי ליה לתוקפה שלא תעלה להכי צריך לאוקמי תקפתו ועלתה תקפתו וירדה, וכתב **ה"ה** דהא דקיי"ל כרב פפא דאמר איבעי ליה לעבורי חדא חדא בש"ש הוא וכדקאמר להכי יהיב לך אגרא אבל בש"ח מודה רב פפא דפטור ואם כן הא דכתב **הרי"ף** והוא שתקפתו וכו' בש"ש הוא אבל בש"ח אפילו לא תקפתו נמי הוי אונס.

סעיף יב

[מה הדין בשומר חנם שהניח בהמה ונכנס לעיר בשעה שאין דרך בני אדם להיכנס?]

ע"פ **צג:** וכדעת **הרי"ף** ו**הרמב"ם** "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 (דהאונס לא בא לבסוף מחמת הפשיעה דאף אם היה שם לא היה בידו להצילו מהארי, והא דמשמע מהברייתא בדף צ"ג דהיכא דתחלתו בפשיעה אפילו איתניס שלא מחמת פשיעה חייב ההוא מימרא דאביי ורבה הוא ולא עדיף מהאי מימרא בדף ל"ו ביצאה לאגם ומתה כדרכה דסובר רבא פטור, והאי מתניתא דרועה כפשטה סבירא לן דאומדין אותו אם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור ודקא מוקים לה אביי דעל בעידנא דעיילי אינשי וקא מוקים לה רבה דשמע קול ארי לא סמכינן אשינויי אלא בין על בעידנא דעיילי אינשי בין בעידנא דלא עיילי אינשי אי הוה יכול להציל אפילו על ידי רועים ומקלות חייב ואם לאו פטור, **ר"י**) (ושומר שכר חייב בכל ענין, **ש"ך**)" – ודלא כרא"ש בשם **הראב"ד** וכ"ד **הטור** דחייב ולא דמי לפשע בה ויצאה לאגם ומתה שאין מקום לינצל ממלאך המות אבל הכא כיון דעל בעידנא דלא עיילי אינשי ואתא ארי הוי אונס מחמת פשיעה וחייב אע"פ שאין יכול להציל דדילמא אי הוה התם הוה

סעיף יג

ביאר הסמ"ע (כב) דמש"כ המחבר בכלי כסף וכלי זהב ר"ל בגדים הנעשים מחוטי כסף או זהב דומיא דכלי משי דנקט, דאילו כלי כסף וזהב ממש לא גרע מכספים דסעי' ט"ו דאין להם שמירה אלא בקרקע ואין לומר דאיירי בכלי כסף וכלי זהב כשמלאכתו דק מתקלקלין ונשברין בקרקע.

ע"פ **מב**: דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "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. (ע"פ ירו' -) ואף על פי שהניח הפקדון עם שלו, אם ראוי לשמירה, פטור, ואם אין המקום ראוי לשמירה, חייב, בשלו הוא רשאי, ואינו רשאי בשל אחרים".

סעיף 10

כתב הרמב"ם "הכספים והדינרין אין להם שמירה אלא בקרקע ויתן עליהם טפח עפר או יטמנם בכותל בטפח הסמוד לקורה, אבל לא באמצע הכותל שמא יחפרו הגנבים שם ויגנבו".

19

דאיכא גנבים ורמאים המחפשים תחת הקרקע ובאמצע גובה הכותל יותר מטפח, אבל אם אין שכיחים הני רמאין, טוב יותר להטמינם בקרקע, משו"ה כתב לשון 'או בטפח', ועוד ביאר (כו) דמש"כ 'אפילו לא יתנם באמצע עובי הכותל' ר"ל לא הטריחוהו בכך, אבל אם הניחם תחת הקרקע או בעובי הכותל יותר מטפח עדיף טפי, ודלא כלבוש שכתב דלא יקברם עמוק בקרקע משום שיש רמאין שמגששין בקרקע ומכירין אם יש חלל תחתיו ולכך לא יתן עליהן אלא עובי טפח עפר, דמקושיית הגמ' ממפולת על חמץ מוכח דלא כוותיה דבטפי מטפח עדיף טפי וכן מוכח מדברי הרי"ף והרא"ש.

כתב הש"ך (כא) דהב"ח הקשה עוד על הרמב"ם דלמה השמיט פרומאי שבגמ' ויישב בדוחק, וכתב הש"ך דס"ל דה"פ האידנא דשכיח טפוחאי ולא גשושאי ולא פרומאי ולכך לא הביאו רק טפוחאי, והגר"א כתב דלא גורסים 'האידנא' עד 'אמר רבא'.

סעיף טז

שם על מימרא דשמואל "אמר רבא ומודי שמואל בערב שבת בין השמשות (סמוך לערב ולא ביה"ש ממש, רא"ש, והמרדכי כתב אפילו מחצי היום, ואילך והש"ך סקכ"ב הביא דעת המרדכי) דלא אטרחוהו רבנן, ואי שהא למוצאי שבת שיעור למקבריהו ולא קבריהו מחייב, ואי צורבא מרבנן הוא סבר דלמא מיבעי ליה זוזי לאבדלתא".

פירש רש"י דאי צורבא מרבנן, המפקיד, שהוא חרד על מצות הבדלה על הכוס אמר השומר דילמא מיבעי ליה זוזא לאבדלתא להכי לא קבריהו ופטור, וכתב הרא"ש דפטור עד אור הבוקר (דכוליה לילה סבר שמא נתעסק באיזה ענין והשתא אתי למשקל זוזא לאבדלתא, ב"י). כתב הב"י דיש להקשות דאפילו לא הו' לא מפקיד ולא נפקד צורבא מרבנן אמאי מחייבים לנפקד אי לא קבריהו קודם הבדלה ולרא"ש שפירש דבמפקיד צורבא מרבנן זימניה עד אור הבקר ניחא.

וז"ל השו"ע כרש"י וכגירסה העיקרית ברמב"ם "המפקיד אצל חבירו כספים ערב שבת סמוך לבין השמשות, אינו חייב לטרוח ולקבור אותם עד מוצאי שבת, ואם נתאחר למוצאי שבת כדי לקברם, ולא קברם, וגנבו או נאנסו חייב, ואם תלמיד חכם הוא המפקיד, אינו חייב עד שישא אחר שיבדיל כדי לקברן (וי"א (ראב"ד) דה"ה אם הנפקד ת"ח (ב"י): כן הוא בגירסא אחרת ברמב"ם דס"ל דאין דרך צורבא מרבנן להתעסק במידי קודם הבדלה הילכך כיון שהבדיל הנפקד ולא אתא המפקיד תו ודאי לא מיבעי ליה זוזא לאבדלתא דאם איתא דמיבעי ליה לא היה מאחר כולי האי מלמית) {".

כתב הסמ"ע (כו) דטעם רש"י וסיעתו דשאר בני אדם סומכין אהבדלה ששומעין בבהכ"נ מהחזן משא"כ ת"ח, ועוד כתב דגרסתנו מסתדרת גם לראב"ד וס"ל דכיון דהוא ת"ח ויודע גודל המצוה דהמבדיל על היין סובר שגם המפקיד ודאי יבדיל על היין וישלח אחר מעות שהפקיד בידו לצורך הבדלה, אכן ברי"ף והרמב"ם ליתא האי טעמא ומשמע דלא גרסי ליה, ובאמת הוא דוחק, דכיון דנתן המעות ביד זה בתורת פקדון שדינו להטמינו בקרקע, וכן הוא סתם פקדון, איך ס"ד שיקח מהן מעות להבדלה.

כתב רע"א דאם מצא אחר שבת שנגנב ואינו יודע אם נגנב קודם מוצאי שבת ופטור או שנגנב אחר מוצ"ש שהיה שהות לקברם, י"ל דחייב לשלם, וכתב בשם תשובת מהר"ם מרוטנבורג דאם ראובן נתן חפץ להוליכו למקום פלוני למסרו שם לאחר, ואח"כ אמר שמעון ששכח בזה ונאבד ממנו ואינו אימת נאבד וטוען שמא נאבד ואשלם כפי שויו באותו מקום דפסק שם דצריך לשלם כפי שויו במקום פלוני.

סעיף יז

ע"פ הטור פסק בשו"ע "התנה הנפקד על מנת שלא אטמנם בקרקע, וכן כל דבר ודבר שיניחנו עם שלו, הכל לפי תנאו", וביאר הגר"א דמקורו במשנה ב"מ צ"ד דמתנה שומר חנם להיות פטור משבועה וכרבי יהודה דבממון מתנה על מה שכתוב בתורה.

סעיף יח

כתבו הרא"י ע"פ הירו' והר"י ברצלוני וכ"פ השו"ע "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) {", וביאר הרמב"ן דהיינו דאמרינן "האידינא" וכו' אלמא הכל לפי הזמן והכל לפי המקום ודברי שמואל אינם גזירה אלא דברי טעם שכך דרך שמירתן באותו הזמן ובאותו המקום וכ"כ עוד רא', וכתב הב"י דאף דמדברי הרמב"ם לא משמע הכי שכתב סתם להא דאמר שמואל כספים אין להם שמירה אלא בקרקע ולא חילק, אעפ"כ גם לדבריו אין כספים צריכין שמירה בקרקע שהרי הדבר ידוע שאין דרך בנ"א עכשיו לשמור כספים בקרקע וכל המפקיד על דעת שישמור כדרך שבני אדם רגילין לשמור באותו זמן הוא מפקיד, וכ"כ המרדכי בשם ר"ת (סמ"ע סקכ"ד ובא"ה הכא) דהא דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע דוקא לדידהו שהיו להם בתים רעועים בשדות אבל לדין האידינא אין צריכים שמירה בקרקע.

כתב בשו"ת **שיבת ציון (פת"ש ה)** דאם נתן ניירות חשובים שקיבל לשמירה בכרך נייר בעלמא והניח בכיסו הוי פשיעה, כי אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה, ומחמת דקותן ומעט הכמות המה קלים ויכולים הניירות להשטמ ולפול ארצה בלי הרגשה, ואין זו שמירה מעולה המוטלת על השומרים.

כתב בפת"ש (ו) שדעת השואל בזכרון יוסף גבי שמירת נדוניא בארגז סגור ונגנב בידי אנשי מלחמה דחייב מכמה טעמים, דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס שהיה לו להניח בתיבת ברזל שלו להצניע אצל מעותיו, ובפרט שכמה פעמים נתן הוא או אשתו רשות למשרתת או אחד משאר בני הבית לפתוח הארגז, ועוד דנתפרסם ביאת השונאים אף אם לא יתברר שהנפקד עצמו ידע מזה מ"מ מסתמא חברא חברא אית ליה, והזכרון יוסף השיב על רוב טענותיו דדמי למי שהטמין כד מלא זהובים תחת המטה בב"י, ועוד דהמפקיד על דעת המנהג בזמנו הוא מפקיד והמנהג בזמנינו להניח אפילו פקדון מעות צרורים בתיבה מסוגרת וכיוצא, והא דלא הניחו בתיבת ברזל שלו אפשר שכבר היתה מלאה על כל גדותיה או מפני שאינו פותחה רק לעתים רחוקות ופקדון היה צריך להחזיר לפי דעתם תיכף אחר ל' יום, ואין סברא לומר דלא הוי שמירה מעולה בארגז הזה משום דדרכו להפתח ולהוציא מתוכו דבר בכל עת, שהרי מבואר במהרי"ק ושו"ע סעי' י"ט דאם הפקיד מעות שאינם צרורים שמותר להשתמש בהם אינו צריך לקברם בקרקע אפילו לדינא דש"ס משום שצריך להוציא ממנו מעות בכל שעה, וגם מש"כ גבי המשרתת ליתא דכיון שלא מסר שמירת הארגז והמפתח רק לאשתו ולבני ביתו הדרינן לכללא דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו וב"ב הוא מפקיד, רק דלפ"ז היו צריכין גם אשתו ובניו לישבע שבועת שומרין ושלא הניחו לפותחו ע"י אחד מב"ב הקטנים, אולם לדינא הסכים לחייב מטעם האחרון לבד מפני שכבר נתפרסם שם שאנשי חיל המלחמה ממשמשים ובאים וידוע לנו שיש בהם שוללים וחומסים גשושאי טפוחאי, א"כ הדרינן לדינא דש"ס דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע.

סעיף יט

ע"פ המהרי"ק פסק בשו"ע "אפילו בשעה שגנבים מצויים, לא אמרו כספים אין להם שמירה אלא בקרקע, אלא במפקיד סתם אצל חברו לשמר, אבל מפקיד מעות אצל חברו כדי להתעסק בהם ויריות, פשיטא דהוי כמו אמר לו בפירוש שאינו מצריכו לקברן בקרקע".

סעיף כ

משנה ב"מ מב. "המפקיד מעות אצל חברו צרין והפשילן לאחריו.. חייב שלא שימר כדרך השומרים ואם שימר כדרך השומרים פטור", ובגמ' "בשלמא כולהו שלא שימר כדרך השומרים אלא צרין והפשילן לאחריו מאי הוה ליה למיעבד אמר רבא אמר רבי יצחק אמר קרא וצרת הכסף בידך אף על פי שצרורין יהיו בידך ואמר רבי יצחק לעולם יהא כספו של אדם מצוי בידו שנאמר וצרת הכסף בידך".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "המפקיד כספים אצל חברו בדרך להוליכם לביתו או ששלח עמו מעות ממקום למקום (סמ"ע: דאלי"כ הא קי"ל דאין שמירה לכספים אלא בקרקע, מיהו מצינו בלא זה נמי, כגון שהפקיד בידו מעות של עסק שצריך וכסע' י"ט), צריכים שיהיו צרורים ומונחים בידו או (וה"ה כנגד עיניו דזיל בתר טעמא, סמ"ע) קשורים כראוי על בטנו מכנגד פניו, עד שיגיע לביתו ויקברם כראוי, ואם לא קשרם בדרך הזאת, אפילו נאנס, חייב לשלם שהרי תחלתו בפשיעה".

כתב הש"ך (כו) דמשמע מטוש"ע דאף לדברי ר"י ברצלוני מ"מ כאן אין לכספים שמירה עד שיהיו מונחים בידו ובתשובת רשד"ם כתב דגם בזה אם הניח במקום שמניח מעותיו פטור, וכך "נראה קצת" מדברי הסמ"ע בסע' הבא.

כתב **הפת"ש** (ז) בשם **מהרי"ט** דבדוכתא דשכיחי אנשי החיל ששומטים מיד בני אדם פשיעה היא להוליך בידו כסף או זהב, כי אם עבר ורמס וטרף ואין מציל, וזה הוא דרכן של בני אדם בעלי דעה לצרור ולהניח בחיקו, ולתוספת שמירה שלא יפול מחיקו קושר ראש הסדין באזורו, נמצא שמור מגניבה ושמור מאבידה.

כתב **הפת"ש** דאם הניחו בכיס התפור בבתי שוקיים היה זה במעמד השותפים **א"כ** י"ל דבכה"ג הרי ראו ונתרצו על שמירה פחותה כזו וסברא זו כתב מהרש"ך דאפילו למ"ד דמלוה על המשכון ש"ש הוי וחייב בגניבה ואבידה אם הראה המלוה ללוה מקום השמירה ונתרצה ה"ל כאילו התנה בפירוש שנפטר בשמירה זו 'ונתרצה' לאו שאמר מרובה אני בזה דאי הכי מאי למימרא אלא ששתק [וצ"ל דהא דפטר בתשובת חת"ס היה זה שלא במעמד השותפים ומה שהיה בפניו בן השותף השני אינו מועיל, עיי"ש].

סעיף כא

אדם שהשאיל או הפקיד או הלוח או מסר משכון לחבירו והלה החזיר את הפריטים הנ"ל לאשת המפקיד או המשאיל או המלוה האם נפטר מחיובו?

מה הדין במלוה שקיבל משכון על הלואה והחזיר את המשכון לאשתו של לוח ונגנב המשכון קודם שהגיע לידי הלוח, האם חייב המלוה?

משנה ב"מ מב. "המפקיד מעות אצל חברו.. שמסרם לבנו ולבתו הקטנים ונעל בפניהם שלא כראוי חייב שלא שימר כדרך השומרים", ובגמ' אמר רבא "כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "כל המפקיד אצל בעל הבית בין כלים בין מעות, על דעת אשתו ובניו ובני ביתו {הגדולים (רמב"ם)} הוא מפקיד (דאדם יודע דאין הנפקד יכול להיות תמיד בביתו לשמור פקדונו, סמ"ע) {וכן אם הנפקד החזיר הפקדון לאשת המפקיד פטור (מרדכי, ויש חולקים, ש"ך), וע"ל סימן ש"מ סעיף ח' (ששם כתב דאם החזיר השואל לאשת המשאיל דיש אומרים דחייב והטעם כתב בדרכ"מ לחלק בשואל דכל הנאתו שלו לשאר שומרים, סמ"ע)} אבל אם מסר לבניו ובני ביתו הקטנים (רמב"ם -) או לעבדיו (כנעניים, דסתם גזלנין הן, ואין המפקיד מפקיד על דעתם, סמ"ע) בין גדולים בין קטנים, (ע"פ גמ' דסעיף כג דמסרה לאמו -) 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 ראייה שלא פשע (דאם פשע בה מתחילה אף שיש עדים שנאנסה בסוף היה חייב וכנ"ל סעי' ו', סמ"ע) (קאי אסוף דבריו במסרם לבן דעת, אבל ברישא שמסרו לחש"ו חייב אפילו נאנסו לבסוף, כשהאונס בא מחמת הפשיעה, דאין לך פשיעה גדולה מזו שמסרם לחש"ו, נתיבות) {וכן אם הניח אחרים ליכנס במקום שהפקדון מונח אע"פ שאינן בחזקת גנבים אם נגנב חייב לשלם דהוי פשיעה (תה"ד, אפילו טוען שמא נגנב קודם שהניח לאחרים ליכנס חייב, נתיבות)}".

כתב הש"ך (כו) שבתשובת ר"י לבית לוי תמה על המוהרש"ך שכתב בפשיטות דכל המפקיד על דעת וכו' היינו דוקא בש"ח, שהרי כתב הב"י בשם רי"ו שתמהו רוב הפוסקים על הרמב"ם לקמן סעי' כ"ו, דאחר שרגילים הבעלים להפקיד אפילו ממעט בשמירתו פטור, והקצות (ו) כתב שבבד"ה בשם הריטב"א מבואר כמוהרש"ך, אך תימה דהריטב"א לא כתבו אלא לפי ס"ד בב"מ ל"ו דשומר שכר שמסר לשומר חנם חייב משום דגרע לשמירתו, וא"כ ממילא נשמע דלדידן דק"ל דשומר שכר שמסר לשומר חנם פטור באונסין ומשום דמסר לבן דעת א"כ בהאי דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו אפילו בשומר שכר מיירי, אמנם כתב דלפמשי"כ בסקי"ב דעיקר כרמב"ם בש"ש שמסר לש"ח דאם אינו ידוע בעדים שנאנס מחויב ש"ש לשלם, וא"כ ה"נ במפקיד על דעת אשתו ובניו כיון דאשתו ובניו שומר חנם מצי אמר לדידן האמנתי ולא מצי להשבע אשתו ובני ביתו מהאי טעמא בש"ש שמסר לש"ח [אך סיים דהנידון דמוהרש"ך שמסר השומר למשרתו שהוא ג"כ בשכר וא"כ לכ"ע פטור], והובא בקיצור בפת"ש (ט).

כתב **הקצות** (ז) דמבואר בירו' דבר נש דיהב לחבריה פליטורין בשוקא ומסרן לבנו ובתו הקטנים ונגנבו או שאבדו פטור מלשלם שאני אומר לא עלתה על דעתו לטעון פליטורין בשוקא, וכתב הריטב"א דדוקא בש"ח אבל בש"ש חייב דלהכי יהביה ליה אגרא דליטעון בשוקא או דלינטרינהו שפיר.

כתב **הסמ"ע** (לא) בשם **מהרי"ק** (בדרכ"מ) בראובן ששכר את שמעון לילך אחר סחורה, ונתן מעותיו לשמעון והניח אותן המעות אצל מעותיו, ובדרך שכב בחדר ונגנב ממנו, דהשליח חייב לשלם דהוה פשיעה שהניח הכיס בחדר, דה"ל להניחו תחת מראשותיו או לקשרו תחת זרועותיו כו', וכתב **הסמ"ע** דדוקא בזה שנגנב בשעת השינה בלילה הדין כן אבל אם נאבדו המעות בדרך הולכה פטור. כתב **הפת"ש** (ט) דהדרכ"מ והסמ"ע קיצרו בהעתקת המהרי"ק ושם מבואר דלא מיבעיא לדברי ר"י בב"ק נ"ז והוא הי"א שבשו"ע שגב דש"ש חייב אפילו בגניבת כספים מן הקרקע פשיטא דכ"ש הכא דש"ש חייב, אלא אפילו לדברי האומר דש"ש פטור מגניבת כספים בקרקע (המרדכי) פשיטא דהיינו דוקא היכא שנתנו בקרקע דאין לך שמירה מעולה מזו והרי אונס גמור דמאי ה"ל למיעבד אבל הכא פשיטא דלא חשיב אונס גמור שהרי היה בידו להשמר מזה והיה לו להניח כיסו תחת מראשותיו או קשורה לו בזרועו או להצניע במקום המוצנע שלא ימצאנו הגנב ו'אפילו היה ש"ח קרוב אני לומר שהיה חייב לשלם בכה"ג דחשיב פשיעה' כ"ש וכ"ש דש"ש חייב, וכתב **הפת"ש** דמשמע מדבריו דמה שהיה פטור בש"ש אילו הניחו תחת מראשותיו זהו דוקא לדעת החולק על ר"י אבל לדעת ר"י אפילו הניחו תחת מראשותיו היה חייב ש"ש ולא עדיף מאילו טמנו בקרקע בעומק, ועוד נראה דאפילו לדעת המרדכי לא היה פטור בהניח תחת מראשותיו אלא דוקא בנידון השאלה שם ששכב בחדר עם אנשים מכובדים, אבל אם לא היו מכובדים היה חייב משום דהוי תחילתו בפשיעה לגבי אנשים שלנו עמו וצ"ע, ובספר **גליא מסכתא** העיר על דברי הדרכ"מ והסמ"ע דלאיזה צורך הביאו המהרי"ק אחרי שהם לא הזכירו כלל בסימן ש"ג דעת החולקים על ר"י, א"כ הכא פשיטא דחייב בכל ענין וכתב דצ"ל שהביאו להורות דאף ש"ח יש לחייבו משום דהוי פשיעה.

סעיף כב

ע"פ **הג' אשר"י** (והוכיח **הב"י** שכן יסכים **הרמב"ם**) פסק בשו"ע "מי שהוא ידוע בודאי שאינו רגיל לשמור הפקדון אלא למסרו ביד אחר שאינו שרוי בביתו ואינו סומך על שלחנו, דינו כמוסר לבני ביתו", והביא ראיה מב"ק נ"ז מסרה לרועה לברזיליה דאורחיה דרועה למימסר לברזיליה.

כתב **הש"ך** (לב) ע"פ המרדכי ועוד דאם פשע האחרון ואין לו לשלם פטור הנפקד אפילו לסברא הראשונה דסע' כ"ד בהגה.

סעיף כג

שומר שמסר לאמו את הפקדון, ונגנב ממנה האם חייב לשלם?

ע"פ עובדא דיהבינהו לאימיה ב"מ מב. פסק בשו"ע "מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו, 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, ואע"פ שלא אמר לה פקדון הם, יש לו לטעון כל שכן שהיתה נזהרת בהם אם היתה סבורה שהם שלו (והא דלא טמנתם בקרקע, משום דסברה דשל בנה הן והוא יעסוק בהן ולא ניחא ליה בהטמנתן בקרקע, סמ"ע), 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 כיוצ"ב {נ"י - } ודוקא במעות וכיוצ"ב בדבר שאינו מסוים צריכין שניהם לישבע, אבל אם הוא חפץ מסוים, נשבע השני ולא הראשון (דבדבר שאינו מסוים לא יכולה לישבע שאותן מעות עצמן שהפקיד ביד בנה נתן בנה בידה ונגנבו, משו"ה הוצרך בנה הנפקד לישבע ע"ז, אבל בדבר מסוים אין צריך הן להשבע אלא האם נשבעת על הכל, סמ"ע) {}."

כתב **הש"ך** (לג) בשם הר"ן והב"ח דדוקא ש"ח אבל ש"ש חייב דה"ל לפרש שהוא פקדון (בנתיבות סק"י טתמה דלמה לו האי טעמא, דהא כיון דהוא שומר שכר ומסר לאמו שהיא שומר חנם ונגנב לבסוף, ודאי דחייב כמבואר לקמן סעיף כ"ו, עיי"ש).

עוד כתב **הש"ך** (לד) דאם הבהן אומר שאמר לה שהוא פקדון צריכה לישבע היסת נגד הבהן אף שהוא קרוב כדלעיל סימן עה/כג בהגה, ולא מסתבר לומר דהבהן חשיב נוגע בעדות שהרי אף אם יאמר שלא אמר לה פטור, והא דפטורה משבועה היינו כשיש עדים שנאנסה או שמאמינה דאל"כ פשיטא דיכול להשביע ע"ז ע"י גלגול שהחביאה (ועיין בנתיבות כ').

הקצות (ח) כתב דהריטב"א חלוק עם דין הרמ"א בשם הנ"י והר"ן, וכתב דכן נראה דאע"ג דאשתו של שומר נמי מהימנא היינו בידוע שנתן לה אזי נכנסה היא תחתיו, וכן ברגיל דכל זמן שלא נשבע שמסר לאימיה לא מהימנא לישתבע עבורו כיון דאינה בע"ד שלו, והחולקים ס"ל דנשבע השני דזה שטען מסרתי למי שרגיל להפקיד או לבני ביתו דזה אינו משבועת השומרין אלא כמו טענת החזרתי למי שרצונך היה למוסרם לו, דכי היכי דהחזרתי לך אינו משבועת השומרין כן זה שאומר החזרתי למי שהרשות ליתנו בידו, ותליא במח' במפקיד על דעת אשתו ובניו אם נתחייב הנפקד בפשיעתו דלקמן.

סעיף כד

ע"פ פסק בשו"ע "מכאן אתה למד שהשומר שמסר הפקדון לאשתו ובני ביתו והודיעם שהוא פקדון, ולא שמרו כדרך השומרין, שהם חייבים לשלם לבעל הפקדון, ובעל הבית פטור, שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד" וכתב הרמ"א "ואם אין להם לשלם, י"א דבעל הבית חייב לשלם (רא"ש, דאלת"ה כל פקדון המופקד ביד אדם יאכלו אשתו ובניו ויפטר, וכתב הש"ך ע"פ המרדכי דאם ידוע שאינו משמרו בעצמו רק מסרו לאשתו ובניו פטור), וי"א דפטור (רמב"ם, כיון דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד, ה"ל כמסר המפקיד עצמו בידם)".

כתב ה^{נתיבות} (כד) דאם שואל מסר לשואל אפילו למי שרגיל להשאיל, לכ"ע חייב לשלם באין לשני לשלם, ואם ש"ש מסר לש"ח, אם נגנב חייב הראשון, ואם פשע תליא במחלוקת הראי'.

סעיף כה

ע"פ עובדא דההוא דאפקידו גביה כריא דכשותא בב"מ מב: פסק בשו"ע "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 שישליכנו לתוך השכר שממקום רחוק הביאו (וכ"ש אם הוא קרוב והוא מיהר לבוא דהיה לו להרגיש שמהפקדון לקח וחייב, סמ"ע, והש"ך כתב דאינו מוכרח ד"ל כשהוא קרוב וא"ל הטל מזה שהוא רחוק ה"ל כא"ל הטל מזה ולא מזה דאל"כ למה הטריח להביא ממרחק) (ע"פ הר"ן -) ואם היה שומר שכר, יש מי שאומר שבין כך ובין כך חייב (דעליו לדקדק טפי, סמ"ע), שהוה ליה לפרש ולומר לא תשליך מזה".

כתב ה^{ב"י} בשם ה^{תוס'} דבגיטין ס"ה משמע שאם היו שני מינים אע"ג דלא אמר ליה מהאי לא תרמי הוי קפידא וגבי הבא לי מן החלון והביא מן הדלוסקמא (מעילה כא.) דשליח מעל אע"ג דמין אחד הוא התם מיירי שלא היו במקום אחד והכא מיירי שהיו בבית אחד, והש"ך (לט) כתב דקשה לחלק כן וגם דוחק לפ"ז לחלק בין שהה השליח או לא ומה שדחקו התוס' לזה ממעל השליח י"ל דלענין מעילה שאני דאפילו יאמר השליח ששגג שייך מעילה ועי"ל דהתם שאני כיון שהזכיר לו חלון.

כתב ה^{סמ"ע} (מג) דאם א"ל לשליח הטל מזה ולא משל פקדון, אז מטעם שהה השליח לבוא לחוד אין לחייב לנפקד, ד"ל דאירע לו ענין בדרך שהוצרך לשהות מעט.

סעיף כו

שומר שכר שמסר לשומר חינוס, למי שנאמן על הבעלים, וטוענים השומרים שהבהמה אבדה באונס, האם השומר הראשון חייב לשלם? מה הדין אם יש עדים על האונס? וכן מה הדין אם השומר הראשון יכול להשבע על האונס?

מה הדין אם השומר השני מוכן להשבע שהבהמה אבדה באונס? מה הדין אם יצאה הבהמה והזיקה כשהיא נמצאת אצל שומר שני? פרט גדרי הדין ונמק.

ב"מ לו. "איתמר שומר שמסר לשומר רב אמר פטור ורבי יוחנן אמר חייב, אמר אביי לטעמיה דרב לא מבעיא שומר חנם שמסר לשומר שכר דעלווי עליה לשמירתו אלא אפילו שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר דעלווי עליה לשמירתו חייב דאמר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר... אמר רבא הלכתא שומר שמסר לשומר חייב לא מבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר חייב מאי טעמא דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה".

וכתבו התוס' על טעמא דרבא דלכך היכא שהשומר הראשון יכול לישבע על האונס או שהיו עדים בדבר פטור ואפילו מסר לחש"ו ומתה ברשותם כיון דאף בבית שומר ראשון היתה מתה דמלאך המות קטלה מה לי הכא ומה לי התם וסובר רבא שזהו טעמא דרבי יוחנן ולא כאביי דאמר משום דאין רצוני וכו', והלכה כרבא ולא כר"ח דפסק כאביי, וכ"ד הרי"ף דשמעין מרבא דבעדים פטור דליכא שבועה ואע"ג דמסר פקדונו ביד אחר בלא רשות אמרינן בגיטין כ"ט דאין השואל רשאי להשאל הני מילי לכתחלה אבל בדיעבד לא מיקרי פשיעה, וכ"פ הרמב"ם, וברי"ו כתב דנראה מדברי הרי"ף שאפילו יש עדים שנאנסה ואין עדים ששמרה כראוי חייב שומר ראשון מאחר שנשאר על השומר השני שום שבועה אבל מ"מ אם יש עדים שנאנסה ונטרה כאורחא ולא פשע ולא שלח בה יד פטור.

לו. "אמר רב חסדא הא דרב לאו בפירוש אתמר אלא מכללל - דהנהו גינאי דכל יומא הוו מפקדי מרייהו גבה דההיא סבתא יומא חד אפקדינהו לגבי חד מינייהו שמע קלא בי הלולא נפק אזל אפקדינהו לגבה דההיא סבתא אדאזל ואתא אגנוב מרייהו אתא לקמיה דרב ופטריה מאן דחזא סבר משום שומר שמסר לשומר פטור ולא היא שאני התם דכל יומא נמי אינהו גופייהו גבה דההיא סבתא הוו מפקדי להו".

וז"ל השו"ע "שומר שמסר לשומר חייב, אפילו אם הוא שומר חנם ומסר לשומר שכר, דאמר ליה את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה (רא"ש -) אפילו אם ידוע לכל שהשני טוב וכשר יותר מראשון {מיהו שומר שמסר לשומר לפני המפקד, ולא מיחה, פטור (מרדכי)}. (ע"פ גמ' דגינאי -) לפיכך אם דרך הבעלים (וה"ה אם ידוע שהנפקד זה אינו רגיל לשמור בעצמו אלא מוסר פקדונותיו ביד אחר ודינו עם הב', ש"ך) להפקיד תמיד דבר זה (ר"ל דבר חשוב כזה לאפוקי אם היה רגיל להפקיד דבר שהוא שוה פחות מזה, ב"י וסמ"ע) אצל השומר השני, הרי השומר הראשון פטור מלשלם, (גר"א: כרמב"ם ודלא כתוס' -) והוא שלא ימעט שמירתו אבל אם מיעט שמירתו כגון שהראשון היה שומר שכר והשני ש"ח, או שהראשון שואל והשני ש"ש, פושע הוא הראשון ומשלם (רמב"ם -) אף על פי ששאל או שכר בבעלים (ה"ה וסמ"ע: ר"ל השומר הראשון היתה שאלתו בבעלים ואם נאנסו אצלו היה פטור לא מהני זה לפטור מאונס שנעשה אצל השני, דאין שאלה בבעלים פוטרת אלא לשומר ששאל מהבעלים אבל לא שומר שני שלא שאל מהבעלים הראשונים והראשון מתחייב על רשות השני). (רי"ף רא"ש וה"ה -) ואם יש עדים ששמר 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 סעי' ל'}. "

כתב הב"י דלשון הרמב"ם דדרך הבעלים להפקיד 'תמיד' ונקט כן ע"פ הגמ' דגינאי ולא דוקא¹ ולאפוקי אם הפקיד אצלו בשעת חירום וכיוצא בזה דבאותם זמנים שהם זמני טרדה ובהלה לפעמים אדם מפקיד נכסיו אפילו אצל מי שאינו נאמן אצלו לסבות מתחדשות כפי הזמן ולכן אין לומר שהוא מחזיקו לנאמן על ידי שהפקיד אצלו אלא אם כן הפקיד אצלו בשעת ישוב ושופי ועל זה מורה תיבת תמיד, ועי"ל דנקט תמיד² לאפוקי אם היה רגיל להפקיד אצלו ואחר כך העני הנפקד או נעשה חשוד דהא ודאי אין מה שהיה רגיל להפקיד אצלו קודם לכן הוכחה שהוא מחזיק אותו עכשיו לנאמן וכ"ד הריטב"א (וכ"פ הקצות סק"י), (ובכל זה דלא כמהר"י וי"ל דנשמע מדבריו צריך שיפקיד אצלו תמיד בכל יום ואם יחסר יום או יומים שלא הפקיד אצלו לא, וכ"כ הסמ"ע (מו) דצ"ל דלא בא למעוטי אם הפקיד פעם אחת אצל אחר אע"פ שרוב הפעמים מפקיד אצל זה, דזה אינו מן הסברא, אלא⁴ לאפוקי אם רוב הפעמים מפקיד אצל אחרים, וראיה לזה מסימן שה/ה כתב הטור האי דינא בשומר שכר ולא כתב שם תיבת תמיד וכ"ש כאן בש"ח, וברע"א כתב בשם הב"ח דאין חילוק בין הפקידו בידו פעם א' או הרבה פעמים אלא⁵ דתליא באם משהפקיד לאותו אחר לא הפסיק בנתיים להפקיד ביד אחר בשעה שהיה השומר הזה מצוי אצלו אזי מקרי דרכו ואם לא מקרי אין דרכו להפקיד.

כתב הש"ך (מא) על הרישא דחייב אפילו ש"ש שמסר לש"ח דאם פשע השני רצה גובה מהשני ואינו יכול לומר לאו בעל דברים ידי את דומיא דגזול ולא נתיאשו, ואף אם שומר הראשון שאל בבעלים מ"מ הב' חייב ולא מיקרי שאלה בבעלים דכיון דאין הממון של שומר הא'. **הנתיבות** (כו) חלק דלא דמי כלל לגזול ולא נתיאשו הבעלים דשם החפץ הוא של בעלים והרי הזיקו וכל אדם המזיק של חבירו חייב, משא"כ בשומר דהדין הוא דאינו חייב בפשיעה רק כשקיבל עליו שמירה, והרי לא קיבל עליו השמירה מהבעלים ויכול לומר לבעלים לאו בעל דברים ידי את, וע"כ אין יכולים הבעלים לתבוע שומר השני רק מדרי' נתן כיון שהשני קיבל עליו שמירה מהראשון, ויותר היה לדמות להא דשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר (ב"מ ל"ה) דהתשלומים של הראשון דנעשה שואל של הראשון, וה"נ דכוותיה.

עמש"כ המחבר דאם יש עדים ששמר השני כראוי דנפטר השומר הא' כתב הש"ך (מה) דמשמע ברא"ש דה"ה כשיש ע"א מצטרף השומר הב' עם העד וה"ל ב' עדים אבל לפוסקים שתירצו דהשומר הוי נוגע א"כ צריך הכא ב' עדים אחרים דוקא וכן נראה עיקר.

עוד כתב הש"ך (מו) דמשמע דאפילו מיעט בשמירתו פטור ביש עדים וכ"כ הב"ח ודלא כרש"ל ברמב"ם דהיכא דגרעיה לשמירתו אפילו יש עדים חייב מאחר שפשע, והש"ך חלק, "ואפילו בשבועה היה בדן שיפטר אפילו היכא דגרעיה לשמירתו אם דרכו להפקיד אצלו" כמו שכתב רי"ו שתמהו רוב הפוסקים על הרמב"ם בזה (בב"י, שהרמב"ם חייב בשבועה ברגיל הנ"ל ורי"ו חלק), ואף הרמב"ם והסמ"ג מודים דשבועה מועיל [ומש"כ והוא שלא ימעט בשמירתו כו' ר"ל דאם הש"ח ישבע שנגנבה הרי השומר ראשון פשע דהוא חייב בגניבה ואבידה ומש"כ ואם יש עדים כו' ה"ה דשבועה מועיל בענין שהיה הראשון פטור אלא משום דארישא נמי קאי באין דרך להפקיד הצריך לומר ואם יש עדים דוקא] אך העיקר ברמב"ם כרש"ל "אבל לדינא אין זה עיקר וכ"כ הרא"ש" דלא מיקרי פשיעה ש"ש שמסר לשומר חנם כיון שמסרו לבן דעת ועיקר לדינא כרי"ו - שאם מיעט בשמירתו כגון שמסרה שומר שכר לשומר חנם פטור ברגילים הבעלים להפקיד אצלו (פת"ש: "ומבואר מדבריו שמסיק לדינא דאפילו מיעט בשמירתו כגון שמסר לש"ח אם דרכו להפקיד אצלו די שישבע השומר השני שנאנסה ונפטר הראשון וכן דעת המל"מ והמחנה אפרים והם מפרשים שגם דעת הרמב"ם כן") **ובפת"ש (כא) כתב שהקצות (שם) והנתיבות (לא) חלקו על הש"ך והסכימו לדינא כמשמעות הרמב"ם והמחבר דדוקא ביש עדים פטור הראשון אבל שבוטע השני לא מהני "וכתבו בזה טעמים שונים עיין בדבריהם", וכ"ד **ושב הכהן** "וביאר הענין בטוב טעם" דכיון דקיי"ל (שבועות ל"ו) דאם נשבע לשקר מחובה לפטור מביא אשם גזילות והיא שבוטע הפקדון ואם נשבע מחיוב לחיוב או מפטור לפטור מביא חטאת והיא שבוטע ביטוי וידוע ששבועת הפקדון חמורה משבועת ביטוי, ולפי"ז טעמא רבה איכא במילתא, דדוקא בלא מיעט שמירתו הוא דמהני שבוטע השני אם רגיל להפקיד אצלו, דאז לא יכול לומר איהו לא מהימן לי כיון שדרכו להאמינו ושבועות שניהם שוים, אבל אם מיעט שמירתו כגון ש"ש שמסר לש"ח, איך אפשר לפטור הראשון שמחויב בגניבה ואבידה בשבועת השני, הא השני הוא ש"ח ופטור מגניבה ואבידה, וא"כ אם נגנבה או נאבדה והוא נשבע שנאנסה היא שבוטע ביטוי כיון שהוא מפטור לפטור ואיך יפטור השומר הראשון שנתחייב לישבע שבוטע הפקדון, ולפי"ז מאי מהני מה שרגיל להפקיד אצלו, דפשוט שיכול לומר באמת הוא נאמן בעיני על שבוטע הפקדון בכפירת ממון אבל לא על שבוטע ביטוי הקל ממנו כו'.**

עוד כתב ש"ך (מז-מח) עמש"כ המחבר בסיפא שמעידים ששמר השני כראוי דבמקרה שנגנב או נאנס בענין שהיה השומר הראשון פטור אע"פ שאינו ברור שהיה נארע האונס כזה בבית השומר הא' פטור ולא אמרינן מה שמסרו לשומר שני ה"ל פשיעה וה"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס דלא מיקרי פשיעה ש"ש שמסר לש"ח כיון שמסרו לבן דעת, ואפילו מסרו לחש"ן ומתה ברשותם מבואר בתוס' דפטור, והיינו דוקא מתה ברשותם שאין האונס בא מצד הפשיעה כיון שאף בבית השומר הראשון היתה מתה דמלאך המות מה לי הכא מה לי, והלכך אם אירע אונס אחר אצל חש"ן שיש לתלותו שבא מצד הפשיעה כגון לסטים וגנבים וכה"ג חייב דה"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

ביאר הסמ"ע (מט) בסיפא דנשבע הא' שלא פשע השני ולא שלח בה יד, וכתב הש"ך (מח) דלא פירש יפה דברי הרמב"ם והמחבר דס"ל בסימן רצד/ב דעיקר השבועה היא שנגנבה ושבועה שלא פשע ושלח יד היא רק מצד גלגול ואם יש לו עדים שנגנבה פטור א"כ ה"ה הכא אם יש לו רק עדים שנגנבה פטור או שיכול רק לישבע שנגנב אצל השומר השני פטור ודלא כב"ח שצריך עדים על כל הג' שבועות. אכן **בקצות** (יד) הסכים לסמ"ע דודאי היכא דיש עדים לפוטרו מעיקר שבועה ליתיה לגלגול, אבל היכא דליכא עדים אלא שיכול הוא לישבע שאינו ברשותו דשני ואינו ידוע לו אם פשע או נאנסה אמרינן מתוך

שאינו יכול לישבע משלם אפילו בגלגול שבועה, אכן לגבי מש"כ שנשבע שלא שלח יד חלק על הסמ"ע, דהראשון אינו חייב אלא כשפשע השני, אבל בשליחות יד לא מיחייב באונסין אלא אם שלח יד הוא בעצמו, אבל כשמסרה לשני והשני שלח בה יד ואח"כ נאנסה אין הראשון מתחייב בשליחות יד דשני.

< כתב הש"ך (מד) דכתב הב"י בשם תלמידי הרשב"א בשומר שמסר לאשתו ובניו או למי שרגילים הבעלים להפקיד אצלו דדעת הרמב"ן והרשב"א שאילו נשבע השני שהוא ש"ח שלא פשע בה ואומר שנגנבה או שנאבדה אע"פ שאין אנו יודעים הראשון חייב ולא מצי למימר שמא באונס מתה ופטור אני, שעליו לברר, וכן היכא שאינו רוצה לישבע השני שמתה כדרכה או שהלך למדינת הים הראשון חייב ולא מצי למימר שמא באונס מתה ופטור אני או בפשיעה וחייב השני, ואילו דעת הטור דאם אין השני רוצה לישבע או שהלך לו שהראשון פטור ואפילו הלה תובעו בברי שנגנבה מפני שזה טוען שאינו יודע אם נגנבה הוא חייב או אם נאנסה או אם מתה בפשיעה והוא פטור וה"ל כמנה לי בידך והלה אומר א"י אם נתחייבתי לך דפטור, וכתב הש"ך דלא נהירא דעת הב"י בטור דהא אמרינן בגמ' דאפילו ש"ח שמסר לש"ש חייב מטעם דא"ל את מהימנת לי בשבועה האידך לא מהימן לי בשבועה אלמא דאפילו רוצה השני לישבע חייב הראשון כיון שאין הראשון יכול לישבע כ"ש כשאין הב' רוצה לישבע או שאינו כאן לישבע דחייב, ואפשר דהוא מפרש הא דקאמר האידך לא מהימן לי בשבועה היינו שאפשר שהוא עדיין ברשותו אבל כי ידעין שאינו בעולם פטור הראשון אבל אין זה עיקר, וגם מדברי רש"ל וכל הפוסקים לא משמע כן, ובתה"ד כתב דאפילו לא מסר לשומר רק נאבד אצלו ואין יודע אם בפשיעה אם באונס חייב דכל שומר צריך לישבע בבירור אבל לא שאינו יודע, ודלא כנ"י בשם הרא"ה דהשואל חמור לרכוב עליו שלוחו ומתה בדרך והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה כיון דק"ל דאינו חייב עליה עד שעת אונסין פטור שהרי זה כאומר א"י אם הלוייתי אבל השואל חמור לרכוב עליה ונתנה לשלוחו והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה חייב שהרי הוא פושע, אלא דלענין דינא דכיון שאינו יכול לומר בבירור חייב והכי משמע מדברי הפוסקים בכמה דוכתי, ומה שדימה הנ"י לאומר מנה לי בידך והלה אומר אינו יודע לא דמי כלל דהתם כיון שנעשה שומר דמי לאומר א"י אם החזרתי לך, דלא דמי להלואה דלהוצאה ניתנה א"כ חיובא רמי מיד אנכסים אבל שאלה כיון דהדרה בעינה א"כ לא רמי חיובא אנכסיה דשואל כ"ז שהיא בעין חייב להחזירה וא"כ כשאינו יודע אם מתה כדרכה או לא ה"ל כאומר איני יודע אם החזרתי לך (ובקצות) בסימן ש"מ סק"ד האריך בזה וכאן בסקי"א ציין בקיצור). העולה מהש"ך (נתיבות חי' מג) דאין הראשון יכול לומר שמא נאנסה ביד השני ופטור או שמא מתה בפשיעה וחייב השני, דכל שומר מחויב לישבע בבירור, וכיון שאינו יודע ואינו יכול לישבע, מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ואם שכנגדו טוען ברי חייב מטעם דהוי כאיני יודע אם פרעתין, ולכך השואל חמור לרכוב וכו' שירכב עליו שלוחו ומתה בדרך, ואינו יודע אם מתה כדרכה או בפשיעה, הוי ליה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, והנתיבות כתב דהעיקר דאם מסרו שלא ברשות למי שרגיל להפקיד שפשע במה דלא ה"ל למידע דחייב, אבל אם מסר ברשות הבעלים שלא פשע במה דלא ה"ל למידע פטור, ובמקום שחייב השומר לשלם מטעם דה"ל מתוך שאינו יכול לישבע היורשים פטורים, ודוקא שיש עדים שמתה רק שאינו יודע אם בפשיעה, אבל אם יש לספק שעדיין הוא ברשות השני וגזלו, והשני הוא מי שאינו רגיל להפקיד, חייב הראשון מטעם מזיק, ואף היורשים חייבים.

< כתב הש"ך בססקמ"ח ש"ש שחזר והפקיד דבר השמור ביד הבעל דבר עצמו ונגנב או נאבד אצל הבעל דבר חייב הש"ש לשלם וכן נלמד מדברי הר"י שבמרדכי.

< כתב בתשובת **חכם צבי (קצות ט)** שנשאל בהא דאמרינן גבי חנוני על פנקסו דאמרי פועלים את האמנתיה במקרה שהפועלים רגילים להפקיד אצל החנוני אי מצי אמרי את האמנתיה כיון דהפועלים רגילים אצלו ונאמן הוא להם, והשיב דאינו דומה להא דאמרינן הכא בשומר שמסר לשומר שרגיל להפקיד דלא מצי מפקיד למימר לדידך האמנתי, דהתם השומר השני נכנס תחת הראשון והו"ל כאילו המפקיד עצמו הפקיד אצלו, אבל כאן אע"ג דחנוני נאמן אצל הפועלים אכתי מצי אמרי מאי אית לחנוני בהדן ואין לנו דין ודברים עמו.

< כתב בתשובת **המבי"ט (פת"ש יז)** בראובן שנתן לשמעון מטוה לאורג ושמעון נתנו ללוי אורג אחר שלא מדעת ראוובן, ואחר שארג לוי הבגד תובע ראוובן משמעון כי הבגדים שארג הוא לו לא נכנס בהם כ"כ צמר כמו שנכנס עתה שנתנו לאורג אחר, וטוען שמא לוי השאיר מן הצמר אצלו, ואותך הייתי מאמין ולא ללוי, ופסק כיון דק"ל (ב"מ פ') כל האומנין שומרי שכר הם ושומר שמסר לשומר חייב, לכך גם בטענה זו אע"פ שלא היה מחויב שמעון שבועת השומרים, אפ"ה כיון דמ"מ חייב שמעון שבועת

היסת אף בשאר טענות וכיון שאם היה טוען בנידון דידן ברי לי שנשאר לו צמר משלי היה חייב לוי שבועה, ואומר ראובן אותך הייתי מאמין ולא ללוי והיה חייב שמעון לשלם והוא ידון עם לוי, כן כשטוען ראובן כי בשאר בגדים כמו זה כשהיה אורג שמעון לא היה נכנס לו כל כך צמר, ואם היה שמעון אורג בגד זה והיה טוען עליו ראובן שנשאר בידו צמר לפי מה שהיה נכנס בבגדים אחרים שהיה אורג לו אע"פ שאינה טענה ודאית, היה חייב שמעון לקבל חרם שלא נשאר אצלו משלו כלום, יכול ראובן לומר לשמעון אותך הייתי מאמין כשתקבל בחרם ולא ללוי, ובשמן רקח כתב עליו שדבריו תמוהים מאד כיון שגוף הטענה אינה טענת ברי היאך שייך בזה שומר שמסר לשומר חייב, והא אף פשיעה גמורה אם המפקיד אינו יודע כמה היה שוה הפקדון פשיטא דאינו יכול להוציא ממון בספק מאומד הדעת, וכ"ש בשומר שמסר לשומר ככה"ג כיון שאינו חייב שבועה דאורייתא, וגם התובע טוענו בספק, פשיטא דא"צ לשלם ממון בספק.

< עמש"כ המחבר דמשלם אע"פ ששאל או שכר בבעלים כתב **הפת"ש** (יח) בשם תשובת **החת"ס** דה"ה שומר שטרות שמסר לשומר, אם הראשון ש"ש ומסרו לש"ח, אע"ג דכל יומיה מפקיד גביה מ"מ פושע הוא דגרועי גרעיה לשמירתו מש"ש לש"ח, אע"ג דלענין תשלומין אין נפקותא בשטרות דבין ש"ש ובין ש"ח אינם חייבים אלא בפשיעה, מכל מקום מיקרי גריעותא בשמירה, דשמירת ש"ש אפילו בלי תשלומין הוה שמירה מעליא משמירת ש"ח.

< עוד כתב **הפת"ש** (כ) על הנ"ל בשם תשובת **שב יעקב** דה"ה בריש הסעיף בלא מיעט שמירתו רק שמסר לשומר שאין דרך הבעלים להפקיד אצלו גם כן חייב אפילו בשמירה בבעלים ומה דהרמב"ם והשו"ע לא כתבו זה לעיל י"ל דלרבותא כתבו כאן דלעיל פשוט דלא מהני לפטור שמירה בבעלים כיון דהחוב לעיל משום דלא מהימן ליה מאי מהני שמירה בבעלים, דהמפקיד מצי למימר דהוא מזיק ליה בידים שנתן לאיש דלא מהימן, ואפשר שטען טענת גנב והוא עצמו גנבו, משא"כ בדין דסיפא דמהימן נמי למפקיד שטוען טענת אמת רק דמיעט בשמירתו, דאפשר לומר שפשע בשמירתו דהוי רק ש"ח, ה"א דלא גרע מאם השומר הראשון עצמו פשע פשיעה גמורה שחייב בו ש"ח ואפ"ה פטור משום דהוי שמירה בבעלים, לכך צריך לאשמועין דאפילו בהא חייב אף בשמירה בבעלים, מכ"ש בדין דלעיל היכא שמסר לשומר שאינו רגיל להפקיד אצלו דחייב אף בשמירה בבעלים.

סעיף כז

התנה שומר חינוס להיות כשואל האם היה מתחייב בדבר לבד או צריך קנין? ומה הדין בהתנה להיות ש"ש? וכן מה יהא הדין בש"ח בבעלים שהתנה להיות חייב באונסים? וכן באדם שומר קרקעות שהתנה להיות חייב בחיובי שומרים?

מה הדין בשומר שכר שהתנה להיות כדין שומר חינוס ונגנב האם מגיע לו שכרו?

ב"מ צד. "תנא ומתנה שומר חנם [גירסת הרא"ש והב"י] 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", והלכה כרבי יוחנן.

וז"ל **השו"ע** "במה דברים אמורים שאין ש"ח חייב אלא בפשיעה בסתם שומר, אבל אם התנה שיתחייב אף באונסים, חייב אף בדברים בלא קנין".

כתב **הסמ"ע** (ג) בשם תשובת **הרשב"א** דאם הפקיד וקיבל אחריות סתם ה"ז שומר שכר.

כתבו **הסמ"ע** (נא) והש"ך (נ) בשם **רי"ז** דאם נאנס שום דבר שחייב לשלם לא נשתעבדו נכסים שלו משעה ראשונה שנשאלה או נפקדה בידו אלא משעה שנאנסה.

כתב **הש"ך** (מט) שבתשובת **ראנ"ש** הסתפק באם התנה ש"ח להיות חייב כש"ש וטוען שנאנס ואומר שלא נתחייב אלא לשלם כשהיו עדים שנגנב או נאבד אבל לא נתחייב על שבועת ש"ש שהיא על טענת ספק אלא רוצה לפטור עצמו בשבועת ש"ח שלא פשע, ובפת"ש (כב) כתב דתליא בתירוצי תוס' בב"מ נ"ח (שהקשו מדוע בשוכר נפסק שם דצריך קנין הא שנינו בדף צ"ד דלא צריך ותרצו "וי"ל דהכא דפטור אפי' משבועה לא משעבד נפשיה בלא קנין אי נמי התם כיון שמתחייב כשואל סבורים העולם שהשאל

לו ובההיא הנאה משעבד נפשיה") דמשמע מתירוף ב' דש"ח אינו מתחייב כלל כש"ש בלא קנין ודוקא כשואל אמרו אבל לא כש"ש, "אמנם הפוסקים כתבו רק תירוף הראשון שבתוס' שם וכמו שכתב הסמ"ע לקמן סימן ש"א סעי' ד'. לפי זה אין חילוק" ואין צריך קנין, וכ"כ רע"א בשם המל"מ. עוד כתב רע"א דשואל בבעלים שהתנה שיתחייב בתשלומיו דנראה דאף לתירוף הא' של התוס' הנ"ל בעי קנין כיון דמדינא פטור אף משבועה, ובש"ח ובש"ש והוא בבעלים והתנה להתחייב באונסים לתירוף הב' של התוס' נראה פשוט דלא בעי קנין ולתירוף הא' בעי קנין. והוסיף בשם המהרי"ט דבקרקעות וכד' אף לתירוף הב' דתוס' הנ"ל בעי קנין (וכן מסקנת הקצות בסימן ש"מ סק"א עיי"ש, שדן בדברי התוס' הנ"ל גם גבי התנה שואל להתחייב מחמת מלאכה), אולם מהסמ"ע בסימן ש"א משמע דבעבדים וקרקות לא בעי קנין, ובמחנה אפרים כתב דבכל ענין מהני התנאי לחייב בפשיעה, ואילו הברכ"י כתב דה"ה אם מוסר לו דינר כסף והתנה עמו דאם יאבד יתפרע של זהב ונאבד, חייב לשלם לו זהב, ורע"א חלק דיותר נוטה לפטור.

הקצות (שא, ג) כתב על ספק המוהר"ש דאם אמר הריני מתחייב עצמי להיות כשומר שכר הרי הוא בתורת ש"ש לכל דינו וצריך נמי לישבע שבאונס נאבד ואם לאו ישלם, ואפילו איכא עדים שלא פשע, כיון דאם קנו מידו לישבע או לשלם מהני, וכיון דהתנה להיות כש"ש הרי נשתעבד לגמרי בדין ש"ש לישבע או לשלם כדין שומר שכר בכל דינו דהא נתחייב בדברים בהאי הנאה דמהימן ליה כמו בקנו מידו, ואם לא אמר להיות כשומר שכר אלא שהתחייב עצמו בגניבה ואבידה סתם א"כ אין בו אלא חיוב תשלומין כשידוע בעדים, אבל אם ידוע בעדים שלא פשע ואינו ידוע אם באונס או בגניבה אין צריך לישבע מספק כיון שלא אמר לישבע או לשלם, אבל במה שאומר הריני כמו ש"ש בזה הוי דינו כש"ש לגמרי לישבע או לשלם.

[הקשה **הקצות** (טז) מגיטין י"ד דרב ששת הוה ליה אשרתא דסרבלי במחוזא אמר ליה לרב יוסף בר חמא בהדי דאתית איתתנהו ניהלי אזל יהבינהו ליה אמרי ליה ניקני מינך אמר להו אין ולסוף אישתמיט להו, והקשה אמאי צריך קנין לאונסא דאורחא כיון דנתחייב בדברים נמי דמתנה שומר חנם להיות כשואל ותו מאי אהני ליה מאי דאשתמיט כיון דכבר נתרצה להם במה דאמר אין וכבר נתחייב בדברים בעלמא, וביאר דכיון דהתם דכבר נתנו לו וא"כ האי הנאה דקא מהימן ליה כבר עברה דהא בתר דיהבינהו ניהליה אמרי ליה נקני מינך על אונסא דאורחא וא"כ אותה הנאה כבר עברה, והוסיף דאע"ג דמתנה שומר חנם להיות כשואל אפילו בשומר לזמן ובתוך הזמן התנה להיות כשואל נמי מתחייב בדברים, היינו משום דהמפקיד ודאי יכול לחזור תוך זמן ולהוציאו מידו תוך זמנו דהזמן אינו אלא לטובתו, וא"כ בהאי הנאה דמהימן ליה להבא נמי גמר ומקני להתחייב בדברים, אבל התם בני מחוזא כשיבואו לחזור לא מצי הדרי דקי"ל כרב בגיטין שם דאמר אם בא לחזור אינו חוזר דכבר זכה למפקיד, א"כ אותה הנאה הראשונה כבר עברה ואח"כ שוב אינו בחזרה ולא שייך ביה בהאי הנאה דקא מהימן ליה], וכתב דלפ"ז נראה דה"ה בשוכר לזמן וקיבל עליו תוך זמנו להיות כשואל לא מתחייב בדברים, דהנאה הראשונה כבר עברה ואח"כ שוב אינו יכול לחזור עד הזמן, דבשוכר לזמן הזמן הוא טובת השוכר, וכן הסכים **הנתיבות** (חי' לג) דאם שכרו לזמן ובתוך הזמן התנה להיות כשואל צריך קנין.

סעיף כח

שומר שכר שפשע בשמירתו ובעליו היו עמו, האם זכאי המפקיד שלא לשלם לו שכרו? צ"ע מקור. (לגבי השכר – ראה שו"ג)

גבי שואל נאמר בתורה **פטור בבעלים** "אם בעליו עמו לא ישלם" (בטעם דין זה – ראה ריש סימן שמ"ו) ובב"מ **מצה**. יליף מ'וכי ישאלי וי"ו מוסיף על ענין ראשון דהוא הדין לשאר שומרים, וכ"פ בשו"ע וכמשנה ומסקנות הגמ' שם דאפילו פשיעה בבעלים פטור וז"ל כלשון **הרמב"ם** "המפקיד אצל חברו, בין בחנם בין בשכר (ע"פ ב"מ צז.), או השאילו או השכירו (ע"פ משנה צד.), 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, בד"א, בשאל הבעלים או שכרן בעת שנטל החפץ, או שהיו שאולים או שכורים אצלו מקודם לכן, כיון שהם עמו במלאכתו בשעה שנטל (כרמב"ם) ודלא כר"י דבתר שעה שקבל עליו לשמור אזלינן, אע"פ שלא היו עמו במלאכתו בשעה שנאבד, פטור, אבל אם נטל החפץ

ונעשה עליו שומר תחלה, ואחר כך שכר הבעלים או שאלם, אע"פ שהיו הבעלים עמו במלאכתו בעת שנאבד, חייב".

כתב **הקצות** (יח) דיש להסתפק בשמירה בבעלים אם נשבע שבועת השומרין או לא, ומדברי בתוס' בב"ק נ"ז משמע מהחלק הראשון בדבריהם דאפילו שמירה בבעלים בעי שבועת השומרין ומחויב לישבע שבועת התורה שבועה שאינו ברשותו אך מהמשך יש לדחות, ובירו' איפלו בזה אמוראים ולא נמצאת הכרעה בזה ברא' או באח', ובנתיבות (לד) כתב דדין שומר עליו להיות חייב בשליחות יד כדין שומר דלא מיעטיה קרא מדין שומר רק מדין תשלומין ולפ"ז ה"ה דחייב לישבע שבועת שומרין שאינו ברשותו אף שהיה בבעלים דמדין שומרים לא אימעט, ודחה שם ראיות הקצות, אך משא"כ שבועה שלא פשעתי שפיר קאמר בירושלמי דפטור, כיון דס"ל פשיעה בבעלים פטור, ואח"כ הביא שמצא שכתב כן בתשובת הרשב"א דאפילו בשמירה בבעלים חייב בשליחות יד ובשבועה שלא שלח בו יד.

סימן רצב – שלא לשלוח יד בפקדון ואם שלח בו יד

סעיף א

האם שליחות יד צריכה חסרון? והאם השימוש אינו מחסיר מה הדין? החזיר למקום האם חזר דינו?

מה הדין בשואל שלא מדעת, והחזיר שלא מדעת האם עדיין חייב באחריות? (ראה גם סע' ז)

(ז)

ב"מ מא. "איתמר רב ולוי חד אמר שליחות יד צריכה חסרון וחד אמר אינה צריכה חסרון" ופירש רש"י "שליחות יד. שחייבו הכתוב עליו אפילו נאנסה כדכתיב ומת או נשבר או נשבה וגו' שבועת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח וגו' דמשמע הא שלח נתחייב שוב במיתתה ובשבירתה. צריכה חסרון. לא הוי שליחות יד להעמידה ברשותו אלא אם כן חסרה", וכתבו הרי"ף והרא"ש דהלכתא אינה צריכה חסרון דרבא דהוא בתרא סבירא ליה הכי וכ"פ הרמב"ם.

וז"ל השו"ע כלשון הטור "אין הנפקד רשאי לשלוח יד בפקדון, ואם שלח בו יד, אפילו אינו מכין לגוזלו, אלא להשתמש בו, קם ליה ברשותיה וחייב באונסים אע"פ שעדיין לא נשתמש בו (ואע"פ שכבר החזירן למקומו, סמ"ע), דשליחות יד אינה צריכה חסרון, רק שיגביהה כדי להשתמש בה בתשמיש שמחסרו, אז חייב כאילו חסרו (על המשנה בדף מג: 'הגביה החבית ונטל הימנה רביעית ונשברה משלם דמי כולה' אמר שמואל בדף מב. 'לא נטל נטל ממש אלא כיון שהגביה ליטול אף על פי שלא נטל'). 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 (דתנן בדף מ: 'המפקיד חבית אצל חבירו ולא יחדו לה בעלים מקום וטלטלה ונשברה' אוקמה רב ששת בדף מא. 'כגון שטלטלה להביא עליה גוזלות וקסבר שואל שלא מדעת גזלן הוי' ומשמע דלא מיקרי שואל כל זמן שלא נשתמש בה) {ואם החזירה למקום שנטלה משם חזר להיות דינו כשומר הואיל ולא הוי עליו מתחלה רק שואל בעלמא (מרדכי), ובמעות בכי האי גוונא חייב באונסין (רא"ש), דשאני מעות דמוכנים תמיד לקנות בהן סחורה} ועיין לקמן סעי' ו'."

עמש"כ המחבר דבנשתמש הוי שואל שלא מדעת כתב הסמ"ע (ג) שדקדק במש"כ 'שלא מדעת' דאילו שואל מדעת נתחייב באונסין משעה שמשכה מבית בעליה אע"פ שעדיין לא נשתמש בה ולא הגביהה להשתמש בה, והטעם כתבו התוס' דבשאלה מדעת כיון דמדעתו להשתמש בו למחר או ליומא אחרא, כששאלה ומשכה מבית בעלים ה"ל כאילו כבר שימש בה, משא"כ זה שהופקד בידו כדי שיהא מונח אצלו בלא שימוש, כל שלא שימש בה ה"ל ברשות בעליה כיון שאינו עומד לשימוש.

עמש"כ הרמ"א ע"פ המרדכי דאם החזירה למקומה חזר דינו להיות כשומר, כתב הסמ"ע (ד) דמירי דווקא כשלא נטלה לשמש בה תשמיש שמחסרה וזהו שסיים הרמ"א הואיל ולא הוי עליו מתחילה רק שואל בעלמא, דאם נטלה לתשמיש שמחסרה אז אין דין שואל עליה אלא דין שולח יד דהוא כגזלן וכל

גזלן אינו מהימן למחשב חזרתו למקומו ברשותו, אם לא שהחזירן מדעת בעלים, אולם **הש"ך** (א) האריך לחלוק על דין הרמ"א בדב"ד מ"א איתא להדיא דאפילו החזירה למקומה חייב באונסים וכל זמן שאין לנו יישוב ברור אין בנו כח לפסוק כדברי הג"ה זו שהוא נגד הש"ס וכל הפוסקים, ומש"כ הסמ"ע להעמיד דאין המרדכי מיירי ששאל שלא מדעת אלא מיירי בדברים שדרך להשאיל ואין חברו מקפיד עליו, ואף לפ"ז דברי הרמ"א תמוהין דמשמע דלא מיירי בהכי מדקראו גזלן וגם לחנם דחק הסמ"ע בדברי המרדכי דנראה ברור שהמרדכי מיירי ששאל מדעת, ו**בנתיבות** (ג) האריך להוכיח כסמ"ע, והא דחזר להיות דינו כשומר דוקא "כשימש בדבר שאין הבעלים מקפידין אבל בדבר שהבעלים מקפידין נעשה גזלן ולא מהני חזרה למקומו".

עמש"כ המחבר דאם הגביהו לעשות בו תשמיש שאינו מחסרו אינו חייב משעת הגבהה אלא משעת תשמיש, כתב **הנתיבות** (א) ע"פ הנ"י דבשלמא בשאלה מדעת קנאה משעת משיכה להתחייב באונסין משא"כ בשואל שלא מדעת דאינו חייב עד שישתמש ודוקא בדבר שאין הבעלים מקפידין, אבל כשנטלה להשתמש בדבר שהבעלים מקפידין דהוי גזלן גמור חייב משעת הגבהה כשאר גזלן, ובהגהות **רע"א** על המחבר הביא בסתם דדעת הנ"י דמשעת הגבהה חייב, וכתב בשם **המחנ"א** (גזילה יח) ד"ל דגם בשומר שהגביה להשתמש בה לא נעשה שואל עד שימוש אבל בנוטל מרשות בעלים בדרך שאלה שלא מדעת בעלים הוי מיד גזלן [ועוד כתב שם במחנ"א דדעת הרמב"ן ריטב"א ור"ן ששואל שלא מדעת מתחייב משעת משיכה דלא כטור (וכנ"י), ובסברת הטור כתב דלענין שליחות יד מתחייב משעת משיכה התם הוא חידוש שחידשה תורה ולא ילפינן מיניה].

כתב **הנתיבות** (ב) **דבייחד לו מקום** ונשתמש בו במקומו בדבר שאין הבעלים מקפידין בו אפילו בשעת שאלה פטור לדעת הרמב"ן נ"י והר"ן ודלא כרש"י דחייב בשואל אפילו כששתמש במקומה, ומש"כ המחבר שהוא שואל שלא מדעת דהוי כגזלן מיירי דוקא בלא ייחד לה מקום.

סעיף ב

הגביה ארנק על מנת לקנות דינר אם נקרא שולח יד על הכל?

ע"פ **משנה ב"מ מג: פסק בשו"ע** "הטה את החבית ונטל ממנה רביעית, ונשברה, אינו חייב אלא ברביעית, כיון שלא הגביהה, אבל אם הגביהה כדי ליטול ממנה רביעית, חייב (ה"ה אם משכה לרשותו כדי לחסרה, קנאה להיות עומד ברשותו אף לענין אונסין, **סמ"ע**), (ע"פ מימרא דשמואל **בגמ'** -) אפילו לא נטל, (**רמב"ם** ע"פ בעיא דרב אשי דלא איפשטא **במד'**. ועלתה בתיקו -) אבל אם הגביה את הכיס ליטול ממנה דינר, וכיוצא בכיס מדברים שאינם גוף אחד, הרי זה ספק אם נתחייב בכל הכיס או לא נתחייב אלא בדינר בלבד".

ביאר **הסמ"ע** (ח) דהאיבעיא דבר שהכל גוף אחד כגון חבית יין או דבש (ראה בנתיבות ד' גבי דבש) שמגביהה ליטול ממנה קצת, ניחא ליה דתהוי כוליה חבית בסיס למה שיטול ממנה שלא יחמיץ, דיין אינו משתמר אלא בכלי מלא, ונעשה שואל על כל מה שבחבית להשמר עם מה שהוא רוצה ליטול, אבל אם היה הפקדון כיס של מעות, אין דינר זה שנוטל משתמר מהאחר, או דילמא גם בזה נאמר כיס מלא מעות יותר נראה הוא ומשתמר ואינו נוח להיות נאבד כדינר יחידי, והוה בזה דומה קצת ליין להתחייב בכולו, אך כתב דאמנם בגמ' משמע דהאיבעיא למ"ד שליחות יד צריכה חסרון, אבל לדידן דקי"ל דאין צריכה אין חילוק בין כיס לחבית, ומשו"ה השמיטו הרי"ף והרא"ש הך איבעיא וספיקתו, וגם הראב"ד השיג על הרמב"ם, והמחבר סמך אישור דרב המגיד. **הנתיבות** (ד) ביאר דס"ל לרמב"ם דהאיבעיא בארנקי הוא רק למ"ד דאינה צריכה חסרון ואליבא דהילכתא, דודאי אף שלח יד במקצת הפקדון אינו נעשה גזלן על כולו רק כששלח יד במקצת הפקדון שהוא גוף אחד, אבל פקדון של הרבה גופין מוחלקין, כגון שהפקיד אצלו מאה צאן ושלח יד באחד מהן, אף שהכיש במקל לכולן שירוצו כדי שיברור אחד מהן, ודאי דלא חייב רק במה ששלח יד, דהרבה גופין כהרבה פקדונות דמי, וכ"כ הרמב"ם בדיוק דבעינן גוף אחד, ולכך בעי הש"ס בארנקי דדינרי אי נימא דשאני נטירותא דארנקי מנטירותא דדינרא, וכיון דהמפקיד הפקידם בכיס אחד אסור לו לנפקד לחלקם כיון דאיכא קפידא למפקיד וכגוף אחד יחשב, או דילמא שאין קפידא למפקיד בכך והנפקד יכול לחלק להרבה מקומות וכהרבה פקדונות דמיא, אבל בסיס לא הוי כי אם חבית יין שנותן אחד כח בחבירו שלא יחמיץ, עיי"ש שהאריך, והעלה למסקנה דעיקר דשליחות יד כשנטלה להשתמש אדעתא דלהשתלם, ואז אם הגביה כדי לשלוח יד

בכולה קיי"ל דא"צ חסרון להתחייב תיכף ואין חילוק בין יין לשאר דברים, אבל אם הגביה לשלוח יד במקצת ולא נטל עדיין, לא נעשה גזלן על כולו רק בחבית יין דהוי בסיס, ובחבית שמן ובדינרין הוא ספק, ובשאר דברים שאינן גוף אחד לא נעשה גזלן על כולו, וה"ה אם כבר נטל המקצת אדעתא דלשלם דינא הכי דזה מיקרי שליחות יד, אבל אם נתכוין לגזול וכבר נטל המקצת לא נעשה גזלן על כולו, ובהמה וכיוצא שמשמש בכולו, כיון שנשמש בכולו נתחייב בכולו.

כתב רע"א בשם הנ"י דמדובר דוקא ליטול רביעית לעצמו אבל אם שפך רביעית דאינו נהנה חייב רק משום מזיק ולא מקרי שולח יד.

סעיף ג

ע"פ מימרא דרבה שם פסק בשו"ע "וכן אם הטה ונטל ממנה רביעית והחמיצה, חייב בכולה, שמחמת שחסרה החמיצה (יגירי ידידה הוא דאהני לה'), בד"א, בחבית של יין שדרכו להחמיץ כשהוא חסר, אבל שאר פירות ששלח יד במקצתם ולא הגביהן, אינו מתחייב אלא כפי מה שנטל", וביאר הסמ"ע (ט) דלאו דוקא פירות קאמר, דזהו פשיטא, דמאי שנא מריש סעיף ב' דהטה את החבית ונטל ממנה רביעית דזיל בתר טעמא, אלא ר"ל מי פירות.

כתב רע"א על הסיפא דמשמע שאינו מתחייב אלא בהגבהה או משיכה אבל בלא"ה אף שהוא בחצירו ומכוין לחסרו ולהחזיק לעצמו לא הוי שליחות יד.

סעיף ד

משנה ב"מ מג. "החושב לשלוח יד בפקדון בית שמאי אומרים חייב ובית הלל אומרים אינו חייב עד שישלח בו יד שנאמר אם לא שלח ידו במלאכת רעהו", וכפירוש רש"י, פסק בשו"ע "אמר שרוצה לשלוח יד בפקדון, אינו חייב, אף על פי שאומר כן בפני עדים".

סעיף ה

שולח יד על ידי שליח מי חייב השליח או המשלח? אימתי חייב המשלח ומה הבעיא בדין

זה?

שם מד. על המשנה הנ"ל 'החושב' מנהני מילי דתנו רבנן על כל דבר פשע בית שמאי אומרים מלמד שחייב על המחשבה כמעשה ובית הלל אומרים אינו חייב עד שישלח בו יד שנאמר אם לא שלח ידו במלאכת רעהו, אמרו להן בית שמאי לבית הלל והלא כבר נאמר על כל דבר פשע אמרו להן בית הלל לבית שמאי והלא כבר נאמר אם לא שלח ידו במלאכת רעהו אם כן מה תלמוד לומר על כל דבר פשע שיכול אין לי אלא הוא אמר לעבדו ולשלוחו מנין תלמוד לומר על כל דבר פשע".

וז"ל השו"ע "השולח יד בפקדון על ידו או על ידי שלוחו, ה"ז גזלן ונתחייב באונסים, ונעשית הגזילה ברשותו, ומשלם אותה כדין הגזלנים שיתבאר בהלכות גזילה".

כתב הסמ"ע (ו) דהיינו דוקא כשלא ידע השליח שהוא של אחרים או שאינו בר חיוב או שאין לו מה לשלם וכריש סימן קפ"ב, דא"כ הא קי"ל (קידושין מ"ב ב"מ י') דאין שליח לדבר עבירה. כתב הש"ך (ד) שהכל תפסו על הסמ"ע בזה והתוי"ט והב"ח השיגו עליו ואמרו דאשתמיטתיה ש"ס ערוכה דריש פרק האיש מקדש דמבואר שם להדיא דאדרבה משליחות יד ילפינן דבעלמא אין שליח לד"ע משום דהוי שליחות יד וטביחה או מעילה ב' כתובים הבאים כא' דיש בהו שליחות לד"ע ואין מלמדין, וכן הקשו מב"מ י' גבי האומר לאשה ועבד צאו וגנבו לי דשמעינן בהדיא דאע"ג דאין לשליח לשלם פטור המשלח, וכתב הש"ך דאביו יישב דבריו בטוב טעם ככהנא מסייע כהנא ולא נעלם מהסמ"ע גמרות ברורות אלו, דהתורה לא ריבתה שליח לדבר עבירה בשליחות יד רק לענין חיוב המשלח אבל לא לפטור השליח, דאין כוונת הסמ"ע לומר דאע"ג דאין שליח לד"ע אם אין לו לשלם חייב דהוי כמו שאינו בר חיובא, אלא דקשיא למה יתחייב המשלח ישלם השליח אם יש לו לשלם ואין לו אלא טענה שהשולח שלחו הרי קי"ל דאין שליח לד"ע דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וא"כ כיון דעכ"פ חייב השליח לשלם וא"כ למאי נ"מ אתי קרא לחייב גבי שליחות יד המשלח ומתרץ הסמ"ע משום דבעלמא יש מחלוקת בין

הפוסקים דיי"א כשלא ידע השליח אמרינן יש שלד"ע ויי"ח דאפי"ה אין של"ע וכמו שהביא הד"מ והסמ"ע מחלוקת זה לקמן ס"ס שמ"ח ועוד יש מחלוקת דיי"א דהיכא שהשליח אינו בר חיובא יש שלד"ע וכסימן קפ"ב ויי"ח וכמ"ש שם, וכן היכא שאין לו לשלם לכ"ע אמרינן אין שלד"ע וכמ"ש שם, א"כ קאמר דלפוסקים בעלמא היכא שלא ידע השליח אין שלד"ע א"כ הכא גבי שליחות יד קרא אתי היכא שלא ידע השליח דחייב המשלח ולפוסקים דבעלמא נמי יש שלד"ע היכא שלא ידע א"כ קרא אתי היכא דאינו בר חיובא, ולפוסקים דבעלמא נמי יש שלד"ע היכא דאינו בר חיובא א"כ קרא אתי היכא שאין לו לשלם, דפשיטא דלכ"ע בעלמא פטור המשלח הכא חייב, אבל אם יש לו לשלם וידע והוא בר חיובא דבכה"ג פשיטא דחייב השליח לכ"ע משום דאין שלד"ע.

הקצות (א) חלק על ביאור אבי הש"ך דגבי שליחות יד כ"ע מיקרי בר חיובא וכן השליח בר חיובא דכיון דאילו הוי נפקד היה חייב בדין שליחות יד דשומרינן, ולא אמרו דלא הוי בר חיובא אלא בכהן דאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה אבל כהן לכהן מיקרי בר חיובא, ואי מיירי בהנך דלאו בני חיובא כלל וכגון בקטן או נכרי, אלו לית בהו דין שליחות כלל, וגם בעיקר הדברים ליישב דברי הסמ"ע דלא רבי קרא אלא לחייב המשלח ולא לפטור את השליח, למה לא, דהא בהקדש דאתרבי שליח לדבר עבירה ולא מעל אלא המשלח ולא השליח, וכתב ליישב דברי הסמ"ע ע"פ הרמב"ם במעילה ז/ב שכתב שלא מצינו בכל התורה כולה שליח לדבר עבירה לבד במעילה ובלבד שלא יתערב עמו איסור אחר, והקשו דהא מצינו עוד שליח לדבר עבירה בטבחה ומכירה ובשליחות יד, ובמהרי"ט ביאר דהא דגלי בשליחות יד לאו מדין שליחות הוא אלא מדין פושע שחייב הכתוב את השומר בין שפשע ע"י עצמו בין שפשע על ידי אחרים לפי ששמירתו עליו, והיינו דכתיב על כל דבר פשע אפילו דיבור פשע מיקרי, הא אמר לשלוחו לשלוח יד באחרים שלא נעשה שומר עליו פטור, והא דעביד לה בגמ' שני כתובים, היינו משום דאי ס"ד דנילף ממעילה לשתוק בשליחות יד ונילף ממעילה מדין שליח של אדם כמותו אף בשל אחרים כל שכן בממון שנתמנה שומר עליו וכו', וטבחה נמי אפילו טבחו ע"י קטן דלאו בר שליחות הוא מיחייב דומיא דמכירה, דלא קפיד קרא אלא על מה שנהנה ממנו בין מן הברש בין מן הדמים, והא דחשיב לה שני כתובים היינו נמי דא"כ לשתוק בטבחה ונילף ממעילה, וכתב הקצות דלפ"ז נחא דברי הסמ"ע כיון דהרמב"ם כתב דלא מצינו שליח לדבר עבירה אלא במעילה, וא"כ ע"כ בשליחות יד דחייב רחמנא מדין פשיעה הוא ולא מדין שליחות, ולזה קשיא ליה דישלם השליח, דבמעילה דגלי רחמנא שליחות א"כ שליח של אדם כמותו וממילא פטור השליח, אבל בעלמא דאין שליח לדבר עבירה ואפילו בשליחות יד נמי לאו מדין שליחות דאין שליח לדבר עבירה בכל התורה כולה וא"כ ודאי תיקשי דיתחייב השליח, לזה כתב שלשה דרכים באופן שפטור השליח, דאל"כ אין שליח לדבר עבירה דלא אתרבי מעל כל דבר פשע אלא לחייב המשלח מדין פשיעה. עוד האריך הקצות בדברי המהרי"ט וכתב דאין צריך לחלק שליחות יד מטבחה [דטבחה לאו מדין שליחות אלא משום שנהנה ה"ה בשליחות יד משום שפשע, ומדברי התוס' מבואר דבמעילה מיחייב ע"י חרש שוטה וקטן ומשום דאיתעביד שליחותיה ואפי"ה אי לאו דרבי קרא במעילה שליח לדבר עבירה לא היה מיחייב ע"י שליח, וא"כ ה"ה בשליחות יד נמי מיחייב ע"י חרש שוטה וקטן דהוא נמי משום הוצאה ושנוי רשות הוא דהוי, וא"כ שפיר קאמרי דהו"ל שני כתובין טבחה ומעילה או שליחות יד ומעילה משום דא"כ נילף ממעילה דאיתנהו נמי ע"י חרש שוטה וקטן עיי"ש] ומש"ה צריך הסמ"ע לפרושי במקום דהשליח פטור דאל"כ השליח חייב כיון דאין שליח לדבר עבירה בכל התורה כולה וכנ"ל דבשליחות יד חייב אפילו ע"י חרש שוטה וקטן כמו במעילה א"כ שפיר כתב הסמ"ע או שהשליח אינו בר חיובא דמשכחת לה דאינו בר חיובא כגון בחרש שוטה וקטן (וכן הסכים בקצרה הנתיבות ססק"ה). עוד כתב דבעיקר דברי הסמ"ע קשיא דהא השליח בלאו הכי פטור כיון דאינו שומר ושליחות יד כתיב בשומרינן, ואין זה מדין גנב וגזלן דאפילו בכל אדם חייב, וא"כ שליחות יד דשמו מוכיח עליו דמיירי בדיני שומרינן בלאו הכי שליח פטור כיון דאינו שומר וצ"ע, וכתב דאפשר דמש"כ הסמ"ע 'או שליח אינו בר חיובא' מיירי נמי בהכי דהיינו שאינו שליחות יד דגנב וגזלן אלא שליחות יד דחייב רחמנא בשומרינן, וא"כ השליח אינו בר חיובא כיון דאינו שומר פטור מלשלם, או שאין לו לשלם דאפילו עושה שליח בשליחות יד דגניבה וגזילה שהוא בכל אדם נמי נפקא מינה דחייב המשלח באין לו לשלוח לשלם.

כתב הנתיבות (ה) עמש"כ הש"ך דהתורה לא ריבתה שליח לדבר עבירה בשליחות יד רק לענין חיוב המשלח אבל לא לפטור השליח, ודבריו הן דברי הפרישה ממש, אמנם זה תמוה מאד, דהא שליחות יד נתחייב בהגביה ע"מ לגזול דהיינו חסרון כמבואר בב"מ מ"א, וכיון דריבה רחמנא דיש שליח לדבר עבירה בשליחות יד וחייב המשלח כשאין להשליח לשלם כמש"כ הסמ"ע וע"כ צ"ל דהמשלח קנה

בהגבהת השליח, דאי לא קנה המשלח מהיכא תיתי יתחייב המשלח דשליחות יד בעי קנין כמבואר ברש"י שם, דהא אם יהיה שינוי בגזילה ודאי יקנה המשלח בשינוי דהא הגזילה של המשלח, וכיון דיקנה למשלח בהגבהת השליח וממילא ליכא קנין לשליח כלל דמהיכא תיתי יתחייב השליח לשלם כיון דלא עשה קנין, ודמי ממש למעילה, וכתב דלכך נראה דהסמ"ע מיירי שציוה לשליח לאכלו, ואף שהמשלח קנה אותו תיכף בהגבהת השליח כמ"ש התוספות בקדושין והשליח מיניה דהמשלח קזכי ושל המשלח קאכיל, מ"מ דמי לגזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה ורצה מזה גובה, והכא נמי, דנהי דיש שליח לדבר עבירה, מ"מ לא גרע השליח מאחר כשאכלו לפני יאוש דרצה מזה גובה ורצה מזה גובה וחייב השליח, ומ"מ דברי הסמ"ע תמוהין במ"ש דהשליח חייב כשיש לו לשלם ולא המשלח, דכיון דהיה קנין למשלח ונעשה גזלן ממילא רצה מזה גובה ורצה מזה גובה [והעלה בחי' (ה) "דשליחות יד בעי קנין, ורחמנא ריבה שנקנה להמשלח ע"י קנין שעשה השליח, ממילא אינו חייב רק המשלח ולא השליח, כיון דלא נקנה להשליח, רק כשאכלו השליח, אז רצה מזה גובה ורצה מזה גובה, כמו בגזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו שרצה מזה גובה ורצה מזה גובה, ואפילו אם השליח הוא חרש שוטה וקטן חייב המשלח"].

כתב הש"ך (ה) דבתשובת מהראנ"ש הסתפק במי שהיה רוצה לעכב פקדון מחמת חוב אי מקרי שולח יד בפקדון.

כתב רע"א דאם אמר לנכרי לשלוח יד י"ל דג"כ חייב דכך חייבה תורה, דזה גופא הוי שליחות יד במה שמצוה לאחר לשלוח יד ולא מדין שליחות הוא.

< עמ"ש"כ המחבר דהוי בגזלן וכו', הביא הש"ך (ו) דברי הטור שכתב דדין השולח יד בפקדון הוי כשאר גזלן שאינו משלם אלא כמו שהוא בשעת תשלומין שאם שלח יד ברחל ריקנית וטענה או נתעברה אצלו וגזזה או ילדה אינו משלם אלא כמו שהיא עתה ואפילו היתה טעונה או מעוברת בשעת גזלה וגזזה או ילדה אינו משלם אלא כמו שהיא עתה, וחלק הש"ך דלהדיא בש"ס (ב"ק צ"ג צ"ו) והרא"ש דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה, ולכן השולח יד בפקדון משלם כפי מה שהיתה שוה בשעת שליחות יד שאם שלח יד ברחל ריקנית וטענה או נתעברה אצלו וגזזה או ילדה או אפילו לא גזזה ולא ילדה, עיי"ש שהאריך, וסיים דלענין דינא פסק מהרש"ל דבריקנית ונתעברה או נטענה אצלו הבהמה לא קנה גוף הבהמה רק שבחה והשיג על הרא"ש.

סעיף ו

[מה הדין בשומר ששינה מקום הפקדון?]

משנה ב"מ מ: "המפקיד חבית אצל חבירו ולא יחדו לה בעלים מקום וטלטלה ונשתברה אם מתוך ידו נשברה לצורכו חייב לצורכה פטור אם משהניחה נשברה בין לצורכו בין לצורכה פטור יחדו לה הבעלים מקום וטלטלה ונשתברה בין מתוך ידו ובין משהניחה לצורכו חייב לצורכה פטור" ובגמ' "הא מני רבי ישמעאל היא דאמר לא בעינן דעת בעלים דתניא הגונב טלה מן העדר וסלע מן הכיס למקום שגנב יחזיר דברי רבי ישמעאל רבי עקיבא אומר צריך דעת בעלים, אי רבי ישמעאל מאי איריא לא יחדו אפילו יחדו נמי לא מיבעיא קאמר לא מיבעיא יחדו דמקומה הוא אלא אפילו לא יחדו דלאו מקומה הוא לא בעינן דעת בעלים אימא סיפא יחדו לה הבעלים מקום וטלטלה ונשתברה בין מתוך ידו בין משהניחה לצורכו חייב לצורכה פטור אתאן לרבי עקיבא דאמר בעינן דעת בעלים אי רבי עקיבא מאי איריא יחדו אפילו לא יחדו נמי לא מיבעיא קאמר לא מיבעיא לא יחדו דלאו מקומה הוא אלא אפילו יחדו נמי דמקומה הוא בעינן דעת בעלים רישא רבי ישמעאל וסיפא רבי עקיבא אין דאמר רבי יוחנן מאן דמתרגם לי חבית אליבא דחד תנא מובלגא מאניה בתריה לבי מסותא", והלכה כרבי עקיבא.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "המפקיד חבית אצל חבירו בין שייחדו לה הבעלים מקום בין שלא ייחדו לה מקום, וטלטלה לצורכו ונשתברה, בין קודם שהחזירה למקומה בין אחר שהחזירה למקום שיחדו לה, חייב לשלם. ואם טלטלה לצורכה, בין שנשתברה מתוך ידו בין שנשתברה משהניחה במקום אחר, פטור { (רמ"ה -) טלטלה לצורכה (סמ"ע ושו"ך) ודלא כספרים 'לצורך מקומה', ור"ל כגון שמונחת במקום התורפה ומטלטלה למקום המוצנע כדי שלא תשבר, וע' רע"א), חייב בפשיעה ופטור באונסין, ואם אירע האונס מחמת שינוי המקום, אם ייחדו לה הבעלים מקום, חייב אפילו משהניחה (דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כמבואר בסימן רצ"א/ו), ואם לא ייחדו לה הבעלים מקום, פטור משהניחה }".

ביאר **הסמ"ע** (יא) דמש"כ המחבר 'וטלטלה לצורכו' כן הוא ג"כ לשון המשנה והפוסקים, ובגמ' דייק מדקתני טלטלה ולא נקט נטלה, משמע דאייירי אפילו בלא נטלה ממקומה כדי לגזלה או לשלוח בה יד כדי לחסרה, אלא טלטלה כדי לעלות עליה במקום סולם כדי ליטול גוזלות מהשובך ולהחזירה אח"כ בעינה למקומה, אפ"ה חייב באונסין כיון שטלטלה לצורכו, משום הכי דקדקו הרמב"ם והמחבר ולא כתבו דשלח יד בהחבית, ודלא כלבוש דכתב ב' פעמים בהאי דינא דמייירי כשהיתה דעתו לחסרה.

עוד ביאר **הסמ"ע** (יג) דמש"כ הרמ"א 'מחמת שינוי המקום' ר"ל שלא החזיר למקומה הראשון ובאו הגנבים וגנבה, חייב אפילו אותו מקום השני משומר יותר מן הראשון, דאמרינן אילו הגנבים לא היו מצויים שם ולא גנבה אילו נשאר שם או חזר והניחה למקומה הראשון, וזהו דוקא שייך כשייחדו לה הבעלים מקום מתחילה דאל"כ כל מקום שחוזר ומניח שם הוא מקומה, אולם **הנתיבות** (ז) כתב דהדברים תמוהים דהא אפילו שומר שמסר לשומר אף דודאי אסור לעשות כן מטעם שאין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר אפ"ה לא חשיב פשיעה כמבואר בב"מ ל"ו בתוס', ועוד, דבשוכר לילך במקום זה והלך במקום אחר או שהשאלה לאחר פטור ביש עדים שנאנס, דדוקא להולכה בהר והולכה לבקעה חייב, אבל במקומות שווין ודאי דפטור, ומטעם תחילתו בפשיעה שנוח להשבר כשטלטלה, לא חייב בסופו באונס כיון שהפשיעה כבר נסתלקה, ועוד דהלשון ברמ"א 'חייב בפשיעה' לא שייך כלל לפי דעת הסמ"ע דהא הנטילה גופה פשיעה היא, וכך היה לו לומר, דחייב באונסין כשאירע האונס מחמת שינוי המקום משום דהוי תחילתו בפשיעה, ולכך ביאר דהכונה דחייב בפשיעה היינו אם פשע בשינוי המקום נגד איזה שום דבר כגון שמיעט בשמירה שהמקום ההוא אינו משומר כ"כ, כגון שהיה במקום המשומר נגד שריפה והוציאו למקום שאינו משומר נגד שריפה, אף דסתם שומר אין מתחייב בכך, מ"מ כשייחד לו מקום זה הוי כאילו התנה שיהיה דוקא במקום המשומר משריפה, כמו בכספים דאם התנה שיהיה בקרקע אף לדידן ה"ל פשיעה, וכיון דהוי פשיעה נגד דבר אחד, ממילא חייב אפילו באונס שהמקום לא הוי פשיעה נגדו, מ"מ הוי אונס שבא מחמת הפשיעה וחייב, אבל בלאו הכי נראה דפטור, כיון דמקום ההוא יותר משומר הוא והוא עצמו השומר, לא גרע ממסר לאחר למי שרגיל להפקיד דפטור. עוד ביאר (ח) דמש"כ הרמ"א דפטור משהניחה פירושו דאפילו מתוך ידו היה לו להיות פטור, דהא יש לו רשות להחזיקו ג"כ בידו כשלא ייחדו מקום, ואפשר שכונתו בנשברה, דאם נשברה מתוך ידו יש לתלות שמתוך כובדה נשברה מחמת הטלטול, ומ"מ פטור משהניחה ולא חשיב תחילתו בפשיעה רק כשבשעת האונס עדיין לא נסתלקה הפשיעה, כגון בצריפא דאורבני שבשעה שבא האונס עדיין לא נסתלקה הפשיעה של שריפה, משא"כ הכא שכשהניחה כבר נסתלקה פשיעה של השבירה.

סעיף ז

בעל גמ"ח שמפקידים בידו כספים להלוואות ולהשקעות מה דינו לגבי כספים אלו, כשומר או כשואל?

האם עצם זכות שימוש בכספים הופך את השומר לשואל או רק אם משתמש בפועל, פרט בשומר אבדה (ראה רסז, כה) ובשומר רגיל?

מה הדין בחנווני ושולחני שהפקידו אצלם מעות לזמן?

מה הדין בדמי אבידה שהשתמש בהן, ואחר כך החזירן ולא השתמש?

משנה ב"מ מג. "המפקיד מעות אצל השולחני אם צרורים לא ישתמש בהן לפיכך אם אבדו אינו חייב באחריותן, אם מותרים ישתמש בהן לפיכך אם אבדו חייב באחריותן", ובגמ' "משום דצרורין לא ישתמש בהן אמר רב אסי אמר רב יהודה בצרורין וחתומים שנו רב מרי אמר בקשר משונה ואיכא דאמרי בעי רב מרי קשר משונה מהו תיקון", וכתבו הרי"ף והרא"ש הילכך לא ישתמש בהם.

עוד שם "מותרין ישתמש בהן כו' לפיכך אם אבדו חייב באחריותן, אמר רב הונא ואפילו נאנסו והא אבדו קתני, כדרבה דאמר רבה נגנבו בלסטין מזויין אבדו שטבעה ספינתו בים ורב נחמן אמר נאנסו לא (כל זמן שלא נשתמש לא הוי שואל אלא אבדו דוקא חייב כש"ש, רש"י), 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", והלכה כרב נחמן בדיני, וכתב הרא"ש דאע"ג דפסק הרי"ף בדמי אבידה כרב יוסף דהוי שואל עלייהו איכא למימר שאני התם דבלא הנאת שימוש הוי עלייהו שומר שכר אבל הכא דשומר חנם הוא אסקיה חד דרגא בהנאת שימוש והוי שומר שכר, ואינו טעם נכון דשכר הנאת שימוש שוה בכל מקום ואם ניתוסף בדמי אבידה פרוטה דרב יוסף אטו בשביל שהשכר מרובה יחשב שואל אין חילוק בין שומר שכר ששכרו מרובה ובין שומר שכר ששכרו מועט, והביא שהראב"ד תירץ דהנאת שימוש דהכא גריעא מהנאת שימוש של דמי אבידה לפי שירא לשלוח בהן יד לקנות בהן סחורה שמא יבוא המפקיד לתבוע פקדונו אבל בדמי אבידה יודע שישעה אצלו ימים רבים, והביאו הסמ"ע (טז לקמן), ובגליא מסכת (פת"ש ד) למד ע"פ הראב"ד לדין בעל עגלה שקיבל מעות מאדם שיקנה עבורו היכן שנוסע דקרוב לדון אותו אפילו באונסים ולא רק כש"ש, דאינו יכול לתבוע מעותיו רק המלח שהתחייב לו להביא, ואינו ירא לקנות במעות סחורה או לעשות איזה חילוף מטבע (וה"ה לכל שלוח שקיבל מעות לקנות חפץ, פסקי המשפט).

כתב הרי"ף דאף דהלכה כרב נחמן הני מילי היכא דאבדו ועדיין לא אשתמש בהו אבל אם אשתמש בהו הוה ליה הלואה גביה וקמו ליה ברשותיה ואי איתניסו איתניסו ליה וכ"כ האי גאון, וכתב הרא"ש דמה הוצרך להשמיענו ראייה מן הגאון וצ"ל דבעי למימר דאחר שנשתמש בהם והחזירם למקומם דמדינא לא בעי דעת בעלים אפילו לרבי עקיבא כיון דברשות שלח בהם יד אפילו הכי חייב באחריותו כיון שכבר נהנה מהם ועוד מצפה ליהנות אם תזדמן לו סחורה.

המשך המשנה שם "אצל בעל הבית בין צוררין ובין מותרין לא ישתמש בהן לפיכך אם אבדו אינו חייב באחריותו. חנוני כבעל הבית דברי רבי מאיר רבי יהודה אומר חנוני כשולחני".

וז"ל השו"ע "היה הנפקד שולחני או חנוני והופקד אצלו מעות, אם אינם חתומים ולא קשורים קשר משונה אעפ"י שהם צוררים מותר לו להשתמש בהם, לפיכך נעשה עליהם (כרב נחמן -) שומר שכר וחייב בגניבה ואבידה אפילו קודם שנשתמש בהם, (רי"ף ורא"ש הנ"ל -) ואם כבר נשתמש בהם חייב גם באונסים אפילו אחר שהחזירם למקומם עד שיחזירם לבעליהם, ואם היו המעות צוררים וחתומים, או קשורים קשר משונה, לא ישתמש בהם, לפיכך אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותו, ואם הופקדו אצל בעל הבית, אפילו הם מותרים לא ישתמש בהם, לפיכך אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותו, (רמב"ם -) והוא שיטמנה בקרקע כמו שנתבאר {בסימן רצ"א סט"ו}. (ר"ת -) ובעל הבית שרוב עסקיו בריבית דינו כשולחני לפי שצריך תמיד למעות (סמ"ע ושי"ד: ובמרדכי כתב דבזמננו שאין לנו שדות וכרמים כל עסקינו בריבית וקניית סחורה כ"ע דינם כשולחני, וכתב המהרי"ק דאין חילוק בין מקום שהתגרים מצויים לאינן מצויים, וכן אין חילוק בין עשיר שאינו צריך לאלו המעות לעני, וראה לקמן בשם האג"מ) {מרדכי -} ודוקא במעות ממש, אבל בנסכא של כסף, לא, ומיהו הכל לפי הענין (קאי בפנים גם על הציטוט של הסמ"ע בשמו לעיל) ".

כתב הסמ"ע (טז) דאפילו לדעת הרי"ף והרמב"ם דס"ל בדמי אבידה דמותר ג"כ להשתמש בהן דחייב המוצא באונסיהן כאילו כבר נשתמש בהן וכסימן רסז/כה בשם, כתב הראב"ד (לעיל) דשאני הכא דתשמיש בדמי הפקדון הוא גריעא, דירא לקנות בהן סחורה שמא יבוא המפקיד פתאום ויתבע פקדונו, משא"כ בדמי אבידה דבטוח הוא שישעה אצלו זמן מרובה, ומהאי טעמא ג"כ אינו דומה לשואל מדעת דנתחייב באונסין אפילו עדיין לא שימש בה, דשם ניתן להשתמש בו ברשות ואינו ירא דבעל הבית יבוא פתאום לתבוע ממנו.

עמש"כ המחבר 'אפילו אחר שהחזירם' וכו' כתב הסמ"ע (יז) דאע"פ דבשואל שלא מדעת דשימש בפקדון והחזירה למקומה פטור מאונסין, שאני מעות דעומד להשתמש בו עוד כל שעה כשיבוא לידו דבר שיש בו ריוח, וגם כבר שימש בה, ומטעם זה כתב הרמ"א סע' א' דבמעות בכה"ג חייב באונסין, וכ"כ הש"ך (י). ע"פ הסמ"ע ומקורו ברא"ש ניתן לומר שבחנוני ושולחני שהפקידו אצלם מעות לזמן, לא קיימת סברה זו שעוד מתכוון להשתמש בהם אזי כבר לא חייב באונסין (וכע"ז בפד"ר א' עמ' 189 למטה, אליו שלחו ב'ארץ חמדה').

כתב הש"ך (ח) דברישא שמותר לו להשתמש מוכח בתוס' בב"מ כ"ט דאפילו תובע אותם המפקיד קודם שהוציא הנפקד א"צ להחזיר אותם המעות עצמם אלא יכול ליתן לו אחרים. הנהניבות (ט) יישב תמיהת החכ"צ (בסימן עג/יט) דהתוס' כתבו כן רק לרב הונא ולא לרב נחמן ולדין דקיי"ל דהוי ש"ש אם תובעם

המפקיד קודם שהוציאם ודאי צריך ליתן לו את שלו דוקא ולא מעות אחרים. **אכן בפתי"ש (ג)** הביא כמה אחי כחכ"צ, והביא שכתב בתשובת **בית אפרים** דעתו ג"כ דלא כש"ך אולם מבואר לדעתו דוקא אם הבעלים כאן ומקפידים להחזיר להם אותם מעות דוקא, אבל אם לא באו הבעלים והוא צריך למעות אלו ואינו רוצה ליקח אותם בתורת מלוה רק שמזכה לבעלים אחרים תחתיהן, שפיר דמי ויכול הוא להחליף מטעם זה נהנה וזה לא חסר כיון שאין קפידא לבעלים במעות אלו דוקא ואפילו באין לו היתר שימוש כלל כגון שאינו שולחני או חנוני, והפתי"ש כתב עליו דצ"ע.

עמש"כ המחבר ע"פ הרי"ף דאם נשתמש בהם וכו' חייב גם באונסין, כתב **הש"ך (ט)** דר"ל דה"ל אף כלוה עלייהו ונפק"מ דאם נפסל המטבע (לגמרי דאין עליו שם מטבע כלל, נתיבות סק"א) צריך לשלם לו מטבע היוצא באותה שעה אפילו הוא בעין, ולאפוקי אי אמרינן דה"ל שואל אפילו היה שואל שלא מדעת דה"ל גזלן היה יכול לומר לו הרי שלך לפניך (וכמבואר כל זה בתוס' ובמרדכי), והוסיף דאפשר שלוח הוצרך הרי"ף להביא ראיה מן הגאון, וזה יכול להיות אמת בנוסף לדברי הרא"ש.

עוד כתב **הנתיבות (י)** בהא דנשתמש בהם במחבר, דאפילו לא הוציא רק פרוטה נתיב בכולו כמו שפירש רש"י בקדושין מ"ז [ולוה הוצרך הרא"ש ליתן טעם דלא מהני החזרה בלא דעת בעלים, כיון דהמעות עדיין בעין ולא הוציא רק פרוטה, אבל כשכבר הוציא המעות ודאי דלא נעשה פרעון עד שיהיה נקנה למלוה, דכל זמן שלא קנה המלוה המעות לא נעשו המעות של המלוה, ולא דמי לשואל שמחזיר הדבר בעיניה למשאל, ולא היה צריך הרא"ש ליתן טעם כלל].

כתב **הש"ך (יא)** עמש"כ דאם הופקדו אצל בעה"ב וכו' דכתב **רי"ז (כ"כ)** בדעתו ליישב תמיהת הב"י במי שהפקיד לחברו מעות בתנאי שאם יעמיד לו אותה סחורה יקח המעות לעצמו ואח"כ אינו רוצה להעמיד לו הסחורה ורוצה להחזיר לו המעות וא"כ עכשיו אסור לו להשתמש במעות ואע"פ שהיה בענין שיוכל להשתמש במעות עד עכשיו שאינו רוצה להעמיד לו הסחורה, ודבריו לקוחים מהרא"ש גבי ההוא גברא דיהיב זוזי אשומשמי (ב"מ מ"ט) עיי"ש שהאריך.

כתב **הפתי"ש (ב)** בשם **הנתיבות** (בסימן קכא) דדוקא ברישא דהכא דאירי בנפקד מותר להשתמש, אבל שליח אם הוא שליח להולכה דהיינו שהמלוה עשה אותו שליח להוליך המעות ללוה, או שהלוה עשה אותו שליח למסור המעות למלוה, אפילו הוא שולחני והן מותרין אין לו רשות להשתמש בהם כמש"כ הב"י ביו"ד בסימן קס"ט, כיון שלא מסרם שישא בידו שום זמן אלא כדי שימסרם ללוה או למלוה, ומכ"ש היכא שמסרן הלוה ואמר לו הולך וזכי, שנעשו מעות המלוה והמלוה לא מסר בידו המעות מותרין, אבל שליח קבלה של המלוה שעשה אותו שליח לקבל המעות מיד הלוה, מותר השליח להשתמש בהם דהוי כאילו הפקיד בידו מותרין.

כתב **בפסקי המשפט (א)** ע"פ **האג"מ (חו"מ ב, נג)** דימינו אסור להשתמש בכספי פקדון ועליו להפקידם בבנק, שעיקר ההיתר של השומר להשתמש במעות נובע מכך שיש לו טירחה גדולה לשומרם בקרקע ולכן יש לתלות באומדנא שנתן לו את המעות על מנת שיוכלו להשתמש בהן (ראה שם בפנים שתלה סברתו בדברי הרמב"ן ושהוא מפני תיקון העולם) ולכך בימינו שהפקדת כסף בבנק היא השמירה העדיפה ביותר ואין צורך להוציא ממון עבור כך וגם אין בזה טירחא, ייתכן שהתבטלה אומדנא זו.

המבטל כיסו של חבירו האם חייב? ומה הדין בהרויח כסף של חבירו בלא רשות?

היה בידו מעות של פקדון והשתמש בהם בין ברשות ובין שלא ברשות והרויח בהם למי מגיע הרווח? אם תבע ממנו בעל הפקדון ואמר לו אני רוצה להרויח לעצמי, מה הדין? ומה הדין במלוה ולוה? מה הדין בתובע גזלן על הדמים שגזל ממנו?

גזל סחורה לפני היריד והחזירה לאחר היריד, מה דינו? (וראה גם דש/ה)

שנינו **במשנה ב"מ קד**. "המקבל שדה מחבירו והובירה שמין אותה כמה ראוייה לעשות ונותן לו שכך כותב לו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא" ולמדו **בירו'** "אמר רבי יצחק הדא אמרה **המבטל כיס חבירו** אין לו עליו אלא תרעומת", והפי' שהמשנה מחייבת את האריס לפצות את בעל השדה על העדר ורווחים משדהו, רק משום שזוהי ההתחייבות המקובלת בין אריסים, הא מי שיש ברשותו כסף של חברו

לצורך השקעה עסקית והוא נמנע מלעשות בו עסקים פטור מלפצות את בעל הכסף על הפסד רווחיו, מפני שבמקרה זה לא הייתה התחייבות מפורשת בין שניהם וגם אין התחייבות מקובלת שכזו, והוזכר דין זה בכמה מקומות במרדכי וש"ר.

כתב הרמ"א (מרדכי -) ואם הרויח במעות, בין היה לו רשות להשתמש בהן או לא, אין צריך לתת מן הרויח לבעל הפקדון (דקדק וכתב 'אין צריך' הא רוצה ליתן לו הרשות בידו, דכיון דלא בא לידו בתורת הלואה אין כאן משום ריבית, סמ"ע), מיהו אם בא בעל הפקדון ואמר תן לי פקדוני ואני ארויח בהן בעצמי, והלה מעכב בידו, חייב ליתן הרויח מכאן ולהבא (ש"ך סקט"ו: ורש"ל פסק דאפילו תבעו לדין ואמר לו תן לי פקדוני כי יש לי ריוח ברור ומברר דבריו וזה מעכבו פטור דמבטל כיסו לא הוי אלא גרמא וכן הוא בירושלמי דמבטל כיסו של חברו פטור, וראה לקמן נתיבות), אבל אם אומר הנפקד הוצאתים בעסק אם תרצה קבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד (והוא משיב רוצה אני דוקא מעותי), הדין עם הנפקד (דכיון דהוציאם ברשות כנ"ל יכול לומר השתתף עמי גם בהפסד אם תרצה בשכר, סמ"ע. דרכ"מ: ואע"ג דמבטל כיסו של חברו, עיין במרדכי בהגוזל קמא שהאריך בזה ויש חולקים שם ומחייבים לנפקד ליתן לו מחצית שכר ובמרדכי בסוף פרק המפקיד כתב בשם ר"י) (תשובת הרשב"א -) 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".

כתב הסמ"ע (כ) בפירוש הרישא ע"פ המרדכי דצ"ל דמיירי כשגילה הנפקד דעתו דאף דאין לו רשות להשתמש מ"מ הוא משתמש בו כדי ליקח הרויח לנפשו דאל"כ סותר לסיפא בשם הרשב"א, אולם הדברים תמוהין כי לא נמצאים בשום מקום, ואדרבה בתשובת הרשב"א קאי שם אבעה"ב שנתעסק במעות באיסורא ואפ"ה הצריך גילוי דעת הנ"ל ובלא גילוי דעת לא. אולם הנתיבות (יב) כתב דדחוק מאוד לומר כן דהא הרמ"א כלל ביחד היה לו רשות ולא היה לו רשות ובהיה לו רשות ודאי דאפילו לא גילה דעתו וגם בתשובת הרשב"א ובמרדכי מבואר להיפך כמו שתמה הסמ"ע בעצמו, לכן כתב דנראה דיש ט"ס בדברי הרמ"א בסיפא 'ואם גילה דעתו שיעסוק בהן לצרכו' כלומר שהמפקיד גילה דעתו שרצונו שהנפקד יעסוק בהן לצרכו, אז במקום שאסור להשתמש שמסתמא וכו', וזה הדין אמת מסברא, דבשלמא כשלא גילה המפקיד דעתו, מהיכא תיתי היה לו לעסוק בשביל המפקיד שהרויח יהיה להמפקיד וההפסד לעצמו, אטו בשופטני עסקינן, משא"כ כשגילה המפקיד דעתו, מהיכא תיתי נחזקיניה בגזלן, ואמרינן ודאי עסק בהן לצורך המפקיד.

כתב הסמ"ע (כ) בשם המרדכי דהיכא שהלוח הנפקד לגוי באמנה פושע הוא ואם כשחזר ראובן המפקיד ותבע מעותיו מן הנפקד, אם קדם ושילם הנפקד למפקד זכה הנפקד בריבית אך אם לא שילם לו עדיין אע"ג דאמר הריני משלם לא זכה הנפקד בריבית, דומיא דשואל דכל הנאה שלו דאמר הריני משלם לא מקני ליה כפילא עד שישלם לו ותמה על הרמ"א שלא הזכיר זה.

ביאר הנתיבות (יג) דסברת הרמ"א ע"פ המרדכי בבא בעל הפקדון דחייב, דמיירי שבעל הפקדון בא בעוד שהמעות פקדון עדיין בעין בידו, משו"ה אף אם הנפקד אומר קבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד והמפקיד אומר אני רוצה שתעסוק בו כלל רק תן לי מעותי והלה מסרב ועוסק בו, חייב ליתן לו הרויח, והטעם, דמבטל כיסו של חברו אינו פטור רק כשאינו מרויח בו, אבל כשהלה מרויח בו חייב ליתן הרויח כשמבטל כיסו של חברו, ואף דבסימן קפ"ג מבואר דאפילו נתן לו מעות לקנות חיטין להרויח ושינה וקנה שעורין ואמר שקונה לעצמו דהרויח שלו כמבואר שם בסמ"ע, מ"מ הכא חייב מטעם מבטל כיסו דכשהרויח בו חייב לשלם לחברו ההיזק דמבטל כיסו ומיירי שמברר שהיה בידו להרויח כמבואר בלשון המרדכי, ואף בכה"ג חולק הש"ך בסקט"ו כנ"ל, ובסיפא מיירי הרמ"א כשבא המפקיד לתבוע מעותיו אחר שכבר הוציאם הנפקד בעסק, ותובע מעותיו, משו"ה אם אומר הנפקד קבל העסק בין לשכר בין להפסד, והמפקיד אינו רוצה ואומר תן לי מעותי, והנפקד מסרב, הרויח של הנפקד לבד, והטעם, כיון שבהתחלת העסק עדיין לא בא המפקיד והיה דינו של זה העסק ששייך לנפקד לבד.

כתב הפת"ש (ה) דכתב הפנ"מ במעשה שאירע ביריד אחד שבא אחד ממרחקים עם ברזל למכור על יומא דשוקא, והיה לאחד מבני העיר תביעה עליו, ובא אליו בערמה כאילו הוא תגר וקנה ממנו הברזל בסך ידוע ונגמר המקח ומשך הברזל לרשותו, והמוכר סמך עצמו שבכלות היריד יתן לו מעותיו, ולאחר שחלף ועבר יום השוק הלך זה לתבוע מעותיו, והשיב הלוקח משטה הייתי בך ולא היה בדעתי ליקח

מקח זה ולא עשיתי אלא מפני שיש לי תביעה עליך לתפוס אותך בערך חמשים זהובים והמותר קח ולך, והלה צועק ככרוכיא שעכשיו שעבר היריד אי אפשר לו למכור סחורתו ואי אפשר לו לטלטל ממקום למקום במשא כבידה, ובשעת היריד היו הרבה לוקחים, והשיב דברור דזה הוי מזיק גמור, וראיה מדברי הרא"ש בריש פרק האומנין (שלג/ב) דאף אם לא הלכו הפועלים אלא שכבר שכרו כל בעלי בתים פועלים ואין מוצאין עוד להשתכר נותן להם שכר כפועל בטל דקיי"ל כר"מ, ואע"ג דלא היתה כונתו להזיק אלא להציל את שלו שיהיה מוחזק הרי מבואר בסימן סו/כג וסמ"ע וש"ך שם דהיכא דחייב מדינא דגרמי חייב אפילו לא כיון להזיק א"כ בני"ד לא יוכל לומר שעשיתי להציל את שלי דמ"מ גרם לו היזק רב, ועוד, דהיה לו להודיע מיד ולא לדחותו בלך ושוב עד אחר היריד, ע"כ ברור שזה האיש לא עשה כשארית ישראל וראוי לקונסו ולגבות ממנו כל היזקו של המוכר, ובתשובת חת"ס כתב דמבואר ברמ"א דהמבטל כיס חייב לשלם "אלא הש"ך שם נוטה לדעת מהרש"ל דאינו אלא גרמא.. קשה להוציא נגד הנ"ל" ובמקום אחר כתב "הנה דין פשוט ביש"ש פרק החובל דמבטל כיסו של חברו פטור, ורמזו הש"ך זה ג' פעמים", וזה דלא כפנ"מ, דהא הרש"ל והש"ך פסקו אף שישנה מניעת ריוח ברור כמבואר בדבריהם ובנתיבות (וכ"כ בפסקי המשפט שהש"ך חלוק על הפנ"מ, ועוד כתב לדון לפי הפנ"מ בהחזרת חפץ לאחר עונת המכירות או החגים).

סעיפים ח – ט

מסר פקדון של חברו לגנבים שבאו אצלו, מתי הוא פטור והאם יש חילוק בין שומר לאינו שומר ומי גרוע יותר? נמק. מה הדין כשכספים אלו היו כספי פדיון שבויים?

ע"פ עובדא דב"ק קיז: כתב הרמב"ם וכ"פ השו"ע "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".

כתב הש"ך (יח) שהרשב"א כתב דהא דפטור היינו דוקא כשהיו יד הגנבים שולטות בו שאם יחפשו ימצאו דאל"כ ודאי חייב דלא גרע מאנסים שאנסו להביא ממון והביא ממון חברו שהוא חייב כ"ז שאין יד האנס שולטת בו וכדלקמן שפח"ד וכן הוא דעת בעל המאור, וה"ה כתב לדעת הרמב"ם דשאני הכא כיון שהממון הוא ברשות הנפקד וכ"כ התוס' והרא"ש דשאני שומר דאדעתיה דהכי קבל שמירה (ופטור בכל גווני) וז"ל הרמב"ן "שיש הפרש בין נפקד לאדם אחר שהאחר שאנסוהו להביא ממון של פלוני מן שמיה הוא דקנסוהו בהך אונסא דנפל עליו ואסור להציל עצמו באותו ממון של חברו שאין הממון גורם עליו כלום הלכך מכיון ששלח בו יד נעשה עליו כגזלן להתחייב באונסיו אבל הנפקד שהוא כבעלים ידו כידם ורשותו כרשותם ועשייתו כעשייתם ורואין אותו כאלו הבעלים היו שם ובאו עליו הגנבים שבודאי היו נותנין אותו להם שעל מנת כן הפקיד ועל מנת כן קבל שיהא שומר כבעלים ולא שיהיה בידו עושר שמור לבעליו לרעתו שהוא נהרג עליו וממונם פלט והיינו כסא דכספא דבש"ס דילן כו' והיינו נמי מימרא דירושלמי כו' עכ"ל הרמב"ן, אך סיים הש"ך ד"מיהו לקמן סימן שפ"ח ס"ד העליתי דבאנס שאנסוהו להביא ממון פלוני פטור וא"כ בלא"ה ניחא הכא".

כתב הש"ך (יט) על הרישא דחייב בנתן להם הפקדון וכו', דמדובר דלא היו הגנבים יכולים לשלוט בו אבל אם היו מוצאים אותו אף בלא"ה פטור, ומודה בזה הרב המגיד לרשב"א [ובדרכי חושן כתב שהקשו האח' מסתירת דבריו לסקי"ח עיי"ש בכמה יישובים, וסיים דהעולה לדינא דבאמיד חייב בכל אופן ואפילו ימצאו בחיפוש (ואפשר דערוה"ש פוטר בזה), ואם ימצאו בלא חיפוש יש לומר שהש"ך כאן פטור, ובאינו אמיד פטור בכל אופן ואפילו אם יחפשו ולא ימצאו ודלא כרשב"א].

עוד מבואר שם שאם אותו ממון של פדיון שבויים פטור שאין לך פדיון שבויים גדול מזה וכתב הרמ"ה דדוקא שלא היה אצלו ממון אחר לפדות עצמו אף על פי שיש לו ממון הרבה כיון שאינו אצלו פטור, וכ"פ בשו"ע (ט) "הופקד אצלו ממון של פדיון שבויים ובאו עליו אנסים ונתנו להם להציל עצמו, אם לא היה מצוי אצלו שם (דקדק 'שם' כרמ"ה הנ"ל וכדין צדקה בסימן רנ"ג בהולך בדרך ואין לו מה לאכול דמותר לקבל מהצדקה וא"צ לשלם אח"כ, סמ"ע) ממון אחר לפדות עצמו בו, פטור, שאין לך פדיון שבויים גדול מזה. (רשב"א וכ"כ ברמב"ם -) ודוקא שהיה ממון של פדיון שבויים סתם, אבל אם היה של פדיון שבויים ידועים, חייב".

סעיפים י – יא

אדם הפקיד אצל חברו חפץ והנפקד ערבו עם חפציו הדומים לזה ונגב חלק מהם, של מי ההפסד? אם שנים הפקידו אצל אחד חפצים שווים ונגב חלק מהם איך דנים בזה והאם יש חילוק איזה סוג חפץ?

ראובן קבל משמעון עשרת אלפים לירות כדי להוליכם לעיר אחרת, גם לוי העביר בידי ראובן סכום של אלפים לירות בכדי להוליכם לאותה כתובת. את כל הכסף הכניס ראובן לארנקו שבו היו אלף ל"י משלו בדרך התנפלו שודדים על ראובן וטרדו מארנקו סכום של אלפים לירות, כיצד יחלק סכום הכסף שנותר בארנקו? הסבר.

ראובן הפקיד אצל שמעון עשר מעות להוליכו על אחריותו ושמעון עירבם עם עשרים מעותיו ונאבדו שלושה, מה הדין, ומה הדין בהפקיד טלאים?

מה דין אדם שהפקיד אצל חברו מעות וטבעיות זהב (חתיכות זהב) ועירבן הנפקד עם מעותיו ואת חתיכות הזהב עירב עם שלו, ונאבדו קצת מזה וקצת מזה?

מה הדין ממון מועט של חברו שאינו שלו ולא הופקד בידו, שנתערב בממון שלו, האם עובר בגזל והאם מתחייב בהשבה?

שנים שהפקידו מעות אצל שמעון, ראובן הפקיד עשר מעות ולוי הפקיד חמש, ושמעון הנפקד יש לו עשרים מעות ונגבם שלושה, מה הדין?

משנה ב"מ מ. "המפקיד פירות אצל חברו הרי זה יוציא לו חסרונות" 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 ידידה כמה הויין במסתפק מהן וליחזי כמה אסתפק דלא ידעי כמה אסתפק".

וז"ל השו"ע כלשון **הרמב"ם** "המפקיד פירות אצל חברו הרי זה לא יערבם עם פירותיו (רמב"ם), ומשנתנו בשעבר וערבים ופשוט, ה"ה) (ואז אף אם הם חסרין טובא יכול לומר הרי שלך לפניך, ומטעם הילך, סמ"ע, כלומר אם יש עסק הודאה במקצת על החסרון, נתיבות), עבר וערבים, יחשוב כמה היה הפקדון ויראה כמה חסר הכל, ויחשוב חסרון הפקדון (סמ"ע): ר"ל דיחשבו על כל המדות השיעור שדרך להתחסר ואם אין חסרון יותר ממה שדרך להתחסר וכדלקמן אזי הוא פטור בלא שבועה, ואם הוא חסר יותר אזי צריך לישבע שנחסר כ"כ שלא בפשיעתו ויתן למפקיד פירותיו לפי ערך המדות שהיו יחד של המפקיד ושלו) ויתן לו אחר שישבע (דבודאי יש לו לישבע שהרי זה כמו נאנסו, ה"ה).. (יא) נסתפק מהם ולא ידע כמה נסתפק, יוציא לו חסרונו (ע"פ המשך המשנה וגמ' **שם** -) 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".

על ענין השבועה כתב הש"ך (כב) דאין להקשות דהו"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע דמשלם דמחויב לישבע דשל חברו נאבד ואינו יודע בבירור, די"ל דנשבע שנאבד כך וכך ואח"כ אנו מחשבים לפי ערך ואומרים מסתמא נאבד לפי הערך, וכן לקמן (כה) ברמ"א גבי טבעיות דאומר המפקיד דלמא שלך נאבד אע"פ שהוא שומר וצריך לישבע ששל חברו נאבד ואינו יודע בבירור לא אמרין דהוי בשביל כן משואיל"מ אלא כיון שנשבע או שיש עדים או שמודה לו שנאבדו טבעיות סגי בהכי.

כתב הנתיבות (טו) דעירוב פירות המדובר מיירי שעירב בפירות שוין, אבל אם עירב בפירות גרועין שלו הוי פשיעה וחייב באונסין כשיש לתלות שהאונס בא מחמת הפשיעה.

כתב הרמ"א על סעי' י" (תה"ד -) וכן אם נתן לו מעות להוליכו על אחריותו (של המפקיד, תה"ד וסמ"ע) ונתן עם מעותיו (היינו בשק א', אבל בכיסים חלוקים דינו כטבעיות, ש"ך), ונאבדו מקצת המעות, ההפסד לפי ערך המעות, ודוקא מעות וכיוצא בו שאינו דבר מסויים, אבל אם נתן לו להוליך טבעיות של זהב וכיוצא בו, וערבן עם שלו ונאבד אחד מהן, יכול המוחזק לומר לשאינו מוחזק דלמא שלך נאבד (ואין המוחזק מפסיד כלום ואע"פ ששלו היה הרוב אין הולכים בממון אחר הרוב נגד חזקה, ש"ך) (דרכ"מ: דוקא מוחזק יכול לומר לשאינו מוחזק אייתי ראיה אבל שנים דליכא חזקה לשום חד מנייהו -), (תשובת מיימוני ותשובת הרשב"א -) ואם שנים הפקידו אצל אחד (קאי דוקא בהפקידו טבעיות דאילו הפקידו מעות ג"כ החסרון לכולם לפי ערך, סמ"ע), ונאבד או נגנב אחד מהן, אזלינן בתר רובא, (בדבר הנייד כגון בהמות דאם לא כן בנגנב ה"ל לקח מן הקבוע, ש"ך) וכל דפריש מרובא קא פריש ואם הוא קבוע כמחצה על מחצה דמי (ר"ל דאם פריש מעצמו ונאבד אזלינן בתר רובא ואם אדם לקח מהטבעיות אמרינן כל קבוע, ואין חילוק בזה בין אם כל אחד היה בעין או בתערובות כי אם באיסור והיתר ומטעם שמא יקח מן הקבוע, סמ"ע).

ביאר הסמ"ע (ל) דבמעות לא דומה למפקיד טבעיות ומפקיד טלה אצל חבירו והניחו בין טלאים שלו דיכול לומר שלך מת, דשאני התם דיש קפידא דכל אחד חפץ בשלו והיה מתחילה ברור וידוע למי הוא זה, וכיון דהנפקד הוא מוחזק יכול לומר למפקיד שלך מת או נגנב והמוציא מחברו וכו', משא"כ בפירות ומטבע דשם חד עליהן ואילו לא נגנבו היה מחזיר לבעלים בלי קפידא, במדה או במנין, משו"ה ה"ל כאילו היה חתיכה אחת והחסרון הוא לפי ערך לכולם. כתב בשערי יוסף (ג,כה) דנראה הטעם דכיון דליכא קפידא לבעלים על התערובות והנפקד עירב מדעת הרי זה נעשה קנין שותפות ע"י העירוב כמבואר בסימן קע"ו במחבר וברמב"ם דקנין שותפות הוא התערבות, וכיון דהבעלים אינם מקפידים ע"ז והנפקד עירב בכונה נעשו עי"ז משותפים שכל אחד זוכה חלק בשל חבירו, וכתב דלפ"ז נראה דאם נתערבו פירות חבירו או גם מעותיו של חבירו שלא מדעת או בשוגג, דאז יכול לומר כשנאבד שלך נאבד.

ביאר הש"ך (כד) דלפי ערך המעות דברישא ר"ל דאף שאחד מוחזק אינו יכול לומר דילמא שלך נאבד וכן נמי לא אזלינן בתר רובא לומר כל דפריש מרובא פריש, אלא חושבים לפי ערך כגון ששלו היו י" ושל חבירו כ' ונאבדו או נגנבו ג' הוא מפסיד א' וחבירו מפסיד ב' וכן אם היה להיפך שלו כ' ושל חבירו י" הוא מפסיד ב' וחבירו א'.

כתב הש"ך (כט) דבתשובת מהר"ח אור זרוע פסק במעשה שהביאו אתרוגים בסל אחד ד' שותפים, לא' כ' ולאחד ח' ולאחד ג' ולאחד ב', וסמנו בקשרים של כל א' וא' ובא אנס והריק כולם מן הסל והתיר הקשרים ולקח י' מהם והשאר החזיר להם ועתה אבדו הסימנים, דכל דפריש מרובה פריש והעכו"ם מן הרוב לקח דהיינו מאותן שהיו לו כ', ומהרא"י חלק, וגבי קושית מהרי"ל אמאי לא נימא דהוי קבוע כתב הש"ך לתרץ דמייירי שלקח העכו"ם שלא בפנינו, כלומר דלפי הש"ך הא דבנגנב הוי קבוע מייירי בנגב ישראל (נתיבות). אולם הקצות (ב) האריך דלא אמרו הפוסקים לחלק בין לקח עכו"ם ללקח ישראל אלא בלקח מתשע חנויות מוכרות בשר שחוטה ואחת בשר נבילה, דכיון דאיסור נבילה ליכא בנכרי ומשו"ה לא הוי ביה דין קבוע כיון דאין הספק נוגע אליו כלל ואזלינן בתר רובא, אבל באיסור גזל דנכרי מצווה כמו ישראל וחמיר ביה איסור גזל דאזהרתן היא מיתתן א"כ מה לי לקח ישראל ומה לי לקח נכרי, וא"כ אפילו לקח נכרי שלא בפניו אמרינן ביה דין קבוע כמחצה על מחצה, ובזה מיושב הירו' גבי אבנים גסות ששמו בגסות ששמו באותו כיס דאמרינן מחצה לזה ומחצה לזה ולא אמרינן ניזל בתר רובא ואפילו נגנבו ע"י עכו"ם. אכן הנתיבות (יז) יישב דעת הש"ך דגבי גוי ליכא עשה דהשב תשיבם, דהא בן נח נהרג ולא ניתן להישבון, רק שהגוי אינו קונה הגזילה מטעם כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, ויכול הישראל ליקח גניבה שלו בעצמו מהגוי, א"כ החילוק פשוט, דבישראל הספק נולד למי שנתחייב במצוה דהשבה, דלענין לאו דלא תגזול ליכא ספיקא דלשניהם איכא איסורא דלא תגזול, ואין הספק רק לענין השבה, משא"כ בגוי דליכא גביה מצות השבה וליכא נגדו ספיקא כלל, ואין הספק רק בין הנגזלין מי שיפסיד, ונגד הנגזלים נולד הספק שלא בפניהם ואמרינן בהן כל דפריש כדין כל ספק הנולד שלא בפניהם דאמרינן כל דפריש.

על דין רובא פריש דכתב הרמ"א האריך הנתיבות (טז) דדוקא בהיה לאחד י' ולאחד ח' ונאבדו מהם ח', אז ההפסד רק לבעל המרובה, אבל אם נאבדו יותר מה' כגון שנאבדו ז' או ח', אז החמשה מן ההיזק הוא רק לבעל המרובה, והב' או הג' שנתחסרו יותר הוא מחצה לזה ומחצה לזה, ובגוף הדין שכתב הרמ"א הרבה חולקין וס"ל דכיון שהדין הוא על מה שנשאר בקביעות ההיזק על שניהם (כלומר

לטעמם דין כל פריש משפיע רק על מה שפרש ולא על מה שנשאר, דרכי חושן, והאריך בזה ממשנה דמעשר שני ומירו' גבי אבנים הנ"ל. עוד כתב דמיירי שעירבם השליח ברצון המפקידים אבל אם נתנו לשליח בשתי כריכות והשליח עירבם, חייב לשלם לשניהם אם כל אחד טוען ברי, ואם נמצא קצת מהאבידה, אותן שנמצאו חשיב כאילו לא נאבדו, ודין כאילו לא נאבדו רק אותן המקצת שחסרו.

סעיפים יב – יג

ע"פ משנה וגמ' שם פסק השו"ע כלשון הרמב"ם (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 מותרות (מחמת לחותן הן נתפחים ונתמלא המדה כשיעור החסרון' ולא חילק המחבר בין מונחים במקום צר או לא אף שבגמ' מחלקים) (יג) וכן מוציא לו שתות לין, 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", וכתב ערוה"ש (כט) דכל אלו הדברים תלויים לפי הזמנים ולפי המקומות וכמנהג הסוחרים.

סעיף יד

פסק בשו"ע ע"פ רמב"ם בשם הר"י מגאש "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 (והוא שבועת מודה במקצת כמבואר בטור, דרכי חושן)", ודלא כראב"ד שכתב שאין זה דומה לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתם הוה ליה למידע ואיערומי קא מערים ותובע נמי קא טעין עליה ואמר מידע ידעת ודבר שבמנין קא טעין ליה ודבר שבמנין קא כפר ליה והוה ליה מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע ומשלם אבל הני לאו הכי הוא והיינו טעמא דשק צרור דאמרין עלה בירושלמי ישבע ויטול ולא אמרו יטול בלא שבועה, וביאר הב"י דס"ל דאין קרוי מחוייב שבועה כל שלא היה לו לידע ואין זה טוענו בבירור אתה יודע שכך היו ואינו כופר לו בדבר שבמנין, ומאחר דכ"ד הרי"ף כמשי"כ הרמב"ם וכ"ד הרא"ש (אף שחולק על הדין דקודם לכן ברמב"ם גבי שומר שנתחייב לשלם ואמר איני יודע כמה והמפקיד טוען ברי דנוטל בלא שבועה, דהכא עירבו בידיים ווהוא פשיעה טפי, סמ"ע סקל"ו, והש"ך כתב דאינו חולק התם אלא בהפקיד אצלו בשק מטעם דמעשים בכל יום שאין הנפקד מדקדק מה שיש בשקים ומרצופים משא"כ הכא ומכל מקום הלכה כרמב"ם (שם) נקטינן כוותיהו, וכ"פ הש"ך (לב) ודחה בסימן ע"ב דברי הב"ח לחלוק ארמב"ם ע"פ הסמ"ג.

הרא"ש (בטור) הוסיף על דברי הרמב"ם דאם לפי טענת המפקיד היו שוים ב' כסף ופרוטה והנפקד אומר יודע אני שהיו שוים פרוטה ואיני יודע כמה היו שוים יותר יש כאן חיוב שבועה אבל אם אמר פירות סתם ולא הודה בשוה פרוטה אין בהודאתו משמעות של שוה פרוטה שאף בפחות משוה פרוטה קרויין פירות, ובבד"ה כתב שאינו מוכרע בדברי הרמב"ם, והש"ך (ל) כתב דאין כן דעת הרמב"ם אלא דאף בהודה בסתם בפירות אין הודאתו בפחות משוה פרוטה.

כתב ה^נתיבות (יח) דהמחבר מיירי בגוונא דליכא הילך כגון שנפסד המותר בפשיעה וזה נקרא ה"ל למידע שכתבו הסמ"ע והש"ך.

סעיף טו

משנה ב"מ לח. "המפקיד פירות אצל חברו אפילו הן אבודין הרי זה לא יגע בהן, רשב"ג אומר ימכור בבית דין מפני השבת אבידה לבעלים", ובגמ' "אמר רבה בר בר חנה אמר ר' יוחנן מחלוקת בכדי חסרון אבל ביתר מכדי חסרון דברי הכל מוכרן בבית דין. איתמר רבה בר יעקב אמר רבי יוחנן הלכה כרשב"ג ורבה אמר רב נחמן הלכה כחכמים", וכתב הרי"ף דהלכתא כדפסק רב נחמן דבתראה הוא וכ"פ הרמב"ם, והרא"ש פסק כרשב"ג דלא קיי"ל הלכה כבתראי אלא מאבאי ורבה ואילך אבל בדורות שלפניהם אין הלכה כתלמיד במקום הרב ואי משום דרבה בתראה הוא לאו משמא דנפשיה קאמר ואי משום דהלכתא כרב נחמן בדיני היינו דוקא כנגד בני דורו ולא כנגד רבותיו ועוד דקיי"ל נמי הלכה כשמואל בדיני ואיהו פסיק בע"ב כרשב"ג, והקשה הב"י למה דחה טענת דרבה בתראה הוא משום דלאו משמיה דנפשיה קאמר דמכל מקום כיון דמשמע דהכי סבירא ליה נקטינן כוותיה.

כתב ה"ה בשם הרמב"ן דפירוש כדי חסרונם שחסר בפעם אחת או בחצי שנה כדי חסרון שמחסרין שאר פירות בכל השנה ואם אי אתה אומר כן היאך אמר רשב"ג מוכרן בבית דין, ואפשר שאף זה גם דעת הרמב"ם. עוד כתב בשם ספר המקח שדברים אלו כשאין בעל הפקדון בעיר אבל אם היה בעיר יודיענו ויעשה בהם מה שלבו חפץ וכן כתב בספר המקח.

וז"ל השו"ע כרמב"ם כת"ק "לא ערבם עם פירותיו, אע"פ שחסרים ומתמעטים והולכים, לא יגע בהם, (כרבה בר בר חנה -) בד"א כשחסרו חסרון (רמב"ן -) הראוי (על דרך שנתבאר בסעי' י"א, סמ"ע) להם בכל שנה, אבל אם חסרו יותר מכדי חסרון אם בעל הפקדון בעיר יודיענו, ואם אינו בעיר מוכרן בב"ד".

סעיף טז – יט

מי שהפקיד אצל חברו סכום גדול של דולרים והנפקד שמע שמחיר הדולרים עומד לרדת האם רשאי למכרם לפני הפיחות או לא? האם יכול לקחנו לעצמו?

ברייתא שם לח. "המפקיד פירות אצל חברו והרקיבו יין והחמיץ שמן והבאיש דבש והדביש הרי זה לא יגע בהם דברי רבי מאיר וחכמים אומרים עושה להם תקנה ומוכרן בבית דין... שמן והבאיש דבש והדביש למאי חזי שמן חזי לגלדאי דבש לכתושא דגמלא. 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".

כתב הרי"ף שיש אומרים דחכמים דברייתא סברי כרבן שמעון בן גמליאל דמתניתין ואם כן לית הלכתא כוותיהו, ולא מסתבר דלא שייכא פלוגתא דחכמים ורבי מאיר אפלוגתא דרבן שמעון בן גמליאל ורבן דמתניתין דבמתניתין פליגי בכדי חסרון ובברייתא פליגי בקנקנים וסברי חכמים דחששו להפסד הקנקנים אבל בכדי חסרון סברי שפיר כרבן דמתניתין דלא חששו להפסד מועט כזה כיון דכל הפירות ראויים להתחסר כשיעור זה ולא קיימא אפירות והרקיבו דאוקימנא להו בכדי חסרון אלא אהפסד קנקנים בלחוד הוא דקיימא, והרא"ש כתב דמסתבר כ"א דרבן קיימי אכולה מילתא דרבי מאיר גם אפירות והרקיבו, וכתב הב"י דאעפ"כ לא כתב הטור שהרא"ש חולק בדין זה דיין והחמיץ דבש והדביש משום דהרא"ש סבר דהלכה כרשב"ג ואם כן גם לדעתו הלכה כחכמים דברייתא.

וז"ל השו"ע (טז) כחכמים "המפקיד פירות אצל חברו 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".

כתב רע"א דהא דמוכרן בב"ד בטור איתא 'יכול' למוכרן וברמב"ן כתב 'צריך'.

ע"פ עובדא דיוחנן חקוקאה בפסחים יג. פסק בשו"ע (יז) "המפקיד חמץ אצל חברו והגיע פסח, הרי זה לא יגע בו עד שעה חמישית ביום י"ד. מכאן ואילך יוצא ומוכר בשוק לשעתו, מפני השבת אבידה לבעלים. (רמב"ם) ע"פ הנ"ל וכל שכן הוא שהרי בחמץ ההפסד ברור – ה"ה -) (יח) והוא הדין לשאר פקדונות שלא יגע בהם אע"פ שהוא יודע בודאי שיוזלו בזמן פלוני או יאנוס אותם המלך, שמא יבאו בעליהם קודם ויטלו ממנו".

כתב הסמ"ע (מ) דמש"כ 'שיוזלו בזמן פלוני' ר"ל לא ימכרם זמן מה קודם לכן אבל בהגיע הזמן הזול או האונס, בודאי כשיוכל אז להציל במכירה או בשום צד מה טוב. ע"פ הרמב"ם והסמ"ע אפשר ללמוד גבי דולרים שנשאלו בשאלה דכל עוד לא הגיע הפיחות אינו יכול למכרם.

כתב הפת"ש (ח) ע"פ המג"א דאם הוא במקום דיכול למוכרו לעכו"ם שיודע שיחזיר לו אחר הפסח אסור למוכרו מכירה חלוטה, ואפשר שזהו שמרמז המחבר כאן בתיבת 'לשעתו'.

ע"פ המשך הברייתא בב"מ לח. והרמב"ם פסק בשו"ע (יט) "כל המוכר פקדון על פי ב"ד, הרי זה מוכר לאחרים ואינו מוכר לעצמו (וכן הדין באפוטרופוס שמכר וכסימן ר"צ, סמ"ע), מפני החשד (רמב"ם -) והדמים יהיו מונחים אצלו, ויש לו רשות להשתמש בהם, לפיכך הרי הוא עליהם שומר שכר אעפ"י שעדיין לא נשתמש בהם", וביאר ה"ה (בב"י ובאה"ג) דין דרמב"ם דלא נתבאר זה בגמ' אלא שדימה זה למעות צרורים אצל חנוני או מותרים אצל בעל הבית שיכול להשתמש בהן והוא שומר שכר אף על

פי שלא נשתמש, ולא דמי לדמי אבידה (בסימן רס"ז) שחייב באונסין אפילו לא נשתמש דשאני התם שחייב בגניבה ואבידה ואפילו באבידה עצמה שאינו יכול להשתמש בה בדמים שהוא יכול להשתמש אנו מעלין אותו מדרגה אחת וחייב באונסין משא"כ כאן שאלולי התשמיש אינו אלא ש"ח די אם נחייבהו כש"ש מפני שיכול להשתמש – דשאני הכא דירא לקנות בהן סחורה שמא יבוא בעל הפקדון פתאום ליטול דמי הפיקדון וכמש"כ בסע' ז, **סמ"ע** (מב).

כתב **רע"א** ע"פ המהרי"ט דהוא הדין דאין מוכר לקרובים שפסול לדון ולהעיד עליהם.

סעיף כ

[מי שהפקידו אצלו ס"ת כל כמה זמן צריך לגוללו? פרט. האם מותר לו לקרוא לצורך עצמו? ומה הדין להעתיק? פרט.]

ע"פ ברייתא **ב"מ כט**: פסק בשו"ע "המפקיד ס"ת אצל חבירו, גוללו (כדי שלא יתעפש) פעם אחת ל"ב חדש (כרי"ף **רמב"ם** **רא"ש** שפסקו כת"ק ודלא כטור שפסק כראב"י שמשנתו קו ונקי דאחד חדש ואחד ישן ל' יום, ודלא כסומכוס בחדש ל' יום בישן י"ב חודש), ואם כשהוא גוללו פתחו וקרא בו מותר, אבל לא יפתח בגלל עצמו ויקרא, וה"ה שאר ספרים, ואם פתח וקרא וגלל בגלל עצמו, הרי שלח יד בפקדון (דקי"ל שליחות יד א"צ חסרון, גר"א) (רמב"ם -) ונתחייב באונסים", וכתב **הרמ"א** "**(מרדכי -)** 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 (והוא שאין לו כיוצא בו לפי שכשהפקידו אצלו יודע היה שילמוד בו ואדעתא דהכי הפקיד אצלו כמו מפקיד מעות כשהם מותרים דישתמש בהם ושמא הטעם משום דאיתא במדרש משלי על 'לא יבזו לגנב כי יגנובו' שאין לבזות מי שגונב דברי תורה, **שם**). ובמקום בטול תורה, שאין ספרים נמצאים, יכולין ב"ד לכוף לאחד להשאיל ספריו ללמוד מהן, ובלבד שישלמו לו מה שיתקלקלו הספרים (ע"פ תשובת **הרא"ש**, ובלבד שישומו ג' שמאים הספר ואם יפחת ויקלקל שישלם לו הפחת ע"י אותן שמאים ויתן משכן בכדי שומת הספר, **רע"א** בשמו)".

כתב **הש"ך** (לד) דאע"ג דגבי מציאה פסקו הרמב"ם והמחבר בסימן רס"ז ג' ל' יום, י"ל דמפקיד שאני כיון שמפקידו מדעת ולא אמר שצריך לגוללו כל ל' יום סגי בהכי, מיהו דעת הטור דגם כאן צריך לגוללו כל שלשים יום, ודחה **הש"ך** דעת **הב"י** ברי"ף והרא"ש דלא כראב"י דלא מוכח מדבריהם, וכן דעת רש"י דמפקיד דמי למציאה והמשנה ראב"י וכ"נ עיקר כסתם מתניתין וראב"י דמשנתו קב ונקי וכ"פ הב"ח.

כתב **הסמ"ע** (מג) ברישא דאם גוללו תוך ל' אסור לקרות בו, ובש"ך (לד) כתב דסירכא דלישנא דטור הוא נקט דהא לדעת השו"ע גלילתו היא אחת ל"ב חודש, וכתב **הקצות** (ג) דנראין דברי הסמ"ע גם לדעת המחבר, והוא דודאי כל שלשים יום צורך הספר הוא, דהא במציאה צריך לגלול אחת לשלשים יום, אלא דבמפקיד מדעת שאני כיון דלא ציוה לו הו"ל כמחל לו אותה טירחא, אבל אם גוללו לשלשים יום ודאי תיקון הספר הוא, וא"כ מותר לקרות ביה כשגוללו לשלשים, דתיקון הספר לא ישתנה במפקיד אלא שמוחל לו, אבל תוך ל' דאינו תיקון דהא אפילו באבידה לא הוצרך לגלול אלא אחת לל' ומש"ה תוך שלשים כשגוללו אסור לקרות בו.

כתב **הסמ"ע** (מד) שבהלכות אבידה רס"ז כ כתב המחבר כמה חילוקים בענין היתר קריאתה כגון שלא יקרא פרשה וישנה וכו' ונראה דה"ה כאן, וכאן לא בא אלא ללמדינו אימת מיקרי שולח יד להעמידה ברשותו לענין אונסין.

עמש"כ הרמ"א ע"פ המרדכי כתב **הסמ"ע** (מה) דלפי טעם א' דמרדכי נלמד דאם צרר וחתם הספר בקשר משונה דגילה דעתו דקפיד בקריאתו אז ידעין ביה דודאי לא ניחא ליה שיעתיק ממנו, דאסור לקרות מתוכה ומיקרי שולח יד בקריאתו וכ"ש בהעתקתו מתוכו, אולם לפי הטעם שכתב ממדרש משלי משמע דמותר אפילו ידעין ביה דקפיד, אלא דהרמ"א השמיטו ואדרבה כתב ודאי אדעתא דהכי הפקידו אצלו ומזה מוכח דס"ל דאם ידעין דהוא קפיד דהוא אסור וגם המרדכי לא כתב אלא בלשון אפשר. אולם **הש"ך** (לה) כתב דזה דוחק שיסבור הרמ"א דלא כמרדכי בלא טעם ובפרט שהביאו בד"מ בסתם, ועוד דלדבריו האי ושמא הטעם וכו' טעמא אחרינא הוא וזה דוחק, ועוד דאם כן לטעם הראשון אמאי

יהא מותר להעתיק ממנו וכי עולה על הדעת דאדעתא דהכי הפקידו אצלו שיעתיק ממנו, ועוד דאם כן הוה ליה למימר נמי בטעם הראשון דאדעתא דהכי הפקידו אצלו שילמוד בו ושיעתיקו, אלא כך פירוש דבריו דת"ח מותר לקרות ולהעתיק ממנו שלא ברשות ואע"ג שמקלקלו לפי שכשהפקידו אצלו היה יודע שהוא חבר וילמוד בו, והשתא קשיא ליה מ"מ אמאי מותר להעתיק ממנו הא ודאי אדעתא דהכי לא הפקידו אצלו, לכך קאמר ושמא הטעם משום דאיתא במדרש וכו' אלמא שמותר לגנוב ד"ת ולהעתיקו א"כ אפילו קפיד בודאי מותר להעתיקו ואע"ג שמקלקלן במה שמעתיק מ"מ אדעתא דהכי הפקיד אצלו שילמוד בו ואינו מקפיד על הקלקול א"כ ב' הטעמים צריכי, טעם דאדעתא דהכי הפקידו אצלו צריך דמותר להשתמש בו אע"פ שמקלקלו קצת וטעם דלא יבוזו לגנוב צריך דאף ע"ג דמסתמא מקפיד בהכי מותר, וזה דעת הרמ"א שמתחלה כתב שמותר לקרות ממנו כי ודאי אדעתא דהכי הפקידו אצלו כלומר שמטעם זה מותר לקרות ולהעתיק אע"פ שמקלקלו ואח"כ כתב שיכולים ב"ד לכוף להשאיל ספריו ובכלל זה ג"כ שמותר להעתיק אפילו חבירו מקפיד על ההעתקה מטעם דלא יבוזו לגנוב.

[בספר **להורות נתן** (חו"מ ו, קכח) אסר להשתמש בספר פרטי הנמצא בבית המדרש, ואינו דומה למקרה זה שמפקיד אצל ת"ח שמן הסתם על דעת זה שישתמש בו הפקידו, משא"כ במניח ספר בבית המדרש לא נתן אותו ליד הלומדים שם, אולם דעת הגריש"א ועוד דמותר משום דניחא ליה דליעבד מצוה בממוניה, הובאו ב**פסקי המשפט** (י, עיי"ש)].

סעיפים כא – כב

כתב השו"ע (כא) ע"פ הטור "הפקיד אצלו כסות, מנערה בענין שנתבאר בסימן רס"ז".

ב"מ ל. "תניא כדרך שאמרו באבידה כך אמרו בפקדון (שזו חובה עליו משום השבת אבידה לבעלים, רמב"ם). פקדון מאי עבידתיה גביה אמר רב ששת בפקדון שהלכו בעליו למדינת הים" וכ"פ בשו"ע (כב) כלשון הרמב"ם (קאי בין על ספר בין על כסות) "בד"א, בפקדון שהלכו בעליו למדינת הים, אבל אם היו עמו באותה הארץ, הרי זה לא יגע בו אע"פ שיאבד". **הסמ"ע** (מו) ביאר שמש"כ הטור ישאין המפקיד עמו **במדינה** (וסתם מדינה בלשון הגמרא ופוסקים הוא עיר) ששינה מלשון הגמ' והרמב"ם שכתבו בסיפא 'באותה הארץ' (והטור כתב בין ברישא ובין בסיפא באותה מדינה), אין כוונתו לחלוק ארמב"ם וה"ק דוקא כשהוא במדינת הים שהוא נעלם מהעין ולא ידענו עת בואו, אבל אם הוא בעיר, ר"ל שהוא עם הנפקד במקום ישוב במדינה אחת, אין צריך לטפל בו, ולפ"ז יהיו דברי כולם בענין אחד.

סימן רצג – מתי ניתן הפקדון ליתבע ואם יכול להחזירו בכל מקום

סעיף א

ארבעה שומרים שקבלו שמירה לזמן קבוע, האם יכולים השומרים לחזור בהם בתוך הזמן, והאם בעל החפץ יכול לחזור בו בתוך הזמן?

האם הנפקד יכול להחזיר החפץ בתוך זמן הפקדון? והאם שונה דינו מדין פועל?

נפקד שהחזיר הפקדון בעל כרחו של המפקיד, האם חשוב נתינה?

ב"ק קיח. "תניא מלוה ניתנה ליתבע בכל מקום, אבידה ופקדון לא נתנו ליתבע אלא במקומן".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "אין המפקיד יכול לתבוע הפקדון אלא במקום שהפקידו לשם, שאם הפקידו אצלו בטבריא אינו יכול לתבועו בצפורי (שיולכנו לצפורי או יתן לו דמי שויו אלא צריך ללכת אחריו לטבריה, ש"ך), (רמב"ם ותוס' - דמשמע דלא ניתנו ליתבע הא אם רצה להחזיר מחזיר בעל כרחו של מפקיד שלא אמרו לא יחזיר אלא במדבר כדלקמן -) אבל בכל מקום שירצה הנפקד להחזיר למפקיד פקדונו, צריך לקבלו, אפילו נתנו לו בעל כרחו חשיבה נתינה (דתנן שם שאם הפקיד אצלו בשוב לא יחזיר לו במדבר - הא בשוב מחזיר לו אפילו בעל כרחו, תוס' וכ"ד הרמב"ם כאמור), ופטור.. (ה"ה -)

ואם הפקידו אצלו לזמן ידוע, אינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן (ראה לקמן) (אפילו בשוב, ש"ד).

ביאר הש"ך (א) דהחידוש בענין זה דפקדון שאין המפקיד יכול לתבוע הפקדון אלא במקום שהפקידו לשם, דאע"ג דיש כאן דבר שהוא שוה ממש כמו אותו דבר שהפקיד אצלו כגון מעות מזומנים או כלי ממש כיוצא בו אינו יכול לכופו לשלם לו כאן, והוסיף דנראה דאם יש לנפקד אותן מעות שהפקיד אצלו כאן יכול לכופו לשלם לו כאן ואע"ג דהוכח בסימן רצ"ב סק"ח מדברי התוס' דהמפקיד אצל חברו מעות אפילו תובע אותם קודם שהוציאם הנפקד א"צ להחזיר להם אותן המעות היינו משום דהתם יש לו מעות אחרים אבל הכא שאם לא נחייבנו לשלם כאן לא ישלם לו כלל נראה דחייב.

כתב הב"ח (ש"ך א) דצ"ע ע"פ התרומות האם יכול המפקיד להחרים סתם את הנפקד אם נמצא אצלו במקום זה הפקדון, והש"ך כתב דאף דבמלוה פשיטא דבטוענו ברי בידך הוא ממון יש לו להשביעו היסת אבל באבדה ופקדון אפילו יאמר לו בידך הוא איכא ספיקא בדבר ואולי אין להשביעו מטעמא דמסתמא לא הביא עמו (עיי"ש שהאריך בדברי התרומות) אבל מ"מ יכול להחרים סתם אפילו בשמא ודלא כב"ח שכתב דצ"ע.

עמש"כ המחבר בשם ה"ה דאינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן, כתב הגר"א (ג) דכן דעת הראב"ד ע"פ סוגיית אמר לה כנסי סלע זו בפקדון וחזר ואמר לה התקדשי לי בו בקדושין י"ג דאמרין אטו כולחו נשי דינא גמירי ה"נ סברה אי שדינא להו ומיתברי מיתחייבנא באחריותיהו, והרשב"א חולק דמי עדיף מפועל שחוזר בחצי היום וכ"ד רע"א, והקצות (ב) יישב קושיית הרשב"א דשומר שאני דנשתעבד נכסיו לשלם אם יגנב או יאבד בפשיעה, ואפילו החזירו לבעלים תוך זמנו אם שומר שכן הוא ונגנב אצל הבעלים הרי הוא נתחייב בגניבה ואבידה ובפשיעה פטור כיון שהבעלים קיבלו מדעתן לא גרע משומר חנם, אבל אם החזיר לבעלים בעל כרחו אפילו שומר חנם לא הוי ברשות בעלים, וא"כ כל דין אחריות עליו בין שומר חנם בין שומר שכן אפילו כשהוא ביד הבעלים עד הזמן שנתחייב בדין שומרין.

כתב בפסקי המשפט דדעת המחנ"א (שומרים י"ח) דהמחבר בשם הרב המגיד איירי דווקא בש"ח אבל ש"ש יכול לחזור בו באמצע הזמן ובכך תירץ הקושיה מפועל דדווקא ש"ש שמחויב בשמירה יתירה דומה לפועל ולעבד משא"כ בש"ח שאין צריך שמירה יתירה רק שלא יפגע אין כאן עבדות, ואילו דעת הנחל יצחק דמדובר גם בש"ש שאינו יכול להחזיר לפני סוף הזמן ותירץ קו' הרשב"א דשומר לאו כעושה מעשה דמי.

כתב הפת"ש (ב) בשם הגליא מסכת דדוקא הנפקד אינו יכול להכריח שיקבל הפקדון קודם זמנו אבל המפקיד יכול שפיר לתבוע פקדונו אפילו תוך הזמן, וכן משמע בסמ"ע בסימן רצ"ב סקט"ז.

אמר המפקיד לנפקד להביא לו חפץ והלך לו המפקיד ונאנס החפץ בדרך, האם חייב הנפקד?

עמש"כ המחבר שבכל מקום שירצה הנפקד להחזיר למפקד פקדונו וכו' פטור כתב הרמ"א ע"פ המרדכי (וכביאור הסמ"ע סק"ג) "ודווקא שנתנו לו אבל אם אמר (הנפקד) להביא לו (המתן) כאן ואביא לך פקדון שלך) והמפקיד הלך לו (ונאנס מיד הנפקד אחר הבאתו) חייב הנפקד (מרדכי)".

הסמ"ע דחה פירוש הלבוש דאמר לו המפקיד להביא לו והלך לו דחייב הנפקד, דהרי סיים הרמ"א 'והמפקיד הלך לו' שמע מינה דבנפקד איירי לפני זה, וגם מצד הדין אינו דכיון דבלא הפקידו לזמן איירי כאן וכדמוכח מסיפא דמחבר, א"כ מיד שגילה המפקיד דניחא ליה בהחזרת פקדון לידו ואמר לו הביא לי פקדוני, לא גרע הנפקד משליח ששלח המפקיד שלו ונאנס ביד שלו ודהאחריות על המפקד, אולם הקצות (א) הסכים עם הלבוש דשליח שאני דמשהגיע ליד שלו וכו' לאילו הגיע ליד המפקד דשלו וכו' אבל באומר לנפקד דעדיין לא יצא מרשות הנפקד ואפילו אומר לנפקד שלח לי ביד עבדך כנעני כיון דיד עבד רבו לא יצא מרשות הנפקד וכמבואר בב"מ צ"ט ומכל שכן כאן שאומר לנפקד גופיה, והנתיבות (א) כתב דהסמ"ע ס"ל דכשהמפקד אמר להביא לו דהוי כפוטר השומר מחיוב שמירתו, וקבע לו זמן לשמור רק עד שיביאנו לכאן, וכיון שהביאו נפטר משמירתו אף שהלך לו המפקד, משא"כ אם הנפקד אמר שיביא לו, דאין לנפקד כח לפטור עצמו עד שיהיה מזומן בידו ויאמר לו טול דחשיב כנתינה, ובפת"ש (א) בשם מהר"ר משה רוטנבורג דחה ראיית הקצות מב"מ דהתם קיבל השמירה לזמן קצוב ונתחייב בתחילה בשמירה עד זמן הקצוב ואינה יוצאת מרשותו עד שיחזירנה לו.

סעיף ב

ע"פ **משנה וגמ'** שם פסק בשו"ע **"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 שהפקדתו אצלך ביישוב (ע"פ הרא"ש בגמ' -) 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 (ודילג ולא כתב לא 'אי בעינא' ולא 'אי בעית', והרי"ף והרמב"ם השמיטו כל זה דמשמע להו דמילתא דפשיטא הוא כיון דא"ל נפקד דאיהו נמי בעי למיפק למדבר דיחזיר לו במדבר, ב"י, והרש"ל פסק כגירסת הב"י בגמ' דבעי ג"כ שיאמר אי בעינא אהדר לך, ש"ד).

כתב **הסמ"ע** (ה) ברישא דכתב הטור **דאם מקבל עליו הנפקד אחריות** צריך המפקיד לקבל במדבר, וכתב הסמ"ע דבודאי גם הרמב"ם מודה בזה דאז הוה מדבר לו כישוב וכן מוכח בב"י.

כתב **הש"ך** (ו) על הרישא דמבואר בתוספתא דאולם **באבידה** חוזרת לבעלים בכל מקום, והטעם שהרי לא הפקידו אצלו מדעתו מיהו היינו דוקא כשמחזירו ליד הבעלים הא לאו הכי בעינן מקום המשתמר ברשות הבעלים.

[ביאר **הסמ"ע** (ו) בסיפא **דשינו הטוש"ע ממש"כ בסימן ע"ד** אם התחיל הלוח לומר אני רוצה לצאת למדבר, דאורחא דמילתא נקט הכא והתם, בפקדון מסתמא כשרוצה המפקיד לצאת ולילך בדרך רחוקה כדרך מדבר מפקיד את אשר לו ביד הנשארים בעיר, משו"ה התחיל כאן במפקיד שאומר רוצה אני לצאת, ובהלואה כשאדם רוצה לצאת בדרך רחוקה כדרך מדבר לוח מעות מאחרים לצורך הדרך, ומשו"ה התחיל שם בלוח שאמר תלוהו לי לצורך הליכתי למדבר, וכשהמלוה משיב לו גם רצוני לצאת שם, הו"ל כאילו הבטיחו על קבלתו שם, ומשו"ה כתבו שם דצריך לקבל שם, דאל"כ למה אמר כן, דאין לומר דאמר כן כדי לתבעו שם ההלואה כשירצה, דהא בלא"ה יש כח ביד המלוה לתבוע הלואתו מהלוח אפילו במדבר, וא"כ גם פירוש דיכול להחזיר לו דהכא ר"ל המפקיד צריך לקבלו דאל"כ למאי נפק"מ קאמר דיכול להחזירו לו].

סעיף ג

כתב **הרמב"ם** בשם יש מי שהורה "ודברי טעם הם" וכ"פ בשו"ע "המפקיד אצל חבירו **והלך בעל הפקדון למדינת הים**, והנפקד רוצה לפרש בים או לצאת בשיירא, אם בא והביא הפקדון לב"ד, נפטר מאחריות שמירתו, שאין אוסרים זה במדינה זו מפני פקדון של זה שהלך, ואי אפשר לו (גירסת המחבר) להוליכו עמו, שמא יארע לו אונס ויהיה חייב באחריותו, ובית דין מפקידים ביד אדם נאמן אצלם, מפני השבת אבידה לבעלים {**(מרדכי -)** ואם לא היה יכול להניחו ביישוב, והוצרך להוליכו עמו למדבר מכח סכנה או מכח שומר שמסר לשומר, ונאנס מידו, י"א דפטור הנפקד }".

כתב **הסמ"ע** (ז) דלא גרסינן כלבוש 'ואין אומרין לו' משום דהאומרים לו מסתמא הן הבית דין שהן הן האומרים לאדם במה ואיך יתנהג, ואם בית דין אומרים לו ליקחנו עמו במדבר, אז לא יהיה האחריות על הנפקד כיון שברשות הוליכו עמו, ו-ואי אפשר לו ר"ל לעשות מעצמו וגם הבית דין ודאי לא ירשוהו לעשות כן על אחריות המפקיד, דמוטב לב"ד לעשות טובה למפקיד לאמר לנפקד שיניח הפקדון בב"ד.

כתב **הש"ך** (ט) על הרמ"א בשם **רש"ל** דאם הוליכו הנפקד דרך יער שאין בו סכנה גדולה ונגזל שם פטור, אבל אם היה ישן וחבלוהו וגזלו חייב, ואם העכו"ם מודה שחבלו אם דין עכו"ם שהנחבל נשבע ונוטל חייב הנפקד להוציא ממנו ואם הלסטים מגזם לו אינו חייב להוציא.

סעיף ד

ע"פ ברייתא **דגיטין יד**. פסק בשו"ע כלשון הטור "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 סי' רצ"א סכ"א אם החזיר לאשת המפקיד} ויש מי שאומר (ר"ן, ובסימן קכ"ה כתב כן

בפשיטות, ש"ד) 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".

ביאר הסמ"ע (ח) דאע"ג דבמתנה ובשאר ענינים הולך לא הוי כזכי וכטוש"ע בסימנים קכ"ה ורמ"ג, מ"מ בהלואה ופקדון הו"ל הולך כלשון זכי, דכיון דהממון כבר הוא של המלוה או המפקד, בלשון כל דהו שאומר הלוה או הנפקד לשליש שמסרו הממון לידו, יצא מרשותו לגמרי וזכה הלה למפקד או למלוה לענין שאם הנפקד הוחזק כפרן דאינו יכול לחזור בו, ובהלואה אפילו אינו הוחזק כפרן.

עמ"ש"כ המחבר בשהיה רגיל וכו' ביאר הסמ"ע (ט) דכיון שהיה רגיל להפקיד אצלו, ודאי ניחא ליה למפקד שגם עתה ישאר בידו ונראה דהיינו דוקא כשאצל זה הנפקד שהיה הפקדון בידו לא היה המפקד רגיל להפקיד דאל"כ מאי אולמא האי מהאי, אולם הש"ך (יא) כתב דזה אינו אלא אפילו רגיל להפקיד אצלו ג"כ מ"מ כיון שעתה אין המשלח יכול לומר אין רצונו של המפקד שיהא פקדונו ביד אחר א"י לחזור בו וכן משמע בש"ס ופוסקים, ועוד דהא גבי הלואה בכל ענין אינו יכול לחזור בו אע"ג דלא אולמא האי מהאי.

הקשה הקצות (ג) על המחבר ע"פ הר"ן דכיון דדעתו בסימן רצא/כד בשומר שמסר הפקדון לאנשי ביתו ולא שמרו כדרך השומרים דפטור מלשלם כיון דמפקד על דעת אשתו ובניו וכרמב"ם, א"כ ה"ה במסר למי שרגיל להפקיד דאפילו פשע בו השני הראשון פטור דחד דינא אית ליה וא"כ היכי כתב דחייב באחריות כיון דנתנו למי שרגיל להפקיד, עיי"ש שהאריך ונשאר בצ"ע.

סימן רצד – הכופר בפקדון או שטוען נגנב

סעיף א

ב"מ ה': "אמר רב אידי בר אבין אמר רב חסדא הכופר במלוה כשר לעדות, בפקדון פסול לעדות". ז"ל השו"ע ע"פ הגמ' שם "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".

כתב הסמ"ע (א) דנראה דאפילו לא הפקידו בעדים מ"מ כשתבעו זה פקדונו והוא כופר ואומר להד"ם ובאו עדים שראוהו בידו בשעה שאמר להד"ם, נעשה עליו גזלן וחייב באונסים, ואף אם יטעון ויאמר כונתי במה שאמרתי להד"ם שלהד"ם הוא שבא לידי בתורת פקדון אלא בתורת מכר, דא"כ ה"ל לפרש דבריו ולא לומר סתם להד"ם, ורע"א (נח/ב, צוין בפתי"ש א' והגהותיו כאן) האריך לחלוק דאמאי לא נימא דלהד"ם היינו דמעולם לא הפקידו בידו דבר.

עוד ביאר הסמ"ע (ב) דמש"כ 'מיד' ר"ל אפילו קודם שנשבע על כפירתו, ואילו בכופר בהלואה מבואר בסימן ע"ה דאינו נעשה עליו גזלן, אף דאין נפק"מ בזה דהרי עכ"פ חייב באונסים (אף נפק"מ לענין שנעשה חשוד, ש"ד), ולדעת רש"י מיירי אפילו באו עדים שהיו מעות ההלואה בידו בשעה שכפר, דכיון שהלואה להוצאה ניתנה אמרינן שמשו"ה כפר שהיה צריך למעות באותה שעה ודעתו לשלם לו לאחר זמן, משא"כ בפקדון דלא ניתן להוצאה ולא להשתמש בעינה.

כתב הקצות (א) דדעת התשב"ץ שהמעכב ממון חבירו בידו הו"ל עושק ומתחייב באונסין, ולכן פסק בשמעון שעיקב תחת ידו זהב לעשות טבעת וראובן היה כותב לשמעון תן לי זהב ובין כך ובין כך נכנסה בולשת בעיר דאם הנותן הזהב היה דוחקו לעשות לו הטבעת והאומן היה דוחהו לפי שהיה טרוד בשאר מלאכות כשאר האומנים עדיין הוי שומר שכר ופטור, אבל אם נותן הזהב היה אומר לו כיון שעכבת מלאכתי עד עתה החזר לי הזהב, אין דינו כדן האומן אלא כדן נפקד המעכב פקדונו בידו שלא ברצון המפקד ואינו שומר עליו ונתחייב באחריותו שהרי בפשיעת עכו"ב נאנס, אך הקצות חלק דמסתימת הפוסקים לא משמע הכי ולא מיחייב אלא כשכופר בפקדון דהו"ל גזלן, אבל מעכב פקדונו של חבירו אפילו שלא ברצון המפקד אינו גזלן ולא דין עושק לו, וכן משמע מדברי הטוש"ע עב/מג ע"פ תשובת הרא"ש באומר תן לי משכוני ואמר לו לך עתה ובוא למחר אם נגנב קודם הזמן שקבע לו חייב המלוה.

כתב רע"א דיש להסתפק אם בשעת הכפירה לא היה ברשותו ובענין דלא שייך אשתמוטי דהשומר והפקדון היו באגם וכפר אם חייב באונסים, די"ל דכפירה לא עדיף מגולן ממש דבלא מעשה קנין לא קם ברשותו לחיוב אונסים, רק לענין פסול צריך שיהיה בענין דלא שייך אשתמוטי, ומלשנא דסוגיא ב"ק ק"ו משמע דגם לענין חיוב אונסין וקיימא באגם בעינן דלא שייך אשתמוטי אבל הסברא צ"ע.

עוד כתב רע"א דאף דחייב באונסים מ"מ לא פקע ממנו חיוב שומרים ונפק"מ דאם אחרי שכפר נתייקר ופשע בו שנאבד, דמצד גזלן לא משלם רק כשעת הגזילה, דהיינו שעת כפירה שהיה בזול, ומטעם שומר חייב כשעת הפשיעה, זולת בנאנס דמחייבין רק מדין גזלן ומשלם כשעת הכפירה.

סעיפים ב - ג

שמעון שהפקיד אצל ראובן פקדון וכשבא המפקיד לדרוש את הפקדון טען הנפקד שנגנב או נאבד במקום כלשהוא, והמקום היה ידוע כמקום שמתאספים בו אנשים, האם הנפקד יהיה חייב שבועה שהוא דובר אמת ולא פשע או שחייב להביא ראיה אחרת?

ב"מ פג. "תניא איסי בן יהודה אומר 'אין רואה, שבועת ה' תהיה בין שניהם' הא יש רואה יביא ראיה ויפטר כלומר ואם לא יביא ראיה חייב". ז"ל השו"ע "לא כפר בו אלא טען נגנב או נאבד, אם אמר שאירע הדבר במקום שיש עדים מצויים יביא ראיה בעדים לדבריו ויפטר, (רמב"ם -) אפילו משבועה (ונלמד ג"כ מהפסוק ואין אומרים שמא שלח בו יד קודם שנאבד, דעיקר השבועה היא שנגנב וזה הביא ראיה שנגנב שלא בפשיעה ופטור מן השבועה בדין הוא שיפטר אף משבועה דשליחות יד דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן לאשבועי אם לא בגלגול וכ"ד התוס', סמ"ע ובאה"ג), ואם לא יביא עדים לדבריו ישלם, (ב"מ ו. ב"ק קז. "אמר רב ששת שלש שבועות משביעין אותו שבועה שלא פשעתי בה שבועה שלא שלחתי בה יד שבועה שאינה ברשותי" -) ואם הוא במקום שאין עדים מצויים ישבע שהוא כדבריו (רמב"ם ע"פ שם -) ומגלגלין עליו בשבועתו שלא פשע בשמירתו אלא ששמרו כדרך השומרים ושלח בו יד קודם לכן שאם שלח בו יד קודם לכן ליהנות ממנו נתחייב אפילו נאנס {וי"א (רא"ש ע"פ הירוש') דאפילו איכא עדים שנגנב או נאבד צריך לישבע שלא פשע, ומגלגלין עליו שלא שלח בה יד (סמ"ע: טעמם דכיון דלא מוחזק בזה ברשע כולי האי משו"ה חיישינן לה, משא"כ בשלח בה יד לשמש בה דעבר על דעת המפקיד בידים וכ"ש אם היתה דעתו לחסרה ע"י ששלח יד דגול בידים), אבל אי איכא עדים שלא פשע, אין צריך לישבע שלא שלח בה יד } (ג) (רמ"ה -) 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 (דומיא דעובדא דחביתא דחמרא בריסתקא דמחוזא בב"מ פ"ג), 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".

ביאר הש"ך (ב-ג) שהשבועה המוזכרת ברישא ע"פ ב"מ ו' שישבע שהוא כדבריו שאינו ברשותו שנגנב או שנאבד ואינו ברשותו ושבועה זו דאינה ברשותו דאורייתא היא, כיון דשבועה זו פוטר עצמו מתשלומים והכי מוכח בגמ', אבל שבועה דאינו ברשותו דלקמן רצה/א היא מדרבנן כיון שמשלם ומשביעין אותו שאינו ברשותו מחשש דשמא עיניו נתן בה, ומה דמגלגלין עליו שלא פשע בשמירתו כלומר דמשביעין ליה שלא פשע אבל לא סגי שנשבע שנעשה שלא בכוונה והטעם דלשון זה משמע דמודה דפשע ולא נזהר לשומרו כראוי אלא שלא עשה כן בכוונה, כ"ה הרא"ש וכן משמע בגמ'.

עוד כתב הש"ך דמש"כ המחבר 'שאם שלח בו יד קודם לכן' וכו' משמע כפירוש רש"י דלא שלחתי בה יד כלומר לעשות בה מלאכה או שאר הנאה ולא כפירוש ר"ת שמפרש שלא אכלה וכן משמע דעת הפוסקים, וכן נ"ל עיקר מדאמרין בב"מ מ"א דמר סבר שליחות יד צריכה חסרון ומ"ס אין צריכה חסרון והכי קי"ל דא"צ חסרון משמע דלכ"ע לשון שליחות יד היינו לעשות בה מלאכה או שאר הנאה, ובהכי ניחא מה שהקשה הב"ח בסע' ה' למה השמיט הטור פירוש ר"ת ועוד כתב דהכל מודים לר"ת דשבועה שלא אכלה אינה בכלל שבועה שלא פשעתי בה ושאינה ברשותו ולכך צריך לזהר דכשמשיבין אותו שלא שלח בה יד צריך לפרש בשבועתו תרומתו ותרומתו שלא שלח בה יד לעשות מלאכתו וגם לא שלח בה יד לאכלה, דזה אינו דכיון דקי"ל צריך לישבע שלא שלח בה יד משמע היינו לעשות בה מלאכתו או שאר

שום הנאה בעולם ואם כן פשיטא דאם אכלה נהנה ממנה ושלח בה יד ואם כן כשנשבע שלא שלח בה יד דסגי בין למר בין למר.

הקשה הקצות (ב) דאיכא למידק דבייש רואה' אמאי חייב לשלם, להימניה במיגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם או החזרתי, דהא טעמא דשבועת השומרין גופיה כתב הרמב"ם משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרין, והרא"ש כתב משום דמיגו דלהד"מ או החזרתי הו"ל מיגו דהעזה, וא"כ הא תינח לשבועה אבל לממון דק"ל אפילו מיגו דהעזה מהני וכמבואר בש"ך בסימן פ"ב בכללי מיגו (אות ו'), וא"כ בין לטעמא דהרמב"ם בין לטעמא דרא"ש אמאי יתחייב ממון במקום שיש רואה הא אית ליה מיגו דלהד"מ או החזרתי [ואע"ג דבחשוד אמרין שכנגדו נשבע ונטל בשבועות מ"ד ולא מהני ליה לאוקמי ממונא במודה במקצת במיגו דכופר הכל, משום דהתם גבי חשוד דין שבועה רמי עליה ולשבועה לא מהני מיגו או משום דלאפטורי משבועה לא אמרין או משום דהוי מיגו דהעזה כדרבה, וכיון שאינו יכול לישבע רמי שבועה אשכנגדו, אבל בזה במקום שיש רואה ליכא דין שבועה כלל אלא חיוב ממון עד שיביא עדים ונפטר ואמאי הא ממון מהני ליה מיגו ואפילו מאינו מעיז למעיז], עיי"ש שנשאר בצ"ע, והתקשה גם בדברי המהרי"ט דכתב דאפילו אומר שנאנס במקום שיש רואה נאמן במיגו דאי בעי הוי טוען תוך מבואות העיר נאנסתי דלא שכיחי רבים, דלפ"ז הך דאיסי היכי משכחת לה, דהא אית ליה מיגו דלהד"מ או החזרתי, והנתיבות (א) כתב בקצרה דמשמע במחבר דאפילו הוא מודה מעצמו ויש לו מיגו דאי בעי היה אומר שנאנס שלא במקום רואה אפילו הכי אינו נאמן דהוי כמיגו במקום עדים ודלא כמהרי"ט [וראה במילואי חושן הע' 49 כמה תירוצים לקו' הקצות].

עוד כתב **הקצות (ג)** בהא דאם לא יביא עדים לדבריו ישלם, דאפילו לדעת הרמב"ם ושו"ע דשבועה העיקרית היא שבועה שאינו ברשותו, דאע"ג דידוע שאינו ברשותו וטוען שנאנסה כל שיש רואה צריך להביא עדים שנאנסה, ואפילו לדעת הרמ"ה בטור בסימן קפ"ז דלא אמרו יש רואה אלא בשבועת השומרין אבל בטענת פקדון והחזרתי אפילו יש רואה אין צריך עדים, אפילו הכי בשומרין צריך ראייה בעדים שנאנסה אפילו היכא דליכא שבועה דנאנסה, עיי"ש.

כתב **הנתיבות (ב)** דאפילו היא מתה לפנינו מ"מ גבי שומר שכר ושואל השבועה שנאנסה או שמתה מחמת מלאכה הוא עיקר שבועה, ואפילו בשומר חנם שלא פשע בשעת מיתה גם כן היא עיקר שבועה, ומחלוקת המחבר והרמ"ה היא רק כשידוע שבשעת מיתה לא היתה פשיעה, רק שיש לחוש שמא פשע מקודם בפשיעה שיש לתלות שהאונס של עכשיו בא מחמת פשיעה ראשונה, ובזה לדעת הרמ"ה הוא עיקר שבועה ולמחבר הוא רק גלגול שבועה, עיי"ש שהאריך.

סעיף ד

ע"פ הרמ"ה (ע"פ בכורות י"ח, גר"א) פסק בשו"ע "מי שהפקידו אצלו גלימא וטוען שנאנסה והביא עדים שנאנס לו גלימא, אע"פ שלא ידעו אם היתה גלימת המפקיד פטור, כיון שאילו היתה גלימא בידו ומפקיד אומר לא זו היא ונפקד אומר זו היא, נאמן בשבועת היסת, 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".

כתב **הש"ך (ו)** דהיינו דוקא שהעדים אומרים גלימא כזו ממש ששואל המפקיד ראינו שנאנסה אבל לא ידענו שהיה של מפקיד, אבל אם אומרין ידענו שנאנס לו גלימא אבל לא ידענו אם היה ממש כזו ששואל המפקיד, צריך לישבע, ובזה תירץ קושית הב"ח מב"מ ל"ה דפריך שם ואי איתא לדרב הונא דמשביעין אותו שבועה שאינה ברשותו מאי טעמא חיישינן שמא עיניו נתן בה דכיון דמשתבע מלוה שאינו ברשותו היכי מצי מפקד לה ומשני רבא כשיש עדים שנשפרה ופרכינן אי הכי מהיכא מייתי לה, ונימא דמיירי שראו עדים שנשפר לו בגד אחד ולא הכירו, דיש ליישב דבעינן דוקא שראו עדים שנשפר בגד כזה והתם ליכא למימר הכי דא"כ יודעין כמה היה שוה. **והקצות (ה)** כתב דדבריו צ"ע, דנראה דודאי שבועת השומרין הכתוב בתורה ליתיה בענין זה שראו עדים שנאנס לו גלימא, וכיון דהאונס ידוע ואין הספק אלא בבגד אם הוא זה או לא דזה לא הוי מתורת שבועת השומרין וכמ"ש הרמ"ה, אבל שבועה דרב הונא דהוא מתקנת חכמים דשמא עיניו נתן בה, א"כ כל שלא ראו עדים אם נשפר בגד זה אכתי לא יצא מחשש דשמא עיניו נתן בה, דהא שבועה זו אינה מלתא דשבועת שומרין דהא כל שמודה שפשע ורוצה לשלם ליכא תורת שבועת השומרין ואינה אלא שבועת המשנה דשמא עיניו נתן בה, ואפילו באונס ידוע כיון שאינו ידוע אם זה הוא הפקדון לא נפיק מחשש דשמא עיניו נתן בה, אבל היכא שאינו רוצה לשלם

ורוצה ליפטר עצמו מתשלומין בטענת אונס דכה"ג לא תיקנו חכמים, דלא חיישי שמא עיניו נתן בה אלא היכא שרוצה לשלם ומודה שפשע, ואינו אלא בשבועת התורה, ומש"ה כל שהאונס ידוע דתו ליכא שבועת השומרין, דגזירת הכתוב אינו אלא במקום שלא ידעין האונס וכמ"ש הרמ"ה, ושבועת המשנה נמי לית ביה כיון דאינו רוצה לשלם לא חשו שמא עיניו נתן בה ומש"ה מיפטר לגמרי. **בנתיבות (ג)** הקשה גם על דברי הש"ך וגם על דברי הקצות עיי"ש שהאריך, והעלה דהעיקר דאפילו מעידין סתם ג"כ פטור, ודוקא כשפוטר עצמו מתשלומין אז פטור כה"ג, אבל כשמשלם, אפילו איכא עדים שנגנבה לו גלימא כזו ממש חייב לישבע שבועה שאינה ברשותו שהיא מדרבנן.

סעיף ה

ע"פ משנה ב"מ צד. "אם התנה הנפקד שיהא פטור משבועה, תנאו קיים".

סעיף ו

נגנב באונס והוכר הגנב, מי עושה דין עמו? מה דין סרסור של חוב שהחוב התקלקל לאחר מכן, מי מטפל בתביעה?

ב"ק קח: "איתמר נגנבה באונס והוכר הגנב אמר אביי אם שומר חנם הוא רצה עושה עמו דין רצה נשבע אם שומר שכר הוא עושה עמו דין ואינו נשבע רבא אמר אחד זה ואחד זה עושה עמו דין ואינו נשבע, לימא פליגא אדרב הונא בר אבין דשלח נגנבה באונס והוכר הגנב אם שומר חנם הוא רצה עושה עמו דין רצה נשבע ואם שומר שכר הוא עושה עמו דין ואינו נשבע אמר לך רבא הכא במאי עסקינן כגון שקדם ונשבע והא רצה עושה עמו דין רצה נשבע קאמר הכי קאמר רצה עומד בשבועתו רצה עושה עמו דין".

וז"ל השו"ע כרבא וכלשון הרמב"ם "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".

כתב רש"י "נגנבה באונס. בלסטים מזויין דשומר שכר פטור בו ואחר כך הוכר הגנב ויכול לכופו ולהוציא מידו. עושה עמו דין. משלם לבעלים והוא יפרע מן הגנב", וכתב ה"ה שהמפרשים הקשו עליו דודאי אינו מן הדין שיתחייבו לשלם האונסין אע"פ שהוכר הגנב אלא כך פירשו שהם חייבים לטרוח לדון עם הגנב משום דלפעמים הגנב אלים וקשה ואין הבעלים רוצים לטרוח לדון עמו אבל אם אין יכולין להוציא מיד הגנב השומרים פטורים מלשלם וזה דעת הרמב"ם, והב"י תמה מאין הכריע כן דלשון הרמב"ם כגמ' ממש, ובאה"ג ביאר דאי היה הרמב"ם מחייב הנפקד לשלם למפקיד לא הוה שתיק מיניה לבארו לנו. **הסמ"ע** (ז) חלק אביי כי המעיין בלשון רש"י ולשון הרמב"ם יראה לעינים ההבדל שביניהם ושאלין לשון הרמב"ם סתומים כלשון הגמרא. **הש"ך** (ח) כתב דאף לפי רש"י דמשלם היינו כשידוע שיחזור ויוציא את שלו מהגנב ומשלם כיון שאינו מפסיד כלום אלא שטורח להוציא מידו.

האריך **הסמ"ע** (ו) לבאר הא דבשומר חנם נקט הטור דנגנב באונס דלסטים מזויין משום דביה צריכין טירחא דהעמדה בדין, דאף דימצא האנס הא גם בתחילה באלמות ובגזילה לקחו, משא"כ גנב דעלמא דכל ענינו בהסתר, ומיד שימצא בעדים שהוא גנב א"צ לדין דמעצמו ישלמנו הקרן והכפל, עיי"ש ובש"ך (ז) ג"כ האריך.

הקצות (ז) כתב ליישב מדוע הרי"ף רא"ש וטור (בניגוד לרמב"ם) השמיטו הא דבעי רבה זוטי נגנבה באונס והחזירה גנב בבית שומר ומתה בפשיעה מהו מי אמרינן כיון דנגנבה באונס כליא ליה שמירתו או דלמא כיון דהדרא הדרא, דכיון דלרבא דבהוכר הגנב דהוי שומר מכ"ש בהך דרבה זוטי, עיי"ש.

כתב בתשובת הבית אפרים (פת"ש ב) דש"ש אף אם כבר נשבע מחויב לטרוח לדון עם הגנב זהו אפילו אם רוצה להחזיר השכר ולהיות כשומר חנם ולא לטרוח לא מהני ליה.

כתב הרמ"א ע"פ תה"ד "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".

בב"י (סוף סימן של"ה) כתב שדבריו מגומגמים והסכים עמו **הש"ך** (ט) דלא דמי להוכר הגנב שהיה שומר עליו ונגנב ממנו בביתו ורשותו ודאי מחויב לעשות כל מה דאפשר להחזירו לבעליו כיון שהיה ש"ש משא"כ הכא ועוד שאני התם כיון דלא נפטר אלא בשבועה ואפשר דאם הביא עדים שנגנב באונס והוכר הגנב פטור וה"ה הכא בחוב של שמעון, אך בתשובת **בית אפרים** (**פת"ש** ג) כתב בשם כמה פוסקים לפסוק כתיב"ד.

סימן רצה – המפקיד בעדים וטוען הנפקד נגנב או להד"מ

סעיף א

ע"פ מימרא דרב הונא **ב"מ לד'**: פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "שומר חנם שאמר הריני משלם ואיני נשבע (רמב"ם – אע"פ שהחילוק לא נתבאר בגמ' נכון הוא – ה"ה -) 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 (רמב"ם)} בגד מצוייר או כלי מתוקן או דבר שאינו מוצא לקנות כמותו בשוק, חוששין שמא עיניו נתן בו, ומשביעים אותו בנקיטת חפץ (ע"פ שבועות מ"ג) שאינו ברשותו, ואח"כ משלם (כן משמע בגמ' לה. -) וה"ה לשאר השומרים, כגון השואל שאמר מתה או נגנבה, וש"ש והשוכר שאמר נגנבה או אבדה, אע"פ 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".

ביאר **הסמ"ע** (א) דהרמב"ם נקט שני עניינים הא' שצריך שיהיה דבר שמינו ידוע מצוי לקנות בשוק, והשני שיהיה הדבר שמצוי לקנות שבמינו שוה לו, דאם חסר אחד מהשנים חוששין שמא עיניו נתן בה, דאף שכל שבמינו שוה לו, מ"מ אינו מצוי לקנותו, ואם מצוי לקנותו ואינו שוה לו בציור ג"כ יש לחוש שמא עיניו נתן במצויר כזה.

עוד ביאר **הסמ"ע** (ב) במש"כ המחבר דמשביעים אותו בנקיטת חפץ שאינו ברשותו ואחר כך משלם דאם צריך לישבע עכ"פ שבועה חמורה למה לו לשלם די"ל דאם אינו משלם צריך לכלול בשבועתו עוד שני ענינים, דהיינו ששמר כראוי, ושלא נהנה ממנו בשליחות יד וכדמסיק בסע' ב' וירא השומר לנפשו שמא פעם אחת נהנה ממנו קצת או שלא שמרו כראוי בעת מן העתים.

עמש"כ המחבר בסיפא 'אע"פ שהם חייבין לשלם' כתב **הסמ"ע** (ג) דלא מדבר רק על ש"ח שהתחיל בו שכתב שאמר הריני משלם ואיני נשבע שטוען ואומר הריני משלם כי פשעתי בה ואיני נשבע לומר שנגנבה, אלא הוא הדין שאר השומרים שאם אמרו דבר שיפטר בו מהתשלומין כגון שואל שאמר שמתה מחמת מלאכה ושומר שכר טוען שמתה באונס, אלא שאינם רוצים לישבע ע"ז אלא לשלם, דג"כ משביעים אותן תחילה שאינו ברשותו וכ"כ הטור, והמחבר לרבנותא כתב כן, דלא מיבעיא כשטוען השומר חנם שנגנבה ושומר שכר שמתה ואפילו הכי רוצים לשלם, דודאי יש לחוש לרמאות, כיון דלפי דבריו הוא נפטר מהתשלומין למה רוצה לשלם, אלא ודאי משקר ועיניו נתן בה, אלא אפילו טוען השומר חנם פשעתי בה או שומר שכר נגנבה, ש"ל שהאמת טוען כאשר היה, ואין כאן צד לומר שעניו נתן בה, אפ"ה חיישינן לה ומשביעין אותו שאינו ברשותו.

כתב **הש"ך** (א) דדעת הרא"ש דאע"פ ששילם צריך לישבע שאינו ברשותו ולא אמרינן שמחל לו השבועה במה שקבל התשלומים דמסתבר טפי למימר שקבל התשלומים שלא יחזור בו, ומה שהקשה הב"ח עליו דהא אינו יכול לחזור בו כיון שקיבל עליו בב"ד לשלם, לק"מ דה"ק שהמפקיד סובר שיחזור בו ויצטרך אח"כ לאוקמיה בדינא ודייני לכך קבל המעות, ואף הרי"ף והרמב"ם לא נחלקו על הרא"ש בזה ומה שכתבו הריני משלם כו' אורחא דמילתא נקטו דמשביעין אותו תחלה ואח"כ משלם דשמא ע"י השבועה יפרוש ויתן גוף החפץ ולא יצטרך לשלם אבל אה"נ דאם שלם מתחילה דמשביעין אותו שאינו ברשותו, ודלא כב"ח [שלמד ברמב"ם שדווקא בשלא שילם אלא אמר הריני משלם התם הוא דמשביעין אותו שבועה שאינה ברשותו ואחר כך משלם אבל כשכבר קבל התשלומין מידו לא מצי להשביעו דאנן סהדי

שלא נחשד בעיניו וכאילו מחל לו השבועה בפירוש דאם לא כן לא היה מקבל מידו התשלומין והרא"ש כאמור דחה פירוש זה וכתב דגם כשקיבל התשלומים מידו יכול, דרכי חושן].

סעיף ב

ז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם ע"פ ב"מ ו. "נמצא כל שומר שנשבע שבועת השומרים כולל בשבועתו ג' דברים ששומר כדרך השומרים ושאיירעו כך וכך ושאינו ברשותו ושלא שלח בו יד קודם שאירעו המאורע הפוטר אותו, ואם רצה לשלם, נשבע שאינו ברשותו וכולל בשבועתו שכך וכך היה שוה".

ביאר הסמ"ע (ה) דמה שנשבע דאינה ברשותו זה אע"ג דכבר נשבע שאירע כך וכך והיינו שנגנבה בשומר חנם וממילא אינה ברשותו וכן הלאה, ואין לומר ששבועה זו כדי שלא יעשה רמאות דחיישין דאף שכבר נגנבה שמא חזרה לבוא לרשותו ובשומר שכר אף שנשבע שנאנסה מידו שמא יכול להשתדלה וכמשמעות הגמ', דא"כ בש"ש שטוען שמתה צריך לישבע הני ג' שבועות ובש"ש אי אפשר לחזור לרשותו אחר שכבר מתה, לכן צ"ל דה"ק שאירע כך וכך ולא היתה אז ברשותו כלומר שלא נהנה ממנה קודם לכן שעל ידו היתה עומדת ברשותו לענין אחריות שיבוא עליה, ולפי"ז צ"ל דשלא שלח בה יד הוא עוד ענין אחר זולת הנאה שנהנה ממנה, ודוחק, וצ"ע.

שואל שהתנה שיהיה דינו כשומר חנם ונגנב הפקדון, והשואל רוצה לשלם, ועדיין לא שילם, ונמצא הגנב, האם השואל זוכה בכסף?

שילם ולא רצה להישבע והוכר הגנב, מה דין השבח?

משנה ב"מ לג: "המפקיד אצל חברו בהמה או כלים ונגנבו או שאבדו שילם ולא רצה לישבע נמצא הגנב משלם תשלומי כפל טבח ומכר משלם תשלומי ד' וה' למי הוא משלם למי שהפקדון אצלו" ובגמ' לד. "אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן לא שילם שילם ממש אלא כיון שאמר הריני משלם אף על פי שלא שילם... 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 למפטר 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 ליה רב זביד הכי אמר אביי שואל עד שישלם מאי טעמא הואיל וכל הנאה שלו בדיבורא לא מקני ליה כפילא תניא כוותיה דרב זביד השואל...". פסקו הרי"ף **רמב"ם רא"ש** כרב זביד בשואל.

תמה הב"י על הטור שכתב "או אפילו אמר פשעתי והריני משלם ושילם" דהרי לא מצריכין שילם אלא בשואל אבל בש"ח כיון שאמר פשעתי אע"פ שלא שילם מקני ליה כפילא, ואפילו לומר הריני משלם משמע דלא בעינן דכיון שאמר פשעתי הוי כאומר הריני משלם, וביאר דנמשך אחר הרא"ש שכתב דרב הונא אתא לאשמועינן דלא מקני כפילא עד שישבע שאינה ברשותו דכל זמן שלא נשבע או שילם לא סמכא דעתיה שיהא כדבריו אלא אומר עיניו נתן בה וקודם שישבע או ישלם יחזור בו הילכך אכתי לא מקני ליה כפילא, אך אין דברי הרא"ש מחוורים שחידש דבר כזה מדעתינו בשביל דקדוק לשון דאי הוה דינא הכי ודאי לא הוה שתיק תלמודא מלאשמועינן חידוש גדול כזה, והא דנקט רב אלפס ברב הונא אמר הריני משלם לאו להכי נתכוין אלא דמימרא דרב הונא מרחקא בגמרא טובא ממתניתין ומשמע דמילתא באפי נפשיה היא להכי כתב אמר הריני משלם לומר דאמתניתין קאי, והרמב"ם שהיה תלמיד תלמידו של הרי"ף לא הזכיר דבר זה אלא סתם וכתב כיון שאמר הריני משלם מקני ליה כפילא.

עוד **שם** דפריך בגמ' על דאיתא במשנה במשלם כפל – "מתקיף לה רמי בר חמא והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגנב 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 דמילתא שבחא דאתא מעלמא עביד אינש דמקני שבחא דמגופא לא עביד אינש דמקני איכא דאמרי אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני סמוך לגניבותה קנויה לך מאי בינייהו איכא בינייהו קושיא דרבי זירא אי נמי דקיימא

באגם (כשגנבה גנב ללישנא בתרא לא קני כפילא דהא סמוך לגניבתה לא היתה בחצרו שתהא חצרו קונה לו, רש"י).

וכתב **הרא"ש** "למי משלם למי שהפקדון אצלו והיינו טעמא דאזלינן בתר אומדן דעתא כשמתרצה לשלם הקרן והוא יהיה יכול להפטר ממנו בשבועה דעתו להקנות לו גוף הפרה מעכשיו תנן מגיזותיה וולדותיה דשבחא דאתי מעלמא מקני ליה שבחא דאתי מגופיה לא מקני ליה דהכי אמדינן דעתיה והיינו כלישנא קמא דרבא דהוא עיקר דמתניתין סתמא קתני בין בעומדת באגם בין ברשותו ועוד דברייטא חוץ מגיזותיה וולדותיה מוכח כלישנא קמא" וכ"ד הרי"ף שלא חילק בין קיימא באגם לקיימא ברשותיה, אך לא כתב 'חוץ מגיזותיה וולדותיה' וכתב **הב"י** דאפשר שלא הוצרך משום דמפשטה משמע הכי דקתני נמצא הגנב משלם תשלומי כפל טבח ומכר משלם תשלומי ד' וה' למי הוא משלם למי שהפקדון אצלו משמע דדוקא כפל וד' וה' משלם לו ולא גיזות וולדות, וה"ה למד ברמב"ם שאפילו גיזות וולדות שנטענה בבית גנב הם לבעלים קודם יאוש, וכתב עליו שאין נראה כן דעת **שאר מפרשים** אלא לנפקד הם ולא אמרו גיזות וולדות שהם לבעלים אלא אותם שנטענה בהם משעת פקדון עד שעת גניבה (וראה לקמן בש"ד).

עוד ע"פ לה. גבי גבי ההוא גברא דאפקיד כיפי גבי חבריה וכו' לסוף אישתכח כיפי ואיקור וכו' כתב **הרמב"ם** "כל הקונה הכפל קונה השבח הבא מאלין כיצד הפקיד ד' סאין אצל חברו והרי הן שוין סלע ונגנבו או אבדו ואמר הריני משלם סלע ואיני נשבע ואחר כך נמצאו והרי הן שוין ד' סלעים הרי הן של שומר ואינו משלם אלא סלע. במה דברים אמורים בשלא הטריחו לבעלים בדין (ע"פ ב"ק קת). דאמר אבבי דכיון דאטרחיה לא מקני ליה כפילא ורבא אמר למי שהפקדון אצלו כיון דשילם מקני ליה כפילא והלכה כרבא, והא דמשמע בב"מ גבי עובדא דכיפי דאית ליה לרבא דהיכא דאטרחיה לבית דין לא אקני ליה כפילא תירצו התוס' דהתם כשלא שילם ברצון כי התם דאגבייה רב נחמן לאפדינה מיניה) אבל אם הודה שפשע וחייבוהו בית דין ליתן ולא נתן ברצונו עד שכפוהו בית דין על כרחו ונטלו ממנו ואחר כך הוכר הגנב או נמצא הפקדון יחזיר לבעלים כמות שהוא ומחזירין לשומר הדמים שלקחו ממנו ואם כלים או קרקע גבו בית דין ממנו בשומא מחזיר לשומר כליו או שדהו".

הראב"ד השיג דדוקא שבא השבח אחר ששילם או שאמר הריני משלם, וה"ה (וכ"ד הסמ"ע ו') חלק דאם הוקרה הבהמה אחר שהופקדה בידו דא"צ הנפקד ליתן אלא דמי שוויה כשעת הפקדון, דכל שבא השבח אחר גניבה הוא של שומר לפי שמאותה שעה נקנה לו הפקדון וכלשון אחרון דרבא, ודעת הרמב"ם אפשר שהוא אפילו במה שנתייקרו בין פקדון לגניבה וכלישנא קמא דרבא ודוקא אם היה יכול ליפטר באמת אבל בחייב על דרך האמת כששילם ודאי בשעת גניבה שילם שהרי מן הדין הוא חייב ובית דין היו מכריחין אותו בהודאת האמת. **הש"ד** (ז) כתב דעיקר כראב"ד, ולא קשה קושיית הרב המגיד דנהי דקנה למפרע משעת פקדון מ"מ הא קאמר דנעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה לשלמי תהא קנויה לך מעכשיו ופשיטא אילו הוי תבע ליה לנפקד לקמן לבי דינא היה מוכרח לשלם לו כפי שעת התביעה אם לא היה רוצה לישבע דדילמא השתא פשע וכל השומרין משלמין כשעת הפשיעה א"כ ה"ק כשתגנב ותרצה לשלמי מה שיגיע לי ע"פ הדין אז תהא קנויה לך מעכשיו, מיהו היכא דאיכא עדים מתי נאבד אך אינם יודעים אם בפשיעה או לא אז אינו חייב לשלם אלא כשעת האבידה וכל שבח דיוקרא שבא אחר הגניבה הוא של נפקד אבל שבח דיוקרא שבא אחר הפקדון עד שעת הגניבה לא משכחת לה שיהיו של נפקד אפילו ללישנא קמא אלא כדאמרן. **הקצות** (ב) ביאר דדעת הרב המגיד דהיוקרא שבא בין שעת גניבה לתשלומין ודאי לשומר אע"ג דחייב על דרך האמת, כיון שאין השומר צריך לשלם אלא כשעת פשיעה ודעת הש"ך דמשלם כשעת התביעה ומשום דפשיטא ליה אילו הוי תבע לקמן לדינא היה מוכרח לשלם כשעת התביעה אם לא היה רוצה לישבע דדלמא השתא פשע, והקצות הקשה על סברת הש"ך [במש"כ דדלמא השתא פשע דודאי שבועת השומרין אינו אלא שאינו ברשותו ושנאנס אבל אם השומר רוצה לשלם ואומר כך וכך היה שוה ובעל הבית אומר כך וכך אין זה משבועת השומרין ואינו צריך רק היסת, ואם בעל הבית אינו יודע אין נשבעין בטענת שמא, וא"כ השומר שטוען שגנב בשעת הזול אין משביעין אותו לומר שמא פשע בשעת היוקרא כיון דאין זה משבועת השומרין ובנתיבות ב' יישב קושייתו] והעלה דגם הראב"ד מודה דקונה משעת גניבה או משעת משיכה וא"כ התשלומין נמי אינו אלא כשעת קנייתו, אלא דס"ל דלענין יוקרא לא קנה אלא משעת תשלומין ואילך דס"ל דיוקרא הו"ל שבחא דמגופה, ודברי הרב המגיד שכתב דקונה היוקרא קודם ששילם היינו דוקא אם היה יכול ליפטר באמת, אבל בחייב על דרך האמת ודאי כששילם כשעת גניבה שהרי הב"ד היו מכריחין אותו בהודאת האמת. עוד כתב דנראה דכל שאין עדים כלל וטוען שנאנסה ואומר הריני משלם ולא רצה לישבע

דכל כה"ג הוא מקני ליה ואינו משלם אלא כשעת משיכה אבל בחייב על דרך האמת היינו אם באו עדים שפשע אינו זוכה ביוקר משעת פקדון או שהודה בעצמו שפשע ורוצה לשלם נמי צריך לשלם כשעת הפשיעה כיון שהב"ד מכריחין אותו בהודאת האמת וא"כ היה מודה שפשע בע"כ וצריך לשלם כמו שעת הפשיעה, אבל אין עדים כלל חשיב יכול למיפטר באמת, והיינו באומר שנאנסה ורוצה לשלם, דכל זמן שאין אנו יודעין שפשע בודאי א"כ חשיבא יכול ליפטר באמת ואדעתא דהכי מקני ליה שבחא כשעת משיכה, ומשום דניחא ליה במאי דמשלם ואינו רוצה לישבע שישלם רק כשעת משיכה, **ובנתיבות (ב)** הסכים לרוב ככל דבריו. **הפת"ש (ב)** כתב שבחידושי **רע"א** תמה על הש"ך דפשטא דמילתא השומר נאמן דנאבד ממנו בשעת הזול ולא נתחייב יותר, ואפילו שבועה א"צ כיון דהבעלים טוענים שמא, דאין זה בגדר שבועת שומרים דזהו רק באיזה אופן נאבד ממנו, אבל לא באם הספק באיזה שעה נאבד ממנו, והוי כמו בשעה שאולה או שכורה מתה (וראה גם בגליון **רע"א** מה שהוסיף לתמוה).

עוד כתב **הטור** ע"פ **ב"מ לד.** "אמר בב"ד הריני משלם וחזר ואמר איני משלם ודאי אינו יכול לחזור בו כיון שקבל עליו בב"ד לשלם", ועוד כתב ע"פ הבעיות **בלד:** "מיבעיא אם זכה בכפל אם לאו או שאמר הריני משלם ומת ואומרים בניו אין אנו משלמין או שלא הספיק לתבוע לנפקד עד שמת ותבע לבניו ושלמו או שלמו בני הנפקד לבני המפקיד או ששלם הנפקד למפקיד החצי או ששאל שתי פרות ושלם אחת מהן או ששאל מהשותפין ושלם לא' מהן חלקו או שותפין ששאלו מאחד ושלם אחד מהם או ששאל מהאשה פרת נכסי מלוג שלה ושלם לבעלה או אשה ששאלה פרה לעבוד בה קרקע של נכסי מלוג שלה ושלם בעלה בכולהו מיבעיא לן אי זכו בכפל או לא ולא איפשיטא וכתב **רב אלפס** דהמפקיד והנפקד חולקין ואם תפש אחד מהם אין מוציאין מידו אפילו בחוצה לארץ, וכ"כ **הרמב"ם**, ור"י פסק דהמוציא מחבירו עליו הראיה והנפקד חשוב כמוציא" וכן **ד"ה רא"ש**, ובב"י האריך מעט בסברות הרא'. כתב **הש"ך (י)** "ועיין עוד בטור ורמב"ם הרבה דינים מכפל ונפק"מ גם בזמן הזה אי תפס או נתייקרה".

וז"ל הרמ"א שנקט בקצרה כרא"ש והטור "שילם" (דווקא) ולא רצה לישבע ואח"כ הוכר הגנב, קנה כל שבח דאתי מעלמא (כפל או נתייקרה), אבל לא שבח דמגופא (גיזותיה וולדותיה)" (ודלא כב"י ע"פ שא"ר שפסקו כר' יוחנן דלא שילם שילם ממש).

כתב **הסמ"ע (ו)** דהמחבר השמיט הענין לגמרי כדי שלא להכניס ראשו בפלוגתא, וציין לדרישה ששם האריך "ליתן טעם" לרא"ש "ושאין בהשגת דברי הבי"ע עליהן כלום". **הש"ך (ג)** כתב דאף שתלמידי הרא"ש הטור ורי"ו נמשכו אחריו, דעת כל הפוסקים אינו נראה כן ומיד כשאמר הריני משלם דינו כשילם וכדעת הבי"ע.

דעת **הש"ך (ט)** דאפילו השבח שבא אחר הגנבה לא קני כיון שבא מגופא אלא דווקא מאז ששילם וכ"נ ברא"ש ושא"פ "וקרוב אצלי שכל הפוסקים מודים" וכל"ק, והמפרשים שהביא ה"ה שנראה מדבריהם שחולקים נראה דהיינו בקושיא דר' זירא אבל לפי מסקנא דר' זירא דנעשה כאומר חוץ מודים המפרשים דשבחא דמגופא לא קני אפילו בא אחר הגנבה דהא דומיא דכפל אמרינן דשבחא דגופא לא קנה והיינו שבא אחר הגנבה, וגבי מש"כ הרמב"ם בטבח ומכר כו' חזרה הבהמה עצמה חוזרת היא וגיזותיה וולדותיה כו' עיי"ש בש"ך (יא) שהאריך לבארו (וכן **בנתיבות סק"ד**, דלמד ברמב"ם דס"ל דלא כשא"ר ולא קיי"ל כהני תרי לישני דגמ' ומשום הכי ס"ל שהבהמה עצמה חוזרת לבעלים דס"ל דלא מקני ליה גוף הפרה כלל אלא רק הקנה את הפרה לשבחא דאתי מעלמא כגון כפל ויוקרא, דרכי חושן). **הקצות (ג)** חלק על הש"ך במש"כ שאין חולקים דלפמש"כ בסק"ב בשיטת הראב"ד (לקמן) דס"ל דיוקר הו"ל שבחא דמגופא וכדעת תוס' שבריתב"א ואפילו הכי קונה שבחא דאחר ששילם, א"כ ה"ה בגיזות וולדות שבא אחר ששילם קונה השומר, ואע"ג דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וכיון דלא קנה קודם הגניבה היכי קנה אחר שנגבב דכבר אינו ברשותו, משום דגוף הפרה קונה למפרע משעת משיכה או סמוך לגניבה, אלא דשבחא דמגופא לא אקני היינו ששייר לעצמו גוף הפרה לשבחא דמגופא, ולא שייר לעצמו אלא עד התשלומין, וא"כ אחר ששילם ממילא של השומר הוא כיון דכבר קנה הפרה בעודו ברשותו והו"ל כאומר קנה הגוף מהיום ופירי לאחר שלשים דאע"ג דנגבב קודם שלשים כבר קנה בעודו ברשותו. [בסק"ד האריך (ד) בקושיית התוס' על קושיית הגמ' 'והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם' דהכא אפילו עבידי דאתו היאך יקנה הכפל במעות ששילם והא מעות אינו קונה].

עמש"כ הרמ"א 'ולא רצה' הרחיב **הש"ך (ד)** ע"פ הגמ' דלעיל דעסקינן הכא דוקא ששילם מרצונו אבל היכא דהכריחו הדיין עד שהוכרח לשלם כגון שאמר פשעתי ולא רצה לשלם או שאומר איני יודע היכן

הנחתיו דהוי פשיעה ולא רצה לשלם והכריחו הדיין וגבה ממנו בע"כ - לא קנה השבח, והביא שכתב בהגהות מרדכי (בב"י) דריב"א דקדק מדברי רב אלפס וראב"ן דהיכא דלא הוצרך הדיין לגבות ממנו בע"כ לא מיקרי אטרחיה, וכתב הש"ך דכן משמע בתוס' ורא"ש. עוד כתב (ה) ע"פ מימרא דרבא בב"ק ק"ח דה"ה כשנשבע שבועת השומרין ושילם קנה כל שבח דמעלמא וכ"פ כל הפוסקים, מיהו כשנשבע תחלה לא סגי אח"כ באמירה לחוד עד שישלם, אולם רע"א כתב דלפי רש"י דוקא בש"ח דהשתא איגלאי מילתא דנגב היו התשלומים לפני משורת הדין בזה מקנה כפילא אף באטרחיה לבי דינא ונשבע, אבל בש"ש כיון דבאמת היה חייב וגם אטרחיה, לא מקנה כפילא.

עוד ביאר הש"ך (ו) דמש"כ הרמ"א דאח"כ הוכר הגנב ה"ה אפילו נמצא אח"כ ולא הוכר הגנב זכה בשבח דממילא כגון ביוקרא כדמוכח בגמ' גבי עובדא דכיפי אלא נקט הוכר הגנב משום כפל, ועוד מוכח שם דאפילו נמצא אח"כ בבית השומר כל שלא ידע השומר בשעה ששילם או שאמר הריני משלם זכה אח"כ ביוקרא.

כתב הש"ך (ח) דכתב המרדכי דמפקיד ששילם לנפקד בעד משכון של עכו"ם הוי שבח דאתי מעלמא וזכה בריבית של העכו"ם.

כתב **הקצות** (א) דדעת הב"ח דשומר חנם שאמר פשעתי לא מקני כפילא עד שיאמר הריני משלם דסמך דעתיה בדבורא שאמר לו הריני משלם, והקצות חלק דמבואר דלכולהו אוקימתות 'טענת ונגנבה' היא הטענה הפוטרת ומשום הכי אינו חייב אלא באומר הריני משלם ובהודה בטענה המחייבו מקני ליה כפילא אפילו שלא אמר הריני משלם, עיי"ש שהאריך.

כתב **הנתיבות** (א) דיש לתמוה הרבה על הרמ"א שהשמיט כל הסוגיא שהן כהררים ההפרש בין שומר לשואל דבשומרים באמר סגי ובשואל בעינן שילם דוקא, ואם כבר נשבע דבעינן שילם לכ"ע מחלוקת הרא"ש והפוסקים שהביא הש"ך בסק"ג (לקמן), וכתב ליישב דהנה הש"ך בסק"ט כתב דשבח דמגופה אפילו בא אחר הגניבה לא קנה, ונראה מדבריו דהשבח שבא אחר ששילם הוא של השומר, דאלת"ה היה לו לכתוב רבותא יותר דאפילו השבח שבא אחר ששילם הוי דבעלים, וכ"ד הריטב"א, ולפי"ז אתי שפיר, ד"ל דהרמ"א ס"ל כשיטת הריטב"א דיוקרא הוי שבחא דמגופה ולא קנה רק היוקר כשנתייקר אחר תשלומין, דהטור כתב דיני כפל ולכך כתב הדיין המבוארין בש"ס, אבל השו"ע אין לו עסק בדיני כפל ולא אתי לאשמועין רק דין יוקרא קודם התשלומין דאינו קונה, ולכך נקט שילם לאשמועין רבותא יותר, דשבחא דמגופה אפילו שילם לא קנה השבח למפרע היינו מה שנעשה קודם התשלומין, והרמ"א לא מיירי רק מהשבח דקודם התשלומין, דהשבח שאחר תשלומין ודאי דקנה בכל אופן אף על פי שלא נשבע שבועה שאינה ברשותו אפילו לדעת הטור, וכן אפילו כבר נשבע ואח"כ שילם ואפילו יש עדים שפשע, ולכך לא הביא אלו חילוקי דינים.

כתב **הנתיבות** (ג) ע"פ השיטה דלא קנה רק בנמצא הגנב אחר שאמר הריני משלם אבל אם נמצא הגנב קודם שאמר והגנב עני ואמר השומר הריני משלם, לא מקני ליה כפילא.

כתב **רע"א** דבשומר בבעלים כיון דהתורה פטרתו מפשיעה לא אקני ליה כפילא ודמי לדינא דהרשב"א בבאו עדים דשמר כראוי דלא זכה בכפל.

כתב הש"ך (ג) גבי דאמרין בש"ס שואל עד שישלם מ"ט כיון דכל הנאה שלו בדבורא לא מקני ליה כפילא וכ"כ רי"ף רא"ש וש"פ, וכתב נ"י בשם הר"ן (ב"י) דלפי"ז אפילו היכא שהתנה השואל להיות כש"ח דמצוי פטר נפשיה במידי דשכיח לא מקני ליה כפילא, ומשמע דשואל שאמר הריני משלם אע"פ שנשבע שאינו ברשותו לא מקני ליה כפילא עד שישלם ממש והכי מוכח להדיא ברא"ש, ודלא כב"ח שכתב דה"ה אם נשבע ולא שילם קנה הכפל. **בפת"ש** (א) כתב בשם **ושב הכהן** דדעת הרי"ף ורא"ש כאמור דשואל בעינן דוקא שילם ממש, ואפילו התנה להיות כשומר חנם, אבל לא בשאר שומרים, ואפילו התנה להיות כשואל אפ"ה סגי באמירה שאמר הריני משלם, אבל ברש"י נראה דללישנא קמא לא מוכח מברייתא אי קיי"ל כטעמא דרב זביד או כטעמא דרב פפא ולכן י"ל דטעמא דתרווייהו איתנהו, ולפי"ז אפילו בשאר שומרים אם התנה להיות כשואל בעינן שילם ממש, וי"ל דגם הרמב"ם ס"ל כן, לכן צ"ע בשאר שומרים שהתנו להיות כשואל אי סגי באמירה או בעינן שילם ממש, ונ"מ אפילו בזמן הזה לענין יוקרא.

עוד כתב הש"ך (ח) בשם ה"ה ונ"י בשם הרשב"א וכן הוא בירו' (ובסמ"ע) דאם היה לש"ש עדים שנאנסה או לש"ח עדים שנגנבה מידו ואפילו הכי רוצה לשלם לא מקני ליה כפילא דמתחלה לא אסיק המפקיד אדעתא שישלם לו השומר כשיהיה לו עדים בכה"ג דפטור בו ולא מקני הכפל מתחלה אדעתא דהכי וה"ל כמוכר לו הכפל השתא דלא מהני מטעם שאין אדם יכול למכור קנסיו, וכתב הש"ך דלפ"ז אם נתייקרה זוכה במה שנתייקרה דזה יכול למכור מיהו דוקא כשעשה איזה קנין כגון משיכה וכה"ג, ועוד כתבו שם בשם הרשב"א דאם יש בש"ח עדים שפשע או בש"ש שנגנבה אם אמרו אנו משלמים או ששלמו בלא כפיית ב"ד זכה בכפל, והרב המגיד כתב שהרמב"ן והרמב"ם חולקין - וכן עיקר דכן מוכח בש"ס דלא קנה כפל אלא במגו דאי בעי פטר נפשיה, ומש"כ הרשב"א שכן משמע בירושלמי ליתא כן ואפילו יסבור הירו' כן אכן נקטינן כש"ס דילן ובפרט שהרי"ף והרא"ש לא הביאו הירו'.

כתב הקצות (ג) דבשיטה כתב על מימרא דרבא דנעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני דדוקא בגניבה אמרינן הכי אבל באבידה דכל היכא דאיתא מצי מקני ליה בשעת תשלומין דוקא מקני ליה, דאולם מדברי הפוסקים שלא חילקו בכך משמע דבאבידה נמי קונה סמוך לאבידה או משעת משיכה, ומש"כ דבאבידה קונה בשעת תשלומין קשה דהיכי מצי קני לה בלא משיכה, דהא מעות אינו קונה, ובגמ' משמע להדיא דאינו קונה בלא משיכה דהא להך לישנא דנעשה כאומר לו סמוך לגניבה לא קנה בעומד באגם אלמא דבעי קנין דוקא ומעות אינו קונה.

סעיף ג

ראובן הפקיד אצל שמעון דבר חביב עליו אך בסך הכל שווה פרוטה אחת. שמעון מכחישו או טען שנגנב ממנו, האם חייב שבועה או לא? האם הנפקד צריך שיודה במקצת ואח"כ ישבע או אפילו כפר הכל?

מה שזוי הפיקדון עליו נשבעים?

כתב השו"ע (ע"פ מח' הגאונים המוזכרת בה"ה) "יש מי שאומר (ר"י מגאש ורמב"ם) שאפילו היה הדבר המופקד או המושכר או השאול שוה פרוטה הרי השומר נשבע עליו, (מוסכם בגאונים רי"ף ורא"ש -) ואין אחד מהשומרים צריך להודאה במקצת ולא לכפירה במקצת (דהלכה כרבי חייא בר יוסף בב"ק קו: דאמר עירוב פרשיות כתוב כאן וכי כתוב 'כי הוא זה' אמלוה הוא דכתיב וליתא לדרמי בר חמא דאמר ארבעה שומרים צריכים כפירה במקצת והודאה במקצת). ורבו החולקים (רמב"ן רשב"א רא"ש בשבועות ו,ו) עליו במה שכתב שאפילו היה הדבר המופקד שוה פרוטה נשבע עליו ואומרים שצריכים כפירה שתי כסף (דכסף או כלים דמיניה ילפינן שתי כסף בשבועות ל"ט בשבועות השומרים כתיב, ודעת הר"י מגאש כנ"ל שאינם צריכים דאע"ג דכתיב גבי שומרים עירוב פרשיות כתוב כאן ואינו אלא בטענת מודה מקצת).

הסמ"ע (ז) תמה על המחבר שבסימן פח/ה סתם כמצריכין שתי כסף וגם בב"י כאן כתב דכדבריהם ראוי להורות שהמה הרבים והאחרונים, וצ"ל דסתם שם וסמך אמה שכתב כאן שהוא גוף הדין.

ביאר הסמ"ע (ח) ד"שתי כסף" היינו שני מעין שהוא כסף החשוב הפחות שבתורה, ויליף לה מדכתיב כסף או כלים, וכתב דנראה דהאי כפירה לאו דוקא קאמר, אלא ר"ל תביעת שתי כסף, שתבעו המפקיד להחזיר לו פקדונו ששוה שתי כסף, ואף אם השומר מודה לו שהפקיד בידו שוה שתי כסף אלא שנגנב ונאנס מידו חייבתו התורה שבועה וא"צ שיכפרו דברי המפקיד.

כתב הש"ך (יב) דגבי כלים לרא"ש וסיעתו סגי בשוה פרוטה ולרמב"ם אפילו בפחות.

סימן רצו – המפקיד בעדים וטוען הנפקד נגנב או להר"מ

סעיף א

[האם מפקיד שלא בעדים יכול להשביע את השומר?]

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "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** (ה"ה וגר"א: דין זה מוסכם מכל הפוסקים שדין שבועת השומרים היא אפילו בלא עדי פקדון שלא כדברי הסוגיא בשבועות מ"ה לפי שאינה עיקרית, אלא כב"ב ע' דלקמן בסעי' ב'), שאין אומרים **מגו לפוטרו משבועה** (כשהפקידו בלא עדים, סמ"ע) אלא לפוטרו מלשלם (ר"ל בשום מקום בעולם אין מגו פטר משבועה, זה דעת ר"ח ר"י מגאש והרמ"ה, ב"י). {וי"א (רא"ש ור"ן) דאמרינן מגו לפטור משבועה, אלא (שכאן -) שאין זה מגו טוב (דהוא מיגו דהעזה) לכן לא אמרינן ליה (דאין יכול להעזי בפני המפקיד לומר לא הפקדתי מעולם או החזרתני לך, כיון דהלה עומד נגדו ויודע האמת שהפקידו ולא החזירו לו, משא"כ טענת נגנבה ומתה דאין המפקיד יודע האמת ויכול להיות שכן הוא כדברי הנפקד, סמ"ע)"}.

כתב הסמ"ע (א) דסברת הרמב"ם דדוקא בהוצאת ממון הקילו לומר מיגו כי קשה להוציא הממון מיד בעליו אבל היכא שנפטר בשבועה מהוצאות ממון לא רצו חז"ל לפטרו משבועה מכח המיגו ודלא כלבוש, אולם הש"ך (א) דחהו דלפי דבריו מה טעם לחלק בין ממון לשבועה והסכים עם הלבוש שכתב דהרמב"ם ס"ל דכשאדם טוען לפטור עצמו מממון בטענותיו הוא במחשבתו מקבל עליו כל חומרות שבועות שבעולם כדי להחזיק דבריו שיאמינו לו טענותיו, וא"כ אין זה מגו טוב דנימא אם היה רוצה היה טוען טענה הפוטרו אפילו משבועה, אדרבה ברצון הוא טוען טענה זו לחייב עצמו בשבועה כדי שיאמינו לו לפטרו בשבועתו מחיוב ממון, ואנו היאך נפטרנייה משבועה מטעם מגו, הוא עצמו לא חשב להפטר, משא"כ במגו דממון מפטור לפטור.

כתב הסמ"ע (ב) על הרא"ש והרמ"א דדוקא כאן לא אמרינן ליה כנ"ל דשבועה כזו שחייב בה השומר מן התורה לא אמרינן ליה, אבל בשותפין אריסין והאפוטרופסים שתיקנו חכמים לישבע בהן אטענת ספק של השותף שחששו שמא מורה היתר לנפשו להחזיק בידו ממון השותפין בשביל שכר טרחו כתב הרא"ש דאמרינן מיגו לאפטוריה משבועה, אף דגם שם המיגו דאי בעי היה אומר לא נשתתפו מעולם הוא מיגו דהעזה, מ"מ כיון דעיקר השבועה אינה אלא תקנת חז"ל הקילו בה, ומהתימה על הרמ"א שבסימן צג/ב לא הביא דעת הרא"ש שם דהמחבר שם פסק כרמב"ם דלא פטרינן ליה משבועה במיגו והרא"ש ס"ל דפטור מהשבועה במיגו, ולא כאן, דכאן אין נ"מ בדין אלא בטעם, וצ"ע.

כתב רע"א ע"פ תוס' ב"ק ס"ג דבדבר שאינו מסוים כגון חצי רימון וחצי אגוז ליכא שבועה.

סעיף ב

[מה הדין בהפקיד בידו או השאילו או השכירו בשטר האם נאמן הנפקד בשבועה לומר החזרתני? אם כן איזו שבועה ומה נפק"מ?]

ב"ב ע. "בעא מיניה רב עמרם מרב חסדא המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר לו החזרתים לך מהו מי אמרינן 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 א"ל סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי ה"נ מאי נאמן נאמן בשבועה".

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "גר"א: **שבועות מה:** -) אבל אם טען לא הפקדת בידי מאומה ולא השאלתני ולא השכרתני או שאמר אמת הפקדת בידי או השכרתני או השאלתני אבל החזרתני לך (אע"פ שיש שם עדים נאמן לומר החזרתני בשבועת היסת) נשבע היסת ונפטר (ה"ה: זה פשוט שאין שבועת השומרים בכופר אלא בטוען נאנסו וכו' שכל אלו טענות שהמפקיד יודע בהן כמו הנפקד, אין שם חיוב שבועות התורה אלא במודה במקצת וכן מוכיחות המשניות שבפ' שבועת הדיינין בבירור, אבל פשוט שיש בו שבועת היסת). (ע"פ בעיא הנ"ל דב"ב ע' ואיפשיטא -) אפילו הפקיד בידו או השאילו או

השכירו בשטר נאמן בשבועה בנקיטת חפץ לומר החזרתי 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 החזרתי צריך לישבע כעין של תורה".

ביאר **הסמ"ע** (ג) דאף שלא פטרינן משבועה דאוי' במיגו דאי בעי היה טען 'לא הפקדתי וכדו', מ"מ אם טען כן, פטור בטענה זו משבועת השומרים דאוי' ואינו נשבע אלא היסת, והיינו דוקא כשאין ביד המפקיד שטר שהפקיד בידו, אבל אם יש בידו שטר ע"ז, אינו נפטור בטענת החזרתי לך אלא בשבועה דאורייתא במיגו דאי בעי הוי טוען נאנסו והיה נשבע שבועה דאוי' ונפטור אף שהיה שטר ביד המפקיד, גם כשטוען החזרתי לך נפטור בשבועה דאורייתא במיגו זה, ואין אומרים בפקדון אם אמת שהחזירו שטר ביד המפקיד מאי בעי ה"ל ליטלנו מידו כשהחזירו, י"ל דסמך אטענת מיגו שבידו לטעון נאנסה מידי, משא"כ בשטר שביד המלוה על הלוח דאינו נפטור בטענת אונסין דהא הלוח חייב באחריות הלוחות אף באונסין. כתב **הש"ך** (ג) דמשמע בסמ"ע ולבוש דשבועה על טענה דהחזרתי בנקיטת חפץ היינו שבועה דאוי' וכ"כ **הב"ח** - בשיטת הרי"ף והטור ודלא כתוס' בב"ב שם דהיינו שבועה דרבנן וכתבו כן לר"ת דס"ל דאי טען נאנסו ליכא שבועה דאוי' כיון דלא הודה במקצת אבל למאי דק"ל אן דלא בעינן הודאה במקצת בטענת נאנסו א"כ גם שבועה זו שבועה דאוי' היא, אולם הש"ך כתב דאף שהטור והלבוש כתבו במפורש דאורייתא לאו שבועה דאוי' ממש קאמרי אלא שבועה כעין דאוי' קאמרי ולא באו אלא לומר דצריך לישבע בנקיטת חפץ דודאי לא אשכחן שבועה דאוי' אלא בטענת נאנסו דרמא רחמנא שבועה עליה דא"כ כל אחד יטעון נאנסו ואין הלה מכיר בשקרו משא"כ בטוען החזרתי שהלה מכחישו ליכא כאן שבועה דאוי' וכן מש"כ הרי"ף אידי ואידי שבועה חמורה בנקיטת חפץ לא בא אלא לומר דגם בהחזרתי בעי שבועה חמורה באנקוטי חפצא כמו אילו טען נאנסו אבל מ"מ היינו מדרבנן והשתא הרי"ף והטור לא פליגי אתוס' הסוברים דהוי דרבנן עם אנקוטי חפצא דנתקנה קודם שבועת היסת וכ"כ בעל המאור דשבועת החזרתי לך דבתורת מגו היא דאתיא ומדרבנן כעין דאורייתא הוא כעין נאנסו אבל היא עצמה אינה שבועת התורה, והאריך להראות כן גם ברמב"ם ושו"ע בכמה מקומות ונפק"מ בין שבועה דאוי' ממש ובין שבועה כעין דאורייתא לענין נחתין לנכסיה וכן לענין היפוך וכן לענין חשוד כדאיתא בסימן פ"ז ועוד נפקותות.

כתב **הקצות** (ב) דנראה כסמ"ע והב"ח דבטענת החזרתי הוא שבועה דאוי' וכ"ד הרש"ל, וכתב להוכיח כן משבועות מ"ה דאמרינן שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה וכו' דאפקיד ליה בעדים מתוך שיכול לומר החזרתי יכול לומר נאנסו דאפקיד ליה בשטר, ואי נימא דמפקיד בשטר וטוען החזרתי אינו צריך שבועה מן התורה א"כ כי אפקיד ליה בשטר וטוען נאנסו נמי נימא מתוך שיכול לומר החזרתי, וכ"ד התוס' בב"ב ע' דמן התורה בטוען החזרתי אינו פטור בלא שבועה דא"כ נאנסו מן התורה אמאי צריך שבועה מתוך שיכול לומר החזרתי וזה ראייה ברורה, ולגבי מש"כ הש"ך דנפק"מ לענין היפוך, כתב דאפילו נימא דהוי שבועת התורה ממש יכול להפך ומשום דלא עדיפא משטר חוב דאם טוען השבע לי דאינו נוטל בלא שבועה ודוקא אם רוצה לפטור לגמרי צריך למיגו דנאנסו וכיון דצריך למיגו דנאנסו צריך שבועה כמו בנאנסו, אבל להשביע למפקיד אינו צריך למיגו דנאנסו כיון דאפילו בשטר חוב צריך המלוה שבועה כשטוען השבע לי וא"כ כשמהפך על המפקיד ואומר השבע אינו נוטל בלא שבועה, ולענין חשוד איכא למימר דאפילו הוי שבועת התורה ממש נאמן החשוד לומר החזרתי במיגו דנאנסו, דאילו הוי טען נאנסו פטור כמבואר בסימן צב/ח עיי"ש, והמשיך לדון גם בדברי התומים בכללי מיגו הסובר דהוי שבועה דרבנן ואעפ"כ יש לו כל תוקף שבועה דאורייתא וליכא הבדל בינותם כלל ולא נפק"מ לדינא שהקשה על הש"ך דלאו מיגו הוא דיש לומר דעושה כן בכדי שיהיה יכול להפך או משום נחתין לנכסיה. כתב **הנתיבות** (א) דמה שתמה בקצות עמש"כ הש"ך לענין היפוך דהא בלא"ה יכול להשביע כמו בשאר שטר דיכול לומר השבע לי, לא קשה, דהא בשבועת השבע לי פטור תלמיד חכם כמבואר בסימן פב/ו וגם תפס מהני כשאין רוצה לישבע, משא"כ בהיפוך, וגם מה שכתב בחשוד דנאמן במיגו דהיה טוען נאנסו דהא אם היה השומר חשוד פטור, לא קשה, דאם יטעון נאנסו מ"מ חייש דאפשר שהמפקיד ג"כ יטעון בשקר ברי ששלח בו יד או שאר טענת ברי כענין שכתב הש"ך בסימן צ"ב שגם בשומרינן נשבע ונוטל. (ועיין גם ברע"א שדן בדברי הש"ך).

כתב **הפת"ש** (ג) דדעת **הרדב"ז** דשואל כלי כסף בשטר אינו נאמן לומר החזרתי במיגו דנשבר מחמת מלאכה, דמיגו זו אינו טוב, דאי הוה טעין כן אומרים לו הבא השברים, ונקוט כללא בידך דכל כלי שהיה יכול לטעון עליו נאבד מחמת מלאכה, נאמן לומר החזרתי במיגו, אבל כל כלי שאינו יכול לטעון עליו

שנאבד מחמת מלאכה שאין לו מיגו, משלם כיון שיש עליו שטר, וחלק עליו **בשער משפט** וכתב דלפי דבריו צ"ל דהרמב"ם והמחבר מיירי שהנבילה אינה שוה כלום דאל"כ ליכא מיגו, ונראה דאף בכה"ג נאמן במיגו לפמ"ש הנ"י והרמ"א בסימן שדמ/ב דאם א"ל השואל המשאיל טול לך השברים ונאנס לאחר מכאן ונאבדו לגמרי, הוי כאילו נאנסו ברשות המשאיל ופטור, וא"כ אכתי אית ליה מיגו מעליא, דאי בעי אמר דנשבר מחמת מלאכה ואמרתי לך טול השברים ואח"כ נאנסו דפטור לגמרי.

סעיף ג

ע"פ הרמב"ם (ה"ה): אף שאינו בש"ס פשוט הוא שהרי בזה אין מיגו כלל, והגר"א ציין לשטרך בידי מאי בעי בב"ב ע"י פסק בשו"ע "בד"א כשהיה השומר יכול לטעון לומר נאנסו, ולא נצרך אותו להביא ראיה על טענתו, אבל אם היה חייב להביא ראיה על טענתו, כגון שהיה במקום שעדים מצויים (כמבואר בסימן רצ"ד דילפינן לה מדכתיב 'אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם' הא יש רואה אינו נאמן בשבועה), אינו נאמן לומר החזרתי, אלא ישבע בעל השטר בנקיטת חפץ שלא החזיר לו וישלם (ראב"ד -) והוא דאמר לו ישתבע לי שלא החזרתי לך אבל אנו לכתחלה אמרינן ליה זיל שלים ליה (דלא טענינן בעד הנתבע כלום עד שיטענו הוא בעצמו לאחר שאמרין ליה זיל שלים ליה, סמ"ע) (ה"ה): דימה זה לדין בסימן פב/ב מלוה את חבירו בשטר מקוים וטען הלוה ואמר פרעתין שאומרים ללוה לך שלם ואם טען הלוה ואמר ישבע לי נשבע המלוה, ונכון הוא והרמב"ם קיצר".

כתב הסמ"ע (ד) דמלשון הרמב"ם שהביא הטור 'מקום שהעדים מצויים שהוא בענין שאי אפשר שאירעו אונס אם לא שידוע הדבר' משמע הא סתמא א"צ להביא ראיה, והמחבר לא העתיקו משום דס"ל דמסתמא צריך להביא ראיה וכמשמעות הרמ"א בסימן רצ"ד וציין לפרישה שם שכתב דלא פליגי, ותמה על הלבוש שהעתיק לשון הרמב"ם והניח לשון המחבר.

כתב הפת"ש (ד) בשם השער משפט דאם מת הנפקד ובא לגבות מן היורשין, תליא בפלוגתא בסימן קח/ד דלפוסקים דלא טענינן ליתמי נאנסו כיון דלא שכיח א"כ כ"ש הכא דלא טענינן להו נאנסו, אבל לסוברים דטענינן להו נאנסו וכ"פ הש"ך הכא נמי טענינן להו נאנסו אף שהוא במקום שעדים מצויים דאביהן גופיה לא היה נאמן לומר נאנסו אם לא שיביא ראיה לדבריו, היינו דוקא אביהן דגלי קרא 'אין רואה' משום דאם היה האמת כדבריו היה מביא ראיה כי הוא יודע מי היה שם בשעת מעשה דהאונסין, משא"כ ביורשים אפשר שאינם יודעים מי היה שם להביא ראיה, טענינן להו שנאנסו אף דאביהן לא היה נאמן בטענה זו.

סעיף ד

ע"פ משנה שבועות מב: וגמ' פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "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 (בשונה מהרישא דהוי הילך הכא מיירי כשאין החמשים שהודה בעין להחזירו או שאינו מבקש להחזירו, וזה הנפק"מ במה שכתב הרמב"ם שנשבע שבועה דאורייתא מפני שהודה במקצת ולא משום שבועת השומרים, דאילו משום שבועת השומרים היה צריך לישבע לעולם משא"כ במשום מודה מקצת דנפטר באומר הילך, סמ"ע), 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" - דלא כרמב"ן שאין חייב שבועת התורה אלא כשהפירות שהוא מודה בהן אינן בעין ונפסדו או נאבדו בפשיעה והוא חייב לשלם דמיהן אבל אם הן בעין כמות שהיו אע"פ שהנפקד אינו טוען הילך כל פקדון הוא ברשות בעליו והרי זה כאומר הילך שהוא פטור משבועת התורה (דס"ל דכל פקדון שהוא בעין אין צריך השומר לומר מה שהנחת אתה נוטל שהוא כמו הילך דבלא"ה נמי כיון שהפקדון עומד ברשות המפקיד הו"ל כמו הילך, סמ"ע).

הסמ"ע (ו) כנ"ל ביאר שהפטור משבועה דאורייתא ברישא משום הילך, והש"ך (ו) חלק דלא מטעם הילך פטר ליה אלא משום דכיון דאומר מה שהנחת אתה נוטל, לא הודה בדבר שבמדה ומנין כדלעיל סימן פח/כג וכ"כ בב"י להדיא ולפ"ז י"ל דכאן לא הוי הילך וכגון שנרקבו בפשיעתו וכ"כ המחבר שם.

סעיף ה

האם שומר חנם יכול להתנות להיפטר מפשיעה?

ע"פ ב"מ צד. משנה וגמ' פסק בשו"ע "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 (כרבי יוחנן -) ואין צריך לא קנין ולא עדים (דלא איברי סהדי אלא לשיקרא, סמ"ע).".

כתב הפת"ש (ה) דבהגהות אשר"י כתב שה"ר ברוך למד דמדלא נקט גבי שומר חנם להיות פטור מתשלומין כדקתני גבי שומר שכר משמע דלא מיפטר אם פשע אפילו התנו, וכ"ד הרב השואל בתשובת זכרון יוסף דמסתמית לשון כל הפוסקים משמע דס"ל כהגהת אשר"י ולא מצי הנתבע לומר קים לי כר' יונתן מלוניל החולק דיחידאה היא כו', ובתשובה השיב שזה אינו וכן נראה במרדכי, ועוד כתב דנראה דה"ר ברוך ס"ל כדעת הרמב"ם בסימן ש"א דאע"ג דשומר חנם אינו נשבע על הקרקעות ועבדים ודכוותיה מ"מ אם פשע בהם ונאבדו חייב לשלם דפושע הוי כמזיק בידים, אך לדידן דקיי"ל (זולת הש"ך בסימן ס"ו) כדעת הרי"ף והרא"ש וסיעתם דאף מפשיעה פטורין דלאו מזיק הוא אין ספק דקיי"ל נמי שיכול שומר חנם להתנות שיפטור מפשיעה וכ"ד התפארת שמואל ולכן השמיטו הפוסקים דברי הג"ה זו וכך משמע בתוס' דף צ"ג. [בדרכי חושן כתב שמקור דברי ההגהות אשר"י באו"ז ושם מבואר דדווקא אם השומר התנה אינו פטור אבל אם המפקיד התנה ליפטר מפשיעה מהני לפטור].

סעיף ו

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "טען זה שהיה שם תנאי והשומר אומר לא היה שם תנאי, נשבע השומר שבועת השומרים ומגלגל בה שלא היה שם תנאי" - וכתב ה"ה דזה פשוט שגלגול שבועה הוא מדאורייתא.

סעיף ז

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "טען שהפקיד אצלו וזה אמר לא אמרתי אלא הנח לפניך ולא נעשיתי לך שומר, נשבע היסת שלא קבלו אלא בדרך זו, וכולל בשבועתו שלא שלח בו יד ולא איבדו בידים ולא בגרם שגרם לו שיהיה חייב לשלם", וכתב ה"ה דגם זה פשוט שאין שבועת השומרים בכופר אלא בטוען נאנסו וכסע' ב'.

ביאר הסמ"ע (ט) דאינו נעשה שומר בלשון זה 'הנח לפניך' ואינו חייב עליה אלא כשאר בני אדם, והיינו כששלח בה יד דאז עומד ברשותו אף לענין אונסין או שאבדו בידים, וזהו שמסיק המחבר שצריך לישבע היסת, דמאחר שמודה שבא לביתו ועתה אינו בביתו הוא קרוב להכנס בגלגול שבועה, אבל אם הבעלים מודים שא"ל הנח לפניך, אין משביעין אותו מספק מכח חששות אלו.

עמשי"כ המחבר יולא בגרם שגרם ביאר הסמ"ע (י) שאין הכוונה שנשבע שלא פשע בה, דאף אם לא סגר הדלת אחריו בכל פעם ומכח זה נאבד או נגנב, לא היה חייב בזה לשלם כיון דלא קיבל עליו שום שמירה, ואינו חייב אלא דוקא בגרם גדול שנראה כאילו איבדו בידים.

כתב הנתניבות (ב) דשליחות יד היינו בכולו אבל במקצת לא נתחייב בכולו רק שומר וזה לא נעשה שומר.

בשער משפט (פת"ש ו) כתב בתחילה דנראה דמייירי הכא שהודה שפשע אלא שאומר לא קיבלתי השמירה עלי דאם טוען ג"כ ששמרו כראוי א"צ היסת דאין נשבעין אלא על טענת כפירת ממון ולא על כפירת שבועה כמבואר בסימן צ"ג, אך למסקנה כתב דאף שטוען ג"כ ששמרו כראוי מ"מ צריך היסת שלא אמר אלא הנח לפניך, לפי שיטת רב האי גאון שהביא הטור בסימן פ"ז והסכים כן הש"ך שם, דאף דמי שנתחייב שבועה ואמר נשבעתי אין משביעין אותו שבועה על שבועה, היינו דוקא בהיסת, אבל בשבועה דאורייתא חייב היסת, והטעם הוא, משום שבשבועה דאורייתא אם אינו רוצה לישבע חייב

לשלם ונחתינן לנכסיה, ולכך אם כופר שנשבע חשיב כפירת ממון, וא"כ ה"נ כשטוען לא אמרתי אלא הנח לפניך, אף שטוען ג"כ ששמרו כראוי מ"מ הוי ככופר חיוב שבועה דאורייתא דחייב עכ"פ היסת.

סעיף ח

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "הודה השומר שפשע וטען תנאי היה בינינו שלא אצטרך לשומרו כדרך השומרים, והמפקיד אומר לא היה שם תנאי, אף על פי שהפקיד אצלו בעדים (ה"ה): 'עדים' שכתב ר"ל - שמעידים שדבר זה פקדון הוא אצל זה אבל לא ידענו (שיצאו משם ולא שמעו, סמ"ע) 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 (ובפירוש 'עדים' זה מסתלקת קושיית הראב"ד דאיך נאמן לומר תנאי היה בינינו דכיון שהפקיד סתם בפני עדים הרי נעשה שומר גמור והוא מודה שפשע ומה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן, ה"ה), ואם הביא המפקיד עדים שפשע חייב השומר ואינו נאמן במה שטוען תנאי היה בינינו, שהרי אין כאן מגו (אינו נאמן בשבועה במיגו דנאנסתי כנ"ל דהרי עדים מעידים שפשע ולא היה באונס, וכיון דאין מיגו דנאנסתי אינו נאמן לומר תנאי היה בינינו שלא יצטרך לשומרו, סמ"ע) {ה"ה - } ודוקא שיודעין עדים שהיה שומר עליו אבל בלא זה, אע"פ שפשע נאמן, במגו שהיה יכול לומר לא הייתי שומר עליו דלא אמרתי אלא הא ביתא קמך }".

ביאר הש"ך (ח) ע"פ הכס"מ והב"ח בכוונת הרב המגיד דאע"ג דהעדים מעידים שהפקיד בסתם כבר אפשר שמתחלה התנו ביניהם בכך וכך ואח"כ מסר לו הפקדון בפני עדים סתם על סמך התנאי שהיה ביניהם מתחלה ונאמן השומר בטענה זו מטעם מיגו לאפוקי אם טוען תנאי היה בינינו אחר מסירת הפקדון כשיצאו העדים דאינו נאמן במיגו. **בנתיבות** (ג) כתב דמשמע מדברי הסמ"ע (ט) דאם היו העדים בשעת מסירת הפקדון דאינו נאמן, ומש"כ הש"ך דכשהפקיד בסתם דנאמן, דהיינו שדיברו ביחד קודם ביאת העדים ענייני הפקדון ואח"כ באו העדים וראו המסירה, ולא רצה לפרש כדברי הסמ"ע שהיו בשעה שביקש להפקיד ולא היו בשעת מסירה, דבזה מסתבר לש"ך דנאמן השומר במיגו דלא אמרתי לך אלא הנח לפניך דמהימן בלא מיגו.

ביאר הסמ"ע (יב) ברישא דאיירי בשבועה חמורה "כאילו היה טוען נאנסתי שהיה עליו שבועה דאורייתא".

כתב הש"ך (ט) דהקשה הרב המגיד על הרמב"ם שהרי כתב (בשו"ע סע' ז') בהפקיד אצלו וזה אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך נשבע היסת ואילו כאן הדברים מראים שהוא שבועה דאורייתא שהרי כתב שמדין מגו היא ובודאי אם היה טוען נאנסו היה צריך לישבע שבועת התורה, ואפשר שיהיה הדין כאן מפני שיש שם עדים ואינו יכול לומר להד"ם ומ"מ הרי יכול לומר החזרתי אף על פי שיש שם עדים ואם ר"ל כגון שלא זזה ידו מיד העדים ה"ל לבאר, והב"ח תמה על תמיהתו דשאני הכא כיון שנעשה שומר וחייב לישבע שבועה דאורייתא שלא שלח בה יד חייב לישבע ג"כ שבועה דאורייתא שהיה תנאי בינינו מצד גלגול והוא דבר פשוט, אולם הש"ך כתב עליו דלא ירד לסוף דעת הרב המגיד דודאי אין כוונתו ממה שנשבע ש"ד דפשיטא די"ל דהיינו מצד גלגול אלא כוונתו דמוכח מהרמב"ם דשבועה זו שהיה תנאי היא ש"ד אפילו בלא גלגול כגון שהיו עדים שלא שלח יד ושאינו ברשותו מדכתב מתוך שיכול לומר שמרתי כדרך השומרים ונאנסתי כו' הרי כיון שאינו נאמן אלא מכח מגו דנאנסתי ובנאנסתי היה צריך לישבע שבועה חמורה גם עתה צריך לישבע שלא יד דאי ר"ל דבלא גלגולים אינו נשבע רק היסת אפילו בלא מיגו דטענת נאנסו ה"ל להאמינו במגו דלהד"ם או החזרתי, עיי"ש שהאריך.

סימן רצז – הכופר בפקדון אפילו נותן המפקיד סימן

סעיף א

האם מועיל סימן מובהק להוציא ממון? עיין מקורות ובאר את דברי השולחן ערוך (סי' רצז) בהתאם לכך.

הפקיד אצל חברו בעדים או שלא בעדים ומת הנפקד, מתי רשאי המפקיד להוציא את הפקדון מן היתומים?

כתובות פה: "ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא בי רבי מיאשא בר בריה דר' יהושע בן לוי, שכיב ר' מיאשא ולא פקיד, אתו לקמיה דר' אמי א"ל חדא דידענא ביה בר' מיאשא בר בריה דר' יהושע בן לוי דלא אמיד ועוד הא קא יהיב סימנא, ולא אמרן אלא דלא רגיל דעייל ונפיק להתם אבל רגיל דעייל ונפיק להתם אימא איניש אחרינא אפקיד ואיהו מיחזא חזא", והמשך הגמ' עוד תרי עובדי כדן זה.

יבמות קטו: "ההוא גברא דאפקיד שומשמי גבי חבריה אמר ליה הב לי שומשמי אמר ליה שקליתנהו והא כן וכן הויין ובחביתא רמיין א"ל דידך שקליתנהו והני אחריני נינהו סבר רב חסדא למימר היינו שני תלמידי חכמים ולא אמרינן הנך אזלו לעלמא והני אחריני נינהו אמר ליה רבא מי דמי התם קאמרי סימנים הכא שומשמי מאי סימנא אית להו ודקאמר כן וכן הויין אימר חושבנא איתרמי".

בב"י האריך בדברי הרא"ש ר"ן והרמב"ם (וראה לקמן) וז"ל בשו"ע **"המפקיד אצל חבריו שלא בעדים נאמן לומר להד"מ (אפילו ראו עדים עתה בידו והכירוהו בטביעות עין יכול לומר להד"מ שהפקדתו בידי אלא לקחתיהו מידך או מיד אחר שקנהו ממך, סמ"ע וש"ך וראה קצות א' לקמן) (פשוט הוא שכל תביעה שאדם תובע לחבירו ואין לו עדים עליה הנתבע נאמן אלא שנשבע היסת, ב"י, וכן הוא בשבועות מ"ה, גר"א) אע"פ שאין הנפקד אמוד שיהא לו חפץ כזה והמפקיד נותן בו סימן (מובהק, ש"ך) (תוס' כתובות פ"ה, ב"י, דיש מתרושש והון רב או מציאה מצא, סמ"ע בשם הר"ן)".**

כתב הסמ"ע (ג) דאיירי אפילו באינו רגיל אצלו, דדוקא גבי יורשים דאין טוענין ברי אבינו לקח ממך, מוציאין מידן בהצטרפות הני ג' ענינים דסיפא, אבל כשהן טוענין ברי של אבינו היה או שהנפקד חי וטוען שלי הוא וקניתינהו ממך או נתתינהו לי במתנה אין מוציאין מידו, אפילו בהצטרפות הני ג' ענינים הנ"ל, ודלא כלבוש דלא מוקי ליה באינו רגיל, וטעמו מדלא הזכירו הטוש"ע כאן אינו רגיל.

עוד כתב **השו"ע (ב"ב מ"ה -) ואפילו הפקיד אצלו בעדים אם לא ראו עתה בידו** נאמן לומר החזרתיו לך או נתתו לי במתנה (דווקא בטענה זו נאמן אך לא בטענת להד"מ כדלעיל דכיון דאיכא סימן ריע טענתיה, ש"ך ע"פ התוס' ועוד, והגם שבאגודה ועוד לא משמע כן "לענין דינא לא פליגי"). (ע"פ עובדא דשומשמי **ביבמות קט"ו -)** 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 (וכתב הרמב"ם כתב שישבע בנק"ח, והשיגו הראב"ד למה בנקיטת חפץ והלא המפקיד אצל חבריו בעדים אינו צריך להחזיר לו בעדים, וכתב ה"ה דאולי מפני שנתן כאן סימנים), (תוס' -) אפילו הפקידם בעדים (לפי שאין מנין סימן מובהק לגמרי, שאם היה סימן מובהק אע"פ שאין העדים מעידים שהם היה נוטל, ש"ך בשם ה"ה, והוסיף דה"ה אפילו לא היו עדים כלל היה נוטל בסימן מובהק כשטוען זה אחר הוא וכנ"ל, ודחה דעת הסמ"ע דנאמן לטעון גבי שומשמי אלו היו שלך ולקחתיהן מידך או נתתם לי במתנה במגו דהיה אומר אלו אחרים הם, דזה אינו דבכה"ג אינו נאמן שאין זה מיגו טוב כיון שראו כיוצ"ב בידו)".

עוד בשו"ע **"(ע"פ ב"ב שם -) אבל אם עדים מעידים שהפקיד בידו זה החפץ ורואים אותו עתה בידו** אינו נאמן לומר חזרתי [ולקחתי ממך] או נתתו לי במתנה, (ע"פ כתובות שם -) ולא מבעיא אם הוא חי שמוציאין אותו מידו, אלא ¹ אפילו אם מת מוציאין אותו מהיורשים, אפילו בלא שבועה ² {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 (בטביעות עין שהוא שלו, סמ"ע), מחזירין אותו, ואם אמרו היתומים אבינו אמר שלו הוא, נאמנים בשבועה (טור, אף דקיי"ל דאין היורשים נשבעים אלא ליטול ולא ליפטר שאני הכא דהבע"ה נותן סימנים ואומר שיש לו עדים שיכירוהו בטביעת עין שהוא שלו, משום הכי הו"ל כאילו הן באין ליטול מיד הבעל הבית, סמ"ע, "ואין דבריו נכונים דס"ס הן מוחזקים והקושיא מעיקרא ליתא דהיכא דהיורשים טוענים ברי צריכים לישבע", ש"ך) { (לשון הרמב"ם ע"פ כתובות שם וכ"ד הרא"ש -) ³ ולא עוד אלא מי שבא ואמר כך וכך הפקדתי אצל אביכם ⁴ ונתן סימנים מובהקים ונמצא הפקדון כמו שאמר ² והיה יודע הדיין שלא היה המת אמוד (קצות: והיינו דוקא ביודע שלא היה אמיד, אבל אם אינו יודע בודאי שלא היה אמיד ליכא אומדנא כלל, ודלא כמהרש"א דצריך אמיד בבירור אבל אינו יודע שהוא אמיד מפקינן מיניה, ודבריו תמוהין דהא טעמא דלא אמיד הוא משום אומדן דעתו של הדיין ובענין דוקא יודע בבירור שאינו אמיד) שזה הפקדון שלו, יש לו לדיין הזה לתת הפקדון לזה שנתן סימניו, ³ והוא שלא יהיה המפקיד רגיל להכנס אצל זה שמת,

אבל אם היה רגיל להכנס אצלו, שמא של אחר הוא והכיר הסימנים שלו (ה"ה): לדעת הרמב"ם שלא היו שם עדי פקדון כלל אלא שנתן סימנים מובהקים והאב ידוע לדין שלא היה אמיד וזה התובע לא היה רגיל ליכנס בבית המת ובהתחבר ג' עניינים אלו אמרו שיתנו לו, ואפשר לדעתו שאילו היה האב קיים והיה טוען לקחתי כיון שאין שם עדי פקדון וראה אין מוציאין מידו אבל אין אנו טוענים ליתומים כיון שיש כאן כל הצדדין האלו, ודלא כרמב"ן והרשב"א שעדי פקדון היו שם אבל לא היו מכירים אם היו אותם בעצמם וסימנים מובהקים שנתן הם בראה וטענת אמיד אינה מעלה ולא מורידה בדין דודאי אפילו אמיד כיון שיש כאן עדי פקדון וסימנים מובהקים נותנין לו ולא נאמרה אלא לסעד בעלמא). באו עדים והעידו לדין שאין זה אמוד, אין מוציאין מיד היתומים בעדותן, שאין זה ראיה ברורה, ואומדן דעתם אינו אומד דעתו, ואין לו לדין אלא מה שדעתו סומכת עליו (יצא לו מלשון הגמ' 'אמר רב נחמן ידענא ביה לא אמיד' שנראה שהדין צריך לידע, ה"ה). (רמב"ם ע"פ הרי"ף בשם גאון גבי אורועי שטרא ועיין בסימן טו/ה -) ומשרבו בתי דינים שאינם הגונים, ואפילו יהיו הגונים במעשיהם אינם חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שאין מוציאין מהיתומים באומד דעתו של דיין { החזיר פקדון ע"פ ב"ד ואח"כ נודע שטען (שהחזירהו למי שאינו שלו, סמ"ע), הנפקד פטור (יר' ורי"ו) }.

כתב הסמ"ע (ז) בהא דעדים רואים עתה בידו, מיירי אפילו אם עדי הראיה הללו אינם העדים שהפקיד בפניהם, מצטרפין העדויות יחד ומוציאין מידו.

ביאר **הסמ"ע** (ט) ע"פ הרא"ש והטור דהא דמוציאין מהיורשין כלומר דלא טענינן בעד היורשין אילו היה אביהן חי שמא היה מברר בעדים שקנאהו מידך, משום דלא טענינן בעד היורשים טענה דאינה שכיחא (כדאמרין בב"ב ע' גבי שטר כיס היוצא על היתומים), לא מיבעיא כשראו העדים החפץ ביד היורשין קודם שבאו לדין דהו"ל עדים וראה דגם אביהן לא היה נאמן בכה"ג לטעון לקוח הוא ביד, דמוציאין מידי היורשים, אלא אפילו לא ראו העדים החפץ ביד היורשים אלא שהמפקיד טוען חפץ פלוני הפקדתיו כו' עד צריכין להראותו לעדים כו', ואף שאביהן בכה"ג לא היה צריך להראותו לעדים, שאני אביהן דהיה טוען טענת ברי, אבל אן לא טענינן בעד היורשים טענה שאינה שכיחא, ומשו"ה צריכין להראותו לעדים, ואם יכירוהו הו"ל כעדים וראה לפני הדין, ומוציאין אותו מיד היורשין ומחזירין אותו למפקיד, אם לא שגם הן טוענים ברי.

כתב הסמ"ע (יא) דמש"כ הרמ"א ע"פ הטור שמוציא ע"י עדים מיירי אפילו אם אבי היורשין היה אמוד להיות לו חפץ כזה, מ"מ כיון דיש לזה עדים שהפקידו בידו, מוציאין מידם בסימנים שהוא נותן, ומש"כ המחבר אחר זה דבעינן שלא יהא אמוד ולא יהא רגיל, מיירי דוקא כשאין למפקיד עדים שהפקיד בידו וכ"כ הר"ן בהדיא והרא"ש, ודלא כלבש שכתב דמיירי באינו אמוד, ועירבב דיני שני הבבות יחד כאילו הן מענין אחד, ולא דק כלל, אלא הרמ"א מיירי כשיש לו עדי הפקדון שם אפילו אמוד מחזירין, וסיפא מיירי באין לו עדים שהפקיד בידו, אולם הש"ך (א, "נמצא לפי זה") הסכים (חלקית) עם הלבוש דמיירי בעדים באינו אמיד וכמו שהאריך לבאר (ומקצת לקמן) דבעינן לא אמיד ומש"כ שכן מוכח ברא"ש לא מוכח מידי ואפילו תאמר שכן דעת הרא"ש אין דבריו עיקר בזה.

כתב הסמ"ע (יג) דנראה דמה שסיים המחבר משרבו וכו' אין מוציאין, היינו דוקא בהאי דינא בתרא, אבל במש"כ לפני זה בעדים וראה דאין תלוי באומדן דעת, מוציאין גם בזמנינו.

כתב הש"ך (א, ד"ה 'ומה שכתב הרב המגיד בשם הרמב"ן') דדעת הרב המגיד ע"פ הרמב"ן רשב"א והר"ן ברי"ף דהיכא שיש עדי פקדון וראה אלא שאין מכירים אם זהו הדבר בעצמו ויש למפקיד סימן מובהק מוציאין מידו, וחלק עליהם דחידוש גדול הוא ולא נמצא בשום פוסק, דהא אפילו ראוהו עתה בידו אי ליכא עדים שהפקידו בידו נאמן לומר לקוח כדאיתא בב"ב מ"ה ומוסכם מכל הפוסקים, ואם כן מה בכך שנותן סימן הא יכול לטעון זה שהעדים מעידים שהפקדת בידי החזרתי לך וזהו שראו עתה בידי לקחתי ממך ומתחלה בתורת לקוח בא לידי ועל כן אתה יודע הסימן דהא אפילו היכא דאיכא עדי ראה ומכירים החפץ זה ממש שהוא שלו נאמן לטעון לקוח אע"ג דהשתא ליכא מגו אלא משום כיון דליכא עדים שבא לידו בתורת פקדון טענת לקוח טענה מעליותא היא ומהימנינן ליה שבא לידו בתורת מכירה אם כן ה"ה הכא מה בכך שנותן סימן דילמא לקחו ממנו ומעולם לא בא חפץ זה לידו בתורת פקדון ואותו חפץ שבא לידו בתורת פקדון החזיר לו, והא דאינו נאמן מול עדים היינו במכירים העדים

בטביעות עין או בסימן מובהק שזהו שהפקידו ושהו עתה בידו, "ולבי אומר ליי" שגם הרמב"ן והרשב"א לא כתבו כן אלא ליישב דברי הר"ף, ואף ברי"ף עצמו יש ללמוד כן וכן יש ללמוד בדעת הרמב"ם.

עוד חלק הש"ך (ד"ה יאך מ"מ מ"ש הרא"ש דליתומים) על מש"כ הרא"ש ונמשכו אחריו הטור והרמ"א דליתומים לא טענינן לקוח במגו דהחזרתי, דליתא שכל זה כתב ע"פ שיטתו שהבין דברי התוס' באיזהו נשך דמיירי דוקא אחר מיתת המקבל, אלא מדובר אפילו בחי המקבל רק דבהך דהכותב כיון דלא אמוד לא טענינן ליתמי לקוח דכיון דלא אמוד מילתא דלא שכיח הוא שיהיה שלו אבל באמוד משמע בתוס' ופוסקים דאע"ג שיש עדים שהפקידו ביד אביהם טענינן להו לקוח במגו דהחזרתי, ומוכח בתוס' דהיכא דמביא עדים שהפקידו וראו עתה בידו אפילו אין העדים מכירים רק ע"י סימנים מובהקים ה"ל שפיר עדים וראה, וכן בדין דהא קי"ל בכל דוכתא דסימנים מובהקים דאורייתא נינהו כדמוכח בב"מ י"ח כ"ז ועוד, וכתב בסיום הענין לאחר שהאריך "וס"ל להרא"ש דאפילו באמיד מוציאין מן היתומים מכל מקום לענין דינא לא נ"ל כן אלא היכא דהוא אמיד טענינן ליתמי לקוח וכדמשמע בתוספות ופוסקים הנ"ל וכמ"ש לעיל, גם בלאו הכי אפילו במילתא דלא שכיח יש פוסקים דטענינן להו ליתמי וכמ"ש הרמב"ן.. וכן דעת הר"ף.. והנ"י.. דטענינן ליתמי נאנסו דלעולם כל מה דמצי אבוהון למטען טענינן להו".

עוד כתב הש"ך (ד"ה יונראה דהיכא שיש) דהיכא שיש עדים שכלי זה הופקד בידו וראהו עתה לאחר מותו או שהיתומים מודים שהוא פקדון רק שאין העדים או היתומים יודעים מי הפקידו אצלו נאמן התובע כשנותן סימן מובהק אפילו הנפקד אמיד, אבל אם אין היתומים יודעים אם לקחה אביהן אע"ג שיוודעים שבפקדון בא לידו ואיכא עדי ראה נראה דטענינן להו שלקוח במגו שהיה אביהן חי לא היה מודה שהוא פקדון רק היה יכול לטעון במכירה בא לידו כי היכא דטענינן להו לקוח במגו דהחזרתי היכא דאיכא עדי פקדון וליכא עדי ראה אע"פ שהיתומים יודעים האמת שלא החזיר וה"ה הכא.

עוד כתב הש"ך לקראת סיום דבריו דלרא"ש כנ"ל במילתא שלא שכיחא דלא טענינן א"כ ס"ל באינו אמיד ויהיב סימנא ואינו רגיל דאיכא תלתא לטיבותא דהתובע וליכא עדי פקדון וראה ס"ל דמוציאים מיתומים דמילתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי, אבל לפוסקים דטענינן כל מידי דלא שכיחא א"כ גם כאן אין מוציאין מהיתומים, וע"כ יש לפרש הך דכתובות בענין אחר, דהתם היה דעת החכמים נוטה שהוא של התובע ולכך מיייתי בגמ' תלתא עובדא לומר דלאו דדינא הכי הוא אלא דאשכחן דרבי אמי ורב נחמן ורבי אבא היו דנים כן ע"פ אומדן דעתם א"כ שמע מינה דהרשות ביד דיין לדון כן ע"פ אומדן דעתו ודלא כר"ף שכתב דלהכי מיייתי הני תלתא למימרא דהלכה רווחת בישראל היא, וכן נראה ללמוד ברמב"ם שכתב ד"ש לדיין לתת הפקדון מה שלא כתב כן בשאר הדינים אלא אשמעינן דדין זה תלוי באומדן דעת הדיין ובהל' סנהדרין מדוקדק כן יותר שכתב "אם ידע זה הדיין" וכו' ונמצא דלרמב"ם והמחבר בזמן הזה אין מוציאין מהיתומים באומדן הדעת והיינו אפילו ידוע לדיינים שאינו אמיד אין מוציאין מהם ה"ה היכא דאיכא עדים שהפקידו בידו, אך דליכא עדי ראה אין מוציאין מידו אפילו אין אביהן אמיד וגם בלא"ה יש פוסקים דטענינן להו נאנסו א"כ הוי ספיקא דדינא ואין מוציאין מספק ולפ"ז אם תפס התובע אפילו תפס בעדים לא מפקין מיניה אפילו ליכא עדים וראה רק שנותן סימן ולא רגיל דעייל להתם ולא היה אביהן אמיד או שרגיל דעייל להתם והביא עדי פקדון אע"ג דלא יהיב סימן כלל ולא היה אביהן אמיד כיון דבהנך תרתי היה ביד ב"ד להוציא מהיתומים רק שאין דנין עכשיו כן הלכך אי תפס התובע אין מוציאין מידו (עיי"ש שסיים "העולה מכל זה" וסיכם בזה כל הדינים העולים בסימן, וראה סיכום מקוצר יותר ב'דרכי חושן' בסוף הסימן).

עמש"כ הש"ך (הובא בדברי השו"ע וסוכם בקצרה בנתיבות לקמן) דהיכא דאומר סימן מובהק גמור (כלומר שאין כמותו כלל, דרכי חושן) אף שאין להם טביעות עין מוציאין מהנפקד ואינו נאמן לומר שלך החזרתי וזה אחר הוא ולא לקוח, ואפילו ליכא עדים והוא מודה, אינו נאמן לטעון החזרתי וזה אחר במיגו, דהוי מיגו במקום עדים [ובסימן מובהק שאינו גמור, נאמן לטעון החזרתי וזה אחר כשיש לו מיגו דלקוח, ובסימן גרוע, יכול לטעון החזרתי וזה אחר אפילו בלא מיגו, אבל לקוח אינו נאמן במיגו, שירא לומר כן כיון שראו כיצא בו] חלק הקצות (א) דסימנין אפילו מובהקין לא מהני כלל להוציא ממון וכ"כ בריטב"א דכי יהיב סימנא מאי הוי הא לא אשכחן דמהני סימנא להוציא ממוןא מרשות בעלים המוחזק, ולא הוזכר אלא במציאה ויאוש בעלים וכי איכא סימנא ליכא יאוש בעלים והנך דיבמות קט"ו וב"מ ע' היינו משום דהוי עדי פקדון וכיון דאיכא סימנא אמרינן מסתמא זה הפקדון, וכן מוכח מחולין צ"ו דאמרינן דלא מפקין עד דאתו בתרי ואמרי טביעות עינא אית לן בגויה, ולכן הפירוש בשו"ע שכתב

המפקיד אצל חבירו שלא בעדים נאמן לומר לא היו דברים מעולם, דהיינו לא היה שלך מעולם, ואע"ג דהתובע יחייב סימנא לא מהני לאפוקי ממונא, ודלא כסמ"ע והש"ך שפירשו להד"מ היינו שטוען לקוח או שלקחו מאחר ולישנא דלהד"מ משמע להד"מ ממש, ואפילו בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר דליכא מיגו יכול לטעון להד"מ דלא היה שלך מעולם, וסימנא לא מהני אלא כשהפקידו בעדים, וסימן משקל אפילו בעדי פקדון לא מהני כמו שמוכח מהך דב"מ ע' בדקין גברא דאית ליה דהבא פריכא אבל כלים לא דיהיב סימנא, דכיון דכלים לא היינו כשיהיו עדי פקדון א"כ מוכח דמדת משקל לא מהני אפילו בעדי פקדון, דהא בדהבא פריכא נמי איכא סימן משקל וכמ"ש הנ"י משום דמשקל הוי סימן כל דהו. גם בנתיבות (א), כתב דדברי הש"ך תמוהים ובהדיא כתבו התוס' בחולין דאם אמרו חפץ דהאי סימניה דפלניא דאין מוציאין והא אפילו בסימן מובהק כמו בפלניא דהאי סימניה, וגם מש"כ דבסימן אמצעי כשאין לו מיגו מוציאין הוא תמוה, דהא קי"ל דסימנים אמצעים דרבנן ואפילו באבידה מתמה הש"ס בב"מ כ"ז אמאי מחזירין, והטעמים שאמרו שם באבידה לא שייך להוצאת ממון מהמוחזק, לכן נראה עיקר דסימנן לא מהני רק לענין זה לכופ אותן להראות לעדים שיכירוהו בטביעות עין.

סימן רחצ – נפקד אומר איני יודע כמה אני חייב והמפקיד טוען ברי

סעיף א

ראובן הפקיד אצל שמעון ארנק סגור וחתום ואמר לו שהארנק מכיל דולרים ופשע שמעון בשמירתו ונתחייב בדין כדי שומר חנם, אך הם חלוקים בסכום הכסף שהיה בארנק, המפקיד טוען שבתוך הארנק היו עשרת אלפים דולרים ואילו הנפקד טוען שאינו יודע כמה הכיל הארנק אך אינו מאמין שהיה בו סכום גדול כל כך מאחר והמפקיד אינו אדם אמיד, מה הדין?

ב"ק סב. "אמר רב שמעית מילתא לר' יהודה ולא ידענא מאי היא אמר שמואל ולא ידע אבא מאי שמיע ליה לר' יהודה דמחייב על נזקי טמון באש עשו תקנת נגזל באש".

בירושלמי פרק הכונס (הובא ברי"ף רא"ש וכדלקמן) מובא הך עובדא אפלוגתא דטמון באש דרבי יהודה ורבנן - "חד בר נש אפקיד גבי חבריה חד שק צרור אירעו אונס הדין הוה אמר (הנפקד) סיגין הוה מלא (סיגים) והדין אמר (המפקיד) מטכסא (בגדי משי יקרים) הוה מלא אתא עובדא קמיה ר' אמי אמר הרי זה נשבע ונטל", על פניו נשמע שעשו תקנת טמון במפקיד.

כתב הרא"ש בב"ק (ו, טז) לתמוה על הירו' למה יעשו תקנת נגזל במפקיד בשלמא בנגזל עשו תקנה שלא ישבע הגזלן וכן באש שפשע בשמירת אשו הטילו השבועה על הניזק וגם אין המבעיר יכול לידע מה היה לניזק בבית אבל במפקיד למה הטילו אי דטעין נפקד ברי סיגין הוה משתבע דהכי הוא ויותר נראה שיהא פטור בלא שבועה מידי דהוה כטוען חטים והודה לו בשעורים, ואי דטעין הנפקד שמה אמאי נשבע המפקיד בלא שבועה יטול דהוה ליה נפקד מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע כמו טענו מנה ואמר ליה חמשין ידענא וחמשין לא ידענא (שבועות מז.) דהכא נמי טענו שק מלא מטכסין והודה על השק ועל המטכסין אמר לא ידענא דשמה סיגין היו, ומיהו איכא למימר דלא אמרינן בכהאי גוונא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דדוקא היכא דנראה טענה שלו ברמאות הא דטעין לא ידענא לפי שהיה ליה לידע אם הוא חייב אם לאו, ודבר קשה הוא מאוד כי מעשים בכל יום שאין הנפקד מדקדק לידע מה שיש בשקים ומרצופין שמפקדים אצלו, וכתב דאפשר לפרש דירושלמי באירע אונס לנפקד שנשרף ביתו בפשיעת שכנו שלא שמר גחלתו ונתחייב המבעיר לשלם הנזק אע"פ שמה שבתוך השק הוי טמון ומיירי דנפל גדר מחמת דליקה והוי חציו ומתחייב אטמון ואמר המבעיר דמלא סיגין הוה והשתא מייתי סייעתא מרב דעשו תקנת גזלן באשו, וסיים "ושמעתי שהגאונים פירשוהו בפקדון וכתבו דעשו תקנת נגזל בפקדון ואין לזוז מדבריהם". הרי"ן (דלקמן) סיים דבריו דעיקרן של דברים שאין לירושלמי עסק בדין נפקד כלל דהתם מפני תקנת נגזל באשו נגעו בה דגבי פלוגתא דר' יהודה ורבנן בטמון באש מייתו להו ועל ענין זה הביאו הרי"ף ז"ל בפרק הכונס, וכ"ד הרמב"ן (ראה לקמן, והוזכר גם ברא"ה). כתב הטור (בסימן צ') דנראה מדברי הרא"ש שאינו מסכים לדברי הגאונים אלא

כשהנפקד טוען שמא אבל אם טוען ברי לא, והירושלמי שהביא רב אלפס מיירי נמי כהאי גוונא שטען הנפקד שמא היה מלא סיגין.

כתב הרמב"ם (שאלה ה, ז) (ה"ה: זהו פירוש הירו' לשיטתו) "...מעשה באחד שהפקיד שק צרור אצל חבירו ופשע בו המפקיד אומר חלי זהב ומרגליות וכיוצא בהן היו בו והשומר אומר איני יודע שמא סיגים או חול היו בו ואמרו חכמים ישבע בעל הפקדון ויטול והוא שיטעון דבר שהוא אמוד בו או אמוד להפקידו אצלו, ולמה נשבע כאן בעל הפקדון לפי שאין השומר מחוייב שבועה שאפילו הודה ואמר ברי לי שהיה מלא סיגים והמפקיד אומר מרגליות היו השומר נשבע היסת ונפטר כמו שטענו חטים והודה לו בשעורים וכן כל כיוצא בזה ובהלכות טוען ונטען יתבאר עיקרי הדברים", והשיג הראב"ד דאין זה כלום שהרי היה שם שק ומטכסין והודה בשק וכפר במטכסין ועוד בשק צרור למה נשבע בעל השק לאו היינו אמרינן לגבי שוורים דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי היינו דרבה בר נתן ותו לא מידי.

בהלכה ו' כתב הרמב"ם "הפקיד אצלו פירות שאינן מדודין ועירבן עם פירותיו ולא מדדן ה"ז פושע, בעל הפקדון אומר כך וכך היו והשומר אומר איני יודע ישלם בלא שבועה שהרי חייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה הוא חייב ונמצא חייב שבועה שאינו יכול להשבע, וכזה הורו רבותי הרב ר' יוסף הלוי ורבו ז"ל, וכן כל שומר שנתחייב לשלם ואמר איני יודע כמה דמים.. ויש לשומר להחרים על מי שלקח ממנו יתר מן הראוי לו, ומנין שהדין כך הוא הגע עצמך שהפקיד אצלו כיס מלא זהובים ופשע בו הבעלים אומרים מאתים דינר היו והשומר אומר ודאי שהיה בו דינרים אבל איני יודע כמה היו נמצא זה כטוען מאתים והודה לו במקצת ואמר השאר איני יודע שהוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם כמו שיתבאר". הראב"ד השיג על הרמב"ם לפי שאינו דומה לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתם הוה ליה למידע ואערומי הוא דמעררים ותובע נמי טוען עליה ואמר מידע ידעת ודבר שבמניין קא טעין ליה ודבר שבמניין קא כפר ליה והוה ליה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם אבל הני לאו הכי הוא והיינו טעמא דשק צרור דאמרינן עלה ישבע זה ויטול ולא אמרו יטול בלא שבועה.

כתב הר"ן (שבועות כ"ד:): דהקשה ה"ר יוסף הלוי (וכ"כ הרא"ש) על דברי עצמו מדגרסינן בירושלמי (הנ"ל)... והתם ודאי בטוען שמא סיגין הוה מלא עסקינן דאי בטוען ברי סיגין הוה מלא פטור היה לגמרי דמה שהודה לו לא טענו וה"ל כטוענו חטים והודה לו בשעורין אלא על כרחין באומר שמא סיגין הוה מלא עסקינן וכיון שכן הרי הודה במקצת החיוב ואיני יודע כמה והוה ליה למפקיד ליטול בלא שבועה, ותיירץ דלא אמרינן מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע משלם אלא בזמן שאם היה טוען ברי מה שהוא טוען שאינו יודע היה מתחייב שבועה כגון חמשין ידענא וחמשין לא ידענא אבל הכא דאילו טעין ברי סיגין הוה מלא לא הוה מחוייב שבועה דמה שטוענו לא הודה לו כי אמר נמי בשמא לאו מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע, וחזר והקשה כיון שכן למה נשבע תובע ונוטל הוה ליה כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור ותיירץ דהתם בדליכא דררא דממונא אבל הכא דאיכא דררא דממונא דהא ודאי אפקיד גביה אלא דאיהו לא ידע אי סיגין אי מטכסין נשבע התובע דידע ונוטל (והרמב"ן חלק עליו בדן זה דודאי כי אמרינן מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור אפילו בדאיכא דררא דממונא).

כתב הרא"ש (שבועות ו, כז) דיש מקשים על ר"י הלוי (ראה ראב"ד לעיל) דכיון דלא ידע כמה היה שוה לא מיחייב שבועה דהא לא מודה בדבר שבמדה ומשקל ומנין ועוד שהרי אינו כופר בשתי כסף שהוא אומר שאינו יודע כמה שוה, ותיירץ הרא"ש דלא קשה דכיון שאמר יודע אני שהיה שוה יותר ממה שיש לי עליו הודה ששוה פרוטה יותר שפחות משוה פרוטה אין נחשב שוויו בחפץ אחד ואם לא יגיע לשוה פרוטה אינו מונה אותו הילכך זה שאומר שהיה שוה יותר מסלע על כרחך בפרוטה הודה והרי יש כאן הודאות ממון וכיון שהודה בסתם אין בכלל הודאה זו אלא בפחות שבממון ואין יכולין להוציא ממנו אלא פרוטה והוי כאילו הזכיר בפירוש שוה פרוטה יותר הילכך על כל השאר אומר שאינו יודע ואילו כפר על השאר יש כאן כפירת שתי כסף וכיון שאמר איני יודע הוי מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע. (הש"ך סק"ב הביא שהסמ"ג הקשה על הרמב"ם דאין כאן אלא שבועה דרבנן מאחר שאינו מודה בדבר שבמנין כך וכך דינרים היו בו והשאר אינו יודע ובשבועה דרבנן אין אומרים משואיל"מ, ונדחה ע"י יישובי הרא" דלעיל).

כתב הב"י דלענין הדין בהלכה ו' באומר יודע אני שהיו בו זהובים אבל איני יודע כמה נקטינן כרמב"ם, ולענין דין הירושלמי שכתב הרמב"ם (הלכה ה') מאחר שהסכמת המפרשים הוא דלענין טמון באש מיירי ופשט דברי הר"ף מוכיחים כן הכי נקטינן ולא כרמב"ם.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם בהל' ו' "כל שומר שנתחייב לשלם ואמר איני יודע כמה דמים אני חייב לשלם והבעלים אומרים אנו יודעים כך וכך היה שוה, כגון שהפקיד אצלו כיס מלא זהובים ופשע בו הבעלים אומרים ק"ק דינרים היו והשומר אומר ודאי שהיו בו דינרים אבל איני יודע כמה היה (וידוקא שהיה בו דברים שדרכו להניח בכיס דאל"כ פטור כדלקמן ר"ס שפ"ח, ש"ד), נמצא זה כטוען ק"ק ומודה לו במקצת ואמר השאר איני יודע, שהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, ומשלם. ולפיכך הבעלים יטלו בלא שבועה, (ע"פ ב"ק סב. –) והוא שיטענו דבר שהם אמודים בו, ויש לשומר להחרים על מי שלקח ממנו יותר מהראוי לו {וע"ל סימן צ' סעיף י'}. וז"ל **בסימן צ'י** "הפקיד אצל חבירו שק צרור, ופשע בו, המפקיד אומר חלי זהב ומרגליות היו בו, והשומר אומר איני יודע שמא סיגים או חול היו בו, ישבע בעל הפקדון ויטול, (רמב"ם -) והוא שיטעון דבר שהוא אמוד, או אמוד להפקידו אצלו, (כדעת הטור ברא"ש -) ואם אמר השומר, ברי לי שהיה מלא סיגים או חול, ישבע ויפטר, ואם אמר השומר, יודע אני שהיה בו זהב ואיני יודע כמה, נוטל המפקיד בלא שבועה, וי"א שנשבע שאינו יודע ויפטר (ראה סמוך), ויתבאר עוד בסימן רצ"ח סעיף א"י".

הסמ"ע (א) תמה על פסיקת המחבר כרמב"ם דהא הראב"ד, רא"ש בהכונס, רשב"א, וטור הסכימו לדחות דברי הרמב"ם בזה דהפקידו כיס, דלא יטלנו המפקיד בלא שבועה חמורה, מטעם דלא ה"ל לנפקד למידע מאי הפקיד אצלו בשקין או בכיס או בתיבה צרורה וחתומה, וגם הב"י בעצמו כתב בסימן צ' שהרב המגיד כתב שעיקר הדברים המה כדברי הראב"ד בהפקיד כיס מלא, ושם צ"י פסק בשו"ע כמש"כ כאן וסיים "וי"א דנשבע שאינו יודע ונפטר" ודבריו סתומין אמאי קאי, וניתן לפרשו בב' פירושים - א' קאי אמאי דכתב לפניו דעת הרמב"ם בהפקידו שק צרור וטוענו שהיה מלא מרגליות והנפקד משיבו יודע אני שהיו בו מרגליות ואיני יודע כמה, דנוטל המפקיד בלא שבועה, ועליה כתב ד"א שנשבע ויפטר משום דס"ל דלא עשו תקנת נגזל בנפקד והירו' מיירי באש וכמ"ש הרא"ש שהרבה מפרשים פירשוהו כן, וגם ס"ל להאי י"א כסברת הראב"ד והרא"ש דלא אמרינן בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם כיון דלא ה"ל לנפקד למידע, ולפי"ז לא ה"ל להמחבר לסתום כאן כדעת הרמב"ם, ופירוש ב' דה"א הנ"ל קאי אדין שכתב שם לפני זה אהיכא דהשומר טוען איני יודע שמא סיגין היו בו וס"ל דלא אמרינן דמסתמא היתה דעת התובע גם על השק, נמצא דה"ל כטוענו בחיטין והנתבע משיב לו איני יודע אם חיטין או שעורין, וס"ל כראב"ד בה"ז דבכה"ג לא עשו תקנת נגזל משו"ה ס"ל דישבע הנפקד שאינו יודע ויפטר, ולפי"ז לק"מ, דכאן לא איירי המחבר בדין אם טוען הנפקד שמא סיגין היו בו, ואפשר דלזה רימז גם כן הרמ"א בקיצור לשונו.

הש"ד (א) הסכים עם המחבר דכ"ד הרמב"ן ר"ן ונ"י [ומה שהקשה הסמ"ע מדברי הב"י סי' צ' בלא"ה דברי הב"י מגומגמים דהרב המגיד דכתב דעיקר הדברים כראב"ד לא קאי אהיה לו לידע]. עוד כתב (ד) דבסימן שפ"ח פסק בהג"ה שנשבע ונוטל ולא כהכא שנוטל בלא שבועה, ואפשר שמחלק בין מזיק לפקדון אבל בדברי כל הפוסקים אין נראה לחלק, ולענין הלכה העיקר כמחבר.

סעיף ב

פסק **בשו"ע כרמב"ם** (בתחילת ה"ז שם, וכתב הה"ה דפשוט הוא, דודאי אין השומר מחוייב שבועה כיון שאין המפקיד טוענו טענת ברי וכיון שכן, נשבע שאינו יודע ונפטר) "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 ופטר} (תשובת הרשב"א, ולא דמי לההוא ירושלמי דשק צרור כו' דהתם השומר מודה שנגנב או איכא עדים שנגנב אבל כאן השומר אומר איני יודע שנגנב ולכך פטור אפילו נכנסו ויצאו אנשים לשם לא אמרינן שבודאי גנבו, דרכ"מ וסמ"ע) י".

ביאר **הסמ"ע** (ב-ד) דאורחא דמילתא נקט במת אביו וכו', דאילו לא הניח לו אביו מסתמא היה יודע מה היה בו, עוד י"ל דבתובע טוען שמא אי הוה טוען טענת עצמו שהוא הפקידו ואינו יודע כמה, אפילו שבועה ע"י גלגול שאינו יודע לא היה צריך השומר לישבע, דלמה ליה למידע יותר מהמפקיד, והכא דכולל בשבועתו וכו' אי לא גלגול שבועה דאינו ברשותו לא היה צריך לישבע אטענת שמא, ואפילו לצאת ידי שמים לא הוה צריך וכטוש"ע בסימן ע"ה.

כתב הש"ך (ה) דכתב המהרי"ט דאם אבד לו אבן טוב ואינו יודע כמה היה שוה לא ה"ל משואיל"מ דלא ה"ל לידע שאינו ידוע אלא לבקיאין וחלק עליו דה"ל משואיל"מ.

[בתשובת בית דוד (פת"ש א) כתב באחד שמסר לבעל ספינה מאה שקים קמח שיולככם לנמל פלוני וכל שק יהיה במשקל מסויים ושכרו מאה ר"ט וכשבא לנמל טען המפקיד שחסר לו הרבה קמח באופן שהחסרון עולה יותר מדמי השכירות והנפקד השיב איני יודע, דיש לספק למאי מדמינן לה, לטענת פרעון או לטענת יש לי בידך כנגדו וכיון שהדבר שקול, אם כבר נפסק הדין ע"פ הרוב לחייב את בעל הסחורה לשלם, אין אחי"ז כלום, כי על כיוצא בזה אמרה תורה אחרי רבים להטות, אמנם כל זה אם לא היה כאן רק שכר שמירה לחוד ולא גם שכר הולכת הסחורה למקום, עיי"ש שהאריך].

סימן רצט – שנים שהפקידו ביד אחד ואחד מהם בא לתבוע

סעיף א

[מה הדין האחד שהפקיד אצל שנים, האם הם ערבים זה לזה?]

ע"פ **כתובות צד**. גבי "הני תרי אחי או תרי שותפי דאית להו דינא בהדי חד ואזיל חד מיניהו", כתב הר"ן, וכ"פ השו"ע בקצרה מה שהורחב ונומק בסימן ע"ז "שנים שהפקידו אצל אחד ובא אחד מהם ליתול 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 חברה ושליחותיה קא עביד, ונתבאר פרטי דין זה בסימן קע"ו סעיף כ"ה ובסימן קכ"ב. {ג"י - } ואם הפקיד אצל שנים, הוה כהלואה לשנים, ועיין לעיל סימן ע"ז."

כתב **הסמ"ע** (ב) דהא דאין שומעין לו וכו' דאולם יכול לתבעו ולירד עמו לדין על חלקו אף שאין חברו בעיר אם יש כפירה ביניהם.

כתב **הקצות** (א) דכתב בתשובת הרמ"א גבי שני שומרים שקיבלו שמירה ביחד לא אמרינן דהוי אחד ערב בעד חברו ואע"ג דכתב ה"ה בשם הרמב"ן דאם הפקיד גבי שנים דינו כהלואה לשנים י"ל דהרמב"ן לא מיירי בסתם פקדון אלא מיירי דהתנה בהדיהו בפירוש וכמשנה ב"מ צ"ד, וראיה מהא מב"ק י' מסר שורו לחמשה בני אדם דאמרינן אם סילק אחד עצמו מן השמירה הנשארים חייבים ולא מצינו שיחייבו זה שנסתלק מטעם שנתערב בעד חברו, אולם מדברי הרמ"א כאן ובריש סימן ע"ז בשנים שקבלו פקדון ביחד דכתב בסתמא דהו"ל דין ערב כמו בשנים שלוו יחד, משמע דאפילו בסתמא נעשו ערבין וא"כ תיקשי הך דמסר שורו לחמשה, והש"ך בסימן ע"ז כתב דהתם לא מיירי מדין ערב אלא מדין מזיק ממש ואין ה"נ דחייב מדין ערב, אלא דא"כ לא הו"ל לטוש"ע בסימן שצ"ו לסתום במסר שורו כו' דאם פשע אחד מהם זה שפשע בשמירתו חייב, ולא זכרו לחייב חברו מדין ערב, אולם לק"מ דבב"ק בהא דתנא הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו וכו' מיירי דפשע אחד מהם ויצא השור והזיק לאחרים דאינו חייב אלא בחלקו, דאע"ג דשנים שקבלו פקדון ביחד הו"ל ערבים, היינו למפקיד אבל לעלמא אין בו דין ערבות, וכיון דחבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו היינו בהזיק לאחרים אין בזה דין ערבות, ואם הוזק השור הוא דאית ביה דין ערבות לבעל הפקדון אבל הזיק לאחרים אינו חייב אלא בחלקו, וכיון דדעת השו"ע והרמ"א הכא דשנים שלוו ביחד אין להם אלא דין ערב כל אחד בעד חברו ולא נעשו ערבים קבלנים א"כ לא שייך דין ערב בהזיק לעלמא, ומש"ה סתמו בשו"ע סימן שצ"ו דזה שפשע הוא דחייב כיון דמיירי במזיק לאחרים לית ביה דין ערב.

סימן ש – שנים שהפקידו אחד ק' ואחר ר' וכל אחד תובע מאתים

סעיף א

משנה ב"מ לז. "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. שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים זה אומר שלי מאתים וזה אומר שלי מאתים נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח

עד שיבא אליהו אמר רבי יוסי אם כן מה הפסיד הרמאי אלא הכל יהא מונח עד שיבא אליהו" **ובגמ'** "ורמי פקדון אפקדון ורמי גזל אגזל, פקדון אפקדון - דקתני רישא או אביו של אחד מכם הפקיד אצלי מנה ואיני יודע איזה הוא נותן לזה מנה ולזה מנה ורמינהי שנים שהפקידו וכו' אמר רבא רישא נעשה כמי שהפקידו לו בשני כריכות דהוה ליה למידק סיפא נעשה כמי שהפקידו לו בכרך אחד דלא הוה ליה למידק כגון דאפקידו תרוייהו בהדי הדדי בחד זימנא דאמר להו אנת גופייכו לא קפדיתו אהדדי אנא קפידנא. ורמי גזל אגזל קתני הכא 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, ורמינהי גזל אחד מחמשה ואינו יודע איזה מהן גזל זה אומר אותי גזל וזה אומר אותי גזל מניח גזילה ביניהם ומסתלק דברי רבי טרפון אלמא מספקא לא מפקינן ממונא ואמרין אוקים ממונא בחזקת מריה וממאי דמתניתין דהכא רבי טרפון היא דקתני עלה דההיא מודה רבי טרפון באומר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה ואיני יודע איזה מכם שנותן לזה מנה ולזה מנה - התם דקא תבעי ליה הכא בבא לצאת ידי שמים... 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".

כתב **הרא"ש** דבהאי שינויא בבא לצאת וכו' מיתרצא נמי פירכא קמייא דפקדון אך מדלא קאמר 'אלא' משמע דאכתי צריכנא לשינויא קמא דלעיל בין כרך אחד לשתי כריכות, וכן מוכח במסקנא דפריך ומי אמר רבא כל בשתי כריכות הוה ליה למידק משמע דאכתי קאי ההוא שנויא דבכרך אחד לא מיחייב אף לצאת ידי שמים ובשתי כריכות חייב בפקדון אי תבעי ליה, ולא דמי למנה לי בידך והלה אומר איני יודע דחייב בבא לצאת ידי שמים כדאיתא בב"ק קי"ח דהתם ברי ושמא והכא ברי וברי, אולם הרי"ף לא כתב אלא שנויא דרבא בלבד ובמאי דאמר רבא סיפא נעשה כמי שהפקידו אצלו בכרך אחד וכתב הב"י דנראה מדבריו דבכרך אחד ממש קאמר אלא שאמרו לו מנה שלי ומאתים של חברי, וכ"ד הרמב"ם וכדלקמן.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים וכל אחד משניהם אומר אני הוא שהפקדתי המאתים, והשומר אומר איני יודע (רמב"ם -) 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 (דלא סגי שיכתוב רק בעל ר' דאכתי יש פשיעה שמא יבוא שלישי לתבוע כ"ס ק', סמ"ע) על כ"ס שלו. (ה"ה בשם כתבו ז"ל -) ואי אינהו לא תבעי ליה כל חד בברי, אם בא לצאת ידי שמים חייב, אבל בדיני אדם פטור (דיכול לומר דקדקתי מי בעל ר' ושכחתי והא ראייה שהן ג"כ שכחו מדלא תבעו אותי, סמ"ע) (וציינו הש"ך והגר"א לדברי הרא"ש הנ"ל) (ואי לא תבעי ליה כלל אמרינן דהק' הג' חולקים ולא אמרינן יהא מונח כיון דלא תבעי ליה א"כ ליכא רמאי וכדלקמן סי' שס"ה, ש"ך). (המשך הרמב"ם -) לפיכך (כיון דהטעם דיתן לכל אחד מאתים הוא משום שפשע דה"ל לכתוב וכו' לפיכך בכה"ג דהפקידו בכרך אחד לא מיקרי פשיעה, סמ"ע) 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 {וי"א דיהא מונח ביד ב"ד (מרדכי, דאלי"כ כל אחד יערים ויאמר איני יודע כדי שישאר בידו) { עד לעולם (ר"ל עד שיבוא אליהו, ומכח זה ודאי יודה הרמאי או לא יבוא מתחילה ברמאות, סמ"ע), או עד שיודה האחד לחבירו (וה"ה אם ירצו לחלוק המנה השלישית וכמ"ש המחבר בסוף הסימן גבי בהמות, סמ"ע) (ואם לא תבעו ליה אם היה בכרך א' נותן לזה ק' ולזה ק' ומנה שלישית חולקים, ש"ך) שהרי הוא אומר להם כיון שראיתי שאינכם מקפידין זה על זה והבאתם בכרך אחד לא הטרחתי עצמי לידע ולזכור תמיד מי בעל המאה ומי בעל המאתים, ואפילו בבא לצאת ידי שמים פטור {וי"א (רא"ש) דאם תבעו ליה חייב בבא לצאת ידי שמים אפילו בכי האי גוונא (דס"ל דמתני' בדיני אדם, דרישא לחוד בדיני שמים, אבל בדיני שמים חייב אף בסיפא כיון שהוא טוען שמא וכב"ק קי"ח, גר"א, וכתב הש"ך דרוב הפוסקים דלא כרא"ש) {".

ביאר **הסמ"ע** (א' וכן הוא בב"י בשם הרשב"א) דמש"כ הרמב"ם ברישא שכל אחד נשבע היינו כדין נשבע ונוטל (ומשמע בנקיטת חפץ, ש"ך) שכתבו הטוש"ע בסימן פ"ב (והגר"א ציין לסימן צ"א ר"ל דומיא דחנווני ופועלים), ואף על פי שהוא מודה לכל אחד שיש לו בידו מאה ועל המותר אומר איני יודע, אין לדמותו לתובע לחבירו מנה והנתבע משיבו חמשים ידענא וחמשים לא ידענא דאמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דשאני הכא דטוען בודאי אין בידי יותר מג' מאות ואחד מהן ודאי רמאי, משו"ה הטילו חכמים שבועה על כל אחד מהן.

כתב **הסמ"ע** (ה ט) גבי הסיפא דבכרך אחד דכן היא גירסת הרי"ף והרמב"ם ולדידהו כל שלא הפקידו בכרך אחד אע"פ שהפקידו זה בפני זה ה"ל כאילו הפקידו זה שלא בפני זה וה"ל למידק, אבל לגירסת רש"י תוס' ורא"ש וכ"ד ההג"ה אם הפקידו זה בפני זה אינו חייב אלא מאה לכל אחד שאמר לא חששתי לדקדק מאחר שראיתי שלא הייתם חושדים זה את זה.

גבי מח' הרמב"ם והמרדכי בסיפא אצל מי יישאר המנה כתב **הש"ך** (י) דדעת הרבה גדולי הפוסקים כרמב"ם שאצל הנפקד ומש"כ הפוסקים בשם המרדכי דלעולם יערים וכו' י"ל דאינהו דאפסידו אנפשיהו דהפקידו אצלו בכרך אחד מתחלה ואדרבה הם מערימים שכל א' תובע ר' וכיון שממ"נ חד מנייהו רמאי לא חיישינן תו להערמת הנפקד וממ"נ צריך לישבע היסת שאינו יודע שהרי כל אחד תבעו ברי בר' ומ"מ מודה מקצת לא הוי דנימא מתוך שאיל"מ מטעם שכתבו הפוסקים וכסמ"ע סק"א ואפילו רוצה להניח המנה השלישית בב"ד צריך לישבע שאינו יודע.

עמש"כ המחבר דבכרך אחד אפילו תבעי ליה פטור ואפילו לצאת ידי שמים כתב **הקצות** (א) דנראה דהא דס"ל למחבר בסימן רכב/ב גבי מקח בלקח מחמשה בני אדם דחייב לצאת ידי שמים, משום דפקדון כל היכא דאיתיה ברשותא דמאריה ואין הנפקד חייב להשיב ליד הבעלים דלא כתיב והשיב אלא בגזילה וכן בהלואה משום דמלוה להוצאה ניתנה אלא היכא דפשע ומחויב לשלם דמי הפקדון מחויב להחזיר הדמים ליד בעלים, ומש"ה כאן בפקדון ס"ל כיון דבכרך אחד לא פשע מידי א"כ אין לו לנפקד להחזיר לבעלים אלא אומר הרי שלך לפניך כל היכא דאיתיה ואינו מחויב אפילו לצאת ידי שמים ואפילו תבעו.

סעיף ב

ע"פ **משנה שם** וכת"ק וכאוקימתא דרבא בגמ' פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "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 כאחד, נותן הקטן לאחד ודמי הקטן לשני, והשאר יהיה מונח (אצלו, **ש"ך** בשם הרמב"ם) עד שיודה האחד לחבירו או עד לעולם".

סעיף ג

ע"פ **משנה שם** (וכסלקא דעתך בתבעוהו, דלא אוקמי בהודה ולצאת יד"ש אלא לר"ט ואן קי"ל כר"ע, גר"א) וכלשון **הרמב"ם** פסק **בשו"ע** "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 (אחר שיישבעו, **סמ"ע** ו**ש"ך**) { ואי אינהו לא תבעי ליה פטור אפילו בבא לצאת ידי שמים (**רא"ש**), ובסימן ע"ו הביא המחבר ב' דעות, **ש"ך**, ו**הקצות** דייק בתוס' דאף בשמא ושמא חייב בבא לצאת ידי שמים), אבל אם אמר אביכם (ר') יהונתן בשיטה: האי דקאמר אביו של אחד מכם ולא קאמר אחד מכם הפקיד לי מנה משום דאורחא דמילתא נקט דדרך הוא דיתמי במילי דאבוהון לא ידעי ולפיכך לא תבעי ליה מידי אבל כשהוא עצמו מפקיד לו לא שכיח דשכח ותבע ליה) של אחד מכם הפקיד אצלי ואיני יודע איזה מכם חייב בבא לצאת ידי שמים (**רא"ש** ע"פ הגמ')".

עמש"כ המחבר דמשלם לשניהם הקשה **הסמ"ע** (יא) דמאי שנא מאם לקח מאחד מחמשה ואינו יודע ממי לקח ובאו כל חמשה ותובעין אותו דקי"ל מניח המעות של המקח בב"ד ומסתלק עד שיוודו לאחד וכטושי"ע בסימן רכב/ב, ותירץ בשם הנ"י דשאני התם דסתם מקח עומד להתפרע מיד ולא ה"ל למידק, משא"כ בפקדון שהוא לאחר זמן דמיקרי פשיעה מה שלא כתב שם המפקיד על כיסו.

עמש"כ הרמ"א דאי אינהו לא תבעו פטור אפילו בדיני שמים, ביאר **הסמ"ע** (יב) דדוקא כששניהן הפקידו זה מנה וזה מאתים עליה דנפקד רמיא טובא למידק ולכתוב השמות, דהרי ידע דשניהן הפקידו בידו ויחזרו ויבואו ויתבעו מידו, משא"כ בזה דלא הפקידו בידו אלא האחד, דיש לו להתנצל ולומר סברתי מי שהפקיד בידי הוא שיבוא ולא אחר מן השוק שלא הפקיד בידי כלל, ומה"ט נמי באומר אביכם של אחד מהן הפקיד אצלי פשיעה הוה וחייב בבא לצאת ידי שמים.

סעיף ד

ע"פ הגמ' שם פסק בשו"ע "וכן שנים שהפקידו שתי בהמות אצל רועה, ומתה אחת מהן (וה"ה אם שתיהן בחיים והאחת גדולה או טובה מהשניה, או שהאחד הפקיד אחת והשני הפקיד שתיים, סמ"ע) ואינו יודע של מי היתה, ישלם לשניהם (אחר שישבעו, סמ"ע), ואם הפקידו בעדרו שלא מדעתו (לאו דוקא שלא מדעתו קאמר, אלא שלא בראייתו של רועה, דהשתא לא ה"ל למידק, סמ"ע ע"פ התוס') מניח הבהמה ביניהם ומסתלק, ותהיה מונחת עד שיודה האחד לחבירו או עד שירצו לחלק אותה".

כתב הב"י דאיכא למידק על הרי"ף למה השמיט דין הרועה וכתב דאפשר דמשום דמילתא דפשיטא היא לא חשש להזכירו.

כתב הסמ"ע (יד) ע"פ התוס' דהכא אין חילוק ואפילו הפקידו יחד ומקושרין זה בזה, דבהא אין לו להתנצל ולומר ראיתי שאתם אינכם מקפידים בו זה על זה כנ"ל, דיכול כל אחד מהמפקידין לומר מה היה לנו לעשות דלא היה בידינו לשמור נפשינו מרמאות, דאפילו אם היינו מפקידין זה שלא בפני זה יראה השני הבהמה השניה כשהיא בשדה במרעה ויבוא אח"כ ויאמר שלי היתה.

סימן שא – דין השומרים בעבדים וקרקעות ובהקדשות ובשל עניים

סעיפים א – ג

בדיני השומרים קי"ל דאין נשבעים על הקרקעות ועל ההקדש והעבדים, האם נשבעים שבועה שאינה ברשותם או לא? האם ישנה שבועה אחרת כל שהיא או כלל לא?

מה דין שמירה בקרקעות עבדים ושטרות? פרט האם יש חיוב בפשיעה, ובשומר שמסר לשומר, והאם השומר זכאי לשכרו במקרה שהשמירה כשלה?

משנה ב"מ נו. (וכן הוא בשבועות מב:) "אלו דברים שאין להם אונאה העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות (הקדש גמור ולא בהקדש של העניים, ב"י וסמ"ע) אין להן תשלומי כפל ולא תשלומי ארבעה וחמשה שומר חנם אינו נשבע ונושא שכר אינו משלם.. "ובגמ' "מנהני מילי דתנו רבנן וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד יצאו קרקעות שאינן מטלטלים יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות יצאו שטרות דכתיב וכי תמכרו ממכר שגופו מכור וגופו קנוי יצאו שטרות שאין גופן מכור ואין גופן קנוי ואינן עומדין אלא לראיה שבהם" עיי"ש, וביאר הסמ"ע (ב) דמיעוטים הללו קאי אכל מה שנזכר בפרשה דהיינו חיוב שבועה ותשלומין.

דעת הרמב"ם שלא פטר בהם אלא גניבה ואבידה ואונסין אבל אם פשע בהן ונאבדו חייב לשלם דפושע כמזיק בידים דמי, וכ"כ ה"ה בשם יש מן המפרשים שדקדקו מהמשנה שנקטה אינו נשבע ולא אמרה אינו משלם דדוקא אינו נשבע ונאמינהו במה שאמר שלא פשע הא אם נודע שפשע משלם וכן נראין דברי רש"י. אולם הרמב"ן רשב"א חלקו ודחו הראיה מהמשנה דלא הזכירה אלא מה שנזכר בכתוב ובשומר חנם לא נאמרו תשלומין בכתוב כלל ומכל מקום הדין שוה שאפילו פשעו פטורין דפושע לאו מזיק הוא שהרי פשיעה בבעלים פטור בכל הד' שומרים ואילו היה מזיק צריך לחייבו בבעלים, וכן סברת הרא"ש (שבועות ו, כד) שכתב בשם תשובת הרי"ף במפקיד שטרות אצל חבירו ומודה שפשע בהם ונגנבו או אבדו דפטור מלשלם דכיון שהוציא את אלו מכלל פרשת השומרים אין לחייבו אלא מטעם אדם המזיק ופושע בדבר ונאבד לא חשיב אדם המזיק שהרי פשיעה בבעלים פטור ואילו חשיב כאדם המזיק אמאי פטור בבעלים, וכתב הב"י דמאחר שהרי"ף והרא"ש מסכימים לדעת אחת הכי נקטינן וכ"ש בנדון זה שנלוו אליהם הראב"ד רמב"ן ועוד.

וז"ל השו"ע (א) "ג' דינים האמורים בתורה בארבעה שומרים (כלשון הרמב"ם ור"ל כולל שואל שאינו מוזכר במשנה, וגם דינו הוא שאינו משלם אונסין וגניבה ואבידה דאיתקש לש"ש בב"מ צ"ה אלא כיון דתנא פטור שבועה בשומר חנם ופטור תשלומין בש"ש ה"ה בכולם ועוד משום דשואל לא שייך בהקדש, נ"י), אינם לא בקרקעות ולא בעבדים ולא בשטרות ולא בנכסי עובדי כוכבים (דכתיב 'רעהו', מכילתא

ורמב"ם) ולא בהקדשות של מזבח או של בדק הבית. שומר חנם אינו נשבע, נושא שכר או שוכר או שואל אינם משלמים (רא"ש י"ב) וכן משמע בגמ' - (ומכל מקום שומר שכר מפסיד שכרו עד שישבע ששומר כראוי (גר"א: נלמד מב"מ נ"ח ע"א ינהי דשלומי לא משלמי אגרייהו מיהא לפסיד'). (רי"ף -) וכן פטורים אף מפשיעה {והכי קי"ל} ויש (רמב"ם) מחייבים בפשיעה. (ה"ה ונ"י -) וכל אלו חוץ מן ההקדשות, פטורים אפילו משבועה שאינם ברשותו (ושלא שלח בה יד) (דלא כר"י בדרכ"מ ורשב"א בב"י בסימן רצ"ג ששבועה שאינה ברשותו צריך לישבע דהא שבועה זו תקנו חכמים שמא עיניו נתן בה) {ועיין לעיל סימן ס"ו סעיף ל"ט}.

ע"פ משנה קידושין כו. כתב הרא"ש וכ"פ השו"ע (ב) "הא דאין נשבעין על אלו הני מילי בפני עצמן, אבל על ידי גלגול נשבעים", וביאר ה^{נתיבות} (ג) דר"ל דמגלגלין שבועה שאינה ברשותו, דשבועה שלא פשע אינו מגלגל רק לרמב"ם דחייב בפשיעה, ושבועה שלא שלח יד ג"כ אינו מגלגל, דהא עבדים וקרקעות אינן נגזלין, ואינו מתחייב באונס שנעשה אחר הגזילה.

ע"פ כתובות פז: גבי פוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה ומסקנת הגמ' דמדרבנן דפרע דייק דמיפרע לא דייק ורמו רבנן שבועה עליה כי היכי דלידק, כתב הרי"ף וכ"פ השו"ע (ג) "אף על פי שאמרו שאין נשבעין על אלו הני מילי מדאורייתא, אבל נשבעים עליהם היסת, אם היתה שם טענת ודאי (דלא תיקנו שבועת היסת כי אם אטענת ודאי, סמ"ע)".

כתב הש"ך (ג) שבסימן ס"ו סקכ"ו הוכיח כרמב"ם דבפשיעה חייב, וכן הסכים בנתיבות (א) ומה שהביאו ראיה מצדקה בב"ק צ"ג דפטור אפילו מפשיעה שאני צדקה כיון דגילה רחמנא דלאו של בעלים הן רק של עניים ממילא פטור אפילו מזיק כמו במתנות כהונה בחולין ק"ל, ומה שהביאו ראיה דאם פשיעה הוי מזיק אפילו פשיעה בבעלים מתחייב, לא קשה דהא ילפינן מקרא לפטור בשומר חנם פשיעה בבעלים בב"מ צ"ה מדכתיב 'וכי ישאלי ו' מוסיף על ענין ראשון ומקרא נדרש לפניו ולפני פניו, ופרש"י שהוא משום סמיכות הפרשיות ועל כרחך קרא לא אתיא רק לפוטרו מתשלומין דשבועה שאינה ברשותו חייב אפילו בבעלים כמבואר בב"י סימן ס', ועוד דבהדיא כתיב קרא 'ואם בעליו עמו לא ישלם' ולא בא רק לפטור מתשלומין, ובפשיעה חייב אפילו רק תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וכן הדין בעבדים וקרקעות עיי"ש, וכל זה, אם לא עשה משיכה ולא נעשה שומר, פטור אפילו בפשיעה, ולא חשיב פושע למזיק רק במי שקיבל לשמור ופשע ולא שמר, דהא אפילו פורץ גדר לפני בהמת חבירו פטור, וגם נראה דאפילו הפוטרים בפשיעה, היינו דוקא שנתרשל בשמירה, אבל אם הניחו ברה"ר שהוא מקום הפקר שחשיב אבידה מדעת, הוי מזיק גמור. אולם הפת"ש (ד) כתב דמשמע מתשובת פני יהושע דהלכה כרמ"א דאף מפשיעה פטורים ודלא כש"ך וכן מבואר בתשובת זכרון יוסף, "או דס"ל" דהוא ספיקא דדינא ואין להוציא מן המוחזק, וכ"ד העטרת צבי שב יעקב ותשובת בית שמואל דודאי המוחזק יכול לומר קים לי כרמ"א ורוב גדולי הראשונים.

עמש"כ המחבר פטור בעכו"ם, כתב הפת"ש (א) דדעת המקור חיים דאף דאין דין שומרים לגוי מ"מ במשכון אפילו בגוי הוי ש"ש ובתשובת מו"ה משה רוטנבורג השיג עליו.

כתב הרמ"א (א) עפמש"כ בדרכ"מ "שומר שמסר לשומר בדברים אלו חייב דגרע מפשיעה (רא"ש), דהוי כאלו השליכו לנהר) ויש חולקין (מהרי"ק) {".

הש"ך (ד) חלק על הרמ"א דהרא"ש בתשובה מיירי להדיא שנתנו לשני לגמרי ולא בתורת שמירה אבל בשומר שמסר לשומר לא פליג אמהרי"ק ולא מסתבר כלל לומר דגרע מפשיעה וכ"כ הרא"ש גופיה בפרק המפקיד דשומר שמסר לשומר אפילו פשיעה לא הוי וכן מוכח בסימן רצ"א/כו דפסקו כל הפוסקים והטושי"ע דאם מביא השומר הראשון עדים שנאנס אצל השומר השני או שראה שנאנס אצלו ויכול לישבע על זה פטור וכן מוכח בב"מ דף ל"ו ע"ב ופסקו כל הפוסקים כרבא וגם מהרי"ק לא כתב דהוי פשיעה אלא למ"ד דיכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר [ואפ"ה פטר מהרי"ק התם מטעם דכאן פטור אפי' פשע] אבל למאי דקי"ל דטעמא הוא משום דא"ל האיד לא מהימן לי בשבועה משמע במהרי"ק דאפילו פשיעה לא הוי.

הנתיבות (ב) האריך בביאור מחלוקתם וכתב דליכא מחלוקת כלל בין מהרי"ק לרא"ש, דהרא"ש מיירי שאינו ידוע שנאנס אצל השני דחייב הראשון מטעם מזיק דחשדינן לשני שעדיין ברשותו הוא, ומהרי"ק מיירי שידוע שנאנס אצל השני דאז ודאי דלא נחשב תחילתו בפשיעה לענין שמירה

שיתחייב מחמת תחילתו בפשיעה וסופו באונס, דכל כמה דליכא למיחשדיה לשני, אחזוקי בגנבי לא מחזקינן, והרי מסרו לבן דעת ולא פשע בשמירה, וגם ליכא למיחשביה למזיק כיון שלא ע"י מעשה של הראשון נאבד דהא נאנס ממילא, והעלה (חי' ב') דהעיקר דאם יש לחוש שעדיין הוא ברשות הב' ולא מהימן ליה בשבועה, הוי מזיק גמור, וממילא חייב בדברים אלו בכה"ג, אבל אם יש עדים שאינו ברשותו של השני או ע"י שבועת מי שרגיל להפקיד ודאי דגרע מפשיעה ופטור.

מה דינו של שומר שכר שקיבל לשמור עשרה שטרות בעשרה זחובים ופשע בשטר אחד, כמה ישלם לו המפקיד? מה דינו של שומר שכר שקיבל לשמור במשך עשרה ימים בעשרה זחובים ופשע ביום העשירי?

עמש"כ המחבר ע"פ הרא"ש דבש"ש הפסיד שכר וכו' (וראה לקמן שג/ג) כתב הפת"ש (ב) דבתשובת בית דוד כתב דאם מסר בידו עשר שטרות והתחייב ליתן לו שכר שמירתן עשרה זחובים ונאבד אחד מהם בפשיעת השומר באופן דמפסיד שכר, פשוט דמפסיד שכר כולו וא"צ לשלם לו שכר שמירה כלל אפילו בעד השטרות ששמרן יפה, וראה לזה מהא דאיתא בע"ז ס"ה 'רבא אמר ל"ק הא דאמר ליה העבר לי מאה חביות במאה פרוטות' וכו' ופרש"י דכל כמה דלא אעברינהו לכולהו לא יהיב ליה מידי הלכך כולי אגרא שיך ביה, הרי להדיא דהיכא דשכרו בהבלעה על כמה חפצים כל כמה דלא השלים כל מלאכתו לא יהיב ליה שכר כלל, אמנם בהבלעת הימים אינו כן, שאם שכרו לשמור השטרות עשרה ימים בעד עשרה זחובים ופשע ביום העשירי וע"י כן נאבדו, אינו מפסיד שכר הימים שעברו, וזה מוכח בב"מ נ"ח גבי השוכר את הפועל לשמור את התינוק ואת הפרה כו', דפריך אי הכי רישא דתני אין אחריות שבת עליו ה"נ דהפסיד את שכרו ומי אית ליה שכר שבת כו', ואי ס"ד דבסיפא בפשיעת שבת מפסיד שכר כל השנה, מאי קשיא ליה מרישא, דאימא דה"ק אין אחריות שבת עליו ולכך אינו מפסיד שכר כל השנה, אבל בסיפא דשכרו בהבלעה אחריות שבת עליו ואם אירע הפסד בשבת מפסיד שכר של כל השנה, אלא ע"כ דגם בסיפא אינו מפסיד רק שכר שבת כו', ותמה הפת"ש שלא זכר דברי התומים בסימן ס"ו שכתב בהדיא דאם שכרו על כמה ימים בהבלעה הפסיד גם שכר הימים שעברו, רק אם שכרו לימים נפרדים אין מפסיד של שאר ימים והשווה הדין בב"מ לע"ז עיי"ש, וכ"ד מוהר"ש שטראשון.

השוכר או השואל דירה מחבירו ופשע ולא נזהר ונשרפה הדירה, במה יהיה חייב ובמה יש פוטרים?

ראובן שכר בית משמעון ונשרף הבית מפשיעתו, מה הדין?

עוד כתב הרמ"א (א) ע"פ התוס' והמרדכי "השואל בית ונשרף פטור לשלם דה"ל קרקעות".

כתב הסמ"ע (ה) דאפילו בא האונס מכח השואל פטור וכן פסק הלבוש כאן, ודלא כמש"כ הלבוש בריש סימן ש"מ דאינו פטור אא"כ בא האונס מעלמא ולא מכח השואל.

במקרה שפשע יש להביא מחלוקת הרמב"ם והש"ך עם השו"ע דלעיל, וכן הפת"ש בסק"ד הביא מחלוקת הפסיקה באח' בסוגיה זו על המילים 'השואל בית', ובפסקי המשפט (ז) כתב בשם קובץ תשובות לגריש"א "דירה שכורה שנשרפה פטור השוכר מלשלם על הדירה ואפילו אם השריפה נגרמה כתוצאה מפשיעה". עוד צריך לומר שלפי הש"ך לעיל בדעת הפוטרים, אם הזיק ממש חייב.

כמובן שיש לציין שעל המטלטלים שבדירה חייב, כ"כ בפסקי המשפט (ו) וציין לפתחי חושן (ח"ג פקדון ב' הערה מט) שכתב דנראה שהמשאיל ביתו לאחר והוא עוזב את הבית שהשואל נעשה שומר על כל חפצי הבית אפילו לא השאילם לו [ולכאורה היה מקום לומר שנעשה גם ש"ש שהרי נהנה בבית המושאל לו, מיהו אפשר שלא משום כל הנאה נעשה ש"ש"], אולם לגבי חפצים המחוברים לקיר כמו מזגן וארונות קיר כתב בפסקי המשפט בשם משפטיך ליעקב שדינם כקרקע (וכדלקמן סעי' ה') ופטור.

סעיף ד

המפקיד שטרות של חברו והתנה השומר שיהיה חייב על השטרות בדיני השומרים, האם צריך קנין או מתחייב בדברו בלבד?

כתב השו"ע ע"פ הרמב"ם ע"פ ב"מ שם "כל אלו, אם קנו מידם להתחייב באחריותם, חייבים", וכתב הנ"י (בי"י) דאע"ג דבב"מ צ"ד קי"ל כר' יוחנן דלא בעי קנין גבי מתנה שומר חנם להיות כשואל דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה אפילו בדברים בעלמא, י"ל דשאני התם שהוא שומר חנם וכיון שהוא בדין השומרים יכול הוא לחייב עצמו להיות כשואל אפילו בדברים אבל כאן שאינו בתורת שומרים כלל אי אפשר שיחול עליו שום חיוב אא"כ קנו מידו, והביאו גם הסמ"ע (ז) וציין לסימן שה"ד דכתבו הטוש"ע דבדיבור בעלמא חל התנאי בשומרים בין לחיוב בין לפטור ובפטור א"צ טעם כיון דקי"ל מחילה א"צ קנין כבסימן י"ב.

כתב הש"ך (ז) דהר"ן כתב דלדעת הרמב"ם דבסימן מ' קנין לאו דוקא והוא הדין באומר אתם עדי או חייב עצמו בשטר [וז"ל הר"ן בכתובות ברי"ף ס"א "שהרמב"ם ז"ל כתב בפרק י"א מהלכות מכירה המחייב עצמו בממון לאחר כו' הרי זה חייב כיצד האומר לעדים הוו לי עדים שאני חייב לפלוני מנה או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אף על פי שאין שם עדים.. ולפי זה י"ל דכי איצטרכינן לאוקמוה בב"מ (נח.) בשקנו מידו לאו דוקא דה"ה דבאומר אתם עדי מהני דהא על כרחין הוה מצי לאוקמוה בשחייב עצמו בשטר כיון דקיימא לן כר' יוחנן אלא דנקט קנו מידו לפי שהיא ההקנאה היותר רגילה"], וחלק עליו דדוקא התם שמתחייב עצמו מיד בלי ספק, משא"כ הכא שאינו מתחייב מיד רק אם יאבד דמי לערב שכתב הר"ן שם דדמי לאסמכתא ולא מהני אתם עדי אלא רק קנין.

כתב הקצות (ב) דמשמע מהמחבר דגם בהקדשות צריך קנין דהא כתב 'כל אלו' וקשה דלמה לא ישתעבד באמירה גרידא כיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיט, וצ"ע (וגבי מש"כ בסק"ג ראה רצא/כז), ובנתיבות (ד) יישב דודאי אם אמר בפירוש אם יאבד הנני מחייב עצמי כך וכך דאז באמת חייב מטעם אמירה לגבוה, אלא דהכא מיירי שקיבל על עצמו שיהיה לו דין שומרים, וכיון שאין הקדש בגדר שמירה כלל, לא מהני בלא קנין, רק במקום שיכולין לומר דהוי כאומר הריני כאילו התקבלתי וכמש"כ הש"ך.

סע' ה': ראה סימן קצא/א.

סעיפים ו - ז

מה דינם של גבאי צדקה בזמנינו שיש קופות צדקה עירונית או שכונתית המקבלים צדקה מהתורמים שפשעו בטרם שהעבירו לקופה, האם חייבים להשיב לקופה? ומה הדין שנגנב מהגזברים המחלקים?

מה דין שמירה בעדקה? פרט האם יש חיוב בפשיעה ובשומר שמסר לשומר, והאם השומר זכאי לשכרו במקרה שהשמירה כשל? (ראה לעיל) האם יש מקרים בעדקה שיש חיוב על השמירה בדיני אדם או בדיני שמים?

בב"ק צג. תנא "לשמור" - ולא לחלק לעניים" ובהמשך הגמ' "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 להו ולשמור הוא". ופירש"י "ולא לחלק לעניים. דלא קרינא ביה לשמור דכיון דאמר ליה חלקהו תו לאו דמפקיד נינהו ומאן קא תבע ועניים לא מצו תבעי דבכל חד וחד מצי אמר לאו לדידך יהבינא אלא לאחריני. קיץ להו. ממון כך וכך לשבת לכל אחד הוה ליה ממון שיש לו תובעים וקרינא ביה לשמור".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "מי שהפקידו אצלו מעות עניים או פדיון שבויים ופשע בהם ונגנבו, פטור, שנאמר לשמור ולא לחלק לעניים, והרי הוא ממון שאין לו תובעין, 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 (תרתני בעינן וכפירש"י, גר"א בשם ב"י וה"ה), 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, ואם לא אמר שניהם פטורים בחלק הצדקה אבל ביתר המשכון על החוב חייב הגבאי לשלם ללוה, ש"ך י", וראה לקמן ברע"א) }. (ז) מי שהפקידו אצלו ממון פדיון שבויים ובאו עליו גנבים וקדם והציל עצמו בממון שבויים, אם הוא פטור, נתבאר בסימן רצ"ב סעיף ט"ו.

ביאר הסמ"ע (ט) דאע"פ שאין למעות עניים דין הקדש וכטוש"ע בסי' צה/א ורי"ב/ח מ"מ פטור מדכתיב "לשמור" ולא לחלק ר"ל לא חייבה התורה כי אם כשבא לידו בתורת שמירה דהיינו שישמרנו לו בידו לזמן מה ואח"כ יחזירהו לידו, משא"כ ממון זה דהנותנו בידו לשומר אינו רוצה שיחזירהו לו לאחר זמן, וא"ת א"כ יהיה זה שומר של עניים שיחלק להם הממון, ע"ז קאמר שהוא ממון שאין לו תובעים שהרי לא ניתן לידו לחלקו לעניים מיוחדים, וכיון שמה"ט הוא פטור, משו"ה מסיק דאם היה זה הממון מופקד בידו לחלקו לעניים דמקום זה וגם קצץ כמה יתן לכל אחד, מיקרי שומר דידהו כיון דאין לממון זה דעניים דין הקדש וישלם כו', ומה"ט נמי הוא שמסיק הרמ"א דאם הגבאי א"ל שמור לי חייב, דהרי גילה דעתו שיהיה שומר לו דהיינו שיחזירהו לידו והוא יתנו למי שירצה.

כתב הקצות (ד) דכתב בשלי"ג דהא דאומר דכי לא קייץ דפטור השומר דוקא שהפקידו אצלו עתה ארנקי של צדקה אבל ראובן שהפקיד ביד שמעון מעות ואח"כ בעוד שהן פקדון נדר אותם לעניים אז אם פשע בהם שמעון חייב דהא מתחלה בתורת שמירה אתי לידה ואין המעשה משתנה בחילוף הדברים, וכתב הקצות דדבריו תמוהין דבב"ק שם בקרע כסותי אמרין דכי אתי לידה בתורת שמירה אינו משתנה בחילוף דברים אף על פי שנראה מדבריו דאינו חושש אלא א"כ יאמר בפירוש והפטר, אבל זה נשתנה בע"כ כיון שהקדישו לעניים, והרי כתב הרמב"ם להדיא חולין ואח"כ הקדש פטור, וכ"כ הרמ"א בסעי' ט' חולין ואח"כ הקדישו ביד שומר דפטור.

כתב הנתיות (ו) דדוקא שהשומר הוא המחלק אז הוי ממון שאין לו תובעין, שכל עני שיבוא יכול לומר לא לך אתן כי אם לאחר, אבל הציבור שנותנים מעות לגבאים שהן נותנין לכל עני כדינו וכפי אומד דעתם, ואם יתרבו עניים צריך הציבור להוסיף ואם יתמעטו עניים וישאר ממון נוטל הקהל המעות לצורכם, וגם יש לקהל רשות לשנות המעות, ודאי דמעות הציבור הוא והוי כיש לו תובעין דחייב, וכן שאר מעות מצוה של ציבור, כגון מעות שהכינו לבית העולם או לבית הכנסת, מעות ציבור הוא ויש לו תובעים וחייב, וכן מבואר בב"י בסימן צ"ה לענין שבועה וה"ה הכא דשבועה ותשלומין שווין, אולם הפת"ש (ה) כתב שבתשובת חות יאיר חלק דאפילו ביש גבאי צדקה והוא המחלק מצד זה לא נקרא ממון שיש לו תובעים לולי דקיץ להו (וכ"ד השיבת ציון, פת"ש ח'), אך סייג דאם הצדקה שייך לבני עיר יכולים להעמיד מורשה, דלא גרע כחם משאר תובעים רבים בשותפות מן יחיד אפילו לא קיץ להו, ואחר שיש לו תובעין חייב לשלם.

[בפסקי המשפט (יב) כתב בשם שו"ת הליכות ישראל סי' נ"ה דלפי הנתיות אדם המשמש כמזכיר ששומר כל כספי המוסד או משולח שאסף כסף לטובת המוסד ונאבדו או נגנבו מהם, חייב לשלם את הכסף למוסד, באם לא היה באונס אלא כתוצאה מחוסר זהירות, הואיל ויש לבעלי המוסד זכות עליהן, חשיב ממון שיש לו תובעים].

עוד ביאר הנתיות (ח) סברת הרמ"א בשם המרדכי דהגבאי שיש לו רשות לחלק שנתן לאחר לשומר, הוי ממון שיש לו תובעין, ולא אמרין דלא יתחייב השומר לגבאי רק בדמי טובת הנאה כמו בגונב תרומה, דכיון שהגבאי מברר העניים שרוצה לחלק להם, אמרין ברירה שלהם נתרצה תיכף והן הן התובעין, דבממון אמרין ברירה, דאף דבגט כה"ג כגון לאיזה שארצה אגרש פסול ולא אמרין הוברר שלא נתרצה מעיקרא, מ"מ בממון אמרין ברירה, דשאני גיטין דבעי ברירה חזקה.

כתב רע"א דהא דכתב הש"ך (לעיל י) דביתר המשכון על החוב חייב הגבאי לשלם ללוה, היינו בנאבד בפשיעה אבל בגנבה ואבידה אף לפוסקים כרב יוסף דמלוה על המשכון ש"ש וכן אפילו הלוה על המשכון ממעות צדקה בריבית דרבנן דלכ"ע הוי ש"ש, מ"מ הכא פטור דממעות צדקה אין לפרעו כי אין הצדקה פושע ומדיליה א"צ לשלם דש"ח הוא דהריבית נופל לצדקה.

כתב הפת"ש (ו) בשם תשובת חות יאיר דהא דקיי"ל לשומר ולא לחלק לעניים היינו מדיני אדם משום דליכא מאן דמצי תבע ליה, אבל לצאת ידי שמים חייב, וק"ו הוא, אם מיחייב באמירה שאומר ליתן

לעניים כדרשת רז"ל ברי"ה ו' בפיך זו צדקה, דה"ל כאילו נמסר להם, איך יפטר זה שפשע בממון של צדקה הנמסר לו, זה אי אפשר להעלות על לב, רק ודאי בדיני שמים חייב לפרוע לעניים הן עניי עיר או דעלמא, ולכן קיי"ל ביו"ד סימן סא/טו דהאוכל מתנות כהונה פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ופסק שם גבי גבאי צדקה שגנב מהקופה ואינו יודע כמה גנב שעליו לשלם לקופה ע"פ אומדנא ואם ירצה לצאת נקי ככסף צרוף ישלם עד שברור לו שגניבתו לא היתה יותר וכמשנה במנחות פ"ג מ"ד ובטוש"ע יו"ד סימן רנ"ח נדרתי ואיני יודע מה נדרתי וכו' ויחזיר מעות השבה ללשכה ההיא שממנה גנב באופן שיבואו המעות ג"כ לעניי אותה עיר.

עוד כתב **הפת"ש** (ז) דתמה הנו"ב למה נקטו הרמב"ם והמחבר פשיעה דוקא, דלכאורה לפ"ד הרמב"ם והמחבר בסימן רס"ז שפסקו כרב יוסף דשומר אבידה כש"ש א"כ ה"ה הכא הוי ש"ש, וא"כ אפילו בגניבה ואבידה ג"כ חייב.

בפסקי המשפט (יג) כתב דדעת **מהרי"א הלוי** (ב, מט) שדינו כדין שומר אבידה, וכיון שנחלקו בזה הפוסקים הוי ספיקא דדינא אי ש"ח או ש"ש דאין הגבאי מחויב לשלם לקופת הצדקה ההיזק שהיה לצדקה מחמת גניבה דיכול לומר קי"ל כפוסקים כרבה דהוי ש"ח, ודעת **שער אפרים** דנחשב כשומר שכר משום שיכול להשתמש בכסף בינתיים או משום פרוטה דרב יוסף, ודעת **הגר"ש** א בגבאי בהתנדבות שאין לו דין שומר כלל כיון שלא מינו אותו לשמור ופטור גם על פשיעה.

כתב **הפת"ש** (ח) בשם **השיבת ציון** בעובדא בגבאי אחד מגבאי בתי כנסיות שאסף מעות נדבה מאנשי בהכ"נ שלו לצורך קמחא דפיסחא לעניי קהילתם דפשע בהניחם בכסאו ונאבדו דאין לפטור משום שאין לו תובעים, דליתא, דבודאי אם היה המנהג לחלק לעניים מעות שפיר היה מקום לדברי השואל שפטר, אבל כיון שהמנהג שמחלקים קמח ופרנסי העיר עשו שטר מקח עם טוחן הקמח על מספר כך וכך מדות ועליהם מוטל לפרוע לו, ואם יחסרו אותן מעות שנאבדו מהגבאי דבית הכנסת מחויבים הפרנסים להשלים החסרון מכיסם לשלם לטוחן עבור הקמח שלקחו, ולפ"ז הגבאים דבתי כנסיות הם השומרים שהעמידו הפרנסים לשמור מעות המקובץ תחת ידם, והרי מפורש ברמ"א דאם הגבאי אמר לשומר שמור לי חייב כשאר שומר, ואף שדין זה הוא דוקא אם אמר לשומר בפירוש אבל אם לא אמר שניהם פטורים כמש"כ הש"ך לעיל, שאני התם דשם גם הגבאי פטור מלשלם אם נפטר השומר ואין לגבאי שום הפסד במה שנפטר השומר, אבל בנידון דידן, אם יפטר השומר שהוא הגבאי דבית הכנסת לשלם המעות שאבד, יבוא ההפסד על הפרנסים לשלם לטוחן מכיסם, בזה הוא סתמא כפירושו דהגבאי דבית הכנסת נעשה שומר וחייב לשלם לפרנסים.

סעיף ח

ע"פ עובדא דרחבה **ב"מ כט**: פסק בשו"ע "מי שיש בידו מעות של יתומים דינו כדין מעות שאר כל אדם ואסור להשתמש בהם", וכתב **הסמ"ע** (י) דקמ"ל בזה דלא תימא דאין שם שומר עליו כיון דאין נשבעין על טענת קטן, ואי משום ב"ד שמסרו הממון לידו הרי הממון אינו שלהם ואין מבקשין שיחזרו להן, קמ"ל כיון דכשיגדלו הקטנים יתבעו ממנו, מיקרי ממון שיש לו תובעים, ודין שומר שלהן הוא עליו.

עמש"כ המחבר דאסור להשתמש כתב **הסמ"ע** (יא) דהא דחזרו הטוש"ע לכתוב דין זה אחר שכתבוהו בסימן רס"ז היינו אגב דכתבו שדינו כדין מעות של כל אדם, והיינו דש"ח פטור עליו מגניבה ואבידה וש"ש פטור מאונסין, ואי הוה מותר להשתמש בהן הוה חייב עליו אפילו באונסים, והו"א דישתמש בהן כדי שיהא חייב באחריותו וכדמי אבידה, קמ"ל דלא היתירו אלא באבידה דעשה טובה.

כתב **הנתיבות** (ט) דיש להסתפק במעות ציבור שביד הגובה או הפרנס אם מותר להשתמש, דלא דמי למעות מותרין דסימן רצב/ז דשם כיון שנתן לו מותרין הוי כנותן לו רשות להשתמש אבל הכא כיון שהמעות נגבה מיחידים והן לא נתנו רשות, אך י"ל שאדעתא דציבור נותנין, והן נותנין מותרין כדי שיתחייב באחריות, אבל אם נשאר תחת יד הפרנסים, לא ידענא אם יש להן רשות להשתמש, דבהו ודאי דלא שייך שנתנו לו מותרין אדעתא כדי להשתמש בהן כדי שיתחייב באחריות, וגם אין לומר דמסתמא ניחא להו שיהיה מותר להשתמש כדי שיתחייב באחריות, דאם כן במעות אבידה גם כן נימא הכי.

סעיף ז

ע"פ הרמב"ם ע"פ המכילתא פסק בשו"ע "עובד כוכבים שהפקיד ואחר כך נתגייר אין לו כל דיני השומרים, עד שיהיה תחלתו וסופו ישראל {וכן חולין ואחר כך הקדישן ביד השומר (רמב"ם)}" דכתיב 'וכי יתן איש אל רעהו וישראל שנים לרעהו דבעין לרעהו' בשעת נתינה ובשעת תשלומין.

כתב הסמ"ע (יב) דמה"ט דלעיל י"ל נמי דאם היה הנפקד מתחלה גוי ואח"כ נתגייר והרי הפקדון עדיין בידו דאין לו דין שומר.

בשער משפט (הובא בקצרה בפת"ש ט') כתב דלכ' יש ללמוד מכאן דישראל שהפקיד לעכו"ם אין העכו"ם חייב בדין השומרים בדיננו, ויש לתמוה מהא דאמרין בב"ק ל"ז דשור של ישראל שנגח לשור של כותי פטור ושל כותי שנגח לשור של ישראל בין תם בין מועד משלם נזק שלם ופריך עלה דממנ"פ אי רעהו דוקא אף שור של עכו"ם שנגח לשל ישראל ליפטר מהאי טעמא ומשני הש"ס דכתיב ראה ויתר גוים ראה שאינן מקיימים שבע מצות עמד והתיר ממון לישראל אי נמי מדכתיב הופיע מהר פארן, וכן לענין אונאה מבואר בסימן רכ"ז דכותי אין לו אונאה שנאמר איש את אחיו וכותי שאינה את ישראל מחזיר אונאה בדינים שלנו שלא יהיה זה חמור מישראל, ולמה ישתנה דין השומרים מאלו דעכו"ם שקיבל פקדון יפטר מדין השומרים ויהא עדיף טפי מישראל, וכתב דלכן נראה דודאי אף עכו"ם לגבי ישראל חייב בדין השומרים כמו שור של כותי שנגח לשור של ישראל, וכן עכו"ם שאינה לישראל דהעכו"ם חייב אף דכתיב רעהו מ"מ גלי קרא דיותר גוים שהתיר ממון לישראל, אך מ"מ כיון דמדינא העכו"ם פטור אלא דקנסיה רחמנא יש לומר דלא קנסיה רחמנא אלא דוקא לעכו"ם גופיה אבל לא שישתעף מזה היזק לישראל אחר, וכעין הא דאמרין בגיטין מ"ד גבי טימא טהרות של חבירו ומת דפטורים היורשים משום דלדידיה קנסו רבנן לבריה לא קנסו רבנן והכי נמי בישראל שהפקיד לעכו"ם ונתגייר כיון דמתחלה עכו"ם הוי דלא שייך בו דין שומרים כיון דלאו רעהו הוא אף דלעכו"ם גופיה קנסיה רחמנא מ"מ לא קנסיה לחייבו אחר שנתגייר מהאי טעמא כיון דעכשיו ישראל הוא ובתחלתו לאו רעהו הוה, אך לפ"ז היה נראה דעכו"ם שנתחייב לישראל מחמת נזקין או אונאה או מדין השומרים ונתחייב גם כן לישראל אחר מחמת חוב של הלואה וכיוצ"ב והעכו"ם אין לו לשלם לשניהם מגבין תחלה למי שהעכו"ם חייב מחמת הלואה, וצ"ע לדינא.

סעיף י

ע"פ משנה ב"ק צב. וגמ' צג. פסק בשו"ע "אין השומר חייב אלא אם כן נתנו לו בתורת שמירה, אבל אם נתנו לו לאבד פטור (אפילו אם לא א"ל אבדיהו ע"מ לפטור, ואפילו א"ל אח"כ שמרהו לי, כיון דמתחילה לא בא לידו בתורת שמירה פטור, סמ"ע), דדרשינן לשמור ולא לקרוע ולא לאבד, והני מילי דאתא לידה מעיקרא בתורת קריעה ואיבוד, אבל אי אתא לידה מעיקרא בתורת שמירה, והדר אמר ליה קרע, חייב אי לא אמר ליה על מנת לפטור".

סימן שב – דיני שומרים אחד האיש ואחד האשה

סעיף א

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "אחד האיש ואחד האשה בדיני השומרים, בין שהיה הדבר שמור של האשה בין שהיה ביד האשה", וכתב ה"ה דזה פשוט בהרבה מקומות ואמרו בב"ק ט"ו דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל דינין שבתורה וכמה מעשים בתלמוד בדיני שומרים בנשים (גר"א: ב"מ ל"ד ב"ק מ"ח ועוד), ואע"ג דכתיב כי יתן איש אל רעהו דבר הכתוב בהווה, באה"ג.

כתב הש"ך (א) ע"פ היר' וכ"כ בטוש"ע אב"ה סימן פ' דאשה ששברה כלים של בעל בפשיעה פטורה מלשלם משום שלום בית, ובנ"י כתב דאם שברתו במזיד או נתנתו לאחר חייבת.

סעיף ב

ע"פ הרמב"ם בשם הר"י מגאש פסק בשו"ע "קטן שהפקיד או השאיל לגדול נשבע שבועת השומרים לקטן (דכי תנן בשבועות ל"ח אין נשבעין על טענת קטן דוקא שבועות שהן באות מחמת טענת ברי אבל שבועה כשבועת השומרים שהיא באה על שמא כיון ששומר לקטן נתחייב לו שבועת השומרים) {ויש חולקין (רמב"ן ורשב"א - דבר תורה אין נשבעין לקטן אך נשבע הוא שבועת היסת על ידי קטן, ודעת הראב"ד שאפילו היסת אינו נשבע) ועיין לעיל סוף סימן צ"ו}."

הלכות שומר שכר

סימן שג - שומר שכר באיזה דבר חייב או פטור ומאימתי מתחייב

סעיף א

האם כל שכר הופך את השומר להיות 'שומר שכר' או שמא יש שכר מינימום כדי להיות 'שומר שכר'?

האם שומר שכר צריך קנין כדי להיות שומר שכר?

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "שומר שכר גם הוא אינו מתחייב בשמירתו עד שימשוך במקום שראוי למשוך כמו שנתבאר בסימן רצ"א (ושם כתב ב' הדעות, סמ"ע) בשומר חנם (דלא כר"י בתוס' דמיד כשקבל עליו לשמור ונסתלקו הבעלים משמירתו חייב אף על פי שלא משך, ובטור כתב פלוגתתם גם כאן, סמ"ע) ובסימן רצ"א פסק הש"ך כרמב"ם, והסמ"ע (א) ציין שכאן סתם המחבר כרמב"ם, ובסימן רצ"א כתב דעת שניהן ולא הכריע.

כתב הש"ך (א) דנראה דלא הוי ש"ש א"כ שכרו ש"פ וכ"מ ברא"ש ובטור בסימן שמ"ו בשם הרמ"ה.

עוד כתב הש"ך (א) ובקיצור בנתיבות חי' (א) ע"פ ב"מ נ"ח ונדרים ל"ז דהשוכר את הפועל ליום אינו נותן לו שכר שבת, לפיכך אם נאבד לו בשבת פטור, היה שכיר שבת או שכיר חודש, נותן לו שכר שבת, לפיכך אחריות שבת עליו.

מי שעומד בתחנת אוטובוס וביקש מידיד הנוסע לעיר אחרת שיקח אתו חבילה לבנו בישיבה, ושכחו באוטובוס, או שנגנב, או כל אונס אחר, האם חייב הידיד על התשלום של דמי החבילה? (ראה רצ"א) האם כשעמדו בתחנה ראה שהוא מזיע, קנה לו פחית שתיה, האם השתנה דינו? מה הדין כשיש ויכוח ביניהם, איך אמר לו, מה דינו? (ראה שם וצ"ע)

כתב הרמ"א י"א (הגהות מרדכי) אדם ששולח לחבירו שום דבר להוליכו למקום אחד ותוך כך שלח לו דורון הוי שומר שכר (גר"א קפה/א: כמו שומר אבידה משום פרוטה דרב יוסף שהנאה הוא) (והב"י כתב דצריך להתיישב בדבר). (מהרי"ק -) ראובן שאמר לשמעון יש לך חפץ פלוני למכור אשתך ואמכרנו ושמעון אומר תנהו בכך וכך והמותר יהא שלך, נעשה ראובן שומר שכר עליו, אע"פ ששתק כשקבלו."

כתב הט"ז (בסימן קפ"ה והובא שם בבא"ה והנתיבות) על דין הדורון דדוקא שיש הוכחה ששלח לו הדורון בשביל השליחות, כגון שאינו רגיל בזה, או רגיל ועכשיו מוכח קצת שנותן לו בשביל השליחות.

[כתב בפתחי חושן (ח"ג פ"א הע' טו) דמשמע מדבריו שבאינו רגיל, אע"פ שאמר לו בלשון דורון, נעשה ש"ש, וצ"ע דכיון שאמר לו לשון דורון אפשר שאינו מתרצה בכך, אא"כ נאמר כסברת המנחת יעקב שבזה שקיבל הדורון ושתק, הרי זה כהודאה שמתרצה בכך, ולפי"ז נראה אם שלח אחריו באופן שלא היתה לו ברירה למחות או שלא לקבל, אינו נעשה ש"ש בעל כרחו].

כתב **הפת"ש** (א) דדעת המחנ"א בשם **מהרש"ך** דמשרת של בעה"ב נחשב ש"ח אצלו לענין אם מסר בידו לשמור ונגנב מידו, ואע"פ דהמשרת עומד אצל בעה"ב בשכר מ"מ לא נקיט השכר בשביל שמירה אלא בשביל שירות הבית, וכתב הפת"ש דמהקצות (רצא,ו) משמע דחולק, ובריש סימן שלב הביא הפת"ש שכתב **בחות יאיר** כדעת הקצות דהו"א כש"ש אך כב דפרט למחמת מלאכה ופרט אם מנהג רוב הנשים לא להקפיד על דבר קטן.

סעיף ב

שומר שכר שנאנס ב'אונס שינה', מה דינו?

ב"ק נז. "ואת לא תסברא דשומר אבידה כשומר חנם דמי והא אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל ואי ס"ד שומר שכר הוי אמאי משלם תשלומי כפל קרנא בעי שלומי א"ל הכא במאי עסקינן כגון שטוען טענת לסטים מזויין א"ל ליסטים מזויין גזלן הוא א"ל שאני אומר לסטים מזויין כיון דמיטמר מאינשי גנב הוא" וכתב **הרא"ש** (ב"ק ו,ה) "ואף על גב דאונס הוא ושומר שכר פטור, מ"מ כיון דמיטמר מאינשי גנב הוא לענין דבר זה דבטענה זו מתחייב כפל, ומכאן דקדקו התוס' מדלא מצי לאשכוחי כפל בשומר שכר אלא בטענת ליסטים מזויין וצ"ל ליסטים מזויין גנב הוא ולא קאמר כגון שטען שנגנבה ממנו באונס כגון שנתן כספים תחת הקרקע עומק מאה אמה שאי אפשר לגונבם אלא במחילה תחת הקרקע או אם נגנבו בשעה שהוא ישן או קפץ עליו חולי או טירוף דעת או כמה אונסיין שיכולין לבוא על האדם, אלא כל שם גניבה אע"פ שבאת ע"י אונס גדול חייב עליה שומר שכר ואע"פ שהאונס גדול כמו ליסטים מזויין, והיינו טעמא דכל גניבה קרובה לאונס כדאמרין פרק השואל (צד:) הלכך אין חלוק בין שהאונס גדול בין שהאונס קטן, אבל אונס ליסטים מזויין היינו שבויה ובהא פטר רחמנא שומר שכר, וכ"כ **בשאלות**.. אע"ג דאוקמה בדוכתא נטירותא ונגנבה או נאבדה חייב באחריותה, דבעי למיתב בהדה ביממא ובליילא שנאמר הייתי ביום וגו'".

רע"א כתב דיש בזה ג' שיטות (המובאים גם ב**ב"י**) א' דעת **תוס'** **דב"מ** מ"ב דאונס גמור כגון שנתנה במחילת קרקע או שתקפתו חולה או שינה אף ש"ש פטור ואין בין ש"ש לש"ח אלא בנעל בפניו שיכול לעמוד ברוח מצויה ולא בפני כל רוח, וכן בעל בעידנא דעיילי אינשי בזה ש"ש חייב דהוי קצת פשיעה אבל אונס גמור פטור לגמרי, ב' דעת הנ"י בשם **הרמב"ן** לחלק דהניחו בקרקע חייב אבל תקפתו חולי פטור דבאותו שעה אינו מחויב כלל לשמור וג' דעת **הרשב"א** ו**הרא"ש** הטור וכן דעת **התוס'** **בפרק הכונס** דחייב בכל אונס א"כ שהאונס בגוף החפץ ששללו לסטים מזויין אבל באונס בגופו של שומר שתקפתו חולי וכדומה חייב.

וז"ל **השו"ע** כרא"ש וכלשון הטור "שומר שכר חייב בגניבה ואבידה (ע"פ משנה ב"מ צ"ג שבועות מט. ועוד גמ'), 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, א"כ היה שם ולא היה יכול להציל (ושאני סע' י' דהתם שם אונס טריפת זאב עליה, משא"כ הכא דשם גניבה עליו)". כתב **הסמ"ע** (ב) דהכלל שהשומר צריך שיהיו עיניו פקוחות על הדבר השמור בידו תמיד, ושוב אם נאנס מידו מה היה לו לעשות דהו"ל דומיא דשבורה ומתה דפטריה רחמנא.

אולם **הש"ך** (ד) כתב דהעיקר כפוסקים דגניבה באונס גמור פטור וכ"ד **הרש"ל**.

הקצות (א) כתב בדעת התוס' בהכונס דחייבו דוקא בגניבה באונס גדול או שבא עליו חולי ואונס אחר שאינו יכול לשמור, ומשום דכל גניבה קרובה לאונס ואפ"ה חייבו רחמנא, וליסטים מזויין למאן דאמר גנב הוא נמי ראוי לחייבו כיון דכל גניבה חייב אפילו באונס אלא דגלי קרא לפטור שבויה וכמ"ש תוס', אבל אבידה ע"י אונס כגון שבא עליו חולי או אונס אחר שאינו יכול לשמור הרי הוא פטור כיון דאבידה קרובה לפשיעה לא חייבו הכתוב ע"י אונס, ובכך יישב מה שהקשה **הרש"ל** על התוס' מב"מ צ"ג בהאי רעיא דהוי קא רעי בהמות והחליקה אחת מהם אתא לקמיה דרבה ופטריה אמר מאי הוי ליה למיעבד הא נטר כדנטרי אינשי אמר ליה אביי אלא מעתה אם עייל השומר לביתו בעידנא דעיילי אינשי ונגנבה או נאבדה ה"נ דפטור ונימא מאי הו"ל למיעבד, א"ל אין הכי נמי אמר ליה א"כ הוא ניים בעידנא דניימי אינשי ה"נ דאיפטר אמר ליה אין הכי נמי, וכתב דא"כ שמע מינה להדיא דלא ס"ל לרבה הא דאיתא בירושלמי ובשאלות, וכתב **הקצות** ע"פ הנ"ל, דהמעין בגמ' שם יראה דלא אמרו כלל לישנא דנגנבה,

וקאי באבידה כי האי דשריג חדא מינייהו דפטור ע"י אונס ורבה חשיב ליה אונס, ואביי ס"ל דלא הוי אונס בשומר שכר דהו"ל לנטריה נטירותא יתירתא, אבל בגניבה אפילו לרבה דחשיב ליה אונס חייב כיון דכל גניבה קרובה לאונס וכנ"ל. **הנתיבות** (ב) פסק כש"ך ודחה יישוב הקצות דא"כ מאי מקשה על רבה שם מברייטא דתני אלו הן אונסין כגון ותפול שבא, לישני דהברייטא קמ"ל דכל שאינו כעין ותפול שבא רק דרך גניבה חייב אפילו היה נם בעידנא דניימי אינשי, והעלה דאולם אם היה שם אונס על החפץ והיה יכול להציל ונאנס בגופו של השומר ומחמת זה לא הציל פטור דבב"מ שם ע"ב לא פליגי רב חסדא ורבה בר רב הונא באנסתו שינה או שאר אונס גדול בגוף. גם הגר"א (ד, צוין בפת"ש ג') פסק כרש"ל "דכל אונס גמור פטור".

הנתיבות (א) תמה עמש"כ המחבר לחייב ב'נס בעידנא' וכו' בלשון י"א, דהא בזה כ"ע מודים דחייב, דהא קיי"ל בב"מ צ"ג כרב חסדא ורבה בר רב הונא דשומר שכר חייב בזה, ולא פליגי רק באנסתו שינה או שאר אונס גדול בגוף, משום דס"ל דלא פטרה התורה רק באונס בחפץ, ולא באונס בגוף השומר שכר או גניבה באונס גמור.

עוד כתב **הנתיבות** (ב) דכל שהיה אונס בגופו של פקדון והיה יכול להציל והיה אונס ג"כ בגופו ולא הציל נראה דפטור, כדמוכח מהך דאם נפלה דליקה שהיה ירא להציל מפני שלא ישליכהו באש ומ"מ פטור כמבואר במרדכי וברמ"א סע' ג'.

סעיף ג

ראובן קבל משמעון חפץ לשמרו כשומר שכר, לבסוף נאנס החפץ על ידי שודדים. שמעון המפקיד שהפסיד את החפץ מסרב לשלם לראובן את שכרו האם יש העדקה לסירובו? הוכח.

האם מגיע תשלום לש"ש שהבהמה נאנסה ומתה בשעת השמירה? ומה הדין בנגנבה ממנו?

ע"פ משנה ב"מ צב. - צב: וגמ' שם פסק בשו"ע "שומר שכר פטור מאונסים, איזהו אונס, בא עליו לסטים מזויין (זהו "נשבה" הכתוב בתורה, סמ"ע), אפילו אם גם הרועה מזויין, לפי שהלסטים מוסר נפשו יותר (וכן בב"מ נח. מוקי הא דתניא דש"ש פטור בגניבה ואבידה - נגנבו בלסטים מזויין אבדו שטבעה ספינתו בים)". ביאר הש"ך (ו) דלסטים מזויין היינו אפילו מיטמר מאינשי, וכתב **הנתיבות** (ד) דהיינו אפילו לא היה שם השומר כיון דשם אונס ד'נשבה' ובהיה שם ולא היה יכול להציל אפילו בגנב שאינו מזויין פטור.

עמש"כ הרמב"ם (שכירות ב, ב) "ותקנו חכמים שנשבעין על ההקדשות שבועת השומרין כעין של תורה כדי שלא יזלזלו בהקדשות", כתב ה"ה והביאו הש"ך (ה) דמהשמועה בגמ' (נז:): גבי הקדש יש ללמוד שש"ש שפטור מאונסין בכל מקום אם נאנס ה"ז לא הפסיד שכרו אלא נשבע שנאנס ונוטל שכרו וכתב הש"ך דכן יש ללמוד מדף נ"ח (וכן הוא בסימן שא"א עיי"ש בשם הגר"א). כתב **הנתיבות** (ג) דהיינו דוקא שכר שמירה ששמר עד שנאנס, אבל משעה שנאנס עד סוף הזמן שקבע פטור, דנהי דהוי כאונסא דבעה"ב, מ"מ באונס דלא הוי לתרווייהו לאסוקי אדעתא פטור הבעה"ב רק דהכא מיירי משכר שמירה ששמר עד שעת האונס דזה חייב לשלם, וגם מיירי באונס שהיה על החפץ, דהוי כאונס שאירע לבעה"ב, אבל באונס שאירע לפועל למאן דס"ל דגניבה באונס גמור פטור כמבואר בש"ך לעיל סק"ד, דהיינו כשאירע חולי לשומר, אז פטור אפילו משכר ששמר עד שעת אונסין כיון שלא ההנהו לבעה"ב. [לגבי השבועה דכתב הש"ך ביאר דשבועה זו לישבע וליטול היא שבועת המשנה אף במקום שאינו נשבע בדין השומרים כגון בהקדשות ושטרות והיא שבועת המשנה כמו בחנוני על פנקסו, דהחנוני אע"ג דמדינא לא היה נוטל כמש"כ הש"ך בסימן צ"ב דהוי כאיני יודע אם נתחייבתי לך, מ"מ חייבוהו חז"ל ליתן ע"פ שבועת החנוני, ומה לי הוציא ממון על פיו ומה לי עשה מלאכה על פיו, וכל יורדי ברשות אף שהבעה"ב אינו יודע אם עשה מלאכה כלל חייב, ולא דמי למחייב עצמו על תנאי שצריך לברר על קיום תנאי כמבואר בסימן פ"ב בש"ך, דשם אינו מגיע לו בעד התנאי ממון, ולא עשה על פיו דבר של ממון, אבל כשעשה על פיו דבר של ממון, חייב לשלם לו על פי שבועתו כמו בחנוני].

באופן שהשומר משלם את דמי הפקדון כגון במקרה של גניבה ואבידה כתב בפתחי חושן (ח"ג ב, יח הע' מב) שנחלקו לגבי שכרו, דעת הקצות (רכז, יא) שמפסיד הואיל ולא שמר כראוי ואילו דעת החזו"א אינו

מפסיד שכרו שהרי כל חיובו בתשלומים הוא מכח השכר שמקבל, וכ"ד המאירי וההגהות חשק שלמה שמנכה מהתשלום דמי הפקדון.

שומר שכר שפשע בשמירתו ובעליו היו עמו, האם זכאי המפקיד שלא לשלם לו שכרו? ציון מקור.

כתב הקצות (שה,ב) דבשמירה בבעלים דפטור אף בפשיעה, אע"פ שפטור מתשלומין, שכרו מיהא מפסיד, דלא גרע מעבדים ושטרות והקדשות דנשבעין ליטול שכרן כמבואר בב"מ נ"ח ושו"ע שא"א, וכל שלא שמר כראוי מפסיד שכרו ואפילו בשמירה בבעלים, אלא דנראה דהיינו דוקא היכא דנתן לו שכר לשמור א"כ כל שלא שמר כראוי אפילו שאין בו דין שמירה אבל שכרו מיהא מפסיד כיון שלא עשה מלאכתו ששכרו לכך לשומרו כתורת שומר שכר.

מה הדין בש"ש שחתנה להפטר מגניבה ואבידה, האם ישלמו לו שכרו?

בפתחי חושן (ח"ג ב,יח) הביא שכתב המאירי דבהתנה ש"ש להפטר מגניבה ואבידה ונגנב או נאבד מפסיד שכרו, וכן העלה מהר"א ששון הביאו הש"ך (שה,ב) וכ"ד רע"א (שג,ב), אבל המחנ"א (שומרים סימן כב) כתב שעיקר שכר ש"ש הוא משום נטירותא יתירא, וזה שהתנה להפטר מגניבה ואבידה הרי לא קיבל עליו נטירותא יתירא וע"כ שכרו לאו שכר שמירה הוא, אלא שכר טרחו או שכר המקום, ולכן אין לו להפסיד שכרו, וכתב הפתחי חושן דמ"מ נראה שאף למחנ"א אם התנה להפטר מפשיעה ופשע מפסיד שכרו.

ראובן הפקיד אצל שמעון חפץ לשומרו כשומר חנם לימים נפלה דליקה בביתו של שמעון, והלה עסק תחילה בהצלת חפציו הפרטיים, ובינתיים נשרף החפץ של ראובן. האם ניתן לחייב את שמעון? ציון מקור.

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי "אם נפלה דליקה בעיר ונשרפו החפצים שהיה ש"ש עליהם, הוי אונס (דהוי כטבעה ספינתו בים), אם לא היה יכול להציל בעצמו ולא על ידי אחרים (וכדאמרין שם הוה ליה לקדם ברועים ובמקלות ש"ש בשכר וש"ח בחנם), ודוקא שידוע בודאי שנשרפו, אבל אם אינו יודע בבירור, רק שהיו בבית שנשרף, אינו יכול לישבע שנשרפו דדילמא עובדי כוכבים נכנסו וגנבו אותו (פת"ש ה': בתשובת חוט השני כתב דהמעין בב"י יראה דהיינו דוקא היכא דשכיחי גנב), ולכן חייב לשלם אא"כ עובדי כוכבים הנכנסים הם ליסטים מזויינים, דאז ישבע שנשרפו או נגנבו בלסטים מזויינים, ופטור".

כתב הש"ך (ז) שבתשובת הרמ"א כתב דאף שהיה מציל את שלו ומתוך כך נשרף החפץ שהיה שומר עליו כיון שהיה יכול להציל את החפץ, לא הוי אונס מטעם שהיה נשרף חפצים שלו, וכתב הש"ך דיש לדקדק מדבריו דאף אם היה ש"ח חייב דמחשב ליה כפשיעה, וצ"ע לדינא. הנהיבות (ה) כתב דהמעין בתשובה יראה מכל ראיותיו דהטעם הוא דבש"ש דווקא כל שלא הגיע האונס לגופו של חפץ רק לגופו של שומר הוי כפשיעה נגד גופו של חפץ, וכ"ד הקצות (ג) דודאי בשומר חנם פטור כל שטרוד להציל את שלו כיון דאפילו גם כד ניימי אינשי ועייל בעידנא דעיילי אינשי שומר חנם פטור ה"ה בזה, ואע"ג דאם כבר בא זאב אין לו לש"ח להניח מלהציל ולהכנס לעיר אבל בזה שטרוד להציל נכסים שלו כה"ג לאו פשיעה הוא, וכ"כ הפת"ש (ד) דהעיקר דש"ח פטור ורק ש"ש חייב וכ"פ בנו"ב ושב יעקב.

עוד כתב הנהיבות (ה) דבש"ש נראה דאפילו היו אונסין אותו בגופו אונס נפשות שלא יציל חייב, דהא מחייבין ליה אפילו אם הגיע עליו חולי של טירוף הדעת כמבואר בסעי' ב' ברא' והמחבר וחולי של טירוף הדעת כאונס נפשות דמיא ואפ"ה חייב ואפילו למאן דפוטר בסימן שפ"ח בנשא ונתן ביד באונס מחמת נפשות, מ"מ בש"ש חייב, דהשתעבד עצמו מעיקרא לשלם כל שלא יגיע האונס לגופו של חפץ, אבל בש"ח דפטור באונס אפילו כשלא הגיע האונס רק לגופו של שומר, כיון דקיי"ל בסי' שפ"ח בש"ך סקכ"ב דאונס ממון מיקרי אונס, אם אנסוהו אונס ממון שלא יציל או בכה"ג, דהוי כאנסוהו באונס נפשות דפטור.

עוד כתב הנהיבות (ו) גבי הסיפא דרמ"א דדילמא עובדי כוכבים נכנסו וגנבו אותו ולכן חייב לשלם, דדבריו תמוהים, דכיון דמייירי דלא היה יכול להציל אפילו ע"י אחרים, הפקירא הוא, וכל הדוחק עצמו ומציל זכה בו כדין מציל מן הדליקה ולא גנבים הם וכדין זכו, ועוד הא בלאו גנבים היה נשרף ומהיכי

תיתי יתחייב, וביאר דמיירי במרדכי דלא היה יכול להציל מטעם שהיה ירא שלא ישליכוהו ליסטים באש, ובאמת מהשריפה הוי יכולין להציל, רק שאנסוהו כדי לגנוב, ואם נשרף היה פטור דשם אונס שריפה על החפץ כמש"כ הסמ"ע סק"ג, אבל אם נגנב, אף שהיה על ידי אונס שאנסוהו שלא יציל מהגניבה, מ"מ כיון דשם גניבה על החפץ חייב וכמ"ש הסמ"ע שם, דמה לי אם אנסו רוח רעה שלא יציל או אנסוהו גוים שלא יציל, ומתוך שאינו יכול לישבע מפסיד, ודוקא שלא היה הנפקד שם, דבזה מיירי במרדכי שהנפקד הוצרך לברוח תיכף, אבל כשהנפקד היה שם ולא הניחוהו הנכרים להציל, אפילו נגנב פטור, ולפי"ז לפמ"ש"כ הש"ך בסק"ד דגניבה באונס פטור גם כאן פטור, ואין לומר דכאן מיירי שספק אם נגנב קודם בשעה שהיו יכולין להציל, דהא על כרחך מיירי שתיכף בשעת התחלת הדליקה לא היו יכולין להציל כלל, והביאו הפת"ש (ה) בקיצור.

סעיפים ד. ו

ע"פ משנה ב"מ צג: וכת"ק וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (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 (דלא כטור מב' רוחות הוי אונס, וכתב ה"י דנראה שפסק כתנא ידוע הבבלי וס"ל דלאו לאיפלוגי אתא אלא לפרושי מילתיה דת"ק "ואיני יודע מי הכריחו לפרש כן", ובסמ"ע שלח לדרישה שכתב שם "טוב טעם" לטור). היו יותר על שנים, ה"ז אונס. (ו) "הארי והדוב והנמר והברדלס" [פי' רש"י פוטוי"ש בלע"ז ובערוך פי' מין בעל חי שבז' שנים הוא זכר ונקרא צבוע ואח"כ יתהפך לנקבה נקרא נפרזא ואז היא יותר רעה מקודם] והנחש, הרי אלו אונסים בזמן שבאו מאליהם, אבל אם הולכין למקום גדודי חיה ולסטים, אין אלו אונסים, וחייב לשלם".

כתב הפת"ש (ו) בשם הנו"ב דשומר חנם אולי גם גבי זאב אחד פטור, שלא אמרו 'אלא אינו אונס', אבל לא אמרו שהוא פשיעה.

סעיף ה

ע"פ הרמ"ה (וכתב ה"י דדברי טעם הם) פסק בשו"ע "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", והגר"א (ז) ציין לב"מ דף צג ע"ב דאומדין אותו וכו'.

סעיף ז

ע"פ איבעיא דאיפשטא בב"מ צד. פסק בשו"ע "רועה שמצא גנב והתחיל להתגרות בו" ("אפילו היתה כונת הרועה לטובה", סמ"ע בשם מהרי"ק) ולהראותו שאינו חושש ממנו, וא"ל הרי אנו במקום פלוני כך וכך רועים אנחנו כך וכך כלי מלחמה יש לנו, ובא אותו הלסטים ונצחו ולקח מהם, הרי הרועה חייב".

הקצות (ב) הביא לשון המהרי"ק דכתב אפילו היתה כוונת הרועה לטובה כדי להפחיד הליסטים אפ"ה חייב דבדיבור בעלמא חייב הש"ש, מיהו דוקא ידיעין דבלא דיבור לא הוי בא אבל בלא"ה לא, וכתב דמשמע מלשוננו דוקא ש"ש הוא דחייב אבל ש"ח אם היה כוונתו לטובה כדי להפחיד הליסטים פטור, וראה לזה מהנ"י גבי האי דאפקידה גביה ויהיבינה לאימיה שכתב דוקא שומר חנם מיפטר בטענה זו דסבר אם לא יאמר לה שהוא פקדון תשמור טפי אבל ש"ש לא, והובא בש"ך סימן רצ"א, ומבואר דשומר חנם שכוונתו לטובה פטור משא"כ שומר שכר דהו"ל למידק טפי. עמ"ש"כ "דוקא ידיעין" כתב דמשמע דמספיקא לא מחייבין אותו ובסעי' ג' גבי דליקה משמע דמחייבין אותו מספק אם אינו יודע שודאי נשרפו לפי שאינו יכול לישבע, ואפשר לחלק, ושלח למש"כ בסימן שמ"ג. הנתיבות (ז) הסכים עם מש"כ הקצות אולם עמ"ש"כ דדוקא כשידוע שבלאו דיבור לא היו הליסטים באים אבל מספיקא לא מחייבין ליה, כתב דא"א לומר כן, דא"כ לא היה לו למחבר לסתום, וגם נראה דא"א כלל למידע אם בלא"ה לא היו הליסטים באים או לא, אלא הכא ודאי חייב מספיקא, ומהרי"ק לא כתב דאין חייב מספק רק בעובדא ידידה שהיה גניבת אונס בודאי ורק הספק הוא על פשיעה שמקודם וזה לא הוי רק גלגול שבועה דלא אמרינן גביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, משא"כ הכא במחבר שיש ספק אולי רק מחמת אמירתו בא הליסטים, והוי כהולכים לגדודי חיות, והרי הספק אולי שעת הגניבה גופה היתה בפשיעה, וזהו העיקר שבועה, ומתוך שאינו יכול לישבע משלם.

סעיף ח

בב"מ צג: הקשה אב"י מבריתא, לרבה הסובר לפטור שם ההוא רעיא דהוה קא רעי חיותא אגודא דנהר פפא שריג חדא מינייהו ונפלת למיא דמאי הוה ליה למיעבד דנטר כדנטרי אינשי - "איתביה רועה שהיה רועה והניח עדרו ובא לעיר בא זאב וטרף ובא ארי ודרס אין אומדים אילו היה שם היה מציל אלא אומדין אותו אם יכול להציל חייב אם לאו פטור, מאי לאו דעל בעידנא דעיילי אינשי (וקשה לרבה, הפטור כששמר כדרך השומרים) 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 לאב"י אי הכי (שדמי המסייעים בהברחת הארי משלם הבעלים) מאי אהני ליה מינה? נפק"מ לכושרא דחיותא אי נמי לטרחא יתירתא רב חסדא ורבה בר רב הונא לא ס"ל הא דרבה דאמר להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא (דנהי דלאו פשיעה הוא אונס נמי לא הוי והוי ליה כאבידה, רש"י).

וז"ל השו"ע כלשון **הרמב"ם** "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". כתב **הראב"ד** דאינו משלם כל דמי הבהמות אלא מנכין לו השכר שהיה צריך לשכור הרועים להציל ואם אותו השכר עולה עד כדי דמיהן אומדים כמה אדם רוצה ליתן ולא יטרח לקנות בהמות יפות כאלו וישלם לו האומד, וכתב ה"ה דהדעת מכרעת כן ואפשר שאף הרמב"ם סובר כן וקיצר לפי שכבר באר שהשכר משל בעל הבית וכדמפרש אב"י טעמא שם דנפק"מ לשוכר הבהמה שמכיר בה שהיא מלומדת בביתו א"נ שלא יצטרך לחזור אחר הבהמות לקנות (ב"י ובאה"ג).

ביאר **הסמ"ע** (ט) מש"כ המחבר 'עד כדי דמי הבהמה' דבגמ' יהיב טעמא משום דאכתי ניחא לבעלים שמצילה משום טירחא וכו' ומ"מ אם הרועים לא נתרצו להציל בכדי דמי הבהמה א"צ השומר להוסיף להן דמי טירחא קניית הבהמה או דמי מה שהיתה רגילה וניכרת בביתו, דשמא הבעה"ב לא ירצה להחזירו לו, והשתא אתי שפיר מש"כ הטוש"ע בסעי' ט' דיש לו מיגו דאי בעי הוה טען נטרפה, דקשה הא אין כאן מיגו, דאי הוה טען נטרפה לא היה בידו אלא כדי דמי הבהמה, דהיינו דרך משל י' זהובים, והשתא טוען הוצאתי עליה כדי דמי הבהמה וגם כדי שכר טירחא דהיינו זהוב, ויהיה בידו י"א זהובים, אלא ודאי אין המפקיד צריך להחזיר לו דמי טירחא, וממילא גם שומר א"צ להוציאם.

כתב **הש"ך** (ח) ע"פ תוס' ופוסקים דאף ש"ח אם קדם להציל בשכר צריך להחזיר לו מה שהוציא וה"ה באינש דעלמא שאינו שומר והציל בשכר חוזר וגובה. כתב **הש"ך** על הסמ"ע דלכ' י"ל דמאותו שעה ואילך ששכר הש"ח נעשה לש"ש משום פרוטה דרב יוסף דהוי עוסק במצוה במה שקדם בשכר להציל הבהמה והיינו לדעת הרשב"א דמשום פרוטה אחת מקרי ש"ש, אבל לדעת תוס' דשומר אבידה דהוי ש"ש הוא משום שטיחה וניעור זהו לא שייך הכא.

כתב **הפת"ש** (ז) בשם **הבית אפרים** דהא דקיי"ל שומר שכר שהיה יכול לקדם ברועים ומקלות ולא קידם חייב, שכן הדין אף אם הודיע לבעלים שהם יקדמו ויקימו עליו רועים, אם אין הבעלים רוצים לקבל עליהם טורח זה השומר שכר חייב.

סעיף ט

כתב **הרמב"ם** וכ"פ השו"ע "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" וכ"פ ר"ח, וכתב ה"ה דזה כלל לכל המוציאין ברשות שהן נשבעים ונוטלים וכמוציא הוצאות על נכסי אשתו בכתובות ע"ט דכל היכא דאיהו ידע והאי לא ידע נשבע איהו דידע והני מילי בעושה ברשות, וראה בסמ"ע (ט) לעיל, וביאר **הנתיבות** (ט) דתרווייהו טעמי צריכי דודאי מטעם מוציא ברשות א"א לחייבו רק כשידוע שהוציא ואין ידוע כמה, אבל ודאי דאין אדם נאמן לישבע שעשה עמו טובה והוציא עליו כל כך הוצאות וליטול, ולכך צריך הטעם דמיגו שיכול לומר נאנסו, והוסיף דמיירי בלא ראה, דאי בראה לית ליה מיגו דנאנסו.

כתב **רע"א** עמש"כ המחבר דלפ"ז בליכא מגו כגון בפקדון בפנינו או שהוזלה והוא טוען שהציל בעת היוקר כפי דמיהן של יוקר אינו נאמן, ומ"מ אפשר דזהו דוקא אם אינו יודע כלל שהציל בשכר אבל אם ידוע שהציל בשכר ואינו יודע כמה הוציא י"ל כיון שהוציא ברשות לטובת חברו נאמן בשבועה בלא מגו כדן מוציא הוצאות על נכסי אשתו וככל מוציא ברשות.

עוד כתב ה**נתיבות** (ט) דנראה דאין לו לשכור פועלים להציל רק באופן כשיתן להם שיצילו וכשלא יצילו לא יתן להם, אבל על ספק אין לו לשכור, דאם לא יצילו לא יחזיר לו בעה"ב, ועוד, דהא אין לו משכון מבעה"ב רק הבהמה, וכשלא תהיה ניצלת הבהמה מאין יגבה מעותיו, ואין חייב ליתן מעותיו בלא בטחון מבעה"ב.

סעיף י

בב"מ שם פסקו ה**רי"ף** **רמב"ם** ו**רא"ש** כרב חסדא ורבה בר רב הונא **ודלא כרבה** שפטר (ראה סע' יא), וב**ב"מ לו**: גבי פלוגתא דאביי ורבא בפשע בה ויצאת לאגס ומתה כדרכה (ראה סע' טו) כתבו ה**רי"ף** וה**רא"ש** דאע"ג דקיי"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב הכא שלא בא האונס מחמת הפשיעה פטור **והא דבדף צ"ג** משמע דהיכא דתחילתו בפשיעה אפילו איתניס שלא מחמת פשיעה חייב, ההוא מימרא דאביי ורבה הוא ולא עדיף מהאי מימרא דאית להו הכא בהמפקיד וכבר דחייה רבא והא מתניתא דרועה שהיה רועה כפשטא סבירא לן דאומדין אותו אם יכול להציל חייב ואם לאו פטור ודקא מוקים לה אביי דעל בעידנא דעיילי אינשי וקא מוקים לה רבה דשמע קול אריה ועל שינויא הוא ולא סמכינן אשינויי אלא בין על בעידנא דעיילי אינשי בין בעידנא דלא עיילי אינשי אי הוה יכול להציל אפילו על ידי רועים ומקלות חייב ואם לאו פטור, וכן פסק ה**רמב"ם** דבין על בעידנא דעיילי אינשי בין על בעידנא דלא עיילי אינשי אומדים אותו אם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור.

וז"ל ה**שו"ע** ע"פ **צג**: "רועה שהניח עדרו ובא לעיר, בין בשעה שדרך הרועים להכנס בין בעת שאין דרך הרועים להכנס, ובא זאב וטרף (צ"ל 'ובאו זאבים וטרפו' דהא קיי"ל בסע' ד' דזאב אחד אינו אונס וכן הוא ברמב"ם, **פת"ש** בשם נוי"ב), 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 {ויש אומרים (**ראב"ד** ו**טור** – עיין רצא"ב) דאם נכנס בעת שאין דרך ליכנס חייב בכל ענין, דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס, ועיין לעיל סימן רצ"א סעיף י"ב}."

ביאר ה**סמ"ע** (יא) דמש"כ הרמב"ם ואם אין הדבר ידוע ר"ל דמן הסתם היה יכול להציל ע"י רועים ומקלות שהיה שוכרן להצילו באמת וכ"כ הב"י וכ"ד הלבוש ובש"ח פטור, אולם תמה ה**ש"ך** (י) דהיאך אנו יכולים לומר דמן הסתם היה יכול להציל וגם מי הגיד לו לרמב"ם זה, אלא ביאר דהטעם כיון דאין הדבר ידוע א"כ השוכר מחויב לישבע ואינו יכול לישבע שהרי אינו יודע וכל שומר מחויב לישבע שידוע בבירור שנאנסה אבל אם ישבע שספק לו ה"ל מחויב שואיל"מ וכדלעיל בסימן רצ"א והוא פשוט בכמה דוכתי וא"כ גם בש"ח הדין כן ועל כן לא חלק הרמב"ם בדבר זה.

סעיף יא

ע"פ **עובדא שם צג**: דאתא לקמיה דרב פפא דס"ל כרב חסדא ורבה בר רב הונא פסק ב**שו"ע** "רועה שומר שכר שהעביר הבהמה על הגשר, ודחפה אחת מהן לחבירתה ונפלה לשבולת נהר [מקום שמים נגרים בכח], הרי זה חייב, שהיה לו להעבירם אחת אחת (ודלא כרבה דמה היה לו למיעבד), שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה, והואיל ופשע בשמירתו בתחלה והעביר כאחד, אע"פ שנאנס בסוף בעת הנפילה, הרי הוא חייב."

סעיף יב

ע"פ **משנה ב"מ צג**: פסק ב**שו"ע** "מתה כדרכה, פטור. סיגפה ומתה, כגון שהעמידה בחמה או בצנה, (**רא"ש** -) אפילו לא מתה מיד – חייב."

כתב ה**נתיבות** (י) דכתב הרב המגיד דאפילו לא מתה רק אחר שנה חייב, כיון דאי אפשר לו לישבע, דאימר מחמת הסיגוף מתה, וכתב דנראה דאם ידוע בבירור שבנתיים היתה בריאה כשאר בהמות לא

חיישין לה, ואינו חייב רק כשהוא באופן שאי אפשר לידע ואפשר לספק אולי מחמת חולי הראשון מתה, דהא אפילו בגט כשהלך בשוק בלא משענת מחזקין ליה כשאר בריאים ולא חיישין שמא מחמת חולי הראשון מת, ואפשר דהטעם משום דכשעדיין הוא בידו ופשע מקודם, דכל שיש לתלות בשום צד אפילו רחוק אמרינן דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, אם לא שעל פי אומדן אי אפשר לומר שמחמת סיגוף הראשון מתה. עוד כתב ד"ש להסתפק בגזלן שסיגפה ומתה אחר שהחזירה, דגזלן אינו שומר כמו שכתבו התוס' ב"ק נ"ו והחייב שלו הוא רק משום שחייב בהשבה, ולפי זה כשהוא ספק אינו חייב רק מטעם דהו"ל כאיני יודע אם החזרתני, והכא גם התובע מסופק, ופטור אפילו באיני יודע אם החזרתני, וגם יש לומר כיון דהסיגוף לאו חיוב הוא אצל אחר, דודאי אחר שאינו שומר אינו חייב בסיגפה בחמה ומתה אחר שנה, רק דהוי כמו תחילתו בפשיעה כמש"כ התוס' ב"מ ל"ו ובאחר ודאי פטור בזה כשיש לספק שמתה שלא מחמת סיגוף, וא"כ ה"ה גזלן שאינו שומר ג"כ פטור. ולפי"ז ה"ה בשומר אם סיגפה בחמה והחזירה ואח"כ מתה פטור, דומיא דהבלא דאגמא דמודה אביי דאי הדרה לבי מרה ומתה דפטור כיון שכבר כלה התחלתו בפשיעה עיי"ש, אולם אחר שחזרה לבריאותה ע"פ אומדן בני אדם אין בו דין תחילתו בפשיעה.

סעיפים יג – יד

משנה ב"מ צג: "עלתה לראשי צוקין ונפלה הרי זה אונס העלה לראשי הצוקין ונפלה אינו אונס", ובדף לו: יהיב טעמא להעלה לראשי הצוקין ונפלה דחייב משום דהיה לו לתקפה ולא תקפה אי הכי אימא רישא עלתה לראשי הצוקין ונפלה הרי זה אונס איבעי ליה למתקפה לא צריכא שתקפתו ועלתה תקפתו וירדה, וכתב הרמב"ן דאף דהאי אוקימתא אליבא דאביי איתמר ולא קיימא לן כוותיה אלא כרבא אולם קיי"ל כרב פפא ודלא כרבא ואביי ורבא נחלקו בדעת רבה הסובר דמאי אית ליה למעבד, אלא אמרינן אית ליה לעבורי חדא חדא, הכי נמי להכי יהבי ליה אגרא דאיבעי ליה לתקפה שלא תעלה להכי צריך לאוקמי תקפתו ועלתה תקפתו וירדה, וכ"פ הרמב"ם.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "תקפתו ועלתה לראשי צוקין ותקפתו ונפלה, הרי זה אונס. (יד) העלה לראשי הצוקין, או שעלתה מאיליה והוא יכול למונעה ולא מנעה, אע"פ שתקפתו ונפלה ומתה או נשברה, חייב, שכל שתחלתה בפשיעה וסופו באונס, חייב".

הקשה ה**נתיבות** (יא) על סעי' י"ד דחייב אף בתקפתו דכיון דשומר חנם אינו חייב בעלתה מאליה על כרחך לאו פשיעה היא אלא כעין גניבה כמו בעל בעידנא דעיילי אינשי, וא"כ אמאי חייב בתקפתו ונפלה הא הוי תחילתו בגניבה וסופו באונס, וביאר דדוקא כל שהאונס בא מחמת הגניבה רק שיש לתלות בצד רחוק, דאפשר שיהיה מקוים ומוראכם וחתכם או גם הארי והדוב, וזהו תליא באופן רחוק, ולזה פטור כשהיה תחילתו בגניבה, אבל כשהוא באופן שאם לא עשה מעשה הראשון לא היה נעשה האונס כלל, כגון הכא שאילו היה יושב ומשמר שלא לעלות בודאי לא היתה נפלה, חייב, דהוה כמו תחילתו וסופו בגניבה.

סעיף טו

ב"מ לו: "אתמר פשע בה ויצאת לאגס ומתה כדרכה אביי משמיה דרבה אמר חייב רבא משמיה דרבה אמר פטור. אביי משמיה דרבה אמר חייב כל דיינא דלא דאין כי האי דינא לאו דיינא הוא לא מבעיא למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב דחייב אלא אפילו למאן דאמר פטור הכא חייב מאי טעמא דאמרינן הבלא דאגמא קטלה רבא משמיה דרבה אמר פטור כל דיינא דלא דאין כי האי דינא לאו דיינא הוא לא מבעיא למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור דפטור אלא אפילו למאן דאמר חייב הכא פטור מאי טעמא דאמרינן מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם, ומודי אביי דאי הדרא לבי מרה ומתה דפטור מאי טעמא דהא הדרא לה וליכא למימר הבלא דאגמא קטלה, ומודי רבא כל היכא דאיגנבה גנב באגס ומתה כדרכה בי גנב דחייב מאי טעמא דאי שבקה מלאך המות בביתיה דגנבא הוה קיימא".

וז"ל השו"ע כרבא "העלה לראש ההר ומתה שם כדרכה, או שפשע בה ולא שמרה כראוי ויצאה לאגס ומתה שם כדרכה פטור, אבל אם נגנבה מהאגס ומתה בבית הגנב חייב {שומר שכר שכלה זמנו עיין לקמן סימן ד"ש וסימן שמ"ג}."

הקשה **הסמ"ע** (טו) דמאי איריא דגנבה מהאגם אפילו גנבה מביתו נמי חייב מכח גניבה, ותירץ די"ל דאיירי אפילו בגנבה בליסטים מזוין דאינו חייב כשנגנבה מביתו אבל כשנגנבה מהאגם דהו"ל תחילתו בפשיעה אף שסופו באונס חייב, דמיד כשנגנבה מהאגם חייב, דאילו עמדה בביתו אמרינן דלא בא הליסטים וגזלה, וכיון דמתחייב על הגניבה תו לא מיפטר במה שמתה ביד הגנב, ובזה נתישב ג"כ הא דהוצרכו הטוש"ע לכתוב דין זה אף שכבר כתבוהו בשומר חנם בסימן רצא/ט.

סימן דש – המעביר חבית ממקום למקום ונשברה מתי חייב

סעיף א

אומן ששבר כלי האם חייב לשלם, האם יש בזה לפנים משורת הדין לוותר לאומן והאם יש הבדל בין אומן עני לאומן עשיר והאם חייב לשלם לו שכר עבודה?

מה יהא הדין בפועלים שנשכרו להעביר חבית ממקום למקום ונשברה החבית, האם ישלמו להם שכרם?

במשנה ב"מ פב: "המעביר חבית ממקום למקום ושברה בין שומר חנם ובין שומר שכר ישבע", ואע"ג דבבביתא איפליגו תנאי במילתא הלכה כסתם מתניתין, ובגמ' "למימרא דסבר רבי מאיר נתקל לאו פושע הוא והתניא נשברה כדו ולא סלקה וכו' רבי מאיר מחייב וכו' וקיימא לן דבנתקל פושע פליגי אמר רבי אלעזר תברא מי ששנה זו לא שנה זו רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן שבועה זו תקנת חכמים היא שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שמעביר חבית לחברו ממקום למקום היכי משתבע אמר רבא שבועה שלא בכוונה שברתיה", וכתב הרי"ף דמסתברא דהא דאמר רבא שבועה שלא בכוונה שברתיה אליבא דרבי מאיר היא דס"ל נתקל פושע הוא הילכך לא מצי לאישתבועי דלא פשע בה אבל לרבנן דסברי נתקל לאו פושע הוא וקיי"ל כוותיהו משביעינן ליה שלא בפשיעה נשברה, וכ"פ הרמב"ם והרא"ש, וז"ל השו"ע "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".

כתב **הסמ"ע** (א) דהרמב"ם והמחבר לא חילקו בנתקל במקום מדרון לאינו מקום מדרון אבל הטור חילק שכך נשמע ממסקנת הגמ', דבנתקל במקום שאינו מדרון הוה פושע וחייב מדינא אפילו שומר חנם ואינו נפטר בשבועה דלא פשע בה, דמחשבינן ליה לודאי פשע דה"ל ליזהר מלהיות נתקל כיון שהלכו במקום הישר, אלא שמ"מ מצוה לכנוס עם הפועלים לפנים משורת הדין וכדכתיב למען תלך בדרך טובים, כל שלא ידענו שפשע במזיד, ולא עוד אלא מצוה על בעה"ב ליתן להם גם שכרם אם הם עניים ואין להם מה יאכלו, וכדכתיב סיפא דקרא הנ"ל וארחות צדיקים תשמור, ודוקא אם נתקל במקום מדרון לא מחשבי פושעים ויש לו דין שכתב המחבר, אולם הש"ך (א) כתב דמשמעות הש"ס (עיי"ש) כרמב"ם דר"א מתמה הכי על רבותיו ומיהו רבותיו ות"ק דמתני' סתמא קאמרי דאל"כ מאי קמתמה ר' אלעזר דלמא לא קאמרי אלא במקום מדרון אלא ודאי כיון דמסתמא קאמרי אלמא דלעולם ישבע ולרבי יהודה בכל ענין פטור.

כתב **הנתיבות** (א) דנראה דדוקא כשנשא שיעור משא כל שיכול לישא תיקנו חז"ל שיפטר מתשלומין משום דנקל ליכשל, אבל מי שנשא דבר קל ונתקל ושברו חייב דבקל אפשר ליזהר, ובזה אתי שפיר הא דסעיף ב', וכ"כ הריטב"א [הישנים].

סעיפים ב – ד

ע"פ **ב"מ פג.** "אתקין רב חייא בר יוסף" וכדעת **הרמב"ם** פסק בשו"ע "ועוד תקנו בדבר זה שאם נשא 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 (דקיי"ל כאיסי בן יהודה שם בגמ').

(רמב"ם -) 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. מכאן אתה למד שהאחד שהעביר חבית גדולה שאין דרך כל הסבלים להעבירה ביחיד, שהוא פושע, ואם נשברה בידו משלם הכל" והרמ"א כתב "כל זה לשון הרמב"ם ודעתו, אבל יש חולקים (ה"ה ברש"י ורשב"א) וס"ל דכל שהוא קל לשנים אע"פ שהוא כבד לאחד לא מקרי פושע גמור ואינו משלם רק מחצה (דלמדו הגמ' לעיל בנשא יחיד דנתקל כעין אונס הוא לפטרו ובשבועה משום התקנה ודמי לפשיעה מפני שנשא יתר על משאו ובפושע לא תקנו על כן חייבים במקום פשיעה ופטור משום תקנה ממחצה, ה"ה, והראב"ד השיג על הרמב"ם "הוא נותן את הפשיעה בעבור הכבדות ואני סבור שאין הפשיעה אלא בשביל הקלות שהנתקל במשא הקל פושע הוא ולמד ה"ה בדעתו במקרה של יחיד הנ"ל פטור מכלום ושיטה שלישית היא)".

כתב הב"י דסברת הרמב"ם לחייב חצי בשנים שלא היה להם להתחבר שניהם ולא לשאת אלא משאו שכל אחד יכול להעבירו לבדו וכיון שמשאוי זה כבד אצל כל אחד מהם היה בדין שישלמו הכל וכיון שהוא קל לשניהם היה בדין שיהיו פטורים ולפיכך משלמין מחצה, וכעין זה בסמ"ע (ה) כיון דמשא זה אינו ניתן לשאת לאחד מפני כבדותו, א"כ יש על משא זה שם פשיעה לאדם אחד הבא לנושאו ואף שנתחבר אחד עמו וסייעו לשאת אותו, כיון שאין מדרכן להתחבר בענין זה הוי כאילו נשאו אחד דמי, מיהו הואיל וקל לשנים אינו חייב אלא החצי, ודחה טעם ה**לבוש** דכיון שמשוי זה כבד אצל כל אחד מהן אפשר לומר שכל אחד סמך על חבירו להקל מעליו משאו והרי פשע, דליתא, שהרי הרב המגיד כתב שהטעם מבואר בדברי הרמב"ם בסיפא.

כתב הסמ"ע (ח) דהרמ"א קיצר דהטור ס"ל דוקא כשמחלק משא כזה ונשאו במוט בשני ראשו דהיינו בכל ראש תולה וקושר חצי המשא והמוט כפוף באמצע ומניחו במקום כפיפתו על כתיפו, וכל כה"ג רגיל אדם להתחזק לנושאו אף שהוא יותר משיעור אדם אחד כיון שאינו מגיע למשא של שני בני אדם, משו"ה אינו משלם אלא מחצה, אבל אם נושא המשא במוט מונח במקום אחד, גם הטור כתב בהדיא דצריך לשלם כולה.

סעיף ה

סבל ששבר חבית יין באופן שחייב לשלם, ביום השוק שווי חבית מאה ש"ח וביום רגיל שווי חבית יין שמונים ש"ח, כמה ישלם לבעל החבית?

ב"מ צט: "אמר רבא הני שקולאי דתברי חביתא דחמרא לחנוואה ביומא דשוקא מזדבנא בה' בשאר יומי מזדבנא בד'..."

וז"ל השו"ע כשיטת הרמב"ם ביאורו וגרסתו "הסבל ששבר חבית של יין לחנוני ונתחייב לשלם (ר"ל כגון ששברו בפשיעה באופן שחייב לשלם וכסעי' א', סמ"ע), והרי הוא שוה ביום השוק ד' ובשאר ימים ג' (דלא כגרסתנו ה' וד'), 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 (סמ"ע: דזה הפושע שמשלם לו דמי היין ודמי החבית מנכה לו מדמי 'היין' כשיעור הטורח שהיה לו במכירתו ומדמי 'החבית' מנכה לו פגם הנקב אילו לא שברה לא היה יכול למכור היין אם לא שהיה צריך לנקוב תחילה החבית, וחבית שיש לה נקב אין שוה כ"כ כמו החבית שלמה, שחבית שלמה ראויה לכל דבר משא"כ זו, עיי"ש וברש"י וגר"א), וכן כל כיוצא בזה" והרמ"א כתב "גם זה לשון הרמב"ם ודעתו, אבל רוב המפרשים (ראב"ד רא"ש ועוד) חולקים וס"ל בהפך שאם שבר בשאר הימים משלם ג', ואם שברו ביום השוק, אם בא לפורעו בשאר הימים צריך ליתן לו ארבע ואינו נפטור אם רוצה ליתן לו חבית אחר של יין (סמ"ע: אם נשאר לו יין מיום השוק ששבר בו הרי זה נפטור כשהחזיר לו חבית יין, שהרי לא מצי למימר אילו היה בידי הייתי מוכרו, אלא שאינו נפטור בנתינת ג' כיון שהיה שוה ד' ביום השבירה), 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 (סמ"ע: היינו דוקא בדקנה היין זה אחר זמן השבירה ואז אמרינן כיון דהיתה החבית שוה ד' ביום השבירה ועכשיו ביום התשלומין יש לו יין ואינו יכול למכור גם זה, משו"ה צריך ליתן ד' דמי היין אבל אם נשאר יין זה

שבידו עתה מיום השבירה נפטר בהחזרת חבית יין וכנ"ל) " ודלא כרש"י בדעה נוספת שלישית דבדמים לעולם משלם ה' אלא דקודם שעבר יום שוק ראשון יכול לשלם לו בחביתא דחמרא (הובא בקצות).

כתב הסמ"ע (ט) דסברת הרמב"ם דלא חילק בין שברו החביות ביומא דשוקא בין נשברו בשאר הימים, גם בין אם היה לבעל חביות יין אחר למכור בשעת השבירה בין לא היה לו, שהסבלים יש להם לשלם לו חבית יין, לפיכך כל שמשלמים דמים רואים כמה היה שוה ביום החזרה, אם החזירה ביום השוק נותנין דמי שוויה ביום ההוא, לפי שאם ישלמו חבית יין ואין לו יין למכור היה מוכרה ומקבל ד', וכשהם מחזירים בשאר הימים, אם היו מחזירין יין היו נפטרינן ביין, כשהם מחזירין דמים מחזירין בשוויה דשאר הימים (הרב המגיד), ואע"ג דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה מ"מ לא מיקרי גזלן, ואין עליו לשלם אלא מה שקלקל בפשיעה, ואין לו להחזיר אלא חביות יין והרי מחזיר הם או דמיהן (ועדיין הקשה הקצות א' דהא בב"מ מ"ג תנן במתניתין דילקה בחסר וביתר ובית הלל אומרים כשעת הוצאה רבי עקיבא אומר כשעת התביעה, וק"ל כבית הלל ולא כר' עקיבא, ואף על גב דהתם שומר הוא דהוי ולא אמרינן כשעת התביעה וצ"ע), והרא"ש דחה סברא זו וכתב דהולכין אחר שעת השבירה, משו"ה יש לחלק אימתי שברו וכמ"ש הרמ"א, דאם שברו ביום השוק כיון שבאותו היום ששברו היה שוה ד' שם ד' עליו וצריך לשלם לו ד', אבל בהחזרת חביות יין נפטר בכה"ג, ואם משלם לו ביומא דשוקא, אע"פ שעברו כמה יומא דשוקא שהיה יכול למוכרה, מ"מ אם אין לו עתה יין אחר למכור הרי הוא שוה אצלו ד' כיום השבירה ונפטר בזה.

[סיכום: המזיק חפץ של חנווני ושווי עולה ביום השוק מפני הביקוש, כיון דבשאר הימים הוא שוה ד' וביום השוק שוה ה', דעת המחבר שמשלם כשווי החפץ בשעת התשלום, ואילו דעת הרמ"א כשווי בשעת הנזק, ודעת רש"י שלעולם חייב לשלם כשווי ביום השוק והוא מדינא דגרמי כדלקמן, ע"פ פסקי המשפט].

כתב הש"ך (ג) דאפשר דהרמב"ם מיירי ששברו דוקא בשאר יומי וא"כ לענין הדין לא פליגי עם הרא"ש ובשבר בשאר הימים הדין כמ"ש המחבר וכן עיקר לדינא כי כבר אפשר לפרש דברי הרי"ף והרמב"ם והמחבר בשבר בשאר ימים כי היכא דלא לפלוג לדינא ואין זה דוחק שהרי הרא"ש ושאר פוסקים מפרשים הש"ס בשבר ביום השוק דוקא א"כ ע"כ דלאו בכל גונא מיירי בש"ס א"כ י"ל שהרמב"ם מפרש להפך.

כתב הקצות (א) דמשיטת רש"י ותוס' משמע דהשבירה הוי בשאר יומי ואפילו הכי כי אהדרו בתר יומא דשוקא הראשון מהדרי חמשא משום דאמר חנונאה אילו הוי גבאי ביום השוק מזבנא ליה בחמשא, אמנם קשה טובא כיון דק"ל (ב"ק צג:) דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה וכל השומרינן כשעת הפשיעה בסימן רצ"א, וא"כ אמאי משלמי כיוקרא דלקמיה, וביאר לפי פסחים כ"ט בהא דתניא האוכל חמץ של הקדש במועד מעל [ויש אומרים לא מעל], וא"כ הכי נמי כיון דלקמיה חזי וביום השוק שוי חמשא אית ליה ביה גורם לממון בחמשא ומשלם חמש, והא דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה אע"ג דאייקר בשעת התביעה, היינו היכא דלא נודע בשעת הגזילה אם יתייקר אח"כ, אבל היכא דידוע היוקר דלקמיה כי הכא דביום השוק שוה חמשא אזלינן בתר יוקרא דלקמיה דהו"ל גורם לממון, ואע"ג דאנן קי"ל דבר הגורם לממון לאו כממון ולית לן דר' שמעון, משום דינא דגרמי מחייב אפילו לרבנן דפליגי אדר' שמעון, דלא פליגי רבנן אדר' שמעון אלא בגונב קדשים שחייב באחריותן שיפטור מכפל (ב"ק עד) אבל קרן מודו רבנן דחייב משום דינא דגרמי, וא"כ ה"נ מחייב משום דיני דגרמי כיון דברי היזקא שהרי שוה לקמיה ביום השוק חמשא, ולא מיפטר בארבע אף על גב דיכול לקנות בזה חבית יין כיון דאזלינן בתר יוקרא דלקמיה והו"ל היזק בחמשא מש"ה צריך להחזיר לו חבית יין דהוא נמי שוה חמשא ביום השוק. עוד כתב דכיון דדעת רש"י והתוס' והרמב"ם בחדא שיטה דאם ביום השוק שוה יותר צריך לשלם כשער יום השוק, א"כ אם תפס מחנוני נראה דלא מפקינן מיניה עד דמשלם חמשא. **הנתיבות** (ב) כתב על סברת הקצות דאי אפשר לומר כך דא"כ בהך דיומי ניסן יקרי ארעתא וביומי תשרי זל ארעתא בב"ק ז' ה"נ אם יקלקל ויחפור בורות הקרקע בתשרי יצטרך לשלם כיוקרא דלקמיה, אלא ודאי דלא דמי כלל, דשאני גבי חמץ דא"א לו למכור כלל בפסח ואינו מחזיקו רק על אחר פסח, משו"ה חייב לשלם לו כפי השעה שדרך למכרו, דדמי קצת לגזול חבירו במדבר שא"א למוכרו כלל במדבר רק שמוליכו לשוק, ודאי דחייב לשלם כשער שבשוק, משא"כ הכא שהרבה מוכרים יין קודם יום השוק כשצריכין מעות, וכן מוכרין הרבה קרקעות ביומי תשרי, משו"ה לכ"ע אינו משלם רק כפי השער שהיה בשעת הגזילה אף שידוע שמתייקר ולא חשיב כלל גורם לממון, ובודאי א"צ לשלם רק כשער הזול,

אלא מדנקטו המחבר והש"ס הסבל ששבר חבית יין ולא נקט סתם מי ששבר חבית יין, משמע דלא שייך דין זה רק בסבל, והטעם דכיון דמייירי ששברו בפשיעה כמש"כ הסמ"ע ומבואר בסימן קע"ז בהג"ה דשותף שמכר קודם זמנו דהוי פשיעה דחייב לשלם לחבירו מה שנתייקר אח"כ, דדמי לפועל דחייב לשלם מה שהיה יכול להרויח משום הכי חייב לשלם הכא ג"כ כשפשע בדבר שדרכו להחזיק עד הזמן כפי השער, ולפי"ז י"ל דמייירי ששכר סבל לשאת את החבית ליום השוק למוכרו לאחרים בד', כי במקומו לא היו יכולים למוכרו בד' רק במקום השוק, ושברו בהולכה, ושוב א"א לקנות אחר שיהיו יכולין להוליכו ליום השוק למוכרו שם, וכששברו בפשיעה חייב לשלם כל מה שהיה יכול להרויח, דהא על זה שכרו לעשות מלאכתו לשאת אותו לשם להרויח בו, ולכך אם בא לשלם לו ביום השוק הא' צריך ליתן לו חבית יין או ליתן לו מה שהיה יכול להרויח. [בקה"י (ב"ק ה')] גם הקשה על שיטת הקצות וביאר שיטת רש"י דלא מדין הגורם לממון הוא אלא "כך שוה החביתא עכשיו לגבי החנווני הזה מאחר שיכול להשיג בעדו חמשה ביומא דשוקא" עיי"ש שהאריך בזה.

סעיף ו

ע"פ מש"כ הטור בסימן שמ"ג גבי שואל כתב הב"י דיש ללמוד לענין שוכר לזמן וכ"פ בשו"ע י"ש"ש כיון שכלה זמנו כלתה שמירתו, ואפילו היא עדיין בביתו אינו עליה אלא ש"ח.

סימן שיה – שומר שכופר או שטוען או נגנב

סעיפים א – ב

כתב השו"ע כלשון הטור וכפי שנתבאר בש"ח בסימנים רצ"ד-רצ"ו "שומר שכר דינו כש"ח לענין אם כפר או טענות אחרות שביניהם, כגון אם אמר לו נשתמשת בחפץ וקלקלתו, וכיוצא בזה, נשבע היסת 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. (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".

עמש"כ המחבר בסיפא 'והוא יפרע לבעל הבית' כתב הסמ"ע (ד) דהמחבר העתיק כאן לשון הטור ובסימן רצ"ד/ו העתיק לשון הרמב"ם, ומשו"ה לא הזכיר שם דין פרעון דשומר לבעל הבית משום דהרמב"ם ג"כ לא כתבו, וציין ששם ביאר דלרש"י והטור צריך השומר לשלם לבעל הבית והוא חוזר ומוציאו מהגנב, והרב המגיד כתב דהרמב"ם ס"ל דאין על השומר אלא הטירחא ושהב"י כתב ד"ל שגם דעת הרמב"ם היא שהשומר צריך לשלם לבעה"ב עכ"פ, ומהאי טעמא נמי כתב המחבר כאן לשון הטור דצריך לפרוע לבעל הבית דס"ל דגם הרמב"ם ס"ל הכי, אבל הרמב"ם לא כתב זה ולא ס"ל כרש"י, א"כ גם מה שכתב כאן המחבר אינו מכוון, שהוא על פי שיטת רש"י, ובסוף סימן רצ"ד העתיק לשון הרמב"ם שאינו כדעת רש"י, עיי"ש בסימן רצ"ד.

ראובן הפקיד אצל שמעון כספים וצ"ק שניתן לראובן, ונגנבו באונס. ואחר כך חזר הגנב בתשובה והחזירם לשמעון השומר, ותבע ראובן את שמעון שיחזיר את הכספים ואת הצ"ק ואמר שמעון איני יודע היכן הם מה הדין?

כתב רע"א דאם החזיר הגנב לבית שומר ואח"כ נאבד בפשיעה היא איבעיא דלא איפשיטא בב"ק ק"ח אי אמרינן כלתה שמירתו ופטור השומר או כיון דהדרא הדרא לשמירתו וכתבה הרמב"ם וסיים הלכך השומר פטור ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידו, וגם ביש"ש העתיק האבעיא אלא דפסק דאם תפס מפקינן מיניה, אולם מהשמטת הרא"ש והטור נראה דס"ל כרמ"ה דלאב"י ור"ב דס"ל דש"ש עושה עמו דין וכן הש"ח אם רצה עושה עמו דין בודאי דלא כלתה שמירתו ופסקינן כוותיהו.

סעיף ג

ע"פ ב"מ צה. כתב השו"ע "היו הבעלים עמו במלאכתו בשעה שמשך החפץ לשמור, פטור אף מפשיעה, כמו שנתבאר בדיני ש"ח (רצא/כח עיי"ש)", וכתב הסמ"ע (ה) דנתבאר שם דבשעה שמשך דהיינו בתחילת ענין מלאכת השמירה והדומה לו בעינן שיהא עמו, ואז לא איכפת לן אף אם אח"כ בשעת אבידה לא יהיה עמו ופטור, משא"כ איפכא.

סעיף ד

ע"פ משנה ב"מ צד. וגמ' פסק בשו"ע "קבל עליו ש"ש להתחייב אף באונסים (אפילו בדברים בלא קנין חייב, ב"י וכסימן רצ"א), או שהתנה ליפטר מגנבה ואבידה ומשבועה, הכל לפי תנאו". כתב הש"ך גבי הסיפא (ב) דמ"מ מפסיד שכתב המגיע (וראה שג"ג).

כתב הפת"ש (ב) בשם הבית אפרים דאם הוצרך השומר שכר ליתן משכון לא מהני תנאו בלא קנין, דהא דמתחייב אף בדברים הטעם הוא משום דבההיא הנאה דנפיק עליה קלא דמהימן הוא גמר ומשעבד נפשיה, והכא לא שייך טעם זה, דהא קמן דלא הימניה, והביא הפת"ש שהסתפק בסברא זו ההג' אשר"י (ב"מ ז, יז).

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי ותשובת מיימוני "אמר סתם על מנת שלא אתחייב באחריותו, פטור אפילו מפשיעה".

כתב הסמ"ע (ו) דבתשובת מיימוני כתב בזה"ל שומר שכר או שואל שאמרו מעיקרא איני מקבל אחריות עלי פטור מכלום אפילו שומר חנם לא הוה, וכתב דצ"ל דוקא בדאמר מעיקרא כן מהני בלא על מנת, משא"כ אם קיבל השמירה מעיקרא צ"ל אח"כ על מנת, והש"ך (ג) הקשה על הסמ"ע דאי אתא לאפוקי בשעת קבלת השמירה הא ליתא דהא בהדיא ברא' הנ"ל דאם אומר בשעת הקבלה איני מקבל אחריותו לא הוי אפילו ש"ח ואי אתא לאפוקי כשנסתלקו זה מזה אחר שכבר קבל השמירה פשיטא דע"מ נמי לא מהני וגם זה משמע ברא' ומה דאמרין בעלמא כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי אין ענינו לכאן.

כתב רע"א דמשמע במרדכי שכתב דפטור אפילו מפשיעה ר"ל אף במזיק ממש פטור, אולם ברש"י במנחות ק"ט (מקור הדין, ראה בגר"א) משמע בהיפך.

סעיף ה

כתב השו"ע "שומר שכר שמסר לשומר אחר נתבאר משפטו בסימן רצ"א".

סעיף ו

משנה ב"מ פ: "שמור לי ואשמור לך - שומר שכר" ובגמ' פא. "ואמאי שמירה בבעלים היא אמר רב פפא דאמר ליה שמור לי היום ואשמור לך למחר. תנו רבנן שמור לי ואשמור לך השאילני ואשאלך שמור לי ואשאלך השאילני ואשמור לך כולן נעשו שומרי שכר זה לזה ואמאי שמירה בבעלים היא אמר רב פפא דאמר ליה שמור לי היום ואשמור לך למחר" ופירש רש"י בסוף הגמ' "שמירה בבעלים היא. אשמור לי ואשמור לך קאי ששניהם במלאכתו של זה אבל השאילני כליך ואני אשאל לך כליי שמור לי ואשאלך או השאילני ואשמור לך אין כאן בעלים של חפץ במלאכתו של שומר", אולם ברמב"ם נראה (ב"י) שמפרש קושיית 'ואמאי שמירה בבעלים היא' על כל הברייתא ולכן מעמיד השאילני היום ואני אשאלך למחר, וכעין זה ברמ"ה שכתב דבהשאילני ואשאלך ושמור לי ואשאלך או השאילני ואשמור לך דהוי שמירה ושאלה בבעלים אא"כ אמר השאילני היום ואשאלך למחר וכן משמע מתשובת הרא"ש דסעי' ז (טור), וכתב הטור דאפשר שדעתו שכשמשאל וגם שאל ממנו כליו הרי הוא עמו במלאכתו לשמור לו כליו השאול ביד, אך זה ניחא בהשאילני ואשאלך, אבל שמור לי ואשאלך אין המפקיד שהוא המשאל עם הנפקד שהוא השואל אלא כליו שאול לו ואין זה נקרא בעליו עמו והשאילני ואשמור לך אין המשאל עם השואל כלל לא הוא ולא כליו, וכתב הב"י דבקושיה על שמור לי ואשאלך דאין המפקיד עמו במלאכתו יש לדחוק ולומר דכיון דכליו שאול לו הוי כאילו בעליו עמו אבל מה שהקשה בהשאילני ואשמור לך דאין המשאל עם השואל כלל לא הוא ולא כליו הא ודאי קושיא היא וצ"ע.

וז"ל **השו"ע** כלשון הרמב"ם "האומר לחבירו שמור לי ואשמור לך {ו"י"א (רמ"ה), וכן משמע ברמב"ם וכנ"ל, **סמ"ע**) דהוא הדין השאילני ואשאילך (והקשה הש"ך דלמה כתב בשם י"א שהרי גם המחבר סובר כן ממשי"כ אח"כ השאילני היום ואני אשאילך למחר נעשה ש"ש אלמא דבבת אחת הוי שמירה בבעלים, וכן מוכח מהמחבר בסע' ז' וצ"ע) { הרי זה שמירה בבעלים. אמר ליה שמור לי היום ואשמור לך למחר, השאילני היום ואני אשאילך למחר, שמור לי היום ואשאילך למחר, השאילני היום ואשמור לך למחר, כולם נעשו שומרי שכר זה לזה", **והרמ"א כרש"י** "ו"י"א [דהשאילני ואשאילך] ושמור לי ואשאילך או השאילני ואשמור לך, אפילו בחד יומא, הוי שומר שכר ולא מקרי שמירה בבעלים".

כתב **הסמ"ע** (י) ליישב הקושיות על הרמ"ה דס"ל דהא דכתיב בעליו אין עמו וכו' לאו דוקא עמו במלאכה קאמר, דא"כ לא ה"ל לקרא לסתום, אלא ר"ל בעל המשאיל אינו עם ענין השאלה דלא תלה עסקו וענין אחר בשאלה זו, אז חייב, לאפוקי כשאמר לו השאילני ואשאילך שמור לי ואשאילך השאילני ואשמור לך, שכולם מיקרי בעליו עמו, שהרי תלה השמירה או השאלה בענין אחר שאמר אשאילך בתנאי שתשמור לי או השאילני בתנאי שאשמור לך כנגדו, מיהו באומר לו השאילני היום ואשמור לך למחר, לאו עמו מיקרי, דעמו משמע מיד בשעת התחלת שאלה. **הש"ך** (ו) כתב שהעיקר בש"ס כסיעת הרמ"ה **והרמב"ם** דא"כ ל"ל לתלמודא להקשות הכי אבריייתא הא כבר קאמר הכי אמתניתין ותרתי זימני ל"ל, ולענין קושית הטור י"ל דהשאילני ואשאילך ודאי אתי כפשוטו בבת אחת דומיא דשמור לי ואשמור לך וא"כ בשעה שזה מחויב לשמור לו כלי השואל גם חברו מחויב לשמור כלי משאיל והוה שאלה בבעלים, ושמור לי ואשאילך נמי א"ש שהרי מיד שזה מקבל הכלי לשמור זה מחויב להשאיל לו הכלי נמצא שזה הכלי של משאיל הרי הוא כאלו הוא של השומר וכל היכא דאיתיה ברשותא דהשומר איתיה ובעל הכלי צריך לשומרו לו כדי להשאילו נמצא נעשה בעל הכלי שהוא המשאיל שומר, וכן בהשאילני ואשמור לך (עיין בנתיבות ג' שהאריך בדבריו בזה), **ומיירי שמשאילו אח"כ** דאלו היה מוסר לו כלי השואל מיד א"כ אינו שוב עמו במלאכתו וזה בכלל היום ולמחר מיהו בשמור לי היום ואשאילך למחר כיון דאינו חייב להעמיד לו כלי השואל עד למחר לא חל על המשאיל תורת שמירה עד למחר שהרי הכלי הוא שלו ולא הוי שמירה בבעלים. **עוד כתב דאפשר שגם רש"י וסיעתו** שפירשו דלא קאי בש"ס רק אשמור לי ואשמור לך מודו בזה לדינא רק שלא רצו לפרש הש"ס כן משום דס"ל דא"כ לא היה צריך לשנויי דמיירי בהיום ולמחר רק שא"ל שמור לי ואשאילך מיד וכן עשה באופן שלא היה מחויב המשאיל לשמור הכלי שלו בשעה שהשומר משמר, והעיר על דברי הסמ"ע שאינם נכונים.

כתב **הש"ך** (ה) דמש"כ המחבר ואשמור לך 'למחר' ה"ה ביום אחד ושעות מחולקות.

עוד כתב **הש"ך** (ז) ע"פ תשובת הר"ן דאם א"ל השאילני ואניח לך משכון הוי שואל וחייב באונסים, **ובנתיבות** (ג) הקשה דהא שמירה בבעלים הוא, וע"כ צ"ל דמיירי ששאל ואח"כ הניח לו המשכון דלא נשתעבד בשמירה בשעת מעשה.

< כתב **הקצות** (ג) **דבכל בבי שומרי שכר זה לזה בין על הפרה השאולה בין על הפרה השמורה**, דבפרה **השאולה הוי שומר שכר** בשכר שמשאיל לו הפרה ונהנה בפרה, אלא לפי שאין כל הנאה שלו דהא עבור זה שומר לו פרה לזה הוי שוכר ממש, וא"כ בפרה השאולה הוי שוכר דק"ל (ב"מ פ:): כשומר שכר, ובפרה השמורה נמי הוי שומר שכר דזהו שכרו שמשאיל בשכרו פרה, **ודלא כחוות יאיר**, עיי"ש.

< עוד חלק **הקצות** (ג) על החוות יאיר שכתב דלדברי הכל בשמור לי בשכר היום ואשמור לך בחנם למחר ונגנבה או נאבדה פרה דחנם, דלא מיקרי שכר מה שחבירו ישמור לו בשכר, דליתא דהוי שומר שכר כיון שלא נתרצה לשמור בשכר שקצץ עד שיוסיף לו בשכרו דהיינו שמירת פרתו למחר בחנם, וא"כ זה ששומר למחר בחנם עבור שכרו של זה שקיבל עליו היום לשמור בשכר זה וכיון שהיה שמירת פרתו בחנם בתנאי השכירות הו"ל שומר שכר על פרה דחנם.

[האם אומן בבעלים ונגנב או נאבד חייב לשלם שכירותו?]

כתב בתשובת **חוט המשולש** (קצות ב) בראובן שהביא לו שמעון עשרה משקלי זהב שיעשה לו מהם **אצעדה אחת** ושמעון סייע בהתכתו ונאבדה ומצד מה שנתעסק עמו במלאכה פשוט דהוי שמירה בבעלים ופטור אך משום כך פשוט **שחייב שמעון לשלם לו דמי פעולתו** דינא ודינא, **והקצות** האריך שאכן אע"ג דשמירה בבעלים פטור אפילו מפשיעה אבל שכרו מיהא מפסיד דלא גרע מעבדים ושטרות והקדשות דנשבעין ליטול שכרן כמבואר בב"מ נ"ח ובטוש"ע סימן שא/א (ראה שג"א), היינו דוקא היכא דנתן לו

שכר לשמור א"כ כל שלא שמר כראוי אפילו שאין בו דין שמירה אבל שכרו מיהא מפסיד כיון שלא עשה מלאכתו ששכרו לכך לשומרו כתורת שומר שכר, אבל אומן שנטל שכר עבור מלאכתו אלא דהוא ממילא שומר שכר כמו שוכר כיון דנהנה וכסימן שו/א א"כ כיון דעשה מלאכתו אומן ונאבד בענין שהוא פטור כגון שהיה בעלים עמו א"כ הו"ל כמו חזרה ליד בעלים וכאילו נאנס דהו"ל כמו חזרה ליד בעלים וצריכין לשלם שכר, והכא שכבר השלים המלאכה אלא שאח"כ נאבד וכיון דהוא פטור צריך לשלם השכירות, אך סיים דאכתי צ"ע דכיון דקיי"ל אין לשכירות אלא לבסוף והיינו לאחר חזרה כמבואר בתוס' ב"ק צ"ט ונהי דאונסין הוי חזרה אבל פשיעה דלא הוי חזרה נהי דפטור כיון דהשלמת המלאכה הוא עד לאחר חזרה היה לו לשומרו, ובנתיבות (א) כתב דאין שום ספק בזה דהא בב"מ נ"ח גבי בני העיר ששלחו שקליהן דאמר להפסיד שכר, אף דשם הוי שכר שליחות ולא שכר שמירה, אפ"ה מפסיד כשנגב, א"כ ה"נ מפסיד שכר אומנות, כיון דקיי"ל דשכירות אינה משתלמת רק לבסוף כשנתנו לו כמ"ש התוס' ב"ק צ"ט והרי לא גמר מלאכתו כשלא החזירו מחמת שלא שמרו מגניבה.

סעיף ז

ע"פ תשובת הרא"ש וכמעשה בב"מ פא: גבי חד שהיה רכיב פסק בשו"ע "אמר לו השאילני גלימא שלך שהיא קלה וטול שלי שהיא כבדה (והוא היה חזק יותר לנושאה עליו או שהיה רוכב גמל, סמ"ע), ובאו לסטים ונטלו האחת, הנשאת היא של בעל ראשון {דהוי ליה השאילני ואשאילך דהוי שאילה בבעלים. (מהרי"ק -) 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, והוה שומרי שכר זה לזה}."

כתב הסמ"ע (יג) על הרמ"א דאם עשה כן מעצמו ולא תלה זה בזה אפילו הרמ"ה דחולק לעיל מודה, אולם הש"ך (ט) כתב דפשט לשון הרמ"א לא משמע כן וכן במהרי"ק משמע דאין חילוק בכך אלא אפילו תלה זה בזה כיון דאין המשכון בידו א"כ אינו שומר עליו.

הלכות אומנים

סימן שו – האומנים שומרי שכר ואם קלקלו וטבח שנבל

סעיף א

כל האומנים שומרי שכר – מה הדין בקבלן או שכיר יום?

משנה ב"מ פ: "כל האומנים שומרי שכר הן". וז"ל השו"ע ע"פ הגמ' שם "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".

הסמ"ע (א) הביא לשון הטוב שכתב "כל האומנים שנותן להן לתקן בקבלנות הן כשומרי שכר להתחייב בגניבה ואבידה וזהו שכרן שמשכרין במה שנותנין להן לתקן ליטול שכרן", וכתב הסמ"ע דדוקא באומן דקבלנות קאמר דהוי ש"ש משא"כ פועל שכיר יום¹ דכיון דהשכירות שנותנין להן אינה בשביל השמירה אלא עבור המלאכה שמתקנין ועוסקין בו אלא שבהנאה שנתנו לו לתקן ולא לאחר באותה הנאה מחשב לשומר שכר והנאה כזו אינה שייכא כי אם בקבלן שמוניח אותה המלאכה בידו עד גמרו ונתנו לו שכר, משא"כ שכיר יום שהיום נותן לזה ומחר לאחר, וכל כהאי גוונא אין שייך לומר בו בהנאה שנתנו לו וכו' דהא לא נתנו לו אלא עבור שנוזמן לפניו זה והא ראייה שלמחר יתנהו לאחר,² ועוד דסתם קבלן עושה המלאכה בביתו ושייך בו שמירת הכלי מגנבים מביטו. אולם הש"ך (א) חלק ולפי מסקנת הש"ס בדף פ' משמע דאין חילוק ומש"כ הטור בקבלנות הוא לאו דווקא א"נ משום סיפא נקט ליה דאומן קונה בשבח כלי, וכ"ד הב"ח דאפילו היה שכיר יום נמי הוי אלא דמשמע מדבריו דדוקא בשכיר יום שנותנים לו המלאכה בביתו, ודעת הש"ך דאפילו עושה המלאכה אצל הבעל הבית הוי ש"ש מטעם שזהו שכר שמשכר במה שנותן לו מלאכה ליטול שכרו, ומה דמשמע חילוק הב"ח בתוס' פ' ע"ב היינו

למ"ד שוכר כש"ח אבל למאי דקי"ל שוכר כש"ש משמע להדיא מדבריהם שם דאפילו עושה מלאכה בבית בעה"ב הוי ש"ש מטעם הנ"ל. **המחנ"א (פת"ש א)** למד ברש"י דלא כש"ד דדוקא בעושה בביתו הוי ש"ש דהואיל ולהנאתו הוא אצלו גמר נפשיה לשמרו מגניבה ואבידה, דאם הוא לא ישמרנו מי ישמרנו, אבל בעושה אצל בעל הבית ואינו עומד אצלו ברשותו לאו משום הנאתו קאי שם, דבלא"ה ברשותיה דבעל הבית הוה קאי ועומד, **ואפילו ש"ח נמי לא הוי**, דהא לא סילקו הבעלים שמירתן כיון שאין האומן רשאי להביא הכלי בביתו ולתקנו שם, וסתם שמירה הוי כשמסלקים הבעלים החפץ מרשותם לרשות הנפקד.

עמש"כ הש"ך דאפילו בעושה בביתו הוי ש"ש כתב ה**נתיבות** (א) דאף דבעינן משיכה בשומרין (רצ"ה) נראה **דבשוכר הוי התחלת השימוש קנין** הן לענין חזרה הן לענין חיוב אונסין וכשאלה בסימן ש"מ דמהני התחלת שימוש דהוי כקבלת כסף, וה"נ בשוכר כיון שאין המשכיר יכול לחזור בו האי הנאה הו"ל ככסף לגבי השוכר.

עמש"כ המחבר דבטול את שלך והבא מעות דהוי ש"ח, כתב ה**ש"ך** (ב) דלא קשה מב"מ מ"ט גבי מוכר "כיון דאמרי לך שקול זוזך ולא שקלית" דלא הוי אפילו ש"ח, דהכא א"ל טול את שלך והבא מעות א"כ כיון שעדיין חייב לו מעות הוי ש"ח משא"כ התם שאינו חייב לו כלום (ועיין נתיבות ב').

כתב ה**מחנ"א (פת"ש א)** ע"פ ה**ראב"ן** השאילתות ועוד שכל שהקדים לו שכרו אינו כשומר שכן דס"ל דטעמו של אומן אינו אלא משום דתפיס ליה אאגריה, אבל כל היכא דלא שייך האי טעמא הרי זה פטור מדין ש"ש, ולא דמי לשוכר, דשוכר שאני שמשתמש בגוף הפרה ולהנאתו היא אצלו שצריך שתהא הפרה ברשותו כדי להשתמש בה, משא"כ באומן שאינו משתמש בגוף החפץ, וג"כ לא חשיב שלהנאתו עומד אצלו, דאין זה מטי ליה הנאה כשעומד ברשותו יותר משאם היה עומד ברשות בעלים והיה עושה מלאכתו אצלם, **אולם בתשובת גליא מסכת בעובדא דבעל עגלה** שקיבל שכירותו מקודם שנסע, כתב בפשיטות דגם באומן שקיבל תשלום פעולתו מקודם הוי ש"ש, משום דעיקר הטעם גבי אומן כמו גבי שוכר בההיא הנאה דשביק לאחרני ואוגיר לדידיה, וגם בתשובת **באר יצחק** כתב לדחות חילוק המחנ"א בין אומן לשוכר, וה**פת"ש** כתב דאפשר דבעובדא דגליא מסכת גס המחנ"א יודה דאף דגבי אומן כתב דאינו כשומר שכן באם הקדים לו שכרו דלא חשיב שלהנאתו עומד אצלו שהרי היה יכול לעשות המלאכה בבית בעל הבית, אבל גבי בעל עגלה שכל אומנותו להוליך הסחורה על עגלה שלו ממקום למקום וע"י זה משתכר, בודאי דחשיב שלהנאתו עומד אצלו כמו גבי שוכר ולכן הוי כש"ש גם בהקדים לו שכרו.

כתב בתשובת ה**חוט המשולש (פת"ש ססק"א)** דאם נתן כלי לאומן כדי לראות צורתו ולעשות לו כלי אחר כמותו לא אמרינן דהוי כפקדון ואינו אלא שומר חנם, כי אילו לא היה מראה לאומן הכלי לא היה יודע לעשות אחר כמותו, נמצא השכר שקיבל בעשיית הכלי הוא בשביל הכלי ההוא שנתן לו, וא"כ הוה ליה החפץ ההוא כמו החפץ עצמו שנוטל שכר על עשייתו ונמצא זה וזה שוין, והוי ש"ש כל זמן שלא הודיע האומן לבעל הכלי שכבר צייר בדעתו ציור הכלי ההוא ואינו צריך לו עוד.

< ע"פ דיוק **תלמידי הרשב"א** מרש"י כתב ה**רמ"א** "ואם אמר טול את שלך ואיני שומרו עוד פטור", וביאר ה**סמ"ע** (ד) דה**רמ"א** ר"ל דאפילו ש"ח לא הוי דהא גילה דעתו שאינו רוצה להיות בשמירתו כלל, אבל בהקדים לומר הבא מעות וטול את שלך ואיני שומרו עוד לא איירי, אלא גם בזה אמרינן דלא אמר טול את שלך ואיני שומרו עוד אלא אחר שיביא המעות וכן מוכח בנ"י, ו**בנתיבות** (ב) כתב דמטעמו משמע דאם אמר בפירוש דאינו שומרו עוד אפילו קודם שיביא המעות פטור, אך נראה דאפילו בכה"ג חייב, דדומה לתופס חפץ בשביל חובו דודאי חייב בהאי הנאה דתפיס אזוזי, כדמוכח בב"ק ל"ו בתפסו לגבות נזקיו דהוי ש"ש.

< כתב ה**דרכ"מ** ד**במרדכי** כתב באומן שקבל ספר לכתוב ממנו ופסק דהוי ש"ש וחייב בגניבה ואבידה ואם בביתו באו הגנבים וגנבוהו פטור דהא שמר כדרך השומרים ואנוס הוא, אך **צ"ע** דהא נתבאר בסימן ש"ג דש"ש חייב בגניבת אונסין, ואפשר שזהו התשובה ס"ל כמאן דפוטר לעיל.

סעיף ב

האם אומן קונה בשבח כלי? פרט דעת שו"ע והפוסקים.

מה דינו של אומן שקיבל לתקן וקילקל?

משנה ב"ק צח: "נתן לאומנין לתקן וקלקלו חייבין לשלם. נתן לחרש שידה תיבה ומגדל לתקן וקלקל חייב לשלם, 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" ו**בגמ'** "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 (ואינו חייב לשלם אלא דמי עצים, רא' בש"ך) מאי טעמא אומן קונה בשבח כלי (וזוכה במה שהשביחו, ומשום קבלנותו יוצא לו, וכשמחזירו לו הרי הוא כמוכר לו שבח שהיה לו בתוכו, רש"י בב"מ ק"י"ב), וכתב הרי"ף דמסקנת רבא בהמשך הגמ' צ"ט ע"ב דאין אומן קונה בשבח כלי ושמע מינה דליתא לרב אסי אלא חייב לשלם דמי שידה (דמיד שעשאו האומן קנאו בעה"ב ואין לאומן עליו אלא חוב בעלמא דמי שכרו, סמ"ע א'), וכ"פ הרמב"ם.

וז"ל השו"ע "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 {עיי' באבן העזר סימן כ"ח סט"ו}. הבנאי שקבל עליו לסתור הכותל ושבר האבנים או הזיק, חייב לשלם. היה סותר מצד זה ונפל מצד אחר פטור, ואם מחמת המכה חייב (טור ע"פ המשך המשנה) {". בשו"ע אבן העזר (כח,טו) כתב "אמר לה התקדשי לי בשכר מלאכה זו שאעשה עמך ועשה - אינה מקודשת (רי"ף ורמב"ם דאין אומן קונה בשבח כלי ושכירות משתלמת מתחילה ועד סוף), ויש אומרים שהיא מקודשת (ר"י והרא"ש כרב אשי דאומן קונה בשבח כלי)", והובא בסמ"ע (ו).

הש"ך (ג) האריך בפסיקות הרא' לכאן ולכאן ובראיותיהם מהאוקימתות בברייתא בהמשך הגמ' גבי 'עשה לי שירים ואקדש לך' ובקידושין מ"ח, וכתב דפשטא דסוגיה כרב אסי, והעלה לדינא דהוי ספיקא דדינא ואינו משלם אלא דמי עצים בלבד דהממע"ה, וכן האריך בדעת הרא"ש דסובר דהוא ספיקא ודלא כה"ד כה"ד בדעתו שפסק כר"י.

[מה הדין באומן שכבר פרעו לו בעל הבית השכר, האם עדיין נחשב שקונה השבח? ומה

הדין באומן שהתנדב בחינם?]

עוד כתב הש"ך (ג) בשם השל"ג הוא הדין אם נגנב או אבד הכלי ממנו לאחר שעשאו והשביחו דלרמב"ם וסיעתו יתחייב בדמי הכלי ושבו דלא קנאו בשבח ולדברי ר"י וסיעתו לא יתחייב רק בדמי עצים, וכי היכא דפליגי בהני מלאכות ה"ה לכל שאר מיני מלאכות, ופלוגתיהו הוי כשלא קבל עדיין האומן דמי שכירתו דאלו קבל דמי שכירתו ליכא למ"ד שלא יתחייב להחזיר דמי השידה שקלקל.

גם הקצות (ד) כתב דכל מה שקונה אומן בשבח אינו אלא עד דפרע לו דמי שכירותו, אבל מכי פרע דמיו שוב אין לו לאומן בשבח כלום וממילא שבחא דבעל הבית, וכמו במלוה על המשכון מכי פרע ליה זוזי דהלואה אפילו בעל כרחו שוב אין למלוה במשכון כלום, וה"ה אם התנדב האומן לתקן לו כלי בחנם דליכא דמי שכירות א"כ הרי מעולם לא קנה בשבח כלום כיון דאין לו בשבח עד שיתן לו דמיו וזה שהתנדב בחנם הרי כאילו כבר נתקבל דמיו, ואין לו כח לקדש בו אשה וכן בהזיקו חייב כיון דליכא דמי שכירות ממילא לא קנה בשבח כיון דאין לו קוח גמור אלא מקצת קנין עד שיפרע לו דמיו וזה כבר קיבל דמיו והו"ל כאומר התקבלתי, וכן אומן שמתקן בדמי שכירות ובעל הבית פורע לו דמיו אפילו בעל כרחו ממילא שבחא דבעל הבית דאין צריך קנין חדש מן האומן לבעל הבית כמו בלוה שיוכל לפרוע בעל כרחו למלוה דמי משכונו וכל זה ברור. גבי גניבה ואבידה כתב הקצות דנראה חייב אפילו אחר שקיבל דמי שכירותו דכיון דאומן דהוי שומר שכר לאו משום הנאה דתפיס ליה אאגריה אלא משום דשוכר הוי ש"ש וא"כ לעולם הוי שומר שכר אפילו אחר שקיבל שכירותו כיון דכבר קיבל הנאה מזה החפץ עד שיאמר לו טול את שלך דאז כלתה שמירתו, אבל כל זמן שלא אמר לו טול את שלך אפילו קיבל דמי שכירותו עדיין שומר שכר הוא עליו. אך כתב דאולם אפשר לומר כיון דקודם שפרעו הוי

שבחא לאומן א"כ מעולם לא נעשה שומר שכר על השבח, דהא דחייב בכלי אחר שפרעו היינו משום הנאת פרוטה דהיה לו בתחלה, אבל בשבחו דבתחלה לא נעשה שומר כיון דאפילו הזיקו פטור ואחר שפרעו כלתה הנאה זו, ומש"ה ראוי שיפטור בגניבה על השבח בין קודם שפרעו בין אחר שפרעו, אלא שהיה צריך להחזיר דמי השכירות דלענין זה נעשה שומר גם על השבח שיתחייב בגניבה ואבידה נגד דמי השכירות דהיינו להפסיד השכירות, וא"כ אפילו אחר שפרע צריך להחזיר השכירות כשנגנב או נאבד וסיים דעדיין צ"ע.

עמש"כ הקצות שבחינם בהזיקו חייב חלק התיבות (ד) דאינו חייב כשקלקל למאן דס"ל דאומן קונה, דכמו שכתב הרשב"א הנ"ל דאין דעתו של האומן להשביח אדעתיה דבעה"ב לחייב עצמו בהזיק, מכ"ש כשעושה בחנם דאין דעתו להשביח אדעתיה דלחייב עצמו, ובודאי אינו מקנה לו השבח עד שנותנו לו, רק כשעושה בשכר ונותן לו המעות קונה השבח במעות, דאפילו אם היה של האומן לגמרי היה נקנה במעות במקום דליכא חשש דנשרפו חיטיך, ועמש"כ הש"ך (והקצות) דאחר שפרע אין לאומן בשבח כלום, ביאר הטעם דבכהאי גוונא מעות קונות כיון דלא שייך כאן החשש דנשרפו חיטיך בעליה, דהא אפילו אם אומן קונה, בנאנסו חייב בשכירות, ומכ"ש כשנתן לו השכירות דא"צ להחזיר, ובגניבה ואבידה בלא"ה חייב דהאומן ש"ש הן.

האם יש הבדל בין קבלן לשכיר לענין אומן קונה בשבח כלי? האם יש משום בל תלין?

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 נימא מסייעא ליה הנותן טליתו לאומן גמרה והודיעו אפילו מכאן ועד עשרה ימים אינו עובר משום בל תלין נתנה לו בחצי היום משקעה עליו חמה עובר משום בל תלין ואי אמרת אומן קונה בשבח כלי אמאי עובר אמר רב מרי בריה דרב כהנא בגרדא דסרבלא למאי יהבה ניהליה לרכוכי היינו שבחיה לא צריכא דקא אגריה מיניה לבטושי בטשא ובטשא במעתא (לא בקבלנות עסקינן אלא בשכירות, בין ישביח ובין לא ישביח, שכרו לפי מנין בטישותיה, כך וכך בטישות בכך וכך מעות, רש"י)".

הטור בסימן של"ט פסק שעובר וז"ל "נתן טליתו לאומן לתקנה בקבלנות וגמרה כל זמן שהטלית ביד האומן אינו עובר נתנו לו אפילו בחצי היום כיון ששקעה עליו החמה עובר משום בל תלין שקבלנות היא כשכירות לפרעו בזמנו", דס"ל כר"י והרא"ש דהלכתא כרב ששת דתניא דמסייע ליה והכי אסקה רבא בב"ק צ"ט דכולי עלמא אין אומן קונה בשבח כלי והא דאוקי רב מרי להאי מתניתא דאגריה לבטושי וכו' דחייב בעלמא היא ולא סמכינן עלה, וכן ביאר כאן הסמ"ע (ו) סברתו שאין אומן קונה בשבח כלי, אולם הש"ך כאן (ג) חלק כתב דהא דפסק הטור דבקבלנות עובר משום בל תלין מיירי ביישוב הגמ' ששכרו לביטשי ביטשי במעתא (ואין זה דחייב בעלמא) דזה הוי כשכירות, אבל בקבלנות סתמא אינו עובר ואומן קונה בשבח כלי.

כתב **הקצות (ג)** דהיכא דהשביח קונה בשבחו כיון דאומן קונה בשבח כלי, ואפ"ה עובר בבל תלין כיון דשכרו בין ישביח בין לא ישביח, דדוקא היכא דשכרו להשביח א"כ אינו שכיר כלל אלא מוכר שבחו כיון דקונה בשבח כלי, אבל שכרו בין ישביח בין לא ישביח א"כ אם לא השביח ודאי עובר בבל תלין, ה"ה כשהשביח לא גרע כחו משאר שכיר ומגיע לו שכרו עבור הביטשא לא עבור השבח ועבור הביטשא עובר בבל תלין.

האם זה קנין גמור או משכון בעלמא?

למ"ד אומן קונה האם קונה בגוף הכלי או רק בשבח? ומאי נפק"מ? הבא ראיה. ומה דעת

הקצות?

כתב **הקצות (ד)** דדעת ¹ **מוהר"ש הלוי** דלמ"ד דאומן קונה וכו' היינו דע"י השבח זוכה בגוף הכלי להיות כשלו כיון שנתהפך חומר הכלי אל הצורה אשר נתן ולכן קונה בגוף הכלי והוכיח כן מתוס' גבי הנותן כסף לגוי לתקן לו כלי שא"צ טבילה, ואם לא היה לו זכות אלא בשבחו ולא בגוף הכלי ומהיכי תיתי דחייב טבילה אפילו למאן דאמר אומן קונה כיון דלא קנה גוף הכלי, ועוד דהלשון הכי מוכח אומן קונה

בשבח כלי כלומר קנה הכלי עם השבח, ואילו היה קונה השבח היה לו לומר קונה שבח הכלי או אומן קונה בשבח הכלי.² דעת תה"ד דאומן אינו קונה אלא בשבח ולא בגוף הכלי.³ והקצות כתב בתחילה דיש להתבונן בהאי קנין אם קנין ממש וכשלו הוא מאי אית ליה לבעל הבית בהאי שבחא והיכא דשבח שוה יותר מדמי שכירות היכי מסלק ליה בעל הבית בפחות מדמיו, ואי משום דכבר קנה ממנו בעל הבית בפסיקה שפסק לו עבור השבח, הא הו"ל דבר שלא בא לעולם ואיך חוזר וקונה בעל הבית שבחא דאומן אם האומן אינו רוצה ליתן לו שבחו בדמי שכירות כיון דלא קנה מיד האומן, ועוד דהו"ל דבר שלא בא לעולם, והעלה דיש לדמותו לבע"ח דקונה משכון לקדושי אשה והלוחה יכול לסלקו בעל כרחו ותו לית ליה במשכון ולא מידי, וה"ה ה"נ בשבח הכלי עד שיסלק לו דמי שכירות אית ליה קנין לקדושי אשה ולנזקין דהיינו אם הזיק אין לו לשלם בעד השבח, ובזה עדיף מבע"ח דמלוחה שקונה משכון אינו אלא כדי חובו ואם המשכון שוה יותר והזיקו צריך לשלם המותר, וא"כ האי שבחא דבעל הבית הוא והא דאומן קונה בשבח כלי אינו קנין גמור להיות כשלו ממש אלא קצת קנין הוא דאית ליה בגויה לקדושי אשה, כמו בע"ח דקונה משכון לקדושי אשה ובזה עדיף מבע"ח, דמלוחה שקונה משכון אינו אלא כדי חובו ואם המשכון שוה יותר והזיקו צריך לשלם המותר, אבל אומן בשבח כלי קונה לנזקין אפילו עלה שבחו יותר מדמי שכירות, והאריך ללמוד כן ברמב"ן ריטב"א ור"ן.⁴ דעת הנתיבות בשם הרשב"א דאם לא נתקלקל שבחא דבעה"ב כיון שהשביח אדעתיה דהבעה"ב, רק לענין אם קלקל אמרינן אומן קונה מטעם דאין דעתו של אומן להקנות לבעה"ב כדי לחייב עצמו וכן לענין שיהיה קונה כנגד דמי השכירות, ר"ל, קנין שעבוד כמו במשכנו שלא בשעת הלואה דאי קונה קנין גמור כנגד דמי השכירות, קשה דא"כ אם נאנס הכלי יפטר מליתן דמי שכירותו דשל האומן נאנס עיי"ש.

ראובן מסר לחייט בד כדי לתפור ממנו חליפה החייט דרש סכום של 2000 ל"י עבור העבודה. לאחר שסיים את עבודתו דרש תוספת של 1000 ל"י בטענה שהמחירים עלו. ראובן סרב לשלם את התוספת למרות העובדה שהמחיר עלה בשיעור זה, בטענה כי סיכמו על מחיר נמוך יותר, כתוצאה מכך סרב החייט למסור לראובן את החליפה. הצדק עם מי? הסבר.

כתב החכמת שלמה דאם אומן קונה בשבח כלי הוא רק השבח או גוף הכלי – נפק"מ אם הוקר או הוזל כמה משלם בעד גוף הדבר.

< כתב רע"א ע"פ הרא"ש דאם אמר לאומן עשה כלי כך וכך ואקחנו ממך למחר והוא עשה אותו וחזר זה מליקח אותו חייב לשלם לאומן כל ההפסד מדיני דגרמי.

< עוד דן הקצות (ב) בתשובת הרא"ש שכתב גבי הנותן טבלא לאומן לצייר בה ציורין ששוחקין עליו באיסקונדרי ואסרה על הבעלים אחר שציירה קודם שפרע לו שכרו, וכתב דקיי"ל אין אומן קונה בשבח כלי הרי אין לו בגוף כלום אלא שכר הוא דמחייב עלה בעל הכלי ואין לו כח לאסור הכלי, ואפילו אם היה האומן קונה בשבח כלי, היינו היכא שיש ממשות בשבח כגון שנותן לו עצים ותיקן כלי אבל הכא לא עשה אומן אלא ציירה בסימנין אין בזה ממש דאיבעיא לן בב"ק ק"א אם יש שבח סימנין על גבי צמר או לא כגון אם צבע קוף צמרו של ראובן בסימנין של שמעון ולא איפשטא האיבעיא ואינו חייב לשלם נמצא שלא קנה הצייר בצבע כלום, והקשה הקצות דהרי מפורש בסוגיה בב"ק צ"ט דאפילו בצבע אמרינן אומן קונה בשבח כלי (אמר שמואל הכא במאי עסקין כגון דצמר וסימנין דבעל הבית וצבע אגר ידיה הוא דשקלי עיי"ש) זולת אם הסימנין הם של בעל הבית, ותיירץ הקצות דכונת הרא"ש היא כיון דבצבע הקוף אפילו בסמנין דחבריה לא מצי אמר סימנאי גבך, לא עדיף האומן, דהא אין האומן קונה רק שבח הכלי ולא הכלי, ולא עדיף מצבעו קוף, ואין לו אלא מה שההנהו אבל אין לו בשבח, כיון דאין לו אלא חזותא כמאן דליתנייהו ואין לו מה לאסור, דאפילו צבע דאיסור ערלה אי לאו דגלי קרא לא היה אסור, והדר מקשה הרא"ש הא עכ"פ סמנין דידיה נינהו ויכול לגורדן ויכול לאוסרן, ולזה תירץ דאם יגרדנו אין בו ממש, ותירץ ב' תירץ הרא"ש, כיון דאינו קונה אינו יכול לגורדו, והא שהקשה הרא"ש דיכול לגורדו, הא אפילו צבע דאיסור מותר אם לאו דגלי קרא, לזה תירץ דמ"מ מדרבנן אסור חזותא, ועוד, דאיבעיא דלא איפשטא הוא ביש שבח סמנין ע"ג הצמר, ולזה כתב הרא"ש דכיון דלא איפשטא ספק ממון הוא ואין לו בצבע כלום ואין לו כח לאסור, וגוף הצבע כשיגרדנו אין בו ממש, והנתיבות (ג) תמה עלינו דהא כל שהאומן קונה בשבח כלי אפילו השבח הוא ע"י דבר שאין בו ממש גמור, כגון שנתן לו בגד לרכוכי, קונה בכלי בערך השבח שנשבת, כגון שמקודם היה שוה מנה וע"י השבח שוה

ק"ן, יש לו שליש בכלי, ואין הצבע בלבד שלו רק שקונה שיעור שבח בכלי, דהא בנתן לו כלי לרכוכי אמר בש"ס אומן קונה, ושם אי אפשר לקנות הריכוך רק בגוף הכלי קונה שיעור שבחא, וכיון שיש לו חלק בגוף הכלי שליש או רביע, מהיכא תיתי לא היה יכול לאסור חלקו כמו בשותפין, ועוד, דלדבריו אם קלקל מהיכא תיתי יתחייב לשלם לו שיעור צמרו ושבחו, הא אין שבח סמנין, לימא ליה חזותא בעלמא אזקתיד. אלא כונת הרא"ש דס"ל כרשב"א דאף למ"ד אומן קונה מ"מ כשלא קלקל שבחא דבעה"ב הוא דהא אדעתא דהבעה"ב אשבח ולא אמרו אומן קונה רק לענין אם הזיקו, שאין דעתו של האומן להשביח לצורך בעל הכלי לחייב עצמו בתשלומי נזקו, ולענין שיש לו קנין על גוף השכירות, ולפי"ז בודאי דאין יכול האומן לאוסרו על הבעה"ב כשפורע לו, דכל זמן שלא קלקל שבחא דבעה"ב הוא, רק שהיה קשה לרא"ש כיון דע"כ מיירי שהסמנין של האומן במה נקנו להבעה"ב ובמה יצאו גוף הסמנין מרשותו, ועדיין של האומן הן, דאפילו מאן דס"ל אין אומן קונה, היינו דוקא בשבח שנשבח הכלי של הבעה"ב, אבל ודאי אם הוסיף האומן נופך משלו לא נקנה להבעה"ב, דהא אין אדם זוכה בשלו לאחר רק במזכה ע"י אחר, ואפילו אם מקנה לו במה קנה הא כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה, וע"ז תירץ דהצבע דבר שאין בו ממש הוא ויצא מרשותו וזכה בו בעל הכלי. [עוד כתב הקצות דיש לעיין לדין דאין אומן קונה בשבח כלי אין האומן יכול לאסור שבחא, כיון דאומן אינו קונה, ולא מצי אסר לשבחא אפילו אחר שנעשה שבחא קודם שעשה לומר קונם על מעשה ידיו לאחר שיעשה כיון דלאחר שנעשה לאו דידיה הוא והאריך לדון בזה בנדרים פ"ה גבי 'קונם שאני עושה לפיך' עיי"ש, ולדעת ר"י הסובר שאומן קונה בשבח כלי מש"ה חיל נמי קונם במעשה ידיה אחר שתעשה דכה"ג הו"ל דבר שיש בו ממש דאוסרת את גוף מעשה ידיה לאחר שתעשה, עיי"ש].

לסוברים שקונה אומן בשבח כלי, האם גם בהשביח קרקע שייך לומר שאומן קונה בשבח?

כתב ה**נתיבות** סס"ד דבקרקע כהאי גוונא ששכרו לבנות בית וקלקלו אחר שהשביח, יש לומר בו אומן קונה בשבח הקרקע, דגם בקרקע בעינן שהאומן יקנה לו השבח, דהא כתב הסמ"ע סימן שע"ה ס"ק י"ד הטעם דאין יכול לומר בנייני אני נוטל משום דאדעתא דהכי בנאו ולפי"ז שייך ג"כ הטעם שכתב הרשב"א בהא דאומן קונה בשבח כלי, שאין דעתו להקנות לבעלים שיתחייב בנזקין, אך הקשה מב"ק כ' דאמרינן שצריך ליתן שכר משום דהוי זה נהנה וזה חסר משום שחרוריתא דאשייתא ואי נימא דאומן קונה הלא בדידיה קמזיק, ויישב דכיון דצריך לשלם לו ויהיה שלו ולא ינוכה לו החסרון דשחרוריתא דאשייתא, נחשב לזה חסר מעט משלו.

למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי האם יש אומן שקונה בשבח כלי לכו"ע?

כתב בשו"ת **טוב טעם ודעת** (קמא, ריש סי' קפא, הובא כאן באוצר התשובות של מכון מאור החושן) שאף לפי הפוסקים שאין האומן קונה בשבח כלי היינו דוקא באופן שלא עשה דבר מחודש לגמרי וכגון שגוף העץ או האבן היה מעיקרא אלא שהאומן מצייר בו ציור כלי וכדומה אבל באופן שנעשה בריה **חדשה לגמרי** וכגון שהאומן עושה מכמה מיני חול זכוכית שהוא דבר חדש לגמרי כ"ע מודים שהאומן קונה בשבח כלי.

סעיף ג

מה הדין אם נתן לנגר עצים לעשות ריהוט טוב ועשה ריהוט גרוע, האם יכול לדרוש את העצים כמו שנתן לו?

אומן ששינה ממה שציווהו בעל החפץ, ועשה דבר אחר או צבע בצבע אחר האם חייב בעל החפץ לשלם לאומן?

מה הדין בנתן עצים לאומן לעשות כסא ועשה ספסל? האם אומרים בזה דין יורד לשדה חבירו ומדוע?

משנה ב"ק ק: "נתן צמר לצבע והקדיחתו יורה נותן לו דמי צמרו (דלא היה בו שבח מעולם). צבעו כעור - אם השבח יתר על היציאה נותן לו את היציאה ואם היציאה יתר על השבח נותן לו את השבח. לצבוע

לו אדום וצבעו שחור שחור וצבעו אדום רבי מאיר אומר נותן לו דמי צמרו, רבי יהודה אומר אם השבח יתר על היציאה נותן לו את היציאה ואם היציאה יתר על השבח נותן לו את השבח".

פירש רש"י "צבעו כעור. בגמרא מפרש שצבעו בשיווי צבע ומזיק בכוונה הוא לפיכך ידו על התחתונה לדברי הכל. ואם השבח. שהשביח הצמר יתר על היציאה של צבע. נותן לו. לצבע את היציאה ולא שכר שלם ומקבל צמרו ודמי צמרו לא אמרינן דנתיב דליקני איהו שבחא דצמר דהא בצבע שהתנה עמו צבע וליכא שינויא דנקניה. לצבוע לו אדום וכו'. קנייה בשיווי לרבי מאיר ולא יהיב ליה אלא דמי צמרו אבל לא דמי שבחו או זה יתן שכרו משלם ויקח הצמר. רבי יהודה אומר וכו'. דקניס ליה להאי דשינה להיות ידו על התחתונה ולא נתהני משבחא ואגרא נמי כוליה לא ישקול אלא יציאה ואם יציאה יתירה על השבח יתן לו את השבח שהשביח את הצמר ואם ירצה לתת את שכרו שלם ששבח יתר על השכר יתן שכרו". **הב"י כתב שהרמב"ם בפייהמ"ש פירש כרש"י** (ועל דרך שמפרשין במי שיוורד לשדה חבירו שלא ברשות דידו על התחתונה, סמ"ע) אלא שהרמב"ם אינו מחשב שכר טרחו (סמ"ע: דוגמא לפירושם - אם הבעה"ב נתן לצבע צמר שוה י" דינרים והצבע הוציא בסמנין ובשאר הוצאה י" דינרין, אם הצמר כמו שהוא צבוע שוה יותר מעשרים, היינו שבח יתר על ההוצאה, ונותן לצבע ההוצאה דהיינו י" דינרים, ואם הוא שוה י"ח דינרין אינו נותן לצבע אלא השבח דהיינו ח' דינרין) **התוס' הביאו בשם ר"י ע"פ הירוש' פירוש אחר ובקצרה בטור** ע"פ הרא"ש "כיצד נתן לו צמר וסמנין שוין י" וקצב לו שכר י" ואילו צבעו כמו שאמר לו היה שוה כ"ה אין לו לצבע כלום אלא כ"ה שוה יותר מט"ו שאותן ה' דינרין שהיה משביח הן בכלל הקרן לפיכך אם השבח יתר על היציאה כגון שהשביח בין הכל כ"ו נותן לו עשרה דהיינו הוצאה ואם היציאה יתר על השבח כגון שאינו שוה אלא כ"ד נותן לו השבח דהיינו ט' ואם אינו שוה אלא ט"ו לא יתן לו כלום" והא דלא אמרינן הכי ביורד לשדה חבירו שלא ברשות י"ל דגבי אומן שאני דכיון דנותן לו לצבוע כל מה שהוא עתיד להשביח חשוב כאילו כבר השביח ואומן שפשע ושינה חייב לשלם לו הכל. **הב"י** כתב שהעיקר כרמב"ם ד"ל דאי תלמודא דידן הוה מפרש כדברי הירושלמי לא הוי שתיק מלפרושי הכי ומדמסתם לה סתומיה משמע דס"ל לפרושי מתניתין כפשטה ועוד דהתוס' עצמם מגממו על פירושם, אולם **הדרכ"מ** כתב דאין בנו כח לחלוק ולומר דהירושלמי חולק על גמרא שלנו אלא יש לנו לפרש דברי התלמוד שלנו כדברי הירושלמי ולא לעשות מחלוקת במקום שאין צורך.

ב"ק קא. "תנו רבנן הנותן עצים לחרש לעשות מהן כסא ועשה מהן ספסל ועשה מהן כסא ר' מאיר אומר נותן לו דמי עציו רבי יהודה אומר אם השבח יתר על היציאה נותן לו את היציאה ואם היציאה יתירה על השבח נותן לו את השבח 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".

וז"ל השו"ע כרבי יהודה וכלשון הרמב"ם "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 { (ע"פ הירוש' והתוס' -) ומה שהיה ראוי להשביח אילו לא שינה הוא בכלל הקרן וחשבינן השבח [וההוצאה] בלא זה }".

כתב **הש"ך** (ד) ארישא גבי הקדיחתו וכו' נתן צמר כו' דנותן לו דמי צמרו מבואר בדף צ"ט דדוקא שהקדיחתו יורה קודם שנפל בו הצבע אבל לאחר נפילה שהשביח נותן לו דמי צמרו למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי, ובתי"ט ולח"מ תמהו שלא פירשו הפוסקים כן דהא ס"ל אין אומן קונה בשבח כלי ואין זה קושיא דלשון הפוסקים לשון המשנה. כתב **הנתיבות** (ה) דא"כ לפי מש"כ הש"ך בסק"ג הוי ספיקא דדינא ואינו נותן לו רק דמי צמרו, אמנם זה דוקא כשהסמנין של פועל, אבל אם הצמר והסמנין הן של בעה"ב וצבע אגר ידיה הוא דשקיל, לכ"ע אין האומן קונה בשבח כלי.

הסמ"ע (ט) כתב דאינו מנכה לו החמשה זהובים שראוי היה להרויח רק מהשכר המגיע לאומן בעד שכר האומנות ולא מהסמנין ושיעור השכר שמגיע לפי שומת שכיר יום שזה בכלל קרן שיש לאומן (נתיבות), ועוד כתב לתמוה על לשון הרמ"א דה"ל למימר בלשון יש אומרים כיון דיש ביניהם נ"מ לדינא, דלרמב"ם ורש"י משמע בפשיטות דאם הוציא האומן הוצאה משלו נוטל כשיעור הוצאתו או שבחו אף דלא ישאר לבעל הבית שיעור שבח הראוי, משא"כ לרא"ש והטור וצ"ע. **הש"ך** (ה) כתב שאין זה קושיא על הרמ"א מכיון דאין בדברי הרמב"ם והמחבר הכרח כ"כ לכך כתב הרמ"א בסתם וכן דרכו

בכמה מקומות מיהו לענין דינא עיקר כמו שפסק הב"י כפירש"י והרמב"ם דהרי אף מהירושלמי לא נדחה פירושם ואדרבה נראה דווקא כשיטתם עיי"ש שהאריך בזה, ועוד חלק על הסמ"ע ודעת רש"י דאין נותן לו שכרו משלם דשכירותו לעולם לא שקיל ולמד כן מלשון המשנה (עיי"ש) ולכך גם הרמב"ם והמחבר שלא כתבו אלא כלשון המשנה משמע ג"כ מדבריהם דלעולם אינו משלם לו אלא יציאה אבל לא שכירתו אף שהשבח יותר מן השכירות, ואפשר לומר דרש"י מיירי כשאין ידוע מה שהיה ראוי להשביח ומודה להירושלמי, ושכר טרחו של כל יום צריך ליתן דזהו בכלל ההוצאה מדכתבו נותן לו היציאה ולא שכר שלם, וסיים – "העולה מזה" נתן לאומן לצבוע אדום וצבעו שחור אם השבח יותר מן ההוצאה נותן לו ההוצאה דהיינו דמי עצים וסמנן ושכר טרחו כשאר שכיר יום ולא שכרו משלם שפסק עמו בקבלנות ואין מנכה לו מן ההוצאה השבח שהיה ראוי להשביח יותר אך משכירותו שפסק עמו מנכה לו ואם השביח עכשיו כפי מה שהיה ראוי להשביח צריך לשלם לו כל שכירותו שפסק לו אף שהוא יותר מן ההוצאה ואם ההוצאה יתירה על השבח אינו משלם לו אלא שעור שבח, וכן מי ששלח את חבירו ליקח חטין מטבריה ולקח מצפורי מנכה לו מה שהיו נותנים יותר בטבריה משכירותו שפסק עמו אבל אינו מנכה לו משכירותו שהיה מגיע לו כשכיר יום אם יש לו ריוח כל כך".

הנתיבות (ו) הסכים עם הסמ"ע וחלק על הש"ך והכריע דמחויב הפועל לשלם לו מה שהיה יכול להרויח כיון שהיה בידו וסמך עליו ודמי להא דאם אוביר ולא אעביד השדה המבואר בש"ס, וכמ"ש הראב"ד (עיי"ש) דאם נתן לו יין להוליך על יום השוק ולא הוליך דחייב לשלם לו פסידא דשוקא, ומכ"ש הכא בצבעו שחור דהוי פסידא דלא הדר השבח שהיה יכול להרויח, דהא כבר אי אפשר לו לצבוע אדום ולהרויח, וצ"ל דמשלם הפועל אף מביתו אף דליכא עכשיו שום שבח בצמר כשצבעו שחור וכסימן שכו"ב בלזרעה חטין וזרעה שעורין דאם עשתה פחות ממה שראויה לעשות שמשלם לו כפי מה שראויה לעשות, א"י דבסימן שכו"ב יש לו זמן קבוע ואילו הובירו בזמן ההוא היה חייב לשלם ולכך כשזרעה מין אחר גם כן חייב לשלם, משא"כ הכא בלצבעו אדום שלא קבע לו זמן, ואי לא היה צובעו כלל בזמן ההוא לא היה חייב לשלם מכיסו כיון דעדיין יכול ליקח הצמר ולצבוע אדום ולהרויח בזה, לכך גם בצבעו שחור צמר זה אינו משלם מביתו כיון דאפשר להשלים עוד הריח ע"י צביעת צמר אחר מחדש, ולא דמי כל כך להא דאם אוביר, ומ"מ מנכה לו משכרו, ואין הפועל נוטל שבח עד שנוטל מקודם הבעה"ב מה שהיה יכול להרויח בצביעת אדום, כיון דמ"מ לא דמי לשאר יורד שלא ברשות, דבשאר יורד שלא ברשות יש לבעה"ב שבח, משו"ה צריך ליתן לפועל עכ"פ ההוצאה שיעור שבח, משא"כ הכא דע"י השבח שהשביח הפועל הצמר בצביעת שחור לא השביח כלל לבעה"ב, דהא אדרבה הפסידו דהא כשלא היה צבוע שחור היה יכול לצבוע אדום ולהרויח ה' זהובים, נמצא דהצביעת שחור אינו שבח לבעה"ב רק הפסד לבעה"ב, ולכך הדין נותן שאין הפועל נוטל שבח רק כשיש מותר שבח בצמר יותר ממה שהיה יכול להרויח הבעה"ב מה' זהובים, אז נקרא שבח ונוטל הפועל, ולפי"ז אף מהסמנים של צביעת שחור מנכה ה' זהובים שהיה יכול להרויח כמ"ש הסמ"ע, דהסמנים של צביעת שחור הוציא הפועל שלא מדעת בעל הבית ואין הפועל נוטל מהוצאה רק שיעור שבח, והשבח החמשה זהובים לא נקרא שבח לבעה"ב.

האם יכול בעל החפץ לומר לאומן תן לי דמי המוצר או האם האומן יכול לומר לבעל הבית טול דמי החפץ, אם לא רוצה לקחת, האם חייב לשלם?

המשיך השו"ע בסיפא ע"פ הרמב"ם "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 עצצך ולך, אין שומעין לו, שאין האומן קונה בשבח כלי שעשה".

כתב הש"ך (ו) דכתב מהרש"ל דע"כ איירי היכא דליכא שבחא כלל ואינו שוה דמים הראשונים דאי איירי בדאיכא שבחא אין שייך לומר אין שומעין ימכור והבגד ויקח המותר לעצמו, או מאי דעתו של זה, אלא מיירי דליכא ריוח כלל ואף לא הגיע לדמיו, ועוד פסק כראב"ד ששומעין לו, והש"ך חלק דהא אדלעיל אם השבח יותר על הוצאה או הוצאה יתירה על השבח קאי אלמא דאיכא שבחא אלא ודאי מיירי כפשוטו דאיכא שבחא רק שהבע"ה אינו רוצה להטריח ולמכור וחפץ דמי צמרו במעות מזומנים אין שומעין לו, ועוד דעיקר כרמב"ם בש"ס דטעמא דרבי יהודה שינוי אינו קונה וא"כ למה יתחייב לתת לו דמי צמרו הא הצמר של בעה"ב היא בשלמא הא דאם השבח יתר על ההוצאה תקנו רבנן לתועלתו של בעה"ב דכיון שהצמר הוא של בעל הבית והאומן רוצה להוציא ממנו תקנו שידו על התחתונה והבע"ה משלם לו הפחות שביניהם הואיל ושינה אבל שיוציא הבעה"ב מעות מן האומן אין

לזה טעם כלל שהרי הצמר של הבע"ה דשינוי אינו קונה ואיך יעלה על הדעת שהאומן יתחייב ליתן לו מעות בעד הצמר. **הקצות** (ו) כתב דיש ליישב דהראב"ד ס"ל כיון דלא עשו תקנה זו לטובת שניהם א"כ הו"ל כמו בשדה שאינו עשוי ליטע דאומר לו טול עציך ואבניך אע"ג דגבי קרקע לא שייך שינוי קונה, והרמב"ם לא אתי עלה אלא משום תקנה, ודברי הרמב"ם ברורים דקאי בעבר על דעת בעל הכלי ואיכא נמי שבחא אלא דבעל הכלי אינו רוצה ליתן לו היציאה או שבח. **הנתיבות** (ז) פירש בכוונת הראב"ד דודאי אין בעה"ב יכול לתבוע כל המעות, רק שהבעה"ב יכול לומר לו למה אתן לך השבח בדמים אהיה שותף עמך ויהיה לך חלק בהצמר כפי שיעור שבחך, וא"כ יכול לטעון גוד או איגוד, ומהיכא תיתי אקנה ממך שאתן לך חלקך במעות, תן לי דמי צמרי וקנה ממני חלקי בצמר ותן לי מעות, ואפשר דגם הרמב"ם מודה בזה.

סעיפים ד – ה

נתן בהמה לטבח וניבלה, מה הדין בודאי ובספק?

ב"ק צט: "אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן טבח אומן שקלקל חייב לשלם ואפילו הוא אומן כטבחי צפורי, ומי אמר רבי יוחנן הכי והאמר רבה בר בר חנה עובדא הוה קמיה דרבי יוחנן בכנישתא דמעון ואמר ליה זיל אייתי ראייה דממחית לתרנגולי ואפטרך, לא קשיא כאן בחנם כאן בשכר, מיתבי המוליד חטים לטחון ולא לתתן ועשאן סובין או מורסן קמח לנחתום ועשאו פת ניפולין בהמה לטבח ונבלה חייב מפני שהוא כנושא שכר, אימא מפני שהוא נושא שכר".

וז"ל השו"ע "המוליד חטים לטחון ולא לתתן, ועשאן סובין או מורסן, נתן קמח לנחתום ועשאו פת ניפולין (נשבר ונופל כשאוחזין בו), בהמה לטבח וניבלה, בשכר, חייבים לשלם דמיהם, ואם שחט בחנם, אם היה טבח מומחה פטור (דכיון שהוא מומחה ואינו רגיל לבוא מכשול זה לידו, אמרינן דמזל דבעל הבהמה גרם לו שבא מכשול זה לידו, אבל שחטו בשכר חייב דה"ל ליזהר טפי, סמ"ע), ואם אינו מומחה חייב } והטבחים שלוקחין הכרכשאות מן הכשרות, מקרי שכר, ואם נבלו חייבים לשלם (טור), ואע"פ שאין לוקחין כלום מן הטריפה, כיון שאם לא היתה נטרפה היה נוטל נמצא זה שכרו, ועוד הכרכשאות שנותנים לו מן הכשירות הן הן שכרו גם על הטריפות, סמ"ע בשמו, וכתב הש"ך דמטעם השני הוי ש"ש גם על התרנגולים)".

כתב **הקצות** (ז) דנשאר השל"ג בצ"ע מאי "בחנם" הא יש שכר ברכה י' זהובים, ובמעדני מלך כתב בטעמא דלא חשיב הברכה לשכירות כיון דניבלה אין לו שכר ברכה ואע"ג דק"ל דהיכא דנוטל שכר רק על הכשרות נמי הוי שומר שכר, לא דמי דהתם כשנטרפה אין לו שכר אבל הפסד אין לו וכיון כשניבלה הפסד הוא לו שמוציא שם שמים לבטלה ואף דאנוס הוא לגבי שמים חשבינן ליה כפושע, והקצות הביא ראייה דלא נחשב שכר וקושיא ליתא דהא בשומר אבידה דפליגי בה רבה ורב יוסף (ב"ק נו) וטעמא דרב יוסף משום דמרויח פרוטה לעני, ותיפוק ליה דמצוה לחודיה בלא ברכה נמי הוי י' זהובים וכבר נתקיים מצותו כהוגן בשעה שהגביה האבידה ונטלו תוך ביתו והרי הוא עשרה זהובים, אלא ודאי דאין זה שכר לשומר שכר ומשום דמצות לאו ליהנות ניתנו, ומהאי טעמא מכסין בעפר איסור הנאה (חולין פט).

למד ה"ה בב"ק שם (דפטור ב"מגרומתא" כלומר ששחט מתוך אחת הטבעות והגרים חוץ בין טבעת לטבעת ושייר מלא החוט על פני רובה וריב"י מכשר ליה במלא החוט על פני רובה ורבנן בעו על פני כולה) וכ"פ בשו"ע (ה) "במה דברים אמורים, שניבלה בוודאי, אבל אם עשה בה טרפות הפוסלה מספק, כגון ששהה במיעוט סימנים, פטור, (תשובת הרשב"א -) וכן אם מצא הסכין פגום, והוא בדקו תחלה, כיון דאיכא למימר בעצם המפרקת נפגמה, לענין ממון לא מפקינן מספק (משא"כ אם נפגמה בעור הבהמה קודם שחיטה פושע הוא, דאילו הוה סכינא טוב לא היה נפגם דסכין טוב אינו נפגם מעור הבהמה, סמ"ע) } אע"ג דאנו נוהגין לאסרו, אפילו הכי פטור מממון, וכן נראה לי (גם דעת המחבר כן מדכתב לענין ממון לא מפקינן מספק משמע אע"ג דלענין איסור אסרינן ליה מספק, סמ"ע וראה לקמן), ואף על פי שיש מי שחולק (תה"ד), (רא"ש -) ומכל מקום שכרו הפסיד דדילמא בסכין פגום שחט".

עמש"כ המחבר דלענין ממון לא מפקינן מספק, הקשה הסמ"ע (טז) דהא כתב הרמ"א בסימן רלב"ב דאפילו טריפה שאנו אוסרינן מספק מבטל המקח ואין המוכר יכול לומר אייתי ראייה דטריפה

הוה, ותירץ דשאני התם דלא מיקרי הפקעת ממון כל כך מה שמחזיר המוכר ללוקח מעותיו שקיבל ממנו בעד הבהמה וחוזר ולוקח מהלוקח בהמתו, משא"כ כאן דהטבח ישלם דמי הבהמה מכיסו, והש"ך (ט) כתב דתירוצו דחוק דסוף סוף מפקינן מיניה ממון אלא דמעיקרא אין התחלה לקושיא זו דהתם כיון דאפילו מספק פרשי אינשי אין לך מום גדול מזה ויכול לומר אילו הייתי יודע שהוא ספק טרפה לא הייתי לוקח ונמצא המקח בטל והדמים חוזרים וכן מבואר ברמב"ן ועוד רא'.
הש"ך (י) חלק על הרמ"א והסכים עם תה"ד דודאי כל היכא דנהגינן לאוסרו אע"ג דאינו אלא מכח חומרא כיון שהוא מפורש בהדיא בהלכות שחיטה שביד השוחטים חייב לשלם ואין טעם לפוטרו שהרי ידע שאם נעשה קלקול זה תיאסר השחיטה וה"ל לזהר בכה"ג וממש"כ הטור דחיישינן שמא בעור נפגמה לא מפקינן ממון מספק אין ראיה דפטור דשאני התם דאין שייך לומר כלל דה"ל לאסוקי אדעתיה וגם ממש"כ ה"ה והמחבר בשהה במיעוט סימנים פטור נמי אין ראיה דאפשר דמיירי היכא דאין מבואר בהלכות שחיטה דשהה במיעוט סימנים פסולה וכן משמע במחבר ביו"ד דאינו מטריף אלא בשהה בשחיטה מיעוט אחרון של סימן ראשון, משא"כ לדידן דמטרפינן שהייה בכל שהוא בין במיעוט קמא בין במיעוט בתרא והוא דבר פשוט ומבואר אצל כל השוחטים הלומדים ופשיטא דהשוחט חייב דה"ל לאסוקי אדעתיה כמש"כ תה"ד, ואין ראיה מדברי המחבר והטור כמש"כ הסמ"ע. **הקצות (י)** כתב להכריע דאם עשה קלקול בשוגג בשהייה כל דהו דהו"ל היזק שאינו ניכר דפטור בשוגג דכל שהוא מצד חומרא יתירא פטור דשהייה כל דהו שאנו מחמירין אינו אלא לאכילה אבל השחיטה כשרה להוציא מידי נבילה, אבל אם עשה קלקול בחומרא יתירא שאנו מחמירין בהגרמה ועיקור הו"ל היזק ניכר וא"כ אפילו מצד חומרא יתירא חייב דהו"ל לזהר וכדברי תה"ד, והביא (ט) שכתב הרמב"ן דהיכא שלא שחט כראוי השחיטה עצמה היא ההיזק שאין זו שחיטה אלא כמתיו ראשה בסייף. **הנתיבות (ח) חלק עמש"כ הקצות** דבשהה במיעוט סימנים פטור מטעם היזק שאינו ניכר, דהא ודאי אם היתה מדאורי פסולה השחיטה שהיתה מקפדת התורה בכך, ודאי דהוה כמתיו ראשו בסייף, וה"נ כשהוא מדרבנן, דכל דתיקון רבנן כעין דאורי תקון, ואפילו הוא מחומרת הגאונים כאיסור דרבנן דמי, ועוד דדמי לדין שאסר את המותר דחייב לשלם מטעם כדי שידקדק, אך כתב (ט) דהש"ך יודה שפטור בבדק שניתק סירכות כדי להכשיר הבהמה ומחמת זה נטרף, דהא היזק שאינו ניכר הוא, דבשלמא בשחיטה כיון דלא שחט כראוי הוי השחיטה היזק ניכר, משא"כ בבדיקה אחר שכבר נשחטה הבהמה היזק שאינו ניכר.

סעיף ו

מה הדין במראה דינר לשולחני וטעה?

נתן דולרים לבדיקה ואמר לו טובים הם, ונמצאו מזוייפים, מה הדין?

מזיק לחבירו בעצה מה דינו?

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 (שולחנין אומנין היו, רש"י) דלא צריכי למיגמר כלל אלא במאי טעו טעו בסיכתא חדתא דההיא שעתא דנפק מתותי סיכתא (שנפסל המטבע והעמידו צורה אחרת ועדיין לא היו בקיאים בה, רש"י). ההיא איתתא דאחזיא דינרא לרבי חייא אמר לה מעליא הוא למחר אתאי לקמיה ואמרה ליה אחזיתיה ואמרו לי בישא הוא ולא קא נפיק לי אמר ליה לרב זיל חלפיה ניהלה וכתוב אפנקסי דין עסק ביש (סחורה רעה היא שעל עסקי חנם אני מפסיד שלא היה לי לראותה, רש"י) ומאי שנא דנכו ואיסור דפטורי משום דלא צריכי למיגמר רבי חייא נמי לאו למיגמר קא בעי רבי חייא לפניו משורת הדין הוא דעבד... ריש לקיש 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 אתה הוא דאמרת רבי מאיר הוא דדאין דינא דגרמי מאי לאו ר' מאיר ולא סבירא לן כוותיה א"ל לא ר' מאיר וסבירא לן כוותיה".

כתב הרי"ף דשמעינן מינה דהדיוט לא מיחייב לשלומי עד דמודע ליה דעליה קא סמיך דאי לא מודע ליה מצי אמר ליה לא ידענא דעלי סמכת ואי מוכחא מילתא דעליה קא סמיך לא צריך לאודועיה וכ"ד הרמב"ם והרשב"א, ואילו הרא"ש כתב דדעת התוס' דאפילו לא אמר ליה חזי דעלך קא סמיכנא חייב דההיא איתתא לא אמרה לרבי חייא עלך קא סמיכנא אפילו הכי אי הוה צריך למיגמר חייב והכי

מסתברא דסתם מראה דינר הוא מראהו לידע אם הוא טוב כדי שיפטור מי שנתנו לו ואם כבר פטור למה לו להראותו כשיוציאנו ידע אם יקבלוהו ממנו

כתב הרמב"ם דאם בשכר הראהו חייב לשלם אע"פ 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, והחילוק בין שכר לחנם למד מאומן (ה"ה), אולם דעת הרשב"א (הובא בשל"ג) שהבקי הגמור בראיית המטבע פטור אפילו בשכר ושאינו בקי כל כך אפילו בחנם חייב ושאינו משחיטה דזה דבר תלוי באימון ידים ואפילו אומן בקי יקלקל לעתים אם לא יכוין מלאכתו היטב ולפיכך אינו כאנוס וכיון שיש לו שכר חייב אבל ראיית המטבע שהוא תלוי במראית העינים והבקיאות בצורות כל שהוא אומן בקי הרבה אינו מצוי שיטעה וכשהוא טועה הרי זה אנוס גמור ושומר שכר פטור מן האונסים וזהו שלא הזכירו בגמרא בשולחני חילוק בין בחנם לשכר (וכעין זה ברא"ש).

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "המראה דינר לשולחני ואמר לו יפה הוא, ונמצא רע, אם בשכר ראהו, חייב לשלם אע"פ שהוא בקי ואינו צריך להתלמד, ואם בחנם ראהו פטור, והוא שיהיה בקי שאינו צריך להתלמד, ואם אינו בקי, חייב לשלם אע"פ שהוא בחנם, והוא שיאמר לשולחני עליך אני סומך, (רמב"ם –) או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים (נראה דמעשה דרב חייא הכי הוי שהיה הדבר נראה שעליו היתה האשה סומכת ומתוך כך החליפו לה ואם לא היה בקי כ"כ היה חייב מן הדין, ה"ה) {ווי"א (רא"ש) דאפילו סתמא נמי חייב, ומ"מ הסברא הראשונה נראה עיקר}."

הרשב"ל פסק דלא כרמב"ם בשתי המחלוקות, כרשב"א דאומן גמור כדנכו ואיסור אפילו בשכר פטור דאם לא כן ה"ל לרב פפא לשנויי הכי, וכרא"ש שבאינו בקי חייב אפילו לא אמר עליך אני סומך דמסתמא המראה דינר מראהו לידע אם הוא טוב כדי שיפטור אותו שנותן לו ואם כבר קבלו ופטרו ל"ל להראותו הלא כשיוציאנו ידע אם יקבלוהו ממנו, אולם הש"ך (יא-יב) האריך לחלוק עליו מהשקלא וטריא דגמ', ירו' ורא', אך מודה הרשב"ל שבאמר לו חזינא וכו' חייב, והוסיף הרשב"ל בשם השל"ג דה"ה בשואל את חברו אם פלוני אמוד ובטוח כדי להלוות לו או לעשות עמו מסחר וחברו אומר לו שהוא אמוד ונמצא אח"כ שאינו כן דפטור לרשב"ל אם לא שאמר לו חזי דעלך קסמכנא.

כתב הש"ך (יב) דעוד מבואר בשל"ג דהיכא דהראהו לשולחני וקבל המטבע על פיו משום הלואה או מקח כיון שמראהו כדי לפטור את הנותן לו וכיון שפוטרו תו לא מצי למיהדר עליה והוי דינו דוקא עם השולחני וכן למד ברא"ש וה"נ אמרינן גבי מקח וממכר דכל ששהה כדי שיראה לתגר ולקרובו תו לא מצי למטען אונאה משום דכשראו ל"ש אם נפסל הצורה ל"ש אם הוא רע שבמקום כסף הוא נחשת וכיוצא בזה לעולם הוא פטור הנותן כשהראהו לשולחני, והש"ך חלק דלמה יפטור הנותן כיון דלא מחל לו בהדיא ואפילו מוחל לו אין לך מחילה בטעות גדול מזה, ולא דמי לשהה כדי שיראה לתגר ולקרובו דהתם אמרינן כיון דשהה ולא אמר ליה כלום מחל אבל הכא הא חזינן דהראהו לשולחני ואמר ליה שהוא טוב ולכך לא אמר כלום לנותן וכשנודע לו שהוא רע חזר על הנותן ועוד דהתם מיירי מדין אונאה משא"כ הכא דנמצא הדינר רע כגון כסף ונמצא נחושת וכה"ג דהוי מום פשיטא דחוזר לעולם.

כתב הש"ך (יב) דעוד מבואר בשל"ג דאם אמר הרואה בפירוש אל תסמוך עלי בזה ודאי פטור דלא ה"ל למסמך על דבורו, וכתב הש"ך דאולם בתשובת מהר"ם בר ברוך למד ברי"ף דדוקא הדיוט לא מחייב עד דא"ל חזי וכו' אבל אומן חייב בכל ענין, אך תמה על התשובה הנ"ל דכולא סוגיא מוכחא דאומן פטור טפי מהדיוט מטעם דגבי אומן הוי אנוס, ודחה ראייתו מהרי"ף, והנתיבות (יב) כתב ליישב דבשלמא בהדיוט כל שלא אמר לו חזי דעלך קא סמיכנא מוכח דלאו עליה קא סמיך דמהיכא תיתי היה לו לסמוך על ההדיוט, משא"כ באומן אף דלא אמר לו חזי וכו' ידוע הוא דמסתמא בודאי סמוך עליו כיון שהוא אומן, ועל מי יסמוך אם לא עליו, ובסקי"א כתב דנראה דדן עליך אני סומך הוא רק ברואה בחנם אבל בשכר ודאי חייב אפילו בלא אמר לו (וראה בהג' אשרי ושל"ג).

כתב הקצות (יא) דכתב המרדכי דמראה דינר לשולחני אינו חייב אלא כשהוא נחסר מחמת רעתו ואומר שהוא טוב אבל אם נמחק צורתו והוא אומר שהוא טוב פטור דהא אי הוי שף מטבע של חברו בידיים נמי פטור (ב"ק צ"ח), אך כתב הקצות דמהשמטת הפוסקים דינו נראה דאפילו בנמחק צורתו נמי חייב, וכן משמע בסוגיה הכא דאע"ג דלא הוסיפו במשקל רק שהעמידו צורה אחרת ונעשה בה פסול מחמת

צורה נמי אית ביה דין מראה דינר, כיון דטעמא דנמחק צורה לא הוי היזק משום שיכול הוא להעמיד צורה, וא"כ אפילו שף מטבע של חבירו והעמיד עליו צורה הפוסל נמי פטור כיון דיכול להעמיד צורה ההולכת במדינה ובודאי אין לחלק בין נמחק צורה לצורה הפוסלת, וראייתו משף מטבע ליתא דהתם כיון שאינו עושה ההיזק בגוף המטבע אלא במחיקת הצורה ויכול עדיין להוסיף עליו צורה אע"ג דצריך הוצאה לכך הו"ל כמו ריפוי דפטור בנזקי ממונו ולא מתחייב ריפוי אלא באדם, וכ"ד ה**נתיבות** (י).

עוד כתב ה**נתיבות** (יב) דנראה דאם שמאים שמו לבע"ח והוצרך לקבלו בחובו כפי שומתו, דלא דמי למראה דינר לשולחני, דדין ב"ד יש להן וכטעו בדבר משנה דמי דפטורין מלשלם.

[נראה ב**פתחי חושן** נזיקין פ"ד הערה נז גבי יועץ לעניני השקעות שיעץ בהשקעה לא טובה דלכאורה היה מקום לחייבו מדין מראה דינר או מדין פלוני בטוח ובדרך כלל כשבא להתייעץ ע"ד להשקיע ה"ז כסומך עליו ודווקא כשהוברר שבשעת היעוץ כבר היתה השקעה לא טובה, ומסתבר דדומה למראה דינר ובשכר חייב, ואם ידע והטעה מסתבר שאפילו בחנם חייב, אבל אם לא ידע ולא היה יכול לידע, נראה שאפילו בשכר פטור, דהוי כעין אונס, ואפשר שאף כשנושא ונותן ביד פטור, עי"ש].

סעיף ז

כתב ה**שו"ע** ע"פ הרמב"ם "טבח שעושה בחנם וניבל וכן שולחני שאמר יפה ונמצא רע, וכן כל כיוצא בזה, עליהם להביא ראיה שהם מומחים, ואם לא הביאו ראיה, משלמין", וביאר ה"ה דלמד כן מדאמרינן ב**דף צט**: גבי טבח בחנם שנבל ואמר לו רבי יוחנן אייתי ראיה דמומחה את ואפטרך, וקל וחומר הוא לשולחני ומה טבח שאמרו חכמים (חולין ג'): רוב מצויים אצל שחיטה מומחים הם עליו להביא ראיה שולחני לא כל שכן.

סעיף ח

[האם ניתן לפטר איש מקצוע בלא להתרותו? פרט.]

ב"מ קט. "רוניא שתלא דרבינא הוה אפסיד סלקיה אתא לקמיה דרבא אמר ליה חזי מר מאי קא עביד לי אמר ליה שפיר עביד אמר ליה הא לא התרה בי אמר ליה לא צריך להתרות רבא לטעמיה דאמר רבא מקרי דרדקי שתלא טבחא ואומנא וספר מתא כולן כמותרין ועומדין דמי כללא דמילתא כל פסידא דלא הדר כמותרין ועומדין דמי".

וז"ל ה**שו"ע** כלשון הרמב"ם "הנוטע אילנות לבני המדינה שהפסיד {וי"א (ראב"ד וטור) דהוא הדין ליחיד (ה"ה): ע"פ עובדא דרבינא ודעת הרמב"ם אפשר דרוניא שתלא דרבינא הוה ובכללן היה רבינא ואירע הדבר שהפסיד לרבינא, וכתב הסמ"ע דפלוגתא גם באינך דלקמן}, וכן טבח של בני העיר שנבל הבהמות, והמקזי דם שחבל, והסופר שטעה בשטרות, ומלמד תינוקות (ע"פ הרי"ף -) שפשע בתנוקות ולא למד {אפילו רק יום או יומים (מרדכי)} {וע"פ פירש"י -) או למד בטעות (כגון שהמלמד בעצמו טועה אבל אם היה הוא יודע הדבר ואינו משגיח על אחד מהתינוקות אם אומר הדבר בטעות לא מסלקין ליה, ה"ה), וכל כיוצא באלו האומנים שאי אפשר שיחזרו ההפסד שהפסידו, מסלקין אותם בלא התראה, שהם כמותרים ועומדים, עד שישתדלו במלאכתם, הואיל והעמידו אותם הצבור עליהם {וי"א (נ"י) דאע"פ שאין צריכין התראה, מ"מ בעינן חזקה, דעד שיהיו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלקין להו}."

כתב ה"ה בשם הרשב"א דבהא דטבח הקשה הראב"ד דאי בשכר מאי פסידא איכא והלא משלם, אי בחנם כי מסלקי ליה מאי פסידא אית ליה, ותירץ דאפילו בחנם קנסינן ליה ולא עביד לא בחנם ולא בשכר ואי נמי בשכר ופסידא טובא איכא דאע"פ דמשלם דמי בהמה דמי בשתו ודמי בשת אורחיו לא משלם ואי נמי זימנן דמצריך לבישרא טובא ולית ליה אלא האי, וכתב הסמ"ע (כ) דתירוצו אי אפשר לאומרו בשתל, ואפשר דבשתל היינו טעמא, דהפסיד בגוף האילן שנטע, ועוד, שאילו נטעו כהוגן כבר היה מגדל הפירות, ובאותו שבח שהיה ראוי לבוא לא שייך תשלומין דלא ידעינן כמה הוה, ומשוי"ה קרי ליה בגמ' פסידא דלא הדר בכולהו.

עמש"כ הרמ"א ע"פ המרדכי "יום או יומים" הקשה הסמ"ע (כא) דלמה כתב יומים הא כ"ש הוא מיום, וכתב דאפשר שכונתו לכוונת הפס' בפרשת משפטים 'ואם יום או יומים יעמוד לא יקס', ודרשו במכילתא יום שהוא כיומים דהיינו מעת לעת ה"נ בעינן שיבטלו דוקא מעת לעת.

< כתב הקצות (יב) דכתב בתשובת הרא"ש גבי ראובן שנתן לשמעון מטוה לארוג בגד וטען עליו החלפת לי טוב ברע, ושמעון מודה שנחלף לו ואמר שנעשה בלא דעתו ואמר השבע כמה נחלף וטול, וראובן טוען איני יודע כמה החלפת תשבע אתה כמה ותפרע לי, ואמר שמעון שאינו יודע כמה, ופסק ששמעון מחויב שבועה ואינו יכול לישבע וישלם דהוי כמו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא (ב"מ צח) הלכך ישלם כפי מה שישימו שנתקלקל הבגד בחילוף המטוה, והקשה הקצות דהא חמשין ידענא לא אמרינן אלא היכא שטוען התובע ברי אבל אם התובע טוען שמא ליכא דין מודה במקצת וצ"ע.

נתן מעות לסופר לכתוב ספר תורה, מי משלם את ההגהה?

כתב הרמ"א ע"פ תשובת הרשב"א "הנותן מעות לחבירו לכתוב לו ס"ת ונמצא בו טעות, וצריך לשכור אחר שיגיה אותו, אם הם טעיות 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 מגיהים אף זה, צריך להגיה. ובסתם המקומות שאין על הסופר להגיה, אם עמד והגיה מעצמו, חייבים הבעלים לשלם לו".

הלכות שוכר

סימן שז – דיני השוכר וחובו ופטורו ואם השאיל או השכיר

סעיף א

ב"מ צג. ועוד "תניא שוכר כשומר חנם דברי רבי מאיר, רבי יהודה אומר כשומר שכר", וז"ל השו"ע כרבי יהודה "השוכר מחבירו בהמה או כלים (גר"א: ר"ל אע"ג דלא כתיב בקרא אלא בהמה, וזה כלשון המשנה בריש המפקיד), דינו כשומר שכר, להתחייב בגניבה ואבידה וליפטר מאונסין", וביאר הסמ"ע (א) דאע"ג דיהיב ליה שכר פעולתו מ"מ בהנאתו שנהנה ממנה נעשה שומר שכר, ואי לאו דיהיב שכר ה"ל חייב באונסין כשואל.

סעיף ב (עם סימן שמ.ד)

השואל בהמה ממתי חייב באונסין ובמזונותיה? וממתי המשאיל לא יכול לחזור בו?

ממתי אדם השוכר חפץ מחבירו מתחייב בשמירת החפץ ובתשלומים?

מאימתי חלים דיני שמירה על שומר חנם, שומר שכר, ושואל?

מה הדין בשכר או שאל חפץ מחבירו ועשה קנין המועיל לשכירות או לשאלה ואח"כ התחרט השוכר או השואל וחזר בו מהשכירות או מהשאלה, והבעלים מחל לו והסכים לבטל את השכירות או השאלה, והחפץ נגנב או אבד לפני שהגיע לידי הבעלים, האם מועיל מחילה והשוכר או השואל פטורים?

ב"מ צט. "אמר רב הונא השואל קרדום מחבירו בקע בו קנאו ולא מצי משאיל למהדר לא בקע בו לא קנאו ומצי משאיל הדר ביה ופליגא דרבי אלעזר דאמר כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים".

וז"ל השו"ע (ב) כלשון הרמב"ם כר"א דתניא כוותיה "יכולין המשכיר והשוכר לחזור בהם, עד שימשוך או שיעשה אחד מדרכי הקנין, וכן אינו מתחייב בגניבה ואבידה, עד שיעשה אחד מדרכי הקנייה (דס"ל דקאי ר"א אחרת המשכיר או השוכר וגם אחריות השמירה שאינו מתחייב עליה, סמ"ע). וי"א (תוס' ורא"ש) שמשסילק הבעל שמירתו מעליה מדעת השומר נתחייב בשמירתה (דמשיכה בשומרין אינו אלא לחזרה דמשאיל ומשכיר, דאיתא בדף פ' דהנח לפני הוי שומר חנם והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה וכן בשואל, וכן משמע לישנא דקאמר ופליגא דרבי אלעזר משמע דפליג ארב הונא דאייירי בחזרה וסברא גדולה לחלק בין חזרה לחיוב אונסין דלענין חזרה ברשות הבעלים קיימא כל זמן שלא עסק בה השומר דבר הקונה במקח וממכר אבל לענין חיוב אונסין מיד שסילק בעל הבהמה שמירתו מעליה מדעת השומר כמה ליה ברשות השומר לשמרה, רא"ש).

וכ"פ השו"ע בסימן שמ/ד כרמב"ם "השואל בהמה חייב במזונותיה משעה שמשכה עד סוף ימי שאלתה" והרמ"א כתוס' "וי"א דלא בענין משיכה, אלא מיד שנסתלקו הבעלים וע"ל ריש סימן רצ"א וש"ז", וביאר שם הסמ"ע (ט) דאע"ג דהמשאיל יכול לחזור בו כל זמן שלא משך הבהמה, מ"מ כיון דלא חזר בו ונסתלק הבעל משמירת הבהמה מחמת שקיבל השומר שמירתו עליו, נתחייב באונסין. כתב הש"ך (שמ, ט) דיכול המוחזק לומר קים לי כרמב"ם ובסימן רצא/ה כתב דהעיקר כרמב"ם.

הש"ך (שמ, ח) ציין לסימן ע"ב סק"ל שפסק שם דמי שהפקיד כלי אצל חבירו בין שהוא ש"ח או ש"ש ואח"כ נתן לו רשות להשתמש בו הוי שואל אע"פ שעדיין לא נשתמש בו.

כתב הקצות (שז, א) דנראה בטעמא דתוס' והרא"ש דנתחייבו השומרין תיכף משנסתלקו הבעלים משמירה דהו"ל דין פועל דמשהתחילו במלאכה הוי להו קנין וכמבואר בדף ע"ו ובטוש"ע סימן שלג/ד. עוד כתב דבנ"י כתב דאית דמפרשי דהא דתיקנו משיכה בשומרין היינו דוקא בשואל ושוכר דקנו גוף הדבר לדידהו מהני משיכה, אבל בשומר חנם ושומר שכר לא מהני משיכה כיון דלא קנו גוף הדבר, והרמב"ן סובר דמהני משיכה משום דהו"ל משיכה כמו התחילו במלאכה דהוי קנין אצל הפועלים ומשי"ה בשומר חנם ושומר שכר מהני משיכה, והקשה הקצות דא"כ למה לי משיכה הא פועלים משהתחילו במלאכה אינן צריכין לשום קנין וא"כ ה"נ משהתחילו לשמור ונסתלקו הבעלים משמירה ליהוי התחלה וכמ"ש בשיטת התוס', ואפשר דס"ל לרמב"ן דעיקר התחלה בשמירה מכי משכו לרשותן אבל כל זמן שלא משכו לרשותן לא הוי התחלת השמירה, והקצות ס"ל דמשיכה מהני בש"ח וש"ש אע"ג דלא קנו שום דבר, דהו"ל קנין להתחייב על החפץ באחריות כל שומר כדינו וכמו גנב וגולן דקנו להתחייב באונסין מכי משכו אע"ג דלא קנו שום דבר.

עוד כתב הקצות (שמ, ה) דכללא דשואל שיהיה כל הנאה שלו והיכא דבעלים נהנין גם כן הו"ל דין שוכר ופטור מאונסין, וכתב דנראה דאפילו נתן השואל לבעלים פחות משוה פרוטה תו לא הוי עלה דין שואל כיון דגם הבעלים נהנין מיהת, ואע"ג דש"ש לא הוי בשכרו בפחות משוה פרוטה, מ"מ לגבי משאיל סגי לה בפחות משוה פרוטה כיון דהא לא הוי כל הנאה שלו.

כתב הנהניבות (שמ, ח ובפת"ש סק"ב) דבשואל שלא משך וגם לא היה סילוק שמירה ונשתמש בה כגון ששאל ספסל לישב עליו בחצר המשאיל ואצל המשאיל או ספר ללמוד ממנו ולמד ממנו בלא הגבהה ומשיכה ונאנס מידו "ל דודאי חייב בזה, והביא וראה מב"מ צ"ט דאמר רב הונא השואל קרדום מחבירו ביקע בו קנאו וביאר השיטה הא דמשיכה מחייב באונסין אף דלא תיקנו משיכה בשומרין מ"מ חייב באונסין משום דקבלת הנאה של השואל הוי ככסף ובהנאה זו מחייב עצמו באחריות והנאת שימוש הוי כקבלת כסף, ולפי"ז הנך דפליגי ארב הונא וס"ל דתיקנו משיכה בשומרין ס"ל דאפילו משיכה קונה, אבל ודאי דס"ל דביקוע ג"כ קונה, דלא מצינו שחולקין בזה ואפוש פלוגתא לא מפשינן, ועוד דלא אישתמיט שום פוסק לומר דלפעמים שואל אף שכבר שימש פטור מאונסין כגון שהוא ברשות המשאיל, אלא ודאי דכששימש חייב באונסין לכ"ע.

[עמש"כ המחבר דנשבע שבועת השומרים שמחמת מלאכה, הקשה הקצות (שמ, ו) דכיון דהמחבר (רצד, ב) ס"ל דעיקר שבועה הוא שאינו ברשותו כאן א"צ לישבע זה כיון שהוא נכח בפנינו, והנהניבות (שמ, ט) כתב דלפמ"ש בסימן רצ"ד דשבועה דלא פשע בשעת היזק היא עיקר שבועה לכ"ע, לא קשה כלל, וגם בלאו הכי לא קשה, דהא הטעם שכתבו הפוסקים דשלא פשע הוא רק גלגול הוא מטעם דאחזוקי אינשי בפושעים לא מחזקינן, ובשואל דחייב באונסין והחשש הוא שמא נאנס, ודאי דשבועה אם מתה מחמת מלאכה היא עיקר שבועה].

סעיף ג

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "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 ההיזק", וביאר הסמ"ע (ג) דכיון דידע שהכתלים רעועים והתרה בו ה"ל לסלקו, ולא דמי לפורץ גדר בפני בהמת חבירו ונאבדה הבהמה דפטור מדיני אדם, דשם ההיזק בא לו ממילא, משא"כ כאן דההיזק נעשה מתבואתו דהוה כידו והזיק בגיריה דיליה, ובש"ך (א) כתב דמש"כ המחבר דפושע הוא לאו דווקא אלא גרע מפשיעה דגירי דיליה הוא והוי כמזיק בידים דאל"כ הא בקרקעות ובית אפילו פושע פטור כדלעיל סימן ש"א ולפ"ז הא דקאמר שכר בית משמעון לאו דווקא אלא ה"ה אחר שאינו שוכר אלא דאשמועינן אפילו בשכר דמסתמא שכרו לעשות בו מה שירצה חייב וכתב דבזה מיושב ג"כ קושיית הסמ"ע מפורץ גדר.

כתב ה^הנתיבות (א) דמש"כ 'התרו בו שכניו' תמוה דהא מבואר בסימן תט"ז ברמ"א גבי כותל שנפל לרשות הרבים דבעינן דוקא שהתרו בו בית דין, ואי מדמה ליה להא דמבואר שם דאם חפר בכותל וגרם להפילו, וה"נ מיירי בכה"ג דתחילת הנחת החטין היה עומד להפיל הכתלים כגון שהיו הכתלים רעועים שלא היו ראויים לעמוד בה ימים רבים, א"כ לא בעינן התראה כלל, וכתב דלכן נראה דהתרו בו לאו דוקא, וכן הוכיח מתשובת הרא"ש.

סעיף ד

כתב הטור "כל דיני שומר שכר בשבועותיו ובתשלומין ובענין קניית הכפל נוהגים גם כן בשוכר וכשם שאין השומר שכר רשאי למסור לאחר כך אין השוכר רשאי להשכיר לאחר ואם השכיר לאחר חייב אפילו באונסין אלא אם כן יש לשני ראיה שיפטר בה הראשון (שלא שינה בה לעשות בה דבר שלא השכירה להכי, סמ"ע)", וכתב הב"י דזה פשוט ע"פ הנתבאר בסעי' א' דשוכר כנושא שכר, וז"ל השו"ע "אין השוכר בהמה או מטלטלים רשאי להשכיר לאחר, ואם השכיר לאחר דינו כדין ש"ש שמסר לשומר אחר שנתבאר בסימן רצ"א (סעי' כ"ו)".

סעיף ה

מה הדין בשומר חנם על חפץ, ומסרו מדעת הבעלים לשומר שכר לשמור ונגנב או שאבד, למי ישלם השומר שכר?

שוכר בית שביטח הבית בחברת ביטוח ושילם דמי הביטוח, ונשרף הבית, מי זוכה בדמי

הביטוח?

משנה ב"מ לה: "השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר אמר רבי יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו אלא תחזור פרה לבעלים" ואיפסיקא בגמ' (לו:) הלכתא כרבי יוסי, וכתבו התוס' דטעמא דרבי יוסי משום דסבר דשוכר לא קני אלא בשבועה ומשכיר יאמר לו דל אנת ודל שבועתך ומשתעינא דינא בהדי שואל ואפילו אם יש עדים שמתה כדרכה דאין השוכר צריך לישבע מכל מקום לא קני לה אלא בהבאת עדים ויאמר לו אני פוטרך מהבאת עדים ואם המשכיר עצמו היה שם בשעה שמתה ביד שואל שרבי יוסי יודה לדברי רבנן דהתם ודאי קני לה במיתה גרידתא דהשתא אין השוכר צריך לעשות כלום, אולם דעת הטור ברא"ש דאפילו אם המשכיר יודע שמתה כדרכה ואפילו מתה בפני המשכיר תחזור הפרה לבעלים וחייב לשלם למשכיר, דכתב הרא"ש דטעמא דרבי יוסי משום דחשיב שוכר כאלו השאילו בשליחות המשכיר הילכך דין המשכיר עם השואל כלומר דכיון דחשיב שוכר כאלו השאילו בשליחות המשכיר אם כן אפילו המשכיר יודע שמתה כדרכה לא הפסיד, וכ"ד הר"ן ברי"ף שלא כתב הרי"ף ההיא דפעמים שהבעלים משלמים כמה פרות לשוכר משמע דס"ל דאליבא דרבנן בלחוד איתמר אבל לרבי יוסי אפילו ידעו הבעלים שמסר אי אפשר שיעשה סחורה בפרתו של זה והיינו דקא מתמה כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של זה משום דס"ל שהשואל נכנס תחת השוכר והוי שומר של בעלים לגמרי, וכ"ד הרמב"ם דסתם וכנ"ל.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר (סמ"ע: פי' אם עבר על ציווי חכמים והשאלה לאחר, ש"ך: לחנם דחק אלא מיירי בשנתן לו רשות להשאל כשירצה והכי איתא בש"ס, ובפנ"מ ביאר דהסמ"ע בא אשמעינן דבכל מקום אף שעבר על ציווי חכמים לא הוי פשיעה והכא אינו חייב אלא מטעם כיצד הוא עושה סחורה בפרתו של זה) ומתה כדרכה או נאנסה, כיון שהשני חייב תחזור לבעלים הראשונים שאין הלה עושה סחורה בפרתו של זה. (רא"ש -) ואם אמר לשוכר אם תרצה תשאלנה ויהיה דינך עם השואל ויהיה דיני עמך אז ישלם השואל לשוכר (קמ"ל דלא אמרינן דכונתו היתה בזה במה שיהיה דינך עם השואל יהיה דיני עמך שתצטרך לחזור ליתן לי מה שתקבל ממנו, סמ"ע)."

הסמ"ע (ו) והש"ך (ג) פסקו כרוב הרא' ודלא כתוס' דתחזור לבעלים אפילו אם המשכיר יודע שמתה כדרכה.

כתב הש"ך (ד) על דין המחבר ע"פ הרא"ש בסיפא דהשוכר פטור לשלם למשכיר כיון שמתה כדרכו כשידוע בעדים או ישבע שמתה כדרכה וה"ה אם השאלו השוכר למשכיר עצמו ומתה כדרכה אצל המשכיר חייב המשכיר לשלם לו ולהעמיד לו אחרת כל ימי השכירות ובין ששאל ממנו כמה פעמים ושכר ממנו כמה פעמים הדין כן כגון שהשכירה לו לק' יום וחזר ושאלה ממנו לצ' יום וחזר והשכירה לו לפ' יום וחזר ושאלה ממנו לע' יום ומתה כדרכה משלם פרה א' לשוכר ומחויב להעמיד לו א' לעשות בה כידכן הוא בגמ' וכתב הרא"ש דנ"מ לרבי יוסי היכא דא"ל יהא דינך עם השואל כו'. **הקצות (ב)** כתב לבאר בדין זה דהרא"ש דהו"ל כאומר קני פרה זו שתשאל אותה ושיהיה דינך עם השואל, אבל אם אינו על דרך קני פרה לא מצי למימר תשאלנה ויהי דינך עם השואל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אלא צ"ל דהוא על דרך קני פרה זו דהו"ל כמו דקל לפירות, ואע"ג דפרה לכפילא לא מהני כמבואר בתוס' (ב"מ ל"ג) היינו משום דאיכא מי יימר טובא. עמשי"כ הש"ך דלפעמים הבעלים משלמים כמה פרות כתב ה**נתיבות (ג)** דקשה דהא כשהשואל משלם דמי פרה שמתה מנכה דמי שיווי הימים שהיתה שאולה אצלו ולפי"ז אם שכר ממנו פרה השה מנה על ק' יום ודמי ק' יום שוין עשרה זהובים, ואח"כ השאלה ממנו על צ' יום, כשמתה אינו מנכה לו רק אותן העשרה ימים דהיינו דינר אחד ומשלם לו צ"ט זהובים, ומה ענין תשלומי פרות הרבה, ולכן ביאר דאף דבעד מיתת הפרה יכול לשלם מעות או מטלטלין מ"מ בעד הפרה ששכר ממנו, כששכר ממנו פרה סתם מחויב להעמיד לו פרה כמבואר ב**סימן ש"י**, ולכך יכול השוכר לומר אם שכר ממנו פרה השה מאה והשאלה על ק' יום ששוין עשרה זהובים, אין רצוני לקבל ממך רק מעות או פרה השה צ' בעד גוף הפרה שמתה, ואז אף שמסלק לו פרה בעד הצ' זהובים נעשית פרה זו של השוכר, והוא צריך להעמיד לו פרה משלו על העשרה ימים שהיא שכורה אצלו, וזהו בפרה סתם, אבל אם שכר ממנו פרה זו לא שייך דין זה כלל, רק מנכין דמי שיווי ימי השאלה אצל הבעלים והמותר משלם לו במעות או במטלטלין.

כתב הפת"ש (א) בשם הריטב"א דהמשנה איירי בשוכר מיהו ש"ח או ש"ש שאין לו רשות להשתמש בפקדון והשכירו או השאלו, חייב באונסין כדין שולח יד בפקדון, והביאו הב"י לקמן סימן שמ"ב ובש"ך שם סק"ג. עוד כתב דב**שב"י** נשאל באחד שנתן שורו לש"ח וש"ח מסרו לש"ש ונגנב או אבד, והשיב דיש לפשוט זה מהמשנה דנקט השוכר וכו' ואמאי לא נקט בכה"ג, נהי דלא מצי למינקט בנתן לשומר חנם ושומר חנם מסרה לשוכר או שנתן מתחילה לשומר שכר והוא השאלה, משום דבכה"ג הוי פשיעה גמורה שהשכירה או השאלה לעשות בה מלאכה, וחייבים אפילו באונסין (וכנ"ל בריטב"א והב"י), אבל אכתי קשה אמאי לא נקטה המתניתין בשומר חנם שמסר לש"ש ונגנב, אלא ודאי דמשו"ה תני שוכר ושואל דבזה דוקא פליג ר' יוסי לומר איך הלה עושה סחורה כו', אבל בשומר חנם שמסר לשומר שכר שהוא נותן מכיסו שכר לשומר שכר לשומר שמירה מעולה יותר כדין שומר שכר דאליס שמירתו, גם ר' יוסי מודה וזה מיקרי עושה סחורה בממון של עצמו ובזה בודאי מקנה לו הפרה והיא שלו, ותמה עליו הפת"ש שכתב כן בפשיטות ולא זכר דברי התוס' והשיטה הסוברים להדיא דגם בכה"ג פליגי רבנן ורבי יוסי והלכה כרבי יוסי, ועוד הביא שכתב ב**שיטה** דדעת מהר"י כ"ץ דבעלים לא משלמי לשומר חנם השכר שנתן לשומר שכר אע"ג דעלייה לשמירתו דשומר שכר שומר טפי דחייב בגניבה ואבידה אפ"ה פטורין הבעלים, ולא דמי ליורד לתוך שדה חבירו דנותן לו דמי הוצאה, דהתם תקנתו דבעל שדה עביד, אבל הכא לא עלייה לשמירה בעבור הבעלים כי אם בשביל עצמו שהיה לו טורח לשומרו, וע"כ פטורין הבעלים [ומשמע דאפילו אם נגנב מהשומר שכר דמרויחין הבעלים ממון על ידו אפ"ה פטורין], אבל ה"ר מאיר מסרקסטה סבר דאף שלא נגנב או נאבד אצל השומר שכר ג"כ חייב בעל הבית לשלם השכר כיון דעלייה לשמירתו וזימנן דמרויח איהו בהכי וכמאן דאוגריה ברשות דמי,

ובספר **דברי חיים** העיר על שיטתו דמשמע דאף בלא נאבד או נגנב אצל השומר שכר ג"כ חייבים הבעלים לשלם השכר, דזה ודאי צ"ע כיון דלא השביח לו רק עלייה לשמירה, ולא עדיף ממבריה ארי.

כתב **הפתחי חושן** (ד,ו,יט) "השוכר שביטח את הבית על חשבון, שלא בציווי המשכיר, ונפל או נשרף, נראה דעת רוב הפוסקים שהפיצוי שמקבל מחברת הביטוח שייך לו ולא למשכיר, ויש אומרים שחולקים ביניהם", וביאר בהערה דשאלה זו נידונה בספרי האחרונים בכמה צדדים, ונידון בתחילה בשואל **ומשיב בשוכר שביטח הבית המושכר לו ותבע מהמשכיר שיחזיר לו והמשכיר הבטיח לתת לו** אך דחהו בלך ושוב ולבסוף נשרף, וכתב לשני הצדדים, דמצד אחד יש **לזכות השוכר**¹ דכל זמן שלא נתן לו לא זכה בבטוח² ואפילו אם נאמר שהשוכר נתכוין לזכות למשכיר ה"ז כשליח שקנה במעותיו שיכול לחזור בו כמבואר ברמ"א (קפג/ד) ובנדון דידן שלא עשאו שליח אפילו רמאי לא הוה,³ ועוד במה זכה המשכיר מאידך כתב לזכות המשכיר¹ משום שמעיקר הדין אינו יכול לתבוע מהמשכיר שיחזיר לו דמי הבטוח, שאינו אלא כמבריה ארי מנכסי חבירו וגם השוכר נהנה שדר בבית מבוטח שמעמידה חברת הבטוח שומרים² ונתרצה להקנות לו מה שיקבל מחברת הבטוח, ומכח ספק העלה השו"מ שיש לפשר ביניהם ושני שליש יקבל המשכיר ואם הפיצוי יעלה יותר משווי הבית יחלקו ביניהם, וכתב הפתחי חושן דהיינו דוקא כשנתכוין כשעשה הבטוח גם לבקש ממנו וגם הסכים המשכיר לבסוף לתת לו, ובאור **שמח** (שכירות ה,ו) הביא ראיה מסוגיה דידן מר' יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו אף על פי שמה שהשאילה לאחר בא לו מכח השכר ששילם לבעלים, וה"נ שייך הפיצוי לבעלים, אך לאידך גיסא **יש לומר דלא דמי**, דשאני בהך דר' יוסי שכשהשאילה לאחר לא נתכוין לזכות בדמיה כשתמות, והמיתה לא במכוון בא ועוד וכי זה יהיב דמי וזה זכי, ונראה שלזה נטה לזכות השוכר, ואח"כ הביא דעת השואל ומשיב שכתב לפשר וזה משום סברא הנ"ל האם לדמות לדר' יוסי.³ **המהר"ש ענגיל** (ו,קג, בפסקי המשפט) כתב לא דמי כלל להך בר' יוסי שהתשלומים הם מדיני שומרים ותמורת גוף הפרה של משכיר, משא"כ בבטוח שאין בו דיני שמירה, כי אם התחייבות לפצות במקרה של נזק, תמורת דמי הבטוח שמשלמים ואיזה זכות יש למשכיר בזה,³ ובתשורת **ש"י** (סימן קו, שם) כתב לחלק דתשלום הביטוח אינו קשור בגוף הבית אלא תמורת דמי הבטוח והמשלם דמי הבטוח זוכה בפיצוי, וכעין חילוק ב' כתב **בפסקי המשפט** בשם **מנחת פתים** לזכות את השוכר, שלא שייך לומר 'כיצד הלה' וכו' אלא כשהתשלומים הם עבור גוף החפץ של הבעלים משא"כ בנידו"ד שחברת הביטוח מעולם לא קיבלה את הנכס לשמור עליו אלא שהם מתנים הם המשלם ובכל הנכס לאו בעל דברים. עוד הוסיף הפתחי חושן דנראה שאם אמר המשכיר לשוכר שיבטח את הבית על חשבון, אף על פי שעדיין לא נתן לו, ואפילו תבעו ודחהו בלך ושוב, לכו"ע זכה המשכיר בבטוח, משום שנעשה שלוחו והמעות חוב עליו, ואע"פ שהבטוח נרשם ע"ש השוכר חייב השוכר להחזירו למשכיר, וכן אם נתכוין מתחלה לזכות לטובת המשכיר ויכול להוציא ממנו בדין מה ששילם לחברת הבטוח.

עוד כתב הפתחי חושן לדון במקרה שהאחד משלם דמי הבטוח והשני זוכה בפיצוי כגון בנדון השו"מ והא"ש, אם צריך המשכיר להחזיר לשוכר דמי הבטוח ששילם, ותלה בתחילה במח' מהר"י כהן צדק ור"מ מסרקסטה, אך כתב אח"כ דאמנם אפשר שאף מהר"י כץ לא פטרו אלא כשלא נהנה אבל כשבא לידי כך שנהנה מהתשלומים ממש, חייב, שהרי גם כאן יש סברא לומר כיצד הלה עושה סחורה בדמי השומר, אבל בפתי"ש (סימן רצג) כתב שאף אם נהנה אינו צריך ליתן השכר ובדברי חיים נראה שמחלק שאם נהנה חייב לשלם ואם לא נהנה אין זה אלא כמבריה ארי מנכסי חבירו שפטור מלשלם וכתב דמעתה נראה שאף לסברת מהר"י כץ יש לחייב את הנהנה לשלם דמי הבטוח, שהרי עיקר טעמו לפטור את הבעלים משום שהשומר עשה לטובת עצמו, ובנ"ד לא שייך סברא זו, עיי"ש.

המשכיר בית, והשוכר קיבל אחריות על שריפה, והמשכיר עשה ביטוח נגד שריפות, ונשרף הבית, האם השוכר חייב לשלם אף על פי שהביטוח משלם למשכיר?

כתב **האור שמח** (שכירות ז,א) "נשאלתי באחד ששכר בית מחבירו וקיבל עליו אחריות מדליקה ואח"כ הלך המשכיר והבטיח ביתו בחברת האחריות, ונשרפה הבית, מי מצי השוכר לומר כיון דלית לך פסידא, דדמי ביתך את נוטל מן החברה, אדעתא דא לא קבלתי אחריות" וכתב **ד"ש לומר דהשוכר חייב דכמו כן שנינו בב"ק קט"ז במשנה דשטף נהר חמורו וחמור חבירו וכו' דמצי אמר ליה מאי איכפת לך במה דמשמאי רחימו עלי, כ"ש כאן, שע"י מה שנתן שכר קצבתו לחברת האחריות הרויח בתשלומי ביתו ודאי דבזה לא נפטר השוכר מתשלומי אחריות שקבל עליו, וכתב גדולה מזו מצאנו בסוגיה דידן ב"מ**

ל"ה גבי השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר והבעלים משלם לשוכר דמוכח בסוגיא דפעמים בעלים משלמין כמה פרות לשוכר ולא מצי שמעון לומר אילו הוי קיימא דך פרה הלא לא היתה חוזרת לך רק לעשרה ימים של שכירותך, והשתא הא אית לך פרה חלוטה לעולם מן לוי השואל, שמשלם לך עבור מה שקיבל אחריות אונסין, ולמה אנא מחייבנא לאוקמי לך פרה לעשרה ימים, ועל כרחין דא"ל פרה אגירנא מאתך והיא מתה וחייב אתה להעמיד לי פרה אחרת, כדין כל שוכר פרה סתם ומה דלוי משלם לי פרה בשביל חיוב שאלתו הוא פרה דאתא לי מעלמא, ואנא ממצינא לי מעלמא בשביל שנתתי לו זכות שכירותי בפרה לצ' יום חיוב אחריות אונסין, ומה איכפת לך במה דעבידנא, לגבי דילך הוי כמו דלא שאילנא ללוי ומתה אצלי, כן הכא, מצי אמר אילו לא הוינא יהיבנא זוזי לחברת האחריות והיה נשרף, הלא היית חייב באחריות אונסי הבית, מה איכפת לך במה דריתנא בהדי זוזאי, אף על גב דלולא הבית לא היה נוטל הדמים מן החברה, כן תמן לולא הפרה של המשכיר לא היה לו לראובן דמים מן לוי השואל, ובכ"ז איהו חייב לאוקמי פרה למלאות שכירותו.

גם במשפט **לעקב** (ב,לב) דן בשאלה זו והקשה על ראית האו"ש מסוגיין דכל דין הנ"ל רק לת"ק דמשנה ועוד דיש מקום לחלק בין חיוב שומרים להתחייבות דבהתחייבות מצי למימר דאדעתא דהכי לא התחייבתי משא"כ חיוב שחייבתו תורה לא שייך לחלק בכה"ג, וסברתו 'מה אכפת לך במאי דעבידנא' הינה סברא העומדת בפני עצמה אך אין להביא לה ראיה מהגמ' הנ"ל, ובשם מהרש"ם (ד,ז) כתב במזיק שורף לחייבו לשלם אף שיש ביטוח דמה לו לשורף בזה הביטוח ופשוט מסברא.

בפסקי המשפט (אות ד) כתב שבשו"ת **קנין תורה** (ב,צד) חלק על האו"ש ואין השוכר חייב לשלם על הנזק דעל דעת זה שהביטוח משלם הכל לא קיבל על עצמו אחריות, וב**אבן ישראל** (ח,צב) הוסיף שאולם אם בשעת השכירות עדיין לא היה החפץ מבוטח חייב השוכר והסכים עם **המנח"י** (ג,קכו) שאם **מנהג המדינה** שלא תובעים אזי פטור "והמקור לזה היא בשכירות פועלים דהכל כמנהג המדינה (עי' חו"מ סי' של"א) וע"כ אם יש לברר שכן מנהג המדינה של רובא דרובא, שאין מקפידים בזה לבקש אחריות אונסים בכה"ג".

סעיף ו (עם סימן שם סע' ב' ו-ד')

מה הדין שכר פרה ונולד בה מכה בפשיעת השומר שלא מחמת מלאכה וסוף המכה להבריא?

ראובן שכר פרה משמעון ונולדה בפרה מכה שסופה להתרפאות בפשיעתו או שלא בפשיעתו האם חייב לשלם? מה הדין בשואל פרה במקרה הנ"ל?

שכר את חמור חבירו ונאנס מלהשיבו, האם יש לחייבו מדין 'שבת'? (וראה שי"ג)

כחשה הבהמה מחמת חוסר מזון, או מלאכה, האם חייב השואל לשלם הפחת?

ע"פ **תוס'** גיטין מ"ב ע"ב והרא"ש (ב"מ ח,ד) כתב השו"ע (ו) "השוכר פרה מחבירו ונולדה בה מכה בפשיעת השוכר שלא מחמת מלאכה (כגון ששינה, טור), י"א (חכמי צרפת) שהוא פטור מלשלם, כיון שסופה להתרפאות מאותה מכה לא הוי אלא שבת ואין שבת בבהמה, לפיכך אם מתבטלת כמה ימים פטור כיון שסופה להתרפאות (דאביי ורבא פליגי בפרק החובל גבי הכהו על ידו וסופה לחזור אביי אמר נותן לו שבת גדולה ושבת קטנה ורבא אמר אינו נותן לו אלא שבתו שבכל יום ויום, דאביי חשיב ליה נזק כיון דאפחתיה מכספיה ורבא לא חשיב ליה נזק כיון דסופו לחזור, וא"כ הכא דהוה אדם בשור פטור, דאדם בשור לא משלם אלא נזק אבל לא שבת, ולדבריהם כחש בשר מחמת מלאכה דשמעתין איירי בכחשא דלא הדר דאי בכחשא דהדר אפילו שלא מחמת מלאכה נמי פטור דהוה ליה שבת). ויש (ר' חיים) מחייבים (דדוקא באדם לא מחשבינן מכה שסופה להתרפאות אלא שבת לפי שאינו עומד למכור הלכך לא אפחת ליה מכספיה, אבל בהמה שכל שעה עומדת למכור ואם בא למכרה ודאי תשוה פחות מחמת מכה זו, חשיב נזק וחייב)" וכתב הרמ"א "והסברא הראשונה נראה עיקר".

כתב רע"א ע"פ הב"ח דכל זה ה"ה בש"ח שנפלה הבהמה בפשיעה ונולדה בה מכה.

בהלכות שאלה פסק **השו"ע** (שמ"ב) כחכמי צרפת "נכחש הבשר מאליו וסופו לחזור פטור, אבל אם נכחשה מאליה ומתה אחר כך, שהוא חייב לשלם, כיון שאינה בעין משלם כמו שהיתה בשעת שאלה", ובסעי' ד כתב "ואם כחש בשרה כחשא דלא הדר, חייב לשלם מה שפחתה בדמים, ואם היה הכחש מחמת מלאכה, פטור, וישבע שבועת השומרים שמחמת מלאכה כחשה".

כתב **הסמ"ע** (שז, י שמ"ו) דנראה דפסק הרמ"א כן משום דהטור בעצמו סתם בריש סימן ש"מ בנכחש בשר בהמה וסופו לחזור דפטור ממנו השואל וס"ל דחדא באידך תליא וכ"כ רש"ל וכן נראה בב"י שהביא על דברי הטור שם אותה פלוגתא, אולם אינו נראה דהא כתב הטור כאן דעת המחייבין לבסוף ואיך יסתום בריש סימן ש"מ דפטור בכה"ג, אלא בסימן ש"מ איירי בנכחש הבשר 'מאליו' שאני, ואע"ג דשם בשואל איירי דחייב אפילו באונסין ובהיזק דאתיא מאליו, מ"מ בכה"ג דחוזר לבריאותו לא מיקרי אלא שבת דפטור בבהמה. הש"ך (ה) השיג דאין לחלק דאידי ואידי שבת הוא, וכתב דדעת המהר"מ במרדכי כדעת ה"ר חיים דחייב וצ"ע לדינא דכבר ידוע שקשה לחלוק על דברי מהר"מ וכן הכריע רש"ל וכ"פ פסקי התוס' וסיים דע"כ נראה דהוי ספיקא דדינא והממע"ה. הקצות (שז, ג) הוכיח מדברי התוס' בב"ק נ"ו כ"ר חיים דבשומרין מתחייבין בכחש דהדר, ובסימן שמ (ב) כתב לישב הסמ"ע דשפיר יש לחלק בין היזק דממילא דאפילו לדעת מי שאומר דהו"ל נזק מ"מ כיון דכחש דהדר לאו שינוי הוא ואפילו גנב וגזלן מצי אמרי הרי שלך לפניך. הנה"יבות (שמ"ג) כתב דמסתברא דעת החולקים דבשלמא אדם באדם דילפינן תשלומי נזק מקרא דיד ביד ושם יש חסרון אבר, משא"כ נזק דבהמה דילפינן מקרא דמכה בהמה ישלמנה דמשמע בהכאה בעלמא אף בלא חסרון משלם נזק.

כתב **השב"י** (פתי"ש שז, ג) שפסק כמה פעמים למעשה דאם הוציא הוצאות על הריפוי לרפאותה צריך השוכר להחזיר לו, שע"י כן מצילו מנזק שהיה צריך לשלם לו, ולענין שבת, אע"ג דאין להוציא שבת בבהמה הואיל והוא פלוגתא דרבוותא, מ"מ יש בכלל נזק לשלם מה שהבהמה אוכלת כל ימי חליה, שקודם שנעשה בה נזק היתה עושה ואוכלת, ועכשיו צריך להאכילה אף שאינה עושה וזה נזק גמור, אבל אין צריך לשלם מה שהיתה עושה יותר מפרנסתה, כי זה יקרא שבת ואין שבת בבהמה, וגם עיקר כסמ"ע דהיכא דלא נכחש הבשר מאליו, שמין מה דאפחתה מכספה משא"כ בנכחש מאליו, והביאו בקצרה רע"א.

כתב **הנה"יבות** (שמ"ג) בטעם סיעת הפוטרים ברא' דאין שבת בבהמה, דקשה, כיון דפירות בני מכירה ניהו דהא יכול למכור שדהו ובהמתו לפירות, וכשמזיקו שאינו יכול למכור לזה היזק ממון גמור הוא, ועוד, דאטו אם ישראל ישכור בית או בהמה לפירות על שתי שנים מהגוי בעד מאה זהובים ובא אחד ושרף הבית והמית הבהמה, יפטר מהתשלומין לישראל כיון דאין בו לישראל רק ביטול מלאכה ואין שבת בבהמה, ולכן נראה דטעמא דהנך פוסקים דפטרי, דמבואר לקמן בסימן ת"כ דנזק לא נקרא רק כשמחסרו אבר או אפילו חסרו עור שאינו חוזר שנעשה צלקת אז חייב בנזק, אבל כשאינו מחסרו שום דבר רק שסופו לחזור לקדמותו לגמרי לא נתחייב בנזק רק בד' דברים, וכיון דקיי"ל (ב"ק פ"ז) דשור אינו משלם אלא נזק ממילא פטור כשעשה היזק בדבר שאינו מחסר, ולכן דוקא כשסופו לחזור לקדמותו לגמרי בלי שום חסרון דאז לא חשיב נזק כמבואר בסימן ת"כ, אבל אם כשתחזור יחסר אפילו קצת מהעור שתעשה צלקת, חייב לשלם כל ההיזק, דהיינו במה שנזדלזלה מחמת חבלה אם ירצה למוכרה תיכף, ולכן מי ששכר בהמה מגוי ובא אחד והזיקה שאין השוכר יכול לעשות מלאכתו במשך הזמן של השכירות, חייב לשלם דמי שכירותו, ולענין הריפוי, כל שאי אפשר לחזור לקדמותה בלא ריפוי, בכלל נזק הוא ומחויב לשלם, אבל כל שאפשר לחזור לקדמותה בלא ריפוי רק שצריך ריפוי למהר רפואתה פטור, והמזונות, בזמן שאין יכולה לעשות ולאכול, מחויב השומר לשלם.

סעיף ז

ע"פ הירוש' הביאוהו רי"ף רמב"ם ורא"ש פסק בשו"ע "אין אדם רשאי לדוש בפרתו ערבית ולהשכירה שחרית".

סימן שח – השוכר בהמה לרכוב עליה וכמה יטעון עליה

סעיפים א. ב. ה (עם סימן שט/ג)

השוכר רכב להובלות והטעין עליו יותר מהמשקל המותר והרכב ניזק, מה דין השוכר? פרט.

ע"פ ברייתא ב"מ עט: פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם (א) השוכר בהמה לרכוב עליה איש לא ירכיב עליה אשה (שהיא כבדה יותר, ריטב"א וכן משמע בגמ', סמ"ע) {וה"ה (וכל שכן) לעכו"ם (מרדכי, דסתם גוי אינו מקפיד על ממונו של ישראל, סמ"ע)}. מיהו י"א (רשב"א) דוקא לכתחלה אבל אם עבר והרכיב עליה אשה אע"ג שניזוקה הבהמה אינו חייב לשלם (דלאו פשיעה מיקרי דאם א"ל לרכוב אשה היה ג"כ משכירה לו אלא שהיה צריך להוסיף מה בשכירותו, גם זה יוסיף בשכירות כדלקמן ופטור מאונסין, סמ"ע), ויש חולקין (ה"ה ברמב"ם דסעי' ה' במחבר לקמן) ולכ"ע אם מנהג המקום להתייקר ברכיבת הנשים, צריך להוסיף לו כפי המנהג (מ"מ בשם הרשב"א). לרכוב עליה אשה, ירכיב עליה איש", ובסעי' ה' פסק כלשון הרמב"ם ע"פ ב"מ פ' (במשנה וגמ' וכן הוא ברש"י לקמן בסעי' ז') "השוכר את הבהמה לשאת עליה משקל ידוע והוסיף על משאו, אם הוסיף חלק משלשים על השיעור שפסק עמו ומתה חייב, פחות מכאן פטור, אבל נותן הוא שכר התוספת {וע"ל סי' של"ה ס"א}."

ז"ל השו"ע בסימן שט (ג) ע"פ תשובת הרא"ש "השכיר בהמתו לילך בה למקום פלוני ולהחזירה למחר, והלך השוכר עליה למקום ההוא והחזירה בו ביום, ונתרעם המשכיר לזקני העיר על אשר הוליכה והביאה ביום אחד, ואמרו למשכיר לקבלה ולהשתדל ברפואתה, וכן עשה, ומתה לסוף ח' ימים, חייב השוכר כיון שפשע בה (אע"פ שיש בהמות שהולכות וחוזרות ביום א' זה שהתנה שיחזירה למחר מכיר כח בהמתו שאין בה כ"כ כח לילך ולחזור ביום אחד וזה ששינה פשע, ומ"מ המשכיר שמתה ברשותו צריך לישיב כדן שומר חנם שלא פשע בה במאכל ובמשתה ואם רכב עליה לא להשקותה אלא לצרכו הוי פשיעה מאחר שהיתה בחזקת חולה, רא"ש)". וביאר הב"י (שט) דהרא"ש ס"ל כרמב"ם דלעיל ודלא כרמב"ן דס"ל דאם הוסיף על הדרך כגון ששכרה לה' מילין והלך י' מילין כיון שדרך כל חמור לילך י' מילין (או סיכמו משא חצי לתך והניח לתך כשאר חמורים) אם מתה דפטור אא"כ מתה ודאי מחמת המשאוי "והביא ראיה לזה אלא שאינה מכרחת".

עוד כתב הב"י בשם תלמידי הרשב"א דהיכא דאמר ליה משכיר שהוא משכירו לחצי לתך אם הוסיף על כך חייב דמוכחא מילתא שזה היה יודע שחמורו חלוש אבל אם אמר השוכר השכיר לי חמורך להביא עליו חצי לתך והשכירה לו סתם איפשר שאם הוסיף עד כדי משאו פטור, וכתב הב"י דדברי טעם הם ודברי הרא"ש בתשובה מסכימים לזה וגם דברי הרמב"ם יכולים להתפרש על פי דרך זה, וכ"פ הסמ"ע (יא) חילוק זה והרמב"ם והמחבר איירי דוקא שהמשכיר קצב עמו כמה יטעון עליה. כתב הש"ך (א) דכתבו הב"י והדרכ"מ דהיש חולקין דסעי' א' הוא הרא"ש בתשובה, ולפי"ז קצת קשה אמאי סתם הרב בסימן ש"ט כמחבר, אלא דיש לחלק דשאני התם כיון שהזכיר המשכיר שיחזיר למחר אם כן ה"ל למידק דידוע בבהמתו משא"כ הכא ששכרה איש סתם ואה"נ אלו שכרה סתם והמשכיר א"ל בפירוש אני משכירה לרכוב עליה איש חייב, וכ"כ תלמידי הרשב"א.

לגבי מש"כ המחבר ע"פ תשובת הרא"ש יש לציין לסמ"ע (שט,ה) שכתב דמש"כ המחבר שמונה ימים' זהו "לאו דוקא אלא שהמעשה כך היה ועיין בטור" (ובטור כתב "ועד אימתי חייב לשלם אם תמות אפילו לסוף חצי שנה.. תשובה.. וכיון שמתה לסוף שמונה ימים יש הוכחה גדולה שמתה מחמת ששינה ואם היתה חיה יותר צריך להראות בהמתו בכל יום לעדים והם יראו שמתנוונה והולכת"), וכתב ה^נתיבות (שט,ב) דכוונת הסמ"ע דה"ה אם היה יותר מח' ימים ויש הוכחה שמחמת השינוי מתה, דבהדיא כתבו הרא"ש והטור דבעינן הוכחה, והא דפטור בליכא הוכחה, ולא אמרינן כיון דאי אפשר לידע אם מחמת הפשיעה מתה או לא הוי מתוך שאינו יכול לישיב משלם, כיון דלא הוה ליה למידע, לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישיב משלם, ולכך כתב הרא"ש דביותר מח' ימים על המשכיר להראות לעדים אם מתנוונה והולכת, והוא מטעם כיון דברשות המשכיר היא ולא הוה ליה לשוכר למידע, משו"ה לא אמרינן גביה מתוך שאינו יכול לישיב משלם.

הקצות (א) כתב דנראה דלא כרב המגיד והב"י, ודעת הרא"ש כרמב"ן דהרמב"ן לא פטר בודאי מתה מחמת משא וא"כ דברי הרא"ש אינו סותרו, דהא שם בתשובת הרא"ש במתה ודאי מחמת משא

מיירי דיש הוכחה שמחמת שינוי הדרכים הוא שמתה ובוזה גם לרמב"ן חייב, ולא כתב הרמב"ן אלא במתה כדרכה הוא דפטור אע"ג דהוסיף במשא ממה שהתנה לא חשיב גזלן ושולח יד בכך להתחייב באונסין, אבל בידוע שמחמת השינוי מתה ודאי חייב, ולפי דמשמע מדברי הרמב"ם שכתב בהוסיף על משאו ומתה חייב ולשון ומתה משמע אפילו מתה כדרכה, ובוזה הוא דכתב הרב המגיד דהרמב"ן חולק, אבל אם ידוע בהוכחה שמחמת שינוי מתה גם הרמב"ן מודה דחייב, והנתיבות (א) חלק דדעת הרא"ש דאפילו ליכא הוכחה חייב, והא שכתב הרא"ש דאיכא הוכחה היינו משום דשם מתה אחר חזרה ויש לומר דהמשכיר המיתה אחר חזרה באכילה ובסמים, ולכך כתב דאיכא הוכחה שמחמת החולי שאירע לה בעודה בידו מתה, וכן המחבר שהעתיק דינו בסימן ש"ט לא כתב שיש הוכחה, ומהרשב"א מוכח דאפילו מתה ודאי מחמת מלאכה פטור, כיון דאיכא אומדנא דודאי היה משכירו אם היה אומר לו מתחילה לאשה ולכך הוצרך הב"י לחילוק שלו. עוד כתב דנראה דאפילו הרא"ש שמחייב, לא מחייב רק במתה מחמת מלאכה, ואף שאינו ידוע בודאי אי מתה מחמת מלאכה זו, מ"מ חייב כל שיש לתלות שאפשר מחמת שמלאכה זו כבידה הוזקה, כמו בהולכה בהר והולכה בבקעה דכשאייר המקום ההוא משונה דתולין באויר ההר, אף שבשומר אין תולין, מ"מ נגד שוכר למלאכה נחשב שינוי זה לפשיעה כשיש לתלות באיזה דבר, וה"נ כבידות מלאכה זו כשינוי אויר דהולכה בהר דמי, אבל באונסין אחרים כגון הכישה נחש פטור, דלא חשבינן ליה לשולח יד, דלא גרע מלוקח חמור העומד להשכיר דלא הוי גזלן ופטור מאונסין כמבואר בהג"ה סוף סימן זה, אבל בפחת שיש לתלות שנעשה מחמת מלאכה חייב כמבואר בסימן שס"ג ודעת הרשב"א הפוסק ס"ל דאפילו בפחת שמחמת מלאכה פטור, דדוקא שלא מדעת רצה פחתה נוטל, אבל אם השכירה רק ששינה למלאכה כבידה, כל שאין גילוי דעת מהמשכיר שרוצה דוקא למלאכה זו, הוי כאומדנא דמוכח שאילו היה אומר לו מתחילה למלאכה כבידה היה ג"כ משכירה, וכשוכר מדעת דמי, ואפילו מתה מחמת מלאכה פטור, וגבי הולכה בהר ג"כ מיירי שהמשכיר גילה דעתו שמשכירה להולכה בהר וכמש"כ הש"ך סק"א.

ע"פ הברייתא שם פסק בשו"ע (ב) "שכרה לרכוב עליה אשה, מרכיב עליה כל אשה, בין גדולה בין קטנה, ואפי' מעוברת ומניקה (אפילו תריוויהו אית בה, סמ"ע)".

כתב הטור בדעת הרמ"ה "שהשוכר בהמה למשא ידוע אינו יכול לשנות וליתן עליו משא אחר אפילו אינו כבד ממנו כדאמרין לקמן גבי ספינה זו ויין זה (והוי כמו שאסור השוכר רשאי להשכיר בב"מ כ"ט, ב"י, ולמד כן מדחזינן בשקלא וטריא דברייתא ע"ט דאומר ספינה זו או יין זה הוי קפידא ואינו יכול ליתן לו אחר כמבואר בסימן שיא, ב"י שי"א), אבל י"א שיכול לשנותו ובלבד שלא יהא כבד יותר וכן דעת א"א הרא"ש (וכן דעת הרמב"ן דודאי בעלמא יכול לשנות דמה לי יין זה שהתנה או אחר אלא שמצאה כאן מקום קפידא לנוח ונחה, ב"י שי"א)", והש"ך (ב) כתב שכ"כ עוד רא' וכ"פ הלבוש והסמ"ע לקמן סימן שי"א בסתם ודלא כרמ"ה, וחלק גם על המשך הרמ"ה לשיטתו הסובר דדוקא ששכרה לאשה סתמא אבל שכרה לאשה זו אינו רשאי לשנותה לאשה אחרת, אך הסכים (ג) למש"כ הרמ"ה דדוקא כשהשוכר או הבעלים הולכים עמם דאלי"כ אפילו מכבד לקל לא ישנה שאין השוכר רשאי להשכיר, אך הוסיף דאם הוא אחד מבני ביתו יכול לשנות אפילו אינו הולך עמה דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו מפקיד.

וע"א כתב ע"פ הרמ"ה דגם לדבריו אם שכרה האשה לעצמה כגון שאמרה לו השכיר לי בהמתך שלא הוצרך השוכר לומר לפלונית זו אז יכולה לשנותה ובלבד שלא תהא כבדה ממנה.

כתב בפסקי המשפט (שט,א) דהשוכר רכב רגיל המתאים לנסיעה בלבד והעמיס עליו משאות בצורה שרגילים להשתמש ברכב מסחרי, נחשב לשינוי מתנאי השכירות אע"פ שלא סיכמו על כך במפורש וחייב על כל אונס והוי כדן הכא דשוכר בהמה לשאת עליה משקל ידוע והוסיף שאם מתה חייב.

[בענין מי שהעמיס במעלית יותר מהמשקל המותר, כתב בחשוקי חמד (ב"ק צא.) דלכ"ע פטור לא מבעיא לשיטת הרמב"ן וכדבריו כתבו הקצוה"ח והגר"א, שאם דרך המעליות שיכולות לסבול יותר, אי אפשר לחייב את הנושא, אלא אפילו לדעת הרמב"ם יהיה פטור, כי בשותפים הגרים יחד, אין שייך לומר דהוי שליחות יד, דכל אחד מהם בשלו משתמש, ולכן יש לאמוד את המעלית, אם המעלית יכולה לשאת משא כזה, אעפ"י שהדייר עשה שלא כדן בזה שהעמיס יותר מהמותר, בכל זאת כיון שאין זו סיבה מספקת לשבור את המעלית ולהזיקה, הרי זה בגדר אונס, ויש מקום לפוטרו].

סעיף ג

ע"פ ברייתא ב"מ עט: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "השוכר את החמור לרכוב עליה, יש לו להניח עליה כסותו ולגינו ומזונותיו של אותו הדרך, לפי שאין דרך השוכר לחזור בכל מלון ומלון לקנות מזונות. יתר על זה, הרי מעכב עליו בעל החמור, וכן יש לבעל החמור להניח עליה שעורים ותבן ומזונות של אותו היום, יתר על זה השוכר מעכב עליו, מפני שאפשר לו לקנות בכל מלון ומלון, לפיכך אם אין שם מאין יקנה, מניח עליו מזונותיו ומזונות בהמתו של כל אותה הדרך (סמ"ע: לשון הטור אינה כן אלא 'ואם אינו מצוי לקנות בכל מלון ומלון' ומשמעותו דבעינן שיהא מצוי בכל מלון ומלון, הא אם אין מצוי בכל מלון אף שבקצתו יש מניח עליו), (רמב"ם -) וכל אלו הדברים בשוכר סתם, ובמקום שאין מנהג ידוע, אבל במקום שיש מנהג, הכל לפי מנהג".

כתב ה^הנתיבות (ב) דבדיעבד אם הוסיף נראה דתליא בפלוגתא שהביא הרמ"א בסע' א'.

סעיף ד

משנה ב"מ פ. "השוכר את החמור להביא עליה חטים והביא עליה שעורים תבואה והביא תבן חייב מפני שהנפח קשה למשאוי", ובגמ' "אביי אמר קשה כמשאוי תנן נפחא כי תקלא ואי מוסיף ג' קבין חייב, רבא אמר קשה למשאוי תנן תקלא כי תקלא ונפחא הוי תוספת".

וז"ל השו"ע כרבא "השוכר את הבהמה להביא עליה ק"ק ליטרין של חטים והביא ק"ק ליטרין של שעורים ומתה חייב, מפני שהנפח קשה למשוי, והשעורים יש להם נפח, וכן אם שכרה להביא תבואה והביא במשקלה תבן, אבל אם שכרה להביא עליה שעורים, והביא במשקלן חטים, ומתה פטור, וכן כל כיוצא בזה", וביאר הסמ"ע (ו) ע"פ הגמ' דהשעורים קלים מהחיטין וכשמניח עליה שעורים במשקל החיטין יתוסף המדה והוא עושה נפח והוא כבד לבהמה אע"פ שאין במשקלו יותר, וט"ז סאין שעורין עולין במשקל ט"ו סאין חיטין, ואם שכרו לט"ו סאין חיטין, שהוא נקרא לתך, והניח עליה ט"ז סאין שעורין ומתה הבהמה, חייב באונסין.

סעיף ו

כלשון הרמב"ם כתב השו"ע "שכר סתם, אינו נושא אלא משקל הידוע במדינה לאותה בהמה, ואם הוסיף חלק מל', כגון שדרכה לשאת ל' וטען עליה שלשים ואחד, ומתה או נשברה, חייב", וכתב ה"ה דאע"פ שבגמ' כתבו שיעור ידוע לקצת בהמות הרמב"ם לא כתבו לפי שכל הארצות אינם שוות.

סעיף ז

השוכר פועל סבל, והעמים עליו יותר ממה שרגיל לסחוב, והזוק, האם השוכר חייב בנזקיו?

ומדוע?

ע"פ ברייתא ב"מ פ: וכרב אשי פסק בשו"ע "הכתף שהוסיף (שהטעינו המשכיר) על משאו קב אחד (רש"י: "קב הוי תוספת לאדם הנושא בכתף וחייב המוסיף בקלקולו, מכאן אתה למד שמשא אדם בינוני שלשים קב.. דתנן תוספת החמור שלשה קבין שהן חצי סאה, ומשאו לתך חמש עשרה סאין, אלמא תוספת אחד משלשים במשא הוא", וכתב הסמ"ע דמינה יש ללמוד לכל זמן וזמן דאם יוסיף השוכר חלק אחד מל' כפי המנהג להטעין שחייב באונסין) והזוק במשא זה, חייב בנזקיו (אבל ד' דברים לא חייב אלא היכא דאזקיה בידים, טור בשם הרמ"ה), שאע"פ שהוא בן דעת והרי הוא מרגיש בכובד המשא, יעלה על לבו שמא מחמת חוליו הוא זה הכובד (ובהוסיף בלא ידיעתו מיירי, ה"ה).

הקשה הרמב"ן (בב"י) וכי שומר הוא על גופו שישלם לו ואי בשוכר עבד מחבירו אף הוא פטור מפשיעה, וא"ת שזקיק אדם הם תימה הוא דהא לאו מכחו אתי ליה נזק ואפילו הטעינו הוא ונשאר בצ"ע, והריטב"א (קצות ב) תירץ מפני שהוא גרם לו הטעות שהיה סבור שאמר לו אמת וכיון שעל פיו ועל סמך שלו ניזוק הוי גיריה כמראה דינר לשולחני ואמר לו שהוא יפה ונמצא שאינו יפה (ב"ק צ"ט), וכתב השיטה דזה נראה טעמא דהרמ"ה דלא יהיב אלא נזק בלבד אבל ארבעה דברים לא מיחייב אלא היכא דאזקיה בידים, וביאר הקצות דר"ל דמשום דזה אינו נזק בידים אלא משום דינא דגרמי ולא מיחייב בדינא דגרמי אלא בנזק ולא בד' דברים, אבל בחבסו לאלתר (עיי"ש בגמ') ורבץ תחת משאו בד' דברים

נמי מיחייב, ובנתיבות (ג) חלק דמכל מקום לא הוי רק כממונו שהזיקו דפטור מד' דברים ואף שע"י גרמא שלו בא לו שהטעהו מ"מ לא הוי רק גורם דפטור מד' דברים.

כתב הרמ"א ע"פ תה"ד "הלוקח חמורו של חבירו שלא מדעתו ועושה מלאכתו, וכוונתו ליתן לו שכרו, הוי כשואל שלא מדעת והוי גזלן, ואם החמור עומד לשכור, לא הוי גזלן, ומיהו אם מיחו בו בני ביתו ואומרים שבעל החמור צריך לחמורו, הוי כשלא מדעת והוי גזלן, ואם לקחו להציל את שלו (דוקא דאמר כן מיד אבל לא כשמתה הבהמה, רע"א), ורוצה ליתן לבעל החמור הפסדו, לא הוי גזלן, דתנאי בית דין הוא כדלעיל סימן רס"ד סע' ה', ועיין לקמן סימן שס"ג סעיף ה' מדינים אלו".

הסמ"ע (יד) תמה על הרמ"א שסתם דמותר ליקחו ובסי' רסד/ו-רעד/יב כתב שיש חולקים כלומר הרי"ף והרמב"ם, וצ"ל דס"ל שגם החולקים לא פליגי אלא לאפוקי מדעת שכנגדם הוא הרא"ש וסיעתו דס"ל דבעל היין חייב לשפוך יינו בע"כ, אבל אם אין בעל היין כאן וגילה דעתו דלא ניחא ליה בזה, אפשר דהחולקים מודים דמותר לבעל הדבש לשפוך יינו של חבירו אדעתא לשלם לו.

עמש"כ דבעומד לשכור לא הוי גזלן כתב הנתיבות (ד) דהיינו דפטור מאונסין אבל בפחת שמחמת מלאכה ודאי חייב כשרוצה הבעל הבית כמבואר בסימן שס"ג גבי התקוף ספינתו של חבירו דאם עומד להשכיר דרצה פחתה נוטל, והטעם כעין שכתב השיטה גבי שואל שלא מדעת, דאף שלא נתכוין לגזול הגוף רבנן שווינהו כגזלן, ומ"מ לא חייבוהו לשלם השברים רק הכחישה מחמת מלאכה וה"נ בשוכר שלא מדעת, ועמש"כ בסיפא 'להציל את שלו' כתב (ה) נראה דאפילו במתה מחמת מלאכה פטור, דכיון דתנאי בית דין הוא ודעת רחמנא איכא, כשוכר מדעת דמי דפטור מחמת מלאכה.

סימן שט – השוכר את הבהמה לילך למקום ידוע והולכה למקום אחר

סעיפים א – ב

משנה ב"מ עה. (רש"י) "השוכר את החמור להוליכו בהר והוליכו בבקעה בבקעה והוליכו בהר אפילו זו עשר מילין וזו עשר מילין ומתה חייב. השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה אם החליקה פטור (שבהר היא ראויה להחליק יותר) ואם הוחמה חייב (שהבקעה מעלה הבל), להוליכה בבקעה והוליכה בהר אם החליקה חייב ואם הוחמה פטור אם מחמת המעלה חייב", ובגמ' "מאי שנא רישא דלא קא מפליג ומאי שנא סיפא דקא מפליג (בין הוחלקה להוחמה)? אמרי דבי רבי ינאי רישא שמתה מחמת אויר דאמרין אוירא דהר קטלה ואמרין אוירא דבקעה קטלה (הואיל ושינה בה יכול לומר לו לא מתה זו אלא מחמת אויר לא היתה לימודה ליגדל באויר הר וקשה לה או לא היתה לימודה באויר בקעה וקשה לה, וכתב הרא"ש דדוקא שהיה האויר משונה בו ביום), רבי יוסי בר חנינא אמר כגון שמתה מחמת אובצנא (עייפות) רבה אמר כגון שהכיש נחש (וכגון שידוע שבמקום שהוליכה מצויים נחשים יותר מבמקום שהיה לו להוליכה, רא"ש), רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן הא מני רבי מאיר היא דאמר כל המעביר על דעת של בעל הבית נקרא גזלן".

וז"ל השו"ע ע"פ הרמב"ם שהשמיט רישא דמשנה "השוכר את החמור להוליכה בהר, והוליכה בבקעה, אם הוחלקה, פטור, אף על פי שעבר על דעת הבעלים. ואם הוחמה, חייב. (ב) שכרה להוליכה בבקעה והוליכה בהר אם הוחלקה, חייב, שהחלקות יותר בהר מבקעה, ואם הוחמה, פטור, שבבקעה חמימות יותר מבהר, מפני הרוח שמנשבת בראש ההרים. ואם הוחמה מחמת המעלה חייב (והיינו שראינו שמיד בשעה שעלתה הוחמה, סמ"ע), וכן כל כיוצא בזה", וביאר ה"ה טעמו משום דבגמ' אמר רבי יוחנן הא מני רבי מאיר היא דאמר כל המעביר על דעתו של בעל הבית נקרא גזלן וכתבו הרי"ף והרא"ש דלא קי"ל כרבי מאיר בהא, ואפשר שרבי יוחנן חולק על האוקימתות האחרות ולרבנן כל זמן שאין פשיעתו נכרת פטור דאי לא לא הוה מוקי לה דלא כהלכתא והוסיף דיש מי שפסק כאותן אוקימתות ולפי זה אם שינה ממה שאמר בעל הבית והכיש נחש או מתה מחמת אויר חייב אבל מתה כדרכה וכל שכן אם הוחמה בהר או הוחלקה בבקעה פטור שאע"פ ששינה אינו חייב באונסים.

וז"ל הרמ"א (ב) ע"פ הרא"ש שפסק ככל האוקימתות דס"ל דלא פליגי דר' יוחנן מייירי בסתמא שאין האויר משונה "שינה מהר לבקעה ומבקעה להר ונתייגעה ומתה חייב (ואפילו לא מתה מיד עד שבאתה

למישור אנו תולין אותה בטורח העליה ואילו הולכה בבקעה לא היתה מתיגעת, ואם שינה והולכה בבקעה, שמא אם הולכה בהר היה האויר שולט ולא היתה מתיגעת, סמ"ע בשם הטור, וכן אם שכרה להולכה למקום אחד, והולכה למקום אחר, ואויר הדרך משונה מבמקום אחר חייב, וכן כל כיוצא ב"ב".

כתב הסמ"ע (א) דמדברי הרב המגיד יש ללמוד דמש"כ הרמב"ם והמחבר דאם שינה והוחלקה בבקעה או הוחמה בהר דפטור, כ"ש אם מתה כדרכה דפטור, ולא עוד, אלא אם מתה מחמת אויר או שהכיתה נחש ס"ל דפטור, דהממע"ה, דאמרינן גם אם לא שינה היתה מתה מחמת זה, והא דכתב הוחלקה בבקעה פטור, ולא כתב רבותא, לשון המשנה נקט, ובמשנה קתני הכי אגב דקתני דאם שינה והוחלקה בהר חייב קתני נמי הוחלקה בבקעה פטור, וכ"כ התוס', והרמ"א שכתב ע"פ הטור הני אוקימתות דנתייגעה ומתה או שמתה מחמת אויר, והוא הסכמת הפוסקים, ולא כתב בלשון פלוגתא אדברי המחבר, מטעם שכל שאין רישא דהמשנה לפנינו להקשות מינה למה השמיטוה הרמב"ם והמחבר י"ל דגם הרמב"ם והמחבר ס"ל דינא הכי.

הסמ"ע (ד) ביאר דמש"כ הרמ"א 'ואויר הדרך משונה' היינו כרא"ש דדוקא שהוא ידוע שהוא משונה, דאל"כ היה פטור, אפילו לאביי דאמר בעלמא (ב"מ ל"ו) אוירא דבקעה קטלה, הני מילי היכא דפשע מעיקרא שהיה לו להחזיקה ברפת בקר ופשע בה ויצאה לאגם, שהיתה תחילתו בפשיעה מגניבה ואבידה וסופו באונס הבא מחמת פשיעה ד"ל אוירא דאגמא קטלה, משא"כ זה שיצא עמה לאגם אלא ששינה מהר לבקעה או איפכא דלא מחשב פשיעה, שהמולכה מדקדק בהליכתה שלא תחליק בהר ושלא תתחמם בבקעה, כ"כ התוס'.

מה דין שוכר בבעלים ששינה מדעת בעלים ונאנס מחמת השינוי?

כתב רע"א דמש"כ המחבר בסעי' א' 'ואם הוחמה חייב' כתב הנ"י דאף בש"ח חייב. עוד כתב דאי הוה שמירה בבעלים לכאורה חייב דהוי שינה מדעת בעלים וכאלו התנה באם ישנה ויארע דבר שנוכל לתלות שלא היה נארע אם לא היה משנה יהיה כאלו נטלה שלא ברשות ונאנס, וגם אם החיוב דהוחמה והוחלקה רק מדין פשיעה מ"מ יש לדון לחייב גם בשמירה בבעלים כיון דפשע בידים הוי כמזיק בידים.

סעיף ג (רמ"א)

כתב הרמ"א ע"פ תשובת הרא"ש (לדברי השו"ע – ראה ריש סימן שח) "השוכר את החמור ונעשה פסח בדרך, ולא חש לכך והניח עליו משוי ונתקלקל, הוי פשיעה, דלא ה"ל להניח עליו משוי, אבל אם היה נחוץ לדרכו ולא היה אפשר לשכור חמור אחר, לא הוי פשיעה, ופטור".

כתב הסמ"ע (ז) ברישא דאפילו לא הניח עליה משא, כל שהיה יכול להניח החמור באיזה מקום משומר ולא הניחה ונתקלקל החמור טפי בהליכתו בדרך חייב, ובהניח עליה משא חייב אף שלא היה לו מקום משומר להניח החמור, מ"מ לא היה לו להניח המשא עליו, ודעת ה**נתיבות** (ג) דכשלא מצא לשכור חמור אחר פטור בכל גוונא, ואפילו לכתחילה יש לו רשות להניח משוי עליו, וכשמוצא חמור אחר, אז אם יש נאמן מחויב להניחו, ואם הולכו עמו חייב, ובדליכא נאמן יכול להולכו עמו ריקן, עיי"ש שהאריך.

סעיף ד

ע"פ **משנה ב"מ פ: וגמ'** פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "השוכר את הפרה לחרוש בהר וחרש בבקעה ונשבר הקנקן, והוא הכלי שחורש בו, הרי השוכר פטור (שהרי שינה לטובה שבהר קשה לחרוש טפי מבבקעה) ודין בעל הפרה עם האומנין שחרשו, וכן אם לא שינה על דעת הבעלים, ונשבר הקנקן, דין בעל הפרה עם האומנים. שכרה לחרוש בבקעה, וחרשה בהר ונשבר הקנקן, השוכר חייב ודינו של שוכר עם האומנים (שהרי מבואר בגמ' דכל זמן שהשוכר לא שינה מדעת בעל הפרה האומנין משלמין לבעל הפרה אע"פ ששכרה לחרוש בהר וממילא ג"כ שאע"פ ששינה השוכר דינו עם האומנין והם משלמים, ה"ה) {ו"א (רא"ש) דאם האומנים הם שכורין מן המשכיר הרי הם פטורין מן השוכר, הואיל ושינה, והמשכיר צריך ליתן להן שכרן (דיכולים לומר כיון שאנחנו שכורין ממשכיר ואמר בבקעה שמירת הקנקן שלא ישבר בבקעה קבלנו ולא בהר, גר"א) } ומהו דין האומנים ששברו בעת חרישה שמשלמים, מי משלם, זה האוחז את הכלי בעת החרישה. ואם היתה השדה מעלות מעלות, שניהם חייבים בדמי הקנקן, המנהיג אותה במלמד והאוחז את הכלי (סמ"ע): מפני שבדבר זה בקלות נשבר, והיה לבעל הדרבן

ג"כ לזוהר מאד בהליכת הבהמה, דכשהבהמה מעוותת התלם מעט נשבר הקנקן, ואמרינן דנשבר מכח שניהן, ולא כלבוש דכתב ספק הוא מכח מי נשבר משו"ה משלמין בין שניהן, דהתוס' דחו פירוש זה וכתבו דאי משום הא לא היו חייבין דלא קי"ל כסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין).

כתב הסמ"ע (יג) דמש"כ הרמ"א דהמשכיר צריך ליתן להם שכרם ר"ל אף אם אין ביד המשכיר להוציא דבר מהשוכר מפני שהוא עני או אלם, אין לו לתפוס שכירות הנערים לומר להן למה שמעו לו לחרוש בהר, שיאמרו לו אף ששמענו מהשוכר ששכר ממך הפרה לחרוש בבקעה, מ"מ מדלא התנית עמנו שלא לשמוע לו לחרוש בהר, אמרנו שדעתך שנעשה בציווי השוכר עלינו ואין אתה מקפיד עמו.

כתב ה^הנתיבות (ד-ו) דמייירי שהמשכיר שכר האומנין, ואם שכרם השוכר, אז אם שכר למי שדרכו להפקיד, תליא בפלוגתא המבואר בסימן רצא/כד אי חייב הראשון כשפשע השני ואין לו לשלם, ואם שכר למי שאין רגיל חייב, ומזה נלמד אם שכר אצל בעל עגלה עגלה עם סוסים ועם עבדו של המשכיר או עם פועל שלו, דפטור כשפשע הפועל או העבד דלא גרע ממסר למי שרגיל להפקיד, ומש"כ הרמ"א דפטורין מן השוכר ה"ה אם הבעל הבית בעצמו שכרם ופירש בשעת שכירות בבקעה ואחר כך ציוה אותן לחרוש בהר ונשבר פטורין, שיכולין לומר על שמירת הר שומרי חנם אנחנו, שהשכירות אתה חייב לנו על שמירת בקעה, אבל אם פשעו נגד שמירת הר חייבים, ומש"כ דהמשכיר צריך ליתן להן שכרן כתב דהאומנין חייבין לישיבע ששמרו כמו שוכרים בשמירת בקעה עכ"פ, ולא פשעו נגד שמירת הר, דמבואר הוא שהפועל צריך לישיבע ליטול שכרו, דנגד תשלומי שכר הבעל הבית הוי כאיני יודע אם נתחייבתי.

עמש"כ הסמ"ע בסיפא ע"פ התוס' גבי שניהם חייבים, הקשה בחידושי רע"א על הש"ס (פת"ש ב) דהא כיון דשניהם קיבלו לחרוש הוויין כמו ערב זה לזה כמבואר בסימן עז/א וא"כ גובה מכל אחד החצי ממה נפשך, או שהוא פושע או שהוא מחויב מדין ערב, וכתב די"ל דהכא דומה למה דאיתא בבכורות מ"ח ובשו"ע סימן מ"ט בב' יוסף בן שמעון שקנה אחד שדה מחבירו, ויצא שטר חוב על אחד מהן, דאינו יכול לגבות מזה שקנה בממה נפשך וה"נ כן, אף שהוא ערב בעד חבירו, מ"מ הא מחבירו גופיה אינו יכול לגבות דמצי לדחות שמא לא פשע, ממילא אינו יכול לגבות מהערב, עיי"ש.

סעיף ה

ע"פ משנה ב"מ פ. פסק בשו"ע "שכרה לדוש בקטנית, ודש בתבואה, והוחלקה, פטור. בתבואה, ודש בקטנית, חייב, שהקטנית מחלקת".

סימן שי – השוכר את החמור ונסתמא או מת או נשבר

סעיפים א – ב

ראובן שכר מונית לנסיעה מיוחדת מתל אביב לירושלים במחיר 1000 ל"י, בהגיע לשער הגיא חלה תקלה במונית וראובן נאלץ להזמין מונית מיוחדת מירושלים שתקחנה ליעדו, עבור המונית השניה שילם ראובן 700 ל"י. בעל המונית הראשונה דרש מראובן שישלם לו לפחות את מחיר הנסיעה מתל אביב לשער הגיא בסך 500 ל"י. ראובן מוכן לשלם לו רק 300 ל"י (כסכום החפזש בין מחיר הנסיעה מת"א לירושלים לבין הסכום ששילם עבור הנסיעה משער הגיא לירושלים) הצדק עם מי? ציין מקורות.

ע"פ משנה ב"מ עח. וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "השוכר את הבהמה וחלתה {ועדיין ראוי למלאכה (טור)}, או נשתטית, או נלקחה לעבודת המלך (כשמואל –) אעפ"י שאין סופה לחזור (דלא כרש"י שפירש שאין המלך מחזירה לב' וג' ימים עד שיפגע בחמור אחר), אם נלקחה דרך הליכה הרי המשכיר אומר לשוכר הרי שלך לפניך (דמצי אמר ליה מזלך גרם שאילו היתה בבית לא היתה ניטלת, תוס' בשם ר"ח), ונותן לו שכרו משלם (דלא כרש"י שפירש 'ואף' מזלך גרם כלומר ונפסיד שנינו). בד"א (ה"ה וסמ"ע: קאי אחלתה או נשתטית אבל בדין האנגריא הדבר שוה ברכיבה ומשאוי), 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 (לשיטתו מדלעיל וראה לקמן). 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 (לא מיבעיא קאמר, לא מיבעיא דאם יש בדמיה לקנות אחרת אפילו פחותה שקונה דהא לא מכליא קרנא דהראשון, אלא אפילו אם אין בדמיה אלא לשכור אפי"ה ימכור הנבילה וישכור לו אחרת, דקי"ל כשמואל דלא חייש לפסידא דקרנא, סמ"ע, וכתב ה^נתיבות ו' דאם אין בדמים לשכור כתב המל"מ דאין צריך להחזיר לו כל שכרו, ומסתימת הפוסקים משמע ג"כ דא"צ רק לחשוב עמו כמה שהלך כמו בחלתה ושכרה לרכיבה דהרמב"ם ס"ל דלא נשתעבדו שאר נכסים לשכירות החמור, רק החמור שמשך נשתעבד לו ולא יותר).

עמש"כ המחבר בשכרה לרכוב עליה או לשאת עליה כלי זכוכית וכו' דאם לא העמיד יחזיר השכר **הסמ"ע** (ה) דכתב הרב המגיד דהרמב"ם ס"ל דכל שלא מת אף ששכרו לרכוב ואמר חמור זה, אין החמור משועבד לו לשכור או לקנות אחר בדמיו, אבל הטור לא ס"ל הכי, אלא נתן לזה דשכרו לרכיבה או לנושא זכוכית והתליע או נשתטה הדין כאילו מתה הבהמה, ובמתה הבהמה אפילו אם ירצה המשכיר להחזיר לו השכר יכול השוכר לומר אינני חפץ בשכרי כי אם בבהמה, והוי דינו דאם שכרו לבהמה סתם ונתיקרו בשכירות מתחייב המשכיר להוסיף כמה וכמה מביתו להעמיד לו בהמה אחרת, ואם א"ל חמור זה ויש בדמיה לקנות או לשכור בהמה אחרת מוכרין את זו וקונין או שוכרין לו אחרת, וגם הרמב"ם ס"ל כטור, ותמה (א) על הרמ"א שלא כתב שהטור חלוק על הרמב"ם (ועיין נתיבות ד').

בענין העמדת בהמה אחרת כתב **הסמ"ע** (ו) דדעת הראב"ד דוקא שהקנה לו בקנין דא"כ במאי נתחייב לו אין כאן אלא מי שפרע וכיון שמת אין כאן מי שפרע, והרא"ש ס"ל דבמשיכת החמור נשתעבדו נכסי המשכיר להעמיד לו חמור עד אותו המקום, אולם בלשון הרמב"ם והמחבר משמע דלא ס"ל כחד מינייהו, דלדידהו מהני הקנין או המשיכה שמשועבדין כל נכסי המשכיר להעמיד לו בהמה אחרת, ולרמב"ם משמע דאין נכסיו משועבדין לו כי אם בהמה זו אפילו בהשכיר לו בהמה סתם, והטור פסק כרא"ש דאין צריך קנין משום דהרי"ף ועוד ס"ל כוותיה, והנתיבות (ה) הביא שהסמ"ע פסק כרא"ש דא"צ קנין, ותמה דהא לרמב"ם והמחבר אין משועבד רק חמור זה, ולקנות חמור זה לכ"ע אין צריך קנין דהא נקנה לו במשיכה, ומחלוקת היא רק לענין שעבוד נכסים להעמיד לו חמור אחר אי צריך קנין.

כתב ה^נתיבות (א) דמדובר כשחלתה אחר שבאה לרשותו, אבל לכתחילה אם יש לו חמורים רבים אינו יכול ליתן לו חמור חולה או נשתטית, ולא דמי לשור בין שוורים מכור לך שנותן לו הגרוע, כי גם במוכר עולמית אין יכול ליתן לו חמור שהיא חולה או נשתטית שלא תתרפא לעולם דודאי דהוי מום במקח.

דן ה^נתיבות (ב) בשיטת ר"ח בענין מזלך גרם והעלה דכל שהאונס נעשה בגוף הבהמה מזל המשכיר גרם, ואפילו בנשברה מחמת המלאכה דומה למתה, אבל אם לא בא האונס רק במלאכת השוכר חייב ליתן לו שכרו משלם דמזליה ידיה גרם, והוא הדין בשוכר בית ונלקח לאנשי חיל, דאם אפשר לדור עמם הוי כראוי עדיין למלאכה ומשלם הכל, אבל אם נלקח כל הבית שאי אפשר לדור עמהם, אינו חייב רק כפי מה שדר בו, דזה דומה למחפשינן גם בבתיים.

ע"פ **ב"מ משנה עט.** וגמ' וכגירסת הרמב"ם (לחלק בין שכרו למשא או לרכיבה) פסק בשו"ע **"א"ל** חמור זה אני שוכר לך, אם שכרה לרכוב עליה או לכלי זכוכית, ומתה בחצי הדרך, אם יש בדמיה ליקח בהמה אחר יקח, ואם אין בדמיה ליקח, שוכר אפילו 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 {ויש חולקין (ראב"ד וטור) שהקשו דמה חילוק בין שכרו למשא או לרכיבה) וס"ל דאפילו שכרו למשא דינו כשכרו לרכיבה, (טור) ע"פ התוס' - } והא דאמרינן 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 (קאי אכל מקום שנזכר בדינים הללו שמשלם לו שכר על מה שהביאו לכאן, וקאמר דהיינו דוקא שנהנה השוכר על מה שהביאו עד כאן,

והיינו כשיכול למכור סחורתו גם כאן במעט ריוח, ואע"פ שאם הולוכו למקום מבוקשתו היה לו ריוח יותר, עכ"פ מיקרי זה הנאה, וכיון דהמשכיר לא פשע ונאנס במיתת הבהמה צריך לשלם שכירותו דעד הנה לפי ערך, סמ"ע ע"פ הטור }."

הסמ"ע (ט) האריך לתמוה על הרמב"ם, וכן על המחבר שפסק כמותו על אף שראה השגות הראי, והעלה דס"ל לרמב"ם דלשון 'זה' משתמע לתרי אפי, יש לדקדק מיניה טובת המשכיר דחמור זה כמו שהוא אמר כלומר דלא נתחייב להעמיד אחר במקומו, ויש לדקדק מיניה ג"כ טובת השוכר, דחמור זה דקאמר ר"ל דיהא משועבד לך כל זמן שראוי למכור ולשכור, ולכן כי שכרו למשאוי מסתמא כי אמר חמור זה אני משכיר לך לאו לטובת השוכר אמרה, דאי משום שמא תמות, לזה ודאי לא אסקי דעתן להתנות, דלא שכית הוא שימות חמור שהוא עתה בריא, ואי משום שמא תסתמא או תעשה אנגריא שיעמיד לו חמור אחר, אין זה סברא שיחייב עצמו מה שאינו מחויב, שהרי עדיין ראוייה היא לשאת עליה המשא, אלא ודאי לדקדק טובת המשכיר קאמר, ולפיכך הוא הדין כי מת אח"כ דקדוק של זה במקומו עומד, וכי מת או נשבר אח"כ תו לאו חמור זה הוא, אבל בשכרו לרכיבה כיון שאם יסתמא ואינך תו אין ראוייה לרכיבה ודברים כאלו הם הווים לבוא במקרה, מסתמא מה שאמר חמור זה היה לטובת השוכר, ואף שהמשכיר התנה ולא השוכר, רגיל הוא שהמשכיר מפרש אופן השכירות כמה תהיה כדי להרבות לו בשכרו, ואע"פ דלא כתב הרמב"ם בפירוש דמשועבד לו החמור בשכרו לרכיבה ואמר ליה חמור זה ונסתמא כי אם במת, מ"מ י"ל דהרמב"ם לשון הגמרא נקט, עיי"ש עוד. **הנתיבות** (ז) כתב שדבריו דחוקים ויש "לישב בפשיטות" דודאי כשאומר חמור זה משמעותו למעט אחר, אמנם התוס' בב"מ ע"ט כתבו לחלק דבבית שאינו עומד למכור כשנפל אין משועבד הנשאר מהבית לקנות אחר, משא"כ חמור שמת שעומדת הנבילה למכור נשתעבד גם הנשאר מחמור זה, ולפ"ז בשכרו לרכוב שהדין כשחלתה כשאמר לו חמור סתם, דכשיש לו חמור מחויב להעמיד, א"כ י"ל שמיעט במלת זה שלא ליתן חמור אחר, ולזה ודאי דאין לומר שמיעט במלת זה דאפילו אי מתה הבהמה שלא תהיה משועבדת הנבילה הנשארת מחמור זה לקנות חמור אחר, כיון דדרך הוא לקנות מהנבילה חמור אחר, וגם הוא אתי מחמור זה, א"כ מהיכא תיתי לן למעט מלשון זה דבר שהוא אתי מחמת זה ודרכו לעשות בכך, תפשת מרובה לא תפשת, ואמרינן שלא מיעט בלשון זה רק לענין שלא יצטרך ליתן חמור אחר לענין אם חלתה דאז אינו ראוי למכור החמור, וממעט במלת זה שלא יתחייב ליתן חמור אחר, משא"כ בשכרו למשא דאז כשחלתה אפילו בחמור סתם אינו חייב להעמיד חמור אחר, וע"כ לא בא למעט במלת זה רק לענין אם תמות הבהמה שלא יצטרך ליתן בהמה אחרת, וממילא אינו מחויב למכור ג"כ הנבילה כדי לשכור, דאי היה יכול למכור הנבילה והעור לשכור אחרת, זה נקרא חייב להעמיד אחר כמ"ש המחבר בלשונו לשון חייב, והוי כנקטיה בכובסיה שיעמיד חמור אחר, ובלשון זה פוטר עצמו מחיוב כפיה להעמיד.

במשפטי ליעקב (ח,לד) דן במקרה המדובר של רכב שכור שנתקע, ונאלץ השוכר לקחת מונית (עיי"ש במקרה בהרחבה), ולפי הגמרות והשו"ע הנ"ל פסק בנידון שהמונית עלתה יותר מדמי השכירות שאין השוכר צריך לשלם כלל על דמי שכירות הרכב, אך הוסיף שאם המונית עלתה יותר מדמי השכירות אין לחייב את המשכיר כיון שהמשכיר לא השתעבד מעבר לסכום השכירות ומהגמ' הנ"ל לא מצאנו חיוב מעבר לסכום השכירות [נז"ל "אין ראובן חייב לשלם לשמעון כלל על דמי שכירות הרכב, כיון שהמחיר ששילם למוניות שיקחו אותו לצפת, היו יותר מכל שכירות הרכב, אך מאידך גם אין מקום לחייב את שמעון בתוספת הקטנה שהיתה מעבר לסכום השכירות (עלות הנסיעה במוניות לצפת, היו מעט יותר מסכום השכירות), כיון ששמעון לא השתעבד מעבר לסכום השכירות, ומהגמ' הנ"ל לא מצאנו חיוב מעבר לסכום השכירות, ואף בחייב להעמיד לו אחרת, כבר כתב רש"י.. דאז יעמיד לו אחרת או יפסיד שכרו, שלא נשתעבד המשכיר מעבר לשכר השכירות, ואין שעבוד המשכיר אלא להעמיד לו חמור תמורת השכירות, ושלא מעמיד לו חמור, אין לו שכר, אבל לא השתעבד לנזקי גרמא שיגרמו מחמת החמור, וגם בנשברו כלי הזכוכית בנפלה הבהמה, אין חייב המשכיר לשלם לו כלי הזכוכית, וכמבואר בגמ' שם דרק טענה יש לשוכר שלכן לא יכול להשתמש בבהמה", וכן נראה מהסמ"ע והנתיבות גבי 'אין בדמים ליקח בהמה אחרת' ששאר נכסיו לא השתעבדו, הובאו לעיל בתוך השו"ע, ושם יש לדון לפי שיטת הרא"ש בהמשך אי נשתעבדו כל נכסיו, ומ"מ המשכיר מוחזק בממון מכח הרמב"ם, ח.פ.]

סעיף ג

מי ששכר מכונית מחבירו למספר ימים כדי להגיע למקום מסוים ובחזרתו נגרמו עיכובים ותקלות והתעכב ימים נוספים, באיזה עיכובים ותקלות אין מחייבים אותו לשלם עבור הימים הנוספים ובאיזה מקרים מחייבים? במקום שחייב לשלם, האם הוא ישלם את הסכום המלא או ישלם כפועל בטל (המכונית עומדת ולא נוסעת)?

מה הדין שכר רכב מחברת השכרה ליום שלם, ובחצי היום נתקע הרכב, האם משלם על חצי היום השני, ומי ישלם את שכר הגרר?

שכר את חמור חבירו ונאנס מלהשיבו, האם יש לחייבו מדין 'שבת'?

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "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 (ע"פ ב"מ עז.), ראה ריש סימן של"ג, גבי 'אי סיירא לארעיה מאורתא' וכו'), ואם היה רגיל להתגדל, והשוכר מכיר ענין הנהר ולא המשכיר, פסידא דשוכר, ואם שניהם ידעו פסידא דבעל בהמה, ומזונות הבהמה והשכירות (ר"ל מזונות של יום השלישי שנתעכבה הבהמה במקום שהוא פסידא דהמשכיר במה שלא התנה צריך המשכיר ג"כ לשלם לשוכר דמי המזונות של אותו היום, סמ"ע), דין אחד להם".

כתב הסמ"ע (יב) דכללא דהאי דינא דכל ששניהן ה"ל למידע ולהתנות כגון שרגיל להתגדל, או ששניהם לא ה"ל למידע כגון שאינו ראוי להתגדל, בשניהם הוא פסידא דהמשכיר, דהוא בא להוציא שכירות מיד השוכר ועליו מוטל להתנות דהמע"ה וידוע על התחתונה, וצריכין שיהיה דבר שהשוכר ידע והמשכיר לא ה"ל למידע, דבזה ודאי על השוכר ה"ל להתנות ואם לא התנה הפסיד צריך לשלם וכן הוא בב"ב ע"ו בכל ענינים דפועלים ובעל הבית, דיד פועל שבא להוציא היא על התחתונה.

כתב הסמ"ע (יא) עמש"כ ברישא דצריך ליתן שכירות יום ויום דלכ' צריך ליתן לו שכירות משלם ולא כפועל בטל, דניחא ליה דליכחוש חמריה ולא ליכחוש מריה, מיהו הכל לפי המשו' "וכמ"ש הטור בריש סימן של"ג בחמר שהשכיר חמורו ע"ש דכתב דנותן לו כפועל בטל", וכתב בפתחי חושן (ד, ב, כב) בהערה "ומשמע שחזר בו הסמ"ע ממה שהיה נראה לו לכאורה בתחלת דבריו, וסובר עתה שנותן לו כפועל בטל, ולפמ"ש בסמוך יתכן שלא חזר בו, אלא תלוי לפי דרך המשכירים, ולולי דמיסתפניא אפשר שיש ט"ס בסמ"ע וצ"ל הכל לפי המצוי, דבלא"ה אינו מובן ענין משוי לכאן, וכ"כ הגר"א בפשיטות שנותן לו כפועל בטל, וכ"כ בשו"ת יעקב הנ"ל וכתב שכן מסקנת הב"ח", ובהלכה למעלה הביא דעה זו שמנכה לו שכר בטלה כ"ש אומרים", וראה בסמוך.

כתב הנה"ב (ח) דמש"כ הסמ"ע דמנכה לו כפועל בטל, נראה דמיירי דוקא שפירש לו ששכרו למשא על כך ימים, אבל אם שכרו סתם על "כך ימים" שיעכבו, משמע בין יעשה בין לא יעשה, אינו מנכה לו כלל דהא כן היה התנאי, וכמ"ש הרא"ש בטעם דלא מהני אונס משום דכן היה התנאי [בפתחי חושן (ד, ב, כו) כתב שבשו"ת קנה בשם הוכיח שהקצות והשבוי דלקמן דלא ס"ל כוותיה (ודעת החו"י לקמן שמשלם לו שכר שלם דעת יחידאה היא), שהרי בנידון דלקמן היה ידוע ששוכר לימים שלא יעשה בכולם מלאכה אלא לעיכוב בלבד ואפ"ה ס"ל שמנכה, והפתחי חושן דחהו דלא דנו השבוי והקצות על הימים שהיה ידוע שלא יעשה מלאכה ואין להוכיח שחולקים על הנה"מ, והעלה לדינא שיש לחקור בדרך המשכירים אם דרך לנכות משום בטלה ינכה לו ואם לאו אינו מנכה וז"ל בהלכה כ"ו "השוכר כלי מחבירו למלאכה, אף על פי שלא נשתמש בה משלם לו שכרו, ואם דרך לנכות שכר בטלה מנכה"].

כתב הנה"ב (ח) דמשמע במחבר דאפילו הזכיר המקום שרוצה לילך לשם מ"מ כיון שהשכירות היתה שכל יום ייתן לו כך הוי כעין תנאי שהתנה שכל יום שיעכבה יתן לו שכירות ולא שייך טענת אונס, אך קשה, נהי דהיה תנאי, מ"מ אם נתחייב מנה על תנאי ונתקיים התנאי באונס פטור מחיובו, דהא יש טענת אונס בממון, לכן כתב נראה דעיקר הטעם כיון דאמר לו כל יום ויום שיעכבו הוא מושכר לו בעד

כך וכך, א"כ אם יתרצה הלה לעשות מלאכה בחמור כשהוא מעוכב יכול לעשות, א"כ אף בשעת אונס החמור מושכר לו לעשות בו איזה מלאכה שירצה ולא ביטל האונס את השכירות, משא"כ בהזכיר לו ששכרו למקום זה לילך ולחזור, וכיון שכבר עשה הדבר ששכרו לזה הדבר נתבטל שוב השכירות והאונס עיכב החזרה, פטור.

לגבי תשלום הגרר, יש לומר שהוא כדין המזונות דבהמה, שמבואר בשו"ע דדין המזונות כדין השכירות, וכאמור במקום שידעת שניהם שווה ולכל הפחות השוכר לא ידע על משהו מיוחד בפעולתו, אזי התשלום על המשכיר.

הקשה הנו"ב (פת"ש ב) משו"ע הכא לסימן שז/ו דפסק דאין שבת בבהמה ואין פסק כאן בעיכבו הנהר שצריך השוכר לשלם והלא אפילו פשע ועיכב בהמת חבירו במזיד פטור, והשיב ¹דכאן באמת אינו חייב לשלם רק יום אחד יותר והיינו יום השלישי, והרי באותו יום רכב עליה, אבל אם עיכבו הנהר ימים הרבה, כל אותן הימים שעמדה הבהמה בטילה חוץ משני ימים הראשונים באמת אינו חייב לשלם, ועוד השיב (וכן נראה עיקר בתשובותיו, פת"ש) ²דשאני היכא שירד מתחילה בתורת שכירות, אף ששכרה רק למקום ההוא, מ"מ כל זמן שלא החזירה למרה עדיין היא מושכרת בידו וחייב לשלם שכירותה, כיון שהוא ידע מרגילות הנהר היה לו להתנות על זה, ואין זה דומה למה שהביא הש"ך בסוף סימן ש"ז בשם רש"ל שאם סגר בהמת חבירו בחדר וביטלה ממלאכה שהוא פטור דאין משלמין בבהמה שבת בלא נזק, דשם לא באה לידו בתורת שכירות, ואף שהשו"ע שם מיירי בשוכר ואפ"ה פטר מטעם שאין שבת בבהמה, התם מיירי שמחזירה לבעליה אחר כלות השכירות אלא שהוכחה כחש שסופה להתרפאות וכיון שמחזירה הרי כלתה שכירותו.

[מה הדין בשכר הבהמה למהלך ידוע, או שכרה לסכום ימים, והוצרך להתעכב מחמת אונס שלא היה לו לידע בשעת שכירות, האם פטור השוכר מלשלם עבור ימי העיכוב?]

כתב בשו"ת **חות יאיר (קצות א פת"ש א)** בראובן שהיה לו סוס עומד להשכיר בשכירות ידוע חצי זהוב ליום מיציאה עד ביאה ולוי נצטרך לרכוב אל השר מהלך ג' ימים ולקח לסוס על ח' ימים ובהיותו שם העליל עליו השר ועיכבו שם עד חודש ימים ובבואו תבע ראובן שכרו לכל הימים מראש ועד סוף ותפס בעדים, ודן דאיתא בירו' דמבטל כיסו של חבירו פטור הביאו הנ"י (ראה רצב, ז), וטעמא משום דלא הוי אלא גרמא, ולפ"ז אפילו תבע מעותיו והתרה בו ואמר שיכול להרויח בהם וזה מעכב פטור וכ"פ רש"ל וחולק על הרמ"א בסימן רצב/ז הסובר דחייב, וכתב דלכ' קשה מאי שנא מהדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאם החצר עשויה לשכר חייב הדר לתת לבעל הבית שכרו וכן התוקף ספינתו של חבירו העשויה לשכר חייב, והעלה דיש לחלק (למסקנה, ובתחילה כתב לחלק דמבטל כיסו מיירי כשבא המעות בהיתר לידו, אך לפי"ז מי ששכר בית מחבירו על שנה ואחר שנה אמר לו לצאת מביתו ונתעכב כמה שנים יהיה פטור מליתן לו שכר) דבית וספינה שעומדין להשכיר ודרך העולם שאין עומדין פנוין דשכיחי שוכרים, משא"כ מעות דצריך התחכמות והתעסקות קניה ומכירה, והנה בנדון דסוס דלא פשע המעכב לכ"ע פטור, וכן זה שלא נהנה בסוס חבירו כו' אדרבה היה מוציא הוצאות במזונותיו חנם ועוד הרי נאנס בעכבת הסוס, ואפילו נדון בזה דינא דגרמי כבר הכריע הש"ך בסימן שפ"ו סק"א שהוא רק קנסא ובשוגג פטור, וכל זה בשכרו לוי על ח' ימים משא"כ בלקח הסוס בשכירות סתם שידוע שכרו או שפסק עמו חצי זהוב ליום ולא זכר סך ימים אע"פ שהמהלך ידוע שאינו רק שלשה ימים מ"מ צריך ליתן לו חצי זהב לכל יום, ואין אומרים שינכה לו קצת מפני שישב בטל, מפני דלא איכפת ליה למשכיר בכך ואפשר דמצוי למימר ניחא לי טפי שישאר ברגילותו ברכיבה דוגמא לב"ק צ"ז ניחא לאיניש דלא ליסתר עבדיה, ואפילו אם שאל המשכיר לשוכר לכמה ישהה שם אצל השר והשיב יום או יומים לכל היותר ואח"כ לקח הסוס סתם דינו כשכרו סתם.

הקצות כתב דמה שהקשה מהא דמבטל כיסו דטעמו מבואר דקרקע אינה נגזלת ומש"ה חייב לשלם שכר בדר משא"כ מטלטלין דנגזלין וכל הגזלנין אינן משלמין אלא כשעת הגזילה ושבח גזילה דמטלטלין דגזולן הוא, אבל שבח גזילה דקרקע דנגזל הוא, ומה שהקשה מספינה העשויה לשכר דחייב התם נמי אינו אלא אם ירד אדעתא דאגרא אבל אם ירד אדעתא דלא לשלם אגרא אינו משלם שכרה ומשום דכל הגזלנין אינן משלמין אלא כשעת הגזילה, וכה"ג נמי במבטל כיסו אם עוסק אדעתא ליתן ריוח לבעל המעות צריך לשלם לו הריוח וכמבואר בסימן רצ"ב שם, ואם עוסק אדעתא ידידה ושלא ליתן ריוח

לבעל המעות פטור ומשום דגבי ספינה נמי כה"ג פטור. ובעיקר הדין בנידון כתב דהוא הך דינא דשו"ע דאם שניהם לא ידעו הו"ל פסידא דמשכיר, ואם שכרו לימים סתם חצי זהוב ליום פשיטא שנותן לו כל שכרו לכל יום ויום כמבואר כאן לפנינו בשו"ע, אמנם מנכה לו שכרו כפועל בטל, ומש"כ דהו"ל כמו האי דאמרו דניחא ליה דלא ליסתור עבדא וה"נ ניחא ליה ברגילותו ברכיבה, הרי אמרו להדיא בב"מ ע"ז גבי הלכו חמרין ולא מצאו מנכה לו כפועל בטל ואפילו בעד הסוסים מנכה וכן מבואר להדיא בתשובת הרא"ש בהך דינא דשכרו לימים דמנכה לו כפועל בטל, וכ"כ בסמ"ע (סקי"א) [ומה שכתב דאפילו אם שאל המשכיר לשוכר כמה ישהה שם אצל השר והשיב יום או יומים ולא יותר ואח"כ לקח הסוס סתם דינו כשכרו סתם, ליתא, דמלתא דתנאה שאני דכל שלא פירש אופן התנאי בשעת מכירה מחל לתנאה, אבל קוצב לו זמן שכירתו ואח"כ נגמר ביניהם השכירות ודאי על קצבתם הראשונה נגמר, והרי זה כאומר מכור לי חצי טלית ואח"כ משך הטלית סתם דאין לו אלא חצי טלית, וה"נ לא הוי אלא כמו שכרו לשני ימים כיון דאמר למשכיר שלא ישהה יותר משני ימים] - מ"מ נראה בקצות דהסכים לדינא לחו"י ופטור, וכ"כ באוצר התשובות (הע"כ).

הנתיבות (ט) חלק על פטור החו"י דבשלמא בגודל הנהר נעשה האונס בחמור שלא היה אפשר לו להחזירו בשום אופן, משא"כ בנידון דסוס בחו"י היה אפשר לו להחזיר הפקדון ע"י שליח, ואין בו משום אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר כמ"ש הסמ"ע בסימן קכ"ה (סקי"ג) ס"ק י"ג ע"ש, ובפרט שיש לומר שעיקב החמור לצרכו שהיה חושב בכל יום אולי יוגמר העסק שלו ויצטרך ליסע לביתו, דהא מהאי טעמא לא רצה ליתנו לשליח, ובשבו"י (פת"ש) כתב כעין דבריו אך מ"מ אינו נותן לו שכר רק כפועל בטל וכסמ"ע סקי"א.

עוד חלק השבו"י עמ"ש"כ החו"י דתפיסת ראובן אינו מועיל כלום, דזה אינו, דאפילו אם נדמה זה לבבא תניינא בשכרה לשני ימים ולא היה רגיל הנהר להתגדל, מ"מ בהאי דינא גופיה נראה דהיכא דתפס המשכיר משל שוכר פסידא דהשוכר, דהא מקור הדין נובע מב"מ ע"ז 'אמר רבא האי מאן דאגיר אגירא לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא אי לא עביד דפסיק פסידא דפועלים' וכתב הרא"ש דכל אונסא דלא מיבעי להו לאסוקי אדעתיהו לא פועל ולא בעה"ב, אי נמי תרווייהו איבעי לאסוקי דעתייהו, המוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחתונה, וכן הוא בקיצור בסמ"ע כאן, א"כ פסידא דבעל הבהמה משום דהוא המוציא, ממילא היכא שבעל הבהמה מוחזק אזי הוי פסידא דשוכר.

סימן שיא – השוכר הספינה ופרקה בחצי הדרך או טבעה בחצי הדרך

סעיף א

ע"פ ברייתא ב"מ פ: פסק בשו"ע "ספינה שהוסיף בה אחד מ-ל' על משאה וטבעה, חייב לשלם דמיה".

סעיפים ב – ה

השוכר ספינה וטבעה בחצי הדרך, מה הדין, באילו מקרים משלם השוכר שכר מלא ובאילו שכר חלקי? פרט את השיטות והסברות.

ב"מ עט. "תנו 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 מייתינא חמרא, אלא בספינה סתם ויין זה אם לא נתן אמאי לא יתן נימא ליה הב לי ההוא חמרא ואנא מייתינא ספינתא, אמר רב פפא לא משכחת לה אלא בספינה זו ויין זה אבל בספינה סתם ויין סתם חולקין".

וז"ל השו"ע (ב) כלשון הרמב"ם (וכן לקמן) "השוכר את הספינה וטבעה בחצי הדרך אם אמר לו 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 { ואם אפשר להוציא הספינה מן המים ולהשכיר ספינה אחרת בדמיו או בכל מה ששייך

לספינה צריך להשכיר כמו שנתבאר לעיל סימן ש"י (סע' ב) לענין חמור **(הגה"מ, ר"ל דאין המשכיר יכול לעכב על השוכר מלעשות כן, אבל הטיפול עכ"פ הוא על השוכר, סמ"ע)**.".

הסמ"ע (ב) למד ברמב"ם והמחבר דכל מקום שהמשא ששכר עליו עדיין לפנינו יכול השוכר להחליפו **באחר** ובכלל מדת סדום הוא, דהרי היה למשכיר עכ"פ לישא משא כזו ע"ג בהמתו או ספינתו, משא"כ כשמשא הראשון אינו בעולם בזה לא הכריחו למשכיר לקבל מהשוכר משא אחר, וזה מש"כ הרמב"ם שהקפדה גדולה יש בספינה זו ר"ל בספינה זו שטבעה ואיננה לקיים תנאו, **ולאפוקי מהלבוש** שנתן טעם למ"ש המחבר שהקפדה גדולה יש בספינה זו כלומר שיכול לומר לכך שכרתיו מפני שהוא בטוח להוליך בה יותר מבשאר ספינות, וליתא, ועוד כי איך יטעון שבטוח היה בספינה זו כו' שהרי כחשותו העיד על פניו, שהרי ספינה זו טבעה יותר משאר ספינות. **הש"ך** (א) **והקצות** הסכימו עם הלבוש וביארו דתרתני בעינן דכיון שנטבע ספינתו ואין היין הזה לפניו הוא דיכול להקפיד דיכול לומר הואיל ונטבע ספינתי למה לי להשתדל ספינה אחרת כיון שאין לך יין זה, אבל אם רק היין נטבע יכול לטעון עליו יין אחר אע"פ שאמר יין זה, אך חלק הקצות עמש"כ הש"ך דכשאומר יין סתם וספינה זו אפשר דאפילו היין לא נטבע יכול לעכב עליו ולומר איני רוצה ספינה אחרת, אלא דודאי יכול לומר איני רוצה ספינה אחרת, דכיון דשכירות ליומא ממכר הוא.

כתב **הסמ"ע** (ג) **דלא דמי לסימן שי/ב בשוכר חמור זה ומת בחצי הדרך** ואין בדמיו לשכור אחר דעכ"פ צריך לשלם השכירות לפי ערך המגיע עד כאן, דהתם איירי דנהנה במה שהביאו עד אותו המקום דיכול למכור שם הסחורה או לשכור חמור אחר משא"כ כאן דנטבע היין ולא נהנה כלל.

כתב **הנתיבות** (ב) דדברי הרמ"א היינו לשיטת היש חולקין שהביא הרמ"א בסימן שי/ב אבל לדעת המחבר שם כיון ששכרו למשא אינו שוכר בדמים.

ז"ל **השו"ע** סע' ג "אמר לו ספינה סתם אני משכיר לך ושכרה השוכר להוליך בה יין זה, אע"פ שלא נתן לו מהשכר כלום, חייב ליתן כל השכר, שהרי אומר לו הבא לי היין עצמו ואני אביא לך ספינה מכל מקום ואוליכנו **(רי"ף -)** אבל צריך לנכות כדי הטורח של חצי הדרך (לאו דוקא מחצי דרך אלא כפי שיעור שהוליכו, סמ"ע), שאינו דומה המטפל בהולכת הספינה ליושב ובטל (כדאמרין בדף ע"ו דאינו דומה הבא טעון לבא ריקן עושה מלאכה ליושב ובטל) {ו"א **(רא"ש)** דאינו נותן לו אלא שכירות מחצי הדרך (דלעיל בדף ע"ז משמע דכל אונס שאירע לבעל הבית שלא היה לו לידע יותר מן הפועלים פסידא דפועלים גבי האי מאן דאגר אגירי לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא, והרמ"ה גם נחלק על הרי"ף וכתב דלא שייך למימר כאן אינו דומה הבא טעון לבא ריקן דבטילא דהאי דאפסדיה לספינתיה קשה ליה טפי מהיכא דעביד מלאכה ודמי לאוכלוסי דמחוזא דיהיב להו כל שכרן משום דכי לא עבדי חלשי, וס"ל נותן לו שכרו משלם, והביאו **רע"א**).".

כתב **הב"י** בשם **תלמידי הרשב"א** גבי ספינה סתם ויין זה אע"פ שלא נתן יתן **ע"כ בקנין** דאי בלא קנין הרי יכול לחזור בו כל שעה שירצה וליכא למימר דכיון דהתחיל במלאכה אפילו בלא קנין אין שום אחד מהם יכול לחזור בו דכיון דנאנס יכול לחזור בו דדמי לאתא מיטרא דהוי פסידא דפועלים.

הסמ"ע (ה) כתב שסברת סיעת הרי"ף (כמבואר בתוס') דאין לדמות זה לשוכר ומשכיר או פועל ובעה"ב דעלמא, דשם אין למשכיר או לפועל פסידא כי אם שכר טרחתו, משא"כ כאן דפסיד המשכיר בעל הספינה כל ספינתו, משו"ה כפועל בטל מיהו אית ליה, כיון דהוא מוכן לקיים תנאו, וכתב **הש"ך** (ב) דכן משמע פשטא דהש"ס וכ"פ ראשונים נוספים.

ז"ל **השו"ע** סע' 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", וביאר **הסמ"ע** (ו) שהשכר נשאר אצל בעל הספינה כיון שהוא מוחזק יכול לומר לבעל היין מזלך גרם, ולא דמי ליין סתם וספינה זו דצריך בעל הספינה להחזיר השכירות אף שכבר קיבלו, דשם יכול הבעל יין לומר הריני מוכן לקיים תנאי ליתן לך שכירותך כשתעביר ייני והמניעה היא מידך שספינתך זו טבעה, ויש לו מקום להקפיד כנ"ל, משא"כ כאן דאין שום אחד יכול לקיים תנאו, משו"ה הולכין אחר המוחזק, והוסיף **רע"א** דאף לדעת ה"א בסע' ג' שאני התם דהוא להוציא משא"כ הכא דמוחזק וכן מבואר בתוס'.

וז"ל השו"ע סעי' ה' "שכר ספינה סתם ליין סתם, הרי אלו חולקין השכר, (רמב"ן -) ודוקא כשאין אחד מהם רוצה להשלים, אבל [אם] זה מביא יינו וזה אינו מביא ספינה, אם נתן שכר נמי יטול ויוציא מתחת ידו (וה"ה נמי איפכא אם בעל הספינה מביא ספינה אחרת ואין בעל היין מביא יין אחר דצריך לשלם לו כל שכירותו, **טור וסמ"ע**)".

כתב **הסמ"ע** (ז) דנראה דבזה אפילו לא הוליקו עדיין חצי הדרך או שהוליקו טפי מחצי דרך, עכ"פ חולקין השכר כיון דאינו מועיל חזקתו של חד מנהון, וצריך ליתן לשכנגדו החצי, כיון ששניהן שוין בקיום התנאי ואין אחד מהן עדיין קיימו משוין ביניהן לחלק השכר, ה"נ נאמר לענין אם הוליקו פחות או טפי מחצי הדרך, מיהו אינו מוכרע, והוסיף **הש"ך** (ג) שהוא מוכרע.

סעיף ו

השוכר ספינה ופרקה בחצי הדרך, מה הדין? באילו מקרים משלם השוכר שכר מלא ובאילו שכר חלקי? פרט את השיטות והסברות.

ע"פ ברייתא וכאוקימתות דגמ' **בב"מ עט: פסק בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "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 ("מה שנפסדה הספינה בהוצאת הסחורה של הראשון ובהכנסת הסחורה של האחרון, ויש לו עוד עליו תרעומת שגורם לו לסבול דעת איש אחר שלא הורגל עמו", **טור**) {וצריך ליתן לבעל הספינה מה שהספינה נפסדת בהוצאת הסחורה הראשונה ובהכנסת השנייה (**טור** כנ"ל ע"פ הגמ', וכ"ד **הראב"ד** דתרעומת זו ממון וחלק על הרמב"ם, ועיין **גר"א** בהבנת השקלא וטריא לכל שיטה)} 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".

כתב **הסמ"ע** (י) ברישא ע"פ הטור דנותן לו שכר כל הדרך אבל עכ"פ מנכה לו שאינו דומה הבא טעון להבא ריקן, וזה דלא **כרב המגיד** (בב"י) דכתב דאינו מנכה לו כלום שכיון שספינה קיימת יכול לומר אנא הא קאימנא ואינו דומה לספינה סתם ויין זה וטבעה ספינה שמנכה לו לפי שלשם אין הספינה קיימת. **הש"ך** (ד) כתב שסתימת המחבר כרב המגיד, אולם התוס' סוברים כטור וכן עיקר לדינא.

הקצות (ב) כתב שהמל"מ תמה על הרב המגיד דמה לי אם הספינה קיימת הרי נהנה ממנה שלא טרח, והלא גבי פועלים שהלכו ולא מצאו תבואה דאמרינן (ב"מ עו) נותן להם שכרם כפועל בטל, ועוד קשה במה שסיים דאינו דומה לספינה סתם ויין זה שלשם אין הספינה קיימת, דזה תימה דכל מה שאנו מחייבים לשוכר משום שיכול המשכיר לקיים תנאו והרי הוא כאילו הביא ספינה אחרת וזה אינו יכול להביא יין זה, האיך יועיל זה שלא לנכות כפועל בטל, אך הביא הקצות שסברת הרב המגיד נמצאת בשיטה בשם ר' יהונתן שכתב דדומה דין ספינה לדין אוכלסי דמחוזא (ב"ב עו) דאי לא עבדי חלשי ומש"ה לא שייך למימר אינו דומה הבא טעון להבא ריקן.

[כתב **בפסקי המשפט** (אות א) דמכאן נלמד לגבי נוסע במונית הרוצה לרדת באמצע הדרך מחמת שיש פקק, שאינו רשאי להפסיק את הנסיעה אלא ישלם לנהג את ההמשך אבל אין צריך לשלם לו את כל מחיר הנסיעה עד למקום שהזמין מראש אלא ינכה קצת את מה שחוסך הנהג (במקרה שחוסך, עי"ש) ועוד כתב ע"פ האג"מ גבי שוכר רכב שבאמצע תקופת השכירות אינו צריך את הרכב שחייב לשלם כל דמי השכירות וגם אינו יכול להביא מחליף במקומו].

סימן שיב - המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב או סתם

סעיפים א. יא

מה הדין אם נחרב ביתו של המשכיר, האם השוכר חייב לעצת? (וראה גם סעי' י"ז)

משנה ב"מ קא: (רש"י) "המשכיר בית לחבירו בימות הגשמים אינו יכול להוציאו מן החג ועד הפסח" ובגמ' "אמר רב יהודה להודיע קתני והכי קאמר המשכיר בית לחבירו סתם אין יכול להוציאו בימות הגשמים מחג ועד הפסח אא"כ הודיעו שלשים יום מעיקרא... פשיטא נפל ליה ביתא אמר ליה (המשכיר) לא עדיפת מינאי (הואיל והגיע זמנו מוציאו), זבניה או אורתיה או יהביה במתנה אמר ליה (שוכר לזה שקנאה) לא עדיפת מגברא דאתית מיניה. כלליה לבריה חזינן אי הוה אפשר לאודועיה איבעי ליה לאודועי ואי לא אמר ליה לא עדיפת מינאי". כתב הרמ"ש דכולה שמעתין איירי בסתם אבל אם שכרו לזמן קצוב כמכר דמי אבל אם אין לו מה יאכל יכול למכרו אפילו בתוך הזמן והכי איתא בירושלמי, ועוד כתב דאם הקדים לו שכר אפילו לזמן מרובה אינו יכול להוציאו עד שיכלה זמן כל השכירות שהקדים לו והביא ראיה מהירו'.

וז"ל השו"ע "המשכיר לחבירו בית או חצר או מרחץ או חנות לזמן קצוב, אינו יכול לחזור בו ולהוציאו תוך זמנו (דלאחר שנעשה אחד מהקנינים דשכירות קרקע ה"ל כמכר דשכירות ליומא ממכר הוא, סמ"ע א'), אפילו נפל ביתו של משכיר שאין לו מקום לדור בו (והא דאמרו נפל ביתו של משכיר מצי אמר המשכיר לא עדיפת מינאי זה דוקא בשוכר סתם שכל שעה זמנו ואינו מחוסר אלא זמן ההודעה אבל בשוכר לזמן ידוע אינו יכול להוציאו תוך זמנו וכן מוכח בירושלמי, רשב"א בב"י ולקמן סעי' יא במחבר, ובקצות כתב דמה דאמרין בגמ' היינו לענין זמן דהודעה אבל תוך זמן השכירות אפילו נפל ביתו אינו יכול להוציא עד הזמן), ואפילו העני וצריך למכרו לאחר, אינו יכול להוציאו, והמקח קיים, ולוקח צריך להניחו ביד השוכר עד שישלים זמנו (אבל יכול להשכירו לאחר תוך זמנו לכשיגיע הזמן, ש"ך ג', שדבר המחוסר רק זמן וזמן ממילא קאתי לא הוי דבר שלא בא לעולם, נתיבות א') { ואם היה מושכר בענין שלא היה יכול לפדותו לעולם אם לא מכרו, יכול למכרו ולהוציאו מיד (רא"ש). התנה עמו שיוכל להוציאו לצרכו ומכרו, אין הלוקח יכול להוציאו (ריב"ש) } ואם הקדים לו השכר, אפילו לזמן מרובה, אינו יכול להוציאו עד שיכלה זמן כל השכירות שהקדים לו { ואפילו לא קצב לו זמן אפילו הכי מסתמא שכרו נגד מעותיו (ב"י בטור), אף שאינו מוכרח ונראה שלכן קיצר המחבר מיהו הדין יכול להיות נכון מצד עצמו בלא הוכחה מהטור, סמ"ע, ובש"ך פסק שאין הדמים מודיעים, וראה לקמן. 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) }".

בסעי' י"א פסק כלשון הרמב"ם "נפל בית המשכיר שהיה דר בו (וכן אם מחמת דחקו מכר, רע"א), הרי זה יכול להוציא השוכר מביתו (סמ"ע): היינו דוקא כשכבר דר בו ל' יום, אבל בתוך ל' הראשונים לשכירותו כיון דאין שכירות פחות מל' יום ה"ל כהשכירו לזמן דכתב המחבר אחר זה מיד דאינו יכול להוציאו בתוך זמנו, וכתב הנתיבות שסותר עצמו ממש"כ בסעי' ה' ואומר לו אינו בדין שתהיה אתה יושב בביתו עד שתמצא מקום ואני מושלך בדרך שאין אתה בעל זכות בבית זה יותר ממני (ודלא כנ"י שכתב שידורו שניהם ביחד), (ירו' ורשב"א וכו"ל סעי' א' -) ודוקא בשוכר סתם, אבל בשוכר לזמן ידוע אינו יכול להוציאו תוך זמנו".

יש לציין שמסתימת לשון הרמב"ם בסעי' י"א (ללא הרשב"א) משמע שיכול להוציא את השוכר בכל גווני, וכ"כ באוצר התשובות אות ו' והערה י"ג דהרש"ל למד ברמב"ם כרב יוסף הספרדי החלוק על סיעת הרשב"א רא"ש והמחבר והמשכיר יכול להוציאו בנפל ביתו, אכן הרב המגיד למד ברמב"ם דדיבר כרשב"א דדוקא בשוכר סתם, וכן א"כ משמעות המחבר.

עמש"כ המחבר בסעי' א' דאפילו נפל ביתו של משכיר וכו' כתב הש"ך (ב) ע"פ תשובת הרמ"א דה"ה אם חלה השוכר או אשתו אחרי גמר השכירות (נדר"ל סיכום השכירות, ח.פ) אף דלא נכנס עדיין השוכר אין יכול המשכיר לעכב עליו שלא יכנס, ובנתיבות (ב) דבתשובה שם מבואר דאפילו בחולי המתדבק דינא הכי, והוסיף דנראה דאם היה לו חולי המתדבק והמשכיר לא ידע דהוי מקח טעות.

עמש"כ הרמ"א ע"פ המרדכי דרוצה לבנותו וכו' אינו יכול לכפותו לצאת וכו', כתב הסמ"ע (ג) דכעין זה כתבו הטוש"ע בסעי' י"ז לקמן וכאן קמ"ל הרמ"א דאפילו אם המשכיר רוצה לחזור ולבנות זה הבית בעצמו וליתן לו לדור בו אחר התקנה, אפ"ה יכול השוכר לעכבו, ועדיפא מיניה אשמועינן הטוש"ע בריש סימן קס"ד בשנים דהיה לאחד בית ולשני עלייה וירדה קרקעית העלייה למטה, דכל שלא הגיעה הירידה תוך עשרה טפחים דאז התחתון עדיין יכול לדור בביתו ע"י הדחק, אין יכול לכפות לבעל העלייה לצאת אפילו לבית הטוב מזה עד שיתקן דירת ביתו, דמצי למימר לא בעינא למטרע ביציאה וכניסה, ומה לי שנים שיש לכל אחד חלק בו ומה לי זה ששכר, והא ג"כ שכירות ליומא ממכר הוא. הש"ך (ה) כתב ברמ"א דאינו יכול להוציאו ליפה ממנו היינו בבית זה, אבל בבית סתם משמע ברמ"א בסעי' י"ז דיכול להוציאו לבית כמוהו.

[כתב בפסקי המשפט (אות ה) בשם מנחת אשר (א,קג) דלפי הרמ"א משכיר שרוצה להכניס פועלים לדירה לצורך תיקון או תוספת כגון סגירת מרפסת כדי שתהיה הדירה מוכנה לשוכר הבא, אם מניעת העבודה תגרום למשכיר הפסד גדול, אין השוכר יכול לעכב בעדו, ובתנאי שהמשכיר ידאג שלא יפריעו למנוחת השוכר ומשפחתו, עיי"ש].

בענין מח' הרמ"א עם הש"ך גבי דמים מודיעים, עיין בקצות (ב) שהאריך בשאלת אחיו על הרמ"א דהא בשכירות קרקע אין אונאה וא"כ היכי אמרינן הדמים מודיעים, והוכיח ברא' דאפילו בקרקע כל שאין הלשון סותר אמרינן הדמים ראייה, ובנתיבות (ד) כתב דאם אמר השכר לי ביתך בעד מנה ולא פירש לו זמן כיון דסתם שכירות שלשים יום הוי כסותר הלשון ואין הדמים מודיעין, אם לא שהמנהג בעיר שאין שוכרין בית לפחות משנה שאז הסתם הוא שנה, והפת"ש (ג) כתב שהשבו"י פסק כרמ"א ודלא כש"ך (ולא כבא"ה שלמד שהש"ך מסכים לדינא לרמ"א) וקושית הש"ך לא קשה מידי דודאי היכא שנתן לו שכירות ולא קצב לו זמן, זה הוא נגד הסברא דלא שדי אינש זוזי בכדי, איך לא יפרש השוכר או המשכיר איזה זמן קצוב, אלא ודאי סמכו אשכירות כנגד מעותיו, משא"כ היכא ששכר לזמן שאמר לשנה זו רק שאנו מסתפקין איך היתה כונתם, וכן במכר את הצמד, אף דאיכא דקרי לצמד בקר ולבקר צמד, מ"מ אין הדמים ראייה ואמרינן ששכר או מכר לו הפחות והדמים מתנה.

כתב בא"ה (ד) בשם מהרי"ט דמי שהשכיר בית ב"ב דינרין לשנה לפרוע דינר בכל חודש והוא עני שאין ספוק בידו כדי לפרוע מה שעבר ומה שעתידי לבא נראה דבר פשוט דמצי מסלק ליה שלא השכיר לו אלא ע"מ שישלם לו חדש בחדש.

ראובן השכיר בית לשמעון לתקופה של שנתיים, ובתוך הזמן הציע שמעון לראובן שיפנה את הבית ויחזירנו לו, וראובן הסכים, או להיפך ראובן ביקש משמעון שיפנה לו את הבית, ושמעון הסכים, האם יכולים לחזור בהם או לא?

כתב הבא"ה (א) בשם תשובת בני חיי שמתשובת רשד"ם יש ללמוד שאם בתוך זמן הקצוב אמר המשכיר לשוכר שיפנה לו הבית לזמן פלוני והשוכר אמר הן שאינו מועיל בלא קנין, ומהרי"ט צהלון כתב דכשאמר המשכיר לשוכר כך מהני בלא קנין אבל אם אמר שוכר למשכיר כך לא מהני בלא קנין.

סעיף ב

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "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", וכתב ה"ה דזה פשוט, וכתב הסמ"ע (ד) דדוקא בגוי ואנס שמוציאין לשוכר בעקיפין הוא דסגי למשכיר כששוכר לו בית אחר משא"כ כששכרו או מכרו לישראל אחר וכסעי' א'.

סעיף ג

ב"מ עג: "רב מרי בר רחל משכן ליה ההוא גוי ביתא, הדר זבנא לרבא נטר תריסר ירחי שתא שקל אגר ביתא אמטי ליה לרבא, אמר ליה הא דלא אמטאי למר אגר ביתא עד האידנא דסתם משכנתא שתא אי בעי גוי לסלוקי לא הוה מצי מסלק לי השתא לישקול מר אגר ביתא".

ז"ל השו"ע "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".

סעיף ד

ע"פ הירוש' הביאורו הפוסקים פסק בשו"ע "השכיר לו ללינה, אין פחות מיום אחד, לשביתה, אין פחות משני ימים (רמב"ם -) לנישואין אין פחות מל' יום (לאפוקי מהגורסים בטור ז' ימים, סמ"ע)"

סעיף ה

ע"פ המשנה וגמ' שם (בסעי' א') וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "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 (אלא צריך להודיעו ל' יום לפני חג הסוכות ולולא כן אפילו איחר יום אחד הוי דינו כאילו לא הודיעו קודם לכן כלל וצריך להניחו לדור בביתו עד הפסח, סמ"ע ז')", ודלא כראב"ד דבימות החמה יכול להוציאו מיד בסוף החודש אע"פ שלא הודיעו מתחלה משום דשכיחי בתי, ומט"ו אלול נחשב ימות הגשמים.

כתב הסמ"ע (ו) ע"פ הרב המגיד דהאי סתם לאו דוקא קאמר, דא"כ אחר יום אחד או פחות יכול להוציאו כשיאמר המשכיר שאין דעתו היתה על יותר, דקרקע בחזקת בעליה עומדת, וראיה לזה מהרמ"א ריש סימן רי"ב דהאומר ידור פלוני בבית זה ולא קצב לו זמן, אפילו שעה אחת במשמע, משמע דה"ה בשכירות יד השוכר על התחתונה, אלא ר"ל שהשכיר לו וא"ל אתה תתן לי בעד שכירות ביתי כל חודש כך וכך, דאז השוכר סומך ע"ז דיקח שכירותו כל חודש ולא יוציאנו, משו"ה צריך להודיעו ל' יום מקודם, משא"כ כשהוא לזמן ידוע יכול להוציאו אף בו ביום בלא הודעה, אולם הש"ך (ז) כתב דאין מסימן רי"ב ראייה דהתם נתן לו מעצמו אבל בשוכר מחברו סתם לדירה מסתמא אינו שוכר פחות מל' יום ואין לדמות הענינים זה לזה דהא קי"ל סתם הלואה ל' יום וסתם שאלה מיד והכי אמרינן בר"ה ז' המשכיר בית לחברו ואמר לשנה זו אינו פחות מל' יום ומהרב המגיד אין ראייה דלא אתא אלא לאפוקי אם פירש לו לכמה חדשים דאז מוציאו מיד בלא הודעת ל' וכדלקמן סעי' ח' ועכ"פ הוכרח להזכיר זמן דהיינו בכך וכך לחדש דאל"כ אין שייך שכירות דא"א להזכיר שכירות בלא זמן אבל אה"נ אילו שכרו בכך וכך לשבוע אע"פ שהודיעו ל' יום מקודם שנכנס לדור בו צריך לדור בו ל' יום.

[כתב בפסקי המשפט (אות ז') בשם צ"א (י,נב) שבזמנינו הכל ע"פ הכתוב בחוזה, ואם אין חוזה כתוב, נהוג שיכול המשכיר להוציאו בלי הודעה ועכ"פ אין נוהגים להודיע יותר מל' יום ויש ללכת בזה אחר המנהג עיי"ש, וכתב על דבריו שבזמנינו נהוג בכמה מקומות שאפילו בשכירות קצובה חייב המשכיר להודיעו חודשיים קודם סיום השכירות].

סעיף ו

ע"פ משנה וגמ' ב"מ קא: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "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 (דשכיחים בני אדם יותר וצר להם המקום וקשה למצוא דירה לעת שירצו) אחד בימות החמה ואחד בימות הגשמים, צריך להודיעו שנים עשר חדש מקודם. וחנות, בין בכרכים בין בעיירות, צריך להודיעו י"ב חדש מקודם (שהחנוונים יושבי חנות דרכם להקיף להקונים מהן זמן רב, וכשיבואו לשלם באים על פתח החנות לשלם לו, וכשיצא משם לדור במקום אחר לא ידעי אנה ימצאוהו)". והרמ"א פסק כרשב"ג במשנה ע"פ הרי"ף והרא"ש – "ובחנות של נחתומין וצבעין, צריך להודיעו ג' שנים מקודם" (מדיהב טעמא בגמרא לדברי רשב"ג מפני שהקיפן מרובה משמע דס"ל דהלכתא כוותיה, והרמב"ם השמיטו ונקטינן כרי"ף והרא"ש, מיהו בזמן הזה אפילו חנות של נחתומים ושל צבעים אינם צריכים להמתין יותר מיי"ב חודש דהא חזינן דבהכי סגי להו האידנא ואפשר שמטעם זה השמיט הרמב"ם, ב"י).

סעיף ז

ברייתא **שם** "וכשם שמשכיר צריך להודיע **כך שוכר צריך להודיע** דאמר ליה אי אודעתן הוה טרחנא ומותיבנא ביה איניש מעליא", ולמד הרמב"ם ש"כשם" היינו אותם דינים, וז"ל השו"ע כלשונו "כשם שהמשכיר חייב להודיעו, כך השוכר חייב להודיעו מקודם שלשים יום בעירות, או מקודם שנים עשר חדש בכרכים (וכן הדין בחנויות כדלעיל, **ב"י וסמ"ע**), כדי שיבקש שכן ולא ישאר ביתו פנוי, ואם לא הודיעו, אינו יכול לצאת, אלא יתן השכר **{(ב"י -) או יעמוד לו אחר במקומו, ואם רוצה להעמיד אדם שאינו הגון, אין המשכיר צריך לקבלו, וע"ל סי' שט"ז}**" וביאר הב"י דיכול המשכיר לומר אלו הודעתני קודם הייתי מבקש אדם הגון מאד שישכרנו והכי דייק לישנא דגמ' דקאמר דאמר ליה אי הודעתן הוה טרחנא ומותיבנא ביה איניש מעליא, ואע"ג דגבי שוכר ספינה אמרינן דאין לו אלא תרעומת דשנוי דעתא ומ"מ אינו יכול לעכב עליו בשביל כך, התם שאני שאינו סובל אותו שנוי דעת אלא קצת ימים אבל שוכר בית שצריך הוא לסבול שנוי דעתו של שני זמן רב מעכב הוא על ידו מפני טענה זו ואפילו אין המשכיר דר אצל אותו בית איכא למיקפד בשנוי דעתא בשעת גביית השכירות ובשכונתו עם השכנים אולי לא תהיה דעתם נוחה הימנו ויצטרך להוציאו וכיוצא בזה, ואע"פ שכתב הרב המגיד שלא אמרו שיש לו תרעומת אלא בספינה מפני שיש לו לבעל הספינה לדור עם השוכר ולסבול דעתו אבל בבית אפילו תרעומת אין לו, "מה שכתבתי הם דברי טעם".

באה"ג הביא דברי הרמב"ם (שכירות ה,ה) גבי המשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב שלא ישכור למנין יותר מבני ביתו (וראה לקמן שט"ז/א).

כתב ה**נתיבות** (ו) דהש"ך שציין לשו"ת מהר"א ששון, כוונתו למש"כ שאם השוכר כבר הקדים השכר שאינו יכול להעמיד אחר במקומו.

כתב ה**פת"ש** (ד) דכתב ה**שער משפט** דמפשטא דלישנא משמע דאף שיצא מהבית חייב ליתן השכר ומוציאין מידו בב"ד, וקשה טובא מהא דכתב הרמ"א בסימן שס"ג/ו ע"פ הרא"ש דאם לא היה דר בו אלא שגזלו ממנו פטור לשלם השכירות, ובע"כ צ"ל דמ"ש הטוש"ע אינו יכול לצאת אלא יתן השכר היינו דאינו יוצא ידי שמים עד שישלם ומשמתין אותו על כך, דכל הגרמות משמתין אותו עד דמסלק הזיקא אבל אם יצא מהבית ולא הודיעו אין מוציאין ממנו בב"ד דאינו אלא גרמא דפטור, ולפי"ז ה"ה בההיא דסעיף י"ד מקום שנוהגין כו' עד הדין עם שמעון, היינו נמי דשמעון יכול לעכב עליו שלא לצאת מהבית וחייב לשלם דגרמא בניזקין אסור ומשמתין ליה עד דמסלק הזיקא, אבל מ"מ היכא שעבר ויצא מהבית לאחר חודש אחד אין מוציאין מידו בב"ד וסיים דנראה שהאידנא אין דנין כן ומש"כ עיקר, וה**פת"ש** כתב דלא נראה כן ושלח למש"כ **בנחלת צבי** - שאם ודאי לא ימצא שוכר אחר אינו חייב רק בדיני שמים אלא גם בדיני אדם (משום דינא דגרמי דברי הזיקא וגם מדין שכירות שהרי ירד מתחילה בתורת שכירות, פסקי המשפט).

סעיף ח

ע"פ ה**ירו'** הביאוהו ה**רי"ף רמב"ם ורא"ש** (וכן משמע מסוגיין בבבלי, מ"מ) פסק בשו"ע "אם שכר לזמן קצוב, כיון שכלה הזמן יכול להוציאו מיד, אפילו כלה הזמן באמצע ימות הגשמים".

כתב ה**סמ"ע** (יג) דהוא הדין דהשוכר יצא מיד בלי הודעה למשכיר, והטעם, דהרי ידעו שיכלה הזמן, והוה להו לדבר זה עם זה או עם אחרים באופן שידעו מקום דירתם מסוף הזמן והלאה.

[ב**שבט הלוי** (י,רפ) דן בענין שוכר דירה מחבירו ועשו שטר שכירות על ג' שנים ובתום הזמן בא המשכיר להוציאו שהרי נשלם זמן השכירות, והשוכר טוען דצריך להודיעו ל' יום קודם ובכרכים י"ב חודש, דאין ספק דהוא בכלל שוכר ביתו לזמן שכתב ה**רי"ף** בשם ה**ירו'** הכא דמוציאו מיד וכדמוכח לכאורה גם בגמ' דילן והלכו אחריו כל הראשונים והשו"ע, לאפוקי שיטת רש"י דאעפ"י שקבע זמן צריך להודיעו כהלכה, וא"כ להלכה עליו לעזוב גם בלי הודעה, ואין לומר דמנהג המדינה אינו כן ודרך המשכיר לא להקפיד על הזמן, דזה פשוט דלא נקרא מנהג כיון דלא נעשה בהסכמת ב"ד מומחה ולא מצינו בפוסקים כזה, ומצינו רק מש"כ בתשובת מהרשד"ם שהיה מקום שנהגו מנהג דגם בשכירות זמן מודיעו ז' ימים או ט"ו ימים או אפ"י ל' יום אבל לא לעקר עיקר היסוד שמוציאו אפ"י באמצע ימות הגשמים, דזה אין בידינו כח, אלא מפני הישר והטוב יודיעו עכ"פ קצת קודם, אבל עצם הכח להוציאו אין בידינו לשנות (ועיין גם **משפטי שאול** סימן מז באריכות בענין אי הודעה של השוכר שעוזב יקב יין שנגמר החוזה)].

סעיפים ז - י

המשכיר בית לחברו לשנה וקבעו גובה השכירות ובנתיים עלה שכירות הבתים, האם המשכיר יכול לדרוש יותר?

מה דין משכיר שחתם חוזה על מחיר מסוים לשנה, לאחר שנה ראשונה עלו המחירים ולא נחתם חוזה חדש בינו לשוכר והמשיך השוכר לגור בשנה שניה, כעת מעונין המשכיר להעלות את השכר בהתאם למחיר השוק, האם הוא יכול לעשות כן? פרט ונמק והבא דברי הפוסקים.

ב"מ קא: "אמר רב הונא ואם בא לרבות בדמיה מרבה אמר ליה רב נחמן האי לנקטיה בכובסיה דלשבקיה לגלימא לא צריכא דאייקור בתי", וכתבו הר"ן **ריב"ש רשב"א** ובשם **רבינו האי** דמיהו דוקא דאתנו הכי קודם הזמן ואע"פ שעבר זמן הודעה הא אם עמדו בסתם מסתמא דעתם היה על השכר הראשון, וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "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 (**ריב"ש ר"ן ורשב"א** -) מיהו דוקא דהתנו הכי מקודם הזמן, ואע"פ שעבר זמן הודעה, אבל אם עמדו בסתם, מסתמא דעתם היה על השכר הראשון { וכן אם שכרו לזמן קצוב, אף על פי שנתייקרו הבתים או הוזלו, אינן יכולין לשנות רק כפי שהתנו (תשובת הרא"ש) }. (**ריב"ש** ו**רא"ש** -) במה דברים אמורים, שהשכירו סתם, אבל אם השכירו לזמן ידוע, אע"פ שנתייקרו הבתים או הוזלו, אינם יכולים לא להוסיף ולא לגרוע".

ביאר **הסמ"ע** (יד) הרישא שהבעה"ב אומר לשוכר מכאן והלאה אם תרצה לדור בביתי צריך אתה ליתן לי כך וכך לחודש ואם לא תרצה ליתן כל כך צא מיד, ואין צריך ליתן לו זמן ל' יום, וזה שכתב אע"פ שעבר זמן ההודעה, פירוש, שעברו ה' יום שצריכין להודעת המשכיר לשוכר שיצא, יכול זה לומר לו צא מיד או תן שכירות כפי שער היוקר שהוא לעת עתה, אבל אם כבר דר בו אין יכול להוציאו מידו כפי היוקר דלמפרע, וזה שכתוב אבל אם עמדו בסתם וכו'.

כתב **הסמ"ע** (טו) דמש"כ הרמ"א וכן אם שכרו לזמן קצוב וכו', גם המחבר בעצמו כתב דין זה בסעי' יי "ואגב שיטפא לא ראהו מור"ם", אולם **הש"ך** (י) כתב דראהו, אלא חידש הרמ"א אדברי המחבר שכתב ואף על פי שעבר זמן כו' ר"ל שאע"פ ששכרו לזמן ודר בו אחר הזמן בסתם אף על פי שנתייקר או הוזל א"י לשנות ליתן בעד מה שדר יותר מהזמן כפי היוקר, וכ"כ הרשב"א והריב"ש.

כתב **הרמ"א** (ט) ע"פ הנ"י "מי ששכר בית לחבירו, והיה אוהבו ונעשה שונאו, אין יכול להוציאו מן הבית ואם א"ל מתחלה שאינו משכיר לו רק משום שהוא אוהבו ונעשה שונאו יכול להוציאו".

כתב **הקצות** (ג) על דין זה דצ"ע ואם השוכר כבר בבית קשה להוציאו (והרחיב בזה בסימן שי"ט סק"א עיי"ש), **והנתיבות** (ז) כתב דמירי דוקא שהבית לא היה עומד אצלו להשכיר, רק לזה השכיר משום שהוא אוהבו, גם גילה דעתו שמשכיר לו רק משום שהוא אוהבו, אז יכול להוציאו דדמיה להא דסימן רז/ג דאיכא אומדנא דמוכח, וכן בשורש הדין גבי האשה בב"מ בסוגיין שלא רצתה להשכירו עד שיקדשה תחילה, אבל בסתם משכיר בית שעומד להשכירו, אפילו אם אומר בפירוש מחמת שהוא אוהבו, ואפילו אמר תנאי בפירוש, לא מהני עד שכופל לתנאי כמבואר בסימן רמא/ט, וכן שם אם האשה משכירה לו קודם שקידשה, אפילו אם היתה אומרת הריני משכירה לך אם תקדשני התנאי בטל והמעשה קיים כל שלא היה כדינו וליכא אומדנא דמוכח כגון שהדבר עומד להשכיר.

סעיפים יב - יג

ע"פ **שם פסק בשו"ע** "יב) נתן הבית לבנו לישא בו אשה (או שנתן ביתו לבנו וצריך אבי הבן את הבית לדור בו, **סמ"ע** בשם הטור), אם היה יודע שבנו נעשה חתן בזמן פלוני והיה אפשר לו להודיעו מקודם ולא הודיעו, אינו יכול להוציאו, ואם עכשיו נזדמנה לו אשה והרי הוא נושא מיד, הרי זה יש לו להוציאו, שאינו בדין שיהא זה יושב בביתו ובן בעל הבית ישכור בית שיעשה בו חתונה (**באה"ג**: פשוט

דאיירי בשכרו סתם) (יג) **מכר הבית**, או נתנו או הורישו, אין השני יכול להוציאו עד שיודיעו מקודם לי יום, או מקודם י"ב חדש, שהרי השוכר אומר לו אין כחך יותר מכח זה שזכית בבית זה".

סעיף יד

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "מקום שנוהגין שיש להם ראש שנה קבוע לשכירות הבתים, וראובן שכר בית משמעון לשנה אחת, ואחר שכלתה השנה נשאר בבית חדש אחד (לאו דוקא אלא אפילו יום אחד ומעשה שם היה בחודש, סמ"ע), 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 (דכיון דרגילין לשכור הבתים לשנה כבר שכרו כל השוכרים ולא ימצא להשכירו, והיה לו להודיעו איני רוצה לדור בביתך כי אם חודש, וכיון שלא הודיעו סמך האחר עליו שידור בבית כמנהג העיר ששוכרים הבתים לשנה ונתחייב בשכירות שנה אחת, סמ"ע בשם הטור)".

כתב הרמ"א ע"פ הב"י "שנים שהיו דרים בבית והיו חולקין על הבית, ואחר כך נתחייב אחד בדין, צריך לצאת אפילו באמצע החורף, אע"פ שלא הודיעו חברו מקודם", ומקור הדין בב"י בשם מ"כ והוא במהרי"ל (הובא בקצרה בסמ"ע סקכ"ב) שכתב "כיון דימים רבים הוא שטענה עמו לאה איבעי ליה למיחש שמא תנצחנו" ולא תרצה להחזיקו דדמיה עליה כאריה ארבא, ועוד כתב שם "אמנם אם אונס גדול הוא לראובן שלא יוכל כלל למצוא בית בימי החורף נכון ללאה לעשות לפנים משורת הדין, להניחו בבית באחת המקומות, כי זהו הטוב הישר עד אשר ימצא לו בית עד כלות החורף, ותנסה אם תוכל לדור עמו מחמת אונסו אם האונס מבורר".

סעיף טו

משכיר בית לשנה ונתעברה השנה מה דין חודש העיבור? ומה הדין בשכירות פועל לשנה?

משנה ב"מ קב. "המשכיר בית לחבירו לשנה נתעברה השנה נתעברה לשוכר השכיר לו לחדשים 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 ומעשה נמי בציפורי באחד ששכר מרחץ מחבירו בשנים עשר זהבים לשנה מדינר זהב לחדש ובא מעשה לפני רבן שמעון בן גמליאל ולפני רבי יוסי ואמרו יחלוקו את חדש העיבור".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "המשכיר בית לשנה בסכום ידוע ונתעברה השנה (בין ידע המשכיר שמעוברת או לא ידע, קצות בשם תשובת הרי"ף בשיטה) נתעברה לשוכר (אפילו בעומד באמצע השנה, ה"ה בדעתו והר"ן), ולא כטור בשם רשב"א דדוקא כשעמד בר"ה ואמר לו שנה זו אי נמי השנה דקיי"ל דהוי כאומר שנה זו אבל אם אמר לו שנה אחת אין לו אלא י"ב חודש כרוב שנים שאינן מעוברות, דלא אמר כן אלא להלכה אבל לא למעשה, וכן מבואר בתשובת הרשב"א דפסקין כ"ראשונים", ב"י). השכיר לחדשים, נתעברה למשכיר. (ע"פ רב נחמן דאין הלכה כרשב"ג ורבי יוסי אלא קרקע בחזקת בעליה קיימת אע"פ "דאפיך מיפך" ולא תלוי בתפוס לשון אחרון או ראשון -) 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".

הסמ"ע (כג כו) כתב שעל פניו הטור ביו"ד סותר למש"כ כאן ע"פ הרשב"א דפסק שם בסימן ר"כ לענין נדרים סותרין זה את זה דהיה עומד תוך השנה ואמר שנה זו אסור עד תשלום השנה ומותר ביום ראש השנה ואם אמר שנה אחת או שנה סתם אסור מעת לעת, ואם שנה מעוברת אסור י"ג חודש מיום אל יום, וחילק הסמ"ע "לדינא" דהכא כשעמד בראש השנה ואמר שנה אחת או שנה סתם יהיה זה מושכר לך או אסור, אז ודאי דעתו היתה דלא יהיה חודש העיבור בכלל, דאי הוה דעתיה ג"כ עליו ה"ל למימר שנה זו, אבל ביו"ד התחיל בעומד בתוך השנה כו', ועלה מסיק וכתב דאם אמר שנה אחת או שנה סתם כונתו י"ג חדשים, דבעומד באמצע השנה לא הוה מצי למימר שנה זו יהיה זה מושכר לך, או אסור לך, דא"כ הוה משמע דאין כונתו רק עד כלות שנה זו דהיינו עד ראש השנה, והוא רוצה להשכיר או לאסור שנה תמימה משו"ה הוצרך לומר שנה אחת או שנה סתם, ובזה מיושב כל התמיהות שהקשו הב"י וד"מ, ולפי הרשב"א הסיפא 'השכיר לחדשים ושנה בין שאמר' וכו' האי שנה דקאמר מיירי דעמד בראש השנה

ואמר השנה או שנה זו דאז אם אמר שנה לחוד ולא חודש היה חודש העיבור בכלל. כתב הש"ך (יו"ד רכז, ציין אליו כאן וע"פ בא"ה שם) דמבואר בסמ"ע כאן דאם עומד בר"ה ואמר שנה א' אינו אסור אלא יב"ח אף שהשנה מעוברת דאל"כ הל"ל שנה זו אבל כשאינו עומד בר"ה לא הוי מצי למימר שנה זו דא"כ הוה משמע רק עד ר"ה ובאמת ר"ל שנה תמימה, והוסף עליו דאמנם היכא דאמר שנה א' מיום זה מונין י"ב חדש אפי' עומד בר"ה וכן אם אמר השנה דינו כאומר שנה זו וראה לקמן.

כתב הש"ך (יג) דהתחלת השנה לענין שכירות הבתים משמע מלשון הרשב"א הרב המגיד ר"ן וסמ"ע סקכ"ב שהוא מר"ה דהיינו בא' בתשרי, ואע"ג דאמרי במסכת ר"ה ז' באחד בניסן ר"ה לחדשים ולעבורים ולתרומת שקלים וי"א אף לשכירות בתים הא משמע התם דת"ק ס"ל דא' בתשרי הוא ר"ה לשכירות בתים וכן מבואר בגמ' דלת"ק דברייתא ותנא דמשנה הוי א' בתשרי ר"ה לשכירות, ואין הלכה כיו"א וכן מוכח דעת הר"י והרא"ש ושאר פוסקים שלא הביאו רק המשנה כצורתה ולא הזכירו שאחד בניסן הוא ר"ה לשכירות בתים, ולכן סיים "וא"כ המשכיר בית לחברו לשנה מונה י"ב חודש מיום ליום, ואם אמר לשנה זו אפילו לא עמד אלא בא' באלול עלתה לו שנה, אבל אם עמד בב' באלול או יותר לא עלתה לו שנה ודר בו שנה שלימה דליכא למימר אדעתא דההיא שתא אגריה דלא טרח אינש למיגר ביתא לבציר מתלתין יומין" וכ"פ השב"י (פת"ש י), ואילו רע"א חלק עליהם, וכוונת הרשב"א "היה עומד בר"ה" מבואר בחידושו דלאו כוונתו אתשרי אלא קאי אר"ה דשכירות וכגון במקום שיש להם ר"ה קבוע וכסע' י"ד, ומהר"י והרא"ש נמי אין ראיה דאדרבה מדלא הביאו ס"ל אין ר"ה כלל רק אם הוא מנהג המקום, וכיון שאין ראיה ברורה לפסוק כנגד הרשב"א, מאן דבעי להורות כש"ך עליו הראיה בפרט שאפשר לומר שאילו נתגלו החידושים בזמן הש"ך היה חוזר בו.

גבי היפוך הלשונות כתב הסמ"ע (כו) דדעת הנ"י דהא דמספקא לן דוקא דכל הלשונות סמוכין הן זה לזה אבל אם אינן סמוכין זה לזה לכ"ע האחרון עיקר וכדאמרינן גבי שט"ח בב"ב קס"ה. עוד כתב (כז) בסברת רב נחמן דכתב הטור דמספקא לן אי תפוס לשון ראשון או לשון אחרון וקרקע בחזקת בעליה עומדת, אפילו לא בא לשאול השכירות עד סוף החודש שכבר דר בו צריך ליתן השכירות, וכתב רש"י דהטעם הוא משום שהספק לא עכשיו אחר שדר בו נולד, אלא מתחילת החודש נולד, והעמד הקרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר, וכתב הסמ"ע דהיינו דוקא במקרקעי אבל במטלטלין כל היכא דמספקא לן אי תפוס לשון ראשון או האחרון מי שתפס לא מפקינן מיניה, והיינו דוקא במילתא דלא עבידא לגלויי וכ"כ הטושי"ע שיז"ג, וכן הסכים הש"ך (יד) ואע"ג דכתב הרא"ש דבמטלטלי לא מהני תפיסה בספיקא רק כשטוען ברי היינו דוקא שלא ברשות אבל תפס ברשות מהני תפיסה אף בספיקא.

כתב הש"ך (יד) דברא"ש משמע להדיא דדוקא משום דאין לשוכר טענת ברי אבל אי היה טוען ברי לי שאמרת לי בפירוש ביי"ב דינרים לשנה אע"פ שהשנה היא מעוברת לא מפקינן מהשוכר, וכ"ד הש"ך, ואף דמוכח בדף ק"י ולקמן סימן שיז"ג דאע"ג דהמלוה טוען ברי מפקינן מיניה מטעם קרקע בחזקת בעליה קיימת, שאני התם שידוע הפירות שאכל המלוה כמה הם רק שבא לזכות מכח שטוען ברי שהשכינו לג' שנים א"כ אמרינן קרקע בחזקת בעליה קיימת וה"ל כאילו הפירות עדיין ברשות הלוה כיון שהפירות באים מגוף הקרקע וידוע כמה היו ולא מהני טענת ברי של המלוה משא"כ הכא דכשטוען השוכר ברי א"כ מעולם לא היה בקרקע זו פירות י"ג דינרים ולא שייך כאן כלל לומר קרקע בחזקת בעליה קיימת דנהי דקרקע הוא של המשכיר מ"מ אפשר דמתחלה לא היה בה פירות רק י"ב דינרין וא"כ השוכר שטוען ברי הוא מוחזק.

כתב רע"א דאם אמר "שנה סתם" ולא אמר שנה זו ולא שנה אחת רק סתם שנה, איבעי בש"ס בנדריים (ס) אם שנה סתם כמו שנה זו או שנה אחת, וא"כ י"ל לדינא דהיכא דעומד באמצע שנה ומשכיר לו לשנה סתם, אין לו לדור אלא עד ר"ה דקרקע בחזקה בעליה קיימת".

כתב הש"ך (טו) דכתב בהג' אשר"י בשם האו"ז ע"פ התוספתא (ש"ך) דהמשכיר בית לחברו עד אדר זה אומר עד אדר ראשון וזה אומר עד אדר שני או השכיר עד סוף אדר זה אומר עד סוף אדר ראשון וזה אומר עד סוף אדר שני חולקים ביניהם, וכתב הש"ך דלא קיי"ל כן דנראה דהך תוספתא אתיא כרשב"ג ור' יוסי דס"ל ביי"ב זהובים לשנה מדינר זהב לחדש יחלקו חדש העיבור ולא ס"ל קרקע בחזקת בעליה קיימת, אבל למאי דקיי"ל כר"נ דיי"ב זהובים לשנה כולו למשכיר אלמא דהיכא דאיכא ספיקא כולו למשכיר משום דקרקע בחזקת בעליה קיימת וכ"פ כל הפוסקים א"כ בזה אומר עד אדר ראשון וזה

אומר עד אדר שני כולו למשכיר, והא דפסק האו"ז דלא כרב נחמן כתב הש"ך דנראה דאזיל לטעמיה דהיכא דאין הדיין יכול לידע מחמת שעלתה ההלכה בתיקו הוי ספק וחולקין, א"כ דוקא ביי"ב דינרים לשנה דינר לחדש דה"ל בעצמו מסופק ואין שום אדם יכול לידע כוונתו הוא דאמר ר"נ קרקע בחזקת בעליה עומדת אבל בהשכירו עד אדר דאין הלשון מסופק אלא דאין לא ידעין אי אדר ראשון עיקר או אדר שני וכן פליגי באמת ר' מאיר ור' יהודה בנדרים ונחלקו הרא"י כמי פסקין הילכך כיון דהוי פלוגתא דרבנותא וחולקין, ולפי"ז לדידן דקיי"ל בפלוגתא דרבנותא המוציא מחבירו עליו הראיה א"כ הכא המשכיר הוא מוחזק דקרקע בחזקת בעליה קיימת והשוכר ה"ל המע"ה ואפי' בא בסוף חדש כולו למשכיר, ורע"א כתב שהמל"מ הביא "חבילות פוסקים" כרשב"ם דבספיקא דרבנותא גם בקרקע היכי דקיימא תיקום.

כתב הרמ"א ע"פ תשובת הרשב"א "אבל מי ששכר מלמד לבנו ואמר ליה שני לשונות כאלו, והמלמד למד עמו חדש העיבור, אין צריך לשלם לו חדש העיבור", ומבואר בדרכ"מ דלא דמי לקרקע שבחזקת בעלים קיימא ועוד דמלמד שלמד עמו מדעתו אע"פ דגלי דעתיה דמחמת שכירות השנה לומד עמו א"צ לשלם לו, ועוד שהמלמד בן חבירו שלא מדעת האב אין האב חייב לשלם לו כלום, וכתב הקצות (ה) דמש"כ דלא דמי לקרקע שבחזקת בעלים קיימא, קשה דודאי הפועל או המלמד הוא עצמו בחזקתו קאים, ומש"כ שהמלמד בן חבירו שלא מדעת וכו', זה הוא דעת הרשב"א דפטור אבל דעת המרדכי דחייב משום דהוי כדן יורד לתוך שדה חבירו, וכתב דנראה דעיקרא דמלתא שסמך עליה רמ"א הוא מהך טעמא שכתב הרשב"א לפי שלמד עמו מדעתו, והיינו משום דגבי משכיר בית הרי השוכר דר בו שלא מדעת בעלים ומש"ה חייב לשלם השכירות אע"ג דמוחזק בשכירות כיון דבדירה לא הוי מוחזק הו"ל תפס שלא ברשות, אבל מלמד שלומד עמו מדעת אע"ג דדעת המלמד אדעתא דאגרא הו"ל תפס ברשות בגוף הפעולה ופטור מלשלם בעד חדש העיבור, וה"ה כה"ג בשוכר משרת לשנה ואמר לו שני לשונות והמשרת שרתו בחדש העיבור דפטור מלשלם בעד חדש העיבור כיון שמשרתו מדעתו, ודומיא לב"מ ע"ו גבי היכא דבעל הבית אמר בארבע ושליח אומר בשלשה ופועלים אמרו כמו שאמר בעל הבית, מאי אדיבוריה ידיה סמכי דאמרי ליה מהימנת לן דהכי אמר בעל הבית, או דלמא אדיבוריה דבעל הבית קא סמכי, ולא איפשטא, ופסקו הרא"י והטושי"ע בסימן של"ד קולא לבעל הבית ואין צריך ליתן אלא שלש, ולא אמרינן פועלים בחזקתן קיימי וכמו בקרקע אלא דהיינו מטעמא דאמרן כיון דפועלים עבדי מדעתן הו"ל תפס ברשות, מיהו נראה דאם אין המלמד רוצה ללמוד בחדש העיבור צריך בעל הבית לשלם לו בעד י"ב חדש, ואין בעל הבית יכול לומר עדיין צריך אתה ללמוד עם בני בחדש העיבור עד שישלם לו בעד חדש העיבור כיון דהמלמד הוי מוחזק בעצמו והו"ל דין קרקע בחזקת בעלים, דכמו דאמרין בסוגיין במשכיר בית לשנה דצריך השוכר לשלם בעד חדש העיבור, ואפילו לשמואל דלית ליה קרקע בחזקת בעליה אפי"ה בבא בתחלת החדש צריך לשלם שכרו דינר לחדש, ולא הוי מוחזק בשכרו וכשיטה בשם הר"ן, ה"ה הכא במלמד אם בא בתחלת החודש צריך בעל הבית לשלם בעד חודש העיבור ואם בסוף החדש כיון שלמד עמו מדעתו לא הוי דינו כדן קרקע.

סעיף טז

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "בעה"ב שאמר לזמן השכרתיך, והשוכר אומר לא שכרתי אלא סתם (והוה לך להודיעני ל' יום קודם בימי הקיץ כנ"ל בסעיף ה', סמ"ע) או לזמן ארוך, על השוכר להביא ראיה ואם לא הביא בעל הבית נשבע היסת ומוציאו מן הבית (מהטעם האמור למעלה דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכן הדין בכל מילתא דלא עבידא לאגלויי, ה"ה) {וכן בכל ספק שנופל בין הדר בבית חבירו ובין חבירו (ה"ה), אם לא שאכלה שני חזקה דאז נאמן במגו דלקחתי (רשב"א), וע"ל סימן שט"ו סעיף ג' ובסימן שי"ז (והגר"א ציין לדף ק"י לסוגיה דההוא שטרא דהוה כתיב ביה שנין סתמא שהובאה בסימן שי"ז וקיי"ל הלכה כרב כהנא דפירות בחזקת אוכליהן)"}.

כתב הש"ך (טז) דהא דבעה"ב נשבע היסת אע"פ שהוא מודה מקצת, מ"מ כיון דחולקים על הדירה דינו כקרקע דאין נשבעין רק היסת דשכירות קרקע כקרקע לענין אונאה כדלעיל סימן רכ"ז וכן לענין קניה לעיל ריש סימן ק"צ בהג"ה.

עוד כתב הש"ך (יז) דמשמע מהרב המגיד (לעיל) דאם היה כאן מלתא דעבידא לאגלויי כגון שהיו עדים יודעים לאיזה זמן השכירו לא היה מוציאו מן הבית, וליתא, דלא אמרינן לקמן דבעי מילתא דלא עבידא לאגלויי אלא לענין להוציא ממנו מה שכבר אכל אבל לענין להניחו מכאן ולהבא אפי' במילתא

דעבידא לאגלווי לא שבקינן ליה מטעם דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכדמוכח לקמן סימן שי"ז וכן משמע להדיא בריטב"א והלכך אפילו יש כאן עדים מוציאו.

סעיף יז

השכיר בית ונפל או נשרף מה הדין (ראה גם סע' א') ואם כל העיר נשרפה מה הדין?

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם (משנה וגמ' ב"מ קג. -) המשכיר בית לחבירו לזמן ורוצה לסתור בתוך הזמן, השוכר יכול לעכב עליו, ואם עבר וסתרו בתוך הזמן, חייב להעמיד לו בית אחר או ישכיר לו כמותו (שלא אמרו שאינו חייב לבנותו אלא כשנפל מאליו אבל אם המשכיר סתרו ודאי חייב להעמיד לו בית ופשוט הוא וכ"ש לפירש"י מזלו של שוכר גרם שא"א לומר כן בסתרו הוא, ה"ה), ואם מעצמו נפל - אם אמר לו בית זה אני משכיר לך אינו חייב לבנותו (ואינו דומה לחמור זה שאם יש בדמיו לשכור ישכור בסימן ש"ב משום דחמור כשמת לזבונא קאי ולוקח אחר משא"כ בבית כשנפל שאין דרך למכרו, תוס') { ואפילו בנאו המשכיר יכול לומר שלא ידור בו (רשב"א) } אלא מחשב על מה שנשתמש בו ומחזיר לו שאר השכירות (וה"ה איפכא אם עדיין לא נתן לו כלום משלם לו כפי הזמן שדר בו, סמ"ע השם הטור) { ואפילו השוכר אומר אבננו משלי אין שומעין לו (ב"י) } ויש מי שאומר (רא"ש) דדוקא בשנפל כולו אבל אם הוא קיים אלא שהוא מסוכן לדור בו (דהשתא לא שייך למימר אזדא ליה) חייב המשכיר לתקנו אם יש בידו שכירות מוקדם (רמ"ה), לאו דוקא שהוא עדיין בעין בידו אלא ר"ל אם כבר קיבל שכירות יותר מלפי ערך הזמן שדר בו חייב המשכיר לתקנו מדמי אותה שכירות, משא"כ אם לא קיבל יותר דהיה יכול המשכיר לחזור בו ולומר צא ושכור לך דירה אחרת, מיהו אין לו טעם כ"כ דכיון דשיעבד נפשו להשכיר לו בית זה ועדיין שמו עליו עליו לתקנו, סמ"ע ל"ב, ועיין נתיבות י"א). ואם אמר לו בית סתם ונפל, חייב לבנותו או יתן לו בית אחר, ואם היה קטן מהבית שנפל, אין השוכר יכול לעכב עליו, (רי"ף -) 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), ובבית זה אינו יכול להוציאו ואפילו ליפה ממנו, ש"ך י"ט, והקצות כתב דנראה דבבית זה אפילו אם עדיין לא הורידו בתוכו כיון דקנה בקניני השכירות הוי כממכר ושוב אינו יכול להחליף לו באחר אפילו מקטן לגדול) } 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 { ואע"פ שאינו נאה בבנינו ובקישוטו (נ"י), וכן א"צ להעמיד לו סמוך לנהר ולמרחץ ולשוק כזה, סמ"ע בשמו) }, 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 { נשרף הבית דינו כנפל (מרדכי). נשרף כל העיר הוי מכת מדינה ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו בין הקדים לו שכרו או לא (תשובת מיימוני, ויתבאר בסימן שכ"א, סמ"ע). המשכיר בית לחבירו והוא נפול אדעתא דלבנותו הוא מוגיר ליה (נ"י) }.

כתב הטור גבי בית סתם (הובא ברע"א בקיצור) דדעת הרמ"ה הא דצריך להעמיד לו בית לאו למימר שיכופו אותו לבנות לו בית או לשכור לו דאע"ג דקנו מיניה שישכור לו או לבנות לו לא היה בעולם ולא חל עליו הקנין אלא להכי קאמר שחייב להעמיד לו בית שאם קבל כל השכירות שחייב להחזירו לו עד שיתן לו בית ואפילו נפל בחצי הזמן שאינו מוצא לשכור אלא בכל השכר שנתן לו צריך להחזיר לו כל השכר או ליתן לו בית מיהו אם היה למשכיר בית אחר שלא היה משועבד בשעת שכירות לאדם אחר חל הקנין עליו דבית סתם אמר לו וצריך ליתנו לו, וכתב הטור דלרא"ש גבי שוכר חמור דבמה שמשכו נשתעבדו לו הנכסים ליתן לו חמור אחר הכי נמי כיון שקנו מיניה נשתעבדו לו כל נכסיו להשלים לו תנאו אפילו לבנות לו בית אחר, ודעת הדרישה (ברע"א) ברא"ש דבעי עכ"פ קנו בידו ולא מהני חזקתו שבבית זה ומחלק בין הכא לחמור.

גבי העמדת הבית כתב הסמ"ע (לג) בשם הנ"י עוד דאפילו בית סתם אי כבר נחית והתחיל לדור בבית גדול צריך לחזור וליתן לו בית גדול כאותו בית.

עמש"כ הרמ"א בשם הנ"י בבית סתם דכל זמן שלא נפל הראשון אינו יכול להוציאו וליתן לו בית קטן, כתב הקצות דדעת הריטב"א (בנ"י) דמאחר שהוריד לתוכו לא יכול לשנות לו אא"כ נפל, ודעת הנ"י ברמב"ם דאפילו קודם שנפל יכול להוציאו וליתן אחרת, והקצות דחה הבנה זו ברמב"ם, אכן הנתיבות (יב) למד בש"ך סק"יט דלעיל שכתב דבבית זה אינו יכול להוציאו אפילו מרעה ליפה, מוכח מלשונו

דבבית סתם יכול להוציאו, וכ"כ בסק"ה, ותמה מאוד על כך דא"כ בכל יום יהיה יכול להוציאו מדירה לדירה והוא נגד הסברא, דודאי יכול לומר לא בעינא למיטרח בכניסה ויציאה בכל יום ואדעתא שאדור מתחילת שנה עד סופה שכרתי בית וכריטב"א הנ"ל, "אך מה אעשה שמדברי הרמ"א והש"ך לא משמע כן", ואפשר שדעת הרמ"א דרק פעם אחת יכול לומר שבטעות או מחמת אונס נתן לו בית גדול או בית זה, וגם מתחילה לא היתה דעתו ליתן לו רק בית השני, אבל לשנותו בכל פעם לא מסתבר כלל.

גבי 'בית זה' הביא הסמ"ע (ל) שכתב הטור דדעת הרמ"ה שאם יש בעציו ובאבניו כדי ליקח אחר יקח ואם אין בהם כדי ליקח אחר ויש בהן כדי לשכור ישכור, והר"ש כתב שאפילו אם יש בעציו ובאבניו כדי ליקח אחר או לשכור אינו צריך ליתן לו אחר, דס"ל לרא"ש דדוקא גבי משכיר לו חמור ואמר לו חמור זה ומת הוא דאמרינן כן בסימן שי"ב משום דבחמור שמת אין לו תיקון להחיותו אלא למוכרו, משו"ה כשאומר חמור זה משועבד לו, משא"כ בית שנפל דאינו עומד למוכרו אלא להוסיף עליו ולבנותו מחדש, והרי זה א"ל בית זה ור"ל כמות שהוא, לא להוסיף עליו ולא ליתן לו בית אחר.

סעיף יח

ע"פ משנה ב"מ קטז: וגמ' פסק בשו"ע "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 (כשמואל בדיני), חייב המשכיר לתקן, ואם לא תקן הרי השוכר יורד ודר בבית עם בעל הבית (נפשטא באת"ל, רא"ש, ור"ל דאין הבעה"ב צריך לצאת מביתו וידור בו השוכר לחוד עד שיתקן לו עלייתו), ונכנס ויוצא דרך פתח הבית (כנ"ל, ולא אמרינן שיעלה בכניסתו על גבי סולם לעלייתו כבראשונה ומשם ירד למטה בבית) עד שיתקן לו את העלייה (ודעת הרמ"ה דאין המשכיר חייב לטפל בזה ולהוציא עליו הוצאות אלא יתן לשוכר דירה למטה בביתו ואם צר להשוכר המקום יתקנו לעצמו והטור חולק, סמ"ע). (ע"פ דין אפרסק דלקמן -) אבל אם נפל הבית והעלייה אין צריך לבנות לו אחר, כיון שאמר לו בית זה { אבל אם נפלה העלייה צריך לבנותה כל זמן שהבית קיים (טור, דלא כרמ"ה וב"י דדוקא נפחתה העלייה יורד לבית אבל אם נפלה - לא, שלא שעבד הבית לעלייה אלא בעודה קיימת) }".

סעיף יט

ע"פ שם קיט. פסק בשו"ע "היו שתי עליות זו על גב זו, ונפחתה העליונה, דר בתחתונה, (בעיא שם ועלתה בתיקו וכלשון הרמב"ם -) נפחתה התחתונה, הרי זה ספק אם ידור בעליונה או בבית, לפיכך לא ידור, ואם דר (משמע מיד שהתחיל לדור למטה, סמ"ע) אין מוציאין אותו משם (ופשוט הוא, ב"י)".

כתב **הקצות (ט)** על פשיטת הספק של הרמב"ם והב"י דהא בקרקע אפילו בספיקא דדינא אמרינן אוקי קרקע בחזקת בעלים, וביאר דנראה דכיון דדר עם בעל הבית ברשות בעל הבית כבר זכה בה ולא גרע מבית סתם דאין יכול להוציאו וליתן לו בית קטן וכרמ"א בסע' י"ז, וה"ה בזה אע"ג דיכול ליתן לו העליה כיון דכבר נתן לו הבית זכה בה כיון דעליה גרוע מבית, ומיהו דוקא שדר בו בידיעת בעל הבית אבל שלא בידיעת בעל הבית יכול להוציאו לעליה כיון דקרקע בחזקת בעלים [אכן דעת המאירי דיד השוכר על התחתונה].

סעיף כ

ע"פ ב"מ קטז: פסק בשו"ע "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 כיו"ב { (רמ"ה -) ודוקא בכה"ג 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 זה, אין צריך להעמיד בית אחר (דלא כטור) }".

סימן שיג – המשכיר בית לחבירו בבירה גדולה באיזה מקום רשאי להשתמש

סעיף א

כיצד אדם קונה שכירות בית עם חצר? פרט לענין תשמיש בחצר, מציאה שנפלה בחצר וקנין

ע"י החצר השכורה (ראה סימן רס, ד)

ע"פ ב"ב ו. וכרבה דבתרא הוא פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם "המשכיר בית לחבירו בבירה גדולה, משתמש בזיזים ובכותלים עד ארבע אמות (כלומר משתמש בחורי הכותל על פני ארכה מבחוץ עד ד' אמות אף שלא כנגד ביתו ובזיזין היוצאין מכותליה ובעובי הכותל בראשו כגון אם השכיר לו עלייה בבית, סמ"ע בשם רש"י וראה לקמן), ובתרבץ של חצר וברחבה שאחורי הבתים, ומקום שנהגו להשתמש בעובי הכתלים (לא קאי אלא אעובי הכותל דאל"כ ל"ל כ"ז ה"ל דמשתמש הכל לפי המנהג וכמו שמבואר ובכל אלו כו' אלא דבכל הנ"ל משתמשים בסתם אף בלא מנהג ידוע גר"א [ועיין רבינו יונה]) (רמב"ם -) ובכל אלו הדברים הולכים אחר מנהג המדינה והשמות הידועים להם".

כתב הסמ"ע (א) דגם הנ"י כתב כרש"י הנ"ל דהאי שימוש בעובי הכותל מיירי כששכר העלייה, ועוד כתב דלאו דוקא בכותל בירה שהוא לפני פתחי החדרים אלא אף בכותל גן תרבץ יכול להשתמש, וכתב הסמ"ע דמשמע מדבריו ורש"י שלא התירו שימוש בגינה עצמה כי אם בכותליה אבל ברחבה לא הזכיר כותל ומשמע דס"ל דגם ברחבה עצמה מותר לשמש, וצ"ע אם כן למה סתמו הפוסקים ולא כתבו כן, ולישב דברי הטור י"ל שסמך אמ"ש שבמשכיר לו בית בחצר, דאין לו בחצר כי אם דריסת הרגל ולא שימוש בגוף החצר, וכ"ש שאין לו שימוש בגינה עצמה שהוא מקום מוצנע ומיוחד טפי מהחצר, אבל דברי הרמב"ם והמחבר א"א לישיב בזה, שהן לא כתבו כאן דין זה שכשמשכיר לו בית בחצירו דאין לו בחצר כי אם דריסת הרגל, ונראה דס"ל דהגמ' התירה לשמש באויר החצר כמו ברחבה וכנ"ל, ואפשר שכן ג"כ דעת הטור שסתם ולא כתב כותל בגינה.

סעיף ב

ע"פ מימרא דרב אשי ב"מ קב. פסק בשו"ע "המשכיר חצירו סתם לא השכיר הרפת שבה".

סעי' ג: ראה סימן רס, ד.

סעיף ד

ע"פ משנה ב"מ קא. פסק בשו"ע "והאפר היוצא מהתנור וכירה של שוכר {רמ"ה -} אפילו אחרים אופין ומבשלין".

כתב הסמ"ע (ז) דבטור מפורש דהיינו שעומדין בחצר ושכורים לשוכר לבשל בהן ואשמועינן דאפילו אם גם אחרים אופין ומבשלין שם, כיון ששכורים לו האפר של השוכר, וזהו שמסיק הרמ"א אפילו אחרים וכו', והקשה מאי שנא מזבל של בהמות אחרים הנמצא בחצר דס"ל לרמב"ם דאפילו אם החצר מושכר להשוכר הזבל הוא של המשכיר (בסעי' ג'), ותירץ דשאני אפר תנור וכירה שהם מתערבים באפר של השוכר שגם הוא מבשל ואופה שם, ומשו"ה אין דעתו של המשכיר עליו.

הקצות (א) כתב דלפמ"כ בסעי' ג' דדוקא בזבל כתב הרמב"ם כן משום דלא השכיר הרפת משייר לנפשיה כח בחצר לשבח הרפת שבחצר אבל בשאר מציאות מודה הרמב"ם דהשוכר זוכה, א"כ בתנור וכירים כיון דהשכיר לשוכר ולא שייר לנפשיה בזה הו"ל כמו שאר מציאות דשוכר הוא שזוכה.

סימן שיד – מה הדברים שעל המשכיר לעשות או על השוכר

סעיף א

ע"פ משנה ב"מ קא: וגמ' פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם "המשכיר בית לחבירו, חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו (אפילו יש לו אורה הרבה, סמ"ע ע"פ הראב"ד ואפשר שכן גם דעת הרמב"ם) ולחזק את התקרה ולסמוך את הקורה שנשברה ולעשות נגר ומנעול, (ע"פ ת"ק במשנה קטז: וכשמואל בגמ' -) וכן אם נפחתה המעזיבה והתקרה בד' טפחים חייב לתקנה, (ברייתא בדף קא: -) וכן כל כיוצא בזה מדברים שהם מעשה אומן והם עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות {נ"י -} ואע"פ שנכנס שם השוכר וראה שלא היו שם דברים אלו ולא אמרין דנתפייס במה שראה, אלא על המשכיר לתקן. תקן המשכיר דברים אלו, ונשברו תוך ימי השכירות, אם אמר ליה בית זה, אין צריך להעמיד לו אחר. אמר לו בית סתם, צריך לתקנו כל ימי השכירות, וע"ל סימן שי"ב סי"ז}."

כתב הסמ"ע (ה) דמש"כ הרמב"ם והמחבר 'והם עיקר גדול בישיבת הבתים' גם עליה בכלל בית הוא ובית איקרי וכסי' ריד/א ו-שיב/יט, והטור כתב בזה שהמעזיבה נמי חיזוק תקרה הוא, ור"ל ומשו"ה הוא מוטל על המשכיר לתקנו שהוא מעשה אומנות, לאפוקי אם היו אומרים דאינו אלא משום משווי גומות כרבי יוסי והוה מעשה הדיוט שהוא על השוכר.

[תמה הקצות (א) עמש"כ המחבר 'אמר לו בית זה' דזה כדעת הריטב"א דאם השכיר לו בית זה חייב להעמיד לו בשעה שמכניסו, מכאן ואילך אם נפל אין חייב להעמיד לו, ואם השכיר לו בית סתם חייב להעמיד לו כל ימי השכירות, והובא בדרכ"מ, ותימה דהא פסק בשו"ע סימן שיב/ז דוקא כשנפל כולו אבל אם הוא קיים אלא שהוא מסוכן לדור בו חייב המשכיר לתקנו והוא מתשובת הרא"ש דדוקא כשנפל כולו דאזדא ליה בית זה אבל אם הבית מסוכן כיון שהוא קיים דהשתא לא שייך לומר אזדא ליה דמסתמא עומד לתקן שעדיין נקרא בית הלכך מחוייב המשכיר לתקנו, וא"כ הכא שהבית קיים אלא שנתקלקל המנעול והנגר ודאי שמו עליו ועומד לתקן אמאי אינו צריך המשכיר לתקנו, והריטב"א אפשר דלא ס"ל הך דרא"ש, אבל בשו"ע דפסק כרא"ש והרמ"א אינו חולק שם א"כ היכי פסק כאן כריטב"א, וצ"ע].

סעיף ב

ע"פ ברייתא ב"מ קא: וגמ' פסק בשו"ע "השוכר חייב לעשות מעקה ומזוזה ולתקן מקום המזוזה משלו, וכן אם רצה לעשות סולם (דהיינו לגג, דאילו לעלייה המשכיר חייב דבלא"ה לא מיתדר ליה, נ"י וסמ"ע) או מרזב (גגיהן היו טוחין בטיט ומשופעים מד' צדדיהן וסומכים נסרים לכותל אצל הגג להרחיק המים מן הכותל, וכשנפול אחד מהן הדיוט מחזירה, רש"י וסמ"ע), או להטיח גגו, הרי זה עושה משל עצמו {וה"ה כל דבר שאינו מעשה אומן (טור ע"פ המשנה), ובכל אלו העניינים הולכים אחר מנהג המדינה (טור ע"פ הרמב"ם דריש סימן שיג) }."

סימן שטו – דין המשכיר בית על תנאי

סעיף א

[במשכיר בית לזמן קצוב ואח"כ רצה להשכירו או למכרו לאחר לאחר שיכלה זמן הראשון האם יכול לעשות קנין? האם יוכל לחזור בו לאחר מכן? פרט.]

ע"פ ב"ק עט: וב"מ צט: פסק בשו"ע "שכירות קרקע נשכר בדרכים שהוא נקנה בהם (דהיינו בכסף בשטר ובחזקה ובקנין סודר, טור) {ואין אונאה לשכירות קרקע כמו במכירת קרקע (תשובת הרא"ש, כפי שנתבאר בסימן רכז/כט ונלמד מהפס' 'או קנה מיד עמיתך לא תונו' דאין אונאה אלא בדבר הנמכר במטלטלין הניתנין מיד ליד, סמ"ע) }."

כתב **בהגהת הסמ"ע** (ב) בשם **המרדכי** בשם **ראב"ה** על אשה ששכרה בית מראובן לדור בו מפסח עד עצרת, והוא קיבלה אצלו קודם פורים לביתו במדת חסד או מחמת דבר אחר, ועתה חזר בו קודם פסח, ופסק דיכול לחזור בו, דכל חזקה לא מהני אלא אחר גמר מעשה שראוי להחזיק מיד, והוסיף בשם הריב"ש (סימן תק"י) דאם קנה באחד מהדרכים ומחלה לא מהני מחילה עד שיחזיר השוכר ויקנה באחד מהקנינים, משא"כ בפועל בסוף סימן של"ג בהג"ה (וז"ל ה"ב"י בסימן ש"ב בשמו) על מי שהשכיר קרקע לחבירו בקנין ובשטר והקדים לו השכירות והיה דוחה המשכיר לשוכר מיום אל יום מלמסור לו הקרקע וכראות השוכר כך אמר לו אחר שאינך מוסר לי הקרקע החזר לי מעותי ועתה רוצה המשכיר להחזיר לו דמי השכירות ואומר שכבר נסתלק מהשכירות ומחל אותו והשוכר אומר שלא נסתלק מהקרקע כיון שלא קנו מידו והשיב שהדין עם השוכר¹). כתב **הפת"ש** (א) דמבואר במרדכי דמיירי שלא אמר לה קני בחזקה מעכשיו, ואכן כך מבואר לענין מכר בסוף סימן קצ"א בהג"ה דקנין חזקה לא מהני אם אמר קני לאחר שלשים יום אא"כ אמר מעכשיו ולאחר שלשים יום, וכן הדין ה"ב שכתב בשם הריב"ש כבר מבואר בסוף סימן קפ"ט בהג"ה לענין מכר, והשמיענו שניהם בכאן ג"כ לענין שכירות.

דן **הפת"ש** (א) בספק **המל"מ** שכתב ששמע שחכמי הדור שלפני נסתפקו במשכיר בית לזמן קצוב, ואח"כ רצה להשכירו או למכרו לאחר לאחר שיכלה זמן הראשון, אי מהני קנין חזקה דנעל גדר ופרץ כיון שזה הבית קנוי לראשון לכל תשמישיו, וגם נסתפקו אי מהני נתינת רשות דשוכר ראשון כדי שיקנה ה"ב, ומטו בה מהריב"ש דלא נסתלק השוכר מהקרקע בדיבור בעלמא בלא קנין, וכתב **בדברי משפט** דצ"ל דכוונת המל"מ באמר מעכשיו ולאחר הזמן דאם לא אמר מעכשיו אפילו בלא היה עתה הבית מושכר כלל ג"כ לא מהני קנין חזקה לאחר זמן כמפורש ברמ"א בסימן קצ"א, ¹ וכתב **הפת"ש** דמשמע מדברי המל"מ דע"כ לא נסתפקו אלא בקנין חזקה ואפשר דה"ה בקנין חליפין, אבל בקנין כסף אין ספק כלל דודאי יכול למכור או להשכיר אף קודם שנשלם זמן דראשון ודין דלמכור מבואר להדיא בשו"ע שיב"א ודין דלהשכיר מבואר בש"ך שם דיכול להשכירו לאחר תוך זמנו לכשיגיע הזמן, ומשמע שאינו יכול לחזור אף קודם שהגיע הזמן, וכ"כ בפשיטות ב**נתיבות** בס"י רי"א ושי"ב דאין המשכיר יכול לחזור בו אפילו קודם כלות זמן שכירות של ראשון אמנם כתב דבמחוסר זמן בעינן דוקא שיברר מקחו היינו שמשכיר לו שדה זו אחר שנה שמושכר לאחר אבל כשמשכיר לו סתם שדה ואין לו, רק כל שדותיו הן מושכרים לאחרים, לא מהני, ועוד כתב דאפילו השכיר לו סתם הוי כאומר מעכשיו, אם לא שתלה הקנין בזמן עי"ש, ² אולם דעת **הבית יעקב** בתקע המשכיר כפו לשוכר שני כדרך התגרים פשוט דלא קנה השוכר השני אף אם היה לאחר זמן שכירות דראשון כי שכירות קרקע אינו נקנה באסטומתא (ובפת"ש ציין לש"ך ונתיבות בסימן ר"א דאם ידוע שהמנהג הוא גם בקרקע מהני), ובקונה שכירות בכסף כיון שהיה זה קודם תשלום זמן שכירות דראשון לא קונה ואף אם חזר המשכיר לפני תשלום זמנו של הראשון חזרתו חזרה (ואף שאין המנהג כן), והביא ראיה מהמרדכי בסמ"ע לעיל דכל חזקה לא מהני אלא לאחר גמר מעשה שראוי להחזיק מיד, א"כ ה"נ אף את"ל שקנה השוכר השני תחילה כששכר מהמשכיר בכסף, אין הקנין חל כיון דאין ביד ראובן להשכיר לו, ואף שהשוכר השני בא לבית עם ב"ב והחזיק ביום סיום שכירות הראשון מ"מ קנין החזקה דשוכר הראשון עדיף דקנין השני נתבטל ע"י החזרה שחזר ראובן, וכן עיקר לדינא שכל האנשים השוכרים בתים לא מהני להו כל הקנינים עד שנשלם זמן השכירות של הראשון שדר בו, ואין סברא לחלק דהמרדכי הנ"ל איירי בקנין חזקה כמבואר בהדיא משא"כ בכסף דבהשכיר קודם סיום הזמן הוי כמו שאומר קני קרקע ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום דקיי"ל דבשטר היכא שנקרע תוך שלשים ובחזקה לא קני כשלא אמר מעכשיו ובכסף קני אפילו לא אמר מעכשיו אפילו נאבדו המעות כמבואר בסוף סימן קצ"א, דזה אינו, דהתם איירי לענין שיקנה אחר שלשים יום אם לא חזר בו, אבל תוך שלשים יום לא קני, וכיון שאין בידו להקנות אינו קונה לא בכסף ולא בחזקה, ודין דכסף וחזקה שוין הם בתוך שלשים יום, ועוד, דהחילוק שיש בין כסף לחזקה לאו משום עדיפותא דכסף מחזקה, אלא מטעמא שכתב הסמ"ע שם משום דבמעות אם לא נתקיים המקח היה צריך להחזירם לו, אבל לעולם אימא לך דקנין כסף וחזקה שוין הם. בתשובת חמדת שלמה למד בדברי הבית יעקב דבלא מעכשיו קאמר אולם **הפת"ש** כתב דמשמע דר"ל אפילו היכא דאמר מעכשיו. ³ שיטת **הבגדי כהונה** (ע"פ החמדת שלמה) כבית יעקב והוסיף דאף לאחר זמן השכירות דראשון יכול לחזור ודלא כבית יעקב. ⁴ שיטת **החמדת שלמה** כעין הבית יעקב "דאף שזה ברור שיכול להשכירו תוך זמן שכירות הראשון מ"מ י"ל דיכול המשכיר לחזור כיון דלא חל עדיין זמן השכירות ולא חל הקנין". ⁵ העטרת צבי האריך כנתיבות ודלא כבית יעקב ואינו יכול לחזור אפילו בתוך הזמן והאריך בראיות, ועוד כתב דכיון שהמנהג כן שרגילים להשכיר בתים קודם שנשלם זמן השוכר הראשון וי"ל

דאפילו ע"י קנין סודר מהני, ומשמע ברש"ל וכ"כ בתשובת חת"ס דסיטומתא מהני גם בדבר שלא בא לעולם ודלא כנתיבות שכתב מצד דינא דמלכותא דינא, אך כתב דזה אם אמר דיחול מעכשיו אחר דיכלה זמן שכירות דראשון אינו יכול לחזור אף קודם שכלה הזמן אולם אם לא אמר מעכשיו יכול משכיר לחזור קודם דכלה זמן שכירות דראשון, ומשמע מדבריו דאם השכיר לו סתם אף שלא תלה הקנין בזמן לאו כמעכשיו דמי ויכול לחזור קודם שהגיע הזמן, ודלא כנתיבות כנ"ל דבכל גווני אינו יכול לחזור, ועוד חלק על הנתיבות אפילו אם אינו מברר הבית והיה לו כמה בתים דשכורים לאחרים, ואמר אחר דיכלה שכירות ראשון יהא בית אחד מושכר לך, השכירות חלה אחר דכלה זמן שכירות דראשון, אף דלא בירר הבית ואמר בית זה רק דהשכיר לו סתם בית.

סעיף ב

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם (שכירות ז, א) "כשם שמתנה אדם כל תנאי שירצה במקח, כך מתנה בשכירות (שהשכירות מכירה לזמן קצוב היא, ה"ה ובאה"ג בשמו), וכל שממכרו ממכר בנכסיו שכירותו שכירות, וכל שאין לו למכור (כחש"ו בסימן רל"ה, סמ"ע) אין לו להשכיר, אלא אם כן יש לו פירות בלבד באותו קרקע, שזה שוכר ואינו מוכר".

הגר"א (ג) העיר עמש"כ הרמב"ם והמחבר כשם וכו' דזה דלא כתוס' ב"מ נ"ו (דדוקא באונאה אמרינן דשכירות קניא) והביא שכתב הנ"י דהא דאמרינן שכירות מכירה ליומא היינו לענין שישתמש בו כל ימי שכירות אבל גוף הדבר אינו קנוי כלל ובוזה מתורצת קושיית הב"י על הרמב"ם בסימן שי"ג גבי קנין בחצר הנשכרת.

כתב הסמ"ע (ג) ד"כ מתנה בשכירות ר"ל דא"צ קנין בפני עצמו על זה אלא כשמחזיק בגוף השכירות צריך לקיים התנאי, וכמו שכתבו הטוש"ע בסעי' ד' בראובן ששכר נער וכו'.

כתב הסמ"ע (ה) ע"פ המהרי"ק גבי הסיפא דהכלל דבעל בנכסי אשתו או מי שנתן לאחר הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה ושייר הפירות לנפשו וכיוצא באלו, כשיבוא אחד מהן למכור או להשכיר הפירות לאחרים, והפירות הן דבר שלא בא לעולם ואינו יכול להקנותן לאחר אלא כשיאמר לו קנה קרקע זו לפירותיה וכבסימן ר"ט, בזה קאמר דאין לו רשות להקנות לאחר הקרקע כדי לקנות הפירות בתורת מכירה כי אם בתורת שכירות, כלומר לפי הרמב"ם הקונה שדה לפירות אינו יכול למכור זכותו ואף דכתבו הטוש"ע בסימן שטז/א דהשוכר יכול להשכיר הקרקע, היינו דוקא בשכירות בית, דכאשר נותן הקרקע בידו ע"פ שטר ועדים כן צריך להחזיר לו במושלם, משא"כ בשדה דיכול לזרעה יותר משיעורה, או תמיד בלא להובירה, או לזרוע קטנית במקום שהיה לו לזרוע חטים, וכיוצא בדברים המכחישים את הקרקע טובא, ולא יוודע לבעל הקרקע, ואע"פ שנתבאר בסימן רי"ב דהקונה קרקע לפירותיה יכול לחזור ולהקנותה לאחר, אפשר דהמוכר אותה בפירוש לפירותיה נתיאש דיעשה בהן מה שירצה, משו"ה יש לו זכות טפי מאלו א"נ לא כתב אלא דיכול לחזור ולהקנותה ולא קאמר דיכול למוכרה ויכול להיות בכונתו כנ"ל דלהקנותה לאחר בתורת שכירות ולא בתורת מכירה קאמר, אולם הקצות (א) למד במהרי"ק דמה שכתב הרמב"ם א"כ יש לו פירות בשדה היינו שזה שוכר את הפירות ואינו מוכר גוף השדה אבל הפירות איתנהו בין בשכירות בין במכירה. גם הנתיבות (א) חלק על הסמ"ע דכיון דהוא בעצמו יכול לקלקל בדברים אלו, דהיינו להוסיף בתשמישין, מהיכא תיתי לא יוכל להקנות לאחר, ובדברי הסמ"ע ברמב"ם ביאר דודאי הקונה יכול למכור כל זכותו, רק כונתו במש"כ דאם יש לו פירות לבד שזה שוכר ואינו מוכר, היינו במי שיש לו רק פירות ולא שדה לפירותיה, כגון באחד שמכר איזה דבר והתנה על פירות שדה זו לכמה שנים, דאדם מתנה בדבר שלא בא לעולם, או בית שהתנה לדור בו כמה שנים, דאז אינו יכול למכור שדה לפירותיה, והפירות או הדירה בעצמה אינו יכול למכור דאין אדם מוכר דבר שלא בא לעולם, מ"מ יכול להשכיר הפירות או הדירה, דהא כל שוכר א"צ לשכור שדה לפירות כמו במוכר, והטעם דאף דבכל דבר שאין יכול למכור אינו יכול להשכיר, מ"מ בדבר שלא בא לעולם שאני, דכל משכיר כחוב הגוף דמיא להעמיד לו.

סעיף ג

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "השוכר בית מחבירו וטוען ששכרו על תנאי שיכניס עמו דיורין אחרים, והמשכיר מכחיש, ישבע המשכיר שלא התנה כן, והוא הדין לכל טענות שביניהם (דאמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת, סמ"ע) {ועיין לעיל סימן שי"ב סעיף ט"ז ולקמן סימן שט"ז סעיף ב'}.

סעיף ד

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "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", וכתב הסמ"ע (ז) דהא דאינו צריך קנין פירושו אין צריך קנין חדש, אלא כשלקח הנער לביתו ע"פ תנאם נתקיימו הדברים שהתנו ביניהם, והביא לשון הריב"ש שכתב כל מה שאדם נודר בשכירות אפילו בע"פ ובלא קנין צריך לקיים כל זמן שהנשכר עשה מלאכתו.

הקצות (ב) כתב דאין לזה ביאור ומה ענין שמעון לזה שיתחייב ע"י דיבור כיון שלא היה השכירות בינו לבין ראובן וכתב שנראה שטעות נפל בדפוס וצריך להיות כתוב במקום 'לשמשו' היה לכתוב 'משמעון' וה"ג ראובן שכר נער משמעון, **ובתניבות** (ב) כתב "לא ידענא מאי תנאי שכירות שייך גבי שמעון, דהוא אינו לא שוכר ולא משכיר, לכן נראה דהוא התחייב עצמו להיות ערב בעד הנער, ע"כ מה שהפסיד חייב מטעם דהוי כערב בשעת מתן מעות כיון דנתערב בשעת דשכרו לשמשו, ותנאי שכירות א"צ קנין ונתחייב השכיר, וכיון דאדעתא דהכי קיבלו והכניסו לביתו הוי כערב בשעת מתן מעות".

סימן שטז - המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכירו לאחרים

סעיף א

אברך שכר דירה בעיר טבריה ליד הטיילת, האם רשאי בימי בין הזמנים לצאת מהדירה ולהשכירה לאחרים, מה נפסק בשו"ע? ואם הלכה זו תקיפה גם לימינו ומדוע?

ישיבה הנמצאת במבנה בשכירות מוגנת. האם רשאית להשכיר לכולל שאינו שייך לישיבה להשתמש בנכס המושכר, למי ישלם הכולל דמי שכירות, לבעלי המבנה או לישיבה? (לקמן)

השכיר בית לחבירו לזמן קצוב האם יכול השוכר להעביר לאחר בתוך הזמן?

כתב הרמב"ם (שכירות ה,ה) "מכאן אני אומר (הלכה ד' והובא בסימן שיא/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) שהמשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו משכיר לאחרים אם יש בני בית כמנין בני ביתו, אבל אם היו ארבעה לא ישכור לחמשה, שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מטלטלין שהרי אומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אבל בקרקע או בספינה שהרי בעלה עמה אין אומר כן, וכן אני אומר אם אמר לו בעה"ב לשוכר למה תטרח ותשכיר ביתי לאחרים אם לא תרצה לעמוד בו צא הניחו ואתה פטור משכירתו אינו יכול להשכירו לאחר שזה באל תמנע טוב מבעליו עד שאתה משכירו לאחר תניח לזה ביתו, ויש מי שהורה שאינו יכול להשכירו לאחר כלל ויתן שכרו עד סוף זמנו ולא יראה לי שדין זה אמת" והראב"ד כתב שיש בדורינו חולקים שיש בני אדם שמחריבים הבית בדירתם.

כתב ה"ה דסברת הרמב"ם ראייתו בצדה מדין הספינה בב"מ ע"ט ולא אמרו שיש לו תרעומת אלא בספינה מפני שיש לו לבעל הספינה לדור עם השוכר ולסבול דעתו אבל בבית אפילו תרעומת אין לו ונכון הוא בטעמו, ומש"כ 'וכן אני אומר' וכו' גם זה נכון אבל אין לזה ראייה מן הגמ', וסברת סיעת הראב"ד ס"ל לחלק בין ספינה לבית שבספינה יכול הוא להשכירה לאחר לפי שבעלה עמה וישמור שהשוכר הזה לא יקלקלה ואעפ"כ יש לו תרעומת מפני שינוי הדעת אבל בבית שאין בעליו עמו אינו רשאי, וכתב דטענתם חלושה מאד שהרי זה השוכר השני אם הזיק ישלם ואין מצוי היזק בקרקע שיאמר בו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר. עוד חזק הסמ"ע (א) דברי ה"ה ברמב"ם דבמשכיר ביתו בשונה מספינה דהמשכיר אינו דר עם השוכר בביתו ויש בו משום "אל תמנע טוב מבעליו", ולא אמרו בגיטין כ"ט וב"מ כ"ט דאין השוכר רשאי להשכיר, כי אם במטלטלים שמא יבריחם שומר השני ויאבדם, וגם בשדה משום שמא יכחישנה וכסימן ר"ב ובסמוך בסימן שט"ו סק"ה, משא"כ במשכיר ביתו דיכול להראות לו כל פרטי עניני ביתו ויתנה עמו שיחזירו כן בשלימותו.

כתב **הדרכ"מ** דדעת המרדכי בשם **מוהר"ם** דיכול להשכירו אפילו למי שבני ביתו יותר מרובים דהא יכול למלאות ביתו דיורים (וכ"ד מהרי"ו שיכול להשכיר גם למי שב"ב מרובין וגם הט"ז כתב דהרשב"א שאסר להשכיר למי שב"ב מרובין היינו משום שהתנה בפירוש אבל בסתם יכול להשכיר למי שירצה, ונראה שכן דעתו להלכה, פתחי חושן דלקמן הע' כב) אבל **המרדכי** כתב דלא יכול להשכירו לאחר כלל ואם דר בו אחר חייב להעלות שכר למשכיר, וציין לסימנים ש"ח ושי"א שדעת **הרא"ש** שמוותר לשנות בשכירות במקום שאינו מפסיד למשכיר והוא כדעת הרמב"ם ומוהר"ם, אמנם במחלוקת שבין מוהר"ם ורמב"ם אם יכול להשכירו ליותר בני אדם נקטינן כרמב"ם משום דכל ספיקא דדינא קרקע בחזקת בעליה עומדת, וכ"פ המרדכי במקום אחר "דלא יוכל להשכירו אלא לדכוותיה ולא לדקשה ממנו".

וז"ל **השו"ע** כרמב"ם "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 ביתי לאחרים אם לא תרצה לעמוד בו צא והניחו ואני פוטר אותך משכירותו, שומעין לו {וע"ל סי' שיי"ב ס"ז} (שם כתב ברמ"א "ואם רוצה להעמיד אדם שאינו הגון, אין המשכיר צריך לקבלו, וע"ל סימן שט"ז")

הש"ך (ב) ציין לספר לחינוך "לרא"ה" מצוה נ"ט, שם כתב "וכתב הרמב"ם.. ובלבד שיהיו האחרונים כמנין הראשונים, וכן בספינה, ויש חולקין עליו".

כתב **בכסף הקדשים** (א) דאולי דברי הרמב"ם רק בימיהם שהיה על המשכיר מוטל כל תיקוני הבית ולא על השוכר כלל כי קיימא לן אין שומרים בקרקע ופטור גם בפשיעה ל"א, וכשבני ביתו מרובים יש קלקול ביותר בבנינים ורוב הקלקולים הם כמותה מחמת מלאכה שאינם בחזרה גם אם היה דין שומר בהם, משא"כ כעת שפשט המנהג במדינות אלו שעל השוכר מוטל להחזיר כל הבנינים בסוף השכירות כמו שהיה בתחלת השכירות וכותבין כן ברוב שטרות ופשוט כן עד שאין צריך להזכיר כי ד"ה מנהג קבוע עי"ז והו"ל כזה נהנה וזה לא חסר, ומה לו להקפיד אם יהיו שם דיורים כמה נפשות יותר ובמה שאינו יכול לעשות לו הנאה מביתו שייך מדת סדום כשמוחה, אך צריכים להבחין אם אין חשש רעוע או רפיון באיזה פרט מהבנינים על ידי תוספות שיהיו בדיורים, ובמה שאינו ניכר ומסוים כל כך אין מנהג להטיל על השוכר שום תיקון, והו"ל כשחררותא דאשיתא שעל ידי דירה, והביאו בקיצור ב**פתחי חושן** (חלק ד' פרק ד', הע' כב) עיי"ש שגם דן בחולקים על הרמב"ם ובדרכ"מ הנ"ל, וב**חשוקי חמד** (ב"ב ס.) כתב על דברי כסף הקדשים שבזמנינו עלולים המרובים לגרום לבלאי גדול יותר בבית, או האינסטלציה, בדברים שכעת לא ישימו לב, ולא יחייבו תשלום את השוכר, אבל לטווח ארוך, עלול לגרום נזק וא"כ חזר דין השו"ע למקומו והרבה תלוי במה שכתוב בחוזה, ולדעת **פסקי המשפט** תלוי במנהג ולכן בימינו מותר לתקופה קצרה ומסתבר אף ליותר ממנין הנפשות.

בשו"ת **משפטיך ליעקב** (ד, טז) האריך וכתב במסקנה ש"כיום שיש בבית רהוט וחפצים של המשכיר בכל ענין לא יוכל השוכר להשכיר דהוי כמשכיר מטלטלין עם הבתים ולכ"ע אינו רשאי להשכיר בפרט אם יש בבית מטלטלין שניתן להבריח" ודרך בעלי הבית להקפיד על כל הנמצא בבית, וזה בכלל מה שאמרו חז"ל (שז, ד) דאין השוכר רשאי להשכיר וגם הרמב"ם הכא כתב 'שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מטלטלין' והריהוט בכלל מטלטלין.

אם השוכר יצא מן הבית ומשלם על השכירות והבית ריק כמה עליו לשלם? אם המשכיר דורש להשכיר את הבית, האם הוא זכאי לכך ומי יקבל את השכירות?

מה הדין אם רוצה השוכר להחזיק בדירה עד תום המועד ולהשאירה ריקה ולהמשיך לשלם את השכירות?

עזב השוכר בתוך הזמן בתשלום מלא, האם רשאי המשכיר להשכיר לאחר בתשלום?

אם בחוזה היה כתוב במפורש שאין השוכר רשאי להשכיר לאחרים, וזה הלך והשכיר לאחרים ללא ידיעת בעל הבית, מי יקבל את דמי השכירות?

אם בחזוזה היה כתוב שמותר לשוכר להשכיר לאחרים, מדוע אין זה נחשב עושה סחורה בפרתו של חבירו?

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי "ואם השוכר רוצה לצאת מן הבית ולהניחו כך בלא דיורין, ורצה לשלם למשכיר, יכול המשכיר להשכירו לאחרים, דביתא מיתבא יתיב ושאייה יוכת שער".

כתב הסמ"ע (ג) ע"פ המרדכי דאם כבר קיבל המשכיר המעות דאין צריך להחזיר לשוכר המעות, אף אם השוכר אומר אם כן יעמיד הבית בלי דיורין אין צריך לשמוע לו, אבל אם עדיין לא קיבל המעות מהשוכר והמשכיר משכירו לאחרים מנכה לשוכר מדמי שכירותו מה שמקבל מאחרים, אף אם אמר השוכר אני אשלם כולו ולא ידורו בו אחרים והדין נותן שאין צריך לשמוע לו, מ"מ יש לומר אדרבה הרי גילה השוכר דעתו שלא יתן לו כל השכירות אלא אם לא ידורו בו אחרים והני דרו בו ואיך נוציא ממנו ממון. כתב הקצות (ב) דמשמע מדבריו דאם כבר הקדים שכרו אע"ג דמשכירו לאחרים אין המשכיר מנכה מה שקיבל מאחרים, ויפלא איך עושה סחורה בפרתו של חבירו כיון שגוף הבית לשכירות קנוי לשוכר וראוי להחזיר השכירות דשני לראשון, והמעניין בדברי המרדכי אין זה במשמע כלל ומודה דאם משכירו לאחר בשכר מודה המרדכי דהשכר לראשון כיון דקניה ליה לשכירות, ועוד דבעיקר הדין שכתב המרדכי בהקדים שכרו אין השוכר יכול להשכירו לאחר, דעת ר' מאיר בר' ברוך במרדכי אפילו בהקדים שכרו יכול להשכירו לאחר, ואין לנו אלא דברי הב"י והרמ"א בדרכ"מ שכתבו דלא כמרדכי.

עוד כתב הקצות (א) דנראה דאם אין המשכיר יכול להשכירו לאחרים צריך השוכר לשלם כל השכירות ואינו מנכה לו כפועל בטל, ומש"כ המרדכי בשוכר שמת תוך שנה דאם כבר הקדים לו שכרו ואין היורשין מוצאין אחר להשכירו אין בעל הבית צריך להחזיר שכרו אלא כפועל בטל מחזיר לו מה שהבית פנוי לו לעשות כל מה שירצה, היינו דוקא היכא שהשוכר אנוס כמו התם שהשוכר מת, אבל היכא דאפשר לו לשוכר לקיים השכירות אינו מנכה כפועל בטל, וכן בפועלים אם בעל הבית רוצה לחזור היכא דאפשר לו לקיים השכירות ורוצה לנכות להם כפועל בטל לאו כל כמיניה כיון שהפועלים רוצים בפעולתם, וה"ה בשוכר כה"ג היכא דאפשר לו לדור בתוכו ואינו רוצה צריך לשלם כל השכירות, והא דגבי פרקה בחצי הדרך בספינה משלם לו כפועל בטל בסימן שי"א ובש"ך סק"ד, התם כיון שפרקה בחצי הדרך הו"ל כמו אנוס.

בנתיבות (ב) כתב שבאגודת אזוב הקשה אמרדכי מדברי עצמו [והביא תירוץ בשם מהר"י כץ לחלק אי מיירי בדר עמו, והוא לא ניחא ליה בתירוץ זה שסובר דמשכיר אפילו דר עמו יכול להשכירו לאחרים] ותירץ דאם כבר קיבל המעות שוב אינו יכול להשכירו לאחרים, אולם הסמ"ע דלא הביא האי דינא דבקיבל מעות שוב אינו יכול להשכיר משמע דס"ל כתירוץ הראשון, וכ"כ בסמ"ע סק"ח דגם במשכון שכבר נתן המעות יכול להשכירו לאחרים, וכיון דיכול להשכירו לאחרים ויכול לומר אני אשכירנו לאחרים, ודאי דהשכירות דידה הוא וצריך להחזיר לו מה שמקבל מאחרים, וע"כ צ"ל כתירוץ הראשון, ובדר עמו דאינו יכול להשכיר לאחרים השכירות של המשכיר, והקצות כתב כעין זה "רק שלא חילק בין דר עמו או לא", וסיים דהייצא דבמקום שלא היה השוכר יכול להשכיר לאחרים כגון בדר עמו, השכירות שמקבל המשכיר מאחרים הוא של המשכיר אפילו לא נתן המעות כיון דאין לשוכר שייכות בגוויה, ובמקום שיכול להשכיר לאחרים, השכירות לשוכר ואפילו נתן לו המעות, דמנין לנו להמציא חילוקים שלא נזכרו בש"ס ובפוסקים קדמונים, ואפילו רק שכיח להשכיר אינו משלם לו השכירות דלהבא כדמוכח גבי ספינה, ואפילו במקום שאינו יכול להשכיר לאחרים מנכה לו מהשכירות כמה אדם רוצה ליקח פחות כשלא דר בו דומיא דפועל בטל.

בפת"ש (ב) כתב דהקצות פליג על הסמ"ע בתרתני, חדא, בעיקר דינו של המרדכי דבהקדים שכרו אין השוכר יכול להשכירו לאחר, לא קי"ל הכי, וא"כ פשיטא דאם המשכיר השכירו לשני שיך השכירות לראשון, ועוד, דאף אם נודה לדינו של המרדכי בזה דאין יכול השוכר להשכירו, מ"מ אם הלך המשכיר והשכירו לאחר שיך השכירות לראשון כיון שגוף הבית לשכירות קנוי לראשון, ואח"כ הביא מסקנת הנתיבות הנ"ל שכתב כעין הקצות.

עוד הביא הפת"ש שבתשובת ברית אברהם דן בכל הנ"ל בעובדא דהביא שם וסיים דלדינא נראה כיון דהדרכ"מ, סמ"ע, ט"ז וב"ח בסימן רי"ב מתרצים תירוצים אחרים על סתירת דברי הרמב"ם

והטור, מבואר דלא ס"ל החילוק הנ"ל בין כבר שילם, אלא דבכל גווני יכול השוכר להשכיר לאחר, ואפילו אם נסכים לחילוק זה דבכבר שילם אינו יכול להשכיר, מ"מ אינו ברור דאם המשכיר השכירו שיהיה השכירות שייך למשכיר, וראוי לומר דשייך לראשון, אך באמת ברור דבגוף הדין דבהקדים שכרו א"י להשכיר לאחר או דהשכירות שייך למשכיר, אין הטעם דיועיל טענת הקפדה בהיותו מוחזק ולא להוציא ממון, רק עיקר החילוק הוא, דבהקדים לו שכרו נתרצה שיהיה שלו לאלתר גם אם יצא מתוכו, דמה שיצא השוכר מהבית ע"פ איזה טעם וסיבה שנוולד לו לא גרע מאונס ונתרצה על זה וכ"כ הש"ך סימן של"ד סק"ב במת תוך זמן השכירות, דאף דשכירות רק לכל יומא ממכר הוא ופטור היורש, מ"מ כיון דהקדים שכרו נתרצה שיהיה שלו גם אם יארע אונס מיתה וה"ה בזה, וזהו ג"כ החילוק באם המשכיר השכירו לאחר, דבהקדים לו שכרו אינו חל על בעה"ב להתנות והשוכר נתרצה, לכן השכירות לבעלים, אבל בלא הקדים לו שכרו ה"ל לבעה"ב להתנות שבאם יצא השוכר מן הבית שהבית ישאר לו להשכירו למי שירצה, ולכן השכירות לשוכר, עיי"ש שהאריך וגם בדברי הרמ"א בסימן שס"ג, וכתב הפת"ש דמבואר מדבריו שדעתו מסכמת דאף בגוונא דאין יכול השוכר להשכיר לאחר כגון בדר עמו וכח"ג, מ"מ אם המשכיר השכירו לאחר שייך השכירות לראשון כדעת הקצות ודלא כנתיבות, זולת היכא דהקדים לו שכרו מטעם דסבר וקיבל מתחילה".

חמשה אנשים שלמו לנהג מונית עבור נסיעה של אלף ש"ח, שני נוסעים ירדו בדרך והנהג העלה שני נוסעים חדשים וגבה מהם מאתיים ש"ח עבורו, הנוסעים טוענים כי הכסף הזה שייך לחברים ששלמו עבור הנסיעה ולא נסעו, הדין עם מי?

באגרות משה (חו"מ א, עד, הובא וסוכם **באוצר התשובות** עמ' רצב) כתב בנידון זה דמונית שפשוט הדין שיכולים להשכיר לאחרים את מקומם כמ"ש בשו"ע שיא"ו בשוכר ספינה ופרקה בחצי הדרך שכיון שהמשכיר שם יכול השוכר להשכיר לאחר, ובענין השאלה למי הדמים דין זה במחלוקת הוא שנוי לגבי שוכר שאינו רוצה לדור בבית והשכירו לאחר למי הריווח שלדעת הסמ"ע סק"ג כאן יש לחלק אם השוכר הראשון כבר שילם מעות או לאו שאם כבר שילם נסתלק מהשכירות וכל הריווח למשכיר ואם עדיין לא שילם מקבל השוכר את המעות, נראה פשוט דלאו דווקא אם השוכר שילם כבר והוא הדין אם נסתלק מהשכירות ואמר שישלם ששכירותו בטלה ואם השכירו המשכיר אח"כ לאחר הריווח למשכיר, ולקצות והנתיבות השיגו עליו ע"פ הב"י והדרכ"מ שהלכה כמ"ש המרדכי בפרק האומנים שהשוכר יכול להשכירו לאחר וממילא מקבל השוכר את המעות, וכתב האג"מ ליישב דעת הסמ"ע שגם הוא מודה למ"ש המרדכי בב"מ שאפילו לאחר ששילם יכול להשכירו לאחר והריווח לשוכר אמנם הוא סובר שאם שילם דמי השכירות מתחילה והסתלק מהשכירות בטלה שכירותו משום שמה ששילם בתחילת השכירות אינו על התשמיש בחפץ השכור אלא על מה שהמשכיר התחייב לו שלא יחזור בו וכיון שנתייבש מזה הפסיד, וכתב דמאחר שהסמ"ע והקצות והנתיבות חולקים הרי זה ספיקא דדינא ויש לפשר שהמשכיר היינו בעל המונית יקבל חצי והבחורים יקבלו חצי.

שכר בית מחבירו לשלוש שנים ובתוך השנים האלו השכיר הבית לאחר במחיר יותר גבוה, למי שייך הרווח הזה?

כתב **הנתיבות** (א) דהסמ"ע (ב) בציונו לפרישה רימו למש"כ דאם השוכר השני רוצה ליתן לשוכר הראשון יותר מהסך ששכרו, המשכיר צריך ליתן לו כך, כיון דאין שומעין לו רק משום דאל תמנע טוב, והביא ראיה מסימן שס"ג בהג"ה "ופשוט", וז"ל הרמ"א (שם) ע"פ הנ"י "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" – כלומר כשהשכיר לבני בית מרובים ונטל שכר יותר המותר לבעלים, רע"א הכא (שהביאו גם). דברי הרמ"א הוזכרו גם בפת"ש סק"ב, שם כתב כנגד הברית אברהם שכתב דמשמע דנגד דמי השכירות שייך לראשון, דלכאורה יש לחלק, ד"ל דזהו דוקא באם השכיר למי שבני ביתו מרובים או למי שאינו הגון, דבאמת יש לו לשוכר תפיסת יד בבית להשכירו למי שהוא הגון ואין בני ביתו מרובים, רק שהוא השכיר ביותר למי שבני ביתו מרובים ואינו הגון, שפיר כתב הרמ"א דרך המותר לבעלים, משא"כ בדר עמו שאין לו רשות להשכיר לשום אדם בעולם, י"ל דהנכון עם הנתיבות דאם המשכיר השכירו שייך כל השכירות למשכיר רק שינכה לו דומיא דפועל בטל, וצ"ע. כתב **הנתיבות** (שס"ג, ט) על דברי הרמ"א (הנזכרים) דאם לא

היה לו רשות להשכיר השכר לבעלים, דלפי' במטלטלין שאין לו רשות להשכיר, השכר לבעלים. [עוד כתב בנתן השוכר רשות לאחד שידור בו בחנם עם השוכר בחדר אין לומר דכיון שמשכיר לא היה יכול להשכירו לאחר כיון שכבר הוא מושכר לשוכר והוי כחצר דלא קיימא לאגרא דפטור הדר בו, אלא נראה דחייב לשלם, דהא ודאי דאיכא קילקול במה שדרין בבית, והפטור במה דלא קיימא לאגרא משום דביתא מיתבא יתיב, וכאן כיון שדרין בו בבית דליכא משום ושאינה יוכת שער ממילא חייב לשלם, דהא ודאי דאיכא קילקול קצת דהא מה"ט אסור להשכיר למי שבני ביתו מרובין רק דהשבח דשאינה יוכת שער עדיף מהקילקול, והכא דלא שייך זה, חייב לשלם כל הנאה בדין זה, דהוי זה נהנה וזה חסר מעט דחייב לשלם כל מה שנהנה].

[מה הדין במי שנתן ביתו לאחר או השכירו, ושייר כח לעצמו שכשירצה יכול לדור עם המקבל מתנה או השוכר בבית, האם יכול למכור כחו לאחר?]

עוד כתב הרמ"א "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 הרשב"א), ויש מחלקים (ריב"ש) בין אם שייר לעצמו חלק מסויים כגון חצי הבית, אז יוכל למכור לאחר, אבל אם שייר לעצמו חלק שאינו מסויים כגון, דיוכל לסלקו, אינו יכול למכור או להשכיר זכותו לאחר".

כתב הסמ"ע (ד) דצריך לבאר מאי שנא מסע' ב' בשכרו בשותפות דאין האחד יכול להושיב אחר במקומו כו', ואע"פ שבספינה הנ"ל גמרא ערוכה היא דהרשות בידו להעמיד אחר במקומו יש לומר דשאני התם דדרך הספינה בכך שיצא זה ולהכניס אחר במקומו כשמכר סחורתו ומתחילת השכירות אסיק הספן זה אדעתו דפעמים יבוא לידי כך, ומ"מ תרעומות יש לו עליו משום שינוי הדעת, וצריך לחלק ולומר שכל משייר לנפשו כח בו ייאש השוכר נפשו מתחילה לקבל גם אחר במקומו כשירצה המשכיר, מאחר שכל אדם שליט בביתו לעשות בו מה שירצה והרי שייר לנפשו.

עוד כתב הרמ"א "מי שנתן לאחר דירה בביתו ואין המקבל צריך לאותה דירה, נ"ל דיוכל להשכירו או למכור לאחר שבני ביתו אין מרובים ממנו, דלא גרע כח המקבל מתנה מכח המשייר לעצמו, דנותן בעין יפה נותן (בסימן רט"ו גבי מכר ביתו ושייר בור ודות לפניו דלא שייר לנפשו הדרך וכו', דרכ"מ), ועיין לעיל סימן קנ"ד סע' כ"ח".

הסמ"ע (ה) תמה על הדרכ"מ דאי משום הא לא איריא, דהא גם מצינו איפכא דיפה כח המשייר לנפשו מהמוכר או נותן לאחר גבי המוכר שני אילנות עיי"ש, וכן המוכר דקל ושייר פירות לפניו אמרינן בסימן ר"ט דשייר לנפשו בעין יפה ושייר לו ג"כ מקום באילנות לקנות על ידו הפירות שיגדלו, וכן אם מכר ביתו ושייר לנפשו דירת ביתו דאמרינן בסימן ריב"ג דשייר לנפשו הבית לדירתו, משא"כ במכר או הקנה לאחר פירות דקלו או דירת ביתו דאמרינן בסימנים ר"ט ורי"ב, וראיית הרמ"א ממכר בור נדחית מחילוק התוס' עיי"ש, והכלל דהיכא דלא נחית הנותן או המוכר לשירות אמרינן דבעין יפה מכר או נתן והיינו כמו התם דמכר הבית ואין בכלל מכירת הבית הבור והדות משא"כ במכר האילן דבכללו ג"כ הוא הפירות שיגדלו עליו, וכן המוכר הבית בכללו הוא הדירה, והוצרך המוכר או הנותן לאמר הפירות והדירה "ישארו לי", בזה אמרינן כל דפירש השיוור בעין יפה שייר, וכן במכר השדה בכלל המכירה היו ג"כ האילנות שבו, והוצרך לשייר ולומר שישארו משו"ה אמרינן מדנחית לשיוור בעין יפה שייר לנפשו, ועפ"ז דוקא במשייר לנפשו אמרינן דשייר לנפשו כח לדור בו אפילו עם השוכר בחדר אחד, אבל לא בנתן דירה לאחר, דיכול היורש לומר אין דעתי נוחה לדור עם אחר כי אם עמד, וכרא"ש והטוש"ע בסע' ב', וגם הרש"ל חלק על הרמ"א אבל לא נחית לסתור דברי ראיתו שהביא דלא גרע כח המקבל מתנה מכח המשייר לנפשו אלא חלק עליו מכח אומדנות דהנותן. עוד כתב דממש"כ הרמ"א דלא גרע כח המקבל מתנה מכח המשייר לעצמו כו', ובמשייר לעצמו כתב לפני זה דאם שייר לעצמו לדור עם השוכר יחד יכול להשכיר אותה זכות לאחר, משמע דס"ל דכן הדין נמי בנותן דירה לאחר לדור עמו יכול להשכירו לאחר מה"ט דלא גרע כח המקבל, וכנ"ל יש לחלק ביניהן, ולא מיבעיא כשבאו לדור עמו בחדר אחד, אלא אפילו בבית אחד כשאין לכל אחד פתח בפני עצמו לכונוס ולצאת בתוכו מרה"ר לחדרו ומחדרו לרה"ר איכא קפידא. אולם הנהניבות (ג) כתב דלולי דברי הסמ"ע נראה עיקר כדעת הרמ"א, דהא ודאי יש חילוק בין שוכר לדבר שהוא שלו, דהא חזינן דדוקא בשנים ששכרו מסיק בסעיף ב' דאין אחד יכול להושיב אחר במקומו, משמע דב' שהן שותפין לגמרי יכול כל אחד להושיב אחר במקומו או למכור,

והטעם נ"ל, דבשלו יכול כל אדם לעשות מה שירצה אף שעל ידו גורם היזק לחבירו כל שאינו מזיק ממש בגירי דיליה אבל בשוכר אין השוכר רשאי להשכיר אם לא שאין בו שום דבר המזיק דבשל חבירו לאו כל כמיניה להזיק דבשכירות לא קניא, ומשו"ה השוכר אינו יכול להשכיר כשהמשכיר דר עמו, דע"כ לא קאמרי דיכול השוכר להשכיר רק במקרקעי משום דמקרקעי אינו מזיק לו כמו במטלטלין, ובשדה דמזיק לו דעת הסמ"ע בסימן ר"ב דאינו יכול להשכיר, ואפילו בבית פליג הראב"ד, וא"כ כשדר עמו דמזיק לו כ"ע מודים דאינו יכול להשכיר, וכן ב' שוכרים כל אחד אינו יכול להזיק לחבירו כמו שאינו יכול להזיק למשכיר דלכל שוכר כל זכות המשכיר ובמקום המשכיר קאי, משא"כ בדבר שהוא שלו יכול לעשות מה שירצה, ומשו"ה במשייר לנפשו, כיון דמה שמשייר שדה לפירותיה ובית לדירה כמבואר בסימן ר"ב ידידה לגמרי הוא ויכול למוכרו ולעשות כל מה שירצה, יכול ג"כ להשכירו ואף על פי שמזיק קצת, דבדידה קעביד, ומשו"ה נמי כשנותן לאחד דירה, ע"כ בנותן בית לדירה מיירי.

ראובן שהשכיר בית לשמעון ונפלה מריבה בתוך הזמן ואמר ראובן לשמעון תריק לי את הבית, האם רשאי שמעון לעזוב? ומדוע?

כתב הקצות (ג) דכתב מהרי"ט בראובן שהשכיר בית לשמעון לזמן י"ב חודש ובתוך הזמן נפלה מריבה ביניהם והקפיד ראובן כנגדו ואמר לו תריק לי הבית, עתה רוצה שמעון להריק הבית באומרו שכבר מחל לו במה שאמר שיריק לו הבית והמשכיר אומר שעדיין חיובו קיים כי מה שאמר לו דברים בעלמא ופטומי מילי, והעלה דאין השוכר נפטר בזה דלשון תריק לי הבית אינו לשון פטור דאפשר לומר תריק ושלם לי בעד כל השנה וכהאי דקרקע כסותי כי אתי לידיה בתורת שמירה דצריך לומר והפטר (ב"ק צ"ג), ועוד דאפילו תימא דהרק לי והפטר קאמר דאין סברא שיפרע לו השכירות והוא אינו דר בה, ובמל"מ כתב דאם אמר לו בעל הבית לשוכר צא והניחו ואתה פטור משכירותו, אם חזר בו המשכיר ואינו פטור דעת הדרכי נועם דחייב השוכר לדור או להשכיר לאחר ואילו דעת מוהראנ"ח נפטר השוכר בדיבור בעלמא, וכתב הקצות דמסתבר טעמיה דמוהרי"ט לחייב השוכר, וכן משמע מהריב"ש (בסימן הקודם) דאם השוכר מוחל למשכיר אחר שנקנה לו בקנין הראוי לשכירות לא מהני אא"כ היה קנין מחדש משוכר למשכיר, וא"כ אפילו נתצו שניהם השוכר והמשכיר שיריק הבית ויפטור מן השכירות עדיין לא נקנה הדירה משוכר למשכיר כיון דמלוה לא קנה וכמבואר בסימן רד"י, ואם קנה קרקע במלוה לא קנה ושניהם חוזרין וה"ה לוקח דלא עדיף מכסף במטלטלין וה"ה בזה אע"ג דפטור לשוכר כיון שלא זכה המשכיר בבית השכור דהא חוב לא קנה שניהן חוזרין, אא"כ אומר לו הריני פוטר אותך משכירות ובהנאת מחילת מלוה תריק לי הבית דכה"ג מהני קנין מלוה וקנה הבית השכור ושוב אין חוזרין לא זה ולא זה, ואפילו תוך זמנו מהני מחילת מלוה, ובפרט דהכא חשיב כמו הגיע זמנו כיון שרוצין להקנות זה לזה הו"ל שכירות שעבר כאילו הגיע זמנו.

סעיף ב

ראובן ושמעון שכרו דירה בשותפות ומבקש ראובן להושיב אדם אחר במקומו, האם יכול שמעון להתנגד, והמקור לכך.

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "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' דיש חולקין} - והקשה הסמ"ע (ו) דכאן סתם המחבר כרא"ש ובסימן קע"א/ט סתם כדברי הרמב"ם אחד השוכר מחבירו מקצת שדה או חצר שאין בו דין חלוקה או שנים ששכרו מקום אחד בשותפות כל אחד מהם יכול לכופו לחבירו ולומר לו או שכור ממני חלקי או השכר לי חלקך ואם יש בו דין חלוקה חולקין, וכתב דיש לישב דמש"כ כאן דאינו יכול לכופו לחלוק, היינו דוקא בבית שתשמישו מרובה ויש בו משום היזק ראיה ואם ידורו יחד צריכין לחלק במחיצה כיון דיש בו דין חלוקה כדי לסלק היזק ראיתן זה מזה, בזה דוקא קאמר דאין בידם לחלק הבית במחיצה כיון דאין הבית הוא שלהם, והתם לא הזכיר בית אלא שדה וחצר, והקדים המחבר שם שדה לחצר ללמדנו דחצר דנקט היינו חצר דומיא דשדה דמיירי בחצר שאין בו תשמיש קבוע דאין בו משום היזק ראיה, ובאלו סגי להן בחילוק באיזה סימן שעושין באמצע וזה יכולין לעשות אף שהחצר או השדה אינה שלהן וביאר עפ"י ביאר הטור בסימן קע"א ולשונות המחבר עיי"ש ולשונות זכר ונקבה, וע"פ הנ"ל כתב דלא יתכן מש"כ הרמ"א

והלבוש כאן ושם שיש חולקים אמחבר. **הש"ך** (ה) העיר על דיוקי הלשון במחבר דשדה וחצר הוי כמו מחנה והדומה שמשמשים זכר ונקבה, עיי"ש.

כתב ה**נתיבות** (ג' והובא לעיל) דב' שהן שותפין לגמרי יכול כל אחד להושיב אחר במקומו או למכרו, והטעם דבשלו יכול כל אדם לעשות מה שירצה אף שעל ידו גורם היזק לחבירו כל שאינו מזיק ממש בגירי דיליה כמבואר בסימן קנ"ה, אבל בשוכר אין השוכר רשאי להשכיר אם לא שאין בו שום דבר המזיק, דבשל חבירו לאו כל כמיניה להזיק דבשכירות לא קניא, ומשו"ה השוכר אינו יכול להשכיר כשהמשכיר דר עמו, דע"כ לא קאמרי דיכול השוכר להשכיר רק במקרקעי משום דמקרקעי אינו מזיק לו כמו במטלטלי.

סעיף ג

ע"פ תשובת ה**רשב"א** פסק ב**שו"ע** "ראובן משכן ביתו לזמן והתנה שאחר הזמן יהיה רשות [לשוכר] לדור בו הוא וסיעתו, או למשכן או להשכיר למי שירצה, יש מי שאומר שאפילו בלא תנאי רשאי להשכיר או למשכן {למי שבני ביתו אינן מרובין (שם)} ומפני התנאי רשאי להשכיר ולמשכן אפילו למי שיש סיעה גדולה מסיעתו (לפי ששורת הדין דאפילו בלא תנאי היה יכול להשכירה ולמשכנה אפילו תוך הזמן, א"כ מאי תנאי הזה עושה, אלא ודאי כונתו היתה להשכירה אפילו לסיעה גדולה ולא אמרינן דלשופרא דשטרא כתבו אלא היכא דנוכל לומר דלטפויי אתא מטפינן ליה, **רשב"א**, הובא בסמ"ע).

כתב ה**סמ"ע** (ז) דלשון 'לשוכר' אינו מדוקדק, דהל"ל זה שהשכינו בידו, אלא משום דסתם משכונא הוא בנכיתא, דא"כ ה"ל אבק ריבית, וכל נכיתא בכל שנה כך וכך בעד הפירות ה"ל כשכירות.

עוד כתב ה**סמ"ע** (ח) שיש ללמוד מתשובת ה**רשב"א** (והמחבר קיצר) דאפילו מת הממשכן והניח בנים קטנים, דאף דאין יכול לתובען בקטנותו, מ"מ אין מפקיעין מיד זה שהשכינו בידו זכותו, כיון שמשעה שהשכינו היה בידו להשכירו מיד אפילו בתוך הזמן, וגם ה"ל כאילו הבטיחו הממשכן בפירוש שכשיכלה הזמן יהא רשות בידו להשכירו אפילו למי שבני ביתו מרובין, הרי הוא בידו כאילו קנוי לו לכל זה בחיי הממשכן ואין מפקיעין זכותו.

סימן שיז – אמר השוכר פרעתי שכר הבית והמשכיר אומר לא פרעת

סעיף א

משכיר ושוכר, מי נקרא מוחזק לגבי תשלום השכירות, גובה השכירות, סיום זמן השכירות? (וכן בסעיפים ב-ג לקמן)

ב"מ קב: "בעו מיניה מרבי ינאי שוכר אמר נתתי ומשכיר אמר לא נטלתי על מי להביא ראיה אימת אי בתוך זמנו (שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף והוא ביום אחרון של שנה, **רש"י**) 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 תניתיה שכיר בזמנו נשבע ונוטל שכיר הוא דרמו רבנן שבועה עליה משום דבעל הבית טרוד בפועליו אבל הכא שוכר מהימן בשבועה".

כתב ה**ריטב"א** (בקצות) דצ"ע מאי קא מוכח ליה משכיר דלמא התם שאני דאיכא איסורא בל תלין ומש"ה עביד דפרע כדי שלא יעבור אבל בעלמא אימא לך דלא פרע, ותירץ **הקצות** (ג) דבמשכיר בית לחבירו עובר משום בל תלין דהו"ל תלוש ולבסוף חיברו והו"ל כמו שכירות כלים א"כ שפיר פשיט ליה שוכר משכיר דבשניהם איכא בל תלין.

וז"ל ה**שו"ע** כלשון ה**רמב"ם** "השוכר שאמר נתתי שכר הבית שנתחייבתי בו והמשכיר אומר עדיין לא נטלתי, בין שהיתה בשטר (דאפילו היה בשטר נאמן השוכר לאחר זמן, ולאפוקי מלוח לחבירו בשטר דאינו נאמן לומר פרעתיך כל זמן שהשט"ח בידו כבסימן פ"ב ועוד, **סמ"ע** א') [או בעדים] בין שהיתה בלא עדים (ר"ל דהיתה בעדים בלא קנין, או שאין העדים לפנינו, דה"ל כשכירות בעל פה, **סמ"ע** א'),

אם תבעו בתוך {זמן השכירות כגון ששכרו (טור)} לל' יום (לאו דוקא ופשוט, ראב"ד וה"ה) {ותבעו תוך ל' על השוכר להביא ראיה, או יתן ויחרים על מי שלקח ממנו שלא כדין, או יטעון עליו בדמים שנתן תחלה טענה בפני עצמה וישביענו היסת (ר"ל יטעון עליו לאחר שפרעו תביעה בפני עצמה בדמים שנתן תחילה וישביענו שבועת היסת, והאי 'או' לאו דוקא דהא מצי למיעבד תרווייהו, דהיינו קודם שיתן יחרים חרם סתם על מי שלקח מידו, ואחר שיתן יתבענו ויטעון עליו שנתן תחילה אלא אורחא דמילתא נקט, סמ"ע), ואם תבעו המשכיר לאחר שלשים יום, אפילו ביום ל' (דאסיקנא דעביד אינש דפרע ביומא דמשלם זמניה ומהימן שוכר בשבועה, כס"מ ובאה"ג), 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'".

הסמ"ע (א) ביאר החילוק מהלואה דאמר ליה אי פרעתי שטרך בידי מאי בעי, דלא נכתב מתחילה אלא לגבות בו, משא"כ שטר שכירות דניתן לכתוב מתחילה כדי שלא יחזיק השוכר בשדה ויאמר קניתי, ואף שכתב בשטר וקנינא מיניה על כל מה דכתב לעיל, וכתב גם בשטר פרעון השכירות, אמרינן דלא קאי הקנין על הפרעון (וחילוק זה בר"ח תוס' ורא' נוספים, ש"ך א'), אם לא דכתב ליה שטר בפני עצמו על דמי השכירות וכתוב בו נאמנות (יש לומר "או" כתוב בו נאמנות וחד בעינן ולא תרתי וכן משמע בגמ' ויכול להיות טע"ס בסמ"ע, ש"ך), אזי לא יוכל לומר פרעתי (נ"י), וכן מי שקיבל קנין בעדים לפרוע לו השכירות אינו יכול לומר פרעתי (**ריב"ש**), והובאו בדרכ"מ (ועוד).

הקשה הסמ"ע (ג) דמאי שנא כאן דאמר דיפרע תחילה ואח"כ ישביענו היסת על מה שנתן כבר, מסימן עח/א גבי הטוען פרעתי תוך זמני דאינו נאמן וצריך לפרוע דקודם שיפרענו ישביענו שלא פרעו כבר, וביאר דשאני שכירות דאין דרך העולם לפרוע כלל תוך הזמן דשמא יוציאנו המשכיר מביתו קודם שיכלה הזמן ולא יהיה חייב כלום, משו"ה צריך לפרוע תחילה, משא"כ בהלואה דהחוב מוטל עליו לפרוע, ואף שלא הגיע עדיין זמן פרעונו, מ"מ שמא ירא שיפזר הממון ולא יהיה בידו לזמנו ממה לפרוע החוב המוטל עליו ופורע בתוך זמנו. **הש"ך (ג)** כתב דמשא"כ דשאני שכירות דאין דרך העולם כלל לפרוע תוך הזמן סברא זו רחוקה ולא נמצא בשום פוסק ואף שהתוס' ונ"י כתבו לחלק בין שכירות להלואה היינו לרבא אבל לא לר"ל וק"ל כוותיה ואף לרבא היינו לענין אי נאמן או לא אבל לענין שבועה דקודם או אח"כ אין סברא לחלק בכך, וקושייתו מעיקרא לאו קושיא היא דבסימן ע"ח ר"ל אחר פרעון וכ"כ הרא"ש להדיא דישיבוע היסת ואין היסת קודם פרעון.

כתב **הש"ך (ב)** על הגהת הרמ"א 'בתוך זמן השכירות' וכו' דנראה שחשש במחבר דאל"כ מה ענין ל' יום לכאן וע"כ הגיה ששכרו לל', אבל באמת פשט דבריו לא משמע כן דא"כ מאי שנא זמן ל' דנקט ועוד דא"כ מה שכתב בסוף הסעיף 'וכן אם שכר ממנו שיתן השכר שנה בשנה' ה"ל לכתוב כאן ולערבינהו וליתנינהו, אלא הדבר פשוט שדבריו הם ממש דברי הרמב"ם וכביאור הרב המגיד דל' יום הכונה בשוכר סתם באותו ל' יום של הודעה הנזכר בסימן שיב/ה, ועי"ל דמיירי במשכיר סתם דזמנו ל' יום ואפשר דגם כוונת ה"ה כן, אך קשה על המחבר דבשלמא ברמב"ם והרב המגיד י"ל דס"ל כר"ן דאף בסתם הלואה אמרינן אין אדם פורע תוך ל' יום אבל המחבר דס"ל לעיל ס"ס ע"ח בפשיטות דדוקא בקובע זמן אמרינן הכי אבל לא בסתם ולא הביא בשו"ע ובבב"י מי שחולק ע"ז א"כ לשיטתו ה"ה הכא דנאמן בסתם שכירות פרעתי תוך ל', ואפשר לחלק בין סתם הלואה לסתם שכירות וצ"ע.

הקצות (ב) כתב לבאר על קו' הש"ך בסיום דבריו, דהא דנאמן לומר פרעתי תוך סתם הלואה ל' יום היינו משום דסדרי פרעון במנהגא תליא ועבידי אינשי דפרעי גו סתם הלואה וכן מבואר במרדכי דחזקה דתוך זמנו במנהגא תליא ובשכירות סתם שלשים לא עבידי אינשי דפרעי גו זימניה וכן תוך שלשים של הודעה, וכיון דבמנהגא תליא אין להקשות סתמא אסתמא דהכל. עוד כתב דנראה דאם שכרו סתם לכל שנה כך וכך ובכלות השנה טען פרעתיך עבור השנה דנאמן לומר פרעתי דהו"ל אחר זמנו, ואע"ג דלא הודיעו ויש לו לדור עוד שנה, היינו משום דלא הודיעו הו"ל כנותן לו רשות שידור עוד שנה אבל זמן הפרעון כבר עבר משנה הראשונה, דהא דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ושכירות של שנה אינה משתלמת אלא בשנה שניה, והרי כבר התחיל שנה שניה דהא אם רוצה צריך להוסיף לו בשנה שנית אלא משום דלא הודיעו מתחלה הו"ל כנתרצה לדור בשכירות כשנה הראשונה אבל שנה שניה מיהא הוי, וממילא כה"ג בהשכיר לו לחדשים ואמר לו בעד כל חדש כך מכי כלתה חדש הראשון

הו"ל זמנו ונאמן לומר פרעתי אחר כל חדש, אלא דאם טען שפרע תוך שלשים יום של הודעה עבור אלו התלתין יומין הוא דאינו נאמן כיון דלא הודיעו הרי יש לו לדור ל' יום ואינו נאמן תוך זמן זה, עיי"ש.

עוד כתב **הסמ"ע** (ד) ד'אפילו ביום ל' דנאמן השוכר מיירי אפילו בתחילת היום, דעביד אינש דפרע בתחילת יומא דמישלם זימניה, אע"ג דמן הדין אינו יכול להוציאו מידו עד סוף היום שנשלם זמנו הן בהלואה הן בשכירות, והא דכתבו הטוש"ע בסימן עח/ד דאינו נאמן כי אם באומר כן בסוף היום, היינו כשטוען ביומא דמישלם זימנא פרעתיך בתוך זמני דנאמן במיגו דאי בעי אמר פרעתיך עכשיו, דבזה אמרינן דלא אמרינן מיגו כי אם בטוען כן בסוף היום, אבל בתחילת היום ה"ל מיגו דהעזה דהרי הלה עומד בפניו ומכחישו לומר לא פרעתי משא"כ בסוף היום דאין בו העזה כל כך דיכול לומר פרעתיך אתמול בתחילת הלילה ושכחתו בטרדותיך כל הלילה והיום וכ"כ התוס' ב"ב ה', משא"כ הכא שטוען היום פרעתיך ועביד אינש דפרע אפילו בתחילת היום נאמן בלא מיגו.

עוד ביאר **הסמ"ע** (ה) דלא דמי לסימן שיב/טו בהזכיר לו בשכירותו חודש ושנה דאפילו כבר דר שם צריך ליתן לו השכירות מחודש הי"ג, דהתם הספק בין הלשונות גם מתחילת החודש היה, משא"כ בזה דלא היה הספק עד השתא, דודאי היה חייב לו אלא שטוען עתה פרעתיך, ואמרינן הממון היכא דקאי תיקום, וכתב הש"ך דכ"כ הרא"ש.

כתב **הקצות** (א) דמדברי הסמ"ע סק"א שכתב דהיתה בעדים בלא קנין או שאין העדים לפנינו, משמע דאפילו בקנין רק שאין העדים לפנינו אין נאמן השוכר בתוך הזמן, והא דכתב השו"ע לט/ה דאפילו בקנין אם אין העדים לפנינו דנאמן לומר פרעתי אפילו תוך זמנו ומשום דריע טענתיה דמלוה כשלא הוציא שטר, נראה דהתם דשטר והקנין לגוביינא א"כ טענתיה איתרע מדלא הוציא השטר כיון דסתם קנין לכתיבה עומד מסתמא כבר פרעו, אבל הכא דאפילו שטרא נמי לאו לגוביינא אלא כי היכי דלא ליחזק וכדאיתא בגמ' דף ק"ג וא"כ אפילו פרע השכירות נמי היה צריך לשטר כדי דלא ליחזק וכיון דהאי שטרא לאו לגוביינא לא אתרע כי ליתנהי לשטרא ומש"ה תוך זמנו לא גרע כחו. עוד בענין זה כתב **הנתיבות** (א) דאף דבסימן עח/א בעינן דוקא שיהיו עדים בקביעת הזמן דבלאו הכי נאמן במיגו, הכא ליכא מיגו, דאינו רוצה לומר כבר עבר הזמן דאינו רוצה לגרע דירתו שרוצה לדור בתוכה עדיין, וכן אין לו מיגו דלא קצצתי לו רק פחות, דבטענת פרעון פוטר עצמו מהכל, אך כתב דאמנם אם טוען פרעתיך מקצת, לכו' נאמן כשאין לו עדים במיגו דלא קצצתי לו רק סך כזה שטוען שעדיין חייב לו, ואפשר דכיון שהוא תוך זמנו עדיין, אם יאמר לא קצצתי רק כך המשכיר יהיה נאמן להוציאו מהבית.

סעיף ב

משכיר לעשר שנים ולא כתבו בשטר את מועד כתיבת השטר ויש מחלוקת בין הצדדים אם

עבר הזמן, מה הדין?

ב"מ קג. "אמר רבא אמר רב נחמן האי מאן דאוגר ליה ביתא לחבריה לעשר שנין וכתב ליה שטרא ואמר ליה נקיטת חמש שנין מהימן (בעל הבית, דקרקע בחזקת בעליה עומדת, על כל דבר ספק הבא לפנינו, רש"י), 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 דפרעיה איבעי ליה למכתבא אגביה אי נמי מיכתב עליה תברא אבל הכא אמר ליה האי דכתיבי לך שטרא כי היכי דלא תחזק עליה".

וז"ל **השו"ע** "המשכיר בית לחבירו בשטר לעשרה שנים, ואין בו זמן, השוכר אומר עדיין לא עבר מזמן השטר אלא שנה (וה"ה אם אמר עדיין לא כלו כל הי' שנים, טור וסמ"ע), והמשכיר אומר כבר עברו ושלמו שני השכירות ושכנת עשרה שנים, על השוכר להביא ראיה, ואם לא הביא ראיה, ישבע המשכיר היסת ויוציאונו {וה"ה בשאר טענות שביניהן **(מרדכי)**, דהוא הדין אם המשכיר אומר ב"י שכרת והוא אומר בה' או שבעל הבית אומר לא השכרתי לך והוא אומר שכרתי קרקע בחזקת בעליה קיימת, וכתב **הדרכ"מ** והובא גם בש"ך דנראה מלשון המרדכי והטור דבאלו הטענות אפילו לאחר זמן השכירות המשכיר נאמן בשבועה, והמשיך בדרכ"מ -) ומיהו י"א (נ"י) דאם הוא לאחר זמן השכירות שיכול לומר פרעתי או לא שכרתי מעולם, ונפל טענה בין המשכיר והשוכר, אע"פ שקרקע בחזקת בעליה עומדת, השוכר נאמן במיגו (דאי בעי כביש ליה לשטרא ואמר לקוחה היא בידי, שם ב"מ נ"ט ע"ב) (ולא

אמרין דהוי מיגו להוציא לפי שכבר זכה בקרקע לפי טענתו משעה שירד בה והחזיק בה לה' שנים בחזקת דנעל גדר ופר, סמ"ע סק"ד בשם ר' יונה}."

הש"ך (ה) האריך דמש"כ הרמ"א "מיהו י"א" ליתא דליכא מאן דפליג בהא דדבר פשוט הוא דהיכא דאית ליה מגו דנאמן השוכר וכדאיתא בב"מ ק"י ופסקו כן הטושי"ע בסעי' ד' וגם הנ"י לא כתב רק כמש"כ הטושי"ע בסוף הסימן בסתם דהמשכיר נאמן מיירי בענין דלית לשוכר מגו, וגם מה שלמד הרמ"א במרדכי אין נ"ל כן והאריך להוכיח כן בלשונו (דאורחא דמילתא נקט דלעולם בתחלת הזמן מחולקים על הקציצה ובסוף הזמן מחולקין על הפרעון, עיי"ש שהאריך) וגם ¹אין טעם כלל לומר דאם חלוקים בסוף הזמן בקציצה שלא יהא השוכר נאמן במגו דפרעתי וגם ²לא שייך כאן לומר קרקע בחזקת בעליה קיימא דהא אין חלוקים על הקרקע שהרי המשכיר בא להוציא ממון מהשוכר ³ואין ידוע כמה מגיע שכירות ומה בכך שנאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת הא השוכר אומר מעולם לא הוציא קרקע שלך פירות יותר מזה, וכן מוכח בדעת רא"ש וכן מפירש"י "ור"נ אמר קרקע בחזקת בעליה עומדת ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר דהספק לא נולד עכשיו אלא מתחלת החודש נולד הספק והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר" אלמא דדוקא בהך דדינר לחדש ביי"ב דינרין לשנה שהספק נולד מתחלה הוא דאמרין קרקע בחזקת בעליה קיימא אבל אם מחולקין בסוף הזמן בקנינה דלא שייך לומר כן פשיטא דהשוכר נאמן, וכ"כ הרשב"א בתשובה דהיכא דאית ליה לשוכר מגו נאמן. עוד הוסיף (ו) על המיגו ברמ"א בשם הנ"י דה"ה תוך זמן אם יש לו מגו כגון שהשוכר אומר עדיין לא עבר מזמן השטר רק ג' שנים דנאמן במגו דלקוח הוא בידי וכ"כ הנ"י ועוד, ומש"כ הרמ"א לאחר זמן היינו משום דמיירי שהמשכיר בא להוציא מעות מן השוכר והשוכר מחזיר לו קרקעו וזה לא שייך רק לאחר הזמן.

הנתיבות (ב) האריך בדברי הש"ך, על טענתו ⁽³⁾ דהשוכר אומר מעולם לא הוציא קרקע שלך פירות יותר, כתב הנתיבות דכך כתב גם בסימן ש"ב (יד) לחלק בין מרחץ ובין הך דשנים סתמא דסעי' ג', וכתב דנראה דהחילוק פשוט דבשלמא במשכונא שכבר הקדים לו המעות, אם היו באין לבי"ד בתחילת השנה היה המשכיר נאמן בין להוציא מן הבית כיון שקרקע בחזקת בעלים קיימת ובין שלא להחזיר לו השכירות כיון שהוא מוחזק, ואם כן אף עכשיו שכבר דר בו הוי כתפיסה בעדים דלא מהני כשהספק נופל על פי טענותיהם, משא"כ במרחץ אם היו באים בתחילת החודש והשוכר טוען ברי, נהי שהיה יכול להוציא מן הבית כיון שהקרקע בחזקת בעלים, מ"מ כיון ששוכר מוחזק במעות וטען שלא קצב לו י"ב דינרים רק על י"ג חודש, ממילא היה יכול לנכות לו חודש העיבור, כמו במשכיר אומר ב"י שכרת והשוכר אומר בה' שהשוכר נאמן כיון שהוא מוחזק, משום הכי גם אחר כך אין צריך ליתן לו יותר בטוען ברי. עוד כתב כדי לתרץ דברי הרמ"א שלא יהיו תמוהין כ"כ דנראה דהך דינא דסעי' ב' ע"כ מיירי בלא הקדים השכירות, מדנקט סתם המשכיר בית, וסתם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ולפ"ז צ"ל דהטענה היא שהוא תובע ממנו ששכר ממנו על עשר שנים ומחויב ליתן לו הדירה ורוצה לשלם לו השכירות כפי הפסיקה, והמשכיר טוען שכבר כלו ושוב אינו רוצה להשכיר לו, ע"ז קאי הרמ"א דהמשכיר מודה לו שלא כלה עדיין זמן השכירות, רק שטוען שהשכיר לו כל שנה ב"י וכך נתן לו בה' שנים הראשונות ושיתן לו כמו כן בשנים הבאות, והשוכר אומר בה' ואינו רוצה ליתן לו מכאן ולהבא אלא ה', ואומר שגם בשנים הראשונות לא נתן לו רק ה', שהדין נותן שהמשכיר נאמן ויכול להוציא מן הבית, ולזה כתב הרמ"א דיש אומרים אם הוא אחר זמן השכירות, דהיינו אף שהשכיר לו על י' שנים, מ"מ כל שנה ושנה זמנה הוא לענין פרעון, ואם האמת כדברי השוכר א"צ ליתן לו השכירות מהשנים שעברו כיון שחייב להעמיד לו בית ויכול לשכור עליו בית אחר ולהוסיף עליו מהשכירות שעדיין בידו, ולזה אם יש בידו שכירות מהשנים שעברו ויש לו מיגו דפרעתי משנים שעברו כיון שהוא אחר כלות שנה שהוא זמן פרעון של השכירות, יכול לעכב מהשכירות שתחת ידו עד שיעמיד לו בית או שישכור מעצמו בית ויוסיף עליו משכירות שתחת ידו, ובזה באמת המרדכי חולק, דהא בסימן קנ"ד-ה יש מחלוקת הפוסקים אי נאמן במיגו על הפירות דלהבא, והמרדכי (בש"ך שם) ס"ל דלא אמרין מיגו מממון לממון ודוקא במשכנתא הוי מיגו באותו ממון עצמו דהמשכון הוי כקנוי לו, ולפ"ז בשוכר בית סתם שתובע ממנו שחייב להעמיד לו בית אחר הוי מיגו מממון לממון דלא מהני למרדכי שם.

סעיף ג

כתוב בשטר השכירות שנים סתם, המשכיר טוען שנים והשוכר טוען שלוש ואכל כבר את

הפירות, מה הדין?

ב"מ קי. "ההוא שטרא (שטר משכנתא דסורא במשלם שניא אילין ולא פירש בו מנין השנים, רש"י) דהוה כתיב ביה שנין 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 (קב:). התם מילתא דלא עבידא לאיגלווי היא (דמספקא לן ביה אי תפיס לשון ראשון ואי תפיס לשון אחרון) הכא מילתא דעבידא לאיגלווי היא (בסוף שיבואו עדי השטר ויעידו) ואטרוחי בי דינא תרי זמני לא מטרחינן".

[עיין באוצר התשובות עמ' שיג שהאריך בשיטת הרשב"ם ב"ב ל"ב ע"פ הגמ' שם במי שבא להחזיק בקרקע בשטר, דאמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת דווקא בספק במציאות אבל בספק דין לא אמרינן, ובשו"ת פני משה כתב דהוא יחידאה, אך אין הדבר פשוט].

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "שטר השכירות או שטר המשכנתא שכתוב בו שנים סתם, בעל הפירות אומר שלש, ובעל הקרקע אומר שנים, וקדם זה השוכר או המלוה ואכל הפירות (של שנה השלישית, סמ"ע), הרי הפירות בחזקת אוכליהם, עד שיביא בעל הקרקע ראיה (אבל אם עדיין לא דר בו פשיטא דאין מניחין לו לדור בו, דהקרקע בחזקת בעליה עומדת, סמ"ע) ויש מי שאומר (רא"ש) שאם יראה ב"ד שלא יוכל השוכר או הממשכן (ראה נתיבות ד' שסיכם דדעת הסמ"ע הוא הלווה ולש"ך קאי על המלוה שהוא במקום שוכר) לברר עוד דבריו (שמתו העדים ונשתכח הדבר מפי אחרים, רא"ש, ומשמע אע"פ שמתו צריך שיראה לב"ד שלא יוכל לברר כי שמא העדים או בעלי דינים גילו הדבר ברבים ועשוי הדבר להתגלות, ש"ך ט'), מוציאין מידו".

כתב הסמ"ע (יא) די"ל דדוקא בכתב בשטר 'שנים סתם' דהוא מילתא דרמיא עליה דעדים לאדכורי ולפרש לשון השטר בכמה שנים היה הקנין לפנייהם, ולפעמים הולכין העדים לדרך ומוסרים הדברים לאחרים שביניהן, בכה"ג דוקא אמרו דאיכא לברורי, משא"כ כשכתב בשטר לי שנים ואין בו זמן, דאין מוטל על העדים לאדכורי מתי יתחיל זמן השכירות, בכה"ג ליכא לברורי מיקרי (ודחה אפשרות ראשונה לומר דמדובר אף בכה"ג ואפילו ליכא שטר כלל אלא שהשכירו לו בעדים לג' שנים ומחולקים השוכר והמשכיר מתי כלו הג' שנים, ג"כ אין מוציאין מיד השוכר אם קדם ודר בו כיון דיכולין לברר), והביאו הש"ך (ח), וחלק אמש"כ הב"ח דשכתוב בשטר לג' שנין אפילו ליכא לברורי כגון שמתו עדים ויראה לב"ד שלא יכול לברר אין מוציאין מידו דהשוכר נאמן אצל שטרו ולא דומה לכאן שכתוב בו שנין סתמא מסייע לו למשכיר שלא השכיר לו אלא לב' שנין, דזה אינו, ודינו שוה לכאן, דהיכא דאיכא לברורי אין מוציאין מידו ואם לאו מוציאין מידו והכל תלוי בראיות עיני הב"ד אם אפשר להתברר או לא.

כתב הש"ך (ז) דמשמע שקדם בעדים שאכילתו ידוע דאל"כ אפילו היכא דלא אפשר לברורי אין מוציאין מידו מטעם דאית ליה מגו דלא אכלתי וכן מיירי בענין דלית ליה מגו דלקוח דאל"כ נאמן במגו כסע' ד' ואף שהראה השטר בב"ד מ"מ אי בעי כביש לשטריה, וגם לא שייך לומר דכיון שכתוב בשטר שנין סתמא לסייע ליה ללוה דמשמע שנים כבסימן מגב גבי סלעין דינרין, דכיון דהניחו לוח למלוה לאכול פירות של שנה שלישית איתרע ליה סהדותא דשטרא, ועוד דהתם נמי אי אית ליה מגו נאמן.

עוד כתב הש"ך (ח) דהפירות בחזקת אוכליהן היינו כגון היכא שתפס קצת ברשות ואף כשאכל יותר מב' שנין לא עיכב עליו הלוח דה"ל כמאן דתפוס ברשות לענין שאין מוציאין ממנו ואפ"ה אם חזר והוציא ממנו ג"כ אין מוציאין ממנו ואפילו תקפו בעדים וכל דאלם גבר אבל היכא דתפס לגמרי שלא ברשות אפילו במילתא דעבידא לגלווי מפקינן מיניה.

עוד כתב הש"ך (יא) בסיפא שמוציאין מידו היכא דא"א לברר היינו אפילו אכל ג"ש קודם שתבעו לדיו דאין טעם לחלק בכך ועוד דדמי לסימן שיב/טו דאפילו בא בסוף חדש כולו למשכיר מטעם שפירש רש"י

דהספק נולד בתחלת חדש וה"ה הכא, ואע"ג דהתם טוען שמא והכא ברי כבר נתבאר (שם ס"ק י"ד) דברי דהכא כשמא דהתם.

סעיף ד

ע"פ מימרא דרב יהודה **שם קי**. (ודלא כרב זביד ורב עזירא, עיין בכס"מ) וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "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 בידך, שהרי אכלה שלש שנים (ה"ה -) ודווקא שאין עדים שהיא מושכרת או ממושכנת בידו וגם בעל הקרקע לא מיחה הא לאו הכי אינו נאמן".

כתב **הסמ"ע** (יד) דמיגו ד'אילו רצה אמר לקוחה' וכו' כן היא מסקנת הטור גם כן לעיל בסימן ק"נ בשם הרי"ף והרא"ש דאפילו השכינו בשטר וטען שאבדו אין מוציאין מידו מכח האי מיגו, ודלא כרבינו יונה החולק בשטר, והש"ך כתב דגם ר' יונה מודה הכא, ועיי"ש עוד מה שהקשה משם.

סימן שיח – השוכר רחים מחבירו ושוב לא נצטרך

סעיף א

ע"פ **כתובות קג**. וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "השוכר רחים מחבירו שיטחון לו (למשכיר) עשרים סאה בכל חדש בשכרו, והעשיר בעל הרחים והרי אינו צריך לטחון שם (שקנה ריחיים אחרות עם חמור ע"פ גירסא דידן, סמ"ע), אם יש לשוכר חטים שצריך לטחון לעצמו או לאחרים (ואינו עושה כן ונצמד להסכם הראשוני עם המשכיר) כופין אותו ליתן דמי טחינת עשרים סאה (ואין הוא יכול לטעון שהוא ימשיך לשלם בטחינה ולא במעות) שזו מדת סדום היא (זה נהנה וזה לא חסר, רש"י, דמה לו שיטחון למשכיר או שיטחון לאחרים הנמצאים ובאים אצלו, יקח מהן דמים ויתנם למשכיר, סמ"ע), ואם אין לו (ביקוש לחטים לעצמו או מאחרים), יכול לומר (כרב עזירא ולא כרבינא שדימה למשנה שם, דהתם חד כריסא אית לה תרתני כריסתא לית לה) אין לי דמים והריני טוחן לך כמו ששכרתי, ואם אין אתה צריך מכור לאחרים" – **טור**: ואם גם המשכיר "אינו מוצא לטחון" (דהיינו למצוא לקנות ולטחון ולמכור לאחרים, סמ"ע) לדעת ר"י יכול לחזור בו מהשכירות אם אין שמעון רוצה ליתן לו דמים והרא"ש כתב דאפילו שראובן אינו מוצא למי יטחון אינו יכול לחזור מהשכירות (דשכירות ליומא ממכר הוא) וגם אין שמעון נותן לו דמים אלא טוחן לו כמו שהתנה.

הסמ"ע (ג) תמה על הרמב"ם המחבר והרמ"א שקיצרו ולא כתבו מהמח' הנ"ל כלום, ואדרבה מהנתינת טעם דכתבו 'ואם אין אתה צריך מכור לאחרים' משמע דבמקום דלא מצי למימר ליה הכי צריך ליתן לו דמי הטחינה, וזה ליתא לכ"ע, וגם לחזור ליקח מידו הרחיים נראה דהלכה כרא"ש דאינו יכול ליקח מידו עד סוף הזמן כי טעמם ברור, וצ"ע, ולישב התמיהה הנ"ל י"ל דהרמב"ם כתב האי דינא לפי דרך העולם או שאפשר שגירסתו ופירושו בגמרא דלא מייירי שהעשיר וקנה רחיים אחרים, אלא העשיר ותו לא נתן לטחון ברחיים, רק קונה לחמו מהמצוי מפלטר מהשוק, וס"ל דאם אין לשוכר חטים לטחון וליתן למשכיר דמיו, אזי יכול לומר למשכיר קיים תנאך לטחון אצלי או מכור זכותך לאחרים והיינו העמיד אחר במקומך ואטחון לו, משו"ה קיצר הרמב"ם וכתב ואם אין אתה צריך מכור לאחרים ולא כתב קנה חטים ואטחנם לך ומכור הקמח לאחרים, אלא ר"ל מכור זכותך לאחרים, וס"ל דטענה זו מצויה לעולם וטענה נוכחת היא, משו"ה אין שייך לומר שהמשכיר יחזור בו משכירתו הראשונה, וגם למה ליה לחזור בו, כיון דזה שכיח הוא שימצא אחרים להעמידן במקומו למה יפסיד לנפשו, וס"ל ג"כ דהגמרא דקאמר טחון וזבין טחון ואותיב לאו דוקא קאמר אלא חדא מנייהו נקט, ובזה מתיישב הכל.

סימן שיט – מי שהטעה חברו עד שהכניס פירותיו לביתו

סעיף א

הכניס סחורה לבית חברו או למחסן של חברו שלא בידעתו או שפשוט הטעה אותו ונעלם. האם יכול בעל הבית להוציא החפץ למקום הפקר, ואם עליו להודיע לבעלים?

אדם הניח פירותיו בחצר חברו שלא מדעת, כיצד בעל החצר יכול לטפל בזה?

ע"פ עובדא דב"מ קא: גבי ההוא גברא להך איתתא אית לך דוכתא לאוגורי פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "מי שהכניס פירותיו לבית חברו" שלא מדעתו (רמב"ם) או שהטעהו עד שהכניס פירותיו ("אזל קדשה יהבה ליה דוכתא לעיולי אזל לביתה כתב לה גיטא"), והניחם והלך, יש לבעל הבית למכור לו מאותם הפירות כדי ליתן שכר הפועלים שמוציאין אותם ומשליכים אותם לשוק ("כאשר עשה כן יעשה לו גמולו ישוב בראשו") (רמב"ם -) ומדת חסידות הוא שיוודיע לבית דין וישכירו במקצת דמיהם מקום משום השבת אבידה לבעלים אע"פ שלא עשה כהוגן {ו"א (רא"ש) דצריך להודיעו תחלה, ואם נאנסו לאחר שהודיעו, פטור}.

בגמ' מבואר "לא מיבעיא חצר דלא קיימא לאגרא אלא אפילו חצר דקיימא לאגרא אמרה ליה לכולי עלמא ניהא לי לאוגורי ולך לא ניהא לי דדמית עלי כי אריא ארבא". כאמור הרמב"ם כתב הדין הנ"ל גם גבי המכניס פירותיו לחצר חברו שלא מדעתו, וכתב ר"י¹ דנראה מדבריו שלא חילק בין קיימא לאגרא ובין לא קיימא לאגרא בזה, ויש מי שכתב² בדלא קיימא לאגרא יש לו רשות להוציא דעביד אינש דינא לנפשיה אבל בחצר דקיימא לאגרא לא. הסמ"ע (א) כתב דברא"ש ובטור משמע³ דאפילו בחצר דלא קיימא לאגרא נהי דמצי למיעבד דינא לנפשו ולהוציא מביתו אבל אינו רשאי למכור מגוף הסחורה לשכור בדמיה פועלים להוציא וגם אינו רשאי להוציא ולהניחו במקום הפקר שיופסד, ודוקא היכא שהטעה לבעה"ב שעשה שלא כהוגן אמרינן שכאשר עשה כן יעשה עמו דבר שלא כהוגן.

הב"י והדרכ"מ (בסמ"ע ב') כתבו שהרא"ש פליג עם הרמב"ם הסובר דאינו אלא מדת חסידות להודיע ואם לא ירצה לעשות חסידות פטור אף אם לא הודיעו ויפסד, והרא"ש ס"ל דצריך להודיעו ואז אם יופסד פטור הא אם לא הודיעו חייב באונס הפירות, וכן נראה מלשון הרמ"א בהג"ה, אולם הסמ"ע כתב דלא פליגי, אלא הרמב"ם למדנו דמדת חסידות היא שלא יוציא הבעה"ב מביתו להניחו בשוק במקום הפקר אלא מודיע לב"ד, והן ישכרו פועלים להניח הפירות במקום מוצנע, אבל לבעל הפירות אין צריך להודיעו אפילו ממדת חסידות, דאם יודיעו ודאי יבוא ויכנס לתוך בית של זה להוציא הפירות, והבעה"ב לא ניהא ליה בזה שיכנס לביתו כלל, ואם לא ירצה לעשות מדת חסידות זו להודיע לב"ד, אלא ירצה להתנקם ממנו ולהוציאן ולהשליכן בשוק, עכ"פ מחויב הבעה"ב להודיעו לבעל הפירות שיבוא ויקח פירותיו מהשוק, דהרי מאז לא יכנס לביתו אלא למקום שפירותיו מונחים שם בשוק, ואם לא הודיעו זה חייב באונס גם לדעת הרמב"ם, וזהו גם דעת הרא"ש שצריך להודיעו, ור"ל שצריך להודיעו שיבוא ויקח פירותיו מהשוק, ולא פליגי כלל. הקצות (ג) כתב דגם הב"ח ס"ל כסמ"ע דודאי גם הרמב"ם ס"ל דצריך הודעה דאם לא הודיעו והשליכו לשוק ונאנס חייב מדינא דגרמי ומזיק בידיים, אך אינו מוכרח כלל די"ל דס"ל לרמב"ם דאין צריך הודעה כלל וכן משמע בשיטה בשם הראב"ד דכתב "דלא אודעיה כלל" משמע דס"ל דלא בעי הודעה כלל לא בתחלה ולא בסוף. בפת"ש (א) כתב על מקרה שהוזכר בחוות יאיר שהוציא חפצים שהכניס אחר לביתו ללא ידיעתו מבלי שהודיע לב"ד "הוי מזיק בידיים ומחויב לשלם אחר שישבע חברו כמה ניזק".

כתב הקצות (א) דדעת הריטב"א דדוקא כה"ג דהך אתתא שלא היה דעתה לאגורי להאי אלא מפני שקידשה, הא אילו השכירה לו סתם קודם ואח"כ קידשה לאו כל כמינה למיעבד הכי, אטו המשכיר או המשאיל בית לחברו לזמן ידוע כשהוא אוהבו ואח"כ היתה מריבה ביניהם יכול להוציא מן הבית שהשאיל או השכיר לו, ודאי ליכא למימר הכי, וע"פ הריטב"א כתב הרמ"א בסימן שיב/ט דאם פירש ואמר שמשכיר לו מפני שהוא אוהבו ואח"כ נעשה שונאו יכול להוציא, והקצות תמה דכיון דלא התנה בדיני תנאי היכי מהני מפרש מפני שהוא אוהבו, דהא כל שאינו כתנאי בני גד בתנאי כפול המעשה קיים והתנאי בטל, וגמ' דילן דפרק השואל התם בתחלה כאשר שאל ממנה דוכתי לאגורי אמרה ליה

לא ולבתר דקדשה יהבה ליה זה הוי גילוי דעת גמור שאין צריך בזה דיני תנאי כלל, אבל בזה 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, ואין לומר דטעמא דהרמ"א שם לפי הרא"ש בקידושין גבי מוכר שמפרש בשעת מכירה אדעתא למיסק ולא עלה דמהני בקרקע ולא במטלטלין, דהא הרא"ש ביאר החילוק דבקרקע מהני מפרש בשעת מכירה משום דאין אדם מוכר קרקעותיו שהוא מתפרנס בהם ומסתמא לא מכר אלא אדעתא דפירש בשעת מקח וא"כ היינו דוקא במוכר קרקעות שהוא מתפרנס ואין דרך למוכרו, אבל שכירות קרקעות עבידי בהכי א"כ שכירות בתיים לא גרע ממכירת מטלטלין דאע"ג דמפרש בשעת מקח אדעתא דלילך למקום פלוני דלא מהני אא"כ התנה בדיני תנאי ומשום דדרך למכור מטלטלין, וא"כ שכירות בתיים דקיימא לאגרא הרי הוא כמטלטלין ולא מהני מפרש בשעת שכירות, ולכן קשה להוציא השוכר מן הבית תוך זמנו.

הלכות חכירות וקבלנות

סימן שכ – מי שהטעה חברו עד שהכניס פירותיו לביתו

סעיפים א – ב

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם (ע"פ תוספתא דזמאי הביאה הרי"ף -) אחד השוכר מחבירו שדה לזורעה, או כרם לאכול פירותיו בדמים, או ששכר ממנו בפירות קצובים, דין אחד יש להם, והשוכר בפירות הוא נקרא חוכר (ובשניהם אף אם ילקה השדה ולא תצמיח כראוי, צריך ליתן לבעל השדה או הכרם כל דמי קצבתו הן במזומנים הן בפירות כפי מה שיהיה השכירות, אם לא שהיה מכת מדינה ועל דרך שיתבאר בסימן שכ"א ושכ"ב ואין ביניהן אלא השם, סמ"ע) (ב) (ב"מ קג). וכתב הרב המגיד דפשוט -) המקבל שדה או פרדס כדי לעבוד אותו ולהוציא עליו יציאות (לאפוקי סתם אריס דבעל השדה נותן ההוצאה והזרע דאז בעל השדה נוטל הפירות ונותן לאריס שליש או רביע, סמ"ע) ויתן לבעל הקרקע שליש התבואות או רביע או מה שיתנו ביניהם, הוא נקרא מקבל { (ב"ב קסז. -) ואין כותבין שטר ביניהם אלא מדעת שניהם שמשנכתב השטר אינן יכולין לחזור בו והוי ליה כמלוה בשטר, והמקבל נותן שכר הכתיבה מן השטר (ואפילו אם הובירה, טור וסמ"ע ע"פ הגמ') }."

כתב הסמ"ע (ה) על הרמ"א דמשכתבו תהיה הכתיבה עליו כמלוה בשטר לטרוף על ידו ממשועבדים שלו מה שקצב עמו ולא ניחא לסתם אנשים שיהיה עליהן שטר כזה, ודוקא כשפרט בתוך השטר קצבה ידועה ליתן לו, אבל אם לא נפרט בתוך השטר אלא שיתן לבעל השדה שליש או רביעית מהיוצא מהשדה כפי מה שיהיה, שאין לזה דבר קצוב וידוע, אין מוציאין בשטר כזה ממשועבדין. עוד בענין השטר כתב הפת"ש (א) בשם הנו"ב דעל כרחך מיירי כאן בלא קנין, דאי בקנין למה לא יכתבו בלא דעתם, והרי סתם קנין לכתיבה עומד, ועוד דאי בקנין א"כ שוב אין כתיבת שטר חוב להם שהרי בלא"ה בקבלן לכ"ע אינו יכול לחזור, דאפילו הש"ך דפליג בפועל מודה בקבלן כמבואר בסימן שלי"ג סק"ד, אלא ודאי דבלי קנין מיירי רק בשטר לחוד ואפ"ה אינו יכול לחזור, דקבלן בשטר אף בלא קנין אינו יכול לחזור בו.

הקצות (א) חלק על הסמ"ע ומש"כ הטור והרמ"א דהו"ל כמלוה בשטר לאו למשעבדי קאמר, אלא קאי על אין יכולין לחזור בהן ואם התנו שישלם לו כלום משכתבו קנו והו"ל כמלוה בשטר, היינו דהו"ל כמלוה בשטר לענין חיוב שמחייב עצמו בשטר, אבל לענין משעבדי ופרעתי לא הו"ל כמלוה בשטר דשטר שכירות אינו לגובינא, והאי לישנא דכתבו דהו"ל כמלוה בשטר לא מצינו ברי"ף רמב"ם ורא"ש ולא נדע מאין הוציא הטור.

סעיף ג

ע"פ ב"מ קג: פסק בשו"ע "כל דבר שהוא לסייג הארץ (והחפירה שסביב השדה, ראה טור וסמ"ע בביאור הדבר וכן שאר הפרטים המוזכרים לקמן), בעל הקרקע חייב בו ("עיקר הדברים הצריכים לעבודת קרקע", טור), וכל דבר שהוא שמירה יתירה החוכר (רמב"ם ורמ"ה, דכיון דחוכר נמי אינו משלם אלא מפירות השדה הרי הוא כמקבל לענין זה, ב"י) או המקבל חייב בו, הקרדום שחופרין בו הארץ והכלים שנושאים בהם העפר והדלי והכד וכיוצא בהם שדולים בהם המים על בעל הקרקע,

וחטיטת המקומות שמקבצים בהם המים על החוכר (רמב"ם ורמ"ה וכו"ל) או על המקבל ("דברים שאינן מעיקר העבודה אלא כדי להקל מהעבודה.. כיון דהטירחא מוטלת על המקבל, אם ירצה הוא להקל עליו טירחות.. יעשיהן משלו", טור) {וי"א דבחוכר אין על בעל השדה כלום (טור בשם י"א) והכי מסתברא והביאו הסמ"ע, דכיון דדבר קצוב נותן לו בין יוציא השדה רב או מעט ה"ל כשוכר שאין לבעל השדה עסק בצרכי השדה, ב"י) (ומכל שכן אם שוכר שדה מחבירו במזומנים שאין על המשכיר לעשות שום דבר מכל אלו, סמ"ע)".

סעיף ד

ע"פ משנה ב"מ קג. וגמ' פסק בשו"ע "בין חוכר בין מקבל, מקום שנהגו לקצור התבואה אינו רשאי לעקור (עם השורש), לעקור, אינו רשאי לקצור (ראה בגמ' וסמ"ע הטעמים), ואיזה מהם שבא לשנות, חבירו מעכב עליו. ובמקום שנהגו לחרוש אחר הקצירה, צריך לחרוש, אפילו אין מנהג לנכש עשבים רעים והוא ניכש. (ע"פ הרמ"ה בגמ' ועיין ב"י -) ואם פירש בשעת הניכוש שעושה זה כדי שלא יחרוש ושתק בעל השדה, גלי דעתיה דניחא ליה (קמ"ל בזה דאין צריך לפרש כן בשעת קבלת השדה לידו, אלא אפילו אם קיבלה מתחילה בסתם, אם בשעת הניכוש פירש דבריו והוא שותק, אמרינן ג"כ דשתיקתו הוה כהודאה, סמ"ע) (משנה ב"מ קה. וגמ' -) ואם נהגו לנכש והוא אינו רוצה, אין שומעין לו אפילו אם ירצה לחרוש אחר הקצירה כדי לעקור העשבים".

סעיף ה

ע"פ ברייתא ב"מ קג: פסק בשו"ע "אם נוהגין שהחוכר שדה סתם נוטל חלקו באילנות שבו, יש לו חלק בהם אפילו אם הוסיף בעל השדה בחלק החוכר, ואינו יכול לומר הוספתי לך בחלקך כדי שלא תקח חלק באילנות ואם נהגו שלא ליטול חלק באילנות, אז הם של בעל השדה אפילו אם הוסיף בחלק של בעל השדה (והיינו דוקא בדלא פירש בשעת הקבלה שמשו"ה מוסיף לו אבל פירש כן פשיטא דצריך לקיים תנאו, ולא הוצרך ליכתב דפשיטא הוא דכל תנאי דמתנה בשעת החכירות והקבלה קיים, ודוקא בסעי' שלפני זה דמייירי דלא התנה בשעת הקבלה כי אם בשעת הניכוש, הוצרך לכתוב דמהני הפרישה נגד השתיקה, סמ"ע)".

סימן שכא – המקבל בית השלחין ושדה האילן ויבשו

סעיף א (עם סימן שכבא)

בקין הזה יש מצב מלחמה בדרום הארץ בעיקר, מה הדין במי שסיכם עוד לפני כמה חדשים צימר לתחילת החופש הגדול בדרום הארץ וכעת מתוך פחד אינו יכול לנסוע ורוצה לבטלו?

מה הדין באם טרם שילם ורק הזמין ופרצה המלחמה בדרום, ואיך הדין באם כבר שילם, האם על פי הדין יכול לתבוע בחזרה את הכסף?

שכר רכב לשלושה ימים ולאחר יום התבקש להיכנס לבידוד, האם חייב לשלם את דמי השכירות גם על ימי היותו בבידוד או שמא אגוס הוא?

משנה ב"מ קג: "המקבל שדה מחבירו והיא בית השלחין או בית האילן יבש המעין ונקצץ האילן אינו מנכה לו מן חכורו אם אמר לו חכור לי שדה בית השלחין זו או שדה בית האילן זה יבש המעין ונקצץ האילן מנכה לו מן חכורו" ובגמ' "היכי דמי אילימא דיבש נהרא רבה אמאי אינו מנכה לו מן חכורו נימא ליה מכת מדינה היא, אמר רב פפא דיבש נהרא זוטא דאמר ליה איבעי לך לאתויי בדוולא".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "החוכר או המקבל שדה מחבירו, והוא בית השלחין (שדה יבשה שאין די לה במי גשמים) 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 { אבל בקבלנות אינו מנכה לו כלום אלא חולקין במה שנמצא כפי תנאם (רש"י רמב"ן רשב"א), 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 (תוס' ומהר"ם פאדוואה) }."

כתב הסמ"ע (שכא,ה) שהרמ"א כאן סתם כדעת רש"י רמב"ן נ"י ועוד דבקבלנות אינו מנכה ודלא כתוס' רא"ש וטור וסיעתם דאפילו בקבלנות מנכה לו, וכתב דצ"ל דגם לטור אף דבאכלה חגב או נשדפה דג"כ מכת מדינה הוא כבסימן שכ"ב דאינו מנכה בקבלנות אלא מה שבשדה הן רב הן מעט נוטל כל אחד חלקו ע"פ תנאם, שאני הכא ביבש הנהר הגדול, דהמקבל יכול למנוע עצמו קודם שיגדלו התבואה והפירות יאמר לא אדלה מים מנהרות הרחוקים כי אדעתא דהכי לא קיבלתי מתחילה (וכתירוץ תוס' קד. 'דאפשר' השני, עיין גר"א) משא"כ באכלה חגב או נשדפה דשם מאי דהוה הוה ואין המקבל נמנע בשביל זה בשום מלאכה.

כתב הרמ"א (שיב,ז) גבי שוכר בית "נשרף כל העיר הוי מכת מדינה ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו בין הקדים לו שכרו או לא (תשובת מיימוני, וכתב שם הסמ"ע שיתבאר בסימן שכ"א)".

וז"ל השו"ע בסימן שכב (א) ע"פ משנה שם קה: וגמ' "החוכר או השוכר (לשון המשנה "המקבל") שדה מחכירו (והא ליתא אלא בחכרנותא, דאי בקבלנותא מאי מנכה איכא, מה שימצאו יחלוקו, רש"י, ושינה המחבר לשון הרמב"ם 'השוכר או המקבל' לדייק כרש"י, באה"ג, וגם בב"י נקט למסקנה שכן סובר הרמב"ם אלא שרצה לנקוט לשון המשנה), ואכלה חגב או נשדפה, אם אירע דבר זה לרוב השדות ("רובא דבאג"י וכך פירשו הר"י והרמב"ם, ב"י) של אותה העיר (כרב יהודה, ודלא כראב"ד שפסק כעולא כגון שנשתדפו ד' שדות מד' רוחותיה), מנכה לו מחכירו הכל, לפי ההפסד שאירעו, ואם לא פשטה המכה ברוב השדות, אינו מנכה לו מחכירו אע"פ שנשתדפו כל השדות של בעל הקרקע, נשתדפו כל השדות של השוכר או החוכר, אע"פ שפשטה המכה ברוב השדות, אינו מנכה לו מחכירו, שאין זה ההפסד תלוי אלא בשוכר (ואע"פ שאנו רואין שמדת הדין מתוחה נגד המשכיר דהרי נשתדפו כל שדותיו, יכול המשכיר לומר אף שנשתדפו כל שדותי מ"מ השאיר לי השי"ת השכירות או החכירות משדה שלי שבידך שעליך ליתן לי, סמ"ע)".

כתב הסמ"ע (שם סק"א) ע"פ דף ק"ד דנקט חוכר ושוכר דאילו המקבל אין חילוק במכת מדינה זו, דלפי מה שגדל בשדה חולקין יחד לפי תנאם, אם לא שפשע בזריעה. עוד כתב (ג) דמלשון 'שאיירעו משמע דאם לקו שאר השדות מעט ושדה שלו הרבה, מנכין לו לפי ערך מה שאירע לו ולא לפי מה שאירע לשדות האחרות, וה"ה איפכא.

עוד כתב הסמ"ע ע"פ הנ"י דאע"ג דרוב אותן השדות היו זרועין שעורין וזו חטיין תולין המכה מזרע לזרע, אך צ"ע אם לא נלקה משאר השדות כי אם השעורים וכל הזרועים חטים לא נלקו, וגם שדה ששכר היה חטיין, דאפשר דמצי למימר המשכיר הרי חטים לא נלקו כלל אף על פי שהן מיעוט, ולא כתב הנ"י אלא כשכל השדות של בני העיר היו זרועים שעורים.

כתב הרמ"א (שלד,א) ע"פ מהרי"ל ומהר"ם פאדוואה "אם ברחו מחמת שינוי אויר, הוי כשאר אונס, והוי פסידא דפועל או המלמד", וכתב הש"ך (ג) דבמהר"ם פאד' משמע דדוקא כשהמועט ברחו אבל אם הדבר חזק שכולם ברחו הוי מכת מדינה, ומשמע עוד שם דאף שהרוב ברחו לא הוי מכת מדינה, ואין דבריו נראים בזה דהא אמרינן בב"מ ק"ה דאשתדוף 'רובא' דבאג"י והוא מוסכם מכל הפוסקים דהוי בזה מכת מדינה, ועוד כתב דצ"ע במש"כ המהר"ם מטיקטין (הובא גם בקצות סימן שט"ז) במי שהשכיר בית לחבירו ונכנס בו ואחר כך נתהוה שינוי אויר והוכרחו לברוח ופסק דצריך השוכר לשלם לו ודבריו צ"ע לדינא.

עוד כתב הרמ"א (שכא,א) (ע"פ דרכ"מ וסמ"ע) "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, ר"ל כל ההפסד על השוכר, שהוא שוכר את שירותו של המלמד "ולא דמי לקרקע דאכלה חגב דמנכה לו מן חכירו במכת מדינה ולא אמרינן דכל ההפסד הוא על השוכר ד"ל דדוקא בקרקע שעדיין עומדת בחזקת המשכיר בזו אמרינן דגם הוא יפסיד משא"כ בשאר משכיר ולכך הוה כל ההפסד של השוכר, וכן הוא בדין בית שנשרף בתשובת מיימוני" - נראה דר"ל דהתם זה כמשנה שכיוון שהמשכיר מוחזק

בקרקע מנכין ממנו, ח.פ), ויש חולקין (מהר"ם פאדוואה) וס"ל (בנידון דאדון העיר ציוה שלא ינגשו בהלואה בריבית ושוכר החנות מפסיד בכך) דמכאן ולהבא בדין חזרה קאי (ולא בדין ניכוי) כמו דאמרינן לעיל סימן ש"י לענין השוכר חמור ומת (ואין מחלקין בין מכת מדינה או מכה פרטית רק מאחר דנשתנה ונפל בו מום יכול לחזור –) ואם לא חזר איהו דאפסיד אנפשיה ומחל (ודוקא במכר אם היה נעשה בו המום אח"כ הוא דאמרינן דבמזלו דהלוקח נעשה בו המום, משא"כ בשכירות דשייך בו גם המשכיר, אין שייך לומר דהמום והקלקול שנעשה אח"כ בהשכירות דנעשה על ידי מזל רע דהשוכר, דילמא במזל רע דהמשכיר נעשה, משו"ה שניהן יכולין לחזור בהן, דהיינו השוכר מליתן השכירות בשלימות והמשכיר יכול לחזור בו מליתן לו בפחות מהסך ששכרהו), והסברא הראשונה נ"ל עיקר (וסברת המרדכי על ראיית מהר"ם פאדוואה מסימן ש"י דמאי מייתי ראייה מדין שכירות חמור ומת דאינו מכת מדינה לדבר שהוא מכת מדינה דאפשר דלעולם בדין ניכוי קאי ולא בדין חזרה).

כתב הסמ"ע (ו) דנראה דאין דעת המרדכי בשם מוהר"ם דצריך הבעה"ב לשלם למלמד כל ההפסד ולא כרמ"א, דאין טעם לדבר, כי מאחר שגזר המושל שלא ללמד הוא דבר שאינו שכיח ולא ה"ל למידע לא לבעה"ב ולא למלמד, ובכה"ג קי"ל דהוה פסידא דמלמד ודפועל דהן באים להוציא כמבואר בגמרא ובפוסקים וכריש סימן של"ג ושל"ד ולא חילקו שם בין מכת מדינה לאין מכת מדינה, ואף שהרמ"א כתב בסימן שלד/א "ואם הוה מכת מדינה עיין לעיל סימן שכ"א" לשיטתו אזל, וסברא זו לא מצינו בשום מקום, ואדרבה מסתברא לומר כיון דמכת מדינה היא המשכיר והשוכר שוין בדבר ואין לומר דמזלו דשום אחד גרם, ונחזור לכללנו המוציא מחבירו עליו הראיה או לפחות יהיה ההפסד על שניהן כדאמרינן בב"מ ע"ט וכסימן ש"א בשכר ספינה סתם ליינ סתם ונטבעה שחולקין אם לא שאחד מהן רוצה לקיים התנאי, וה"ה במלמד זה שגזר המושל שלא ללמד יחלוקו, שהרי אם זה יאמר שרוצה לקיים התנאי גם השני מוכן לקיים התנאי אלא שאי אפשר מצד המושל, או ה"ל לדמות זה ליינ זה וספינה זו דאמרינן דיד המוחזק היא על העליונה, ופשוט דכונת המרדכי בשם מהר"ם היא דגם לבעה"ב יהיה הפסד דהיינו יחלוקו כמו שאמרו בספינה הנ"ל, ולפי הנ"ל נתבאר ג"כ דהראיה שהביא הרמ"א בסוף דבריו מתשובת המיימוני בההיא דבית שנשרף דסימן ש"יז בהג"ה דאין לו מזה ראייה, ואדרבה סייעתא לדברי הסמ"ע היא דבדבר שהוא מכת מדינה דאין ההפסד לפועל ומשו"ה לא אמרינן דמחיל כיון שאינו חוזר, ומשו"ה מלמד שהוא כפועל, במכת מדינה ההפסד הוי של בעל הבית, וגבי בעה"ב אין שייך לומר דה"ל לחזור, וגם אינו יכול לחזור כרמ"א שלג/ד.

הש"ך (א) כתב דאישתמיטתיה לסמ"ע דברי הג' אשרי ועוד שכתבו להדיא שהבעל הבית נותן לו כל שכרו, מיהו מטעם אחר נ"ל דאין דברי מהר"ם במלמד סתירה לדברי מהר"ם פדאוה דהתם לא למד הלומד מכאן ואילך ולא היה אפשר לו ללמוד עוד א"כ כשהגיע סוף הזמן הוי כמו לעבר משא"כ בחנות בתשובת מהר"ם פד' דהחזיק החנות עדיין תחת ידו י"ל דה"ל לחזור ולא חזר מחל וזה לא שייך במלמד ולא בבית שנשרף.

הנתיבות (א) כתב דהעיקר כרמ"א, דלדברי מהר"ם פד' שכתב דדוקא היכא דהחזיק הוא לעבר כגון באכלה חגב או ביבש המעין שאם יחזור בו יש לחוכר היזק במה שזרע ולכך הוא בדין ניכוי, אבל כשהחזיק הוא רק על להבא דמי לשוכר חמור והבריקה דבדין חזרה קאי, קשה דהא במתני' סתמא קתני החוכר בית השלחין ויבש המעין, ואמרינן עלה דאם מכת מדינה היא מנכה וכו', משמע דאפילו חכרה לכמה שנים ויבש המעין קודם שזרע בשנה שניה או שיבש המעין תיכף אחר הקנין קודם שזרע ג"כ מנכה לו, אף דהחזיק הוא רק על להבא, הרי מוכח דכל שהחזיק בא מכת מדינה הוא על שניהם ונשאר המקח קיים רק שמנכה לו, רק בשוכר חמור והבריקה שהיא מכה פרטית בדין חזרה קאי, והא דבאכלה חגב אינו מנכה לו כלל וכאן בשוכר חמור ההפסד על המשכיר אף במכה פרטית, הטעם פשוט, דבשלמא בשוכר חמור נעשה האונס בגוף הבהמה של המשכיר, ודמי באמת לנמצא מום במקח כמו שכתב מהר"ם פדוואה, ועוד דאינו יכול לומר להשוכר מזלך גרם, כיון שגופה של בהמה ששייך למשכיר איתרע ובמזלו של משכיר נעשה, משא"כ באכלה חגב דנעשה האונס רק בפירות שכבר גדלו וכבר נקנו לשוכר ולא בגוף השייך למשכיר כלל, לא שייך לומר דמקח טעות הוא, וגם לא שייך לומר מזל דהמשכיר גרם, וע"כ מזלו דהשוכר גרם דבידיה נעשה האונס, וכן הוא במקבל שדה והיה בו מעין ויבש, ג"כ אינו נעשה האונס בשדה, ועוד דלא החכיר לו מעין כלל כיון שלא אמר לו בית השלחין רק שדה סתם, ובשדה זו והיתה מכת מדינה דליכא למימר מזל דהשוכר והמשכיר גרם, המקח קיים וההפסד על שניהם ובדין ניכוי קאי. ומהמרדכי ראייה ברורה היא אפילו לפי הסמ"ע, דעכ"פ מוכח דמכת מדינה

שייך גם על להבא, ועוד קשה על הסמ"ע, דאי בדין חזרה קאי היה לו להיות כל ההפסד על המלמד, דלא גרע מאילו נעשה האונס רק בנער לבד כגון במת הנער בסימן שלד/ד ומכ"ש כאן שנעשה האונס גם על המלמד, וגם אפשר שהוא רק בהמלמד, שעיקר הגזירה ודאי היתה על המלמד שלא ילמד, ודאי דראוי להיות ההפסד רק על המלמד, והביאו בקצרה בפת"ש (א) [ועוד המשיך הנהיגות בריש סימן של"ד בסברת דין דמלמד דכיון שלא נאנס בגוף הדבר ששכרו לעשות דהיינו השימור, ולא על לימוד התורה, חייב לשלם, משא"כ במת או חלה הנער או שברח מחמת דבר, שנאנס מחמת גוף הדבר ששכרו שאין לו לשמור, פסק המרדכי שפיר שפטור, ובזה שפיר דברי המרדכי דבגזירת המושל חייב משום שהוא מכת מדינה, דאילו לא היה מכת מדינה רק שהיה האונס מה שלא יכול ללמוד עם הנער במלמד ולא בנער, כגון שנשתתק המלמד, ודאי דהיה פטור מליתן השכר, וכיון שהגזרה מכת מדינה לא חשיב אונס מחמת המלמד ולכך חייב].

כתב תשובת החת"ס (פת"ש א) לחלוק על הנהיגות ובאמת לדברי מהר"ם פד' בחוכר ויבש המעין אי חכרו לכמה שנים פשיטא ששנה שניה לא יעמוד בחכירתו ויחזור בו אבל הש"ס מייירי בחוכר שנה אחת ובאותה שנה אפילו בתחילתה אחר שזרע יבש המעין וזה כלשעבר, דידוע דכל משך זמן שנה אחת שייכי אהדדי טורח העבודה ושכר הפירות, וע"כ יש לחלק בין מכת מדינה למכה פרטית ואי אפשר לחזור אחר תחילת השנה, משא"כ בחמור דשכר כל יום ויום בפני עצמו הוא, וחלק על הנהיגות שמה שחילק בין שוכר חמור לשדה דבשדה ההפסד בפירותיו של השוכר משא"כ בחמור ההפסד בגוף של משכיר, דזה אינו, דא"כ תינח אכלה חגב, אבל יבש המעין ונקצץ האילן מאי איכא למימר. עוד השיג על הנהיגות שכתב בטעם המרדכי במלמד דכיון דאינו נוטל אלא שכר שימור ועל השימור לא גזר המושל ומשו"ה צריך בעה"ב לשלם אע"ג דעיקר כונת בעה"ב על התורה מ"מ צריך לשלם כיון דעכ"פ משמר לו בניו, והחת"ס כתב דסברא זו רחוקה מן הדעת וגם לא קי"ל הכי אלא שכר פיסוק טעמים כר' יוחנן בנדריס ל"ז עיי"ש, אלא טעמו של המרדכי במלמד משום דמלמד הוא ממש כשדה דמתחילת השנה הוא לשעבר דידוע דשכירות מלמד בכך וכך לשנה, כי אין שווי השכר והפעולה שוה, כי בתחילתו עבודתו יותר קשה לחנך הנער ולעומת זה שבח לימודו בסוף יותר טוב, ומסיק לדינא דדברי מהר"ם פדוואה נכונים וכסמ"ע וגם הש"ד לא נחלק עליו. ובמכת מדינה גבי בשר פסק לפי מהר"ם פדוואה דאם יש זמן לחזור יחזרו בהם הקצבים מכאן ולהבא מחכירותם מהקהל וישלמו לפי ערך הזמן שהיה בידם החכירות, כחמור שמת באמצע הדרך שמשלם עד חצי הדרך, ואם עבר זמן מה ולא חזרו בהם הרי סברו וקיבלו אותו הזמן וצריכים לשלם, ואף דבעובדא דמהר"ם פד' היה קצת ספק אם עכ"פ היה אפשר ע"י טירחא לישא וליתן בהלואה וע"ז כתב כיון דהוה ספיקא דהמחזיק יחזיק בשלו, אבל בנידון דידן אין כאן מקום ספק.

עוד כתב בתשובת חת"ס (פת"ש א) בשם תשובת הראנ"ח (שרמזו עליו הש"ד ובא"ה) בעובדא שהשכירו חנות ושוב הטיל המלכות קצבה על הסחורות באופן שלא היו מרויחים, וכתב שאין המום בחנות שהרי החנות לפנייהם ואם לא ימכרו סחורה יעשו בה מלאכה, ולא דמי ליבש המעין, משום שנהר הוא צורך השדה וכשחוכר השדה ה"ל כחוכר שדה ומעין, אבל הכא הוי דבר הבא מבחוץ בעלמא ואיננו בדין הזה, וגם לא דמי לדין דמהר"ם פדוואה דהתם חכרו החירות של הלואה ולא דבר אחר, אבל הכא חנות שכרו ממנו, מה לי אם יסחור או יעשה בו דבר אחר וסברא נכונה היא ובמהרש"ד לא עמד בזה [מנחת אשר (לקמן): אין זה דומה לנידון דמהר"ם פ' דהתם היתה השכירות על עצם הרשיון להלוות בריבית וממילא כשגזרה המלכות שלא להלוות בריבית מקרי שהאונס היה בגוף השכירות, משא"כ בעובדא דראנ"ח לא שכרו את החנות ע"מ לעשות בה סחורה דוקא ולא מקרי אונס בגוף השכירות], ובפרי תבואה כתב דאחד ששכר בית היין עם יורה וכלים משמעון על משך שלש שנים, ואח"כ רצה לחזור בו לצאת מהבית כיוון שחיילות עוברים בארץ ההיא ושכח היזקא ופסקו הב"ד שהדין עם השוכר דמכאן ולהבא בדין חזרה קאי כדעת מהר"ם פד' והכרעת הסמ"ע, והוא ז"ל האריך לסתור פסק הזה, ובפרט בנידון דידן דאינו אלא ספק היזק שעניינו רואות שגם במקום שהחיילות עוברים שם יקרה ההפסד לאיש זולת איש ונראה בעליל דבמזלא תליא, ואף שהמכה שולטת בכל המדינה, מ"מ י"ל דאינו דומה למכת מדינה משום דכאן ודאי במזלא תליא, ולכן אינו יכול אפילו לנכות עד שיבורר הפסדו בבירור וישומו לו ב"ד וכדאמרין בב"מ י"ד דמצי א"ל אחוי טירפך ואשלם לך.

כתב הקצות (שכב, א) שכתב מהר"ם מרוטנבורג (וציין אליו גם הש"ד, מנחת אשר לקמן) על ראובן ששכר בית משמעון לב' שנים והקדים ונתן לו השכר של שני שנים ובתוך אותן ב' שנים ברחו היהודים מן העיר מפני פיקוח נפש ואח"כ חזר ורוצה שיחזיר לו שמעון המשכיר מה שהיה חוץ מביתו ושמעון משיב בתי היה לפניך, ופסק כמכת מדינה היא ואעפ"כ יחלוקו ההפסד שמעון ינכה לראובן חצי מה

ששה חוץ מביתו ושאר חצי ישלם לו לפי ששמה יהודי אחר שלא נגזר עליו היה שוכר הבית שהרי מיעוט הקהל נשאר ולא היה נפסד כלום וכיון דאיכא לספוקי יחלוקו, וביאר הקצות דהא דאמרין דאם פשטה המכה ברוב השדות הוי מכת מדינה ולא אזלינן בתר מיעוטא ואפילו כבר הקדים בשכירות צריך להחזיר, התם המכה בשדות וזו השדה נמי נשדפה בכלל הרוב ואם היה משכיר זו השדה לאיש אחר גם כן לא היה משלם כיון דנשדפה אבל הכא המכה באנשים ולא בבתיים וכיון דמיעוט אנשים נשארו אמרינן שהיה שוכרו זה שלא ברח, אך חלק הקצות על דינא דיחלוקו דממה נפשך אם מספקא לן שמא היה שוכרו יהודי אחר שלא נגזר עליו א"כ כיון דהמשכיר מוחזק שהרי הקדים שכרו אמאי ינכה החצי מספק, ובהגהת אשר"י כתב דהיכא דאין הדיין יכול לידע מחמת שעלתה הלכה בתיקו פירש ר"ח דהוי ספק וחולקין, א"כ נראה דזה הא נמי טעמא דמהר"מ (שפסק ע"פ ר"ח) כיון דאיכא לספוקי והיינו דאין הדיין יכול לידע חולקין, וא"כ לדידן דק"ל כל היכא דקיימא ממונא תיקום ואפילו בספיקא דתיקו א"כ ה"נ אין המשכיר צריך להחזיר כלום (ונראה שיש לדמות לכאן המקרה בשאלה שרק האדם נכנס לבידוד שזו מכה רק בו ולא באחרים, וראה לקמן גבי ביטול נופש משום סגר לכל העולם). [במנחת אשר (לקמן) כתב דמשמע במהר"ם מרוטנבורג שכשהוכרחו לברוח ונשארו הבתיים הוי מכת מדינה ויפסיד המשכיר, וזהו היפך דהרי מהר"ם טיקטין שדחהו הש"ך לעיל והקצות הביאו בסתמא בסימן שטי"ז, ולפלא שהקצות לא העיר בזה].

ע"פ כל הנ"ל (וראה גם שלד/א) כתב בשו"ת מנחת אשר (ב,קכ) בענין ביטול שכירות בתיים בזמן מלחמה, וראשית סיכום השיטות בדין שכר בית ונתהוותה מכת דבר ושינוי אוויר, א' מהר"ם מרוטנבורג ש"ך וט"ז דההפסד של בעל הבית וכמכת מדינה בנשתדפו שדות, ב' מהר"ם טיקטין כיון שהבית קמן צריך לשלם לבעה"ב על השכירות, ג' דעת הראב"ן שהובאה במחנ"א שצריכים לחלוק בהפסד ועל כן מנכה לו חצי מההפסד (וכן דעת הסמ"ע ו', פסקי המשפט), ועוד נחלקו בשכבר הקדים שכרו א' דעת מהר"ם וראב"ן ומנחת פתים וכן משמע מהנתיבות דאין נפק"מ וכהא דנשרף הבית, ב' דעת המחנ"א אם הקדים לבעה"ב אינו צריך להחזיר לו [דכיון שהקדים לו השכירות נתרצה השוכר שיהיה שלו לאלתר וכמו שכתבו התוס' גבי ספינה זו ויין זה דאם נטל לא יחזיר, ולא דמי לנשרף הבית, דנשרף הבית דמי לספינה זו ויין סתם דהשוכר יכול לקיים תנאו והמשכיר אינו, אבל במגפה אין העיכוב מצד המשכיר והא ביתא קמך], וכתב גבי מלחמה בתחילה דנראה שיודה הראב"ן למהר"ם טיקטין שצריך לשלם למשכיר שהרי סברת הראב"ן היא שבמגפה מקרי שהגזירה על שניהם כיון שגם הבתיים אינם ראויים למגורים וגם האנשים הוכרחו לברוח אולם במלחמה הגזירה היא על האנשים בלבד והוי מזל דידנו ולא דבעלי בתיים, אך מ"מ במהר"ם מרוטנבורג מבואר שאף בכה"ג הוי כשאר מכת מדינה ויפסיד המשכיר, ועוד שבהפגזות של טילים יש סכנת התמוטטות לבתיים ועצם הגזירה גם על הבתיים ואינם ראויים למגורים, י"להלכה נראה דכיון שלדעת גאוני בתראי עמודי ההוראה הטי"ז והש"ך במגיפת דבר הוא על בעה"ב ולדעת מהר"ם מרוטנבורג אין לחלק בין אם ברחו מחמת מכת דבר בגוף הבית לבין אם ברחו מחמת פיקו"נ [וכן למדו הש"ך והט"ז ברמ"א ודלא כערוה"ש שלמד בו כמהר"ם טיקטין], ה"ה בני"ד שברחו מחמת מלחמה ההפסד הוא על המשכיר.. שיכול השוכר לפחות לומר קים לי כדבריהם.. ואף אם הקדים השכר נראה עיקר שצריך המשכיר להחזיר התשלום לשוכר כמבואר מדברי המהר"ם מרוטנבורג.. ולא כחידושו של המחנ"א [והמש"ך דאף שיש להעיר במקרה שרוב תושבי העיר נשארו במקומם, אכן זה אינו, דכיון שכל אלו שביתם הקבוע הוא מחוץ לעיר עזהו ורק תושבי העיר הקבועים נשארו במקומם הו"ל כמכת מדינה לגבי הבתיים המושכרים לאורחים, ואף גבי מוסדות הלימוד הרי השלטונות ופיקוד העורף הוציאו הוראה מפורשת לבטל את כל הלימודים וכל כה"ג הוי מכת מדינה, ואף אחד היה לא היה את המוסד במקומו וכסברת מהר"ם מרוטנבורג], ונראה שהדברים כל שכן גבי השכרת דירת נופש וראה לקמן.

לגבי תשלום שכירות בתקופת מגפת (קורונה לדוג') לחנות, מפעל וכד' כתב בפסקי המשפט (אות ד') דזה מכת מדינה לכ"ע (דברי מהר"ם פ' נאמרו בנידון כזה לגבי חנות שנסגרה), וי"ל דלפנינו ג' שיטות א' הרמ"א בסימן ש"ב וכאן פטור השוכר על כל זמן הקלקול (ולדעת המחנ"א אם השוכר שילם על כל תקופת השכירות אין המשכיר צריך להחזיר לו והמנחת פתים חולק), ב' לדעת הסמ"ע מנכה חצי, וג' דעת מהר"ם פד' שכל זכות השוכר היא שיכול לחזור בו אך אם לא חזר משלם מחיר מלא, וכתב שם בשם הגר"צ ובר' ועוד דמכל מקום לכ"ע צריכים לשלם על דמי אחסון של תכולת החנות ולכן העלה שצריכים לשלם 55 אחוז מדמי השכירות, אמנם ביד השוכרים לבטל את שכירות החנויות מכאן ולהבא.

האם מעסיק צריך לשלם לפועלים שכירים עבור ימים בהם נאלצו להיעדר לרגל ההנחיות ומגבלות הבריאות?

עקב 'סגר הקורונה' נמנע מן ההורים לשלוח את ילדיהם לגנים ולמוסדות החינוך, האם על ההורים לשלם שכר לימוד על תקופה זו, ומה הדין באופן ששכר הלימוד שולם מראש לכל השנה?

גבי שאלת התשלום לפועלים שהתבטלו ממלאכתם עקב המגיפה הרחב הפסקי המשפט (י) דמבואר הכא דיש כמה שיטות א' דעת הרמ"א (כאן וסתימת דעתו בסימן שלד/א ולא כהעמדת התיבות שם, שכל פועל שאינו יכול להמשיך במלאכתו מחמת אונס מכת מדינה בעל הבית חייב לשלם לו כל שכרו אפילו על מה שעדיין לא עשה (וכ"ד הש"ך שלד סק"ג וט"ז שם), ב' שיטת התיבות (שלד, א עיין לקמן, והגר"א כאן) דאין בעל הבית צריך לשלם על מה שלא עשה והוא מק"ו דאונס רגיל (דהקשו כאן הסמ"ע והגר"א על הרמ"א מסימן שלד שאם גם המשכיר וגם השוכר לא היו יכולים לדע מהאונס ההפסד הוא על הפועל, אכן התיבות שם ביאר דהרמ"א מודה גבי שאר פועלים וחלק רק לגבי מלמד ששכר המלמד הוא על שמירת הילדים ולא על הלימוד שנאסר ע"י המושל). ג' שיטת הסמ"ע שבעה"ב משלם מחצית השכר על מה שלא עשה כיון שמזל שניהם גרם (שהרי הוא מכת מדינה), וכן הכריע החת"ס (בספר הזכרון) לפשר מרצון שני הצדדים למחצית דמזל של שניהם גרם וכ"ד האחיזר (ד, סח) וכ"ד הגר"נ קרליץ בזמן מלחמת המפרץ, אמנם לקמן גבי אולם וכד' לא שייכת פשרת החת"ס מכיוון שמדובר על חזרה וביטול הזמנה דממילא אף למהר"ם פאד' א"צ לשלם (כנ"ל) וא"כ למה לעשות פשר, ולמעשה כתב דיש לפסוק כאמור בחת"ס בספר הזכרון אך מנכים מעט מהמחצית שכר כיון שלמעשה הפועלים נהנו מהחופש שלא עבדו ופסק הרב אשר וייס שמשלמים למעשה 45 אחוז (ואף שבפועל בטל הכלל שמחשבים חצי שכר כדעת הט"ז וכלומר חצי מחצי והיינו 25 אחוז, אך מסתבר שלא ניחא ליה לפועל בטל מלעשות חצי מחצי אלא מנכים קצת מהמחצית שכר 5 אחוז וכנ"ל, ומה שהחת"ס הורה לפשר למחצית שכר דמשמע שאינו מנכה לו כפועל בטל נראה משום דאיירי במלמד עיי"ש), וכן הדין בתשלום לגננות ומטפלות דתלוי במח' הנ"ל ויש לפשר כחת"ס (ובכלל זה גם אם נפתחו הגנים בהוראת הממשלה במסגרת מצומצמת אך ההורים נמנעים לשלוח את הילד מחשש שיידבק דג"כ אין חיוב תשלום מלא, ר' אשר וייס) ויש לנכות מעט ממנו כפועל בטל (לדעת ר' אשר וייס כאמור זה 5 אחוז והיוצא שצריכים לשלם 45 אחוזים, ולדעת בי"ד בני ברק 16 אחוז מכלל השכר והיוצא שצריכים לשלם 42 אחוזים אמנם לגבי גננת או עובדת שקיבלה חופשה בתקופה של ערב פסח לפני זמן החופשה הרגילה שיש לה תועלת גדולה בזה פסקו הגר"י סילמן והגר"ש רוזנברג שערך הניכון הוא 30 אחוז וא"כ ישלמו 35 אחוז מהשכר) עיי"ש (גם בעוד פרטים כגון אם קיבלו המוסדות או העובדים פיצויים מהמדינה וא"כ צריכים לנכות זה, וראה עוד מקרים כגון מטפלת לשעות, עובד שניתן לפטרו בכל עת, אמא לילד שבעצמה לא יכולה ללכת לעבודה וממילא לא צריכה שמירה על ילדה, ועוד).

ראובן שכר דירת קיט לימי 'בין הזמנים' אך לנוכח 'סגר הקורונה' נאלץ בעל כורחו לבטל את ההזמנה, האם עליו לשלם למשכיר? [ומה הדין אם שולמו דמי קדימה?]

[מה הדין בביטול הזמנת אולם שמחות ופרצה מגיפה ל"ע?]

כתב פסקי המשפט (ו) גבי מי שהזמין אולם לעריכת חתונה ושילם כבר דמי קדימה ואח"כ פרצה מגיפה רח"ל, דעת הגר"צ ובר ועוד שבעל האולם חייב להחזיר למזמין דמי הקדימה שקיבל, שהרי גם מהר"ם פאד' מודה שמכת מדינה נוהג על העבר ואינו חולק אלא על מה שנוגע מכאן ולהבא, שבזה אם אינו רוצה להמשיך השכירות אין לנכות מדמי השכירות אלא עדיף שתהיה לו זכות חזרה, וזה לא שייך בענייננו שהרי חוזר מהזמנתו ואינו רוצה לקיים החתונה באולם הוא, לכן י"ל דאף הוא מודה בנידו"ד שנאמר בו מכת מדינה ולא יפסיד דמי קדימתו, וגם לשיטת הסמ"ע שצריך לשלם מחצית לא שייך שהרי כתב דבריו ע"פ מהר"ם פד' דאינו שייך כאמור, וגם סברת המחנ"א (שהביא גם לעיל) שאם הקדים השכירות א"צ להחזיר לו לא שייך בנידו"ד דטעמו שייך רק כשהקדים שכרו מרצונו אע"פ שאינו מחויב שהרי שכירות משתלמת רק לבסוף אבל בענייננו בדרכי"כ אינו כך אלא עושה כן משום הסכם וממילא אין שום הוכחה שיתרצה שיהיה שלו לאלתר (וגם אם אפשר להשתמש באולם בהגבלות מסויימות אין בעל האולם יכול לחייבו דהרי זה כמום במקח, וגם אין לומר שיפסיד המשכיר כי הוא זה שמבטל, זה

אינו משום דהעיכוּב גם מצד השוכר שגם לו הגבילה הממשלה לעשות אירוע), וישנם בתי דין שפסקו מחמת מחלוקת הפוסקים להחזיר למזמין חצי מהסכום ששילם כמקדמה (וכל הדעות בספר הביאני חדריו עמ' פד), וכתב בסברתם ע"פ המהר"ם טיקטין, עיי"ש, והוא הדין (שם אות ז') בהזמין חדר במלון ואח"כ ביטל הזמנתו מחמת מגיפה שפרצה שצריך בעל המלון להחזיר לו את המקדמה כדין מבטל אירוע באולם (לדעתו כנ"ל), דהזמנת חדר במלון אינה שכירות אלא מקח מכיון שאינה רק החדר אלא כולל את כל השירותים הניתנים במלון ודומה למי שהבטיח לאומן שעושה כלי שייקחנו ממנו שאם נתחרט אח"כ מחמת אונס הרי הוא פטור וגרמי באונס פטור כמבואר בש"ך ריש סימן שפ"ו, וגם אין לחייב את המזמין לשלם מדין שכירות פועלים ולומר שבעל המלון קונה את המאכלים עבור המזמינים עיי"ש (ולגבי קייטרינג יש חולקים עיין הע' 25), אולם אם סיבת המניעה שיש סגר על המקום שהמזמין גר והרי הוא אנוס שאינו יכול להגיע לצימר ששכר דינו כשוכר בית בקורונה שאינו יכול לבטל השכירות בטענת אונס מכת מדינה [וכן נראה שיהיה בדין באדם שנכנס לבידוד וכנ"ל, ח.פ.], וכ"כ **הרב ישועה רטבי** ש"במקרה של עסקי תיירות ותרבות שאין צפי לחזרה, ולפי כל הערכות המקום יהיה סגור (או פתוח בצורה חלקית ולא רווחית) במשך חודשים ארוכים - נראה שלכו"ע ניתן לבטל את העסקה ולבטל את השכירות כדעת מהר"ם פדואה", ונראה שהוא הדין גבי הזמנת נופש ופרצה מלחמה [וגבי מש"כ ותלה ב"אין צפי לחזרה" נראה להביא לדבריו סייעתא מדברי רע"א בסימן שלג/ה ע"פ התפלי"מ דהמוסר דבר לחבירו לארוג וכדומה בקבלנות ואירע אונס לאומן י"ל דאין הבעה"ב יכול לטלו ממנו, דיכול לומר לא שכיר יום אלא ואעשה לך הפעולה אחר עבור האונס "אם לא שרואים שצריך לזה לאותו הזמן כגון לצורך הרגל וכדומה" ויש לעיין].

סעיף ב

סיפא **דמשנה שם קג**: "אם אמר לו חכור לי שדה בית השלחין זה או שדה בית האילן זה יבש המעין ונקצץ האילן מנכה לו מחכירו" **ובגמ'** "ואמאי ולימא ליה שמא בעלמא אמרי לך מי לא תניא האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך אף על פי שאין בו אלא לתך הגיעו שלא מכר לו אלא שמא והוא דמתקרי בית כור, אמר שמואל לא קשיא הא דאמר ליה מחכיר לחוכר הא דאמר ליה חוכר למחכיר אמר ליה מחכיר לחוכר שמא בעלמא אמר ליה חוכר למחכיר קפידא רבינא אמר אידי ואידי דאמר ליה מחכיר לחוכר מדקאמר זה מכלל דקאי בגוה עסקין בית השלחין למה ליה למימר דקאמר ליה בית השלחין כדקיימא השתא".

וז"ל **השו"ע** כרבינא כלשון **הרמב"ם** וכ"פ **הרי"ף** והרא"ש "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 {ו"א **רא"ש** ע"פ **הירוש'**} 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 (ב"י: **והרי"ף** **והרמב"ם** דהשמיטו נראה דס"ל דמשמע להו דמילתא דפשיטא היא דיבש המעין ונקצץ האילן תנן וסתם יבש לגמרי משמע ונקצץ האילן סתמא משמע שנקצצו לגמרי כל האילנות) 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" **והרמ"א** פסק – "ו"א **(רמ"ה)**, כאוקימתא דשמואל, דמדלא אמר רבינא לעולם לא שנא אמר מחכיר לחוכר ולא שנא אמר חוכר למחכיר, שמעינן מינה דמודה רבינא היכא דאמר חוכר למחכיר דקפידא ואע"פ שאינו עומד בתוכה) דוקא שאמר מחכיר לחוכר, אבל אם אמר חוכר למחכיר בית השלחין אני חוכר ממך, מנכה לו אף על פי שאינו עומד בתוכה".

כתב **הסמ"ע** (ח) על המחבר דלא בעינן שלשתן כלומר עומד בתוכו, 'זה', והזכרה בשם בית השלחין, אלא אפילו עומד חוצה לו ואומר בית השלחין זה אני משכיר לך ג"כ קפידא הוא, דאלי"כ לא ה"ל למימר אלא שדה זה אני משכיר לך, ובסעי' א מיירי דלא אמר אלא שדה זה אני משכיר לך ולא א"ל בית השלחין, והשתא אתי שפיר דסיימו הטוש"ע וכתבו בתר האי דינא 'לפיכך' וכו' ולא כתבו רבותא דאפילו עומד בתוכו וגם אמר בית השלחין אני משכיר לך דאפ"ה אינו מנכה לו, וכן הסכים **הקצות** (א) דכן משמע בש"ס דעיקר קפידא מוכח מדאמר בית השלחין דלא היה צריך למימר כיון דקאי בגוה וא"כ ה"ה היכא שרמוז בית השלחין שבמקום פלוני נמי בית השלחין מיותר שמע מינה קפידא, אלא דלשון הרמב"ם ושו"ע משמע דעיקר קפידא במה שאומר זה.

עוד דן הקצות בדברי הרא"ש (בב"י) דכתב בשם י"מ דדוקא קאמר רבינא באמר ליה מחכיר לחוכר אבל אי אמר ליה חוכר למחכיר הוי קפידא בלאו האי טעמא, מדלא קאמר אידי ואידי בין אמר ליה מחכיר לחוכר וכו'. [ודחה הרא"ש דהא מתניתין בדאמר ליה חוכר למחכיר איירי כדקתני אם אמר לו חוכר לי בית השלחין זו, אפי"ה דוקא משום האי טעמא וכו', והא דתנן מנכה לו מן חכורו ואינו חייב להעמיד בית השלחין אחר ובית אילן אחר, משום דאמר ליה בית השלחין זו אבל אם אמר חוכר למחכיר בית השלחין אני חוכר ויבש המעיין חייב ליתן לו בית השלחין אחר או יחכור מעיין אחר או יטע אילן אחר והקשה הקצות על הרא"ש דכיון דס"ל כרבינא דאפילו חוכר למחכיר אינו קפידא אלא באומר זה, א"כ היכי כתב דבסתם חייב להעמיד בית השלחין אחר, הא אם אינו אומר זה א"כ מצי אמר שמא בעלמא אמרי לך וביאר כוונת הרא"ש ע"פ הריטב"א דהיכא דאמר ליה סתם בית השלחין אני מוכר כיון דלא אמר זה א"כ תו לא אמרי שמא בעלמא קאמר א"כ צריך ליתן לו בית השלחין אחר או יחכור מעיין אחר, אבל במקח אפילו אומר זה לא אמרינן קפידא דהא גבי בית כור עפר גרסינן זה ואפי"ה אמרי שמא בעלמא קאמר ליה, ע"כ דגבי מוכר ולוקח אפילו עומד בתוכו ואומר בית כור זה אני מוכר לך אינו אלא שמא בעלמא, עיי"ש, ולפ"ז -] לדינא ליכא נפק"מ בין דעת הרא"ש לחולקין, דהא באומר זה ודאי קפידא גבי חכירות וכדאמר רבינא והיכא דלא אמר זה א"כ לא מצי אמר כלל שמא בעלמא והא דהביא הרא"ש דעת היש מפרשים, היינו משום נפקותא במוכר בית כור דגבי מוכר בית כור אפילו באומר זה לא הוי קפידא ואמרינן שמא בעלמא, ובנתיבות (ב) חלק על הקצות וגם האריך וסיים דהיוצא דבאמר בית השלחין סתם בין עומד בתוכו בין אינו עומד בתוכו ויבש המעיין חייב להעמיד לו בית השלחין עם מעין, ובאמר לו בית השלחין זה ועומד בתוכו או מראהו ויבש המעיין, מנכה לו מחכירו, ואם אינו עומד בתוכו ואמר לו בית השלחין שבמקום פלוני, אם אמר מחכיר לחוכר אינו מנכה לו מחכירו, ואם אמר חוכר למחכיר מחלוקת הפוסקים אי קפידא או לא.

סימן שכב – המקבל שדה מחבירו ואכלה חגב או נשדפה

סעיף ב

< סעיף א': ראה סימן שכא/א.

ע"פ שם קו. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "התנה עליו בעל הקרקע שיזרענה חטים וזרעה שעורים או שלא זרעה כלל, או שזרעה ולא צמחה (עיי' בגמ' ובסמ"ע בפסוקים הנדרשים), אע"פ שבא חגב או שדפון והוכה רוב המדינה, אינו מנכה לו מחכירו, ועד מתי חייב להטפל ולזרוע פעם אחרת אם לא צמחה, כל זמן שראוי לזרעה באותו מקום (ואפילו לא הספיק לזרעה אלא שתי פעמים לרשב"ג הסובר חזקה בגי' או אחת לרבי הסובר חזקה בב' ואע"פ שלא הוחזקה זו מנכה לו מחכירו שהרי זרעה כל צרכו ולא פשע בה בכלום, רא"ש בביאור השמטת הרי"ף מח' רשב"ג ורבי) {ודוקא בקבלנות, אבל בחכירות יכול לקנות לו פירות מן השוק ונותן לו חכירתו (נ"י)}".

כתב הסמ"ע (ז) דדעת הרמב"ם והטוש"ע היא דדוקא בזרעה ולא צמחה הוא דאין מנכה לו מחכירתו עד שיחזור ויזרע כל זמן שראוי לזרוע אפילו ארבע או חמש פעמים, משום דיכול המחכיר לומר מה שלא צמחה בד' פעמים שעברו משום דעדיין לא הגיע עת וזמן הזרעה דשנה זו, אבל בזרעה ואכלה חגב מנכה לו אפילו בפעם ראשון אם היא מכת מדינה, וא"צ לחזור ולזרוע אם אינו רוצה החוכר, ודלא כרש"י דס"ל דגם באכלה חגב צריכין לזרוע שנית לרבי, ולרשב"ג שלישית, ופלוגתייהו דהגאונים הנ"ל תלוי אי הלכה כברייתא או לא (כלומר דהא דאמר ריש לקיש לא שנו אלא שזרעה וצמחה ואכלה חגב אבל זרעה ולא צמחה לא וכו', לפי רש"י קאי אהני ברייתות דלרבי שלישית ולרשב"ג רביעית לא שנו אלא שזרעה וצמחה ואכלה חגב אבל זרעה ולא צמחה חייב כל זמן משך הזרעה ואם לא זרעה אין מנכה לו ולדעת הרי"ף וסיעתו לא הביא הנך ברייתות והביא הנך דריש לקיש ואמתניתין קאי).

עוד ביאר הסמ"ע (ח) דמה שכתב הרמ"א בשם הנ"י קאי אמה שכתב המחבר עד מתי חייב להטפל ולזרוע כו' קאי, דמשמע אף אם ירצה לקנות לו מן השוק יכול בעל השדה להכריחו לחרוש ולזרוע שדה שלו, וקאמר דהיינו דוקא בקבלנות, ומטעם דיכול בעל השדה לומר תבואה של שדה שלי ניחא לי יותר, משא"כ בחוכר, דמתחילת החכירות לא היתה דעתו דוקא אתבואה דשדה זו, דהרי אם לא יצמח שדה זו כלל היה צריך לקנות מן השוק כדי חכירתו, וכ"ש בשכירות דנותן לו מעות ולא תבואה משדה שלו

כלל. ה"ט"ז האריך לחלוק על הרמ"א והסמ"ע וסיים דהכלל העולה, דבזרעה ולא צמחה אין המקבל מוכרח לחזור ולזרוע כלל ומזליהו דתרווייהו גרים לה, והכא דמיירי בניכוי מחמת מכת מדינה, בזה אין חילוק בין חכירות לקבלנות דאין יכול לנכות מחלק בעל השדה כל זמן שאפשר עוד לזרוע וצריך לשלם חלקו, והתשלומין יכול להיות אפילו בפירות מן השוק.

סימן שכג - המקבל שדה מחבירו ולקתה בעומריה

סעיף א

ע"פ משנה ב"מ קו: ("המקבל שדה" וכו', ופירש רש"י דזו בחכירות הוצרך לשנותה דאי בקבלנות פשיטא דכל אחד זוכה ומתחייב בחלקו) פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "החוכר שדה מחבירו בעשרה כורים חטים ולקתה נותן לו מתוכה. היו חטין יפות לא יאמר לו הריני לוקח מן השוק, אלא נותן לו מתוכה {במה דברים אמורים שלא שינה, אבל שינה כגון שהתנה לזרעה חטין והוא יתן לו שעורים בחכירותו, וזרעה שעורים ולקתה, אינו נותן לו מתוכה אלא קונה לו שעורין מן השוק (טור)} חכר ממנו כרם בעשרה סלים ענבים והקריסו [פירוש הפיגו טעמם ונתחמצו, וגירסת רש"י דכדום ופירש שהתליעו] אחר שנבצרו, וכן עומרים שלקו אחר שנקצרו (בעודם בשדה, ור"ל שהניחם שם ליבש, ומיירי שלא פשע להניחם שם יותר מהשיעור, סמ"ע ע"פ רש"י) נותן לו מתוכו, אבל אם חכרו בעשרה כדים יין והחמיץ, חייב ליתן לו יין טוב (דבזה אמרינן ארעא כבר עבדא שליחותה להוציא ענבים טובים הראויים ליין טוב אלא שבמזלו החמיץ היין, דהיין דרכו להשתנות על פי מזלו דמריה, וכדאמרן בעלמא בב"ב צ"ו חמרא אכתפא דמריה שוור, ע"פ רש"י, והיינו דוקא כשהתנה עמו ליתן יין סתם אבל אם פירש דבריו ליתן לו מיין הנעשה מכרם זה מה לעשות לו עוד כיון שלא פשע כלום, סמ"ע).

סימן שכד - המקבל שדה לזרעה מין ידוע ובא לשנותה

סעיף א

ע"פ משנה ב"מ קו: וכת"ק ("המקבל שדה מחבירו לזרעה שעורים לא יזרעה חטים, חטים יזרעה שעורים") דלא כרשב"ג שאוסר משום שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא ימצא בפייהם לשון תרמית וכגירסת הרמב"ם, פסק בשו"ע "החוכר שדה מחבירו לזרעה שעורים לא יזרעה חטים מפני שהחטים מכחישות את הקרקע יותר מהשעורים, חכרה לזרעה חטים יזרעה שעורים, קטנית, לא יזרעה תבואה. תבואה, יזרעה קטנית {וי"א (רש"י) בהפך, תבואה לא יזרעה קטנית; קטנית, יזרעה תבואה} ובבבל וכיוצא בה לא יזרעה קטניות מפני שהקטניות שם מכחשת את הארץ (עיין בדרישה והסמ"ע ב' באריכות בטעם הדבר) {וי"א (רש"י) בהפך, דבבבל יכול לזרוע מה שירצה. י"א דכל זה בחכירות אבל בקבלנות יכול לשנות אפילו לדבר המכחיש (רש"י, דאי בקבלנות הא אמרינן בדף ק"ד תכחוש ארעא ולא ליכחוש מרה, והרי הוא נהנה בשינוי זה), ויש חולקין וס"ל דאפילו לדבר שאינו מכחיש אינו יכול לשנות בקבלנות (רמב"ן), כיון דקבלן אינו נותן לו אלא ממה שגדל בשדה, יש לומר שקפיד הנותן לזרוע דוקא מין זה שהתנה עמו משום שהוא צריך לו, סמ"ע}."

כתב הפת"ש (א) דה"ט"ז הקשה על טעם הסמ"ע ברמב"ן דהא בחכירות נמי צריך ליתן לו מאותו המין הגדל בשדהו, ובספר דברי משפט יישב ע"פ המבואר בסוף סימן שכ"ב ובסמ"ע שם דבחכירות אם החוכר רוצה דלא לזרוע כלל אין המחכיר יכול לכופו לזרוע, דמתחילה לא היתה דעתו ליקח דוקא תבואת שדה זו, דהא אם לא יצמיח כלל צריך לקנות מן השוק.

סימן שכה – המקבל שדה מחבירו אם רשאי לזרעה פשתן

סעיף א

משנה ב"מ קט. "המקבל שדה מחבירו לשנים מועטות לא יזרעה פשתן ואין לו בקורות שקמה, קיבלה הימנו לשבע שנים שנה ראשונה יזרעה פשתן ויש לו בקורות שקמה".

דעת **רש"י** דבחכירות היא דאי בקבלנות מאי דבעי ליזרע שהרי הבעלים חולקין בו, וכתב ה"ה דכן הוא ע"פ רב פפא בדף ק"ד דהני תרתי מתניתא קמייתא בין בחכירותא בין בקבלנותא מכאן ואילך דאיתא בקבלנותא ליתא בחכירותא דאיתא בחכירותא ליתא בקבלנותא, ודעת **הרמב"ם** דהמשנה בין בחכירות בין בקבלנות והוא קצת תימה, ואפשר שהוא סובר כרשב"א דרב פפא לאו לענין דינא ממש קאמר אלא יש מהן דדינא לא אשתני אלא שלא הוצרך להשמיענו הדין ההוא אלא או בחכירות או בקבלנות, וה"נ כאן לענין קבלנות א"צ לאשמעין שפשיטא שאסור לשנות נגד דעת בעה"ב.

השו"ע לא נקט אליבא דחד מינייהו והעתיק לשון המשנה (באה"ג) וז"ל ע"פ המשנה והגמ' "המקבל שדה מחבירו לשנים מועטות, לא יזרעה פשתן ואין לו בקורות שקמה וכיוצא בה, ולא בשבח האילנות (ממעשה דרב פפא ורב ביבי שם) שיצאו מאליהם בשדה, אבל מחשבים לו מקום האילנות כאילו היה בהם אותה זרע שזרע בכל השדה, והוא שצמחו האילנות במקום הראוי לזריעה. {ווי"א (תוס') דאם הוא אומר דגם הוא היה נוטע אילנות צריך ליתן לו מן האילנות כאילו נטען, אבל אם אומר שיותר היה חפץ לזרוע מליטע אילנות, אם האילנות ראויין ליטע במקום אחר צריך ליתן בו בשבילם דמי נטיעות העומדים ליטע, ואם אינן ראויין ליטע, אינו נותן לו אלא דמי עצים} אבל אם יצאו במקום שאינו ראוי לזריעה, אין מחשבים לו כלום, ואם קבל ממנו לשבע שנים, זרעה שנה ראשונה פשתן ויש לו בקורת שקמה וכיוצא בה (בין אם ירד לתוכה בסוף שבע משנקצצה בין אם ירד לתוכה בשנה שלישית או רביעית, קוצצה כשישלמו לה שבע שנים, שהרי יחזרו ויגדלו לכשיצא ממנו עד שיהיו כמו שהיתה כשירד לתוכה, סמ"ע ע"פ הטור)".

סימן שכו – המקבל שדה לזרעה שומשמין וזרעה חטין

סעיף א

ב"מ קד: "ההוא גברא דקביל ארעא לשומשמי (דמכחישין את הקרקע יותר מחיטין וגם דמיהן יקרים יותר מזרע חיטין) זרעה חיטי עבדא חיטי כשומשמי סבר רב כהנא למימר מנכי ליה כחשא דארעא אמר ליה רב אשי לרב כהנא אמרי אינשי כחשא ארעא ולא לכחוש מרה ההוא גברא דקביל ארעא לשומשמי זרעא חיטי עבדא חיטי טפי מן שומשמי סבר רבינא למימר יהיב ליה שבחא דביני ביני אמר ליה רב אחא מדפתי לרבינא אטו הוא אשבח ארעא לא אשבחה".

פסק **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "המקבל שדה מחבירו לזרעה שומשמין וזרעה חטים, ועשתה חטים ששויין כמו שהיתה ראויה לעשות מהשומשמין, אין לו עליו אלא תרעומת. עשתה פחות ממה שהיא ראויה לעשות מהשומשמין, משלם לו המקבל כפי מה שהיא ראויה לעשות מהשומשמין. עשתה חטים יותר ממה שהיא ראויה לעשות מהשומשמין, חולקין לפי התנאי שביניהם, אף על פי שמשתכר בעל הקרקע (ואין המקבל יכול לומר אילו זרעתי שומשמין היה נכחש הקרקע יותר וגם לא היתה מצלחת בזריעת החיטין כל כך אם לא שטרחתי בה הרבה לפיכך אנכה לך מחלקך מה שהרוחת שלא נכחש הקרקע, וגם אקח היתרון ששוי החיטין יותר על השומשמין שבא מכח טרחותי, דישיב לו הנותן וכי טרחתך לבד גרמה ולא טובת השדה, משו"ה חולקין, סמ"ע ע"פ הטור)". כתבו **הב"י** ו**באה"ג** בשם **הרשב"א** דבין בחכירות בין בקבלנות הדין כן.

כתב **הסמ"ע** (ב) דמש"כ ברישא דאין לו עליו אלא תרעומת, ניתן לפרשו בשני פירושים א' לנותן יש תרעומת על המקבל ששינה ממה שהתנה עמו לזרעה שומשמין משום דלשומשמין היה צריך, ואף שבדמי החיטין היה יכול לקנות שומשמין מן השוק, מ"מ ניחא ליה בשלו ואין בזה אלא תרעומת ולא היזק ממון, וב' וכן נ"ל דלמקבל יש תרעומת על הנותן על מה שטרח עד שהצליחו להיות שוים

כשומשמיין וצריך ליתן לו החציה ואינו מנכה לו מה שהרויח הנותן דלא נכחיש ארעא, וכן הסכים הש"ך (א) וכן הוא בב"ח.

סימן שכז - דין מקבל שבא להסתלק ועדיין לא נגמרו הזרעים

סעיף א

בריתא שם קט. "המקבל שדה מחבירו והגיע זמנו לצאת שמין לו... - שמין לו ירקא וסילקא".
וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "מקבל שהגיע זמנו להסתלק מהשדה, והיו שם זרעים שעדיין לא הגיע להמכר או שנגמרו ולא הגיע יום השוק למוכרן (ע"פ התוספתא), שמין אותן ונוטל מבעל הקרקע".

סעיף ב

ע"פ משנה שם קג. וגמ' פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם "כשם שחולקין המקבל ובעל הקרקע בתבואה, כך חולקין בתבן ובקש. כשם שחולקין ביין, כך חולקים בזמורות. אבל הקנים שמעמידין תחת הגפנים, אם קנו אותם בשותפות הרי אלו חולקים בהם, ואם הם משל אחד מהם (דלפעמים נותן המקבל כל הצריך לאותו כרם והשדה ופעמים הנותן וכסימן ש"כ, סמ"ע), זה שקנה אותם הרי הם שלו, וכן כל כיוצא בזה".

סימן שכח - דין מקבל שרוצה להסתלק מפני רעת השדה

סעיף א

ע"פ משנה ב"מ קה. וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "המקבל שדה מחבירו ולא עשתה (מיירי בקבלנות אבל בחכירות אפילו אינה עושה כלום צריך ליתן לו חכירותו, רש"י וטור, ופשוט הוא, ב"י) אם יש בה כדי להוציא סאתים (כר' ינאי) יתר על ההוצאה, חייב המקבל ליטפל בה, שכך כותב לבעל הקרקע אנא אקום ואזרע וכו' ואעמיד כרי לפניך ותטול חלקך וכו' } ואפילו לא כתב כך כמאן דכתב דמי (תוס' ורא"ש, דכיון דרגילין לכתוב כן כל המקבל סתם על דעת הנהוג מקבל, והו"ל כתנאי ב"ד דצריך לקיימו על כל פנים) }".

כתב באה"ג על הגהת הרמ"א דצ"ע בזה כי כולם לא כתבוהו אלא בדין הסמוך בסעי' ב' בלא עבדא אלא הובירה ולכן השמיט המחבר שם מה דאיתא במשנה וברמב"ם ובטור שכך כותב לו אם אוביר ולא אעביד וכו' לומר שאפילו לא כתב לו כן כמש"כ התוס' הרמב"ן ועוד כולם לא כתבוהו אלא בהובירה כולה, בפת"ש (ב) הביאו וכתב בשם חות יאיר דלולא דמסתפינא אמינא דמקום ההגה בסעי' ב'.

עוד כתב הפת"ש (א) בשם החות יאיר דהך שכך כותב לו אינו טעם על חיוב הפועל לטפל בו כשיש בו להעמיד כרי, רק הוא טעם על מה דפטרין לפועל בשאין בו כדי להעמיד כרי, דודאי מצד הסברא מחויב בכל שהוא כמו שנסתעבד, ולכן פסק שם בראובן שלקח כרם בעיר אחרת ונתקשר עם לוי הדר שם לעבדו ולשמרו ויקח החצי בשכר טרחו, ויהי השנה ויפול קרירות גדול בכל פרחי הגפן, ולא רצה לוי לטפל כלל בכרם זה באמרו שבדוחק ישיג כדי הוצאות, ופסק דאם נתקשרו יחד באופן המועיל מחויב לטפל בו לקיים מה שנסתעבד הן מעט או הרבה, מאחר דבזמננו לא ידעין מדיני אריסות ומשטר אריסות, וכתב עוד, דלדינא דגמרא דאם יש בה להוציא סאתים חייב לטפל בה, אם הפועל אומר דלא יוציא סאתים ובעל השדה אומר יוציא יותר, ודאי דצריך אומד מבקיאם, וכל זה לכתחילה דמחייבין ללוי לטפל בכרם אם אינו חוזר מכלל ההתקשרות, משא"כ אם חוזר בו, אם לא נתקשרו בתקיעת כף ובשבועה מצי לוי לחזור בו אפילו עשו שטר על עשר שנים, דקיי"ל פועל יכול לחזור בו כבסימן שלי"ג, ואפילו לא חזר בו בדיעבד והובירו, לדידן שלא נכתב ולא נהיגין לכתוב אם אוביר ולא אעביד דנימא אע"פ שלא נכתב כמאן דכתב דמי פטור לוי, דבמה שלא נתעסק בכרמו אפילו השנים כסדרן אינו רק כמבטל כיוס של חבירו, וכ"כ תלמידי הרשב"א בב"י אם לא שנפסד הכרם עצמו ע"י שנשאר בור.

סעיף ב

ע"פ משנה שם קד. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "לא עבדה אלא הובירה כולה או מקצתה, שמין אותה כמה היא ראויה לעשות, ונותן לו חלקו שהיה מגיע לו (שכן כותב לו אם אוביר ולא אעביד אשלם לך במיטבא, טור ע"פ המשנה), ואם התנה עמו אם אוביר ולא אעביד אשלם אלף זוז, הרי זו אסמכתא ואינו חייב לשלם אלא נותן כפי מה שראויה לעשות בלבד".

כתבו תלמידי הרשב"א אהא דתנן שכך כותב לו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא כלומר טעמא דכך כתב לו אבל מדינא פטור דהוי ליה מבטל כיסו של חבירו בירושלמי, ומיהו לא אצטרך תנאה אלא לביטול קרקע אבל מה שהקרקע נפסדת בעמידתה בורה מדינא חייב ולא מדין מזיק דלא עדיף מכופת שורו של חבירו ומת ברעב דפטור (סנהדרין ע"ז), אלא טעמא משום דקביל עליה למפלחה שכך כותב לו אנא אניר ואזרע וכו' ואע"פ שהוא יכול לחזור בו דפועל הוא (ב"מ י). ואי נמי קבלן ובעל השדה שוכר עליו אריס מ"מ כל זמן שלא חזר בו הוא חייב בכל היזק שיגיע לשדה בסבת ביטול המלאכה שנתחייב בה.

כתב הרי"ף דלא אמר רבא דהוי אסמכתא (בסיפא) אלא מאי דגזים אבל שיעור מאי דאוביר לא הוי אסמכתא ומאי דאוסף על שיעורא דראויה לעשות הוא דהוי אסמכתא ולא שעבד נפשיה אבל שיעורא דראויה לעשות איתא בכלל אלפא זוזי ומשעבד נפשיה ומיחייב ביה כ"פ הרמב"ם, ואע"פ שהרא"ש חלק על ראיות הרי"ף כתב דהלכתא כוותיה ולא מטעמיה משום דכיון דקיי"ל דכיון שנהגו לכתוב כן אף אם לא כתב מחוייב לשלם מאי דאפסיד הילכך הכי נמי כשתסלק דבריו העמידהו על דינו וישלם מאי דאפסיד.

כתב הסמ"ע (ג) דמה שהוסיף הטור ברישא שכן כתב וכו' ר"ל כיון שרגילין לכתוב כן ה"ל כאילו כתוב, וכנ"ל בסע' א' וכן מוכח מלשון הטוש"ע שאם כתב אם אוביר אשלם לך אלפא זוזי דהיא אסמכתא ולא קנה וכו' ולא כתבו דיהא פטור לגמרי כיון דדבריו הן אסמכתא והרי הן כאילו אינם, אלא ודאי ס"ל דאף אם הם כאילו לא דיבר כלל מ"מ צריך לשלם בזה דהו"ל כאילו כתב ליה אם אוביר אשלם במיטבא.

סימן שכט – המקבל שדה לזמן ומת והניח בן

סעיף א

ב"מ קט. "רב יוסף הוה ליה ההוא שתלא שכיב שבק חמש חתנותא א"ל אי ניחא לכו דשקליתו שבחייכו מוטב ואי לא מסלקנא לכו בלא שבחא דאמר רב יהודה האי שתלא דשכיב מסלקין ליה בלא שבחא ולא מילתא היא", וכתב הרא"ש דלא מילתא ר"ל דקאמר מסלקין ליה בלא שבחא אבל אי בעי יהיב ליה שבחא ומסלק ליה דאינו ממון להורישו לבניו, והכי איתא בתוספתא המקבל שדה מחבירו לא יאמרו לו תנו לנו מה שעשה אבותינו אלא שמין ונותנין לו וכ"ד הרמב"ם אחד מן השותפין או מן המתעסקין שמת בטל השותפות או העסקא אפילו התנו לזמן קבוע וכזה הורו הגאונים.

וז"ל השו"ע "המקבל שדה מחבירו לזמן ידוע ומת והניח בן, לא יאמר תן לי מה שאכל אביך, וכן הבן לא יאמר לו תן לי מה שעשה אבי, אלא שמין מה שעשה עד עת מותו ויתן לו, אפילו שהתנה עמו לזמן קבוע", וביאר הסמ"ע (א) דאם כבר קיבל עליו אביו כדי כל קבלתו והנותן אינו רוצה להניח השדה ביד בניו לגומרה, ומבקש מבניו שיחזירו לו המותר שאכל אביהן על עבודתו, הדין עם הבן בזה לומר הנח שדה בידי ואגמרה עבודתה, מאחר שכבר קיבל אביו חלקו, משא"כ בבא תנינא דמיירי דלא קיבל עדיין אביהן כלום על חלקו, והבן אומר לנותן הנח השדה בידי ואגמרה עבודתה, ותתן לי כל חלק אבי, דבזה דהנותן עדיין מוחזק, הדין עמו, ויכול לומר אין לי עסק עמך וכפי מה שעשה אביך אשלם לך, ומש"כ אלא שמין וכו' לא קאי אלא אבבא תנינא, ומש"כ דלא יאמר לו הבן תן לי מה שעשה אבי לאו דוקא הוא דהרי בזה הדין עמו, וכדמסיק ששמין מה שעשה וכו', אלא ר"ל, תן בידי השדה שהתחיל אבי לעשות בו מלאכתך.

כתב הנתיות (א) דיוצא מדברי הסמ"ע שכיון שכבר באה השכירות ליד אביהן אינו יכול לנכות מהיורשין, שהיורשין יכולין לומר אנחנו נגמור עבודתו, ולפ"ז יש ללמוד, דה"ה בכל פועל שהקדים לו

שכירות על זמן קבוע ומת בתוך הזמן, שאינו יכול לגבות מהיורשין כשרוצין הן לעשות עבודת אביהן, והנושא ונותן על חצי ריוח, ועשו ביניהן שיקח המקבל עיסקא בכל שבוע ושבוע כך וכך ומת בתוך הזמן, שאין היורשין צריכין להחזיר מה שקיבל אביהן כשרוצין הן לעסוק עד כלות הזמן, ואפשר לחלק דבזה צריך ליתן מעות בידו יכול לומר אין אתם בטוחין במעות שאתן לכם.

סימן של – המקבל שדה ליטע כמה אילנות

סעיף א

ע"פ ברייתא דב"ב צה: וכגירסת הר"י מגאש פסק בשו"ע "המקבל שדה מחבירו ליטע, מקבל עליו בעל השדה עשר בוראות לסאה [פירוש עשרה אילנות בורים ושוממים לכל סאה אילנות יפים] (ר"ל מקבל עליו י' שורות מבוריות לסאה א"נ י' נטיעות מבוריות לסאה, ה"ה) {ויש אומרים למאה (רמב"ם)} יתר על זה, מגלגלין עליו את הכל (יטע לו י"א אילנות תחתיהן דהשתא ליכא מחילה כלל, רשב"ם ובאה"ג, דכל דבר שאין רגיל להיות, אמרינן דמחמת דפשע בהן נעשה כן ומדפשע מגלגלין עליו את הכל ואמרינן דכולן נעשו בורות בפשיעתו, סמ"ע).".

הסמ"ע (א) האריך בפירושי המ"מ וכתב על הב' דדוחק, וגם מלשון הרמ"א שכתב אדברי המחבר "ויש אומרים למאה" כו' משמע דבעצם הפירוש של בוריות והקיבול שיקבל עליו הבע"ה, אין חילוק בין המחבר ליש אומרים, אלא בשיעור השדה המה מחולקים, דלמחבר מקבל י' בוריות לכל בית סאה וליש אומרים לא יקבלם כי אם למאה, וכן נשמע בדרכ"מ ולא חילק הרמ"א בין נטיעות לאילנות, על כן מחוורתא דס"ל לרמ"א דלדעת הרמב"ם ורבו איירי האי אם נוטעין לבית סאה הרבה אילנות ולא על דרך שפירש רשב"ם דמקבל בעל השדה י' בוריות למאה דאם יש עשרה אילנות שאין עושין פירות לא יצטרך מקבל ליטע אחרים תחתיהן, דאורחיהו דאילנות להיות בהן בורות ומחיל, עיי"ש.

סעיף ב

ב"מ קט. "ההוא שתלא דאמר להו אי מפסדנא מסלקנא אפסיד אמר רב יהודה מסתלק בלא שבחא רב כהנא אמר מסתלק ושקיל שבחא ומודה רב כהנא דאי אמר אי פסידנא מסתלקנא בלא שבחא רבא אמר אסמכתא היא ולא קניא ולרבא מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד התם מאי דאפסיד משלם הכא מאי דאפסיד מנכין ליה ואידך יהיבין ליה".

וז"ל השו"ע "מקום שנהגו שיהיה הנוטע אילנות נוטל חצי השבח ובעל הקרקע החצי, ונטע והשביח (נטען בפעם אחת זה אחר זה ובקצתן השביח ובקצתן הפסיד ובצירוף השבח וההפסד נשאר שבח יתר על ההפסד ומיירי שהיו בורות יותר משיעור דסע' א' או שהפסיד בענין אחר, סמ"ע), מחשבין לו חצי השבח שיש לו, ומנכין לו מה שהפסיד {ונוטל השאר (כן הוא ברמב"ם)}, ואפילו התנה על עצמו שאם יפסיד לא יטול כלום, הרי זה אסמכתא ואין מנכין לו אלא מה שהפסיד (סמ"ע): בטור הוסיף 'ומסתלק' והרמב"ם והמחבר לא כתבו כן, אך נראה דלא פליגי שהרי גמ' ערוכה היא שם דשתל הנוטע נטיעותיו של הבע"ה והפסיד דצריך לשלם ומסלקין אותו וכסוף סימן ש"ו וה"ה בזה)".

סעיף ג

ע"פ ההוא עובדא דב"מ קט: גבי ההוא שתלא דאמר ליה הב לי שבחאי דבעינא למיסק לארעא דישראל וכו' פסק בשו"ע וכרב אשי "נטע הנוטע והשביח ורצה להסתלק, שנמצא בעל הקרקע צריך להוריד אריס, הרי בעל הקרקע מוריד אריס {וסתם אריס נוטל שליש מן השבח (טור)} ויטול בעל הקרקע החצי ולא יפסיד כלום ויטול האריס שליש והשתות הנשאר של נוטע שהרי סילק עצמו ברצונו (והטעם דבעלמא נוטל השתל טפי מהאריס משום דשתל הוא הנוטע אילנות בגן או בשדה מעיקרא והאריס הוא אשר יורד לעבוד בשדה נטוע, סמ"ע) {מיהו לא יוכל להסתלק בלא רשות בעל השדה (נ"י)} " ודלא כרב אחא דאמר לרב אשי "ולימא ליה אנת מנתא דילך הב לאריסא ואנא מנתא דילי מאי דבעינא עבידנא ביה" דדחהו רב אשי "כי מטית לשחיטת קדשים תא ואקשי ליי", וכרי"ף רמב"ם ראב"ד ועוד, ודלא כרש"י שהסכים רב אשי לרב אחא וכוונת דבריו דקבלה מינייה דסברא טובה היא.

כתב **הסמ"ע** (ו) בשם הנ"י הנזכר דלא יכול להכניס אריס במקומו ולא לומר אטול הרביעית מהגן או מן השדה ואעבדנו ואתה שכור אריס לעבוד ג' רביעיות שלך ותן רביעית לאריס ומחצה יהיה שלך, משום דכל החלקים משועבדים אהדדי, וכן הסכים **הש"ך** (א) דכן הוא ברמב"ן ושאר, אולם חלק אדממשע ברמ"א, דהרי משמע בנ"י להדיא דהרוצה ליטול רק השתות יכול להסתלק בלא רשות.

סעיף ד

ע"פ מימרא דרב מניומי **ב"מ קט: פסק בשו"ע** "כל שתלן שנוטל החצי בפירות כך נוטל החצי בגפנים שהזקיננו, אבל אם שטפן נהר (בין עקרון לגמרי בין ששטף הקרקע מעל גבי שרשים ונכחש האילן עד אשר יתקננו להיות משובח בקרקע כבתחילה, **סמ"ע**) או עקרון הרוח אין לו בהם אלא רביע", וביאר **הסמ"ע** (ז) דכל אילן עומד להיות זקן, ודבר שדרכו בכך מתחילה ירד לתוכו אדעתא דהכי לחלוק בעצי הגפנים כשיזקיננו כמו שחולק בכל שנה בזמורות ובענבי הגפן שקוצצין, אבל שטיפת האילן הוא דבר שאינו שכיח משו"ה אינו נוטל בו אלא רביעית ממה שנשאר לבע"ה לאחר שנטל האריס חלקו שהוא שתות מהכל, שהרי יצטרך בעל השדה לשכור אריס ויתן לו שליש השבח ושאר לבעל השדה חצי השבח, ובטור כתב שנוטל השתות והוא הוא.

סעיף ה

ע"פ רב נחמן קי. ודלא כרב יהודה פסק **בשו"ע** "טען האריס שהתנה שיטול החצי, ובעל השדה טען שלא התנה אלא ליתן לו השליש, הולכים אחר מנהג המדינה".

הלכות שכירות פועלים

סימן שלא – השוכר פועלים ינהג עמהם כמנהג המדינה

סעיף א

ב"מ משנה פג. "השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו רשאי לכופן מקום שנהגו לזון יזון לספק במתיקה יספק הכל כמנהג המדינה, מעשה ברבי יוחנן בן מתיא שאמר לבנו צא שכור לנו פועלין הלך ופסק להם מזונות וכשבא אצל אביו אמר לו בני אפילו אם אתה עושה להם כסעודת שלמה בשעתו לא יצאת ידי חובתך עמהן שהן בני אברהם יצחק ויעקב אלא עד שלא יתחילו במלאכה צא ואמור להם על מנת שאין לכם עלי אלא פת וקטנית בלבד רבן שמעון בן גמליאל אומר לא היה צריך לומר הכל כמנהג המדינה", **ובגמ'** "פשיטא לא צריכא דטפא להו אאגרייהו מהו דתימא אמר להו הא דטפאי לכו אאגרייכו אדעתא דמקדמיתו ומחשכיתו בהדאי קא משמע לן דאמרו ליה האי דטפת לן אדעתא דעבדינן לך עבידתא שפירתא. אמר ריש לקיש פועל בכניסתו משלו ביציאתו משל בעל הבית שנאמר תזרח השמש יאספון ואל מעונתם ירבצון יצא אדם לפעלו ולעבדתו עדי ערב וליחזי היכי נהיגי בעיר חדשה וניחזי מהיכא קא אתו בנקוטאי (נתלקטו במקומות הרבה) אב"א דאמר להו דאגרייתו לי כפועל דאורייתא".

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב, מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו יכול לכופן, אפילו הוסיף על שכרן (תוס' -) כיון שלא התנה כן בשעה ששכרן" וכתב **הרמ"א** "לא היה מנהג בעיר או שאמר להן אני שוכר אתכם כדין תורה, חייבין לצאת מביתם בזריחת השמש ולעשות מלאכה עד צאת הכוכבים (דצריכין שיתעסקו מזריחת השמש עד שקיעתה בעבודת הבע"ה, ובהליכה היא צורך העבודה משו"ה סגי ביציאתו מביתו כשתזרח השמש, משא"כ חזרתו לביתו שהיא לצורכו, **סמ"ע**) (**טור**) ע"פ מימרא דריש לריש, **והרי"ף** ו**הרמב"ם** השמיטו זה, וכתב **הב"י** הטעם לפי שמפרשים הא דר"ל כמו שפירש ר"ח בתוס' עיי"ש ולא אשמעין ריש לקיש אלא מנהג הפועלים שבזמנו והא לא אצטריכו להו הפוסקים דהכל בכלל הכל כמנהג המדינה א"נ אפילו יפרשו כרש"י משום דאוקימנא במימרא דר"ל ליתא אלא בעיר חדשה א"נ כדא"ל אגרייתו לי כפועל דאורייתא ומילתא דלא שכיחא היא ולפיכך לא חשו לכתבה) ובערב שבת, מקדים עצמו לביתו שיוכל למלאות לו חבית של מים ולצלות לו דג קטן ולהדליק את הנר (**טור** בשם **הירושלמי**). לא היה מנהג

בעיר, אבל רוב אנשי העיר באו ממקום שיש שם מנהג, אזלין בתר מנהג העיר שבאו משם (נ"י) הלך ממקום שנהגו להשכים ולהעריב למקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב או איפכא אזלין בתר המקום ששכר שם הפועלים (נ"י בשם הירושלמי), ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים, אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים אינו קרוי מנהג (ריב"ש, וכ"כ הרמב"ם בהל' מאכ"א א,טו, ש"ך, ודוקא היכי שאנו רואים נוהגים פעמיים ושלש אבל היכי דידעינן בבירור שע"פ הסכמת וותיקים נהגו כן אפילו אינו מצוי רק פעם א' ביובל שייך לומר ונהגו כן, רע"א).

עמש"כ הרמ"א כדי לצלות לו דג קטן, כתב הסמ"ע (ג) דבטור והג' אשר"י לא כתבו תיבת 'קטן', ונראה דהרמ"א כתבו ע"פ הגמ' בשבת ל"ה וסימן רנ"ו באו"ח גבי תקיעה שלישית, אך אין ראיה משם, דשם קאי אבעלי בתים שהיו כל ערב שבת בעיר ואפו ובישלו והכינו כל צרכן קודם לכן, משא"כ בפועלים שהיו בשדה ונכנסו סמוך לשבת לביתם ולא עשו עדיין צרכן לשבת דבעי טפי מצליית דג קטן, וראיה דהתם לא נזכר שיעור חבית מים כדהכא וגם כתב שם שהדליקו נרותיהן קודם צליית דג קטן וכאן כתב שהדליקו הנרות אחר צליית הדג.

כתב רע"א דאם יש הכחשה דהבעה"ב אמר להשכים ולהעריב והפועל מכחישו אין הבעה"ב נאמן אף שהוא מוחזק כיון דטענתו נגד המנהג וכסימן שלה.

סעיף ב

[מה הדין באחד ששלח חבירו לשליחות בשכר וטוען השכיר שצריך לקבל גם שכר הוצאות

הדרך? פרט.]

כתב הרמ"ה דהלכה כרשב"ג, וכתב הב"י דכן דעת הרי"ף והרא"ש שכתבו המשנה כצורתה ולא כתבו מאי דאיתמר עלה בגמרא וכ"נ דעת הרמב"ם שסתם וכתב הכל כמנהג המדינה, וז"ל השו"ע כלשונו "מקום שנהגו לזון יזון, לספק בגרוגרות או בתמרים וכיוצא בהם, יספק, הכל כמנהג המדינה".

כתב הקצות (א) דכתב תה"ד (הובא בקיצור בסמ"ע שלב, ח) בנידון שראובן שכר את שמעון עבור עשרה זהובים שילך לו למדינה פלונית אל לוי ומסר לו כתבים ויחזור לתוך ג' שבועות, ואחר שליחותו טען ראובן שעל הוצאות לא היה דעתו ובשביל כך קצב לו עשרה זהובים ושמעון טוען מנהג כל השוכרים כה"ג שיתנו לעולם הוצאות לבד השכירות, ופסק דהדין עם ראובן שהוא טוען דהדמים מודיעים ששכרו על הוצאות שלו שהרי שמעון מודה לו שאין ראוי לתת שכר גדול כ"כ בשליחות כזאת, ואע"ג דקי"ל כרבנן גבי מכר את הצמד דאין הדמים ראייה (ב"ב עז), הא חילק הרא"ש בשם ר"ת דרבנן מודי היכא דאין מכחישין עיקר הלשון כמו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, ובשם ריב"ם מחלקים דרבנן מודי אי איכא חזקה או רובא בהדי הודעת דמים, ונדון דידן נמי איכא חזקת ממון לראובן והדמים מודיעים לו גם כן, ואפילו את"ל דמה שהוא מנהג המקום שהשוכרים נותנין הוצאות כה"ג חשיב כמו רוב א"כ הוי רובא נגד החזקה, מ"מ מהני הודעת דמים עם החזקה דבהדיא אפילו לרבנן כדאיתא בב"ב (דף צב) וה"ה אם רובא מסייע להודעת דמים אפילו איכא חזקה נגדה אמרינן הדמים מודיעין, והקצות הקשה דהא בסוגיין מוכח דבאין הלשון סותר אפ"ה לא אמרינן הדמים מודיעין אלא דלא מהני הודעת דמים נגד המנהג, דהא אמרינן דבמקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב דאפילו הוסיף על שכרן לא מצי אמר אדעתא דלהשכים ולהעריב ולא אמרינן הדמים מודיעין, וכן במקום שנהגו לזון יזון משמע דאפילו הוסיף בשכרן ועוד, ואע"ג דמהני נגד רוב לא מהני נגד סתם מנהג, דהא מנהג עדיף דלא אזלין בתר רובא להוציא ממון ואילו בסתם מנהג אזלין בתריה להוציא ממון, ואם דעתו אינו על דרך המנהג הו"ל לפרושי בהדיא. הנהיבות (שלב, א) כתב שיפה הקשה הקצות וי"ל דהתה"ד מיירי דאף לפי דברי הפועל יש בו שינוי מהמנהג שכולם מפשרין עצמן על ההוצאה ונותנין קודם השליחות והכא שלא תבע ליתן ההוצאה קודם ולפי דברי שניהם יש בו שינוי מהמנהג, ולזה אמרינן הדמים מודיעים (והובאו דבריהם בקיצור בפת"ש שלב, א).

סעיף ג

ע"פ ברייתא דב"מ פז. וחכמים דמשמנין ביניהם ודלא כר' יהושע דס"ל דנותן לו כפחות שבשכירות, וכפירוש הרמ"ה והרמב"ם פסק בשו"ע "השוכר את הפועל ואמר לו כאחד וכשנים מבני העיר, מחשבין

היתר שבשכירות והפחות שבשכירות, ומה שביניהם נותן החצי, כגון אם היתר בשש והפחות בארבע, נותן להם חמש (סמ"ע): לפי"ז אם קצתן נשכרין בג' וקצתן בה' וקצתן בו', אין נותנין להם ה' כשער הבינוני אלא כשיעור המחצה שבין הג' לו', והיינו ארבע וחצי".

כתב הקצות (ג) דכתב הרב המגיד בשם הרמב"ן והרשב"א דכן הדין כיוצא בזה במי שאמר כדשיימי בי תלתא א"נ דפסק לפי דמים שמוכרין בעיר, בכולן משמנין ביניהן ושנו בתוספתא לענין הפוסק על הפירות הנותן מעות לחבירו ליתן לו פירות בגורן חייב להעמיד לו כשער בינוני איזהו שער בינוני היו מהלכות משמנה מתשע מעשר נותן לו מתשע, וכתב הקצות דהא בב"מ ע"ו דהיכא דפועלים מתגרי בג' ובד' אין לו אלא כפחות שבפועלים וכ"כ הר"ף שם דדעתיה דאינש אתרעא זילי, יישב הריטב"א דכיון דכן ידם על התחונה ולית להו אלא תלתא ואפילו רובא בד' ומיעוטא בג' שאין הולכין בממון אחר הרוב והא דמשמנין, היינו משום דאמר כאחד וכשנים מבני העיר, אבל בשוכר סתם או כשעושה מלאכה שלא בקציצה אין לו אלא כפחות שבפועלים, והקשה הקצות דהא בפוסק על הפירות ליתן לו בגורן דהתם אינו מזכיר מוכרין כלל ואפ"ה מחויב ליתן כשער בינוני, וביאר דודאי כששוכר פועל בסתם ואינו מזכיר כלל לומר לפי דמים ששוכרין בעיר א"כ אין לו אלא כפחות וכריטב"א, אבל באומר כאחד וכשנים מבני העיר דנחית לשומא של בני העיר דעתו אשומא דבני העיר והו"ל כאומר כדשיימי לכן דעתו אמיצוה וכרמב"ן, אמנם כשפוסק על הפירות שיתן לו בגורן דהשתא ליכא שער כלל אלא הכוונה על שער הגורן והו"ל כאומר על שער שבגורן, וכל שאומר על שער שיהיה הרי אין השער אלא על ידי בני העיר והו"ל כאומר כדרך שמוכרין בעיר ומש"ה דעתו אמיצוה, אבל בלעבר כהאי דשוכר את הפועל וכבר נשכרין פועלים בפחות אין לו אלא בפחות, עיי"ש דבפועלין נמי אם שוכר פועל השתא ואומר לו שיבא בקציר כיון שהוא על שער שיעמוד בקציר.

< גבי מש"כ בפת"ש (א) גבי שפחה ששברה כלי ראה סימן שג/א.

סימן שלב – דין האומר לשלוחו צא ושכור לי פועלים ושכרן יותר ממה שאמר לו

סעיפים א – ב

שכר פועלים בשכירות או בקבלנות וסיכס לשלם ארבעה במקום שכולם משתכרים בשלושה, אם חייב לשלם להם ארבעה, ומה הדין בשדכנות?

משנה ב"מ עה: "השוכר את האומנין והטעו זה את זה אין להם זה על זה אלא תרעומת", והגמ' האריכה מאוד בנסיון ביאור ענין זה, ומכללא נשמעו דינים רבים, וסיכמם הר"ף ב"כללא דנקטינן מהא שמעתא" וכ"פ הרמב"ם והרא"ש, וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "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. {וי"א (רש"י רמ"ה וטור, והב"י תמה מדוע השמיט עמודי ההוראה) אם כל הפועלים אינן נשכרים רק בארבע הבעל הבית נותן לשליח כפי מה שהנהגו } 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 (דמסתמא דעת הבעל הבית אשער הזול והפועלים צריכים להתנות שאינן נשכרין אלא בד', ולא הו"ל לסמוך אדברי השליח שאמר להם בד' מאחר שאמר להם ג"כ שכרכם על הבעל הבית, סמ"ע), ויש להם תרעומת על השליח (ש"ך ו': איתא בגמ' משום שיש מי שנשכרים בד' היו יכולים לטרוח ולמצוא מי ששכרן בד' כן, ולפי"ז משמע דאם כל הפועלים נשכרים בג' אין להם עליו אפילו תרעומות). במה דברים אמורים (קאי ארישא, גר"א) כשאין מלאכתן ניכרת (כגון ששכרן לחפור חפירה עמוקה סביב השדה ונתמלאה החפירה מים ואינן יכולין לשער מה שבתוך המים, גמ'), אבל אם היתה מלאכתן ניכרת והרי שוה ארבעה, נותן להם בעל הבית ארבעה, שאילו לא אמר להם שלוחו ארבעה לא טרחו ועשו שוה ארבעה. (ב) אמר לו בעל הבית שכור לי בארבעה, והלך השליח ושכר בשלשה, אף על פי שמלאכתן שוה ארבעה אין להם אלא שלשה שהרי קבלו על עצמם (ונראה שבע"ה אין צריך ליתן הדינר הד' אף לשליח, ש"ך י'), ויש להם תרעומת על השליח (דאמרו ליה דכתיב "אל תמנע טוב מבעליו") {ולא שנא אמר שכרכם עלי או שאמר להם שכרכם על בע"ה (טור)}".

כתב **הסמ"ע** (א) ברישא דאע"ג דבעל הבית אמר לו לשכור בשלשה וגילה דעתו שאינו רוצה ליתן יותר מג' גם הרי"ף והרא"ש ס"ל דאם כל הפועלים נשכרים בד' או בג' וחצי או שעשאו מלאכה ששוה ד', שחוזר השליח ונוטל מהבעל הבית כמו שהיה צריך לשכור פועלים או כפי שיווי המלאכה, וזה מוכח מדהביאו ראיה לדבריהם מהשוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו דצריך השוכר לשלם לפועל וחוזר ונוטל מחבירו מה שההנהו בדבר, וגם מש"כ הרמב"ם דמפסיד אחד מכיסו, היינו כשהפועלים נשכרים בג', דמזה איירי הברייתא דקתני השוכר את הפועל לעשות בשלו, ודלא כב"י והרמ"א דלמדו דג' עמודי ההוראה חלוקים עם הרמ"ה, והרמ"ה קמ"ל דיותר מד' עכ"פ לא יטול מבעל הבית אף שהמלאכה שעשה פועל זה היא שוה יותר מד', ולא יכול השליח לומר לבעל הבית כמו שאם היתה המלאכה שוה פחות מד' לא היית נותן לי אלא כפי מה שנהנית והייתי צריך להפסיד מכיסו, עכשיו שהיא שוה יותר ארויח שג"כ תן לי כפי מה שנהנית, קמ"ל דלא, וכן הסכים הש"ך (ב) דהפוסקים לא חלוקים על הרמ"ה וגם הרמ"א בלשונו הכא הושפע מהב"י אך ס"ל כנ"ל וכמ"ש בדרכ"מ וכ"ד הב"ח, וכן הסכים (ג) לסיפא דהסמ"ע ברמ"ה דביותר מד' אינו נוטל מבע"ה ואפי' שהמלאכה שוה יותר ודלא כב"י ברמ"ה.

כתב הש"ך (ד) דאם שכרם סתם ואין הפועלים יודעים שאין המלאכה שלו דינו כאומר שכרם עלי כדלקמן שלטו.

עמש"כ המחבר דהיה מי שנשכר בשלשה ומי שנשכר בארבעה אינו נותן להם אלא שלשה, כתב הש"ך (ה) דאיתא בש"ס שאפילו הפועל הוא בע"ה אינו נוטל אלא ג', ובטור משמע דאפילו יש פועלים שאינם נשכרים רק בד' אינו נוטל אלא ג' אף שהוא בע"ה ומשמע בש"ס דפועל בע"ה יש לו תרעומות על השליח אפילו כל הפועלים נשכרים בג' משום דא"ל דאי לאו דאמרת לי בד' הוה זילא בי מילתא לאתגורי.

עמש"כ במחבר בסוף סעי' א' דבהיתנה מלאכתן ניכרת והרי שוה ד' נותן להם ד', כתב הש"ך (ח) דמשמע דאפילו כל הפועלים נשכרים בג' וכן משמע בטור להדיא וכן מוכח בש"ס, אבל ברא"ש משמע דהיינו דוקא כשיש נשכרים בד' וכ"כ רי"ו להדיא, ונראה דאין מחלוקת ולא באו אלא לומר שיש נשכרים לעשות בד' מלאכה יפה זו שעשו עכשיו לאפוקי אם אין מי שנשכר בד' אפילו מלאכה יפה זו פשיטא דאין נוטלים ד', ובש"ס ובטור מיירי אפי' כולם נשכרים בג' לעשות המלאכה הפשוטה.

עוד כתב הש"ך (יא) דהא דבשכרם בסתמא אינו נותן אלא ג' היינו כשאמר בע"ה ג', אבל היכא דלא א"ל בע"ה כלום אלא א"ל סתם שכור לי פועלים והוא שכרם סתם ועביד עבידתא שפירתא שוה ד' נותן להם ד'.

סעיף ג

ע"פ גמ' שם וכדאמרין "פשיטא אי"י וכו' פסק השו"ע וכלשון הרמב"ם "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 (דלא לגרוע חלקן ממה שאמר להן השליח כיוונו אלא כוונתם היתה שאם אמר בעל הבית יותר מד' אזי יתן להן יותר כפי מה שאמר, סמ"ע), אם שוה ארבעה נוטלין ארבעה מבעל הבית ואם אינו שוה או שאינו ידוע אין להם אלא שלשה (דמ"מ אין הדין נותן לילך אחר כוונתן אלא הדין בזה כסעי' א' באמר בעל הבית שכור לי בג' והשליח אמר להם בד', דאם אמר להם השליח שכרם על בע"ה אמרינן כיון דשינה השליח בשליחותו הו"ל כאילו לא שכרן כלל אלא עשו מעצמן המלאכה זו אצל הבעל הבית ונוטלין מבעל הבית כפי שיווי מלאכתן או כשכירות כל הפועלים, ואי אמר להם שכרם עלי עכ"פ צריך ליתן להם ד', סמ"ע ח') {ואם אמר השליח שכרם עלי, בכל ענין נותן להם ארבעה, וכן אם לא היו פועלים נשכרים רק בארבעה (רא"ש)}.

כתב הש"ך (יב) דאם אמר שכרם על בע"ה שמין מה שעשו אם שוה ד' נוטלים ד' מבע"ה ודאם אינו שוה ד' אע"פ שיש נשכרים בד' אינו נותן הבע"ה רק ג', אך אם כולם נשכרים דוקא בד' נותן להם ד' וכ"כ רי"ו והרב המגיד וכן משמע ברא"ש נ"י סמ"ע ובד"ה, ודלא כב"י שלמד ברא"ש והטור דאפילו אין מלאכתן שוה ד' מאחר שיש נשכרים בד' ואמרו כמו שאמר בע"ה נותן להם ד', ותמוה דכיון ששינה השליח ואמר להם בד' בטל שליחותו והרי כאלו לא שכרם בע"ה כלל.

[כתב הסמ"ע (ט) "אין להם אלא שלשה וכו'. גם בזה דינם כאילו לא חזרו ואמרו כמו שאמר בע"ה דנתבאר.. בסע' ב' דבכל ענין אין להם אלא ג' משום דסברו וקיבלו, ואיבעיא דלא איפשטא הוא זה בגמ' והולכין בה לקולת הנתבע ואין מוציאין מידו", וכתב הש"ך (יג) דבטעות נדפס כאן ומקומו בסע' ד].

סעיף ד

ע"פ בעיא דלא איפשטא שם ופסק הרי"ף לקולא לבע"ה וכ"פ בשו"ע וכלשון הרמב"ם "אמר לו בעל הבית בארבעה והלך השליח ואמר להם בשלשה ואמרו לו כמו שאמר בעל הבית, אע"פ שמלאכתן שוה ארבעה אין להם אלא שלשה, שהרי שמעו שלשה וקבלו עליהם".

כתב הש"ך (יד) דכ"כ הסמ"ג דכיון דלא איפשטא הלכך המוחזק בממון עיקר, ולפי"ז אם תפסו פועלים ד' לא מפקינן מיניהו למאי דס"ל לרמב"ם סמ"ג וסייעתם בעלמא דתפיסה מהני בבעיא דלא איפשטא, ואפילו אין מלאכתן שוה ד' מהני תפיסתן לפי מה שכתבו הרי"ף רא"ש ונ"י דמבעיא לש"ס נמי אפילו באין מלאכתן שוה ד' מאחר שאמר בע"ה ד' ואמרו כמו שאמר בע"ה ואפשר דאפילו כולם נשכרים רק בג' מבעיא לש"ס מאחר שאמר בע"ה ד' ואמרו כמו שאמר בע"ה וכן משמע מלשון הרי"ף רא"ש ונ"י.

כתב הקצות (ב) דכאמור הסברא כאן דאוקי ממוןא בחזקת מאריה, אולם אם הפועל ידע מזה שאמר בע"ה בד' ואינו רוצה להשלים פעולתו עד שיתן לו ד' אע"ג דכבר התחיל במלאכה אינו צריך להשלים את הפעולה עד שיתן לו ד' כיון דפועל מוחזק בגופו, והא דבמרחץ דסימן שיב/טו דמשום ספיקא חייב לשלם מטעם דקרקע בחזקת בעלים עומדת וה"נ הפועל מוחזק בעצמו, י"ל דכיון דהפועל עשה מעצמו המלאכה הוי כאילו התפיסו לבעל הבית ברשות, משא"כ במרחץ שנכנס בחודש הי"ג בחצר חבירו שלא ברשות, והוסיף דעפ"ז אם ראובן עשה שליח לשכור לו בית משמעון בנ' והלך השליח ואמר למשכיר במ', ואמר המשכיר כמו שאמר השוכר, דחייב לשלם נ', כיון דנכנס לחצר שלא ברשות חייב לשלם משום ספיקא, וכן הסכים ה^{נתיבות} (ג) אך כתב דזה דוקא כשהודיע השליח לראובן השוכר שמשכיר אומר כמו שאמר השוכר וכבר ידע מהספק קודם שנכנס, ודמי למרחץ ששניהם ידעו מהספק וכיון שנכנס למרחץ שלא ברשות הוי כתפיסה מספיקא דחייב להחזיר, וה"נ דכוותיה, אבל אם השליח לא הגיד דברי המשכיר לשוכר ולא אמר לו רק ששכר בארבעים ונכנס אדעתא דארבעים, נהי שנאמר שהמשכיר לא נתרצה רק איעלויה דהשוכר, מ"מ כיון דהשוכר לא היה לו פיסוק דמים גמור עם המשכיר ודמי לדר בחצר חבירו בלא פיסוק דמים, אינו נותן רק שיווי.

כתב הרמ"א ע"פ תלמידי הרשב"א "בעל הבית שאמר לפועלים עשה עמי מלאכה בארבעה כמו שעשו חביריכם ואמרו כמו שעשו חבירינו, ואשתכח דיהיב להו יותר, צריך ליתן לאלו כמו לחביריהם", וביאר הסמ"ע (ו) דלא היתה דעתן שמאמינים לו שלא נתן להן אלא ד' וסברו וקיבלו, אלא דעתם היתה אעילו, שאם נתן להן יותר יתן גם להם יותר והרי נתן להם יותר, ואע"ג דיש פועלים דנשכרין בפחות וגם מלאכתן אינה שוה כל כך, ולא דמי למש"כ לפני בבע"ה שאמר לשליח שכור לי בד' והשליח אמר להם בג' ואמרו כמו שאמר בע"ה דאין נותנין להן אלא ג' אפילו מלאכתן שוה יותר, דשאני הכא דהטעה אותם ואמר להם שגם לאחרים השכיר בד' משא"כ התם דלא תלה השליח שכירתו בשכירות פועלים אחרים אלא אמר להם סתם בג'.

אולם הש"ך (טו) חלק דהרי הבע"ה אמר בפירוש עשו עמי מלאכה בד' א"כ לא נתרצה להם ביותר מד' ונהי דהיתה כוונתו להטעותם ובטלה מחשבתו בזה מ"מ יכול לומר לא נתרציתי ליתן כמו לחביריהם שהרי לא אמרתי רק ד' וה"ל כאלו לא שכרו זא"ז כלל ונותן להם כפחות שבפועלים, וכוונת הרשב"א במקרה דאמר להם בואו עמי ב"י כדרך שבאו חביריכם ואשתכח דבה' יהיב להו דנהי דשאמרו כמו שבאו חבירנו דעתייהו אעלויהא אם היו נוטלין חביריהם יותר אבל עכ"פ לא לגרוע ממה שאומר להם הבעל הבית ב"י והוי ממש כמו הך דדעתייהו אעלויהא דבש"ס, ועוד ראייה מא"ל בע"ה לשליח בד' ואמר להם שליח בג' ואמרו לו כמו שאמר בע"ה דלא שקלי אלא ג' וחלק על חילוק הסמ"ע דלעיל, דהתם נמי הטעה את הפועלים שהרי אמרו כמו שאמר בע"ה וע"כ היינו דמהימנת לן דהכי אמר בע"ה ג' וכדאיתא בש"ס להדיא וא"כ הרי הטעה את הפועלים שהם תלו השכירות במה שאמר בע"ה והוא הטעה ואמר שהבע"ה אמר שלש' אדבוריה ידיה קסמכי דהכי אמר בע"ה ואפ"ה כי אשתכח בתר הכי דבע"ה אמר ד' לא שקלי אלא ג' כיון ששכרם בג' וה"ה הכא, עיי"ש. אכן ה^{נתיבות} (ג) השיב על הש"ך וטעם הרמ"א דהכא הטעה אותן הבעל הבית בשיווי המקח ובשער שכירות פועלים, אונאה הוא, ולכך חייב

להן כמו שעשו חבריהם, וזה כוונת תלמידי הרשב"א במש"כ דדעתא אעילויה והיינו משום דהפועל הוא מוחזק, עיי"ש שהאריך.

עוד כתב הרמ"א ע"פ רי"ו בשם הרשב"א "בעל הבית שהטעה פועלים ואמר להם עשו עמי בארבעה כמו ששאר פועלים נשכרים, ונמצאו שנשכרים ביותר, או שהפועלים הטעו בעל הבית בכה"ג, הוי כאילו לא שכרו זה את זה כלל, ונותן להם בפחות שבפועלים (ור"ל מה ששכרן בד' עכ"פ בטל הואיל וכולן נשכרין ביותר, סמ"ע) (ובירושלמי כתבו "שאין להם על זה אלא תרעומת, וליתא, כיוון שהבע"ה הטעה אותם נתבטל תנאם והוה ליה פועלים בלא קציצה ונוטלים כפחות שבפועלים, וכשהפועלים הטעו לבעל הבית שכירות בטעות היתה ואין להם אלא חמשה" כלומר בנמוך, כפי רוב הפועלים, רשב"א ברי"ו וב"י)".

הסמ"ע (יא) הביא לשון אחר בסיפא דרשב"א מהמופיע ברמ"א, דכתב "וכן אם הטעו פועלים לבעל הבית ואמרו לו שרובם נשכרים ב' ונמצאו רובן בה'.. ואין להם אלא ה'", וביאר דטעמו נראה דמשו"ה כתב שהפועלים אמרו לו שרובן ב', משום שדרך הפועלים הוא כן כשאמרו לו לבעל הבית שכור לנו ב' לאו שוטים הם שתובעים ממנו י' ויודעין שרוב פועלים נשכרים בפחות מ', משו"ה כתב שמיידי שאמרו לו שרוב הפועלים הן נשכרים ב', וזהו מדרך הפועלים שאומרים לו תן לנו כמו שנותנין לרוב כי המיעוט שלוקחים פחות אינן בנמצא, והוא הסכים עמהן ליתן כמו שאמרו לו שנשכרים רוב הפועלים, ואח"כ נמצא שרוב הפועלים הם נשכרים בפחות, בטלה שכירתן ונותן להן ה' כמו שנשכרין הרוב, ואף שנמצא קצת בפחות מה', מ"מ כיון דהוא הסכים עמהן ליתן להן כמו שנשכרין הרוב מפני שלא רצה להטריח לבקש המיעוט, תו לא הולכים אחר המיעוט, ואילו ברישא בהטעה בעל הבית לפועלים לא הזכיר רוב כלל, מפני שזהו דרך העולם שהבעל הבית אומר לפועלים קחו ממני ד' כי יש לפני מהמיעוט שלוקחים ד', ודלא כלבוש שכתב גם ברישא מדובר ברוב, אולם הש"ך (יז) כתב דאינה השגה דגם הלבוש מודה לדינא דבע"ה יכול להתנות על המיעוט או שיוכל לומר כוונתי להתנות על המיעוט אלא דפשט דברי הרשב"א מיידי שהתנה כפי מה שנשכרים הרוב וכן הוא בנ"י ובירו' להדיא שהבע"ה מתנה כפי מה שנשכרים הרוב א"כ אדרבה נראה שדרך הבע"ה להתנות ג"כ כפי מה שנשכרים הרוב. **רע"א בפת"ש** (ב) חלק על המבואר בסמ"ע דאילו באמת הזכיר בעל הבית רוב שאמר ששוכרן בד' שכן נשכרים רוב הפועלים היה צריך ליתן כפי שנשכרים רוב הפועלים ולא כפחות, ודימה הטעה בעל הבית לפועלים לפועלים שהטעו לבעל הבית, דכשם דפועלים שהטעו לבעל הבית ואמרו שרובן נשכרין ב' ואח"כ נמצא שרובן נשכרין בט' והמיעוט בח', צריך לשלם ט' כיון שנתחייב כפי רוב הפועלים, הוא הדין בבעל הבית שהטעה לפועלים ואמר שרובן נשכרין בה' ואח"כ נמצא שרובן נשכרין בח' והמיעוט בז', צריך ליתן ח', דליתא דלא דמי להדד, דבשלמא בפועלים שהטעו לבעל הבית ונתרצה ליתן להם י' אך שהטעו אותו שאמרו שרובן ב' ואעפ"כ נתרצה, כל שכן דנתרצה באם רובן בט' ליתן להם ט', לכך נותן להם ט', אבל בהטעה את הפועלים ואמר שרובן בה' דרוצה ליתן רק ה' ולא יותר, אף דלא נתרצה אלא על הרוב מ"מ הוי כלא התנה וע"כ צריכים להתרצות על המיעוט.

הש"ך (טז) כתב דש"ס דילן לא חלוק על הירו' וטעות הוא בספר רי"ו, ובהך דינא דהטעה בע"ה את הפועלים לא מסתבר כלל לדחות דברי הירו' כיון דלא אשכחן בש"ס דלא כותיה אדרבה משמע בש"ס כותיה, ועוד כתב דנראה דאף בהטעו פועלים את בע"ה אם כבר נתן להם הבע"ה השכירות ואח"כ נודע לו שנשכרים בפחות אינו יכול להוציא מידם, וע' בנתיבות (ד) שהאריך [וסיים דיש לקיים דברי שניהם, דינא דרמ"א כשאמר דברים אלו בתוך פיסוק דמים, ודברי הש"ך בלא אמר לו בפסוק דמים רק בד', ובפיתוי השכירות שישכיר עצמו בסך זה אמר לו שגם שאר פועלים משכירין עצמן בסך כזה, אז אין לו רק דין אונאה].

ע"פ רא"ש רי"ו ר"ן ועוד כתב הרמ"א "בע"ה ששכר פועל וא"ל ליתן לו חפץ בשכרו יכול ליתן לו אח"כ דמיו, הואיל ולא משך החפץ לא קנאו".

כתב הש"ך (יח) בשם הר"ן דאפשר נמי דאפילו פסק עמו חטים סתם אינו חייב לתת לו חטים אלא נותן לו שכרו במעות ואע"ג דאמרין בסימן שלוב דאינו יכול לומר טול מה שעשית בשכרך דאלמא חייב ליתן לו מעות כמו שהתנה עמו ולא שויו התם הוא דסתם שכירות במעות הוא שכל השוכרים ע"ד כן שוכרים פועליהן, אבל מ"מ נראה שחייב ליתן לו דמיו שאע"פ שגוף הדבר לא נקנה מ"מ הרי מתחייב

השוכר בשיווי ששיווי בכל עצמו הוא והרי הוא לענין זה כשאר כל השוכרים שפסקו דמים וזה עיקר אע"פ שהרשב"א מסופק.

כתב הקצות (ד) דדין זה דרמ"א בתשובת מהר"ם בשם ר"ת בהתנה עמו ליתן חפץ בשכרו לאחר כן כשגמר מלאכתו תובע ממנו אותו חפץ שהתנה וזה אומר אתן לך דמי החפץ דאכן יכול לחזור בו כיון שלא משך והביא ר"ת ראייה מע"ז ס"ג גבי אתנן בא עליה ואח"כ נתן לה אתננה אסור דאמר לה התבעלי לי בטלה זה ופריך והא מחסרא משיכה והמהר"ם פקפק בראייתו. עוד כתב הקצות דנראה דאם השוכר רוצה ליתן לפועל את החפץ אין הפועל יכול לומר תן לי דמי החפץ, אע"ג דמעוט דאינו קונה שניהם חוזרין הלוקח והמוכר ואפילו רוצה המוכר ליתן לו החפץ הלוקח יכול לחזור וליקח את כספו, היינו משום דמעוט איתנהו בחזרה אבל הפעולה ליתיה בחזרה וכיון דרוצה ליתן החפץ בשכרו כאשר הבטיחו אינו יכול לומר תן לי דמים כיון שלא שכרו אלא בחפץ, אמנם דמי החפץ ודאי צריך להחזיר משום דשכירות אפילו אלף זוז קניא בדיבור וכ"כ הרא"ש והר"ן, והיכא דנשרף החפץ אינו יכול השוכר לומר שלך הוא דנאבד כיון דיכול היה לפוטרו בחפץ, דכיון דטעמא דאינו צריך ליתן החפץ כתבו ברא"ש ור"ן משום דמחסרא משיכה, וכיון דקיי"ל כר' יוחנן דאמר דבר תורה מעוט קונות ומשום שלא יאמר נשרף חטך בעליה (ב"מ מז), ואי נימא דחפץ הוא באחריות הפועל א"כ אמאי אינו קונה אותו בדמים שהוא שכירות כיון דסוף סוף יכול לומר נשרף חטך בעליה, ובנתיבות (ה' ובפת"ש ד') כתב דדינו באפותיקי מפורש שאף שיכול לסלק בדמים אם נשרף פטור מליתן דמים אחרים.

עוד כתב הקצות (ד) דכיון דטעמא משום מחסרא משיכה א"כ נראה דאם חוזר בו השוכר הוא במי שפרע כיון דשכירות הו"ל כמו כסף, אלא דהיא גופה קשיא בטעמא הנ"ל ותיפוק ליה דליכא כסף כלל לפי מה דקיי"ל ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף והו"ל מלוה, ומהאי טעמא אומן המקדש אשה בשכרו אינה מקודשת, ולפי"ז אפילו במי שפרע ליכא, אלא דלפי מש"כ בסימן ס"א דגם בשכירות היכא דבגמר פעולה והוא מכוש אחרון אית ביה שוה פרוטה לא הוי מלוה נוחא דנפק"מ היכא דיש בגמר מלאכה שוה פרוטה דכה"ג הוי ליה כסף ממש אי לאו משום דמחסרא משיכה וכה"ג איכא נמי מי שפרע, אבל היכא דליתיה במכוש אחרון שוה פרוטה אפילו בנכרי אינו קונה וממילא לית ביה מי שפרע, עיי"ש שהאריך וכתב דנראה מדברי הפוסקים דקיי"ל ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף וצ"ע.

עוד כתב הקצות (ו) דנראה דאם הבטיח לשכיר בשכרו דבר שלא בא לעולם כגון פירות דקל ולא אמר דקל לפירות נמי מחויב ליתן שכרו, דלא גרע מהבטיח לו חפץ דלא קנה החפץ ואפ"ה בדמיו מיהו נתחייב כמבואר ברא"ש והרא"י, וא"כ ה"ה בדבר שלא בא לעולם בדמיו מיהא נתחייב, ולפמ"ש בסק"ה (לקמן) בהבטיח ליתן בשכר טירחא לגבות שט"ח שיהיה לו מזה שליש או רביע דאין שמין את השט"ח לפי מה שהיה שוה בעת שטרח אלא צריך ליתן דמי שליש ממה שגבה, א"כ ה"ה בהבטיח פירות דקל אין שמין כמה שוה עכשיו קודם שגדלו הפירות שהוא בזול אלא צריך ליתן פירות דקל אחר שגדלו או דמי הפירות אחר שגדלו, וכתב דלפי"ז מבואר ענין יעקב ולבן בעקודים נקודים דהו"ל וולדות דבר שלא בא לעולם וקנה יעקב מלבן בשכירות דנקנה אפילו דבר שלא בא לעולם דכאמור שכירות נקנה בדיבור אפילו בדבר שלא בא לעולם (ובתה"ד כתב בהא דצאן לבן דקנה יעקב משום דהו"ל כאומר קני בהמה לולדות) ועי"ל ע"פ הריב"ש שהביא בסימן רע"ח בענין בכורה שקנה יעקב משום דקודם מתן תורה דבר שלא בא לעולם נמי נקנה א"כ ה"ה צאן לבן, ובנתיבות (ה) חלק אמש"כ דצריך ליתן לו מה ששוין כשיגדלו הפירות, דליתא רק שנותן לו כפי מה ששוין למכור בשעת גמר פעולה דאז הוא פרעון השכירות.

כתב תה"ד (בדרכ"מ) דמי שנותן לחבירו שטר חוב לגבותו למחצה או לשליש לא יוכל אחר כך לחזור משום דהוי דבר שלא בא לעולם (סמ"ע י"ב).

כתב הש"ך (יט) לפ"ז אם ירצה יכול לתת לו מה ששוה השט"ח כפי מה שהוא שוה למכור כמו גבי מוחל שט"ח בסימן ס"ו, אולם הקצות (ה) כתב דמבואר בדברי תה"ד דבתחלה עלה על דעתו לומר שלא יקנה אלא דמי שוויו של רביעית הכתב כשהתחיל לטרוח, ואח"כ מסיק דכיון דהבטיח ליתן לו רביעית ממה שיהיה אחר שנפרע ואם יטול פחות מזה לא נתקיים התנאי כלל, וא"כ אין שמין את השט"ח, דודאי קודם שבא השטר לידי פרעון הרי לא שוה רביעית הכתב אלא דבר מועט ולכן הבטיחו ליתן במה שיגבה רביעית וצריך לקיים תנאו כפי שהתנה, וא"כ תימא על הש"ך שכתב דשמין את השט"ח כיון דלהדיא מבואר בתה"ד דכה"ג אין שמין השט"ח, אמנם הנתיבות (ה ובפת"ש ד') כתב

דודאי באופן שכתב הקצות דהיינו שהבטיח לו בעד טרחתו מה שיגבה דמי השט"ח, ודאי דאינו יכול ליתן לו מה שהיה שוה השט"ח קודם גוביינא, וזה לא יאמר אדם, רק כונת הש"ך באם שהמלאכה בשט"ח עדיין בגמר פעולה שעשה הוא ג"כ עדיין מחוסר גוביינא, כגון ששכרו לטרוח בהקיום ורוצה ליתן כפי מה ששוה שט"ח בשעת גמר פעולה אז יכול ליתן לו, ולעולם צריך ליתן שיווי דמי החפץ מה ששוה החפץ בגמר פעולה.

סעיף ה

ע"פ פירוש הגמ' ב"מ עז. בברייתא פסק בשו"ע "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 {ויש מחלקין (נ"י) דאם בעל הבית אמר בפירוש איני נותן לכם אלא כך (כלומר סך פלוני, לאפוקי חזר בו בסתם, ש"ך), והיה יכול לחזור בלא תרעומת (כגון שחזרו בהן הפועלים תחלה ובטלה שכירותם אלא שמנכה להם וכדלקמן סימן שלג/ד ואח"כ נמלכו ורוצים לגמור המלאכה וחזר בו בע"ה ואמר בפירוש איני נותן לכם אלא סך פלוני ופייסוהו מצי למימר אדעת תנאי זה עבדיתן כן הוא בני"י, ש"ך) אע"ג דחזרו ופייסוהו אינו נותן אלא כמה שאמר} 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".

תמה הש"ך (כ) על הלבוש שהשמיט הגהת הרמ"א ואולי לא ידע מקורה מהנ"י בשם הרמב"ן ודבריהם נכונים וברורים.

סעיף ו

ע"פ שם פסק בשו"ע "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)} וכן אם שכרן ביותר דינר מהראוי, והוקרה המלאכה, אינם יכולים לומר גם עתה תוסיף לנו דינר יותר מהראוי לפי היוקר של עכשיו", וביאר הסמ"ע (יג) דהטעם ברישא בגמ' דיאמרו הפועלים מתחילה לא נתרצינו בפחות אלא מפני שראינו שאינך יודע דרך שכירות הפועלים ולדעתך גם שאר פועלים לקחו כן ואנו היינו דחוקים למעוה ונתפייסנו בפחות מהראוי לנו, משא"כ עתה שאתה רואה שכל הפועלים נשכרין בכך.

סימן שלג - השוכר את הפועל ובא הפועל לחזור קודם שהתחיל או אחר כן

סעיפים א - ב

השוכר פועל וחזור בו או הפועל חזר בו, באיזה מקרים יש חיוב א' לשני ובאיזה מקרים בעה"ב חייב לשלם את מלא השכר ובאיזה מקרים כפועל בטל?

אברהם מסר כתב יד ליצחק כדי שיקליד לו, וסיכמו מחיר. לפני שיעצק התחיל בעבודה, חזר בו אברהם ורוצה את כתב היד בחזרה, האם יכול לחזור בו?

ראובן שכר פועלים לעבוד לו בשדה, הלכו הפועלים למחרת ומצאו שדה שהיא לחה, האם ראובן צריך לשלם לפועלים שכרם?

האם בעל הבית או פועל או אומן או קבלן יכולים לחזור בהם מהסכם עבודה? פרט בהטעו זה את זה ובלא הטעו?

ב"מ עו: "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 פועלים ומצאו שדה

כשהיא לחה נותן להם שכרם 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... חביבי אמר אי הואי אנא לא הוה יהיבנא ליה כלל ואת אמרת כפועל בטל... לא קשיא הא דסיירא לארעיה מדאורתא הא דלא סיירא לארעיה מאורתא."

כתבו **התוס'** אהא דתניא אין להם זה על זה אלא תרעומת "קשה לר"י דהא קיימא לן כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי (ב"ק ק.) אם כן אמאי לא יתן להם כפועל בטל כיון שעל ידו נתבטלו אותו היום וי"ל דמיירי שכשחוזר בו עוד ימצאו להשתכר ומכל מקום יש עליו תרעומת שעתה לא ימצאו אלא על ידי טורח וכי מפליג בסמוך בין לא הלכו החמרים להלכו ומצאו שדה לחה הוה מצי לפלוגי אף בלא הלכו כלל בין יכולים עוד להשתכר בין חוזר בו אחר שלא מצאו עוד להשתכר אלא אורחא דמילתא נקט'."

וז"ל **השו"ע** "השוכר את הפועלים **והטעו** את בעל הבית או בעל הבית הטעה אותם אין להם זה על זה אלא תרעומת { וי"א (ר"ת, וכן עיקר בש"ס ופוסקים, ש"ך ב') דאם משך בע"ה (פת"ש א': ה"ה שנתנס לחצירו של בע"ה, עיי"ש) כלי אומנות שעושה בהם מלאכה אין הבעל הבית יכול לחזור בו ולא הפועל אם הוא קבלן (ע"פ ב"מ מ"ז דמשיכה מפורשת מן התורה ואם תאמר מאי שנא מפועל דיכול לחזור בו ויש לומר דפועל דוקא דכתיב ביה עבדי הם ולא עבדים לעבדי) (ואפילו החזירם לפועל אחר המשיכה מ"מ מחשב המשיכה לקנן דאין יכול לחזור זה בזה, **סמ"ע** ב' וש"ך), (רא"ש -) אבל אם הוא שכיר יום יכול לחזור כמו שיתבאר (בסע' ג') (**מרדכי ותלמידי הרשב"א** -) מיהו יכול לעכב כלי אומנתו ולשכור אחרים) 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 [גליון: פירוש ששמין מי שהשכיר עצמו למלאכה זו וכן חמר שהשכיר חמור להביא משאוי כמה היה רוצה לפחות משכרו ולישב בטל ולבא ריקן (רש"י, וכן הוא בסמ"ע בשם הטור)], שאינו דומה הבא טעון לבא ריקן, ועושה מלאכה לבטל. (ב) (**תוס'** וה"ה בשם **הרמב"ן** ו**הרשב"א** ושכל זה מוכרח בראיות ברורות -) בד"א שאין להם עליו אלא תרעומת 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 (וחייב מדינא דגרמי, **סמ"ע** ח'), ואם נשכרים בפחות משלם הפחת (לפי ערך כפועל בטל ע"פ שכירות של אמש, **סמ"ע** י', והש"ך י"א חלק דמה ענין כפועל בטל לכאן דהא כיון שנשכרים בפחות ועושים מלאכה צריך להשלם להם כל הפחת, והקצות ד' יישב דמיירי שלא הוזלה המלאכה אלא שלא מצאו מלאכה כבידה זו שנשכרין לה אמש אלא קלה מזו ומש"ה נשכרין לה בפחות, ובזה משלם כפועל בטל על פי שכירות של אמש דהיינו מכבידה לקלה), ואם הלכו {ודוקא שהלכו עצמם אבל לא שלוחם (דדווקא עצמם שאז נתקיים ביניהם השכירות אבל בהלך שם שליח אין להם אלא תרעומות, **הרב המגיד** וש"ך בשמו)} אע"פ שלא היו מוצאים להשכיר עצמם אמש, נותן להם שכרם כפועל בטל (אורחא דמילתא נקט דכן הדין אם לא הלכו ועיכבם עד שאין מוצאין להשתכר, צריך ליתן להם שכרם כפועל בטל כיון שגרם להן הפסד, אלא כשלא הלכו מוצאין להשתכר ומשהלכו אין מוצאין, **סמ"ע** י"א בשם הרא"ש), והוא שעכשיו אינם נשכרים כלל. אבל אם מוצאים מי שישכירם בשכירותו, אין להם אלא תרעומת (נמצא דאין חילוק בין הלכו ללא הלכו אלא כשזולת שכירתו לא היו מוצאין מי שישכירן או שהיו שוכרים אחרים בפחות, **סמ"ע**) {ויש אומרים (**מרדכי**) דאפילו לא מצא רק מלאכה כבדה מזו רק שרוצים להוסיף בשכרן צריכין להשכיר עצמן במקום אחר, ויש חולקין (**ב"י** בשם **תלמידי הרשב"א**, והש"ך י"ב כתב דלא חולקים דתלמידי הרשב"א איירי כשאין מוסיפין שכר על המלאכה כבידה וע"פ השומא היה מגיע לו יותר ממה שמגיע לו עתה כפועל בטל ולכך הבע"ה אינו רוצה להוסיף לו הלכך אם ירצה הפועל יתעסק במלאכה הכבדה כפי מה שנותנין והבע"ה פטור ממנו ואם ירצה לא יתעסק כלל ונותן לו שכרו כפועל בטל)}, ואם אינם מוצאים להיות נשכרים אלא בפחות, משלם להם הפחת, וכל אלו הדינים כשלא ביקר בעל הבית מלאכתו מבערב (כרמב"ם ודלא כרש"י שפירש שסייר עם הפועל), שהוא בפשיעתו, אבל אם לא היתה פשיעת בעל הבית בדבר כלל, הרי זה אנוס, ונפטר כמו שנתבאר {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**)}."

כתב **הסמ"ע** (א) **דלשון הטור** איזה מהן שבא לחזור הרשות בידו שיכול לומר הבע"ה לפועל השכר עצמן במקום אחר והפועל יאמר לבע"ה צא ושכור לך פועל אחר, משמע דלית ביה אפילו משום מחוסרי אמנה, דס"ל דלא אמרו כן אלא כשחוזר מדבריו בדבר שאין בו תועלת וכרמ"א בסימן רד"א דכשנשתנה השער

לית ביה משום מחוסרי אמנה, וה"נ כשחוזר בע"ה משום שאינו צריך להם או שנמצאו פועלים בזול, ולפי"ז החולקין ברמ"א חולקין ג"כ והוי ממחוסרי אמנה.

כתב הש"ך (א) גבי תרעומת דרישא שביארו הרא"ש והטור "יכול בע"ה לומר לפועל השכר עצמך במקום אחר וגם הפועל אומר לבע"ה צא ושכור לך פועל אחר אלא שיש על החוזר תרעומות בשביל הטורח" ומשמע מלשונם שכתבו בשביל הטורח דמשום שינוי דעתם דאיש אחר ושאינו מספינה דסימן שיאו/ו דהתם כיון שפרקה בחצי הדרך וכבר הרגיל עמו חצי הדרך משא"כ הכא שחוזר מיד, ולפי"ז היכא דאין כאן טרחא כגון שמוצאין בע"ה אחר להשכיר את עצמן אין להן עליו אפילו תרעומות וכ"כ הנ"י, ולפי"ז צ"ל הא דאיתא בש"ס תרעומת היינו דוקא בע"ה על הפועלים משום שאין דרך בע"ה לטרוח ולהשכיר פועלים אחרים אף שמוצא לשכור אבל אם פועלים מוצאין בע"ה אחר להשתכר אין להן עליו אפילו תרעומות, אולם מדברי הרמב"ן רשב"א ושאר"ר וכן מהמחבר בסעי' ב' משמע דתרעומות מיהא איכא לפועלים על הבע"ה, ולפי"ז צ"ל דאע"ג דמוצאין להשתכר מ"מ טורח מיהא איכא, וסיים דמ"מ "נראה דהיכא דמוצאין להשתכר בלא טורח מודים הפוסקים הנזכרים לנ"י דאין להן אפילו תרעומות ונפק"מ במה שיש תרעומות לענין אם קצץ פעם שניה" כדלעיל סימן שלב,ה (סקכ"ב). גבי מה שהקשה הש"ך דלפי הרא"ש מאי פריך בדף ע"ט גבי ספינה אי דמשכח לאגורי אמאי אית ליה תרעומת, הו"ל לשנויי דמשכח לאגורי ע"י טורח, תירץ הקצות (א) ע"פ השיטה דמשום דפרקה בחצי הדרך ואין לו צורך עוד לספינה וכה"ג דחוזר בטענה רבה ומשכח לאגורי אין בו משום תרעומת.

ביאר הסמ"ע (ו) ברישא בלא ביקר בע"ה משלם להם כפועל בטל, כיון דבע"ה פושע וההליכה היא כהתחילו במלאכה, משו"ה אין הבע"ה יכול לחזור בו, ואם חוזר צריך לשלם להם כפועל בטל, ואף שאין לפועלים פסידא דממון מכח חזרה זו דאף שלא היה שוכרן לא היה להם אצל מי להשתכר וכ"כ הרא"ש, ולא כלבוש שכתב דחייב משום דגרם להם היזק שאם לא היה שוכרן הוא היו נשכרין לאחרים וחייב מדינא דגרמי, וכן הסכים הש"ך (ז) "לדינא" אך אין כאן השגה על הלבוש דאורחא דמילתא נקט.

גבי משיכת כלי כתב הש"ך (ד) דמשמע בדברי ר"ת ור' ברוך דלגמרי לא יוכל לחזור בו משום ממון (ראה נתיבות א' שהאריך לבאר בזה), דאע"ג אם התחיל במלאכה יכול לחזור בו ויהיה ידו על התחתונה כדאיתא בש"ס וסעי' ד', הכא לא מהני אפילו אם ירצה להיות ידו על התחתונה דהתם לא חשיב קנין אבל הכא כיון שמשך הכלי או הקנה בקנין סודר לא מהני שום ממון וצריך לעשות המלאכה אם ירצה הבע"ה, אולם עמש"כ הרמ"א ע"פ המרדכי דיכול לעכב כלי אומנותו, הקשה (ה) דהמרדכי לא כתב כן אלא לדעת ר"י דכתב דמשיכת כלי האומנות לא מהני לענין דיהא הקנין נגמר אבל לר"ת וסיעתו דס"ל דמהני משיכת כלי האומנות לקנין והם הי"א שכתב הרמ"א א"כ לדידהו י"ל דבשכיר יום אינו יכול לעכב הכלי אומנות כלל דכיון שיכול לחזור בו ואין כאן קנין למה יעכב כלי אומנותו הא מנה אין כאן משכון אין כאן, וסיים ד"אע"פ שאינני כדאי לחלוק על דברי הר"ב מ"מ נלפע"ד שירא שמים יחמיר בדבר ויחזיר להפועל את שלו". הנהיבות (ב) כתב דאפשר דכוונת הרמ"א שיכול לעכב הכלי אומנות ולשכור אחרים, היינו שישכור אחרים בממון שלו, שיעשה מלאכה בכלי אומנותו של הפועל וישלם לפועל מהשכר של כלי האומנות, דסובר שקנה הכלי אומנותו, אבל למכור המספרים מודה דאינו יכול, דאי לא תימא הכי היה לו לרמ"א לכתוב למכור המספרים ולשכור אחרים ומדכתב בלשון לעכב המספרים, עיי"ש שהאריך בזה דין.

עוד בענין זה כתב הפת"ש (ב) בשם הנו"ב דהא דמשך כלי אומנות או בקנין סודר אינו יכול לחזור היינו שב"ד כופין אותו כל זמן שיש בידו עוד לעשות, אך אם עבר ולא עשה וכבר הוא מעוות לא יכול לתקון, פשיטא שאינו אלא מבטל כיסו של חבירו אם לא בא חבירו לכלל הפסד.

כתב הש"ך (ט) עמש"כ המחבר בסעי' ב' גבי שכירת עצמם בפחות, דמשמע דר"ל דהפועל מחויב לעשות המלאכה ואינו יכול לומר אשב בטל ותשלם לי כפועל בטל אלא הברירה ביד הבע"ה וכן משמע בטור, וזה דלא כב"ח שכתב שהברירה ביד הפועלים שאם לא ירצו להשכיר עצמם מחויב הבע"ה לשלם להם כפועל בטל ואם אינם רוצים להפסיד דבר ישכירו עצמם והוא ישלם להם.

עוד כתב הש"ך (יב) דהא דבהלכו כתב המחבר שנותן להם כפועל בטל, ה"ה אם שאר פועלים נשכרים בג' והוא שכרן בד' כיון שהלכו ה"ל כאלו התחילו ואינו יכול לחזור בו ואינו יכול לומר השכירו עצמיכם כשאר פועלים אלא צריך ליתן להם כפועל בטל לפי התנאי הגדול שפסק עמהם או ישכירו עצמם כשאר פועלים והוא ישלם להם כתנאי שפסק עמהם.

כאמור **הסמ"ע** (ח) פירש דבריו ברישא דהחוב של בעל הבית לפועלים משום דינא דגרמי. **הקצות** (ג) כתב על הסמ"ע דהוא מדברי הנ"י ולא אתי עלה הנ"י אלא משום דבר האבוד ומשמע שם טעמא אחרינא דטעמא דפועלים שחזרו בבעל הבית ליתיה בתשלומין היינו משום דפועלים לא קיבלו עליהם אלא לגמור המלאכה ונשתעבדו לגמור מלאכתן עד כדי שכרן, והיינו כששוכר עליהן, אבל אם אינו שוכר עליהן לא בעי שלומי כיון דלא קיבלו עליהם תשלומין, אבל בעל הבית החוזר בפועלים עיקר חיובו דבעל הבית הוא לשלומי לפועלים וכיון דתנאו דבעל הבית הוא לשלומי מש"ה בדבר האבוד צריך לקיים תנאו ובעי שלומי (כלומר לפי הקצות חיוכס של הצדדים מדין שעבוד והתחייבות ולא מדינא דגרמי כסמ"ע והנתיבות לקמן שיטה נוספת מתקנת חכמים, פסקי המשפט), וכי היכי דפועלים בדבר האבוד מחויבין לקיים התנאי שהוא לגמור המלאכה ומש"ה שוכר עליהן, וא"כ בעל הבית בפועלים שהוא להיפך דעיקר תנאו לשלומי א"כ בדבר האבוד בעי שלומי, ומיהו לפי המוהר"ם (לקמן) דס"ל דאפילו הפסידו הפועלים פטור ומשום דבר האבוד לא מיחייב דאינו מוכרח לומר דיש חיוב בדבר האבוד אלא כשהתחילו במלאכה, וטעמו נראה כמש"כ משום דפועלים בבעל הבית הוי היזק ממש ובעל הבית בפועלים אינו אלא כמו מבטל כיסו של חברו דפטור. **הנתיבות** (ג) כתב דהקשה המהר"ם ש"י דלנ"י דס"ל דאפילו בדבר האבוד של ממון כשלא שכר אחרים אין משלמים ההיזק, א"כ בפועלים, כלא שכר אחרים דמיא ואמאי משלם כאן דמים מכיסו, ויישב הנתיבות דלא קשה כלל, דהא הא דשוכר עליהן עד כדי שכרן ע"כ לאו דינא דאורייתא הוא, וע"כ הוא מצד תקנת חז"ל או שאמדו חז"ל דעתן שבכך מחייבין עצמן זה לזה להשלים ההיזק עד כדי שכרן, ועל תקנת חכמים ואומדנא שלהן אין להקשות כלל, תדע דתקנת חכמים היא, דהא ודאי במוכר סחורה ולא קנו מידו וחזר בו הלוקח, אף שהפסיד הסוחר ע"י זה אפ"ה פטור, וכאן חייב, אלא ודאי דתקנת חכמים היא בפועל, ואף שהתוס' כתבו דזהו לר"מ דמשלם מדינא דגרמי, משמע לכאורה מדבריהם דדין גמור הוא, נראה דאי אפשר לומר בכונתם דדין גמור הוא, דודאי לא דמי להדקיה באנדרוניה (ב"ק פ"ה) דביטלו ממלאכתו דאינו צריך לשלם מה שהזיקו במה שאינו יכול להשכירו על חצי יום האחר, ואין משלם לו רק הזמן שסגרו, ובפועל שהשכיר עצמו משלם לו בעד כל היום, אלא ודאי דאין זה בדין שבת, דכל שלא נתכוין להזיק אינו משלם לו ארבעה דברים, רק כונתם כיון שתיקנו חז"ל דבדבר האבד חייב כאילו מזיקו בידים, א"כ ה"נ כיון דגרם להם היזק והוא דבר האבד להם, אין לחלק בין פועל שחוזר בדבר האבד לבעה"ב החוזר ולומר דפועל החוזר חשיב מזיק טפי ובעה"ב החוזר הוא רק גורם, דלר"מ גורם ומזיק שוה.

כתב הנתיבות (ד) דלפי המרדכי דס"ל דאפילו חוזר בו בעה"ב ויכולין להשכיר עצמן למלאכה אחת כבידה ורוצין להוסיף בשכרן אין הבעה"ב חייב לשלם, קשה, דבסימן שטז/א בשכירות בית דאם רוצה לצאת דאינו יכול להשכיר לאחרים כשבני ביתו הן מרובין יותר, נימא גם כן הכי דכשרוצין להוסיף בשכירות שאינו יכול לתובעו, ויישב דשאני הכא שלא נעשה קנין רק שמשלם לו מטעם מזיק מתקנת חכמים וכדכתב השיטה וכשמוצאין להשכיר עצמן למלאכה כבידה בתוספת שכר ויש אומדנא אילו לא שכרם זה והיה מזדמן להם מלאכה בתוספת שכר היו משכירין עצמן, אין זה נחשב מזיק כלל ופטור, משא"כ בשכירות בית שקנה אותו וחייב בשכר מדינא, ולא קנה אותו לענין שיהיה יכול להשכירו לאחר שבני ביתו מרובין, לכך אין יכול להשכירו ומ"מ חייב לשלם.

עמש"כ המחבר דכל אלו הדינים בשלא ביקר, כתב **הנתיבות** (ה) דמיירי דוקא כששכר חמרים להביא תבואה ממקום שבו התבואה ובבוקר תכף לא מצאו תבואה שלא היה להם הפסד רק מה שאין מוצאין להשתכר בשכר פעולה שאין להם מה לעבוד, בזה אין הבעה"ב משלם כשאינו פושע, אבל בשכר חמרים להביא תבואה ממקום רחוק והלכו לשם ולא מצאו תבואה, שיש להם היזק בשכר פעולה שכבר עשו, אף שנאנס הבעה"ב צריך לשלם כפועל בטל, דמה שעשו חייב לשלם אף שנאנס הבעה"ב, כיון שהן יכולין לגמור המלאכה והבעה"ב נאנס, ודמי לספינה סתם ויין זה בסימן שיא/ג דחייב לשלם החצי דרך שהלכו לכ"ע.

כתב **הפתי"ש** (ג) דבתשובת הרמ"א כתב באחד ששכרו אותו לרב וכאשר הקריב הזמן חזרו בהן, וכתב דאף שעדיין לא התחיל במלאכה אין יכולין לחזור בהן, וכמ"ש הגהות מרדכי דכל דבר הנעשה ברבים או ע"י ג' טובי העיר ליתא בחזרה, אמנם אם היה אונס שחזרו בהן מחמת חשש אויר ל"ע נראה דיכולין לחזור, והשער משפט חלק עליו [ודעתו (א) לפטור דהא בחזר בו הבעל הבית מ"מ כיון שחיוב השכירות אינו חל עליו אלא יום ויום ואף אם לא חזר בו הבעל הבית לא היה הפועל נוטל שכירותו אח"כ למה יתחייב הבעל הבית לשלם לו בחנם כיון שלא הפסידו כלום].

ראובן שכר פועלים לעבוד לו בשדה, הלכו הפועלים למחרת ומצאו שדה שהיא לחה, האם ראובן צריך לשלם לפועלים שכרם? במה שונה דין זה ממבטל כיסו של חבירו? (לקמן)

כלא בהמת חברו ובטלה ממלאכה אם חייב לשלם? כלא עבד חברו ובטלו ממלאכה אם חייב לשלם? (ראה תכד, ג)

כתב הקצות (ב) גבי קושיית התוס' והרא"ה הנ"ל דהא קי"ל כר' מאיר דדאין דינא דגרמי וכו' ותירצו וכו"פ בשו"ע דמיירי כשחוזר בו עוד ימצאו להשתכר וכה"ג, דהקשה בנו דמה בכך שנתבטלו על ידו ממלאכה דהא קי"ל המבטל כיסו של חבירו פטור (ירושלמי ב"מ ה, ג, ראה סימן רצב/ז) וכן נועל חנותו של חבירו פטור, וא"כ אפילו מצאו אמש להשתכר והיום לא מצאו נמי אין בו משום מזיק כיון דאינו אלא כנועל דלת חנותו של חבירו, והשיב הקצות דשאני נזקי ממון מנזקי גופן והוא דבאדם דאזיק שור ליכא אלא נזק אבל אדם דאזיק אדם חייב בד' דברים ואחד מהן הוא שבת, ואפילו שבת שלא במקום נזק נמי חייב וכגון דאהדקיה באנדרוניה, ומש"ה במבטל כיסו של חבירו או נועל חנות חבירו דליכא דין שבת בנזקי ממון מש"ה פטור עלה, אבל באדם דאזיק אדם דחייב בשבת כמו בנזק וא"כ לר' מאיר דדאין דינא דגרמי הוי גורם לשבת וחייב עלה, ולפ"ז דוקא בפועלים הוא דחייב משום דינא דגרמי היכא דמצאו אמש והיום לא מצאו מקום להשתכר, אבל שכר בהמותיו ולא התחיל במלאכה אפילו מצאו אמש להשתכר והיום לא מצאו אין זה אלא כמבטל כיסו של חבירו ואין בו נזק כלל ופטור [וניחא בזה הא דמפליג בברייתא בין הלכו ללא הלכו, וטפי הו"ל לפלוגי וליתני בדידיה בלא הלכו בין מצאו מקום להשתכר או לא, ובתוס' (וסמ"ע) כתבו דאורחא דמלתא נקט, ולפי הנ"ל ניחא משום דתני נמי חמרין וגבי חמרין פטור על שביית בהמתן], אמנם כל זה דלא כרמ"ה בסימן ש"ח גבי קב לכתף דאינו חייב אלא בנזק אבל לא בארבעה דברים וטעמא דמלתא משום דהתם אינו מזיק ממש אלא מחמת דינא דגרמי הוא דחייב ואינו חייב משום דינא דגרמי אלא בנזק אבל לא בארבעה דברים, א"כ הכא נמי אפילו לא מצאו מקום להשתכר אינו חייב במה שנתבטלו על ידו כיון דאינו אלא משום שבת ואינו חייב בדינא דגרמי אלא בנזק ולא בארבעה דברים ושבת חד מינהון דאינו חייב, וא"כ אפילו נתבטלו הפועלים עצמן ממלאכתן נמי פטור, ואינו חייב משום שבת אלא אהדקיה באנדרוניה דהוא בידים אבל גרמי דשבת פטור, ואכן בתשובת מוהר"ם בר' ברוך מבואר דס"ל דגבי פועלים אפילו מצאו אמש מקום להשתכר והיום לא מצאו פטור ומשום דאינו היזק אלא מניעת ריוח "וידוע דנפיש חיליה דמוהר"ם להוציא ממון על ידו" כלומר שפטור בעל הבית וא"כ מספיקא לא מפקינן ממונא, והוסיף דנראה דמהאי טעמא גם בשו"ע לא אתי עלה משום דינא דגרמי וכמ"ש התוס' אלא משום דהו"ל דבר האבוד, ודבר האבוד לא מצינו אלא היכא דכבר התחילו במלאכה דזה קנין שקונין בו השכירות פועלים ורצו לחזור בזה אמרינן שוכר עליהן או מטען, אבל היכא דלא התחילו במלאכה דאין בו משום קנין כלל אלא דברים בעלמא א"כ אפילו הוי דבר האבוד אינו אלא משום דינא דגרמי שהפסידו על ידו, וכה"ג דאינו אלא מניעת ריוח אפילו בנזק אדם פטור ומשום דלא מיחייב בדינא דגרמי אלא בנזק ולא בארבעה דברים.

על פניו היוצא מהקצות גבי כלא בהמה דאין זה בגדר אדם באדם, ולכן לכ"ע יהיה פטור, ועיין עוד בסימן שז/ו גבי שבת בבהמה (וכאמור גבי חיוב כולא עבד חבירו ראה תכד, ג).

סעיפים ג - ד

הלכה ידועה שפועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, מהם ההבדלים בין פועל לקבלן ומהם המקרים שגם פועל אינו יכול לחזור בו ראה לקמן?

מתי פועל יכול לחזור וידו על התחתונה?

פועל שקבל את שכרו מראש לכל תקופת עבודתו, האם יכול לחזור בו בחצי היום?

המשך הברייתא עו: "במה דברים אמורים שלא התחילו במלאכה (רש"י: במה דברים אמורים שלא התחילו במלאכה - ארישא קאי, ועד השתא פריש מידי דשכירות, והשתא פריש מילי דקבלנות. במה דברים אמורים - דהיכא דחזרו בהן או הוא חזר - אין להם אלא תרעומת בזמן שלא התחילו במלאכה.

אבל התחילו במלאכה - יש דין אחר ביניהם, מהו הדין - שמין להם מה שעשו לפי התנאי, ויקבלו כפי חשבון שעשו) אבל התחילו במלאכה שמין להן מה שעשו כיצד קבלו קמה לקצור בשני סלעים קצרו חציה והניחו חציה בגד לארוג בשני סלעים ארגו חציו והניחו חציו שמין להן את מה שעשו היה יפה (שכר העבודה להשלים) ששה דינרים (סלע וחצי) נותן להן סלע (תשלום המתאים לחצי עבודה) 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 (מנכה בעל הבית משכר פועלים הראשונים שני דינרים, ואינו נותן להם אלא שקל, שהוא מחצית הסלע, שהרי אם ישלם להם בעל הבית סלע לפי חשבון מחצית המלאכה, נמצא שהוא מפסיד שני דינרים) או יגמרו מלאכתן ויטלו שני סלעים ואם סלע נותן להם סלע.. קא סברי רבנן יד פועל על העליונה (ואף שבע"ה לא ימצא פועלים להשלים מלאכתו בפחות משישה דינרים, ונמצא שהוא נפסד בשני דינרים, מכל מקום נותן להם סלע, והטעם, קא סברי רבנן, יד פועל על העליונה ולעולם רשאי הוא לחזור בו, חברותא).. קסבר (רבי דוסא) יד פועל על התחתונה.. " ובעז. "אמר רב הלכה כרבי דוסא ומי אמר רב הכי והאמר רב פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום (ב"מ י. דכתיב כי לי בני ישראל עבדים עבדי הם ולא עבדים לעבדים)" וכי תימא שאני ליה לרבי דוסא בין שכירות לקבלנות ומי שאני ליה והתניא 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.. אלא רבי דוסא תרתי קאמר ורב סבר לה כוותיה בחדא ופליג עליה בחדא (ב"י ע"פ רש"י): "שאני ליה בין שכירות לקבלנות דגבי שכירות איתיה להאי טעמא דעבדי הם ולא עבדים לעבדים, אבל בקבלנות אין זה עבד אלא לעצמו ורבי דוסא בקבלנות מיירי כדקתני קבלו קמה לקצור ודרב בשכיר יום)".

כתבו **התוס' (ב"מ י')** על מימרא דרב "יכול לחזור בו אפילו בחצי היום.. דכתיב כי לי בני ישראל עבדים עבדי הם ולא עבדים לעבדים" - "וא"ת ומאי קמ"ל והלא בפרק האומנין (עז.) לא פליגי רבי דוסא ורבנן אלא דר' דוסא סבר דיד פועל על התחתונה ורבנן סברי דידו על העליונה אבל לכולהו יכול לחזור בו וי"ל דקמ"ל דיכול לחזור בו וידו על העליונה כרבנן אפילו אם נתייקרו פועלים בחצי היום לאחר שחזר בו לא יפחתו לו מחצי שכרו ולכך מיייתי מילתיה דרב דכיון דידו על העליונה א"כ אין ידו כיד בע"ה וכן מוכיח בפרק האומנין דסובר כרבנן בשכיר יום ולא בקבלנות".

וז"ל השו"ע כרב - "התחיל הפועל במלאכה וחזר בו בחצי היום חוזר, ואפילו קבל כבר דמי שכירות ואין בידו לשלם לבעל הבית (מהרי"ק, דמדמי בגמ' בקידושין פועל לע"ע שיוצא ברעון כסף, גר"א), יכול לחזור בו והמעות חוב עליו שנאמר כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים {ומהאי טעמא אסור לפועל אפילו מלמד או סופר, להשכיר עצמו להיות בבית בעל הבית בקבע שלשה שנים (הגהות מרדכי, דג' שנים שם עבד ושכיר עליו דכתיב בישעיה "בשלש שנים כשני שכירי")}. (ד) כיצד דין הפועל שחזר בו אחר שהתחיל, שמין לו מה שעשה ונוטל (היינו בדהוקרה המלאכה שחזר בו ואילו בהוזלה שמין לו מה שעתיד לעשות ולא מה שעשה, סמ"ע ט"ז, עיי"ש פרטי הדינים ע"פ הטור, והטושי"ע דכתבו "מה שעשה ונוטל" אפשר דטעמייהו הוא משום אורחא דמילתא דסתם פועל אינו חוזר אלא כשהוקרה) {בין הוקרה המלאכה או הוזלה ("בא לומר בין הוקרה המלאכה בין הוזלה בשניהן יד הפועל על העליונה", סמ"ע), ¹-ודוקא שחזר סתם, אבל אם חוזר מכח יוקר אין שומעין לו (טור בשם ר"י, דלא נתיפה כח הפועל כדי שישתכר מעות, סמ"ע, וראה לקמן)}, (כרב הסובר בזה כר' דוסא -) ואם קבלן הוא, שמין לו את שעתיד לעשות {ע"ל סימן קע"ו סכ"ג}, (גמ' -) בין שהוזלה בעת ששכרו בין שלא הוזלה, בין שהוזלה המלאכה אחר כך בין שלא הוזלה (ראה בסמ"ע סקט"ז ביאור הפרטים), שמין לו מה שעתיד לעשות, כיצד, קבל ממנו קמה לקצור בשתי סלעים {או שקבל על עצמו לעשות כך וכך חבית של יין (תה"ד, אע"ג דימי הבציר קצבתן ידוע ואינו משועבד רק זמן הזה מ"מ הואיל ואינו קוצב לו שכר לפי הימים או לפי השבועות או החדשים דאיכלעי המלאכה חשוב קבלנות כמו קמה לקצור דימי הקציר נמי ידועי' הם, ש"ך כ')} 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 (רמב"ם -) ואם היה הנשאר יפה שני דינרים, אינו נותן אלא סלע, שהרי לא עשו אלא חצי מלאכה {ובע"ה החוזר בו דינו כקבלן שידו על התחתונה (טור ע"פ המשנה שם)}".

כתב **הסמ"ע** (טז) דכתב **הטור** דאם לא התחיל עדיין במלאכה רק הלך לעשות מלאכתו ונתיקרה המלאכה וחזר בו הקבלן, נמצא דאין ביד הבע"ה שכירות משל קבלן כלום שהרי עדיין לא התחיל כלל

בעשיית המלאכה, אין הקבלן מפסיד אלא טורח הליכתו, כיון שאינו תופס משלו והוא א"צ לשלם מכיסו, וכתב הסמ"ע (וכ"כ הב"י, ש"ך) דמזה שכתב כיון שאינו תופס משלו, יש ללמוד הא אם תפס הבע"ה משל קבלן אפילו דבר שאינו מכלי אומנותו, יכול לשכור עליו מאותה תפיסה באופן שיוגמר מלאכתו כפי תנאו. וכתב הש"ך (כא) דהב"ח הקשה דע"כ הטור לא ס"ל הכי מדכתב לקמן גבי דבר האבד דאם היה בידו משלהם יכול לתפסו משמע הא דבר שאינו אבוד לא ועוד דע"כ לא שמעינן לרמב"ן והרשב"א אלא דבשבאת כלי אומנתו ליד הבע"ה אבל שאר דבר מי שמעת להו וכן משמע בג"י דדוקא כלי אומנתיה, עיי"ש עוד שהקשה בשם הב"ח, וכתב דלכך נראה כמו שפירש הב"ח דר"ל כיון שאין הפועל תופס בידו משל בע"ה דאם היה הפועל תופס דבר משל בע"ה כגון שקבל שכירותו מידו היה חייב הפועל להחזיר הכל דדוקא לשלם יותר ממה שקצץ אין צריכים לשלם מכיסם אבל עד הסך שקצץ צריכים להחזיר אף שקבלו כבר.

עמ"ש"כ המחבר "ואין בידו לשלם" ברישא כתב הש"ך (טו) דמשמע דאפילו אין לו לשלם כלל יכול לחזור, ודלא כדמשמע² במהרי"ק אם אין לו לשלם כלל א"י לחזור בו דהוי כדבר האבד לקמן ס"ה, ולמחבר לא דמי לדבר האבד ששוכר עליו או מטעו אבל מ"מ אינו יכול לכופו להשתעבד בו בשביל כך א"י אע"ג שאין לו לשלם לא מיקרי בשביל כך דבר האבד ואע"ג דאיתא בסימן לז' דלא אמרינן שמה יתעשר היינו לענין עדות אבל מ"מ לא מקרי הכא דבר האבד בשביל כך כיון דאפשר שיהא לו. אולם **הקצות (ו)** חלק ואם אין לו לשלם אינו יכול לחזור וכמהרי"ק, דמבואר מתשובת מיימוני דגם פועל שחוזר בחצי יום נמדין גרעון כסף אתינן עלה, וא"כ צריך ליתן מעות או שוה כסף ומשום דסתמא דמלתא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף מש"ה אמרו דפועל יכול לחזור אפילו בחצי יום משום דהיינו גרעון השכירות שיש לו ביד בעל הבית, אבל זה שאין לו לא כסף ולא שוה כסף אין לו גרעון, ועוד דכיון דאין לו לשלם אין לך דבר האבד גדול מזה, וכן הוכיח מהתוס' בב"מ י' הנזכר דלפי תשובת מיימוני דפועל דחוזר היינו משום גרעון כסף, א"כ מאי שנא פועל מעבד עברי דהא עבד עברי נמי יוצא קודם זמנו בעל כרחו דאדון מדין גרעון כסף, אלא משמע דפועל אפילו אין לו גרעון כסף וכגון שקיבל כל שכרו ואין לו לשלם וכדברי מהרי"ק, וראה לקמן בשם ה**נתיבות (ו)**.

עמ"ש"כ הרמ"א (ג) ע"פ הג' מרדכי "דמהאי טעמא" דאסור לפועל אפילו מלמד או סופר להשכיר עצמו להיות בבית בעל הבית בקבע שלשה שנים, כתב הש"ך (טז) דנראה דהיינו דוקא כשיש לו פרנסה וכסות דבכה"ג אסור למכור עצמו לעבד עברי וכדאיתא בתורת כהנים רמב"ם וסמ"ג אבל אם הוא עני ביותר כתבו שם דמותר למכור ופשיטא דהיכא דמותר למכור את עצמו מותר אפילו לשנים הרבה וכדאיתא בקידושין י"ד ע"ב. עוד כתב (יז) על הגהת הרמ"א דבספר באר שבע ובאגודת אזוב כתבו דמש"כ הרמ"א ג' ט"ס הוא וצ"ל יותר מג' שנים שכן הוא בהגה"מ ודבריהם נכונים, וכן מבואר בהגה"מ להדיא שכתב "דכל טפי מג' שנים נפקא ליה מתורת שכיר ועבד" דנפקא מתורת שכיר וקאעבר על כי לי בני ישראל עבדים, והלבוש והסמ"ק נקטו ג' ולא הרגישו בזה. עוד כתב (שם) בשם באר שבע דמדברי התוספות בב"מ י' משמע שמותר אפילו יותר מג' שנים דדוקא ע"ע שא"י לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום עבדי הם וכ"י המרדכי, ובבאה"ג כתב דמוכח מתוס' דמדובר בפועל היכא דיכול לחזור בו בתוך הזמן.

עמ"ש"כ הש"ך בשם הג' מרדכי די' ליזהר למלמד או לסופר שלא להשכיר עצמן כתב הפת"ש (ו) בשם תשובת חת"ס דאין שום ספק דמש"כ בהגהות מרדכי הנ"ל בקבע עמו ולהיות סמוך על שלחנו דלא אתי למעוטי חכם העיר שאינו סמוך על שלחנו, דמה בכך, הרי כל הקהילה משותפים שכרו להם פועל ונותנים לו בית ונותנים לו דמי מזונותיו כאומר לעבדיו צאו ואכלו ושתו וכדומה, ואם הקהל מתנים עם הרב באם יזוז מהם צריך לחזור להם ההוצאות ולא יזקפן עליו במלוה, גרע טפי ואסור אפילו לתוס', דא"כ תו ליכא הפרש בינו לבין העבד דאיהו נמי יוצא בגרעון כסף, ועוד כתב דנוהגין ברוב תפוצות ישראל לכתוב שטר הרבנות על זמן, יש על שלש שנים ויש על חמש שנים דלפירוש רש"י בחומש אינו מוכח לאסור יותר מג' שנים רק שלא יהא מושכר לשש שנים, וע"כ יש כותבין שטר הרבנות על ג' שנים ויש על חמש שנים אבל סתם אין כותבין, ומה דכותבין זמן בשטר הרבנות, היינו לטובת הרב המשכיר עצמו ושיהיה יכול לחזור אחר כלות הזמן, אבל הקהל אין בידם לחזור אפילו ככלות הזמן אלא במקום שנהגו, ובמדינות הללו לא נשמע מעולם שהסירו הרב והורידוהו מכסא רבנות שלו וכן לא יעשה.

כתב **הסמ"ע** (טז) ע"פ הטור גבי "או הוזלה" דהעיר הרמ"א בתחילת סע' ד' גבי שכיר דר"ל דאם שכרו בח' דינרים והוזלה שיכול לגמור חצי יום הנשאר בב' דינרים צריך ליתן לו ו' דינרים ואין מעכב בידו אלא ב' דינרים, וכתב **הש"ך** (יט) דלא נהירא דלמה יתן לו ו' דינרים נהי שיכול לחזור בו ואין ידו על התחתונה וצריך ליתן לו כפי מה ששכר עמו ולא ב' דינרים כפי מה שהוזל אלא ח' דינרים ליום (וכן לענין הוקר) אך למה יהיה יד הפועל על העליונה לענין שיתן לו יותר ממה ששכר עמו ח' דינרים ליום דהיינו ד' דינרים לחצי יום כיון שהפועל חוזר, ומש"כ הב"י על דברי הטור "פשוט הוא דמהוקר נלמד להוזל", לא דמי דכשהוקר נותן לו חצי השכירות כפי מה ששכר עמו ודמי כאלו שכרו לחצי יום בד' דינרים משא"כ הכא, וכן מוכח התוס' והרא"ש ואף בטור הנמצא על על קלף ישן נושן דליתא שם להאי דינא. אולם **הקצות** (ח) **הסכים עם הטור** ע"פ תשובת המיימוני שהזכיר כנ"ל דכיון דהוא מדין עבד עברי שיוצא בגרעון כסף ובעבד עברי קי"ל דמחשבין להקל כמבואר בקידושין כ' והרמב"ם דבי נמכר במאה והרי הוא עתה שוה מאתיים וכו', וא"כ ה"ה בפועל אם הוקר ושוה עכשיו יותר ויכול לחזור בחצי יום ומחשב עם בעל הבית לפי דמים ששכרו ואם הוזל מחשב על פי שנים הנותרות.

הנתיבות (ו) כתב דיסוד זה דהקצות ע"פ תשובת מיימוני במחלוקת אמוראים בירושלמי (ב"מ ו,ב), דרב סובר דליכא קנין כלל מדאורי' בפועל ישראל רק בעבד עברי בזמן שיובל נוהג, וממילא הבעה"ב ג"כ יכול לחזור וא"צ לשלם רק מדינא דגרמי, ולכך א"צ לשלם לו רק מה שהזיקו, ואם נאנס הבעה"ב, ודאי דאין הבעה"ב חייב מדינא דגרמי וא"צ לשלם רק מה שעשה, ומכ"ש כשחוזר הפועל ומזיק את עצמו שא"צ לשלם לו רק כפי מה שעשה אף אם הוזל, ולא יצטרך הבעה"ב ליתן בעד החצי הנשאר רק פחות מחצי הסך, מ"מ מה לו לפועל בכך, ור' יוחנן סובר דעבד עברי הוא ויש בו קנין, והא דיכול לחזור בו הוא מטעם כיון דאפילו עבד עברי יוצא בגרעון כסף מכ"ש שכיר, וכמ"ש בתשובת מיימוני, וממילא אף אם הוזל מחשב עמו ואינו מנכה לו רק כזולא דלקמיה, וכיון דבש"ס דילו (ב"מ מ"ז) פסקו להלכה כרב דאמר פועל יכול לחזור בו, וכיון שתפסו בלשון חזרה, משמע דקיי"ל דאין לו דין עבד עברי ובדין חזרה הוא, דלא דמי לעבד עברי שיש לאדון בו קנין הגוף וצריך לקנות עצמו בגרעון כסף ולכך צריך ליתן כסף דוקא, אבל שכיר אין קנין בו ובדין חזרה קאי, וכיון שיכול לחזור ולכך אפילו אין לו מה לשלם המעות רק חוב עליו כמו בחוזר במקח שלא נקנה בו, ומה"ט נמי כשהוזל אינו נותן רק כפי מה שעשה, וכן כמה פעמים מסיק הש"ך בסימן זה דאין לבעה"ב קנין הגוף בפועל.

עמש"כ המחבר בסוף סע' ד' ע"פ הרמב"ם דאם היה הנשאר יפה שני דינרים אינו נותן אלא סלע שהרי לא עשו אלא חצי מלאכה, כתב **הש"ך** (כב) דהראב"ד השיג וכתב "אלא סלע יפה שני דינרים" וכוונתו (דלא כנו"כ שם) שדין זה לא הוזכר בש"ס כלל ולא ברי"ף ובשום פוסק ונראה דכיון דשמין לקבלן מה שעתידי להיות והנשאר אינו שוה רק ב' דנרים אם כן נותן לו רק סלע יפה ב' דינרים ולא ד' דינרים ומפרש דברי הרמב"ם ג"כ הכי וכן להדיא בתוספתא ובירושלמי, ושם הרמב"ם והטור לא ס"ל כן ע"פ ש"ס דילן שכתוב ואם שקל נותן לו שקל, וצ"ע.

עמש"כ הרמ"א דבעה"ב החוזר בו דינו כקבלן כתב **הסמ"ע** (טז) ע"פ הטור (נתיבות) דמשמע שאם הוקרה שבע"ה יצטרך ליתן בעד הגמר ו' דינרין שנותן לפועל ד' דינרין בעד החצי, ובנתיבות (ז) תמה דאמאי לא קאמר שאם אין לפועל פעולה אחרת לעשות דצריך לשלם לו כל דמי מלאכתו רק לנכות כפועל בטל כמו בפועל בסעיף ב', ואפילו אם נאמר דמירי כאן שמצוי עוד לקבל שאר מלאכות מבעלי בתים אחרים, דבכי האי גוונא בפועל דהיינו שאפשר להשכיר עצמו לאחר פטור, וקא משמע לן כאן בקבלן דידו על התחתונה, מ"מ קשה, דנראה דלא דמי לפועל, דבשלמא בפועל שנשכר ליום ועבד חצי יום, כשאפשר לפועל להשכיר עצמו לאחר חצי יום הב' אין לפועל שום הזיק, דאילו היה עובד לזה לא היה אפשר לעבוד לאחר, אבל בקבלן שאין קצבה לגמור מלאכתו, אם כן מה בכך שיכול לקבל עוד מלאכה בקבלנות אצל אחר, מכל מקום יכול לומר אף שהיתה מלאכתו אצלי הייתי יכול לקבל מלאכה זו אצל האחר ולעשותה אחר כך בעת שאהיה פנוי ממלאכתך, ואם הוא נותן לו משלו או שלקח הבעל הבית בעצמו אצל אחד מלאכה כיוצא בו ונותן להפועל אינו צריך ליתן לו רק שכירות, וכתב דלכן נראה דהא דמבואר בסימן שלה/א דיכול ליתן לפועל דכוותיה, ולהרבה פוסקים אפילו דקשה מיניה כשמוסיף לו בשכרו, היינו דוקא כשהפועל תובע אותו שיתן לו כל שכרו מטעם מזיק, אז כיון שנותן לו דכוותיה או דקשה מיניה בהוספת שכירות אינו יכול לתובעו ממנו דמי הזיקו, דלא נקרא מזיק כיון דאיכא אומדנא אילו לא שכרו זה היה משכיר עצמו לאחר והרי לא הפסידו, אבל כשהפועל אינו תובע שכר רק על מה שעשה, מחויב ליתן לו שכירותו על מה שעשה ואינו יכול לכופו שיעשה אצלו אפילו

מלאכה כיוצא בו ומכ"ש דקשה מיניה, כיון שהשכירו בפירוש ואמר לו מלאכה זו אינו יכול לשנותו למלאכה אחרת ומחויב ליתן לו השכירות ממה שעשה וידו על התחתונה.

< כתב בהגהת **הסמ"ע** (טז) בשם תשובת הרא"ש דבע"ה השוכר מלמד ומצא אח"כ מלמד אחר טוב מזה, אינו יכול לחזור בתוך שנה, כיון שהתחיל זה במלאכתו ואינו פושע, וכתב **הפת"ש** (י) בשם **העטרת צבי** דנוהגין עכשיו שבכל תחילת הזמן רשות בעה"ב לחזור עד ר"ח, בימי החורף עד ר"ח חשון ובימי הקיץ עד ר"ח אייר.

< עוד כתב בהגהת **הסמ"ע** (טז) ע"פ המיוחסות לרמב"ן דבע"ה החוזר צריך לשלם משלם מטעם דאי לא עבדי חלשי.

< כתב **בחות יאיר (קצות ז)** גבי חזן שנתקשר עם הקהל בתקיעת כף לששה שנים והחזן רוצה לחזור משום דאין תקיעת כף חל לפי שנשבע לעבור על המצוה, לשכור עצמו יותר מג' שנים, והעלה דדוקא פועל דהו"ל ביותר מג' שנים עבד לעבדים ואפילו מלמד דאסר בהגהת מרדכי, מכל מקום ע"כ אין לו היתר בשכר שנוטל רק שכר שימור ופסקי טעמים דאינם מצות ה' ועבדותו יתברך, משא"כ החזן שכל עצמו אינו רק להוציא ציבור ולעבדו כפלחן הראוי, ואפילו נכלל בשכרו מה שמשורר ובעה"ג וע"כ נגבה חציו לפי ממון וכאז"ח סימן נ"ג מ"מ הואיל שמכבד בקול ה' מהונו ממה שחננו ומשמח אלקים ואנשים לא נקרא בכך עבד לעבדים, וצ"ע ברב ושמע העושה צורכי בית הכנסת, והקצות חלק דמ"ש דפיסוק טעמים אינן מצות ה' ועבדותו חלילה לומר כן דאין זה עבדותו יתברך דהא חזינן בנדרים ל"ז דס"ל לרב דאסור ליקח שכר פיסוק טעמים והוא בכלל מה אני בחנם וכתב הר"ן דס"ל דהוי דאורייתא, אלא דאנן דק"ל כר' יוחנן דשרי שכר פיסוק טעמים ומשום דס"ל דפיסוק טעמים אינו דאורייתא אלא מדרבנן, וא"כ לא גרע מתפלה דתפלה נמי אינו אלא מדרבנן לדעת רוב הפוסקים, ומוכח מזה כיון דמלמד חוזר דאע"ג דהוא עושה עבדות ה' עבד ה' מיקרי אבל מה שהתקשר לאחרים אינו עבד שלהם ויכול לחזור, וא"כ ה"ה בחזן שדינו כפועל שאינו יכול להשכיר עצמו יותר מג' וזה ברור, אמנם ³בנשבע צריך לקיים שבועתו דאדם אסור להשכיר עצמו ביותר משלש אינו אלא מדרבנן ובדרבנן לא הוי מושבע ועומד מהר סיני, דבתשובת המבי"ט כתב דשבועה חלה על מצוה דרבנן ואסור לעשותה אלא דבביטול מצוה דרבנן אסור לעשות המצוה כדי שלא לעבור על השבועה בקום ועשה ובשבועת עשית איסור דרבנן העמידו דבריהם במקום תורה בשב ואל תעשה, א"כ כה"ג שלא לחזור הו"ל שב ואל תעשה ואסור לו לחזור דחזרה ידידה היינו קום ועשה.

בפת"ש (ד) הביא דברי החות יאיר בהרחבה שכתב עוד לבאר מדוע יכול להשכיר עצמו יותר מג' ואינו יכול לחזור משבועתו, ראשית משום שכבר רבו הדעות דמותר אפילו ליותר מג' שנים שכי"כ התוספות והמרדכי, ועוד דידוע שהחזנים על הרוב אינם בעלי משא ומתן ומוכרחין להשכיר עצמן לש"ץ וא"כ אפילו להתקשר לזמן מרובה שרי כמ"ש בש"ך ס"ק ט"ז, ועוד דאם נשכר בתקיעת כף הן על זמן רב או מעט אע"פ שקנין לא מהני לדעת הש"ך שחולק על הריטב"א (לקמן) מ"מ בתקיעת כף בודאי אסור. עוד הביא **הפת"ש** תשובת **שב"י** שהזכיר דברי החו"י שכתב לחלק מסברא דנפשיה בין מלמד לש"ץ דלא נקרא עבד לעבדים, וחלק עליו ומסיק להלכה דגם בש"ץ יכול לחזור בו אם לא שהוא דבר האבד שאין כאן מי שידוע להתפלל, אלא דאם נתקשר עמם בשבועה או בתקיעת כף כפועל ממש, ודאי דאינו יכול לחזור בו ולא הוי כנשבע לבטל המצוה.

< כתב **הפת"ש** (ססק"ד) בשם **השער משפט** שכתב ⁴בשני פועלים שנשתתפו יחד לעשות מלאכה אצל בעל הבית, אין אחד מהן יכול לחזור בחצי היום נגד חברו אם לא ששניהם חוזרים בהם, וכמ"ש הסמ"ע בסימן קע"ו סקנ"ח בשנים שקיבלו עיסקא מאחד וכ"ה להדיא בסמ"ג בדיני שותפין שכתב אדינא דמקבל עיסקא דאע"פ שכל פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, זה בענין פועלים, אך הפועלים זה אצל זה הם שותפין.

[בשו"ת **בצל החכמה** (ב,פז), הובא כאן בפסקי המשפט אות יג) כתב שבזמנינו מותר לחתום לחוזה עבודה לתקופה של יותר מג' שנים, דכיון שבכל עבודה ישנם זמנים של חופשה, ממילא השכירות אינה למשך ג' שנים רצופות, שהרי במשך תקופת החופש אינו משועבד לבעליו כלל, ובפסקי המשפט הוסיף ע"פ כנה"ג שבזמן חז"ל העובד היה מקבל גם לינה ואוכל ולכן היה באמת נחשב משועבד אליו].

אם הולך לעבוד אצל אחר האם יכול לחזור בו?

פועל שהתחיל במלאכתו, ואח"כ דורש תוספת שכר, ואומר שאם לא יוסיפו לו יחזור בו לגמרי, האם יכול לחזור בו?

לעיל הובא שפסק הרמ"א ע"פ ר"י דאם חוזר מכת יוקר אין שומעין לו וביאר הסמ"ע דלא נתיפה כח הפועל כדי שישתכר מעות.

עמ"ש"כ המחבר בריש סעי' ג' דיכול פועל לחזור בו ומדובר שם בשכיר שידו על העליונה, כתב הפת"ש (ד) דכתב החות יאיר דלכאורה יש מקום להסתפק שמא דוקא אם הפועל חוזר בו מהיות פועל לשום אדם, משא"כ אם הולך מבעה"ב זה ונשכר אצל אחר, שנשאר עבד לעבדים, דינו כדן קבלן שידו על התחתונה ולא יפסיד בעה"ב דבר, א"מ"מ לא נראה לחלק בכך, רק מפני שנאמר כי לי בני ישראל עבדים לא אלים קניית האדון בכולי האי, ואף אם הולך הפועל מבעה"ב זה ונשכר אצל אחר אמרינן פועל חוזר בו וידו על העליונה, אולם הפת"ש כתב דלכאורה לא נראה כן מדברי הר"י טור והרמ"א הנ"ל דדוקא שחזר סתם אבל אם חוזר מכת יוקר אין שומעין לו, וכתב הב"ח דטעמו דכיון דשכיר יום לא מצי חוזר אלא משום דכתיב עבדי הם, א"כ דוקא בחוזר בסתם דתלינן שאינו חפץ לעבוד יותר, אבל אם חוזר בו מחמת היוקר, א"כ גלי דעתיה דניחא ליה בעבדות אם ישלם לו בעה"ב כפי היוקר, אין שומעין לו והכי מסתברא, וא"כ ה"ה היכא שנשכר אצל אחר דאין שומעין לו, ⁵ ומשמע דאין שומעין כלל אפילו אם רוצה להיות ידו על התחתונה, וכן מצאתי בספר מאמר קדישין שכתב בפשיטות דדוקא שאינו הולך לבעה"ב אחר אבל אי הולך לבעה"ב אחר הוי דומיא למ"ש הר"י דאם חוזר מחמת יוקר אבל ניחא ליה בעבדות אין שומעין לו, ומה שעושין ערמה שיושב בטל כמה שבועות ואח"כ הולך לבעה"ב אחר לא מהני, וכ"ד הכנס"י, ואילו בתשובת ימים חיים חלק דמדברי הרמ"א ליכא ראייה כלל שלא יכול לחזור, דהא הסמ"ע ס"ק ט"ז כתב הטעם דלא נתיפה כח הפועל כדי שישתכר מעות, ומוכח מזה דלא קאי רק על הא דתיקנו רבנן דפועל ידו על העליונה, על זה כתב הרמ"א דחוזר מחמת יוקר אין ידו על העליונה, אבל אם ירצה הפועל לחזור ושתהיה ידו על התחתונה, אפילו אם היה קנין יכול לחזור אף על גב דרוצה להיות עדיין פועל ותהיה ידו על התחתונה, דבשלמא אם הפועל יכול לחזור כדי שלא יעבור על כי לי בני ישראל עבדים, אז הוה אמרינן דהיכא דהשכיר עצמו לאחר ורוצה להיות עדיין עבד דלא יכול לחזור, אבל לפי מה דקיי"ל דפועל אינו עובר, והטעם דפועל חוזר מחמת דלא חל שעבוד עליו, א"כ מה לנו שהשכיר את עצמו לאחר, מכל מקום יכול לחזור מראשון גם משני אם ירצה, ועכ"פ אף לדבריו דיכול לחזור גם בכה"ג מ"מ ידו על התחתונה, ודלא כהחות יאיר.

פועל שיכול לחזור בו בחצי היום, אם עשה קנין האם ישתנה הדין?

כתב הש"ך (יד) דדעת הריטב"א בשם רבותיו (בב"י ודרכ"מ) שלא אמרו שפועל יכול לחזור בו אלא בשוכר עצמו באמירה אבל ⁶ כל שנשתעבד בקנין לטפויי מילתא אתא שלא יוכל לחזור בו, אולם משאר כל הפוסקים שלא חילקו בכך נראה לא ס"ל הכי, וכן נראה דעיקר טעמא דלי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים משמע דבכל ענין יכול לחזור בו וכן משמע מהרא"ש וש"פ גבי משיכת כלי האומנות דאע"ג דמהני לענין קבלן שנגמר קנין השכירות בכך מ"מ פועל יוכל לחזור ודוחק לחלק בין משיכה לקנין דבכל דוכתא כי הדדי נינהו, וגם נראה דהוי קנין דברים כרמב"ם בפ"ה ממכירה (הי"ד) שכתב בשטר וקנינו מפלוני שילך בסחורה עם פלוני כו' הרי זה קנין דברים, ואף הראב"ד בהשגות נראה שמודה לו בזה ודוקא בשותפים פליג עליה, וכן מפורש בריב"ש, ונראה דגם הריטב"א לא קאמר אלא בקבלן ולענין שאינו יכול לחזור בו בשום ממון וכמ"ש בסק"ד בשם הג' אשר"י אף על פי שפשוט לשון הריטב"א לא משמע כן, וכל זה דלא כמבי"ט שפסק כריטב"א ודלא כריב"ש.

הקצות (ה ו) כתב דמבואר בראב"ד דכל שנשתעבד גופו לא הוי קנין דברים, דז"ל הרמב"ם בפ"ד משלוחין "האומנין שנשתתפו באומנות אע"פ שקנו מידן אינן שותפין" והשיג הראב"ד "ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדן עבדים וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן" ומבואר מדבריו שכתב 'כדן העבדים' דאפילו היכא דלא משעבדי זה לזה אלא אחד משעבד גופו לחבירו נמי מהני בקנין כמו בעבדים, וגם אפילו בריוח דלהבא כיון דאתי עלה מדן עבדים, והרמב"ם נמי מודה לזה דמהני קנין לשעבד גופו כדן עבדים, דאם שעבד בפירוש לא הוי קנין דברים כיון דמשעבד גופו

והו"ל כדן עבדים, עיי"ש, וא"כ הא דכתב בספ"ה ממכירה וקנינו מפלוני שילך בסחורה היינו נמי משום דלא משעבד ומקנה גופו לזה ולא הוי הקנין אלא על הליכתו ומשום הכי הו"ל קנין דברים, אבל כאן גבי פועל דמשעבד גופו בסתם א"כ לא הוי קנין דברים, ובשיטה כתב בשם הריטב"א שאין כל דיני משנתנו וגמרא דעלה אלא במי ששכר פועלים באמירה בלא קנין, שאם נתחייבו פועלים בקנין הרי המלאכה מוטלת עליהן ואפילו נאנסו חייבין להשלימה על ידן או ע"י אחרים או לשלם מה שהפסיד בעל הבית, וה"ה כשקבלו כבר כל שכרן, אולם כיון דפסק בשו"ע דאפילו קבלו כל שכרן יכול לחזור ולא גרע כסף מקנין דעבד עברי נקנה בכסף, א"כ ה"ה בקנין דיכול לחזור דאע"ג דלא הוי קנין דברים ומשעבד גופו אפ"ה התורה אמרה עבדי הם ולא עבדים לעבדים [אכן במהרי"ק שפסק המחבר למד ע"פ השוואת הראב"ד שליח לעבד שאינו קונה עצמו אלא בגרעון כסף או בשטר ובשנים וביובל שאילו פועל יכול לחזור בו ואפילו קיבל כבר דמי שכירותו ואין המעות בידו לשלם לבעל הבית ואפ"ה יכול לחזור בו והמעות חוב עליו, מבואר א"כ דבקיבל כל שכר יכול לחזור בו ואעפ"כ בקנין אינו חוזר ומשמע דס"ל כריטב"א, עיי"ש מה שהמשיך להקשות בזה].

הפת"ש (ה) כתב שגם ה"ט חלק על הריטב"א ופסק דאפילו בקנין יכול לחזור בו, אולם **השב"י** חולק על הש"ך ומסכים לריטב"א, אך מחלק שם בין קנין לקנין, דודאי כל הקנינים שבעולם לא מהני בזה דהוי קנין דברים וכמ"ש הש"ך, אך קנין כסף ושטר דמהני לקנות בו עבד עברי כדאיתא פ"ק דקדושין מהני ג"כ כאן.

סעיף ה

חזרו הפועלים בדבר האבוד מה יכול בעל הבית לעשות? התייחס גם לנזקים שנגרמו לו.

פועל ששכר לפרק זמן מסוים, ונפל למשכב למשך מספר ימים האם חייב בעל הבית לשלם לו "דמי מחלה" עבור התקופה שנפל למשכב?

מלמד שהפסיק את לימודיו בישיבה באמצע השנה, ועזב עם תלמידיו, האם צריך להחזיר שכרו שכבר קיבל מהישיבה?

האם מורה שחוזר בו באמצע שנת הלימודים מיקרי דבר האבוד?

האם רשאי מלמד תינוקות או מורה להתפטר בתוך תקופת עבודתו? ציין מקור ונמק.

שכר מלמד לבנו וחלה המלמד או אשתו ובניו?

ב"מ עז. "וכי תימא שאני ליה לרבי דוסא בין שכירות לקבלנות ומי שאני ליה והתניא 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 האבדוד ודברי הכל".

משנה עה: "שכר את החמר ואת הקדר להביא פרייפרין וחלילים לכלה או למת ופועלין להעלות פשתנו מן המשרה וכל דבר שאבד וחזרו בהן מקום שאין שם אדם שוכר עליהן או מטען".

וז"ל השו"ע "בד"א בדבר שאינו אבוד (שאינו צורך שעה בו, כי אף שיחזור בו הפועל ולא ימצא פועל אחר לשכור כי אם בדמים יקרים הרבה, יכול להמתין עד שימצאו פועלים לשכור כפי דרך שכירות הפועלים או מעט יותר, סמ"ע), אבל בדבר האבדוד (שהוא צורך שעה ויתקלקל אם לא יוגמר מלאכתו מיד, סמ"ע) כגון פשתן להעלות מהמשרה, או ששכר חמור להביא חלילין למת או לכלה וכיוצא בהם, אחד פועל ואחד קבלן (רמב"ם, כן משמע בגמ' דלא חילקו בין פועל לקבלן אלא בדבר שאינו אבד אבל בדבר האבד אין חילוק ביניהם, ב"י),⁷ אינו יכול לחזור בו {משרתת או עבד של בעל הבית מקרי דבר האבדוד, דבע"ה לא יכול לעשות מלאכה בעצמו, וע"י זה נאבד שלו (תה"ד), אולם בפנים סיים בצ"ע א"כ הדין עם השכיר דהמע"ה ונראה דהכל הוא לפי הענין לפי ראות עיני הדיין, ש"ך כ"ג, ובתניבות כתב

דלא נסתפק רק אם חשוב כדבר האבד של ממון ולענין שיהיה יכול לשכור עליהן אפילו לא באתה חבילה לידו אבל ודאי דחשיב כדבר האבד שאינו של ממון דודאי יש דברים שא"א להבעה"ב לעשות בלי משרתת) { א"כ נאנס, כגון שחלה } הוא או אשתו ובניו (תה"ד) { או ששמע שמת לו מת } ומיהו אינו צריך לשלם להם כל שכרם רק מה שעשו (דוקא כששכר לגמור הדבר שנהנה הבעה"ב במה שעשו, אף שהוצרך להוסיף על המקצת מ"מ חשיב נהנה כבסימן ש"י, נתיבות ט') וידם על העליונה (רא"ש וטור, כלומר שאינה על התחתונה וכן פירשו התוס' שדינו בכל דבר כדין פועל החוזר, ש"ך כ"ד). ואם חזר בעל הבית וקבלן לאחר שעבר האונס סתם, וחזרו ועשו אחר כך מלאכתן, צריך לשלם להן כל מלאכתן ואינו מנכה להן כלום (רא"ש), אבל בלאו הכי, מנכה לו כל ימי חליו או אנסו, אע"פ שלא חזר בו הפועל (תוס' קידושין י"ז) וה"ה למלמד שחלה שמנכין לו דמי חליו (סמ"ע): נראה דגם במלמד אם חזר בעל הבית וקיבלו בסתם ולא אמר לנכות לו דצריך לשלם כל שכרו, דזיל בתר טעם דעבד דאמרין מדלא התנה מחל לו ה"ה במלמד), ומיהו אם כבר קבל הפועל או המלמד שכרו י"א (רא"ש מרדכי ועוד) דאינו צריך להחזיר (וראה לקמן בש"ך) ... { ואם לא נאנס וחזר בו, (רשב"א -) אם היה מוצא פועלים אחרים לשכור כששכר את אלו ועכשיו אינו מוצא (לאפוקי אם גם מתחילה כששכרן לא היה מוצא פועלים אחרים לשוכרן למלאכה זו דלא מיקרי גורמי היזק דהא זולתן ג"כ נעשה לו ההיזק, סמ"ע כב) - שוכר עליהם או מטען } { ואם מצא פועלים אחרים לשכור והטעה את אלו, צריך ליתן להם כפי מה שפסק להן באחרונה (רשב"א ורא"ש, אהא דמסיים בברייתא בדף ע"ו ע"ב בד"א בזמן שאין שם פועלים לשכור, והקשה שם פשיטא ותירץ דקאי אמטען דאם ימצא אחרים לשכור וא"ל צא ושכור ואם הטען צריך ליתן להם התוספת וראה לקמן מה שהקשה הש"ך כ"ח, ובגר"א כתב דהטעם משום גרמי, דלא היה לו להטעות כיון שמלאכתו יוגמר עתה על ידי אחרים, סמ"ע) } 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".

האריך הש"ך (כה) בחילוקים שכתב הרמ"א בין חזר בעל הבית וקבלן לאחר שעבר האונס ובין אם כבר קבל הפועל או המלמד שכרו, דמקורם ברא"ש לתרץ הגמ' בב"מ דא"צ לשלם להם כל שכרם לקידושין י"ז דאמרין גבי עבד עברי חלה שלש ועבד שלש אינו חייב להשלים, וגם הביא שם בשם מהר"מ לתרץ כנ"ל בין הקדים לו שכרו או לא וכן הוא בתשובת מיימוני בשם מהר"ם שהגיד לו כן בעל החלום, אולם דברי חלומות לא מעלין ולא מורידין בזה ועוד דלא מסתבר כלל לחלק בין הקדים לו שכרו או לא דמה בכך שהקדים לו שכרו הרי לא נתנו לו אלא על דעת שיעשה לו מלאכה כפי הזמן ששכר עמו ולא דמי כלל לספינה זו וזו דלעיל, וגם החילוק שכתב הרא"ש אינו ברור דכי בשביל שקבלו בסתם יהא נמחל לו מה שלא עבד, אלא דגבי פועל בכל ענין מנכה לו ולא דמי לעבד עברי דהתם כיון דעבד עברי גופו קנוי לו בכסף או שטר וחזקה א"כ כל היכא דחלה ברשותא דמרה חלה משא"כ הכא, וכן הוא בתוס' בקידושין [וז"ל "יש שהיו רוצים לומר שאותן שכירים מלמדי תינוקות אם חלו חצי זמן כמו כן לא ישלימו כמו ע"ע כו' וקשה כו' וא"כ מלמדי תינוקות נמי אם חלו לא יקחו אלא מה שהרויחו דאין לדמותם כלל לע"ע דע"ע גופו קנוי לאדונו הלכך חלה שלש אינו חייב להשלים דא"י לעשות מלאכה יותר מיכלתו אבל מלמד אין גופו קנוי אלא שכר עצמו ללמוד עד הזמן וכשאינו יכול להשלים לא יטול אלא מה שהרויחו], וכן הוא בהגהת מרדכי שכתב כתוס' ולא חילק בין קבל השכר או לא משמע דבכל ענין אינו נוטל אלא כפי מה שלמד, וכ"ד התשב"ץ דמנכין לו משכרו לפי הזמן שלמד אפילו למד חצי ואע"ג דאמרין חלה שלש ועבד שלש אינו לחייב להשלים הני מילי גבי ע"ע שפרעו כל שכרו מתחלה בשעה שקנה אותו ואין שום חוב ממון עליו כדאמרין ע"ע גופו קנוי אך שגזירת הכתוב הוא שיוציא בגרעון כסף אבל מלמד שהוא כשכיר יום לעולם אין נותנין לו שכר מאשר לא עשה אע"ג דנאנס, וסיים הש"ך דנראה דבפועל אפילו השכיר עצמו לכל מלאכות מ"מ כיון דאין גופו קנוי לו שהרי לא נקנה לו בכסף ושטר וחזקה כקנין העבדים אין לו אלא לפי חשבון, ו"אורחא דמילתא נקט הריטב"א דמסתמא כשמשכיר עצמו לכל המלאכות מקנה את גופו בכסף או שטר וחזקה", אולם הקצות (י) למד בריטב"א שחולק על סיעת התוס' ודעימיה דסברי דפועל אפילו משכיר עצמו לכל מלאכות ובכסף ושטר וחזקה נמי אינו אלא פועל ולא עבד ואינו משלם אלא כפי מה שעשה, דעבד עברי אינו נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג ואינו אלא שעבוד בעלמא ואין משלם אלא כפי מה שעשה, אולם לריטב"א שיטה אחרת לחלק בין שנתעבד לכל המלאכות או לדבר הידוע ולשיטתו ה"ה בפועל שנסתעבד לכל מלאכות דין ע"ע יש לו.

הקצות (ט) כתב על חילוקי הרמ"א דהיינו דוקא בחלה מחצית אבל אם חלה רוב ימי השכירות אפילו הקדים שכרו או חזר וקבלו בסתם נמי מנכה לו כל מה שחלה, דהא מפרשי להא דתניא חלה שלש בהנך גווני ואפ"ה תני עלה חלה ארבעה מנכה לו, והיינו רוב ימי השכירות.

הקשה הש"ך (כח) דצ"ע בסיפא דמחבר מדוע השמיטו בעלי השו"ע דעת הרמב"ן דאפילו לא היה בע"ה מוצא פועלים אחרים שוכר עליהם או מטען (פת"ש) : משום דאין אדם רואה ממונו אבד ושותק ומסתמא טרח בתר פועלים, ואי טרח ומטפי להו אאגריהו קצת ודאי משכח, מיהו היכא שפועלים לא היו מוצאים להשתכר אינו חייב ליתן להם שכרם, דליכא למימר גבי פועלים אנא טרחנא ומתגרנא, דאפשר שיטרח כל היום ולא יוכל להשתכר), אולם בתשובת **ושב הכהן (פת"ש יא)** כתב דרוב הפוסקים חולקים על הרמב"ן בזה כמבואר מדברי הרמב"ם והסמ"ג, וכן נראה מסתימת הרי"ף רא"ש ועוד מוכח משם דמה שמבואר בדברי הרשב"א והשו"ע כאן דאם לא היה מוצא פועלים אחרים אינו שוכר עליהם, הוא לאו דוקא, אלא דאפילו יכולים לחזור לכתחילה (וכן משמע בש"ך בשו"ע).

עמש"כ המחבר דאם לא נאנס וחוזר בו שוכר עליו ומטען, כתב הש"ך (כט) ע"פ הרא"ש וש"פ דאפילו אם עדיין לא התחילו במלאכה כיון שהוא דבר האבוד שוכר עליהן או מטען דגם בקבלן אפילו אינו דבר האבוד יכול להטעותו אע"פ שלא התחיל עדיין במלאכה, אולם **הקצות (יא)** העיר דברא"ש מיירי בהתחיל הקבלן במלאכה, ועיין עוד **נתיבות (י)**.

עמש"כ הרמ"א ע"פ הרא"ש דאם מצא פועלים אחרים לשכור והטעה את אלו צריך ליתן להם כפי מה שפסק להו באחרונה, כתב הש"ך (ל) דמשמע ברא"ש דוקא כשהפועל יודע שיש כאן אחרים ואמר לבע"ה הרי לפניך אחרים לשכור דה"ל כמעמיד לו אחר במקומו ולפ"ז ניחא הא דכתב הרא"ש בתשובה דקבלן שחוזר יכול להטעותו אף אם היה מוצא פועל אחר ולפ"ז ניחא גם דאין הרא"ש חולק על הנ"י בשם האחרונים דהיכא דלא היה יכול לחזור אלא בתרעומות אינו נותן אלא כפי פסיקה ראשונה והובא ברמ"א שלב/ה ולא מסתבר לחלק בין בע"ה החוזר לקבלן החוזר אלא שאני הכא כיון דאמר ליה שכור מאלו, אבל מדברי הטור והרמ"א שלא כתבו דא"ל שכור מאלו משמע דס"ל דאין חילוק בזה וכ"כ בד"ה ועל כן כתב הטור ע"פ תשובת הרא"ש דיכול להטעות הקבלן אם אינו מוצא פועל אחר לשכור וס"ל דהרא"ש בתשובה לא ס"ל כמ"ש בפסקיו ואזלינן בתר פסקיו.

הקצות (יב) כתב דדברי בד"ה נכונים (וכ"ד **הנתיבות י"א עיי"ש**) דהטור כתב דבריו על פי דברי הרא"ש בפסקיו, דאילו דברי הרא"ש בתשובה מן הדין אינו יכול לחזור כלל אפילו מצא פועל אחר, ואילו אנן קי"ל דאפילו קבלן וגם התחיל במלאכה נמי חוזר כל שיש פועלים אחרים לפניו וכן בעל הבית בפועל חוזר כל שיש בעל הבית אחר, עיי"ש שהאריך בזה, ועוד כתב דמה שהקשה הש"ך דהרא"ש נגד דברי הנ"י בשם האחרונים והרמ"א פסק בסימן של"ב כנ"י דהיכא דיש לבעל הבית תרעומת הולכין אחר פסיקה הראשונה והכא פסק שצריך ליתן כפי מה שפסק באחרונה, אין כאן סתירה כלל, דהנ"י לא קאמר אלא היכא שהיה בתחלה קציצה ואח"כ חזרו פועלים בבעל הבית או להיפך בעל הבית בפועלים ופייסו בסתם, אמרינן דמסתמא נתרצו לקציצה ראשונה אע"ג דכבר חזרו, וכה"ג במקח עושין כדברי מוכר או לוקח, אבל בזה כיון שאין להם לחזור אלא בתרעומת אמרינן כל בסתמא לקציצה הראשונה הוא דנתרצו בכדי שלא יהיה תרעומת, אבל אם חזרו פועלים מקציצה הראשונה והלך בעל הבית ופייסניהו לפועלים ביותר מקציצה הראשונה ודאי צריך ליתן כפי דמים שפסק באחרונה כיון דיכולין לחזור, והיינו הך דרמ"א דהכא כיון שפסק להם בפירוש, אם לא היכא שהדין נותן להיות שוכר או מטען, אבל כל שאין רשות להטעות וכמו הך דיש פועלים לפניו וחזרו ובע"ה פסק להם בפירוש ביותר מקציצה הראשונה, ודאי צריך ליתן כפסיקה האחרונה ואין לו עליהם אלא תרעומת.

הפת"ש (ח) האריך בדין משרתת שדעת הרמ"א (לעיל) ע"פ תה"ד דמקרי דבר האבוד דבע"ה לא יכול לעשות מלאכה בעצמו ועיי' זה נאבד שלו, והש"ך (לעיל) ציין שבפנים התשובה סיים בצ"ע וא"כ הדין עם השכיר דהמע"ה וכתב דנראה דהכל הוא לפי הענין לפי ראות עיני הדיין, והביא בשם **ושב הכהן** לישב דעת הב"י והרמ"א דמש"כ בתה"ד דדבר זה צ"ע, היינו לענין שיכול לשכור עליהם ועיי' זה יוציא מהם כל מה שיצטרך ליתן יותר, בזה הוא דמסתפק כיון דאינו ברור כ"כ שהוא דבר האבד כשאר דברים המבוארים בש"ס, אבל לענין לחזור לכתחילה שפיר י"ל דאינו יכול לחזור, ואף שהוא ספק אם יפסיד בעה"ב ע"י חזרתו, גם כן אינו יכול לחזור ולגרום לו היזק מספק, והב"י והרמ"א שכתבו דמיקרי דבר האבד, היינו לענין זה שאינו יכול לחזור לכתחילה, אבל אם שכר עליהם ובא להוציא ממון מהפועל,

אה"נ שאינו יכול להוציא ממנו, וכן פסק במשרת החוזר בו בתוך הזמן, באם היה בעה"ב מוצא משרת אחר לשכור כששכר אותו ועכשיו אינו מוצא, לכתחילה אינו יכול לחזור, אבל אם חזר ושכר עליו אינו יכול להוציא ממנו מה שנתן יותר, אך אם לא היה מוצא משרת אחר לשכור כששכרו יכול לחזור אפילו לכתחילה, עיי"ש.

< כתב רע"א ע"פ תפ"מ דהמוסר דבר לחבירו לארוג וכדומה בקבלנות ואירע אונס לאומן י"ל דאין הבעה"ב יכול לטלו ממנו, דיכול לומר לא שכיר יום אנא ואעשה לך הפעולה אחר עבור האונס אם לא שרואים שצריך לזה לאותו הזמן כגון לצורך הרגל וכדומה.

פועל שעובד בחינם אצל בעל הבית האם יכול לחזור בו בחצי היום בדבר האבד?

כתב הרמ"א ע"פ המהרי"ק "פועל שעשה בחנם עם בעל הבית, יכול לחזור אפילו בדבר האבוד (ש"ך): פירושו שיאמר איני עושה בחנם אלא בשכר אבל פשיטא דאם זה רוצה ליתן לו שכר ואינו רוצה לעשות עוד אפילו בשכר והוא דבר האבוד כגון שהיו מתחלה פועלים אחרים ועתה אין כאן פועלים צריך לשלם לו כל הזיקו מדינא דגרמי".

מה הדין במלמד תינוקות או סופר האם יכול לחזור בו? (ראה לעיל) ומה הדין אם השתעבד הפועל בקנין? (ראה סוף סע' ד) הסבר את הטעמים (גם ראה לעיל).

עוד כתב הרמ"א באמצע הסעי' "מלמד החוזר בו מקרי דבר האבוד, וכן סופר המקבל לכתוב ספר אחד וחוזר בו, מקרי דבר האבוד (תשובת מיימוני ומרדכי, דספר הנכתב בכתבת יד שני סופרים הוא מנומר ומיקרי מקולקל). 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 (ירו' ומרדכי). שכר עצמו לזמן, יש לו דין פועל (נפק"מ באם יש פועלים אחרים לשכור מהן כבסעי' ז', סמ"ע כ"א); אבל אם שכר עצמו ללמוד ספר או חצי ספר, יש לו דין קבלן (הגהות מיימוני), וע"ל סימן של"ד ושל"ה מדיני מלמד".

עמש"כ הרמ"א דמלמד החוזר בו מקרי דבר האבוד, כתב הש"ך (כו) דהטעם שכל עת ורגע שהתינוק הולך ובטל הוא פסידא דלא הדר, ולפי"ז במלמד אם מעמיד לו מיד מלמד אחר יכול לחזור בו וכן בשכרו לכתוב ספר נמי אם ידוע דלית קפידא בכתבת ידי ב' סופרים כגון שמתחלה שכר ב' סופרים לכתוב הספר וכה"ג יכול לחזור בו, ולזה כתב הרמ"א בסמוך במלמד ששכר עצמו לזמן יש לו דין פועל ובשכר עצמו ללמוד ספר יש לו דין קבלן ונ"מ אם מעמיד לו מלמד אחר, וכן הדין אם אין האב רגיל לדחוק עצמו על שכירות מלמד בזמן מועט כזה עד שיזדמן לו לא הוי דבר האבוד. [הגר"א ציון למקור לכך שמלמד החוזר בו מקרי דבר האבוד לב"מ ק"ט ע"א ד"אמר רבא מקרי דרדקי שתלא טבחא ואומנא וספר מתא כולן כמותרין ועומדין דמי כללא דמילתא כל פסידא דלא הדר כמותרין ועומדין דמי", ולתוס', שכתבו שם שלרש"י הטעם בספר מתא משום דשבשתא כיון דעל דעל על "לכך חשיב פסידא דלא הדר" ולתוס' "לפי שבאותה שעה שלימדו שיבושים נתבטל לו לימוד של אמת"].

כתב בפסקי המשפט (כא) שמורה שחתם להנהלת ביה"ס שלא יעזוב משרתו, אסור לעזוב בתוך השנה, אע"פ שהש"ך (יד) הכריע להלכה שפועל יכול לחזור בו אפילו אם עשה קנין, מ"מ בדבר האבוד (כדלעיל במלמד) קי"ל כחכמת שלמה שהש"ך יודה שאינו יכול לחזור בו, ולכן אם עוזב בכל זאת מותר להנהלה לשכור מורה אחר ולהוסיף על שכרו יותר מכדי שכר הראשון והראשון ישלם ההפרש [אולם אם ביה"ס פועל בדרך כלל ע"פ חוקי הממשלה יש לברר מה החוק למקרה כזה, כי מסתמא נשכר על דעת כן].

[מה הדין במי שהזמין מונית או הסעה בטלפון ולאחר מכן ביטלה?]

כתב בפסקי המשפט (ב) ע"פ אמרי יעקב (סימן יא, ביאורים לסעי' כא) שהעולה שהזמין בעל מלאכה ולאחר מכן חזר בו וביטל את ההזמנה חייב לשלם לו שכר כפועל בטל אם נתקיים אחד מג' התנאים א' עשו קנין ב' התחיל בעבודתו ג' אם הפסיד הפועל שבתחילה היה מוצא עבודה אצל אחרים וכעת כבר לא ימצא מי שישכרו, אולם אם מבטלו משום אונס אין צריך לשלם לו אלא על מה שעשה בלבד. [אם לא נתקיימו אחד מג' התנאים ומצד שני אין אונס אף שיכול לחזור בו אולם לכתחילה אסור לשנות בדיבורו ולחזור בו משום מחוסר אמנה, אם לא שהשתנה המצב והתנאים במציאות, ע"פ סמ"ע א'].

לפי"ז מי שהזמין מונית או הסעה ואח"כ ביטל, וכעת לא ימצא נוסע אחר או שכבר התחיל ליסוע למקום המזמין ובעצם התחיל עבודתו חייב לשלם, אלא דנחלקו הפוסקים, דעת הנהגות (שט"ז, ב) שאינו חייב לשלם לו כל שכרו אלא כפועל בטל שהוא כמחצית שכר הואיל ובעל המונית נהנה במה שאינו צריך לעבוד (אמנם על חלק הנסיעה שכבר התחיל חייב לשלם לו שכר מלא) ודעת הקצות (שם, א) שחייב לשלם לו כל שכרו שהרי המזמין יכול לקיים את השכירות ולנסוע במונית ואף הנהג מזמין לעשות מלאכתו, ושאינו בסעי' הכא דאי אפשר לבע"ה לקיים השכירות והרי זה חשוב כקצת אונס (ומ"מ יש לנכות מהתשלום את עלות הדלק והוצאות נוספות). כאמור הדברים אמורים כשביטל שלא מחמת אונס כגון שהאפשר לנסוע עם חברו בחנם או שמצא הזמנה יותר זולה, אך אם ביטל משום שאינו חש בטוב או משום שאין לו כבר צורך בנסיעה הכל מודים שאין המזמין צריך לשלם כלל ובאופן זה מותר לכתחילה לבטל ואין בזה משום מחוסר אמנה. [עיי"ש עוד לגבי ביטול תור אצל רופא שדעת מנחת צבי ועוד יש לשלם לרופא שכר מלא או קרוב לזה כיוון שהרופא אינו מרוויח כלום במה שלא קיבל קהל שהרי ייעוץ רפואי אינו כרוך בשום טירחה ובפרט שבלאו הכי נמצא במרפאה, ובשם הגריש"א כתב שאולם על הרופא מוטל לפרסם בפני הלקוחות שבמקרה זה חייבים לשלם].

סעיף ו

משנה ב"מ עה: "שוכר עליהן" ובגמ' עה. "עד כמה שוכר עליהם אמר רב נחמן עד כדי שכרן איתיביה רבא עד ארבעים וחמשים זוז אמר ליה כי תניא ההיא שבאת חבילה לידו" ופירש רש"י "עד כדי שכרן. אם עשו אצלו קצת המלאכה ולא קבלו כלום שוכר עליהם כל מה שהוא חייב להם יוסיף לאחרים ויגמרו. שבאת חבילה לידו. אם יש בידו משלהן הרבה כדרך האומנים המקבלים עליהם מלאכה מביאים כלי אומנות לבית בעל הבית".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "כיצד שוכר עליהם, [שוכר] 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, אע"פ ששכר הפועל בשלשה או ארבעה {ואם לא שכר עליהם אחרים אין הפועלים חייבים לשלם לו הזיקו (נ"י), וי"א (מרדכי בשם מהר"ם) הא דשוכר עליהן עד ארבעים או חמשים זוז היינו דווקא שתפס כלי אומנותם אבל שאר דברים לא, (תה"ד -) ודוקא בדבר האבוד שאינו ממון כגון מלמד או כדומה לזה, אבל בדבר האבוד של ממון, צריך לשלם לו כל הזיקו".

גבי 'עד כדי שכרן של הראשונים' כתב הסמ"ע (כה) דדעת רש"י אם שכרו לפועל ב' דינרין ליום וחזר באמצע היום שוכר עליהן ונותן לשני ב' דינרין, אולם הרמב"ם והטור ס"ל כרא"ש עד כדי הכפל משכר הראשונים, והרא"ש הקשה אפירוש רש"י, דלפירושו אם כבר נתן להן השכירות או עדיין לא התחיל במלאכה לא יהיה קנס על הפועל אפילו בדבר האבד, ולרא"ש אין חילוק בין כבר נתן להן השכירות או לא נתן עדיין, וכ"ד הש"ך (לב) ותמה על רי"י שפסק עד כדי מה שבע"ה תפוס משכרן והוא פרש"י והכריע כנגד רבו הרא"ש, והכי מוכח בירו'.

כתב הש"ך (לג) ד'אם היה לו ממון' הוא לשון הרמב"ם ומשמע דאפילו לא נתנו לו הממון בתורת משכון ולא הקנו לו הממון בקנין וכן משמע מדברי התוס' טור ופוסקים ודלא כסמ"ג. עוד משמע (לד) דאפילו ממון אחר שאינו כלי אומנות וכן יש ללמוד ברש"י, והמהר"ם במרדכי שהביא הרמ"א דס"ל דחבילתן דוקא יחיד הוא נגד כל הני רבוותא עיי"ש, ובדעת המהר"ם ביאר (לח) דבכלי האומנות סמכה דעתה טפי ולכך יכול לתפוס אפילו יותר מכדי שכרן מה שחייבים לפי הדין אבל שאר דברים אינו שוכר עליהם עד מ' ונ' אלא עד כדי שכרן ואפילו דבר אחר יכול לתפוס עד כדי שכרן, ואין הלכה כמותו כנ"ל.

עמש"כ המחבר 'עד ארבעים וחמשים' פירשו הסמ"ע (כו) והש"ך (לה) ע"פ הרמב"ן דר"ל כשיעור שדרך בעלי בתים לשכור לעת הצורך למלאכתן שלא תאבד, וממילא שיעור מ' ונ' לאו דוקא הוא, אלא כפי דרכן של בע"ה וכפי הענין של דבר האבד להוסיף או לגרוע משיעור מ' ונ', וכן דעת הרמב"ם ולא כמ"ש בב"י ברמב"ם דארבעים וחמשים גוזמא הוא וא"כ מה לי ארבעים וחמשים מה לי מנה, ולרמב"ן אם שכרן במנה אינו משתלם ממנה שאין זו שכירות אבל עד מ' ונ' דרך בעלי בתים לשכור כן בדבר האבד.

עוד כתב הש"ך (לט) דנראה שהרמ"א למד בנ"י דמיירי בדבר האבוד שאינו ממון, אבל באמת בנ"י משמע דאפילו הפסיד לו ממון אינו חייב לשלם לו הזיקו וכן משמע ברמב"ן, ומ"מ נראה דלא פליגי

דהרמב"ן ונ"י מיירי שהיה מוצא לשכור אלא שהמתין ולכך לא ישלמו מה שהפסיד בהמתנתו ותה"ד מיירי שלא היה מוצא לשכור או שנפסד מיד.

הנתיבות (יד) למד דלמחבר אין חילוק בין דבר האבד של ממון או שאינו של ממון ובכולם אינו שוכר עליהן רק עד כדי שכרן בלא באתה חבילה לידו, והי"א ברמ"א חולקין וס"ל בדבר האבד של ממון חייב לשלם כל ההיזק מדינא דגרמי, וממילא שוכר עליהן אפילו בלא באתה חבילה לידו עד כדי שינצלו הפועלים מההיזק. [החזו"א פסק שפועל שביטל הסכם שכירות וגרם עי"ז הפסד ממון לבעלים פטור לשלם מדינא דגרמי וכנתיבות במחבר, והאריך להוכיח שדעת ההג' אשר"י שעליו ביסס הרמ"א דבריו שמחייב את הפועל שחזר בדבר האבוד של ממון, הוא שלא כדעת רבים מהרא"י, ואף מסברא דאין לחייבו מדין גרמי שעל פי רוב אין הפועל גורם הפסד בחזרתו, פסקי המשפט (ל), אכן הביא שם בשם הגריש"א לחייב נהג מונית שאיחר ברשלנות את הפסד הטיסה או התוספת לכרטיס חדש מפני שנחשב לגרמי].

סעיף ז

ע"פ הברייתא בב"מ עו: פסק בשו"ע כהמשך להנ"ל וכלשון הרמב"ם "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, ושמין לשכיר מה שעשה, ולקבלן מה שעתידי לעשות".

סעיף ח

אמר לאומן עשה לי דבר פלוני, ועשאו האומן והקונה לא רוצה לקחתו, האם מחויב לשלם

וכמה?

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "אמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד, יפסיד, חייב ("לפרוע לאומן משום דינא דגרמי מידי דהוה אהלכו חמרים ולא מצאו תבואה פועלים ומצאו שדה לחה נותן להם שכרם כיון שהפסידו על ידו מלאכת היום הכא נמי על פי דבורו הפסיד", טור בשמו)".

כתב הסמ"ע (ל) דמדוקדק מהרא"ש דהטיפול מוטל על האומן למכור הכלי, רק הפסידא שיהיה לו כפי הפיסוק שפסק עמו הבע"ה מתחילה מהכלי צריך להוסיף לו על הדמים שיקבל האומן, וכתב הש"ך (מא) דהיינו דוקא בשעשה האומן משלו אבל עשה משל בע"ה אם כן כיון דס"ל אין אומן קונה בשבח כלי וכסימן שוב הרי הכלי של בע"ה ואין הטירחא מוטל על האומן למכרו.

הקשה הנתיבות (טו) למה הוצרך שיהיה דוקא דבר שאם לא יקחנו מיד יפסיד דהיינו דבר האבד, ואילו בסימן שלו/ב מבואר דאפילו בציוה לו לעשות דבר של הפקר ואמר שכרך עלי חייב לשלם ואינו יכול לומר טול מה שעשית בשכרך, וכתב דלכן נראה דדוקא בשכירות פועל דאין צריך קנין חייב דמזה מיירי בסימן של"ו, והכא מיירי שלא אמר לו שיעשה בתורת שכירות, רק שאמר לו שאחר שיעשהו לעצמו יקנהו ממנו בתורת קנין לפי שוויו דאז לא נעשה שלוחו להתחייב תיכף, רק בדבר האבד חייב מטעם גרמי.

אדם שעבד במוסד בתנאים מסויימים שנה אחת ואחר כך המשיך שנה שניה, אימתי אמרינן שזוה לפי התנאים הראשונים? ומה הדין אם התחלפו מנהלי המוסד? ומה הדין בשוכר שהמשיך בשנה שניה מבלי לדבר על תנאים?

ראובן חתם חוזה עבודה לשנה עם חברת חי טק, הנ"ל קיבל משכורת חודשית ותנאים נלווים נוספים כגון רכב, מגורים וכד', מה דין השכירות והתנאים הנלווים לאחר שנה כאשר הנ"ל המשיך לעבוד ללא כל דיבור על תנאי העסקתו? כאשר סיכמו שהמשכורת תמשיך כדאשתקד ולא דיברו על התנאים הנוספים? כנ"ל ונעשה שינוי בגובה המשכורת?

ע"פ ריב"ש ומהרי"ק כתב הרמ"א "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".

כתב הסמ"ע (לא) דמש"כ עם מנהיגים שניים, לרבותא כתב כן, דמכל שכן אם נשכר שנית עם מנהיגים ראשונים שיודעים מהתנאי משעה ראשונה, וכ"ד הש"ך (מג) דכן הוא בריב"ש.

כתב הש"ך (מב) דמדובר שהשכיר עצמו בסתם להיות אצלם עוד שנה הלכך אמרינן כיון שלא התנה ודאי על תנאי הראשון הזכיר וע"ז מיייתי הריב"ש שפיר ראיות, אבל אם השכיר עצמו וקצב סך השכירות ולא הזכיר התנאי ודאי אמרינן שפיר דמדקצבו השכירות ולא התנאי אם כן לא על התנאי שכרוהו דה"ל כקציבה חדשה, ודלא כלבוש שכתב דמדובר שחזר והשכיר עמהם בשנה השנייה בין גרעו או הוסיפו בשכירות בין לא גרעו ולא הוסיפו לו, וצ"ע מנ"ל הא.

כתב בחמדת שלמה (פת"ש יד) דמשמע בסיפא דהש"ך דהיכא דקצבו השכירות הוי כקבלה חדשה ובטל התנאי הראשון, א"כ ה"ה דהגבלת הזמן שקיבלו בראשונה לש"ך רק על ג' שנים בטלה ג"כ, ולא אמרינן דגם עכשיו קיבלוהו רק על ג' שנים.

עמש"כ הרמ"א דאם עמד בשתיקה לא אמרינן דנשאר על תנאו הראשון, כתב הש"ך (מד) דדין זה צ"ע והראיה שהביאו הפוסקים בתשובותיהם מכתובות צ' גבי קטן שהשיאו בתוספת כתובה שאין לאשתו תוספת כתובה א"כ חדשו ר"ל דוקא התם משום שהמעשה בטל מתחלה דמקטן לית לה תוספת כתובה משא"כ הכא שהשכירות הראשון קיים, וכן הוא בתשובת רב האי גאון שהמשכיר בית לחבירו לשנה לסך ידוע ועמד שם ביותר שאינו חייב לפרוע ממה שעמד אלא כמו סך השנה ראשונה כיון ששתקו ואע"פ שהוקר השכירות, ואולי סובר הרמ"א דכיון שלא שכרוהו הקהל מחדש הו"ל כש"ך בלא קציצה וא"כ גם השכירות לא ישלמו לו כבראשונה רק יהא כש"ך בלא קציצה וכדין פועלים בלא קציצה שמשלם כפחות שבפועלים, וצ"ע.

כתב הנתניבות (טז) דאין להקשות דא"כ אם הוזלו שכירות בתים דצריך לשלם השוכר כפי הפסיקה הראשונה שהיה ביוקר, ואמר השוכר למשכיר להכי שתקתי דמה היה לי היזק שהנחת אותי לדור בביתך, דזה אינו, דדוקא בבית דיש ביה משום גזל כשדר בלא שכירות, להכי אמרינן דודאי היתה דעתו אשכירות ומדלא פסק אמרינן דאדעתא דפסיקה הראשונה דר, משא"כ בש"ך דאין בו משום גזל כששומעין אותו כשמתפללין יכולים לומר מה היזק היה לנו.

< ע"פ תשובת המיוחסת לרמב"ן כתב הרמ"א "האב שהשכיר בנו למלאכה, אע"פ שאינו מעלה לו מזונות, ודאי ניחא ליה במה שעושה האב ונוטל כפי מה שקצב האב, עד שעה שיחזור בו", וכתב הש"ך (מה) דמשמע מלשון הרמב"ן דמסתמא כיון שידע בתנאי האב בקציצתו ונכנס במלאכה מסתמא ניחא ליה במה שעשה האב כיון שלא מיחה, וגם הרמ"א מייירי בהכי שידע בתנאי האב בקציצתו ולפ"ז אב לאו דווקא אלא ה"ה אחר שהשכירו וידע בקציצתו של האחר, וגם נראה שא"צ לידע סך הקציצה רק שידע שבע"ה או אחר קצץ עמו ונכנס במלאכה א"כ מסתמא ניחא ליה בכל מה שקצץ עמו האב או האחר כן. בנתיבות (יז) כתב שבתשובת הרמב"ן מבואר בהדיא דדין זה הוא דוקא בבן, ובלא"ה קשה למאי נפק"מ במה שנוטל קצבת האב עד שעה שיחזור, דהא קודם שיחזור אפילו אי נימא דלא נתקיים קצבת האב מ"מ לא יהא אלא בלא שכירות הא אינו נוטל אלא בפחות שבפועלים, וע"כ צ"ל דמייירי שקצב בזול יותר מפחות שבפועלים, ולפ"ז יש נפק"מ רבתי, דבאחר כשידע שקצץ עמו האחר ולא ידע בקצבתו, אף שיעשה עמו מלאכה על סמך קצבתו של זה, מ"מ הא לא עדיף האחר משליח גמור, שאם נתאנה שהמקח בטל ואפילו בכל שהוא, דיכול לומר לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי, וכיון שקצבתו נתבטלה והוי כעשה עמו בלא קצבה, ממילא נוטל כפחות שבפועלים, משא"כ באב אמרינן דמסתמא מינח ניחא ליה על כל מה שיעשה האב, והוי כהתנה עם אביו בין לתקן ובין לעוות והקצבה קיימת ואינו נוטל רק כקצבת האב.

מה הדין בבעל בית שפיטר את הפועל בלשון "לך מעמדי" האם חל?

מלמד או מורה שפוטר בתוך תקופת עבודתו על ידי המעסיק, במכתב פיטורים או בעל פה, האם זכאי המעסיק לחזור בו מן הפיטורים ולדרוש ממנו לחזור להשלמת תקופת עבודתו? כיצד הדין בפועל בכגון זה. הסבר.

בעל הבית ששכר פועל ושילם לו מראש ואח"כ אמר לו לך ממני, האם חייב להחזיר מה שקיבל ולא עבד? מה הדין אם אמר זאת דרך כעס?

כתב הרמ"א בסוף הסעיף "מלמד אצל בעל הבית שאמר לו בעל הבית לך מעמדי, ונתרצה המלמד, יוכל הבעל הבית לחזור בו ולעכבו, דאינו יכול למחול שעבודו של נער (תשובת רשב"א רי"ו ועוד, שזכין לקטן ואין חבין לו, גר"א), מיהו בשאר פועל, אם אמר לו בפני שנים (לאו דווקא וה"ה אם א"ל כך בינו לבינו ומודה בכך הוי מחילה דלא איברי סהדי אלא לשיקרא, ש"ך מ"ח) לך מעמדי פטור בלא מחילה (רי"ו) ויש אומרים אם אמר לו דרך כעס, שאינו פטור (רי"ו בשם י"א).

כתב הש"ך (מו) גבי הרישא דיכול בע"ה לחזור בו, דדעת מהרשד"ם לחלק בין אמירה לכתיבה דכתיבה מהני ונמחל שעבודו, ואין דבריו נכונים. הנתיבות (יח) ביאר דדעת מהרשד"ם כסיעת הרשב"א לקמן דהדין כן בכל פועל משום דפועל גופו קנוי ולא מהני בלא קנין ולזה כתב מהרשד"ם דכתיבה מהני, דלטעם השני שאינו יכול למחול שעבודו של נער ודאי דאפילו כתיבה לא מהני, ועי' השיגו הש"ך וס"ל דלך מעמדי לשון גרוע הוא ואפילו כתיבה לא מהני.

על חילוק הרמ"א ע"פ רי"ו דבשאר פועל פטור בלא מחילה כתב הש"ך (מו) דאע"ג דבדברי מהרי"מ רשב"א ומרדכי משמע דאפילו בשאר פועל לא מהני אם אומר לו לך משום דגופו קנוי לו כמו עבד עברי דמדמי פועל לע"ע בב"מ י' מ"מ לא קי"ל כמהר"מ בהא דפשיטא דנהי דפועל יש לו דין ע"ע היינו לקולא שיכול לחזור בו אבל לא שיהא גופו קנוי לו וכן משמע בתוס' קידושין י"ז (שהובא בסקכ"ה), וגם נראה דמהר"מ גופא לא סמך אהך טעמא אלא עשה אותו סניף לטעם האחר ועיקר טעמו משום דאינו יכול למחול שעבודו של נער.

עמשי"כ הרמ"א בשם רי"ו דבשאר פועל באמר לך מעמדי פטור בלא מחילה כתב הש"ך (מט) דאע"ג שכבר קיבל כל השכירות א"צ להחזיר כלום, ובתשובת ושב הכהן (בפת"ש טז) חלק דלענין ממון משמע ברש"י ושא"ר דזיל לחוד לא מהני עד שיאמר ואין לי עליך כלום, ובש"ך צ"ל דמפרש ברשב"א ורי"ו דזיל לחוד מהני גם לענין ממון, מחמת שמוכח מהש"ס שם להדיא דהיכא שאין גופו קנוי פטור מהממון שמגיע להאדון, וליתא דלא מוכח מידי, די"ל שאני התם גבי עבד עברי דיוצא בגרעון כסף בע"כ של האדון, וא"כ לענין מאי אמר לו זיל, ע"כ לפוטרו מהממון.

עמשי"כ הרמ"א דאם אמר לו דרך כעס שאינו פטור, כתב הפת"ש (יז) שהתורת חיים חולק ואילו המהרי"ם מבריסק סתר דבריו. בתשובת חת"ס כתב בנידון שהיו כל הקהילה במריבה ואמרו שמחולים, לכ"ע לא מהני, דגם התו"ח לא אמר דבריו אלא בעושה מעשה בפני ב"ד ועדים, אבל הכא לא היה שם ב"ד ועדים כי כל הקהילה נוגעים הם ולכ"ע פטומי מילי בעלמא הם.

< כתב בהג"מ בשם הסמ"ג (בב"י של"ד) דמי ששכר מלמד ע"י קנס חייב לשלם הקנס אע"פ שלא הקנה דדמי לאם אוביר ולא אעביד, וכתב הב"י דצ"ע, וכתב הש"ך (מט) דנראה כוונתו בצ"ע דווקא עמשי"כ 'אע"פ שלא הקנה', ואזיל לטעמיה בסימן ר"ז דיש מחלוקת הפוסקים אפילו במקום דקניא אסמכתא אי בעי קנין, והש"ך כתב דבמלמד ושדוכין כ"ע מודו דלא בעי קנין וכדמוכח דברי כל הפוסקים דמדמי לה לאוביר ולא אעביד אשלם במיטב.

סימן שלד - השוכר את הפועל להשקות השדה והשוכר מלמד וחלה בנו

סעיף א

מה הדין שכר פועל להשקות שדה מנהר ופסק מנהר או עלה מנהר או ירדו גשמים?

ב"מ עז. "אמר רבא האי מאן דאגר אגרי לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא אי לא עביד דפסיק פסידא דפועלים עביד דפסיק אי בני מתא פסידא דפועלים לאו בני מתא פסידא דבעל הבית".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "השוכר את הפועל להשקות השדה מזה מנהר, ופסק מנהר בחצי היום, אם אין דרכו להפסיק, או אפילו שדרכו לפסוק והפועל יודע דרך מנהר, פסידא דפועל ואין בעל הבית נותן לו כלום, אף על פי שגם בעל הבית יודע דרך מנהר. אבל אם אין הפועל יודע דרך מנהר, ובעל הבית יודע, נותן לו שכרו כפועל בטל {רא"ש וטור -} וכן בכל אונס שאירע לפועל, בין ששניהם היו יודעין שדרך האונס לבא או ששניהן אינן יודעין, הוי פסידא דפועל, אבל אם בעל הבית יודע והפועל אינו יודע, הוי פסידא דבעל הבית. ואם הוי מכת מדינה, עיין לעיל סימן שכ"א".

ביאר הסמ"ע (א) דבפסידא דפועל דאין הבעל הבית נותן לו כלום פירשו אפילו כפועל בטל אינו נותן לו, והטעם כתבו הטור והרמ"א דלעולם לא יתחייב בע"ה א"כ הוא היה יודע והפועל לא היה יודע דה"ל לבע"ה לגלות לו ולהתנות, אבל אם שניהן יודעין או שניהן אינן יודעין הפועל מפסיד, שהמוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחתונה.

הסמ"ע (ב) למד במש"כ הרמ"א "ואם הוי מכת מדינה עיין לעיל סימן שכ"א" דבמכת מדינה משלם כל שכרו ויד הפועל על העליונה (מכך שלא ציין לסימן שכ"ב) וכמהר"ם במלמד, ודחהו שם הסמ"ע, וגם ה^{נתיבות} (א) כתב דבאמת הדין לכאורה תמוה מאד, מהיכי תיתי יהיה עדיף מכת מדינה מאילו איתרמי האונס בבעל הבית דהוי פסידא דפועל, דהא ה"נ הבעל הבית לא פשע מידי דהוי כאילו שניהם אינן יודעין מהאונס, ואדרבה מצינו שמכת מדינה הוא מגרע כח הפועל, דהא בחכירות בסימן שכ"א אף שבשאר אונס אינו מנכה לו, ובמכת מדינה מנכה לו, וכן בשכירות בית למאן דס"ל בנשרף הבית דחייב לשלם כל השכירות, מ"מ במכת מדינה פטור, ואילו במלמד בסימן שכ"א והכא משמע מדברי הרמ"א דמכת מדינה מאלם כח הפועל שחייב לשלם לו אפילו בדבר שלא היה לבעל הבית לידע יותר מפועל, וי"ל דכוונת הרמ"א כאן דבפועל כגון בפסק מנהר ויש לו טירחא יתירה, או שנתמעט הטירחא, בדין חזרה קאי, ואף אם הפועל רוצה לעבוד שיוסיפו או שימעטו לו משכירותו כפי שנתרצה או שנתמעט הטירחא והבעל הבית אינו רוצה, או שהוא להיפך שהבעל הבית רוצה והפועל אינו רוצה, אין אחד יכול לכוף לחבירו ובדין חזרה קאי, משא"כ מכת מדינה בדין ניכוי קאי כמ"ש הרמ"א בסימן שכ"א דכל אחד יכול לכוף את חבירו שיגמור העבודה ובדין ניכוי, אבל לענין לשלם כל השכירות ודאי דאף הרמ"א סובר שפטור כמ"ש כאן, ולא הביא בסימן שכ"א דברי המרדכי בשם מהר"ם במלמד רק להוכיח דעתו דמכת מדינה שייך גם על להבא, שלא כמהר"ם פאדוה דס"ל דמכת מדינה לא שייך רק בלעבר ולא להבא אבל אינו פוסק כוותיה כדמוכח כאן גבי מלמד באירע דבר שנפטר בעל הבית (וראה סוף שכ"א/א גבי שאלת התשלום לפועלים שהתבטלו ממלאכתם עקב המגיפה).

כתב רע"א ע"פ תשובת הרמ"א בהא דאם דרך מנהר פסידא דפועל דאם חזר בעה"ב ואח"כ אירע אונס צריך לשלם דכבר נתחייב.

אם מת השוכר האם יורשיו חייבים לשלם עד תום שנת השכירות?

עוד כתב הרמ"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), דבפועל אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה ה"נ הבע"ה הבא להוציא מבאי כחו דהמת) מיהו יש חולקין (רשב"א, דשאני שכירות בתים דה"ל כמכר לו הבית כל אותה שנה ואף על גב דקיי"ל דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף מ"מ אין השוכר רשאי לצאת משם) - לכן אם קבל השכר כולו, אין צריך להחזיר כלום, כן נראה לי (ע"פ תה"ד והביא ראיה מדין ספינה זו ללין זה, סמ"ע ע"פ הדרכ"מ)".

כתב הש"ך (ב) דמשמע בתה"ד (וכן הכריח בדרכ"מ) דאם קיבל השכר א"צ להחזיר לו כלומר מן השכר כולו אבל כפועל בטל מחזיר לו, מיהו כאן בהג"ה משמע דא"צ להחזיר אפילו כפועל בטל, ולענין דינא עיקר כמרדכי ומהר"מ ואע"ג שבב"י ס"ס שיי"ב פסק כרשב"א כבר סתר הב"ח דבריו והוא דעיקר ראיית הרשב"א הוא מכח דשכירות ליומא ממכר הוא, ואילו התוס' ב"מ נ"ו ועוד רא' כתבו דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא אלא באונאה דרבי קרא ולא בשאר דוכתי, ועוד דאפילו אי אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא אין היורשים צריכין לשלם די"ל דלכל יומא ויומא ממכר הוא, ועוד י"ל דאטו במכירה גופא כשיש אונס בדבר והוא בענין שה"ל להמוכר להתנות מי לא נתבטל המכר וה"נ כיון דטעמא הוא דבע"ה הוי כמו פועל וה"ל להתנות בטל השכירות, מיהו אם כבר קבל השכירות א"צ להחזיר מטעם דכיון דנתן לו שכרו נתרצה לו שיהיה שלו אפילו יארע אונס, אלא דנפק"מ שצריך להחזיר לו כפועל בטל מה שהבית פנוי לו לעשות בו מה שירצה.

הנתיבות (ב) הקשה על שיטת הרמ"א בשם היש חולקין, דהא פסק בסימן שיב/ז בנפל הבית דאינו חייב לשלם ולא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא, וכתב די"ל דהתם הריעותא בבית והוי כמום במקח ובדין חזרה קאי, משא"כ כאן שהריעותא הוא בשוכר הבית מה לו לבעל הבית בכך.

כתב בפסקי המשפט (ו) דאם רוצה השוכר להפסיק השכירות מחמת אונס דעת **ערוה"ש** (יב) שחייב לשלם על כל התקופה ודעת **האבני נזר** (חו"מ כה) שפטור אא"כ שילם מראש, שלשיתנו שכירות ליומא ממכר' נאמר רק לענין אונאה כדעת התוס' ודלא כרשב"א, וכ"פ למעשה **בעמק המשפט** אך רק טענת מיתה ומחלה הוו אונס, ואם עוזב שלא מחמת אונס האם מנכה לו כפועל בטל להמשך השכירות לדעת **הקצות** (שטז, א) צריך לשלם את כל השכירות ולדעת **הנתיבות** (שם, ב) מנכה לו כפועל בטל שמ"מ נהנה המשכיר שהבית פנוי, אך אם יכול להשכירו לאחרים למשך התקופה שנשארה לכ"ע אין השוכר חייב לשלם על התקופה שלא דר בה. לכן, אם מבטל הזמנת נופש מחמת אונס כתב (ז) שבמקרה שלא נערך הסכם והזמין נתן דמי קדימה (שנחשב כקנין כמבואר בסימן ר"א) תלוי במח' הנ"ל אם חייב לשלם אך לכ"ע יכול לנכות מדמי השכירות את הוצאות החשמל, ובאופן שיש הפסד לבעל הדירה כגון שביטל סמוך לזמן הזמנתו ייתכן שחייב על כל התקופה וכשכירות פועלים (בסימן של"ג), אך אם ביטל מחמת אונס פטור גם באופן זה.

< גבי מש"כ הרמ"א בברחו אנשי העיר מחמת שינוי אויר ראה סימן שכא/א.

סעיף ב

ב"מ עו: "אמר רבא האי מאן דאגיר אגירי לדוולא ואתא מיטרא פסידא דפועלים אתא נהרא פסידא דבעל הבית ויהיב להו כפועל בטל".

עוד **שם** "אמר רבא האי מאן דאגר אגירי לרפקא ואתא מטרא ומליא מיא אי סיירא לארעיה מאורתא פסידא דפועלים לא סיירא לארעיה מאורתא פסידא דבעל הבית ויהיב להו כפועל בטל" ופירש **רש"י** "סיירא לארעא מאורתא. והולך הפועלים שם וראוהו ולא הבינו שהיתה לחה או שירדו גשמים בלילה לית להו כלל דהא חזו אינהו גופייהו ועל מנת כן נשתכרו לו והרי לא יכולים ולא היה להם לילך בבוקר. לא סיירוהו מאורתא. עליו היה לתת לב לדבר ולהודיעם אם תמצאו שדה לחה לא אתן לכם כלום ויהיב להו כפועל בטל. פסידא דפועלים. גשמים שירדו הפסד פועלים הוא דלא יהיב להו מידי דאמר להו מזליכו גרם. לא סיירא מאורתא פסידא דבעל הבית. דאמרי ליה מי יימר דאדעתא דההוא ארעא אגרת", אולם דעת **הרמב"ם** שב"ע"ה ביקר לבד וכ"ד **הרמ"ה** דכיון שלא ראה אותה פשע.

וז"ל **השו"ע** "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 שכרן, מן השמים נסתייעו { שכר פועלים לחפור שדהו ובא מטר בלילה בענין שאינן יכולין לחפור, אם לא ראו הפועלים הקרקע, פסידא דבעל הבית הוא, דהוי ליה להודיעם שלא יבואו (**רש"י**), וי"א דאם ביקר בעל הבית המלאכה מבערב וראה שצריכה פועלים פטור בכל ענין (**רמב"ם**). ועיין לעיל סימן של"ג סעיף א' וב'. י"א (**תה"ד**) הא דאמרינן דאם אירע אונס הוי פסידא דפועלים היינו ששכרן למלאכה ידועה, אבל אם שכרן סתם, יכול לומר תן לי מלאכה אחרת כזו }".

ביאר **הסמ"ע** (ו-ז) ע"פ התוס' ברישא דרוב השדות שבעולם אם ירד עליהם הגשם א"צ להשקותן, נמצא דבע"ה ופועל שוים בידיעתו ואמרינן ביה המוציא מחבירו וכו' אפילו אי לא הראה הבע"ה השדה לפועל קודם לכן, משא"כ במניעת המטר חפירת שדהו דאין רוב השדות נמנעות מלחפור מחמת המטר שירד עליהן והבע"ה היודע דרך שדהו ה"ל להתנות, וגבי בא הנהר וכו' הא דלא מפליג גם בזה בין דרכו לבוא לאין דרכו לבוא או אם הפועלים מבני העיר או לא כבסע' א' משום דסתם נהר עשוי לבוא דלכך עושין החריצין להוליך המים בכל השדה והבע"ה הוא היודע דרך שדהו וחריציו, משא"כ הפועלים דאע"פ שהן מההוא מתא אינן יודעין אם עשה בע"ה חריציו לשדהו שיבוא דרך שם, אבל אם פוסק הנהר או לא זה יודעין כל בני העיר.

עמש"כ הרמ"א ע"פ תה"ד כתב **הסמ"ע** (י) דמפירוש רש"י נראה דצריך לשוכרן לשדה ידוע, דאל"כ יכול הפועל לומר לבע"ה תן לי שדה אחר שראוי לחופרו, דמי יימר דאשדה זו שכרתי ע"ש, ובסימן שלה/א כתבו הטושי"ע דכמו שהרשות ביד הפועל לומר תן לי מלאכה אחרת כזו כן יש רשות ביד בעה"ב לשנותו למלאכה אחרת כזו אם כלה לו זה המלאכה.

סעיף ג

גיטין עד: "ההוא גברא דאמר ליה לאריסיה כולי עלמא דלו תלת דליאתא ואכלי ריבעא את דלי ארבעה ואכול תילתא לסוף אתא מיטרא אמר רב יוסף הא לא דלה רבה אמר הא לא איצטריכא ליה (ומזלו גרם, רש"י)", ופסקו **הרמב"ם** והרא"ש כרבה, והקשה **הרי"ף** "וקשיא לן ההיא דאמר רבא.. האי מאן דאגר אגירי לדוולא ואתא מיטרא פסידא דפועלים ומסתברא לן דשאני אריס מפועל דאריס כשותף דמי דאי אתניסא ההיא ארעא לא הוה שקיל מידי הילכך כיון דקביל עליה דדלי ארבעה קנה ליה תילתא וכיון דלא איצטריך לא פקעא מנתא דיליה" וכ"כ הרא"ש, וכ"ד **הרמב"ם תוס'** ו**הרמב"ן** (ובב"י בשמו האריך לחלוק על הדעות דלקמן), אולם דעת **הראב"ד** דלאו דוקא אריס שאפילו קבלן נמי כך הוא דינו שאם קבל קמה לקצור וקצר חציה ובאו אחרים וגמרוה או נמלים וקרסמוה זכה בשכירותיה דדוקא בפועל הוא דאמרינן דפסידא דידיה לפי ששכרו אינו אלא כפי טרחו וכל שאינו טורח אינו נוטל אבל קבלן אין שכרו תלוי אלא בגמר מלאכה וכל שנגמר בין על ידו בין על ידי אחרים נוטל קבלנותו, ודעת **ר"ן בשם אחרים** שאפילו בפועל כך הוא דינו כל זמן שהתחיל במלאכה שמאותה שעה זכה בשכירותו ואע"פ שלא נעשית על ידו ורווחא דידיה הוא וכי אמרינן פסידא דפועלים דוקא בשלא התחילו במלאכה והביא רמב"מ ע"ז דמאן דאגר אגירי לעבידתיה ושלם עבידתא בפלגא דיומא דאי לית ליה דכוותה נותן להם שכרם משלם כלומר של כל היום אלמא דאפילו פועל כל שהתחיל בה אע"פ שלא טרח בה כפי מה שנשכר נוטל שכרו משלם.

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "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" וביאר **הסמ"ע** (יא) דבפועל צריך הבע"ה לתת לו שכירותו אף אם לא יעשה השדה פירות כלל משו"ה נמי משלמין כפי מלאכתו, משא"כ אריס דאם אין השדה עושה פירות אינו נותן לו הבע"ה שום דבר, משו"ה כשעושה פירות מקבל פירותיו כפי מה שהתנה עמו אפילו לא השקהו כלל, דמזלו גרם ומן השמים נסתייע.

לגבי דין קבלן כתב **בפסקי המשפט** (יג) שדעת רוב הפוסקים דלא כראב"ד והוא כפועל שכיר [ואם כן אם הקבלן גמר המלאכה מהר ובפחות טרחא מהרגילות יכול לנכות בע"ה משכרו], שהרמב"ן שם בגיטין האריך לחלוק עליו וכ"פ בנתיבות (שלה/א) כרמב"ן, אף שמדברי **הסמ"ע** (שם, ט) נשמע כראב"ד, (וראה לקמן שלה/ב).

סעיף ד

חלה התלמיד האם יקבל המלמד שכרו על ימים אלו?

שכר מלמד ומת התלמיד מה הדין?

ע"פ **ב"מ עז.** (בסעי' א) גבי האי מאן דאגר אגירי לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא אי לא הוה רגיל דפסק פסידא דפועלים, כתב **הרא"ש** בשם **רבנו יואל** וכ"פ בשו"ע **"מי ששכר מלמד לבנו וחלה התלמיד,** אם אינו רגיל באותו חולי {והוא הדין אם מת הנער **(מרדכי)**, וזה דלא כרשב"א בסמ"ע של"ה סק"ז, **רע"א**}, ואפילו אם רגיל והמלמד מהעיר ומכיר בו, פסידא דמלמד (ואם חוזר ומקבלו אחר שהבריא סתם ולא א"ל לנכות לו בשכרו, דצריך ליתן לו שכירותו משלם דומיא דפועל, **סמ"ע י"ב**), אבל אם רגיל בחולי ואין המלמד מכיר בו, כגון שאינו מן העיר, פסידא דבעל הבית, ונותן לו כל שכרו משלם {דכל לומדי תורה יותר נוח להן ללמוד מלילך בטל (שהבטלה גורם להם השכחה, **שם**) ועיין לקמן סימן של"ה. קצת דיני מלמד ביו"ד סימן רמ"ה וביו"ד סימן רמ"ח סעי' 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}."

כתב **הרמ"א** (שלה, א) "מלמד שחלה התלמיד נתבאר בסוף סימן של"ד. מקום שהוא פסידא דבעל הבית צריך ליתן לו שכרו משלם ולא כפועל בטל, דאי לא עבדי חלשי (דפקודי ה' ישרים משמחי לב, גם משום דסתם מלמדים רגילים לעסוק במלאכת לימוד הנערים כל היום, ואי לא מיעסקי ה"ל כשינוי וחלשי דומיא דפועל, **סמ"ע ד'**), ואפילו יש לו תלמידים אחרים שלומד עמהם (חייב לשלם), דדבורא לאחד דבור למאה **(רשב"א ורי"ו)**, ויכול לשמוע בכלל האחרים), ואין בעל הבית יכול ליתן לו נער אחר ללמוד עמו **(רשב"א ורי"ו)**, וי"א דיוכל ליתן נער אחר המבין וחרף כראשון אבל לא קשה ממנו **(מרדכי)**, "דלימוד החכמה אינו כשאר מלאכה לומר לו צא והשכר עצמך למלאכה אחרת, כי יש תלמיד מבין וקל בלימודו ויש תלמיד טורח בלימודו", וכן נראה לי להורות. 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 **(רשב"א)**."

כתב **הסמ"ע** (ה) גבי המחלוקת בהחלפת תלמיד, דהרשב"א ס"ל דתלמיד זה אף שהוא חריף כראשון או יותר, לא חלקו בזה מאחר שעל הרוב אין דעות התלמידים שוים, גם יש כמה ענינים שדעת המלמד נוחה בנער אחד מחבירו אף שאינו מענין הלימוד, משא"כ הי"א שחולקין וס"ל שהכל תלי בענין הלימוד דלכך שכרהו מתחילה, וכתב הסמ"ע דנראה דאם שכרהו מתחילה סתם ללמוד עם הנערים ה' ו' או כמה שפרט עמו, דלכ"ע יכול ליתן לו אחר במקום הראשון אף בלא אונס, ודומה לשכרהו למלאכה סתם דיכול להחליפו מקלה לכבידה (לקמן).

סימן שלה – השוכר את הפועל למלאכה סתם או למלאכה ידועה

סעיף א

[מה הדין בשוכר את הפועל למלאכה ידועה ונשלמה בחצי היום?]

ב"מ עז. "אמר רבא האי מאן דאגר אגירי לעבידתא ושלם עבידתא בפלגיה דיומא אי אית ליה עבידתא דניחא ליה מינה יהיב להו אי נמי דכוותה מפקיד להו דקשה מינה לא מפקיד להו ונותן להם שכרם משלם אמאי וליתיב להו כפועל בטל כי קאמר רבא באוכלוסי דמחוזא דאי לא עבדי חלשי" ופירש **רש"י** דאוכלוסי דמחוזא היו בני אדם הרגילין לשאת משאות תמיד וכשיושבים בטלים קשה להן, והכריח **הרמב"ן** (ראה ב"י בסוף הסימן הקודם) דמיירי בשכרו למלאכה ידועה, וכ"כ **הרא"ש** דהאי מאן דאגר אגירי לעבידתא פירוש למלאכה ידועה שהזכיר להן או ניכוש או עידור אבל אם שכרם למלאכה בסתם יכול לשנות ממלאכה קלה למלאכה כבדה.

וז"ל **השו"ע** "השוכר את הפועל למלאכה ידועה, ונשלמה בחצי היום, אם יש מלאכה כמותה או קלה ממנה עושה, ואם אין לו, נותן לו שכרו כפועל בטל {ואם רוצה ליקח מחבירו מלאכה כזו וליתן לפועל הרשות בידו **(מרדכי)**, וי"א דאם רוצה להוסיף בשכרו, צריך לעשות אפילו מלאכה כבידה מן הראשונה **(מרדכי)** בשם **מהר"ם**, ולדעתו כמבואר ברמ"א בסימן של"ג דבעה"ב יכול אף לחזור כפועל אף אחר שהתחיל לעשות לו מלאכה, אם הפועלים יכולים להשכיר נפשם במקום אחר אפילו למלאכה כבידה מזו ורוצים להוסיף להן שם בשכרן כפי כבידות המלאכה, **סמ"ע א'**} 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 בסימן שקודם זה דכל מה ששניהם יודעים יש לפועל להתנות. ואם שכרו סתם למלאכת יום אחד, יכול לשנותו ממלאכה קלה לכבדה".

עמש"כ דאם הראה וכו', כתב הסמ"ע (ב) דהיינו דוקא כשלא שכרו לאותה מלאכה על יום אחד, אלא א"ל סתם עשה עמי במלאכה זו, אבל אם שכרו על יום אחד אע"ג דהראה לו אותה המלאכה, יכול הפועל לומר מדשכרת לי על יום אחד אמרתי ודאי יש לך עוד מלאכה כיוצ"ב במקום אחר לעשות בה כשתגמר מלאכה זו שהראיתני.

המלמד תורה את בן חבירו, שלא מדעת האב, האם חייב האב לשלם לו?

כתב הרמ"א "המלמד עם בן חבירו שלא מדעת האב, י"א דחייב לשלם לו כדין היורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות, שיתבאר לקמן סימן שע"ה (מרדכי בשם מהר"ם), ויש חולקין (רשב"א), ואם אחד אומר למלמד למוד עם בני, ולא קצב לו שכירות, צריך ליתן לו כפי מה שנותנים אחרים (מרדכי 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 שידוע עכשיו מוקמינן ליה אחזקה שידע כבר, ונשבע נגד העד ונוטל שכרו (מרדכי)".

גבי המלמד עם בן חבירו שלא מדעת האב, כתב הש"ך (ג) דליכא למ"ד דחייב דלא קאמר מהר"ם במרדכי דלא גרע מיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות, אלא לומר דכמו דהתם משלם לו כיון נהנה ה"נ הכא כיון דא"ל למוד עם בני וגלי דעתיה דניחא ליה משלם מה שנהנה, ואפילו תימא דדעת מהר"ם כמש"כ הרמ"א מ"מ עיקר כרשב"א וכ"ד התוס' רא"ש ר"ן וכ"כ כל הפוסקים בסתמא דהמודר הנאה מחבירו אע"פ שאסור ללמוד עמו במקום שנוטלים שכר מ"מ מותר ללמוד עם בנו כמו שנתבאר בנדריים ל"ז ויו"ד רכ"א.

כתב הפת"ש (א) בשם השער משפט דאם היה למלמד בידו משל האב ולמד עם בנו לכ"ע יכול לעכב עבור שכר לימודו.

< עוד בדיני מלמד ברמ"א ראה סימן שלד/ד.

< עוד כתב הרמ"א "רב שהיה בעיר כמה שנים והורה לקהל, ואחר כך קצבו עמו שכר להבא, לא יוכל לתבוע מה שעבר, דודאי מחל להם (מהר"ם פאדוואה). פועל שקבל עליו כל אונס, ובא אונס דלא שכיח כלל, פטור, שעל מנת כן לא התנה (ב"י וגויטין ע"ג). 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, אע"פ שזו המלאכה כבידה מן הראשונה, דניחא ליה שתהא בהמתו בעירו ועושה מלאכה כבידה ממה שתלך למקום רחוק (תשובת מיימוני)".

[עמש"כ הרמ"א ברישא שברב שהורה וכו' כתב ערוה"ש (ט) דזה אינו אלא במרביץ תורה שמדינא צריך לעשות בחנם, אלא שנותנים לו שכר בטלה, ולכן כשלא קצץ על העבר הוי כמחילה, אבל בשאר מלאכות אין זה מחילה, דלא גרע מיורד שלא ברשות ולמה יפסיד שכרו, ומה שקצץ על העתיד מפני שלא רצה להשאר בדין יורד שלא ברשות, וכתב בפתחי חושן (ח"ד שכירות פ"ח הע' עב) דלכ' מדברי הפוסקים לא משמע כן וצ"ע].

סעיף ב

ראובן שכר פועל להביא לו שליחות והלך ולא מצא האם יקבל שכרו?

מה הדין בשליח שנשלח להביא איגרת שהלך חצי מהדרך והפסיק אז את שליחותו?

ע"פ התוספתא הביארה הרי"ף והרא"ש (ב"מ ו,ו) וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "השוכר את הפועל להביא לו שליחות ממקום למקום, והלך ולא מצא שם מה שיביא, נותן לו שכרו משלם {דהרי כבר עשה

שליח שליחותו (ה"ה), ואינו דומה להלכו חמרים ולא מצאו תבואה בדף ע"ו לפי ששם לא היה שוכרן לאותו מהלך בלבד אלא ליום אחד ונתבטלו כל היום אבל זה כבר עשה מלאכתו משלם לפיכך נוטל שכרו משלם). { (ה"ה -) ואם היה דבר כבד מה שיש לו להביא, מנכה לו, שאינו דומה בא טעון לבא ריקם (ע"פ **ברייטא עו**: דהלכו חמרין ולא מצאו דמסיים בה אינו דומה הבא טעון לבא ריקן), אא"כ הוא מאותם אנשים שדרכם לטרוח (כסע' א)."

כתב הסמ"ע (ח) דמשו"ה חילק הרב המגיד בין שכרהו לכל היום לשכרהו לפעם אחת ולא חילק בין שכרהו למשא כבד לשכרהו לקל, כדי לתרץ דשם משמע דאפילו על הליכה שהלך לשם אינו משלם לו אלא כפועל בטל, וע"ז משני משום דההליכה בטילה אצל השכירות ששכרו לעשות לו מלאכה כל היום, וראה עוד שם **ובנתיבות** (ב) בכוונת הרב המגיד.

עמש"כ שנותן שכרו משלם **כתב הפת"ש** (ג) דהקשה הלח"מ מהא דירד להציל ולא הציל בסימן רסד/ד דאין לו אלא שכרו והכא חייב ליתן כל מה שפסק (וכאן לא עביד שליחות כמו שם), ו**בדברי משפט** יישב דהכא איירי דבשעה דשלחו להביא שליחות לא היה מצוי כלל אותו דבר באותו מקום ובע"ה היה סובר שימצא שם, וא"כ אונס זה אירע רק לבע"ה.

כתב הרמ"א ע"פ **המרדכי והג' מרדכי** "אבל אם שלח שליח עם אגרת, ומצא מי שנשלח אליו וחזר, אין לשליח כלום אלא אם כן הוי לבעל הבית לידע ולא לשליח, דאז הוי פסידא דבעל הבית כמו שנתבאר לעיל סימן של"ד".

כתב הסמ"ע (ט) דמלשון המרדכי משמע דמדבר דאירע לשליח אונס בהיותו באמצע דרך, והאונס היה שמצא "תגר", ור"ל "בתגר אויבים ובעלי מלחמות", עד שלא היה יכול להלך עם האיגרת מחמתו וחזר בחצי הדרך, ואתי שפיר לשון המרדכי וטעמו וענינו (דהוי פסידא דפועל בין שהיה לשניהן לידע האונס ולא נהנה בע"ה כלום בשליחות ולא דמי לשכר חמור ומת בחצי הדרך בב"מ ע"ט דהתם אי בעי למיתי עד הכא אגרא בעי למיתב ליה), אבל מלשון הרמ"א משמע שפירש 'תגר' "סוחר", ופירש לשון המרדכי שנשתלח השליח עם האיגרת לסוחר ופגע בו הסוחר בחצי הדרך, ולא נהירא, דאין זה מיקרי אונס, ועוד, כיון דעכ"פ עשה תכלית שליחותו, דהמבוקש היה שיגיע הכתב לידו והרי הגיעו, למה לא ישלם שכירותו אפילו משלם, וכ"ש מחצי הדרך שהלך, ואף אם נאמר דמיירי דהשוכר מעצמו מצא הסוחר ודיבר עמו, ולא צריך לשליחות השליח והחזירו בהיותו בחצי הדרך, עכ"פ למה לא ישלם לפחות מה שהלך, וגם אין זה ענין לשוכר חמור ומת בחצי הדרך, ובלבוש הלך בדרך הרמ"א רק שהוסיף תיבת "לא", כלומר שלא מצא אותו ששלח אליו, אין לשליח כלום שהיה לו להמתין, ובא לתקן בתיבת "לא" קצת תמיהות הנ"ל, אבל גם זה קשה, דהרי אין זה אונס, ומאי חצי דרך דקאמר, ומה ענינו לשוכר חמור ומת בחצי דרך, וגם בעיקר הדין אין נראין דבריו, אלא יש לדמות זה למש"כ השו"ע לפני זה והוא הסכמת כל הפוסקים, דהשוכר את הפועל להביא לו שליחות והלך ולא מצא דנותן לו שכרו משלם.

כתב הנתיבות (ג) על הסמ"ע דדוקא בכאן שהאונס הוא אונסא דשליח דמיקרי אונסא דפועל אז אין צריך לשלם לו אפילו מה שעשה כשלא נהנה בעה"ב, אבל באונס שאירע לבעה"ב ודאי דצריך לשלם לו מה שעשה דמה לו לפועל מה שנאנס בעה"ב, ואפילו כשלא נהנה בעה"ב צריך לשלם ונגד שכר על מה שלא עשה עדיין תלוי בחילוקים המבוארים בסימן שלד"א, אבל באונסא דפועל אפילו מה שעשה אין צריך לשלם כשלא נהנה, ומשו"ה בשליח שנאבד ממנו מבואר בב"מ נ"ח גבי נשבעין ליטול שכרן דמשמע דנוטל עכ"פ שכר, דשם אונסא דבעה"ב הוא שנאבד הדבר והפועל אומר אנא הא קאימנא, ולכך משלם עכ"פ על מה שהלך אף שלא נהנה, ועל מה שלא הלך פטור אפילו באונסא דבעה"ב כמו בסימן של"ד, רק בספינה שנאבדה הספינה מחמת המלאכה צריך לשלם לו אפילו מה שלא הלך להרבה פוסקים, ועל מה שהלך לעולם משלם לו אפילו כשבעה"ב נאנס, וכן הוא בסימן סו"מ, משא"כ במצאו תגר דאונסא דשליח הוא דלא מצי למימר אנא הא קאימנא, אפילו בעד חצי הדרך שהלך אין לו כשלא נהנה בעה"ב.

ראובן שכר נהג לחודש ימים ומת ראובן לאחר שבועיים כמה יקבל הנהג?

שכר מדריך טיולים ליומיים ומת לאחר יום, מה הדין?

כתב **הסמ"ע** (ז) בשם תשובת הרשב"א (בב"י) גבי ראובן ששכר לשמעון שימשו בדרך נסיעתו ומת ראובן בחצי הדרך, נותנין לו כל שכרו (והובא גם בש"ך ו'), וכן אם שלח אחרי אשתו ולא רצתה לבוא דחייב לשלם, בשם תשובת הרא"ש.

הקשה ה**נתיבות** (ב) דמאי שנא מסימן שלד (ד) ברמ"א בשם המרדכי דאם מת הנער דהוי פסידא דמלמד אם אינו רגיל בחולי או שרגיל ושניהם מכירים מה הפרש יש בין שכר לשימוש הנער ובין שכר לשמש עצמו ומת, וכתב דנראה דס"ל כראב"ד (ראה סימן שלד/ג) דיש הפרש בין שכיר יום ונתבטל כל היום מחמת אונסא דבעה"ב ובין שכרו בקבלנות לילך למקום פלוני לעשות פעולה פלונית ולא עשה הפעולה מחמת אונסא דבעה"ב דחייב לשלם, ומשו"ה במלמד שהוא שכיר לזמן הוא ונתבטל ממלאכתו במיתת הנער, כשכיר יום שנתבטל כל היום דמי, שיש בו חילוקי דינים המוזכרים בסימן של"ד, משא"כ כאן דמייירי דשכרו לשמשו בדרך סתם ולא לזמן הוי קבלן, ובקבלן הוי פסידא דבעה"ב לדעת הראב"ד, אמנם אג"ל לא קיי"ל כוותיה בהא ופסקינן כרמב"ן דגם בקבלן שייך החילוקים דסימן של"ד כדמוכח בכמה דוכתי, ואפילו בשכירות בית דקנהו בודאי פסק הש"ך בסימן של"ד דלא כרשב"א, ולזה בעובדא דהכא אם הזכיר לו המקום בשעה ששכרו ומת קודם שהגיע למקום, פטורין היורשין ואינם נותנין לו מחצי הדרך שהלך, אבל אם שכרו סתם לשמשו כל זמן שיהיה בדרך, כיון שאף אם יתעכב הרבה בדרך מחויב לשמשו, ה"נ כשמת ולא שימשו רק יום אחד נתחייב בכל השכירות – הובא ב**פת"ש** (ב), וכתב דמשמע **בחכם צבי** דאפילו בכה"ג אין צריך לשלם לו מחצי הדרך ואילך דאם אינו טורח למה יתן לו שכר.

סעיף ג

ע"פ ה**תוספתא** הנ"ל ובב"ק קטז. פסק בשו"ע "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".

סימן שלו – השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו

סעיפים א – ג

שכר פועל האם יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך?

השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו, האם יכול לשלם לו את שכרו בשוה כסף? והאם יש הבדל בין משלם לו שוה כסף לבין נותן לו דבר מאכל?

לקח אצל חנוני בהקפה, האם יכול לשלם לו אחר כך בשוה כסף? (ב'ארץ חמדה' שלחו לט"ז לקמן ונראה לי מקומו רג/א)

ב"מ עו. "השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שהנהנו".

במשנה ב"מ קיח. "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" ובגמ' על הרישא "והא תניא שומעין לו אמר רב נחמן לא קשיא כאן בשל חבירו אמר ליה רבא לרב נחמן בשלו מאי טעמא דאמר ליה אגראי עלך בשל חבירו נמי שכרו עליו דתניא השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שהנה אותו אלא אמר רב נחמן לא קשיא כאן בשל חבירו וכתבו ה**תוס'** "לעשות בשלו והראהו בשל

חבירו משמע דוקא לעשות בשלו אז נותן לו שכרו משלם אבל סתמא לא ותימה אמאי איצטריך לשנויי כאן בשלו כאן בשל הפקר לישני כאן ששכרו בשלו כאן ששכרו סתמא בשל חבירו ואומר ר"י דמשום הכי לא משני הכי דהא פשיטא דאם שכרו לעשות בשל חבירו דשומעין לו" ואין בדברי הרי"ף רמב"ם ורא"ש הכרע לדברים אלו שלא כתבו אלא המשנה כצורתה (ב"י), ומדברי רש"י משמע שחולק על זה שכתב דכי לא אמר ליה שכרך על בעל הבית שכרו עליו.

וז"ל השו"ע (א) השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו, 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, (כתוס' -) אבל אם שכרו לעשות בשל חבירו סתם (והפועל ידע שהיא של חבירו, סמ"ע), יכול לומר טול מה שעשית בשכרך (כיון שלא אמר לו שכרך עלי וג"כ ידע שהיא של חבירו אין שכרו מוטל על השוכר, סמ"ע), (פשוט בגמ' -) ואם אמר לו שכרך עלי, אינו יכול לומר לו כן { (מרדכי -) שכרו בפני חבירו ושתק חבירו, שתיקה כהודאה וחייב לתת לו שכרו, וה"ה בשוכר מלמד לבן חבירו. אחד שאמר לחתנו תלמוד עם בנך ואני אשלם לך פטור מלשלם לו (כיון דלאו עני הוא ובלאו הכי חייב ללמוד עם בנו יכול לומר משטה הייתי בך) } (ב) (המשך המשנה ק"ח. -) השוכר את הפועל לעשות בשלו (גמ' -) או ללקט לו דבר של הפקר, אינו יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך (בהפקר קמ"ל דמיד שהגביהו מן הארץ כהגביהו רבו ובא לרשותו דמי, ואפילו למ"ד בב"מ י' המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו בפועל מודה דידו כיד רבו דמי, סמ"ע ע"פ הגמ'), ואם נתרצה הפועל ליטלו בשכרו ואחר כך חזר בו אין שומעין לו, (רמ"ה -) והוא שעשה משיכה או הגבהה או שהוא ברשותו. (ג) (ברייתא בגמ' וכתב נחמן במסקנת הגמ' -) שכרו לשמור לו דבר של הפקר, יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך, לפי שעדיין לא זכה בו בעה"ב, וילך הוא ויזכה בו (וכתב הרמ"ה בב"י וצוין בש"ך ה' דהני מילי דליכא מידי אחרינא גבי בע"ה לאישתלומי מיניה אבל אי איכא מידי אחרינא לבע"ה לאשתלומי מיניה או מידי דקפיץ עליה זביני טפי אין שומעין לו, והטור כתב דאין נראה דטעמא שיכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך כיון שעדיין לא זכה בו בע"ה נמצא שאין עליו חיוב שכר לכך יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך הילכך אפילו אם יש לו הרבה משלו יכול לומר לו כן).

כתב המרדכי והגה"מ בשם מהר"ם דדוקא בתבן וקש לא יוכל לומר לו טול מה שעשית בשכרך, אבל במידי דאכילה כגון חטיף ושעורין שומעין לו והובאו בסמ"ע ג', ואילו בבד"ה כתב שאינו יודע מנין לו ונסתר מהתוספתא דסימן של"ה, והש"ך (ב) ציין לדבריו, וחולק (פת"ש). בהגהות הרש"ש (פת"ש ססק"א) כתב דאולי דוקא בחטין ושעורין דאינן ראויין לאכילה כמות שהן, אבל פת אפוי וכיוצא גם הש"ך יודה.

עמש"כ המחבר בסע' ב' ע"פ הרמ"ה הקשה הסמ"ע (ט) דבסימן קס"ו במי שנפל כותלו לגינתו של חבירו ואמר בעל הכותל לבעל הגינה פנה אותו ויהא שלך דאין שומעין לו אלא בעל הכותל צריך לפנותם ואם נתרצה בעל הגינה בכך ופינה אותם וחזר זה ואמר תן לי אבני תן לך שכרך אין שומעין לו, אבל כל זמן שלא פינה אותן אפילו הן בחצירו של זה לא קנה לו חצירו שלא כיון אלא לדחותו, וה"נ נאמר שלדחותו כיון אף שהן מונחין ברשותו, ותיירץ דשאני הכא דחייב לו שכירות פעולתו וכשאמר לו טול זה בשכרך מיד קנהו משא"כ לעיל דאין עליו שום חיוב שכר קודם שיפנהו. אכן הש"ך (ה) הביא דלר"ן דיכול לחזור בו כל זמן שלא פנה אותם כסימן קס"ו.

כתב הש"ך (ד) בסע' ב' ע"פ הרמב"ן תוס' ושאר"י דהא דאינו יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך, היינו אפילו אין לבע"ה צריך לטרוח ולמכור ולהשתדל לו מעות מזומנים.

ביאר הט"ז במש"כ דאין יכול לומר לו טול וכו' דפירש"י (ב"מ קי"ח) דאע"ג דכל שוה כסף ככסף, הכא גבי פועל כתיב לא תלין שכר שכיר, מה דאתני בהדיה משמע. כתב הפת"ש (א) דכתב בדברי משפט דלפמש"כ רש"י הנזכר בד"ה 'אין שומעין לו' הטעם כיון דכתיב לא תלין שכרו מאי דאתני בהדיה משמע, לפ"ז היכא דשלח שליח לשכור פועלים ואמר השליח שכרכם על בעל הבית דבכה"ג אינו עובר על כל תלין כבסימן שלט"ז, א"כ יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך, וכן מבואר להדיא במהרש"א, אך בשיטה כתב בשם הרשב"א דמשכרו לא משמע מידי, אלא הטעם הוא דלא נשכר לו אלא דצריך למזונות לערב ושלא יהא צריך לירד לשוק לחזור ולמכור, ולפ"ז אפילו היכא דשלח שליח שאינו עובר על כל תלין מ"מ אינו יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך, ומדברי הרמ"א בסימן שלב"ד שפסק דאם אמר לו ליתן לו חפץ בשכרו יכול ליתן לו אחר כך דמיו, משמע דס"ל כרשב"א הנ"ל, ובהא אתי שפיר דברי הסמ"ע סק"ג שכתב בשם המרדכי דדוקא בתבן וקש אבל במידי דאכילה כגון חטין ושעורין שומעין לו.

< כתב הסמ"ע (ו) בשם תשובת הרשב"א בראובן ששכר מלמד לבנו ולבן חבירו ונתרצה חבירו לתת חלקו, ואח"כ בחצי הזמן קם חבירו ושכר לאחר, חייב לפרוע לראשון, ומה שטען חבירו שלא שכרו לשנה אלא על תנאי אם יעשה מלאכתו כראוי ושלא ימשוך זמן השכירות אלא עד הפסח, הרי מודה מקצת וחייב שבועה דאורייתא.

< סע' ד': כתב השו"ע ע"פ התוספתא וכן הוא בסימן שי"א "השוכר את הפועל ונאחו באנגריא לעבודת המלך, אינו יכול לומר הריני לפניך, אלא אינו נותן לו אלא כפי מה שעשה עמו".

סימן שלז – דין אכילת פועל בשעת מלאכה ממה אוכל או מתי אוכל

סעיף א

ע"פ משנה ב"מ צ"א: פסק בשו"ע "פועל העושה מלאכה לבעל הבית בדבר מאכל, ה"ז אוכל ממה שהוא עושה (כת"ק ודלא כרבי יוסי -) אפילו אינו עושה לא בידיו ולא ברגליו רק שנושא על כתפו (י"כ תבוא" ביאה סתם משמע), (פח: -) ואסור לחסמו שלא יאכל (כנפשך מה נפשך אם חסמת פטור אף פועל אם חסמת פטורי ומשמע דאסור, ב"י) {ואם חסמו (שלא מדעתו, טור) שלומי משלם ליה (כשיעור שהיה אוכל) מלקי לא לקי (רמ"ה, אבל אם מתנה עמו שלא יאכל אין בו איסור בכך, סמ"ע)"}.

כתב הסמ"ע (א) דכללי דיני דסימן זה ילפינן לה מדכתיב בפרשת כי תצא "כי תבא בכרם רעך ואכלת ענבים כנפשך שבעך ואל כלוך לא תתן" ודרשינן בב"מ פ"ז כי תבא בפועל הכתוב מדבר, בכרם רעך, ולא של הקדש (ש"ך: וה"ה של עכו"ם לפי מה דקיי"ל גזל העכו"ם אסור), ואכלת, ולא מוצץ וכו' וכן נלמדו דינים רבים מחסימת שור דסימן של"ח ומותר הבהמה מן האדם שאינו לוקה דאיתמעט בדף צ"ב מדכתיב כנפשך, עיי"ש, ובשער משפט (הובא בקצרה בפת"ש א') תמה אש"ך דבגמ' מוכח איפכא דאיתא התם כרם רעך ולא בכרם עכו"ם ופרש"י כרם רעך ואל כלוך לא תתן אבל כרם עכו"ם תתן, עיי"ש שהאריך והעלה דזה מח' רא' דאכן הריטב"א והיראים כש"ך וגרסו אחרת בגמ' אולם לפי הנוסחא שלפנינו ופרש"י וכ"פ הרי"ף רמב"ם ורא"ש העיקר דבכרם עכו"ם מותר לאכול, וכע"ז בקצרה ברע"א.

סעיף ב

ע"פ משנה ב"מ פז. וגמ' פט. ונלמד מהפסוקים פסק בשו"ע "בד"א שאוכל כשהוא עושה בגדולי קרקע במחובר בשעת גמר מלאכה, כגון בוצר ענבים ומוסק בזתים ואורה בתאנים וגודר בתמרים, ובתלוש מהקרקע קודם שיגמר סוף מלאכה המחייבת אותו בחיוב האחרון שבו, אבל העושה בדבר שאין גדולי קרקע, כגון החולב והמחבץ [פי' המוציא חמאה מן החלב, ערוך. וי"א המקפה את החלב בקיבה להיות נקרש, רש"י] והמגבן, אינו אוכל, וכן העושה במחובר שלא בשעת גמר מלאכה, כגון העודר בגפנים או מכסה שרשי האילנות, ואפילו המנכש בבצלים ושומים, כגון שעוקר את הקטנים מן הגדולים, לא יאכל מהם ואף על פי שהוא גמר מלאכת הקטנים, שעיקר המלאכה לצורך הגדולים להרחיב להם ועדיין לא נגמרה מלאכתו".

סעיף ג

ע"פ ברייתא ב"מ עט. פסק בשו"ע "העושה בתלוש לאחר שנגמרה מלאכתו למעשר, כגון בודל [שנדבקו זו בזו ומבדילן] בתמרים ובגרוגרות, אינו אוכל, שכל דבר שאין אחר חיוב מעשר חיוב אחר, כגון תאנים וענבים לאחר שנתחייבו במעשר אינו אוכל ממנו, ובדבר שיש בו חיוב אחר, כגון חטים העומדים לעשות פת שחייבת בחלה, אוכל עד שיגמור מלאכתו להתחייב בחלה, ולאחר מכאן אינו אוכל".

כתב הסמ"ע (יג) דדוקא בחיטין אמרו כן דמסתמא עומד לפת ופת מחויב בחלה, משא"כ בשעורין וכוסמין ושיבולת שועל שסתמא אינו עומד לפת אלא לעשות מהן משקה ולהאכילן לבהמתו או לעשות מהן תבשיל כשיגרסו השעורים וכנהוג, אזי אסור לאכול מהן מיד אחר המירוח שמאז הוא גמר חיובן

דהיינו מעשר, ולא כלבוש שמשוה שעורין לחיטין, ואפשר שג"כ דעתו היא דוקא כשהוא עומד לאפות בהן פת, אך מכל מקום לא היה לו להשוותן.

סעיף ד

ע"פ ברייתא ב"מ פט. פסק בשו"ע "הבודל בתמרים רעים שלא נתבשלו כל צרכן, ונותנים אותם בסל ומתחממים ומתרככים שם, עדיין לא נגמרה מלאכתן ויכול לאכול מהם".

סעיף ה

ע"פ משנה ב"מ צג. פסק בשו"ע "נפתחו חביותיו ונתפרסו עיגוליו ושכרו לעשות בהם, לא יאכל מהם, שכבר נתחייבו במעשר. בד"א, בשיועד הפועל שנפתחו, אבל אם לא ידע, וסבור שעדיין לא נתחייבו במעשר, חייב לעשר ולהאכילו".

סעיף ו

משנה ב"מ צג. "שומרי פירות אוכלים מהלכות מדינה אבל לא מן התורה" ובגמ' "אמר רב לא שנו אלא שומרי גנות ופרדסים אבל שומרי גתות וערימות אוכלין מן התורה קא סבר משמר כעושה מעשה דמי ושמואל אמר לא שנו אלא שומרי גתות וערימות אבל שומרי גנות ופרדסין אינם אוכלים לא מן התורה ולא מהלכות מדינה קסבר משמר לאו כעושה מעשה דמי. אמר רב אשי כוותיה דשמואל מסתברא דתנן (פז.) ואלו אוכלים מן התורה העושה במחובר לקרקע בשעת גמר מלאכה ובתלוש וכו' מכלל דאיכא דלא אכיל מן התורה אלא מהלכות מדינה אימא סיפא ואלו שאין אוכלין מאי אינן אוכלין אילימא שאינן אוכלין מן התורה אלא מהלכות מדינה היינו רישא אלא לאו שאין אוכלים לא מן התורה ולא מהלכות מדינה ומאי ניהו עושה במחובר לקרקע בשעה שאינה גמר מלאכה וכל שכן שומרי גנות ופרדסים".

וז"ל השו"ע כשמואל "השומר במחובר, אפילו בשעת גמר מלאכה, אינו אוכל, אבל השומר בתלוש עד שלא נגמרה מלאכתו, אף על פי שאינו אוכל מן התורה אוכל מהלכות מדינה שנהגו כן", ומש"כ אפילו בשעת גמר מלאכה ביאר הסמ"ע (יו) דר"ל כגון שבצרן ברוח זה והוא שומר באותו שדה ברוח אחרת במקום שיבואו לבצור שם אחר שעה, אינו אוכל מהן כיון דעדיין מחובר הוא, לאפוקי שמר מה שכבר בצרו והניחו בסל ובגת, זהו נקרא שומר גיתות דמסיק וכתב דאוכלין מהלכות מדינה.

סעיף ז

ע"פ חכמים במשנה ב"מ צב. פסק בשו"ע "יכול הפועל לאכול יותר משכרו, כגון ששכרו אינו אלא דינר יכול לאכול קישות (ואפילו הרבה נמי, סמ"ע) או כותבת שוה סלע, ומכל מקום מלמדין אותו שלא לעשות כן, כדי שלא ימנעו מלהשכירו" והרמ"א ע"פ ב"י ברי"ף ורמב"ם דלא פסקינן כמימרות דרב אסי (שהשמיטוהו) - "וי"א דוקא ששכרו לעשות כל היום, אבל אם לא שכרו רק ללקוט קישות אחד, לא יאכלנו, ואפילו שכרו כל היום (דלא כמשמע ברש"י ורא"ש דפסקינן כמימרא בתרא דרב אסי דאפילו לא בצר אלא אשכול אחד אוכלו, ב"י, וגם לשיטתם ליתא למימרא קמא דרב אסי דאמר אפילו לא שכרו אלא לבצור אשכול אחד אוכלו, דזה בדעת ת"ק במשנה דאין הלכה כמותו), לא יאכל קישות הראשון שליקט, אלא יתן תחלה לכליו של בעל הבית ואחר כך יאכל הוא".

כתב הסמ"ע (יט) דהא דכתב הרמ"א "וי"א" אדברי המחבר ושניהן הן דברי הטור ר"ל לאפוקי הב"י דכתב דהרי"ף והרמב"ם לא ס"ל כן, וכתב הש"ך (ג) דלא דק דגם בב"י כתב דהם לא ס"ל כאיסי מדהשמיטו, ובבא"ה כתב דכוונת הסמ"ע ברמ"א דכך סובר הטור, אבל הרי"ף והרמב"ם לא ס"ל כן ודלא כב"י, ובזה נסתלקה תמיהת הש"ך (וראה גם באה"ג וגר"א).

עוד כתב הב"י (סע' טו בטור) דהרא"ש פסק לשיטתו גם כאיסי בן יהודה האומר הרוצה לעשות מלאכה בשדה ובכרם חבירו כדי שיאכל יכול לעשות, ואילו הרי"ף והרמב"ם השמיטו וכנ"ל דלמדים דלא פסקינן כאיסי אלא כסתימת חכמים במשנה בלבד.

סעיף ח

ע"פ ברייתא ב"מ צג. פסק בשו"ע "היה משמר ארבעה או חמשה ערימות של חמשה בני אדם, לא ימלא כריסו מאחד מהן, אלא אוכל מכולם לפי החשבון".

סעיף ט

ע"פ משנה ב"מ צא: וגמ' פסק בשו"ע "היה עושה בתאנים לא יאכל בענבים" (וואל כליך לא תתן" - ממה שאתה נותן לכליו של בעל הבית אתה אוכל) אפילו שכרו לעשות בשניהם, אבל יכול הוא למנוע עצמו מלאכול עד שמגיע למקום היפות ואוכל, לפיכך הפועלים עד שלא הלכו שתי וערב בגת, אוכלים ענבים ואין שותים תירוש, מפני שאין מלאכתן ניכרת ביין והוה ליה כעושה במין זה ואוכל במין אחר, משהלכו שתי וערב אוכלים בענבים ושותים בתירוש".

סעיף י

ע"פ בעיא לא איפשטא בב"מ צא: וכלשון הטור ע"פ הרא"ש "היה עושה בגפן זה לא יאכל בגפן אחר ואי אכל לא מפקינן מיניה (ככל דין ספיקא דממונא) ולא מנכינן מאגריה (דאם כן הוי כאפוקי כדאמרינן כמשכנתא בדף ס"ז וביו"ד קעב/א, רא"ש) (גמ' -) ומיהו גפן שמודלת על גב חברתה ועושה באחד מהם, יכול לאכול מהשנייה".

הסמ"ע (כד) למד בשקלא וטריא דגמ' דאם היינו פושטים הספק הנ"ל איסורא ממילא נלמוד מינה דבתאנים וענבים אפילו במודלית אסור, וכיון דלא איפשטא האיבעיא אזלינן לקולת הנתבע, א"כ גם בתאנים וענבים אי בשעה שהיה עוסק בתאנים עבר ואכל מהענבים נראה דלא מפקינן מיניה רק באינה מודלית, ודלא כלבוש דגפן המודלה ע"ג תאנה או איפכא אי אכל מהמודלה מפקינן מיניה, ובש"ך (ד) כתב "ועיין בש"ס ותראה שדברי הע"ש נכונים".

סעיף יא

ע"פ משנה ב"מ צא: וכלשון הטור פסק בשו"ע "אין רשאי לאכול אלא בשעת עשיית מלאכה, ולא שישב ויאמר מנעתי עצמי עד עתה ולא בטלתי לאכול ועל כן אשב עתה ואוכל, ומפני תקנת בעל הבית שלא יתבטל ממלאכתו, אמרו חכמים שאחר שגמר מלאכת שורה זו והולך להתחיל שורה אחרת יכול לאכול אע"פ שאינו בשעת מלאכה שטוב הוא לבעל הבית כדי שלא יתבטל".

סעיף יב

ע"פ ברייתא ב"מ פט: פסק בשו"ע "לא יאכל עם הענבים פת או דבר אחר כדי שיאכל הרבה מהענבים, ולא יאכל במלח, ואם קצץ עם בעל הבית שיאכל עד שיעור כך וכך, אוכל בין בפת בין במלח בין בכל דבר שירצה".

סעיף יג

ע"פ פט. פסק בשו"ע "אסור לפועל למוץ הענבים, (בעיא דלא איפשטא והמע"ה -) וכן אסור לו להבהב השבולים באור או להפריך על גב הסלע, אפילו אין מתבטל ממלאכתו בהבהב או בהפרכה (כגון שאשתו ובניו יעשו לו זה)", והסמ"ע (כט) כתב דגם בענבים שייך תיקון בהבהב ופריכה ע"ג סלע ואפילו בענבים המבושלים כל צרכן וכ"כ התוס' (עיי"ש ובב"י).

סעיף יד

ע"פ ברייתא ב"מ פז. פסק בשו"ע "אסור לפועל לאכול ממה שהוא אוכל אכילת גסה" ("שבעך" ולא אכילה גסה).

סעיף טו

ע"פ ברייתא ב"מ פט. פסק בשו"ע "רשאי הפועל לטבל פתו בציר [פי' לחלוח היוצא מכניסת ועצירת הדג] כדי שיאכל ענבים הרבה, ורשאי בעל הבית להשקות את הפועל יין כדי שלא יאכל ענבים הרבה",

וביאר הסמ"ע (לב) דלא ממעטינן ענבים ולא ענבים ודבר אחר בסעי' יב אלא שלא יהא ההכשר לתיקון הפירי, אבל להכשר הפועל נפשו ע"י טיבול פתו בציר כדי לאכול הרבה לא נתמעט מזה ומותר, וכן איפכא, יכול בע"ה לעשות תקנה לנפשו שלא יאכל הפועל הרבה כגון להשקותו יין תחילה וכל כיוצ"ב.

סעיף טז

[האם פועל שמותר לו לאכול בשעת מלאכה יכול לשמור ממה שזכאי לקבל לבני משפחתו? ציין המקור. ומה הדין אם עובד יחד עם בניו הגדולים ומתנה שלא יאכל תוך כדי העבודה?]

ב"מ צב. "איבעיא להו פועל משלו הוא אוכל או משל שמים הוא אוכל למאי נפקא מינה דאמר תנו לאשתי ובניי אי אמרת משלו הוא אוכל יחבין להו אלא אי אמרת משל שמים הוא אוכל לדידיה זכי ליה רחמנא, לאשתו ובניו לא זכי להו רחמנא מא"י ומסקינן **בצג**. דפלוגתא דתנאי היא דתנא דידן דקתני אינו קוצץ על ידי עבדו ושפחתו הקטנים סבר משל שמים הוא אוכל אבל תנא ברא דקאמר קוצץ על ידי עבדו ושפחתו הכנענים בין גדולים בין קטנים סבר משלו הוא אוכל, ופסקו הרי"ף **רמב"ם** ורא"ש כתנא דידן.

כתב הטור **יו"א** אם כבר נטלו בידו לאכול יש לו רשות ליתנו לאשתו ולבניו לפי שכבר זכה בו בעצמו, ונראה שאפ"ה אינו יכול ליתנו לאשתו ולבניו, וכתב הב"י **שהחכם המרשים** ביאר ב"י שזיכוי אכילתו מפני תועלת בעל הבית הוא, ורמז בזה לירו' דלא ירעיב הפועל ולא יסגף עצמו וכו' מפני ביטול מלאכתו של בעל הבית, וכתב הב"י דאי מהא לא איריא דהא מה שפועל אוכל ממה שהוא עושה אינו משום בעל הבית שהרי אע"פ שאכל ושתה כבר אוכל ממה שהוא עושה וכן אינו רשאי לאכול פת עם הענבים ואם איתא אדרבה ה"ל שלא יאכל ענבים אלא עם הפת כדי שיתחזק יותר אלא ודאי לא התירה תורה אלא מפני צערו של פועל, ומ"מ נראים דברי הטור משום דאיכא למימר דלא זכי ליה רחמנא אלא מה שהוא נותן לתוך פיו.

וז"ל השו"ע (טז) "פועל שאמר לבע"ה תן לאשתי ובני מה שהיה לי לאכול (סמ"ע: לאפוקי מהטור בשם יש אומרים -) או שאמר הריני נוטל מעט מזה שנטלתי, לאכול לאשתי ובני, אין שומעין לו, (גמ' -) אפילו נזיר שהיה עושה בענבים ואמר תנו לאשתי ובני, אין שומעין לו (דלא תימא כיון דידע הבעה"ב שהוא נזיר ולא יאכל ה"ל כאילו התנה עמו, סמ"ע, ובש"ך כתב דבש"ס מבואר דנזיר הוא פשוט יותר דאינו יכול לומר משום לך לך וכו')". כתב הסמ"ע (לד) דנראה פשוט דהיינו כשלא התנה עם בעל הבית כן מתחילה דאם התנה עמו פשיטא דמותר, דכל תנאי שבממון קיים.

ע"פ משנה ב"מ צג. פסק בשו"ע (יז) "פועל שהיה עושה הוא ואשתו ובניו ועבדיו, והתנה עם בעל הבית שלא יאכל ממה שהם עושים, אם הם גדולים {ומדעתן (טור), דלא יוכל להתנות שלא מדעתן מה שזכתה להן התורה, סמ"ע} לא יאכלו (דלרבותא נקט שהיה הוא עושה עמהן דקמ"ל דמחלקינן התנאי שהתנה על שלשתן יחד, ואמרינן דמהני התנאי לגבי ידיה ולא מהני לגבי בניו ואשתו אם לא שהם גדולים, סמ"ע), אבל אם הם קטנים יאכלו (דלא יוכל להתנות שלא מדעתן מה שזכתה להן התורה, סמ"ע)".

סעיף יח

כתב הרמב"ם (שכירות יב, ג) "המבטל ממלאכתו ואכל או שאכל שלא בשעת גמר מלאכה הרי זה עובר בל"ת שנאמר וחרמש לא תניף וגו', מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יניף חרמש לאכילתו וכן כל כיוצא בזה, וכן פועל שהוליד בידו ממה שעשה או שלקח יתר על אכילתו ונותן לאחרים עובר בלא תעשה שנאמר ואל כליך לא תתן, ואין לוקין על שני לאוין אלו שאם אכל או הוליד חייב לשלם" והשיג הראב"ד "המבטל ממלאכתו וכו' מפי השמועה למדו שכל זמן עד וכן כיוצ"ב... דברים הללו אין להם שורש ובספרי דרשו וקטפת מלילות בידך שלא יהא קוצר במגל ואוכל וחרמש לא תניף בשעה שאתה מניף חרמש על קמת בעה"ב ולא מפני ביטול מלאכה אלא שלא יעשה אכילתו קבע כעין מלאכתו", וכע"ז בטור על הרמב"ם "איני יודע למה לא יאכל בעוד שמתעסק בבצירה וקצירה שלא אסרה תורה אלא בדבר שלא נגמרה מלאכתו אבל העושה בדבר שנגמרה מלאכתו יכול לאכול כ"ז שמתעסק בו", והרמב"ן פירש הברייתא שאין הכוונה אלא להוציא עוד ומקשקש או מנכש בעשבים שאינן עושין בגמר מלאכה שאינן אוכלים כמו שנתבאר בגמ'.

וז"ל השו"ע "האוכל בשעה שאין לו לאכול, וכן אם הוליד בידו ממה שעושה או שנותן לאחרים, עובר בלא תעשה" והשמיט דברי הראב"ד והרמב"ן, באה"ג.

הסמ"ע כתב (לח) דהל"ת דכתב המחבר הוא לא תגזול או לא תגנובו שאוכל ממה שלא התירה התורה, וכן בנותן ממנו לאחרים, ואם הוליד ממנו בידו לביתו נתרבה לו לאו דואל כליך לא תתן, וזה דלא כרמב"ם, וביאר דהרמב"ם לשיטתו דס"ל דמן התורה אסור לו לאכול בשעת המלאכה ולמדו מדכתיב וחרמש, אבל הטור לא ס"ל הכי, ועוד דייק בסיפא דהרמב"ם "ואין לוקין על שני לאוין אלו שאם אכל או הוליד חייב לשלם" דמדכתב שאם אכל כו' משמע דזהו נתינת טעם דמשו"ה אין לוקין על לאוין הללו כיון שניתנו להישבון בפרעון, ואי אין לאו דגזילה וגניבה כנ"ל לא היה צריך לטעם זה, דמהיכי תיתי לומר דלוקין כיון דאין לאוכל שלא בשעת גמר מלאכה לאו אלא עשה הבא מכלל לאו ודוחק לומר דמשום אינך כתב כן.

סעיף יט

ע"פ תוספתא שהובאה בפוסקים פסק בשו"ע "אין הפועל רשאי לעשות מלאכה בלילה ולהשכיר עצמו ביום, ולא ירעב ויסגף עצמו ויאכיל מזונותיו לבניו, מפני ביטול מלאכתו של בעל הבית, שהרי מחליש כחו שלא יוכל לעשות מלאכת בעל הבית בכח", וכתב הב"י דבירו' איתא "ר' יוחנן אזל לחד אתר חזא ספרא אטימיוס פירוש מלמד תינוקות שהיה חלש כעין חולה ושאל על מה זה אמר ליה דהוה צייס כלומר רגיל להתענות אמר ליה אסור לך השתא במלאכת בשר ודם אסור במלאכת הקדוש ברוך הוא על אחת כמה וכמה", וכתב באביאסף "שאסור לו למלמד ליקח בלילה יותר מעונתו מפני שהוא למחר עצל ללמוד וגם אין לו לעצור במאכל או במשתה אם הוא מפרנס את עצמו מפני שלא יוכל לטרוח וללמוד ודכוותה אין להרבות במאכל ובמשתה יותר מן הראוי וכל מי שמשנה ידו על התחתונה".

כתב הסמ"ע (לט) דהא הטוש"ע פסקו בסימן שלח/ט דרשאי בעל הפרה להרעב בהמתו כדי שתאכל הרבה מן הדישה, התם שאני דעיקר אכילת בהמה ושביעתה הוא מהתבואה הלכך אף שמרעיבה תחילה מ"מ מיד שנכנסה לדוש אוכלת מתבואה שבאה לדוש בה וחוזרת לכחה, משא"כ פועל שעיקר מזונות שלו שיש לו כח מהן אינו מהכרם, הלכך אסור להרעב נפשו ממזונות העיקרים.

כתב ערוה"ש (כה, הובא בדרכי חושן לרב סילמן) דמי שעושה בקבלנות אין חשש בכל זה כיון שאינו שכיר יום.

סעיף כ

ע"פ הרמב"ם (בסוף הלכות שכירות יז, ז) פסק בשו"ע "מוזהר הפועל שלא יבטל מעט כאן ומעט כאן, אלא חייב לדקדק על עצמו בזמן, שהרי הקפידו על ברכה רביעית של ברכת המזון שלא יברך אותה, וכן חייב לעבוד בכל כחו, שהרי יעקב הצדיק אמר כי בכל כחי עבדתי את אביכן, לפיכך נטל שכרו אף בעולם הזה, שנאמר ויפרוץ האיש מאד מאד" והגר"א ציין לכמה מהגמרות המוזכרות בסימן זה ולירו'.

עמש"כ המחבר דהקפידו על ברכה רביעית, כתב הסמ"ע (מ) דבטור כתב "שהרי דקדקו חכמים בזימון על ברכה רביעית", ונראה דגרסינן בזימון ועל ברכה רביעית, ותרת קאמר, ור"ל בזימון, שלא הצריכו לפועל להמתין על אחרים עד שיברכו בזימון כדי שלא לבטל ממלאכתו, ודלא כלבוש שכתב בברכת הזימון שפטרו הפועלים שלא יברכו ברכה רביעית, הרי דס"ל דחדא קאמר, ופירש תיבת הזימון דכתב הטור מלשון ברכת המזון.

סימן שלח – דין אכילת בהמה בשעת מלאכה ואיסור חסימתה

סעיף א

כלשון הרמב"ם ע"פ ב"מ פח: פסק בשו"ע "הבהמה אוכלת כל זמן שהיא עושה בגדולי קרקע (נ"ל לא תחסום שור בדישו)" בין במחובר בין בתלוש (צא: -) ואוכלת ממשוי שעל גבה (נלמד מפועל דכתיב ביה כי תבא' ולאפוקי ממ"ד דבעינן דוקא דומיא דדישה שתהא עושה בידיה וברגליה) עד שתהיה פורקת

(באה"ג): כתב ה"ה דנחלקו המפרשים אם מדין תורה או מפני התקנה ומדברי הרמב"ם נראה שהוא דבר תורה, ובלבד שלא יטול בידו ויאכילה (דדוקא לא תחסום כתיב, לא תעשה מעשה למנוע אותה מאכילה, ולא שיאכילה בידים, סמ"ע)".

סעיף ב

ע"פ **משנה ב"ק נד: וב"מ פט.** פסק בשו"ע "כל המונע הבהמה מלאכול בשעת מלאכה לוקה, שנאמר לא תחסום שור בדישו אחד שור ואחד כל מיני בהמה וחיה בין טמאים בין טהורים (שורי שור' משבת), ואחד חרישה ואחד כל שאר מלאכות של גדולי קרקע, ולא נאמר שור בדישו אלא בהווה".

סעיף ג

ע"פ בעיא דאיפשטא **בב"מ צ: פסק בשו"ע** "אחד החוסם אותה בשעת מלאכה, ואחד החוסם אותה מקודם ועשה בה מלאכה והיא חסומה, (כרבי יוחנן דעקימת פיו היא מעשה -) אפילו חסמה בקול, לוקה", וכתב **באה"ג** דכתב ה"ה דכבר הקשו המפרשים משבועות כ"א דכל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו חוץ מנשבע וממיר ומקלל את חבירו בשם אלמא דעקימת שפתיו לא היא מעשה, וי"ל דמעשה הכא מפני שדבורו בא לכלל מעשה שעל ידי דבורו נחסמת וכ"כ התוס'.

סעיף ד

ע"פ ברייתא **ב"מ צא.** פסק בשו"ע "שכר בהמה וחסמה ודש בה, לוקה ומשלם לבעלים ד' קבין לפרה ג' קבין לחמור {היינו בכל יום, ובדישה מרובה שיש לה לדוש כל היום (נ"י בשם רשב"א)} (לתת טעם והא אין אדם לוקה ומשלם -) שמשעת משיכה נתחייב במזונותיה ואינו חייב מלקות עד שידוש בה חסומה".

סעיף ה

ע"פ ברייתא **ב"מ צ.** פסק בשו"ע "ישראל הדש בפרתו של עכו"ם עובר משום לא תחסום (אפילו הדישה היא של גוי, סמ"ע), ועכו"ם שדש בפרתו של ישראל (שלא בפני ישראל, סמ"ע בשם הטור) אינו עובר משום לא תחסום (ומיירי באפילו הישראל יודע מזה, דמ"מ הוא אינו עושה החסימה בידים, סמ"ע)".

סעיף ו

[האם מותר לומר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה?]

ב"מ צ. "איבעיא להו מהו שיאמר אדם לגוי חסום פרתי ודוש בה תא שמע דשלחו לאבוה דשמואל הלין תורי דגנבין ארמאי ומגנחין יתהון כלומר מסרסים אותם מהו שלח להו הערמה אתעביד בהו אערימו עליהו ויזדבנון אמר רב פפא בני מערבא סבירא להו כרבי חידקא דאמר בני נח מצווין על הסיורס וקא עברי משום ולפני עור לא תתן מכשול סבר רבא למימר ימכרו לשחיטה אמר ליה אביי דיין שקנסת עליהם מכירה בעולם". דעת **הראב"ד** דהך בעיא לא איפשיטא ואזלינן לקולא דהוי ספיקא דרבנן (ה"ה), והרא"ש חלק דאיפשיטא שפיר ושינויא דרב פפא דמוקי בני מערבא כרבי חידקא ליתא דהא אביי ורבא ומר זוטרא והנהו תרי חסידי אית להו דאבוה דשמואל ולית הילכתא כרבי חידקא דהא כמה תנאים פליגי עליה בסנהדרין נ"ו, וכ"ד **הרמב"ם** לפי חלק מהנוסחות, וכתב ה"ה דכן דעת **הרמב"ן** "דבכולהו מצוות איכא שבות באמירה לגוי ויש חולקין".

פירש **רש"י** שהבעיא היא באומר לו חסום פרתי ודוש בה אפילו תבואה שלך ואפילו בזה איכא איסורא, אולם דעת **התוס'** ודוש בתבואתי דמרויח באמירה לגוי דבתבואת גוי פשיטא דשרי כיון שאין ישראל נשכר בחסימה כמו שפשיטא שמותר לומר לגוי לאכול נבלה, והרא"ש כרש"י ושאני מלומר לגוי אכול נבלה שאם היה הישראל עושה בידים מה שהגוי עושה במאמרו דהיינו שנותן הנבלה לתוך פיו היה מותר אבל בחסימה אסור לעשות מה שהגוי עושה במאמרו.

וז"ל **השו"ע** דלא כראב"ד המיקל ברישא "אמר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה {דאמירה לעובד כוכבים אסור בכל איסורין כמו בשבת (רא"ש ורש"י)} (בעיות דלא נפשטו וספק דאוי לחומרא -) ישב לה קוץ בפיה ודש בה והרי אינה אוכלת, רבץ לה ארי מבחוץ, הרביץ בנה מבחוץ, הרי שצמאה ואינו משקה אותה, פרס עור על הדיש כדי שלא תאכל - כל זה וכיוצא בזה אסור ואינו לוקה (דלא לקי מספיקא וכיון

דמלקות אין לנו בזמן הזה לא הוה ליה לרבינו לכתוב אינו לוקה אלא שנמשך אחר דברי הרמב"ם, ב"י (לגבי מח' רש"י ותוס'), כתב **באה"ג** דנראה שפסק כרש"י שאפילו א"ל חסום ודוש בה תבואתך איכא איסורא.

כתב **הסמ"ע** (יב) דאם שכר בהמה מאחר ומכח אחד מאלו לא אכלה דחייב לשלם, דהא משעה שמשכה אתחייב במזונותיה והרי לא אכלה, אף על פי שלא נעשה בגרמתו ממש.

עוד כתב **הסמ"ע** (יג) דכתבו התוס' דבישב לה קוץ ורביץ לה ארי קאמר בגמ' דדוקא כשנעשה כן מאליו הוא דאיבעיא להו אבל אם הושיב בידו קוץ בפיה וכן אם הרביץ ארי מבחוץ כדי שתראנו ולא תאכל לא קימבעיא ליה דודאי לוקה, אבל בהרביץ בנה מבחוץ וכן בפירש עור על הדיש אע"פ שעושה כן בידים מ"מ כיון דאינה מונעת כל כך מלאכול בשביל זה, הן באיבעיא אי לוקה עליהן או לא, וזהו שדקדקו הרמב"ם והטושי"ע שבקוץ וארי כתבו לשון שנעשה מאליו משא"כ בהושיב בנה ובפירש עור ובישב לה קוץ כתבו התוס' דלא דמי לחסמה מבחוץ ודש בה כשהיא חסומה דלוקה, ד"ל דשאני התם דחסומה בידים כדי שלא תאכל משו"ה אפילו חסמה אחר ודש בה לוקה, משא"כ בזה שנעשה מאליו איבעיא אי יש לדמותה לחלתה היא.

עמש"כ הב"י דנמשך הטור אחר לשון הרמב"ם במה שכתב שפטור מלקות, כתב **הש"ך** (א) שכתב בהשטמות יו"ד סימן כ"ז דיש נפקותא בזמן הזה היכא דאיכא מלקות (לא מצאתי), והב"ח כתב דהטור נתכוין לומר דמשלם ד' קבין לפרה וג' לחמור אבל אי הוי לוקה לא הוי לוקה ומשלם דמשום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום ב' רשעות, וכתב דדבריו תמוהין דהא בחסימה אע"ג דלוקה משלם וכדאיתא בש"ס וסעי' ד', "ועוד נ"ל דבזמן הזה אפילו היא מלקות ותשלומין כאחד חייב ממון דהא קי"ל דאם לא התרו בו או ששגג חייב בתשלומים וכדלקמן סימן ש"ן אלמא דגבי חייבי מלקות בעינן דוקא היכא דלוקה ממש א"כ בזמן הזה הוי כלא התרה בו וכ"מ מדברי מהרש"ל פרק הכונס סימן ו"י". [בתרומת הכרי כתב דכוונת הב"ח דהטור בא להשמיענו דהכא חייב לשלם בלאו טעמא דמשעת משיכה אתחייב לה במזונותיה. עוד כתב דלדעתו נפ"מ היכי דלא משך השוכר הבהמה אלא שהבעלים הניחוהו לחוץ ומאליו הלכה אל הגורן או שהבעלים הוליכו בהמה שלהם עד הגורן דבכה"ג התשלומין והמלקות כי הדדי אתיא, ועוד כתב לחלוק עמש"כ הש"ך שבוה"ז אפילו מלקות ותשלומין באים כאחד וכו', דליתא דגם האידנא אם התרו בו פטור מתשלומין ואף שאין לנו סמוכים להלקותו כמו חייבי מלקות בזמן המומחים במקום שאין ב"ד ולמחר ייתא משיחא וילקה].

סעיף ז

ע"פ בעיא דאיפשטא בב"מ צ. פסק בשו"ע "היה הדבר שהוא עושה בו רע לבני מעיה ומזיקה, או שהיתה חולה ואם תאכל מזה תתריז [פי' חולי מעיים שמוציאה רעי כמים] מותר למונעה, שלא הקפידה תורה אלא על הנאתה והרי אינה נהנית".

סעיף ח

ב"מ פט: "תנו רבנן פרות המרכסות בתבואה אינו עובר משום בל תחסום אבל מפני מראית העין מביא בול מאותו המין ותולה בטרסקלין שבפיה", ופסק בשו"ע כפירוש הרמב"ן וכ"ד הרמב"ם וכן הוא בירו' – "פרות המהלכות על התבואה לפי שירט להן הדרך (שעוברת על התבואה דרך הליכתה למקום אחר כדי לקצר הליכתה, ה"ה) אינו עובר על לא תחסום" והרמ"א כתב כפירוש רש"י והראב"ד "שעורין שהושרו במים ומייבשין אותן בתנור ואח"כ דשין אותן בפרות להסיר קליפותיהן אין בהם משום בל תחסום שכבר נתחייב במעשר (ואנן דומיא דדיש ופעולת כרם וקמה בעינן דכל אלה לא נגמרו עדיין למעשר וכסימן שלז"א, סמ"ע), אבל משום מראית העין שלא יאמרו שחוסם פרתו, מביא מעט מאותו המין ותולה בצוארה שתאכל ממנו (ומי שיבוא אח"כ יאמר בלבו כבר אכלה מהשק כל שבעה ושאחר שעה יחזור וימלאנו מאותו המין שתאכל ממנו, סמ"ע)".

כתב **הסמ"ע** (טו) שלפי פירוש הרמב"ם שענין מראית העין קאי על רק תרומה ומעשר, דהכא הכל רואין שאין כוונתה לדוש ולית ביה משום מראית עין, וגבי פירוש הראב"ד לפי הרמ"א כן שייך – וביאר **באה"ג** דאפשר דשאני הכא דנפיש הזיקא דקלופות.

סעיף ט

ע"פ ברייתא **ב"מ צ.** פסק בשו"ע "רשאי השוכר להאכילה פקיעי עמיר" [פי' אגודת קש של שבלים שנדושו, רש"י] כדי שלא תאכל הרבה מהדיש, ורשאי בעל הפרה להרעיבה כדי שתאכל הרבה מהדיש" דלאכשורי גברא לית ביה איסור כמבואר בסימן שלז/טו, **סמ"ע** (יח), ושלח לסעי' יט שם דביאר מאי שנא מהנאמר שם שלא ירעיב ויסגף עצמו הפועל.

סימן שלט – לתת שכר אדם בהמה וכלים בזמנו ומתי זמנו

סעיף א

האם עובר בבל תלין בשוכר קרקע? ומה הדין בשוכר דירה?

משנה ב"מ קיא. "אחד שכר אדם ואחד שכר בהמה ואחד שכר כלים יש בו משום ביומו נתן שכרו ויש בו משום לא תלין פעלת שכיר אתך עד בקר" ובגמ' "דתניא מאחיד פרט לאחרים גרד זה גר צדק בשעריך זה אוכל נבילות אין לי אלא שכר אדם מנין לרבות בהמה וכלים תלמוד לומר בארצך כל שבארצך", וז"ל השו"ע "מצוה לתת שכר שכיר בזמנו ואם אחרו עובר בלאו, אחד שכר אדם או בהמה או כלים, (רמ"ה ע"פ הברייתא דאשר בארצך ולא ארצך ממש –) אבל על שכר קרקע יש מי שאומר שאינו עובר".

כתב **הסמ"ע** (א) דאף דבסעי' ב' כתב המחבר ע"פ הש"ס והרמב"ם דהכובש שכר שכיר עובר בחמשה לאוין ואילו כאן כתב המחבר דעובר בלאו, משום דאאינך לאוין דסעי' ב' אינו עובר אא"כ אין דעתו לשלם לו כלל (ודלא כמאירי שגם במאחר עובר בה' לאוין, דרכי חושף), משא"כ בלאו דלא תבוא עליו השמש דהכא עובר מיד שעבר זמנו אף שדעתו לשלם לו, ודלא כלבוש שכתב דלאו דהכא הוא לא תעשוק, דלא דק דבעל הבית שאינו נותן בזמנו ודעתו ליתן לאחר זמנו אינו עובר משום לא תעשוק אלא משום לא תבוא עליו השמש.

כתב **הקצות** (א) דלענין איסור בל תלין שהוא איסור דאוי' יש לחוש לדעת הפוסקים דהו"ל לבית דין תלוש כיון שהוא תלוש ולבסוף חיברו, ואפילו לרא' (והרמ"א בסימן צה/א) דס"ל דהו"ל דין קרקע ע"ש, אכתי יש לחלק בין איסור לממונא דלענין איסורא תלוש ולבסוף חברו דין תלוש הוי דלענין איסור בל תלין שהוא איסור דאורייתא יש לחוש לדעת הפוסקים דהו"ל דין תלוש. **הפת"ש** (א) הביאו, וכתב בשם **השער משפט** שדעתו להחמיר אף **בקרקע** ממש לפי דבסמ"ג וביראים הביאו לשון התורה כהנים דאף בשכר קרקע עובר בבל תלין ואין להקל באיסור לאו דאוי', וציין **הפת"ש לגר"א** (א), שם כתב על המחבר דזה תמוה דזהו אליבא דת"ק דברייתא אבל תנא דמתניתין לא יליף שכיר אלא יליף מאתך כל שפעולתו אתך ואף קרקע במשמע וק"ל כמתני', ואף לתנא דברייתא למעט מבארצך קרקע אינו מוכרח [וכ"ד **האהבת חסד**], וכתב **בפסקי המשפט** בפרט אם שכר דירה מרוהטת דהוה מטלטלין והוי כשכר כלים שלכ"ע חייב].

< כתב **גליון מהרש"א** בשם החינוך מצוה תפ"ב דאף בזמן הזה אם שכר פועל ועבר זמן מרובה או אפילו מועט **שיעניק** לו בצאתו מעמו מאשר ברכו ה'.

סעיף ב

ברייתא **ב"מ קיא.** "כל הכובש שכר שכיר עובר בחמשה שמות הללו ועשה משום בל תעשק את רעך ומשום בל תגזול ומשום בל תעשק שכיר עני ומשום בל תלין ומשום ביומו נתן שכרו ומשום לא תבא עליו השמש הני דאיכא ביממא ליכא בליליא דאיכא בליליא ליכא ביממא אמר רב חסדא שם שכירות בעלמא", ופירש **רש"י** "שם שכירות בעלמא כולו - כחד לא משכחת לה ודאי אלא הכי קאמר עבירות כל השמות הללו בשם שכירות הן יש מהן בשכירות לילה ויש מהן בשכירות יום" ורש"י גריס נמי עובר משום לא תגזול דאוקימנא ליה בדף ס"א לכובש שכר שכיר דלגופא לא צריך דנילף מריבית ואונאה (והסמ"ע מנהו), אולם השו"ע כתב כלשון **הטור** "כל הכובש שכר שכיר כאילו נוטל נשמתו (ברייתא

דף קי"ב "כי אליו הוא נושא את נפשו" ופליגי בגמרא חד אמר נפשו של נגזל וחד אמר נפשו של גזול, ועובר בחמשה לאוין ועשה" וכתב הב"י שנמשך אחר לשון הרמב"ם (שם כתב "עובר בארבע אזהרות ועשה, והמשיט לאו דלא תעשוק, דרכי חושן), "ויש לדחוק ולומר" דמפרש דמאי דאמר רב חסדא שם שכירות בעלמא הכי קאמר אע"ג דקצתם כתובים ביממא וקצתם כתובים בליליא מ"מ כשהוא כובש ביום או בלילה עובר על כולם דשם שכירות בעלמא חד הוא, וכן ביאר הסמ"ע (ד).

סעיף ג

שכר פועל לעבודה ביום שישי מתי עובר בבל תלין?

פרט שלשה מקרים בהם אין 'בל תלין' שאינם ברשימה (של החלק הראשון של השאלה: קרקע, קבלן, אומן, ושכירות ע"י שליח)

משנה ב"מ קי: "שכיר יום גובה כל הלילה ושכיר לילה גובה כל היום" ובגמ' "תנו רבנן מניין לשכיר יום שגובה כל הלילה תלמוד לומר לא תלין פעולת שכיר אתך עד בקר, ומניין לשכיר לילה שגובה כל היום שנאמר ביומו תתן שכרו, ואימא איפכא שכירות אינה משתלמת אלא בסוף" ופירש רש"י "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף כדאמרין באיזהו נשך (סה). אלמא לא משתעבד ליה לשכיר יום עד שתשקע החמה וכי כתיב לא תבא על כרחך בשכיר לילה תוקמיה שנשתעבד לו לבקר משכלתה שכירותו וכן לא תלין נמי לא תוקמיה בשכיר לילה דהא לא משתעבד ליה עד הבקר", וכתב הנ"י בשם התוס' אהא דמנין לשכיר יום שגובה כל הלילה דמשמע דפועלים דידן שאינם עושים מלאכה עד הלילה ומתחלה אדעתא דהכי אגרי להו כיון ששקעה עליו חמה עובר משום לא תבא עליו השמש מיהו היכא ששה במלאכתו עד הלילה משמע דאינו עובר אע"ג דמתחלה לאו אדעתא דהכי אגריה.

וז"ל השו"ע "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 (רישא דקרא נקט ואחריו מיד כתיב לא תבוא עליו השמש, ועובר בתרווייהו בעשה ולא תעשה, סמ"ע) {ופועלים דידן, שאין עושין מלאכה עד הלילה, כיון ששקעה עליו חמה עובר עליו משום ביומו תתן שכרו, ואם עשה מלאכה עד הלילה, יש לו זמן כל הלילה אע"פ שלא שכרו [בפירוש כן ודאין] אדעתא דהכי אגריה (נ"י)"}"

כתב רע"א בשם החינוך "לרא"ה" ¹ דאם נשכר ביום ו' כיון דאינו יכול לשלם לו בשבת שוב אינו בלאו רק משום "אל תאמר לרעך" (לשונו שם מצוה תקפ"ח – "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") [אולם דעת האו"ש (שכירות יא) עובר בבל תלין "שהיה לו לפרועו מבעוד יום בעת גמר מלאכתו"].

סעיפים ד – ה

ע"פ **משנה ב"מ קי:** וגמ' קיא. כרב (ודלא כשמואל לקמן) דהלכתא כוותיה באיסורי (רא"ש) וכרבי יהודה [אולם סמ"ג ועוד סוברים דפסקינן כשמואל דהלכה כמותו בממונא, וס"ל א"כ דבל תלין הוא ממון, פסקי המשפט (הע' 11), ואילו בקצות בסע' א' מבואר דס"ל דבל תלין הוא איסורא (שם 26) ונפק"מ אם צריך בעה"ב לרדוף אחריו לשלם (עיי"ש עוד)] - פסק בשו"ע "שכיר שעות אם כלה שכירותו ביום יש לו תשלום כל אותו יום, אם כלה בלילה, יש לו תשלום כל אותו הלילה (דלא כשמואל שכיר שעות דיום גובה כל היום ושכיר שעות דלילה גובה כל הלילה וכל היום). (ה) שכיר שבת, שכיר חדש, שכיר שנה, שכיר שבוע, יצא ביום גובה כל אותו היום, יצא בלילה גובה כל אותו הלילה".

סעיף ו

פרט הדין של כובש שכר בשכיר (ראה לעיל) או אומן או קבלן?

ב"מ קיב. "בעו מיניה מרב ששת קבלנות עובר עליו משום בל תלין או אינו עובר אומן קונה בשבח כלי והלואה היא או אין אומן קונה בשבח כלי ושכירות היא אמר להו רב ששת עובר. נימא מסייע ליה 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 ואי אמרת אומן קונה בשבח כלי אמאי עובר אמר רב מרי בריה דרב כהנא דאגריה מיניה לבטושי בטשא ובטשא במעתא", ופסקו הפוסקים כרב ששת דתניא דמסייע ליה ואין אומן קונה בשבח כלי והא דאוקי רב מרי להאי מתניתא דאגריה לבטושי דחייה בעלמא היא, וז"ל השו"ע "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 לפורעו בזמנו" – דאין אומן קונה בשבח כלי והו"ל שכר פעולה לגבי בעל הבית, סמ"ע (יב).

הש"ך (א) כתב דבא"ע סימן כח/טו איתא ב' דעות וכתב שם הטור "אבל ר"י כתב דקי"ל דאומן קונה בשבח כלי ואין כאן מלוה דכשנותן לה הכלי מתקדשת בשבח שיש לו וכן היא מסקנת א"א הרא"ש ז"ל" וסותר לרא"ש בסוגיין הכא דהביא רק דברי הר"ף, וציין לסימן ש"ו סק"ג דכתב דהכא מיירי אפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי, והטור שכתב שעובר מיירי באוקימתא דביטשא ביטשא אבל בקבלנות סתמא אינו עובר ואומן קונה בשבח כלי.

הסמ"ע (יא) תמה מדוע נכתב בברייתא ובפוסקים דעובר משום בל תלין, דהוה ליה למימר משום ביומו נתן שכרו, וביאר דכאילו אמר חיובא דבל תלין דעלמא הוא חל כאן מיד ששקעה החמה, אך אין לתרץ ולומר דהרמב"ם והטור ס"ל דהגמ' נקטה כן דס"ל דעובר בכל אחד בכל חמשה לאוין ונקט בל תלין לרבותא דאפילו אותו עובר וכ"ש משום ביומו נתן שכרו, דזה אינו, דכאמור גם לרמב"ם והטור אינו עובר בחמשתן אלא הכובש שכרו ואין דעתו ליתנו לשכיר כלל.

כתב הקצות (ג) ע"פ מוהר"א ששון² בצוה לסופר שיכתוב לו כתובה והסופר כתבה וחתמה דאינו עובר, ואע"ג דאיפסקא הלכתא דאין אומן קונה בשבח כלי, מ"מ היינו באומן שאין לו כלום בכלי אבל באומן שהכלי עצמו הוא שלו דמי למכר, וק"ו ממה דהוי ס"ד דאומן קונה בשבח כלי והוי הלואה כו' מכל שכן הכא שהכלי עצמו הוא שלו דהוי מכר והלואה, והביאו **הפתי"ש (ג)** וכ"פ **רע"א** [ובמשפט **שלמה** דן מזה לתשלום קייטרינג דנחשב כמכירה ואין בו תלין, פסקי המשפט (הע' 30), עיי"ש].

כתב הפתי"ש (ב) דהסמ"ע (י) ביאר במש"כ המחבר שהטלית ביד האומן אינו עובר, דאז אין פעולת שכיר מוטל על בעל הבית לעבור עליו שהרי תופס משלו כנגדו, וכתב **מהר"ש זלמן מלאדי**³ דמזה יש ללמוד שאם נותן משכון לפועל אינו עובר כלום אף אם יש לו מעות כו', אך כתב הפתי"ש דאולם בלבד כתב הטעם דכיון שאין האומן נותן לו מוחל לו על תשלום שכירותו כל זמן שהוא בידו, ולפי"ז אין ללמוד מזה למשכון אחר. עוד כתב הפתי"ש בשם **ר' יהונתן** בשיטה דכל זמן שהטלית ביד האומן אע"פ שנתן לו רשות שיטלנה מביתו ויוליכנה לביתו שאינו רוצה לעכבה בשביל שכירותו, אפ"ה כל זמן שיש משכון תחת ידו אינו עובר, והקצות בסימן ע"ב (כ"ג והכא סק"ד) כתב דמזה יוצא לנו דין מחודש דשכירות שנתן בעל הבית לאומן משכון עליו אף על גב דהחזיר לו המשכון, כיון דכבר קנה במשכון נגד שכרו תו ליכא בל תלין, ואף על גב דהחזיר לו אח"כ את המשכון.

[הפתחי חושן (ד,ט,יב) סיכם] "אף שכר קבלנות יש בו משום בל תלין, וזמן חיוב התשלום בשעת גמר המלאכה, והנותן לאומן כלי לתקנו בקבלנות, חל החיוב בשעת החזרת החפץ, אבל כל שלא החזירו, אף על פי שגמרו והודיע לבעל החפץ, אינו עובר" ובהע' כ"ח הוסיף **דמה שמקובל כיום בקבלן או משרד לעבודות**, המקבל לבנות או למלאכה אחרת, ואין הוא עוסק במלאכה אלא שוכר פועלים אחרים על חשבונו, אין לו דין פועל לענין זה, וגם על הפועלים אין לו חיוב תשלומין אלא דינו כעין מכר ואינו עובר, מיהו אפשר באופן שגם הקבלן עוסק במלאכה בפיקוח ותיאום עם הפועלים, על חלק זה דינו כפועל, וכדין אומן, ואף כשאינו פועל צריך לשלם לו לפי מה שהתנו או לפי התקדמות המלאכה, כיון שאין בו דין שכירות המשתלמת לבסוף, אלא שאפשר שגם במוכר כמה דברים במקח אחד אין חיוב תשלומין אלא בסוף המקח, ואם פסקו מחיר על כל מלאכה בנפרד, ממ"נ צריך לשלם עבור כל מלאכה].

סעיף ז

שכר פועל בעצמו או על ידי שליח ותבע הפועל שכרו בעצמו או על ידי שליח, מתי עובר בבל תלין ומתי לא?

ירד לשדה חבירו שלא ברשות ועבד, האם עובר עליו המעביד בבל תלין?

ע"פ קי: פסק בשו"ע "האומר לשלוחו צא ושכור לי פועלים ושכרם ואמר להם שכרם על בע"ה, אין שום א' מהם עובר על בל תלין (זה לפי שלא שכרו וזה לפי שאין פעולתו אצלו כלומר ולא קרינן ביה לא תלין פעולת שכיר) (תוס' -) ומיהו בע"ה עובר משום 'אל תאמר לרעך לך ושוב' (משלי ג) אם אינו טרוד ומכוין לדחותם (וכן נרמז מלשון הברייתא מדלא קתני אומר אדם לשלוחו משמע דוקא בדיעבד אינו עובר אבל לכתחילה עובר משום בל תשהה, פת"ש), (ה"ה ברמב"ם -) ואם לא אמר שכרם על בע"ה אפילו לא אמר להם שכרם עלי אלא שכרם סתם הוא חייב בשכרם (שכל שלא אמר שכרן עליו הוא) לפיכך הוא עובר משום בל תלין { (רא"ש -) מיהו אם הפועלים יודעים שאין המלאכה שלו אין השליח עובר בסתם }".

כתב רע"א (בסוף הסימן) דאם תבעו הפועל ע"י שליח "עיינן בתשובת הלכות קטנות" - שם כתב ד"אפשר דלאו כל כמיניה לשוויי שליח לחיוביה לזה, ואין זה בכלל שלוחו כמותו וכעין ראייה ההיא דהמקבל (ק"י) צא ושכור לי פועלים אין א' מהן עובר זה לפי שלא שכרן וזה לפי שאין שלו ואפשר כמעט הוי בכלל אין שליח לדבר עבירה", וכתב רע"א דדבריו לא נראים, וכ"ד הדרכי חושן "שאין צריך דין שליחות אלא יועיל גם ע"י קוף או גוי".

סעיף ה

ב"מ קי: "תנו רבנן ממשמע שנאמר לא תלין פעולת 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 תשהה אמר רב יוסף מאי קראה 'אל תאמר לרעך לך ושוב ומחר אתן ויש אתך' (משלי ג) "וז"ל השו"ע "עבר זמנו, אין בע"ה עובר משום בל תלין ומכל מקום חייב ליתן לו מיד, ובכל עת שישעה עובר על לאו של דבריהם, שנאמר אל תאמר לרעך וגו'", וכן שכיר לילה אם עבר עליו יום ראשון אינו עובר אח"כ משום לא תבא עליו השמש (רע"א בשם הר"ן).

סעיף ו

ע"פ ב"מ קיא. פסק בשו"ע "שכיר שמכיר בבעל הבית ⁴ שאין דרכו להיות בידו מעות אלא ביום השוק אינו עובר בבל תלין אפילו יש לו מעות ("מידע ידעי דאיומא דשוקא סמכ"י), ומיום השוק ואילך אם אינו נותן לו עובר משום אל תאמר לרעך וגו' { (נ"י -) וה"ה הני שאין דרכן לשלם עד שיחשבו עם הפועלים, אינם עוברים עד שיחשבו עמהם (ואפילו תבעו בזמנו בדבר שודאי חייב לו בלא חשבון (סמ"ע בשמו) }". [יש לציין לשבט הלוי (ז, רלג) שהביא דעת המאירי דמיום השוק ואילך עובר אפילו בבל תלין ודלא כרש"י ולדעתו יש להחמיר כדבריו, אולם בדרכי חושן דחהו].

סעיף ז

ע"פ משנה וגמ' קיב. פסק בשו"ע "אין בע"ה עובר משום בל תלין ⁵ אא"כ תבעו השכיר ("אתך" לדעתך, לאפוקי כשלא תבעו דאז השהייה היא מדעתו דפועל) לא תבעו או שתבעו ולא היה לו מעות ליתן לו, או שהמחהו אצל שולחני ליתן לו וקבל עליו ליתן לו (וקצת משמע שאפילו לא נתרצה הפועל בהמחאה זו, כיון שקיבל עליו הלה ליתן לו שוב אינו עובר עליו, ב"י, פת"ש) אינו עובר ("אתך" ולא כשהמחהו אצל חנוני), אפילו אין לבע"ה ביד שולחני כלום (רש"י ורי"ף), ומ"מ אם רצה השכיר לחזור בו שלא לקבל מהשולחני אלא מבעל הבית הרשות בידו (כרבה בפלוגתא דרב ששת ורבה בדף קי"ב "חוזר או אינו חוזר" ופסק הרי"ף הלכה כרבה וכתב הרא"ש דמתניתין דייקא כותיה ולא חשיב ליה מחילה, ומכאן ראייה דמחילה לא בעי קנין דאי בקנין פשיטא דאינו חוזר, ואפ"ה אמר רב ששת דאינו חוזר משום דמחל לו ורבה דאמר אינו חוזר משום דלא חשיב ליה מחילה) { ואם קנו מידו לא יוכל לחזור בו (רא"ש) }".

ביאר הסמ"ע (כא) חזרת השכיר בסיפא דאפילו אם לא חזר החנוני מליתן לו מ"מ כיון שאין לו בידו כלום ולא נתחייב לו במעמד שלשתן ואם רצה החנוני יכול לחזור משו"ה גם הפועל חוזר.

כתב הש"ך (ב) בשם ספר חסידים "אם תשכיר סופר לכתוב לך ⁶ תתנה עמו שלא תהיה בבל תלין פעולת שכיר שמא כשיתבע לא יהיה לך ליתן לו, ואף על פי שתעשה תנאי עמו תתן לו כשיתבע אם תוכל, ואין בזה מתנה על מ"ש בתורה שהרי אמרו חכמים (ב"מ פ"ג) אדם מתנה עם פועל להאכילו לחם צר ומים

לחץ אף על פי שחייב להאכילו כסעודת שלמה", וביאר הפת"ש (ו) דכוונת התנאי שמא לא יהיו לך מעות בריוח שתוכל ליתן לו כי תצטרך להוציאם, אבל אם לא יהיו כלל אינו עובר אפילו בלא תנאי.

כתב הפת"ש (ז) בשם **שער משפט** דבזוהר קדושים מבואר דאף דאמר לו הפועל יהא השכירות בידך אין לעכב השכירות תחת ידו אם לא לבתר דיהיב ליה וכן משמע פשטא דמתניתין (ק"י"א) דקתני 'לא תבעו אינו עובר עליו' משמע מיעבר הוא דלא עבר הא איסורא איכא, וכה"ג דייק הש"ס בדף צ'. עמ"כ המחבר "או שתבעו ולא היו לו מעות" כתב (ח) בשם **מהר"ש זלמן** בשם האר"י דמ"מ מידת חסידות ללוות ולפרוע לשכיר בזמנו. **רע"א** כתב עמ"כ המחבר "ולא היה לו מעות" והוא כלשון הטור דמשמע דאם אין לו אף דיש בידו שוה כסף אינו עובר, ובברייתא קתני יכול אפילו אין לו ת"ל אתך משמע דוקא אין לו כלל, ובחינוך כתב 'שאין לו כלום לפרע ממנו', ועוד כתב בשמו שאם אין יכול לפרעו באותו יום א"כ יאבד הרבה משלו לא חייב הכתוב בזה.

< סע' יא: כתב השו"ע "דיני שכיר שנשבע ונוטל נתבאר בסימן פ"ט".

הלכות שאלה

סימן שמ – השואל חייב באונס ובהמה שמתה מחמת מלאכה ואם שלחה על יד בנו או עבדו

סעיף א

מה מיקרי "מתה מחמת מלאכה" שהשואל פטור?

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "השואל מחבירו בהמה או מטלטלים ונאנסו בידו כגון שמת או נשבר או נשבה חייב (כמפורש בתורה ובמשניות ב"מ צג. ושבועות מט.) {**מרדכי בשם מהר"ם** - } ודוקא שאירע האונס מכח השואל, אבל אם אירע האונס מכח המשאיל, פטור, ולכן מי שיש לו משכון אצל עכו"ם, והשאילו לחבירו ליקח עליו עוד מעות ונשרף המשכון, פטור השואל, דהא בלאו הכי היה נשרף מכח המשאיל (ועוד איתא במרדכי שם טעם אחר דלא נקנה לו המשכון כיון שלא משכו, ש"ך) ואין צריך לומר שחייב בגניבה ואבידה (שם ובגמרות) אבל כל קלקול שאירע בה מחמת מלאכה ששאלה בשבילה, לא מבעיא אם הוכחשה מחמת מלאכה שהוא פטור, אלא אפילו מתה מחמת מלאכה, פטור (**ב"מ צו**: דלאו לאוקמא בכילתא שאילתה), והוא שלא ישנה לעשות בה דבר אחר חוץ מהמלאכה ששאלה בשבילה (ע"פ **ב"מ צז**). "ההוא גברא דשאל דוולא מחבריה איתבר אתא לקמיה דרב פפא אמר ליה אייתי סהדי דלא שנית ביה ואיפטר" שאם שינה ועשה בה מלאכה אחרת חוץ מהמלאכה ששאלה בשבילה (**ה"ה ברמב"ם** גבי שאל בהמה לחרוש ורכב בה -) אפילו היא קלה ממנה תלין דמחמת אותה מלאכה ששינה מתה ("דלא שני" בגמ' ר"ל שום שינוי, שם), ואפילו באותה מלאכה עצמה אפשר לשנות (מיקרי שינוי להתחייב) כגון ששאלה לחרוש וחרש בה ביום ובלילה שלא כדרך כל הארץ (**שם**).

עמ"כ הרמ"א ע"פ המרדכי דדוקא שאירע האונס מחמת השואל, כתב הסמ"ע (א) דכתב הלבוש דאם אירע אונס שלא מחמת השואל כגון שאל בית מחבירו ונשרף אינו חייב לשלמו, ולא דק, דבכה"ג בלאו הכי פטור משום דאין דין שומרים בעבדים וקרקעות, והוסיף הש"ך (א) דעוד יש להשיג על הלבוש דשאל בית האונס הוי מכח השואל כיון דברשותו הוא.

הנתיבות (א) הקשה על הרמ"א דהא בשאלה אפילו מתה הבהמה חייב עי"ש מש"כ, וכתב **בדרכי חושן דהעולה באירע אונס שלא מחמת השואל**, היינו שאף לולי השאלה היה נעשה האונס וגם לא היה החפץ ברשותו של השואל, פטור השואל לדעת הלבוש והגר"א ולדעת הנתיבות והשער משפט חייב, ובכה"ג שהיה החפץ ברשותו ובשליטתו של השואל גם לדעת הלבוש חייב ורק לדעת הגר"א פטור, ויתכן שגם הסמ"ע והש"ך מפרשים כוונת הרמ"א כגר"א, ונראה דבכהאי גוונא הוי ספיקא דדינא.

הקשה הסמ"ע (ד) דבסי' ש"ח ושי"א מסקנת הרא"ש והטור דמותר לשנות הבהמה למלאכה אחרת שאינה כבידה ממנה וכ"ש לקלה ממנה, ואין לומר דבשואל דכל הנאה ידידה החמירו, דאין טעם לדבר,

כיון דעכ"פ מחמת מלאכה מתה ובמתה מחמת מלאכה פטריה רחמנא לשואל, ומאי שנא זה מסימן שמב/א בשואל שהשאל לאחרים ונפסד מחמת מלאכה, דכשיש לשואל ראייה שלא שינה בה השני מאשר השאל והרשה לו עליה דפטור השואל, לכן כתב דנראה דלא קאמר כאן דלא ישנה אפילו לקלה ממנה אלא קאמר שאם שינה אפילו דבר קל אזי תלינן דמחמת השינוי מתה, ומיירי דוקא באם יש לפנינו איזה ענין שנוכל לתלות בו ולומר שמחמת השינוי מתה (וכעין דכתבו הטושי"ע בסימן שט/א).

< כתב הרע"א ע"פ המחנ"א דשאל שופר לתקוע בו תקיעת מצוה י"ל דאינו חייב באונסיה דהנאת מצוה לא הוי הנאה [ויש חולקים (נתיבות עב, יז ועוד), פסקי המשפט ו'].

[האם יכול שואל להתנות להתחייב במתה מחמת מלאכה אף בלא קנין?]

כתב הקצות (א) דיש להסתפק בהתנה השואל להתחייב מחמת מלאכה אם בעי קנין או לא, ולמד דזה במח' רא', לריטב"א בעי קנין ולשיטה לא, ותליא בב' תירוצי התוס' בב"מ נ"ח (ראה מש"כ בסימן רצא/כז), דכתבו בהא דאמרינן (צד, א) במתנה שומר חנם להיות כשואל בדברים בעלמא ובעבדים ושטרות וקרקעות בעינן קנין דכתבו משום דהנך דפטירי אפילו משבועה בעי קנין אי נמי כיון שמתחייב כשואל כסבורים העולם שהשאל לו ובהאי הנאה משעבד נפשיה, דלתירוץ קמא טעמא דמתנה שומר חנם להיות כשואל משום דחייב שבועה דאוי וקרקעות אפילו משבועה פטור וא"כ מהאי טעמא נמי מתנה שואל להתחייב במתה מחמת מלאכה, אבל לפי תירוץ השני א"כ אינו מתחייב ביותר משואל, וביאר הקצות עוד בתוס' דבעינן גבי שמירת קרקעות שקנו מידו ע"פ התוס' בכתובות (נ"ו) דכתבו דגבי שומרין אין החיוב אלא משום דהתורה ירדה לסוף דעתן של בני אדם שרוצין להתחייב בכך שומר חנם בפשיעה ושומר שכר בגניבה ושואל באונסין וכיון דלא שעבד נפשיה לא חייבתו התורה, וא"כ כיון דהתורה ירדה לסוף דעתן של בני אדם שרוצין להתחייב בכך ואפ"ה בעבדים ושטרות וקרקעות פטרה התורה אע"ג דדעתן להתחייב שוה בהנך כמו בשאר מטלטלין, א"כ אינו מוסיף באמירה ידיה שאמר שרוצה להתחייב כיון דידענו שרוצה להתחייב ואפ"ה פטרו התורה ואינו מחויב באמירה יותר אא"כ קנו מידו, אבל בהנך דאית בהו דין שומרין לא חייבה התורה את השומרין ביותר מדעתן ומשום דשומר חנם אין דעתו אלא לחייב בפשיעה וכן כולם אבל היכא דשעבד נפשיה ביותר משומר חנם חייב בדברים (וראה עוד מש"כ בסימן רצא/כז). בנתיבות (ב) הכריע דהשואל יכול לחייב עצמו במתה מחמת מלאכה בלא קנין, דדוקא בדברים שהשומר חייב במה שאיש אחר שאינו שומר אינו חייב אינו יכול להתנות בחיוב אם לא כשהוא באופן המבואר בתוס', אבל במתה מחמת מלאכה שאילו לא היה שואל ודאי דהיה מתחייב מדין מזיק רק שיש לפטרו כאן מטעם ששאלו לעשות מלאכה מדעת המשאל והרשהו לכך, אבל כשהתנה עמו שיתחייב בנזק שיעשה מחמת מלאכה הוי כאילו התנה שבאם תהיה הבהמה ניזקת שלא יהיה לו דין שואל שיהיה כאילו לא השאילה לו, ואפילו בעבדים נראה דחייב בכה"ג, דכמזיק בידים דמי, כיון שהתנה כך שנגד נזק שיעשה לא יהיה לו דין שואל.

סע' ב, ד: ראה סימן ש"ז סעיף ו'.

סעיף ג

שאל רכב ועשה תאונה שלא באשמתו, האם הוי מתה מחמת מלאכה?

השואל רכב מחבירו ובדרך מחבלים רגמו אותו באבנים. האם נחשב מתה מחמת מלאכה? ומה הדין אם החוס עלה ברכב והנהג המשיך לנסוע וזה גרם להפסקת המנוע?

שאל חתול לאכול עכברים ואכלוהו עכברים או אכל עכברים ומת? שאל כלי מחלמה ונפל

בשבי?

ב"מ צז. "ההוא גברא דשאל שונרא מחבריה חבור עליה עכברי וקטלוהו יתיב רב אשי וקמיבעיא ליה כי האי גוונא מאי כי מתה מחמת מלאכה דמי או לא אמר ליה רב מרדכי לרב אשי הכי אמר אבימי מהגרונא משמיה דרבא גברא דנשי קטלוהו לא דינא ולא דיינא איכא דאמרי אכיל עכברי טובא וחביל ומית יתיב רב אשי וקא מעיין בה כהאי גוונא מאי אמר ליה רב מרדכי לרב אשי הכי אמר אבימי מהגרונא גברא דנשי קטלוהו לא דינא ולא דיינא".

פסק בשו"ע ע"פ הרמ"ה "השואל בהמה מחבירו לילך דרך ידוע ובאו עליו לסטים באותו הדרך או חיות רעות, ואנסוה ממנו, חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה (כיון שמחמת הדרך ששאלה לילך בה הולכה ונאנסה, כי היכי בשאיל שונרא מחבריה ואכלה עכברים טובא ומתה בל"ב אע"פ שלא הרגתה המלאכה גופה כיון שבמלאכה ששאלה לצרכה מתה בגרמתה)" והרמ"א פסק כרא"ש "ויש חולקין בזה וס"ל דלא מיקרי מחמת מלאכה דהרי אף בלא הליכת הדרך איפשר שיבא לה אונס כזה (דלא דמי לשונרא ששאלה להרוג עכברים דבאותה מלאכה עצמה נאנסה והוי כשואל בהמה למהלך יום אחד ומחמת ההילוך מתה אבל אם נאנסה ממנו בדרך אונס אחר הוא ואינו מחמת מלאכה שאף בלא מלאכה אפשר שתאנס ממנו הילכך חייב, ובד"ה יישב דעת הרמ"ה דאין הכי נמי דאמרינן דמחמת אותה מלאכה נאנסה שהרי אין חיות רעות וליסטים מצויים בעיר והדרכים בחזקת סכנה). אבל המשאיל לחבירו שונרא לרדוף עכברים, ואכלוה העכברים (כל"ק) מיקרי מחמת מלאכה, דבא לה האונס מחמת המלאכה, וכל כיוצא בזה".

עוד כתב הרמ"א ע"פ הרא"ש "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 (ראה לקמן), דדילמא בלאו הכי נמי היתה מתה (אבל היכא שנכנס בה חלשות ועייפות מטורח הדרך אפילו שלא מתה מיד אלא מתנונה והולכת זמן מרובה מתה מחמת מלאכה קרינן בה)", ודלא - כרמב"ם בשאל דלי למלאות ונקרע ונפל לבור בשעת מילוי וכל כיוצא בזה פטור שלא שאלה אלא לעשות מלאכה זו והרי לא שינה ויראה מדבריו שאינו פטור אא"כ מתה בשעת מלאכה ממש (טור, וכן משמע במש"כ במה דברים אמורים שנאנס שלא בשעת מלאכה אבל אם שאל בהמה מחבירו לחרוש בה ומתה כשהיא חורשת הרי זה פטור אבל אם מתה קודם שיחרוש בה או אחר שחרש בה הרי זה חייב לשלם, ב"נ), וגם הרמב"ן חלק על הרמב"ם "דהא דאמרינן דמתה מחמת מלאכה לאו לאוקמה בכילתא שאילתה קשיא לי וכי מיגרע גרע כיון דכי מתה מיתת עצמה חייב אע"ג דמלאך המות הוא ומה לי הכא ומה לי התם כי מתה מחמת מלאכה דשואל דמכל מקום איהו גרם לה היכי מיפטור, ויש לומר דשואל ודאי חייב באונסים אבל לא בפשיעה דמשאיל וכאן משאיל פשע בה שהשאילה למלאכה והיא אינה יכולה לסבול אותה וכגון שמתה מחמת אובצנא דמלאכה וראיתי בספרי הר"מ ז"ל מתה בשעת מלאכה וטעות הוא", וכ"ד הרב המגיד שהחילוק הוא בין נאנסה בשעת מלאכה לנאנסה שלא בשעת מלאכה הוא דבר מתמיה שלא נזכר בגמרא שעת מלאכה אלא מחמת מלאכה ושלא מחמת מלאכה והכוונה שכל שלא שינה בה מהמלאכה ששאלה והיא נתיגעה מחמת המלאכה שעשה בה ומתה אפילו שלא בשעת מלאכה פטור, וכל שלא עשה בה מלאכה יותר מדאי ולא שינה בה למלאכה אחרת ומתה מחמת המלאכה אפילו שלא בשעת מלאכה פטור שאם לא כן היה להם להזכיר בגמרא מתה בשעת מלאכה. גם הש"ך (ה) הביא דברי הרמב"ן וכן עיקר.

הסמ"ע (ח) תמה מדוע הביא הרמ"א רק ל"ק גבי שונרא והו"ל להשמיע גם ל"ב דאפילו אכלה השונרא עכברים טובא וחביל ומת ג"כ פטור דהו"ל כמתה מחמת מלאכה, ומינה נלמד במכל שכן להא דבשעת רדיפה חברו עליה העכברים, ואפשר דס"ל להלכה כלישנא קמא, מיהו בתה"ד משמע דבאכלה העכברים טובא ומתה הוי מתה מחמת מלאכה טפי מרדפה עכברים וחברו עכברים עליה ואכלוה וי"ל דמשו"ה נקט הרמ"א לרבותא, וה"ה כתב תה"ד דאם שאל כלים להלחם עם השונאים ונפלו בני העיר ליד השונאים ולקחו הכלי זיין, הוה מחמת מלאכה ופטור. אולם הש"ך (ו) כתב דבחברו עליה עכברים וקטלוה מיקרי שפיר מתה מחמת מלאכה שמחמת שתרצה לעשות מלאכתה בעצמה להרוג העכברים חברו עליה וקטלוה וא"כ פשע המשאיל אבל בכלי המלחמה ודאי אין הכלים עצמם עושים המלאכה רק הבעל מלחמה וקרי מתה מחמת מלאכה הבעל מלחמה שלא נצח מלחמה ומחמת כן נלקחו מהם הכלי זיין ולא פשע המשאיל והלכך על הכלים ה"ל אונסים וחייב, והתה"ד צ"ל דס"ל כמחבר ע"פ הרמ"ה, והעיקר כרא"ש שפסק הרמ"א.

הנתיבות (ו) כתב גבי נידון תה"ד דאם באו על עסקי נפשות דפטור, דלא גרע משאל ספר דמצוה קעביד, ואפילו שאל שלא לדעת ונאנס מידו פטור, דלא גרע מרודף שרדף אחר רודף ששבר כלים בין של הרודף בין של כל אדם דפטור כמבואר בסנהדרין (ע"ד), כיון שיש בזה ג"כ הצלת אחרים, ודוקא נרדף שבא להציל עצמו חייב, אבל הכא שיש בו ג"כ הצלת אחרים פטור, דמשום שיש בו ג"כ הצלת עצמו לא גרע, ותרומת הדשן מיירי שבאו על עסקי ממון, וכן נ"ל ג"כ בלקח כלים של חבירו להציל מן הדליקה דפטור בנאנס מידו, דדליקה כסכנת נפשות דמיא דהא מחללין עליה שבת.

עמש"כ הרמ"א 'נכשלה בדרך ונפלה ומתה מקרי מתה מחמת מלאכה' כתב בפסקי המשפט (ט) ע"פ המנח"י (ב,פח) דאם נהג ברכב שאול ואירעה תאונה שלא מחמת פשיעתו כגון שתוך כדי נסיעה קפץ בעל חי לכביש, פטור מלשלם.

אם ליסטים תפסו ממנו את המכונית, האם נחשב כמתה מחמת מלאכה?

בהמשך להנ"ל, כתב ה^הנתיבות (ה) עמש"כ המחבר 'ובאו עליו לסטים באותו הדרך או חיות רעות ואנסוה ממנו' דהוי מתה מחמת מלאכה, דמשמע מדנקט 'ואנסוה' דאם נגנבה ממנו דהיינו שנים בעידנא דניימי אינשי ובא גנב וגנבה חייב, דגם המחבר מודה דכל היכא שאפשר שיבוא לאונס כזה אפילו לא היה בדרך דלא הוי מתה מחמת מלאכה. עוד כתב דדוקא דאנסוה ממנו בפניו ואם היה בעיר היו לו מושיעים ואין דרך לבוא אונס כזה רק בדרך שאין לו מושיעים, דהוי כאילו המשאיל אפקרה לגבי אונסין דאין ראויין לבוא רק בדרך, אבל גניבה שאפשר לבוא גם בביתו לא מיקרי מחמת מלאכה, ולפי"ז ה"ה אפילו גניבה של לסטים מזויין, כל שנעשה גניבה שלא בפניו שאפילו אי לא היה מזויין היה יכול ג"כ לגונבה, אין זה אונס השייך לדרך וחייב.

אדם ששאל מכונית מחבירו והלך המנוע, והשואל אינו יודע מחמת מה הלך, האם חייב

לשלם?

מתה הבהמה לאחר שעשה בה מלאכה ואינו יודע אם מתה מחמת מלאכה, נחלקו הפוסקים האם חייב לשלם, מהם צדדי הספק, ואיך מתיישבים הדברים עם סוגיית שומר שמסר לשומר? הרחב בביאור הענין.

במתה מחמת מלאכה, באיזה אופן נאמן בשבועה ובאיזה אופן לא?

כאמור כתב הרמ"א ע"פ הרא"ש דאולם אם לא הרגיש מיד בהיחלשות הבהמה לא יכול לישבע דמתה מחמת מלאכה דדילמא בלאו הכי נמי היתה מתה, ולכן חייב, ובבד"ה תמה דאטו משום שמא מחייבין ליה אדרבה זה ראיה לומר דכיון דמתה בדרך מסתמא מחמת מלאכה מתה ואין צריך לישבע אלא שמתה בדרך ופטור, וכתב הש"ך (ז) דמשום זה השמיט המחבר, אך לק"מ דכל שומר צריך לישבע שיודע בבירור אבל כשאינו יודע א"כ חייב שבועה דאין ואין נשבעין ש"ד באינו יודע, ואפשר עיקר סברתו דמסתמא מחמת מלאכה מתה אבל גם זה אינו כיון דלא הרגיש בה עיפא וטורח הדרך, וגם רי"ו ותה"ד פסקו כרא"ש, נדמה שהקצות (ד) למד ברא"ש שהטעם הוא משום דהשואל מתחייב באחריות כבר משעת משיכה ורק אם מתה מחמת מלאכה נפטר מאחריותו, מכיוון שאינו יודע אם אכן מתה מחמת מלאכה הרי הוא כאומר אינו יודע אם פרעתין, ולפי המחבר הוי איני יודע אם נתחייבתי וסובר שהחייב הוא משעת אונסים וכ"כ רא"ה וראה לקמן. עוד כתב לבאר המחלוקת דס"ל לביי דמדין מתוך אינו מתחייב כיון דעיקר שבועה יכול לישבע ובגלגול לא אמרינן מתוך ושבועה העיקרית שאינו ברשותו וזה יכול לישבע, ובפרט היכא דשבועה העיקרית ע"י שמא ודאי לא אמרינן מתוך בגלגול, אבל הרא"ש לטעמיה דס"ל (ב"מ ג, ו; כ), דשבועה שלא פשעתי נמי הו"ל משבועה העיקרית ומש"ה מחייב ליה כשאינו יודע דהו"ל מחייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם.

עוד המשיך הקצות דנחלקו הרמב"ן והרשב"א בסימן רצא/כו בשומר שכר שמסר לאשתו ולבניו או למי שהבעלים רגילים להפקיד, דעת הרמב"ן שאילו נשבע השני שהוא שומר חנם שלא פשע בה ואומר שנגנב או נאבד שהראשון חייב ולא מצי אמר שמא באונס מתה ופטור אני, שעליו לברר, וכן היכא שאינו רוצה לישבע השני או שהלך למדינת הים הראשון חייב ולא מצי אמר שמא באונס מתה ופטור אני או בפשיעה וחייב השני, אבל דעת הרשב"א דשומר שכר שמסר לשומר חנם ואין השני רוצה לישבע שהראשון פטור ואפילו הלה תובעו בברי כיון שזה טוען איני יודע והו"ל כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי דפטור, והש"ך שם (מד) הקשה על הרשב"א דהא אמרינן בהדיא דאפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר חייב דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה, אלמא דאפילו רוצה השני לישבע אפ"ה חייב הראשון, כל שכן כשאין השני רוצה לישבע דחייב, והעלה דשומר שטען איני יודע הו"ל איני יודע אם פרעתין ולא דמי לאומר איני יודע אם נתחייבתי, כיון שנעשה שומר דמי לאיני

יודע אם החזרתיו, ואפילו לדעת הסוברים דשומר לא אשתעבד נכסי אלא מעידן פשיעה אפילו הכי הוי איני יודע אם החזרתיו. מ"מ האריך הקצות בדברי הרא"ה (בנ"י ריש פרק י' דב"ק ושל"ג ב"מ כאן) ה"נכונים מכל צד" דס"ל "דמשעת פשיעה הגורמת לאונס מתחייב השואל עלה" וכתב שם דנפק"מ לשואל חמור לרכוב עליה שלוחות ומתה והדבר ספק אם מחמת מלאכה, פטור, דכיון דקיי"ל שאינו חייב עליה עד שעת אונסין הרי הא פטור "שהרי זה כאומר איני יודע אם הלוינני", אבל השואל חמור לרכוב הוא עליו ונתן לשלוחו ששינה מדעת המשאל ומת החמור בדרך ביד השליח והדבר מסופק אם מת בפשיעה או באונס חייב השואל שהרי הוא פשע כשנתנו לשלוחו שהרי אין השואל רשאי להשאל והוא מתחייב משעת פשיעה והרי זה כאומר הלוינני ואיני יודע אם פרעתיך אם לאו שהוא חייב, וכתב הקצות דנראה מדבריו דלא אמרינן בשומר שטוען איני יודע דליהוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דאל"כ בשואל חמור לרכוב עליו שלוחו לחייב השואל משום מתוך, ודלא כש"ך הכא, ויישב דעת הרא"ה מקושיות היש"ש (עיי"ש) וודאי לדעת האומר דשומר משעת פשיעה משתעבד א"כ כל זמן שהוא בעין ליכא שום חיוב, ואפילו להך ליטנא דשומר מתחייב מעידן משיכה, כל זמן שהוא בעין ליכא שום חיוב ואפילו מצות השבה אינו בשומרין, ודוקא גנב וגזלן הוא דמיחייב בהשבה אבל שומרין אינן בהשבה כלל אלא אם הבעלים רוצים בפקדונם הולכים לביתו של שומר ולוקחין את אשר להם, עיי"ש שעוד האריך.

הנתיבות (ז) חלק על טעם הש"ך ברא"ש דמשום שאינו יכול לישבע וכו', דהא אין לך לא הוי למידע גדול מזה, דהא בלתי אפשרי לידע זה לכל העולם, אלא הטעם הוא דכיון דאי אפשר לשום אדם לידע זה הוי דררא דממונא, דהא הספק נולד לב"ד בלא טענותיהם, והתומים בכללי תפיסה כתב לחלק בדין תפיסה, דכשהספק בפרעון לא מהני תפיסה, כגון פועל שאכל מגפן אחר דיש לספק דילמא מנכין לו אכילתו משכירותו אינו יכול לנכות לו מספק (בסימן שלז') כיון שהספק בפרעון, וע"כ צ"ל אע"ג דבאיני יודע אם פרעתי כשטוענין שניהם שמא פטור מ"מ היכא דאיכא דררא דממונא היינו שיש ספק לב"ד בלא טענותיהם חייב בספק בפרעון, וא"כ הכא נמי הרי איכא דררא דממונא ולא נפטר בספק בפרעון.

[כתב בפסקי המשפט (יא) בשם הגריש"א בשואל מכשיר חשמלי שהפסיק לפעול ואין ידוע אם ארע דבר זה מחמת פשיעתו שנתחמם המנוע יתר על המידה או בגלל התיישנות ומחמת מלאכה, דכיון שנחלקו המחבר והקצות עם הרמ"א והש"ך יש לפשר].

[עוד כתב בפסקי המשפט (יב) ששואל שאינו זוכר אם החזיר את החפץ, וגם המשאל אינו יודע אם החזיר ואינו תובעו בברי, מ"מ השואל חייב לשלם כמבואר כאן ברמ"א שבאופן שאינו יכול להשבע על פטורו מחמת חוסר ידיעה אם המיתה היתה מחמת מלאכה חייב, ואפילו לדעת המחבר דדוקא במתה מחמת מלאכה פטור משום שהבהמה מתה לפנינו וא"א לחייבו בשבועת שאינה ברשותו שהוא עיקר שבועת השומרים וכנ"ל, אבל בזה חייב לשלם מדין משום שאינו יכול להשבע משלם].

< סע' ד': ראה לעיל סע' ב' וסימן שז סע' ב' ו-ו'.

סעיפים ה – ו

ע"פ משנה ב"מ צח: וכאוקימתא דשמואל בגמ' והלכה כמותו בדיני פסק בשו"ע "השואל פרה מחבירו ושלחה לו המשאל ביד בנו או ביד שלוחו או ביד עבדו, אפילו 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 המשאל 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. (ו) שלחה לו המשאל ביד עבדו הכנעני אע"פ שאמר לו השואל שלח ומתה, פטור, שידו כיד רבו ועדיין לא יצאה מרשות המשאל".

ב"ק קד. "איתמר שליח שעשאו בעדים רב חסדא אמר הוי שליח רבה אמר לא הוי שליח, תנן השואל את הפרה ושלחה לו ביד בנו או ביד עבדו או ביד שלוחו וכו' האי שלוחו היכי דמי אי דלא עשה בעדים מנא ידעינן אלא דעשה בעדים וקתני דפטור קשיא לרב חסדא הכי במאי עסקינן בשכירו ולקטיו" וכתב הב"י דפסקו הפוסקים הלכה כרב חסדא, ושלוחו של שואל היינו שכירו ולקטיו (טור, נתיבות).

עמש"כ המחבר בסיפא דסעי' ה' באמר לו השואל שלחה לי וכו' כתב ה**נתיבות** (יא) דהקשה השיטה בשם הר"ן היאך נעשו שלוחיו של שואל, והלא השואל לא דיבר עמהם ושלוחיו של משאיל הן ולא של שואל, ותירצו א' דהוי כאילו אמר לו אמור לו בשמי שיביאה לי, וכיון שאמר לו וקיבל על עצמו שלוחו של שואל הוא שעשאו שליח ע"י בעל הפרה וב' הכא מטעם ערב חייב דהוי כאילו אמר לו תן מנה לפלוני ואתחייב לך, דכל מי שמוציא ממון מרשותו על פי חבירו נתחייב לו חבירו כדן ערב, ונפק"מ בין שני הטעמים דלטעם א' שנעשה שלוחו של שואל קני ליה השואל ג"כ ואין המשאיל יכול לחזור בו אחר שהגיע ליד השליח, וגם בעינן שיהיה בר שליחות אבל אם אמר שלח לי ע"י חש"ו או על ידי גוי לא נתחייב באונסין, ולטעם ב' דחייב מטעם ערב אפילו ע"י מי שאינו בר שליחות חייב באונסין והמשאיל יכול לחזור בו אפילו שלחו ע"י בר שליחות. **רע"א** כתב בקצרה על לשון המחבר "ושלחה ומתה בדרך.. היינו שאמר לו זכה לפלוני או שאמר לו פלוני אמר לי שאשלח לו על ידך ועיין בשטמ"ק".

סעיף ז

כאמור ה**רי"ף** וה**רמב"ם** למדו דשמואל חלוק על רב **בצט**. ולכן פסק ה**שו"ע** דלא כרב (כיון שיצאת מרשות משאיל ומתה חייב) – "אמר לו השואל הכישה במקל והיא תבא מאליה, ועשה המשאיל כן, אין השואל חייב בה עד שתכנס לרשותו" ודלא כ**רא"ש** דלא חלוקים אלא מר אמר חדא שינויא ומר אמר שינויא אחרינא ומדלא פליג שמואל בעיקר מילתא דרב ודאי סבירא ליה כוותיה ומתניתין נחא ליה לאוקמי בעבד עברי מלאוקמי באומר הכישה במקל והיא תבוא ומה שדחה רב אשי לסייעתא דברייתא כך הוא דרך התלמוד כל מה שיכול לדחות הוא דוחה אע"ג דהלכתא הכי, וב**סמ"ע** (יא) הסכים להכרעת המחבר, וכ"כ ה**ש"ך** (י) דכן עיקר דכן הוא דעת ר"ח והתוס' ועוד, וכתב דנראה דאף הרא"ש לא פסק כן אלא משום דאזל לשטתו דס"ל דמיד שנסתלקו הבעלים חייב השומר בשמירתו אבל למאן דפסק התם דאינו חייב עד שימשוך א"כ ה"ה הכא וכן מוכח בנ"י וה"ה, א"כ קשה על הרמ"א **דכאן סתם כרמב"ם** והמחבר ולעיל (סעי' ד' – הובא בסימן ש"ז כנ"ל) הביא דעת הרא"ש וצ"ע. עוד כתב דכתב הנ"י בשם הר"ן שאפילו אמר בפירוש הכישה במקל ואתחייב אני לך פטור ומביאו.

ה**נתיבות** (יב) כתב ליישב דעת הרמ"א דאפילו לרא"ש דס"ל דסגי בסילוק שמירה היינו דוקא כשהוא במקום שהשומר יכול לשומרו והוי כקבלת שמירה, וכיון שנעשה שומר חנם שוב יכול להתנות שיהיה כשואל דמתנה שומר חנם להיות כשואל, משא"כ בהכישה במקל שהשומר אינו יכול לשומרה בשעה שמכישה לא הוי כקבלת שמירה רק חיובא בעלמא מחייב עצמו, ועוד כתב דאישתמיט מהש"ך דברי התוס' דמייירי בסימטא וחשיב משיכה, וכתב דעוד נראה דלטעם הר"ן דבשלחה חייב מטעם ערב, ממילא גם בהכישה במקל חייב למאן דס"ל דזרוק מנה לים חייב אפילו נימא דלא חשיב משיכה.

סעיף ח

ראובן הפקיד חפץ אצל שמעון ושמעון החזיר את הפקדון לאשתו של ראובן שיגיע לידי ראובן, האם שמעון חייב? (ראה רצא, כא) מה הדין אם היה שואל שהחזיר את החפץ לאשתו של משאיל והחפץ נגב קודם שהגיע לידי המשאיל, האם חייב השואל? האם דין זה יהיה שונה כשהאשה נושאת ונותנת בבית?

ע"פ **משנה שם** פסק ב**שו"ע** "וכן בשעה שמחזירה השואל לבעלים, אם שלחה ביד אחר ומתה קודם שהגיע לרשות המשאיל הרי זה חייב, שעדיין היא באחריות השואל" וי"א דהוא הדין אם החזירה ליד **אשת המשאיל** ונאנסה חייב (**רשב"א**, אע"ג דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד ובסימן רצ"א, שואל דכל הנאה שלו שאני, **סמ"ע**, ולא נפטר רק בנושאת ונותנת שיכולה לעסוק בנכסים, אבל אם אין עוסקת בנכסיו רק מאמינה בנכסיו חייב, אבל בפקדון אפילו בכה"ג פטור, **נתיבות** ע"פ הש"ך בסימן ע"ב) 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, אע"פ שאמר לו המשאיל שלח, אם מתה בדרך חייב, שיד העבד כיד רבו ועדיין לא יצאה מיד השואל. (ע"פ מימרא דרפרס בר פפא א"ר חסדא בדף פ"א -) בד"א כשהחזירה תוך ימי שאלתה, אבל אם החזירה אחר ימי שאלתה, יצתה מדין שאילה והרי הוא כשומר שכר (דהואיל ונהנה ממנה בימי שאלתה תיקנו שישאר עליה לפחות כשומר שכר עד

שתבוא לידי בעליה, **סמ"ע**), (ע"פ רש"י -) וה"ה אם הוא עדיין בביתו של שואל, כיון שעברו ימי שאלתה יצא מדין שואל והרי הוא כשומר שכר { ואם אמר לו שלח, ועד שלא הספיק לשלוח מת (המשאיל) לא ישלח, דהא נפל קמי יתמי (ובסימן קכ"ב פסקו הטוש"ע דלא יתן אפילו לשלוחו בעדים בלא הרשאה מה"ט דילמא ימות, **סמ"ע**), ואם שלח ספק אם חייב באחריותו (**מרדכי**), ובסימן קכ"ב מבואר דגם בהרשאה אם לא הקנהו ע"ג קרקע נתבטלה ההרשאה אם מת המפקיד, **סמ"ע** }".

כתב ה**נתיבות** (יד) דמלשון סע' זה משמע דבכל הענינים דמיא חזרה לשאלה [עיי"ש דכתב דנראה דדעת המחבר היא כיון דהמרדכי שנפסק ברמ"א בסימן שדמ"א דלאחר ששיעבד נפשיה לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא, אלמא דלא דמי שאלה להלואה דבשומרים בעינן קנין ואינו מועיל והפטר לסלק שמירה משא"כ בהלואה דמועיל והפטר לחוד].

סימן שמא – השואל מחבירו חפץ סתם או לזמן קצוב

סעיף א

[אדם שאל מחבירו בהמה, קרדום, דירה (לקמן), פרט תוך כמה זמן צריך להחזירה?]

פסק השו"ע "השואל מחבירו כלי או בהמה סתם הרי המשאיל {תובעו} בכל עת שירצה (כרש"י **רמב"ם ורא"ש** דדוקא לסתם הלואה דלהוצאה נתנה נתנו חכמים שיעור ל' יום משא"כ בשאלה דהדרא בעינא, ודחה דעת ר"ת במכות ג' דה"ה דסתם שאלה שלשים יום והביא ראיה מהא דתניא טלית שאולה עד שלשים יום פטורה מן הציצית, ולא ראיה היא אלא אורחא דמילתא היא שאין דרך להשאיל יותר משלשים יום ומפני מראית העין חייב מיהו כל אימת דבעו מיניה תבע ליה, וכן משמע **בתוספתא**) (וכן עיקר כרא"ש וסיעתו, **ש"ך**). שאלו לזמן קצוב (כר"א בב"מ **צט.** -) כיון שמשך וזכה בו, אין הבעלים יכולים להחזירו מתחת ידו עד סוף ימי השאלה, (מימרא דרבא לקמן סע' ג' -) ואפילו מת השואל הרי היורשים משתמשים בשאלה עד סוף הזמן".

כתב ה**קצות** (א) בשם השיטה דאפילו אמרינן סתם שאלה שלשים יום הני מילי לגבי ידיה אבל לא לגבי יורשין.

עמש"כ המחבר דאין הבעלים יכולין להחזירו מתחת ידו, כתב ה**נתיבות** (א) דלפ"ז נראה דאף דלמאן דס"ל דסתם שאלה ל' יום ודאי דלאחר ל' יום הוי ככלה זמן שאלתו ופטור מאונסין וגם השואל אינו רשאי להשתמש בו שוב, מ"מ לדידן דקיי"ל דסתם 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, והביאו הפת"ש (א) בקצרה, ועמש"כ המחבר "בכל עת שירצה" הוסיף הפת"ש מהתו"מ דאם השאילו לאיזה דבר כגון קרדום לבקע בו, צריך להניחו **פעם א'** לבקע בו דהו"ל כמשאילו לזמן לאותו דבר.

כתב רע"א דאולם השואל יכול להחזיר תוך זמנו, ודוקא אם מחזיר לרשות בעלים, אבל קודם שהחזירו לרשות בעלים אף שחזר מהשאלה חייב באונסין ולא הוי ככלתה זמן השאלה.

סעיף ב

ע"פ **תוספתא דב"מ** וכלשון ה**רמב"ם** פסק בשו"ע "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 (**ב"י** ו**סמ"ע**), ודלא כטור בגירסת ה**רמב"ם** ל' יום) {וי"א (**רא"ש** בשם מסכת שמחות וכ"פ המחבר ביו"ד ש"מ) לבית האבל אינו רשאי ליטלו עד שיצאו ימי אבילות, וברגל עד שיצאו ימי הרגל, ובמשתה עד שיצאו ימי המשתה ועיין ביו"ד סימן ש"מ}."

על הסתירה בפסקי המחבר מיו"ד כתב ה**סמ"ע** (ה) לישב דאינו מוכח מדברי ה**רמב"ם** דפליג ארא"ש, דנוכל לפרש מה שכתב לבית האבל כדי שילך ויחזור היינו ז' ימים, דכל ז' ימי האבילות הוא שוהה שם

ואח"כ הוא חוזר, ומה שכתב לבית המשתה כל אותו היום, היינו כשאין המשתה אלא יום אחד, וס"ל נמי דאם דרך להיות יותר, משהה בידו יותר עד כלות ימי המשתה, והיינו כדברי הרא"ש.

סעיפים ג - ד

שואל שמת האם הבנים חייבים כשומר שכר או כשומר חנם?

יתומים שהניח להם אביהם פרה שאולה ונשתמשו בה בתוך ימי שאלתה ומתה האם חייבים לשלם את הפרה או לא ומה הדין אם נגנבה או נאבדה? ומה הדין בעיסקא?

מי שמת והשאיר פרה שאולה והבנים חשבו שהיא של אביהם ושחטוה ואכלו את הבשר, באיזה אופן ישלמו במחיר מוזל, ואיזה חלק בפרה ישלמו במחיר מלא בכל מקרה?

פסק בשו"ע (מימרא דרבא ב"ק קיב. וכתובות לד: -) הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשים בה כל ימי שאלתה (וה"ה אם שאלה למלאכה ידועה בלי זמן משתמשין בה זמן הראוי לאותה מלאכה, סמ"ע) ואין חייבין באונסיה אפילו נשתמשו בה (דלא קבילו עליהו נטירותא, רש"י, ודלא כראב"ד דהיכא דרצו להשתמש בה בתורת שאלה אחזיקו בה ומתה חייבים באונסיה ובגמ' מיירי במתה באגם דוקא), (רא"ש -) אבל חייבים עליה כשומר שכר, אפילו לא נשתמשו בה (כיון דהרשות בידם להשתמש בה באותו זמן חייבים בשמירתה כדין ש"ש) (ובש"ך ב' דחה דעת המהרשד"ם שכתב בדעת הרא"ש דדוקא שנשתמשו בה) ויש מי שאומר (רא"ש, ולעיל מיירי בסתם) שאם אמר המשאיל ליתומים החזירו לי הפרה שהשאלתי את אביכם או קבלו עליכם חיוב אונסים, שומעין לו (ולא ישתמשו בה להנאתו בעל כרחו אם לא שיקבלו עליהן אונסים כאביהן, סמ"ע) (וכ"פ רש"ל, ש"ך, אולם רע"א פסק ע"פ הרמב"ן ועוד דאפילו בפשיעה פטורים). (ד' (שם -) חשבו שהיא של אביהם, וטבחוה ואכלוה, משלמים דמי בשר בזול, שהוא שני שלישים והעור ישלמו כולו (כלומר הרשות בידן אם רוצים להחזיק העור בידן ולשלם דמי שוויו לבעליה שהרי קנאו בשינוי טביחה והפשטה, אבל אם רוצים מחזירין העור לבעלים בעין, סמ"ע), (כרמב"ן והרא"ש כלישנא בתרא -) ואם הניח להם נכסים וטבחוה (נכסים משמע כולל מטלטלין דלאחר תקנת חכמים בסימן ק"ז שתיקנו דיתומים מחויבים לשלם חוב אביהן אפילו ממטלטלים שירשו אין חילוק בין אחריות נכסים למטלטלים, טור וסמ"ע), משלמים דמיה מנכסיו (דשנינו במימרא הנזכר "הניח להם אחריות נכסים חייבין לשלם" איכא דמתני לה ארישא דמתה אין חייבים באונסיה ואיכא דמתני לה אסיפא כלומר טבחוה, מאן דמתני לה ארישא כל שכן אסיפא ופליגא דרב פפא וקסבר רבא חיוב אונסים משעת שאלה מוטל על השואל, מאן דמתני לה אסיפא אבל ארישא לא והיינו דרב פפא דאמר היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור שאיסור שבת ואיסור גניבה באים כאחד, דלא רמי חיוב אונסיה על השואל עד שעת אונסין והכא כי איתניסא ליתיה לשואל והאי לא קבול עליה מידי והיינו דרב פפא [וביאר הסמ"ע י"ג דסברתם דלא מחויבים גם אמיתה מטעם תחילתו בפשיעה דהו"ל להודיען דילמא יאכלוהו וסופו באונס מיתה דחייב כיון דאונס דמיתה לא בא מחמת הפשיעה וראה נתיבות ח' שחלק על טעם זה דלדבריו אפילו בשומר חנם או בשומר שכר חייב], ודלא כרמב"ם שפסק כל"ק דאפילו מתה בידם חייבים לשלם כיון שאחריות נכסים בידן מאביהן, וס"ל דהשעבוד חל אנכסיו משעת משיכה, ותמהו עליו למה פסק כל"ק ועוד דפסק בעצמו כרב פפא".

גבי הא דמשתמשים בה ביאר הסמ"ע (ו) דלא דמי למקבל שמת שיכול הנותן לסלק לבנו אפילו בתוך הזמן ואפילו אם גם הבן בקי באותו עסק כבסימן שכ"ט דשאני שאילה דכל ימי השאלה היא כקנוי לו שהרי כל הנאה ידיה וחייב אפילו באונסין, ומשו"ה בניו יורשין אותו ממנו עד כלות הזמן. [תמה הנתיבות (ד) דהא המרדכי כתב להדיא דיכול לסלק הבנים אפילו מפלגא מלוה, והפלגא מלוה ודאי דהוי כקנוי לו וכל הנאה שלו וחייב באונסין עליה, וכתב דלכן נראה בפשיטות דבשלמא בשאלה היה לו רשות בחייו לבניו לעשות מלאכתו בה ממילא גם אחר מותו אינו יכול לסלק הבנים, אבל בעיסקא כיון דקני"ל דכל מקבל עיסקא מחויב להעמיד המעות בעין תמיד ואפילו למשתי ביה שכרא אסור, ואסור לאחר לעסוק בהן כמבואר בסימן קע"ו, וכיון דאפילו בחייו אסור לעשות כן מש"ה ג"כ אחר מותו יכול לסלק הבנים מלישא וליתן].

כתב הש"ך (ו) דהסמ"ג ס"ל כרמב"ם וכן נראה ברי"ף ונ"ל שטעמם משום דללישנא בתרא צ"ל דזה הוי פשיעה מה שלא צוה ובב"ב ע' אמרינן אימר מלאך המות הוא דאנסייה ורבא גופיה ס"ל הכי התם ומה שהקשו הרב המגיד ועוד דהרמב"ם פסק בעצמו כרב פפא דפטור ולק"מ דס"ל לרמב"ם דע"כ לא קאמרי בש"ס 'ודלא כר"פ' אלא במאי דס"ל לר"פ דפטור אף מקרן וכדאיתא בכתובות אבל בהא דס"ל לר"פ דפטור מכפל פשיטא דליכא מאן דפליג עליה דאפילו תימא דחייב משעת שאלה היינו בקרן אבל בכפל פשיטא דאינו חייב אלא משעת גניבה וע"כ דקדק הרמב"ם בהלכות גניבה וכתב דפטור מכפל.

הקצות (ג) האריך בביאור שיטת הרמב"ם וכתב דמחזורתא כיישוב השיטה דס"ל לרמב"ם לחלק בין פרה שאולה שלא בדרך גניבה לטובח בשבת פרה שאולה דרך גניבה וגבי הניח להם אביהם אחריות נכסים אמרינן כיון דנאנסה ומתה לבסוף מעיקרא בשעת שאלה הוא דנתחייב אביהם בהאי אונסא אבל היכא דטבחיה שוב בתורת גניבה הרי כלתה שאלתו וחייב חדש ופנים חדשות באו לכאן דהיינו גניבתו, והסברא נכונה דודאי אינו משתעבד לגמרי משעת שאלה אלא בתנאי שאם תיאנס אח"כ.

הנתיבות (ט) נתמה על הש"ך שכתב דכיון שטבח דרך גניבה הו"ל גנב דמבואר בב"ק (ק"ו) ושאר דוכתי דשומר שטבח ומכר שאינו חייב בכפל ד' וה' רק בטוען טענת גנב ונשבע ואח"כ טבח, ועוד לפי דבריו דאפילו שומר חייב בטביחה אפילו באינו טוען טענת גנב, מ"מ קשה ממ"נ במאי מיירי, אם בטבח שלא בהגבהה מזיק בעלמא הוא, ואי בהגבהה א"כ משעת הגבהה נעשה גנב וחייב בכפל, וי"ל שדס"ל דהא דלא מחייבין שומר רק בטענת גנב היינו דוקא שלא עשה קנין בגוף החפץ עיי"ש], ועוד הקשה לפירוש הש"ך דלשון הרמב"ם משמע דאפילו מקרן פטור כמ"ש הלח"מ, וכתב דנראה דכונת הרמב"ם הוא דגניבה אין כאן היינו דאף דנתחייב כשטבחה מחמת שאלה דלא גרע משאר אונס, מ"מ אין לו רק דין שאלה ולא נתחייב לשלם רק הפחת שפחתו שחיטה, דהא שמין לשואל, אבל גניבה אין כאן להתחייב בכל הקרן כדין הגנב שנתחייב תיכף בכל הקרן, ואפילו הוזלו אח"כ השברים לא נתחייב, דכל חיוב שנתחייב הגנב מטעם איסור גניבה ממילא הגניבה כשהיה באיסור שבת פטור דקים ליה בדבריה מיניה, דאיסור גניבה בשעת טביחה בא עליו ובשעת טביחה קים ליה בדבריה מיניה, רק מצד שאלה קמייטא הוא דאיחייב ליה באונסין ולא מצד גניבה, וממילא אין משלם רק פחת שפחתו שחיטה ולא הבשר של הפרה, וכיון דגניבה אין כאן טביחה ומכירה אין כאן, דמה בכך דשאלה יש כאן, נגד טביחה ומכירה בעינן שיהיה שם גניבה דוקא שיתחייב בעד כל הפרה, אבל בשלא נתחייב לשלם רק הפחת הוי כחמשה חצאי בקר דפטור, והא דקאמר בש"ס ופליגא דרב פפא, היינו דמדבר פפא משמע דפטור מהכל אפילו מלשלם פחת שפחתו השחיטה כדין שואל, וע"ז קאמר שפיר דפליגא, והרמב"ם אף דפסק דלא כרב פפא לענין דמתחייב לשלם הפחת שפחתו השחיטה, מ"מ פסק שפיר דפטור מאיסור גניבה, דהיינו שאינו חייב בקרן מטעם גניבה לענין הוזלו שברים, וכיון דאיסור גניבה אין כאן איסור טביחה ומכירה אין כאן.

כתב **הנתיבות (ו)** דהא דחייבין עליה כשומר שכר ברישא, היינו כשידעו שהיא שאולה, אבל כסבורין של אביהן פטורין, דהא אפילו אכלו פטורין בסע' ד', ואפילו הניח אחריות נכסים יראה דפטורין, דאונס דגניבה לא בא מחמת הפשיעה שלא הודיע לבנים, דכשסבורים שהיא שלהם טפי מזהרי בה כבסימן רצא/כג, ועוד דהא הבנים אין חייבין כלל לשמור, ואפשר דאם היה מודיע להם שלא היו רוצים כלל לקבל שמירה על עצמם, ולכך אפילו אם פשעו היורשים פטורים, ודוקא אכילה דהיתומים בא מחמת פשיעה דאב דאי אמר להו לא היו אוכלין משא"כ פשיעה דידהו לא בא מחמת פשיעה דאב ודלא כשל"ג דס"ל דחייבים בפשיעה. גם רע"א כתב בקצרה דאם לא ידעו שהיא שאולה וסברו דנהנו משלהם י"ל דפטורים.

כתב **הש"ך (ג)** ע"פ הג' אשר"י דהא דהוי כש"ש אפילו לא נשתמשו היינו דוקא בשואל, אבל בשוכר אפילו נגנב פטור, וכתב הנתיבות (ו) דנראה דמיירי דוקא שאביהם עדיין לא נתן שכירות כי סתם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, משו"ה פטורין היורשין בנגנב, כיון דאם לא ירצו להשתמש בו לא יצטרכו היורשים ליתן לו שכירות, לא מיבעיא משלהם ודאי דא"צ ליתן, אלא אפילו אם הניח אחריות נכסים ג"כ פטורים, אבל כשכבר שילם האב השכירות, או אפילו לא שילם להיש חולקין בסימן של"ד דס"ל דחייבין היורשים לשלם שאר השכירות אם הניח להם אביהם נכסים, וא"כ השימוש הוא בחנם אצלם, דהא השכירות אפילו לא שימשו צריכין ליתן, דמי ממש לשואל וחייבין בגניבה ואבידה, דהא יש להם הנאה מרשות השימוש שיש להם.

עוד כתב רע"א גבי שוכר דאביהם מיד ששכר נעשה בע"ח על דמיו וזכה בשמוש ויכולים היורשים לומר אבינו אנו יורשים זכות השמוש וחובו ואין משלמים ודמי לקנה מטלטלים ולא נתן דמיהם ומת דיורשים זוכים במטלטלין וחובו אין משלמין ה"נ שכירות ליומא ממכר הוא וכ"כ הריטב"א להדיא דשכר אביהם ומת דמשתמשים כל ימי השכירות ואין חייבים לשלם השכירות אם לא הניח להם אחריות נכסים.

כתב הקצות (ד) מדנקט בגמ' היתה להם פרה שאולה וטבחוה ולא נקט בשומר סתם, ומשום דשומר חנם כיון דפטור באונסין, פטורין היורשין אפילו הניח להם אביהם אחריות נכסים, ואפילו להך לישנא דשומר מתחייב למפרע, והוא כיון דמת אין לך אונס גדול מזה ובאונסין פטור, וכן הניח להם אביהם פרה שכורה נמי באונס פטור דגניבה ע"י אונס גדול נמי חייב אלא אם אירע אונס בשומר בגופו כגון שחלה בענין שאינו יכול לשומרו ודאי פטור וא"כ פשיטא כשמת דהו"ל אונס בגופו שאינו יכול לשומרו ופטור, ומיהו בשומר חנם ונאבד בפשיעה אפשר דחייב כי הניח להם אביהם נכסים מדלא פקיד דהו"ל נמי פשיעה דהיה לו לצוות עליהם שהוא פקדון בכדי לשומרו מפשיעה, אבל אם נגנבה או נאבדה ביד היורשין אע"ג דאביהם היה שוכר או שומר שכר הו"ל אונס ופטור אפילו להך לישנא דשומר מתחייב מעידן משיכה, ומשום דפטור באונסין וזה נמי כשמת אין לך אונס גדול מזה.

עמש"כ המחבר 'והעור ישלמו כולו' כתב הסמ"ע (יא) דאם רוצין להחזיק העור בידם ולשלם דמי שווין לבעלים שהרי קנאו בשינוי טביחה והפשטה ואם רוצין מחזירין העור לבעליהן בעין, וכתב הקצות (ב) דאינו נראה דלא מצינו קונה אלא בגנב וגזלן אבל אלו אינן בתורת גנב וגזלן אלא בשוגג טבחוה סבורין של אביהם היא וא"כ העור כולו דבעלים אם רוצים בעורן, ואפילו טבחוה ולא אכלוה עדיין נוטלין הבעלים את הבשר כולו בעין דשינוי אינו קונה בזה, ומש"כ המחבר 'והעור ישלמו' לאו דוקא או מיירי דהעור נמי אינו בעין כגון שמכרו, ומשלמין כולו היינו מה שלקחו בעד העור, וציין לדבריו ה^נתיבות (ז).

< הקשה ה^נתיבות (ג) בעיקר הדין דבסימן רצא/כו ס"ל לרמב"ם דגרועי גרעיה הוי פשיעה אלמא דס"ל דשואל אסור להשכיר, ומבואר בסימן שסג' בהג"ה דכל היכא דאסור להשכיר שייך השכירות לבעלים, וכיון דאין לו רשות בחייו להשכיר לאחרים ממילא אין לו כח להורשה לבניו, ויישב דבלאו הכי ע"כ צ"ל דמיירי בבנים הסמוכים על שלחן אביהם, דאלת"ה קשה היכא דבניו אינם רגילים להשאל ודאי דיכול המשאיל לומר האב מהימן לי בשבועה ואתם אינם מהימני לי בשבועה ואולי אח"כ תטענו בשקר שנאנסה ואין רצוני כלל להניח הבהמה אצלכם והיאך יכולים לכופו שיניח הבהמה ברשותם, אלא ודאי דמיירי בבנים שהן בני ביתו, וכיון דכל המשאיל ומפקיד על דעת בני ביתו הוא מפקיד, ממילא לא קשה דכיון דבחייו ודאי דיכול להניח לבנים לעשות מלאכה אפילו שלא בפניו, דאף שמגרע השמירה דהא הבנים אינן אלא שומרי חנם, דכיון דכל המפקיד על דעת אשתו ובני ביתו הוא מפקיד הוי כאילו התנה בכך, רק שבחייו היה שייך הריוח מהמלאכה שעושים אשתו ובניו לו ועתה במיתת האב זכו הבנים בריוח, וכיון דגם בחייו היה להם רשות להחזיק הבהמה ברשותם לעשות בה מלאכה לצורך האב ולא היה יכול המשאיל למחות, כן גם עתה שהריוח שלהם ג"כ א"י למחות.

סעיף ה

ע"פ ב"מ צט. כר' אלעזר ודלא כרב הונא פסק בשו"ע "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", וביאר הסמ"ע (יד) דאע"ג דכבר כתב בסע' א' דמיד שמשך אין הבעלים יכולין להחזירו מתחת ידו, חזר דלא תימא כיון דלא שאלו לזמן קצוב יכול המשאיל לומר לא עלתה על דעתי שישהה כ"כ זמן במלאכה זו.

סעיף ו

ע"פ מימרא דרב נחמן ב"מ קג. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "השואל כלי מחבירו להשתמש בו ואמר לו 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 ("ומספקא לראב"ד אם יכול המשאיל לקחתו שלא בשעת מלאכתו של שואל, והרמ"ה כתב מסתברא שאין יכול לקחת אותו שלא בשעת מלאכה דאמרינן ליה חיישינן דלמא מיתבר או מיתבד מיהו לית ליה רשות לאשולי לאחרני דעל כרחך בתורת שאלה הוא דקאי

גביה", **טור**, וכ"פ **הסמ"ע**, וכתבו **הרע"א וקצות** דא"כ ממילא כשנאנס אינו צריך לשלם אלא דמי שברים דהא אין למשאיל זכות בו בעודו שלם) ויחזיר שבריו או שיריו (שבריו הוא כפשוטו כשנשבר הכלי לחתיכות, ושיריו פירושו דלא נשבר אלא נתמעך ונתמעט גוף הכלי מרוב תשמישו עד שנשאר בו מעט מהרבה, **סמ"ע**) ואין השואל רשאי לחזור ולתקן הכלי או לעשותו פעם אחרת (ודלא כר"ן דבנשבר מתקנו ומשתמש בו) "והרמ"א פסק כרא"ש" וי"א דהאומר השאילני כלי זה בטובו, שאול הוא לעולם, דבטובו משמע כל זמן שהוא טוב, ואפילו החזירו למשאיל, חוזר ונוטלו ממנו כשיצטרך ("דבשביל שא"ל בטובתך לא יצא מכלל שאלה סתם אלא כך הוא לשון בני אדם עשה עמי טובה והשאילני כליך", **טור**). ודוקא שקנו מן המשאיל, אבל לא קנו מן המשאיל, אינו נוטלו ממנו כשהחזירו, נשבר, מחזיר לו שבריו (וקאי גם ארישא כשנשאר בידו שלא החזירו למשאיל (**סמ"ע** ע"פ ה**טור**)).

כתב **הסמ"ע** (טו) דאפשר דהרי"ף והרא"ש לא פליגי ודלא כטור, דהרי"ף כשאמר ליה השאילני בטובה משתמש בו לעולם מיירי דוקא בשואל שמכיר למשאיל שהוא איש טוב ואינו רגיל להקפיד על הזמן והוא משאיל לו סתם על פי דברו אליו כן, משו"ה שאול הוא בידו לעולם, ויכול להיות שהרא"ש מודה בזה, ותמיהתו אינה אלא על הרי"ף דמשמע ליה דס"ל דמהני באומר כן אפילו לסתם בני אדם שאינו מכירו אם מקפיד אם לא, ולפי"ז נראה מש"כ הרמ"א ויש אומרים וכו' לא כתבו לפלוגתא עם דעת הרמב"ם שכתב המחבר, אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא, **והנתיבות** (חי') כתב דדין דבטובתך הוא מח' הפוסקים והמע"ה, ואם נאנס אינו משלם לו רק שיווי השברים, וכן אם שאל חפץ מחבירו ופירש שלא ישתמש בו רק אחר איזה ימים, אין המשאיל יכול לחזור וליטלו קודם שצריך השואל להשתמש עם הכלי, וכן כל שואל המשלם אחר שנאנס מנכה דמי שיווי הזמן מה שהיה שאול אצלו, עיי"ש עוד.

סעיף ז

ע"פ מימרא דרבא ב"מ קג. פסק בשו"ע כלשון **הרמב"ם** "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 (**טור**) דדוקא באותה שנה אבל לא בשנה אחרת".

כתב **הסמ"ע** (כא) דכתב **הטור** דאפילו אמר לו כרמים סתם ולא אמר לו תיבת הרבה ולא תיבת שלו, אפ"ה חופר בו אפילו הרבה ודוקא כרמים שלו ולא של אחרים, והטעם דחופר בו הרבה, משום דהוא מוחזק יכול לומר דסתם כרמים הרבה נמי משמע, והטעם דאינו יכול לחפור בו של אחרים כמו ברישא משום דא"כ אין לדבר סוף, משא"כ ברישא באומר לו לחפור כרם סתם דאין לו רשות לחפור בו אלא כרם אחד משו"ה חופר בו א' אפילו אינו שלו.

סעיף ח

ע"פ מימרא דרבא שם פסק בשו"ע "האומר לחבירו השאילני שוקת זה, ונפל, אינו יכול לחזור ולבנותו. א"ל השאילני שוקת סתם, ונפל, חוזר ובונה עד שישקה כל שדותיו. א"ל השאילני מקום שוקת, הרי זה בונה בכל מקום שירצה בקרקע המשאיל, ובונה מקום השוקת שיסיפק לו להשקות ממנה כל שדותיו או כל בהמותיו לפי מה שהתנה עם המשאיל, והוא שלקח ממנו בקנין על זה".

עמש"כ המחבר כלשון ה**טור** "בונה בכל מקום שירצה" כתב **הסמ"ע** (כב) דלא נזכר ברמב"ם או הרא"ש דהברירה ביד השואל לחפור באיזה מקום שירצה, ואדרבה קי"ל דיד בעל השטר על התחתונה בין בלוקח בין במקבלי מתנה, לכן נראה דגם דעת הטושי"ע ר"ל חופר זה אחר זה בכל מקום עד שימצא בא' מים שיסיפק לו לדבר שהשאילו עבורו.

סימן שמב - אין השואל רשאי להשאיל

סעיף א

קיי"ל אין השואל רשאי להשאיל, מה הטעם? האם רשאי להשאיל למי ששומר יותר טוב ממנו? האם הדין הנ"ל שייך במטלטלין או גם בקרקעות? מה הדין אם בכל זאת השואל השואל לאחר ונאנס או מתה מחמת מלאכה אצל השני? מה הדין אם השואל או הפקיד השואל למי שהיה המשאיל רגיל להשאיל או להפקיד אצלו ונאנס ביד השני?

וע"פ ב"מ כט: פסק בשו"ע כאן "אין השואל רשאי להשאיל (דשמה אין רצונו של משאיל לגמול חסד ולעשות טובה דשאלה אלא עמו, לבוש), אפילו שאל ספר תורה, שעושה מצוה בשאלתו, אינו רשאי להשאיל לאחרים, ואם השאיל לאחרים, אפילו נתקלקל מחמת המלאכה ששאלו בשבילה, חייב, אא"כ יש לו ראייה שיכול ליפטר בה אילו היה בידו (ר"ל דאם יש לו ראייה שמתה אצל השני מחמת מלאכה, ואילו היה עושה בבית שואל הראשון אותה מלאכה היתה ג"כ מתה בה, פטור גם השני, סמ"ע), כמו שנתבאר בסימן רצ"א סעיף כ"ו (ב"י: "כתב הר"י" בפרק המפקיד דהא דאמר ר"ל אין השואל רשאי להשאיל ולא השוכר רשאי להשכיר הני מילי לכתחלה אבל בדיעבד אע"ג דאינו רשאי אי איכא סהדי דלא פשע בה לא מחייבין ליה דהא גבי (ב"מ ל"ה) שוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה כיון דליכא פשיעותא דהא כדרכה מתה לא מחייב שוכר לשלומי מדיליה ואע"ג דהשאילה לאחר" וצ"יין בפסקי המשפט ליש"ש קידושין א, כא שלמד בכוונתו דלא מיקרי גזלן בהכי ויש חולקים)) {מיהו דבר שאי אפשר להבריא ולכפור בו, כגון בית או ספינה, מותר להשאיל (רשב"א, דלא אמרו אין השוכר רשאי להשכיר ואין השואל רשאי להשאיל אלא במטלטלין שאין דרכן של בני אדם להשתכר ולהשאיל עמהם מפני שאפשר להבריאם ואינו רוצה שיהיו מטלטליו אצל אחרים אבל מטלטלין שאין עשויין להבריא שדרכן של בעלים להשתכר ולהשאיל עמהם משכיר ומשאיל לאחרים וזהו שאמרו בב"מ ע"ט השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך וכו' ולא בשכירות בלבד אמרו אלא אפילו בשאלה שלא תאמר מי שהשאיל לא היה בדעתו להשאיל ולעשות חסד אלא לזה וזה דשנינו בכתובות ל"ד הניח להם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתה) וע"ל סימן שט"ז}."

בסימן רצ"א/כו (עיי"ש) פסק בשו"ע בזה"ל "שומר שמסר לשומר חייב, אפילו אם הוא שומר חנם ומסר לשומר שכר, דאמר ליה את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה (רא"ש -) אפילו אם ידוע לכל שהשני טוב וכשר יותר מראשון, לפיכך אם דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני, הרי השומר הראשון פטור מלשלם (גר"א: כרמב"ם ודלא כתוס' -) והוא שלא ימעט שמירתו אבל אם מיעט שמירתו כגון שהראשון היה שומר שכר והשני ש"ח, או שהראשון שואל והשני ש"ש, פושע הוא הראשון ומשלם.. 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", ועיי"ש במחלוקת הרמב"ם מחבר וש"ך גבי מיעט בשמירתו מתי חייב.

כתב הש"ך (א) גבי השאיל לאחרים דאם המשאיל רגיל להשאיל לאותו אחר פטור כשישבע האחר, ומסתברא דפטור גם היכא דרגיל להפקיד אצל אותו אחר דנימא כיון דרגיל להפקיד אצלו תו ליכא למימר את מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לי ולא מצי למימר דוקא להפקיד מהימן לי אבל בהא דשמה שינה ונאנסה לא מהימן לי.

עוד כתב הש"ך (ב) דבהשאיל לאחרים חייב לפרוע משעת שאלה לאחרים "ונפק"מ הדין שכתבתי לקמן סימן שד"מ סעיף ד', ודוק היטב, נראה ל"י וביאר הקצות (ב) דדבר גדול דיבר דאפילו למ"ד שומר משעת פשיעה משתעבדו (ב"ק קי"ב) לאו דוקא פשיעה המחייבת אלא אפילו מהתחלת הפשיעה אשתעבדו נכסי וכנ"י בשם הרא"ה בהאי דשומר מאימת משתעבד דכתב דנפק"מ בשואל חמור לרכוב עליו שלוחו אבל בשואל חמור לרכוב עליו הוא עצמו ונתנו לשלוחו ומתה בדרך הו"ל איני יודע אם החזרתיו, והיינו משום דכשמסרו לאחר אע"ג דאינו פשיעה גמורה ואם נאנס ביד השני פטור אפ"ה נכסי אשתעבדו משעת התחלת פשיעה שמסרו לאחר, ואם נאנס אח"כ הו"ל חזרה כמו למאן דאמר משעת משיכה, וזה שכתב הש"ך דנפק"מ וכו' וכוונתו לסימן שמ"א סעי' ד', והיינו דשם כתב אם מתה

ביד היורשין והניח אחריות נכסים למאן דאמר משעת פשיעה פטורין היורשין, אבל אם מסרו ליד אחר ומתה אח"כ אע"ג דכבר מת השואל אשתעבדו נכסי למפרע משעה שמסרו לאחר ואם הניח אחריות נכסים גובה מהם, וכע"ז בקצרה ב**נתיבות** (ג).

עוד כתב ה**ש"ך** (ג) בשם הריטב"א (בב"י) דאולם ש"ח או ש"ש שאין לו רשות להשתמש בפקדון אם השכירו או השאלו לכ"ע חייב באונסין כדין שולח יד בפקדון והיינו דנקט שוכר ושואל (וראה שז"ה).

עמש"כ המחבר במשאיל אף בס"ת, הקשה **הקצות** (א) דהא כתב הר"ן בתשובה דשואל ספר לאו שואל הוי להתחייב באונסין כיון דהמשאיל נמי מצוה קעביד ומרויח פרוטה דרב יוסף ואין כל הנאה של השואל וכאן משמע דחייב כדין שואל ואינו פטור אלא בנתקלקל מחמת מלאכה, ובתשובת מוהר"ם חייב גבי ספרים שנשרפו "דשואל חייב באונסין", וכתב דאפשר דפוסק מוהר"ם כרבה ולא כרב יוסף וא"כ הו"ל כל הנאה שלו, ובשו"ע דפסק כרב יוסף ונקט שאל ספר תורה אפשר דנקט מחמת מלאכה לאשמועינן שאם עשה מלאכה אחרת דחייב אבל ה"ה דפטור באונסין וצ"ע.

סימן שמג – דין השואל אחר כלות זמן השאלה

סעיפים א – ב

שואל או שוכר לזמן וכלתה הזמן של שמירתו והניחו מלהשתמש ונגב או נאנס מה דינם?

ע"פ **ב"מ פא**. פסק בשו"ע "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", וביאר ה**סמ"ע** (א) דבסוף סימן ש"מ אשמעינן דאפילו שלחה לו בשלוחו ונאנסה בדרך לא תאמר דה"ל תחילתו בפשיעה בשליחתו ע"י שליח וסופו באונס ולחייב באונסין, ובסימן זה קמ"ל דאפילו לא שלחו לו אלא הוא עדיין בביתו אפ"ה חייב כשומר שכר.

כתב ה**פת"ש** (א) בשם מהר"ר **משה רוטנברג** דמי שקיבל איזה פקדון **בלי זמן**, אף דהדין הוא דכל יומא זימניה ויכול להחזיר הפקדון לבעליו, ואף חזרה בעל כרחו מהני, מ"מ כל זמן שלא החזירו ליד בעליו ממש, אינו יוצא מידי שמירתו וחייב באחריותו, ואפילו אומר הנפקד למפקיד איני רוצה להיות עוד שומר עליו, מ"מ כל זמן שלא החזירו לידו של המפקיד אינו נפטר משמירתו, וכן מבואר במרדכי שהובא ברמ"א רצ"ג, וטעמא דמילתא, דכשם שאינה נכנסת לרשות השומר עד שיעשה בה איזה קנין, ה"ה דאינה יוצאת מרשות השומר עד שיחזירנה לרשות המפקיד כיון שקיבל השמירה לזמן ידוע, אבל אם קבלת השמירה היתה בלא זמן, כיון שלא היה חיוב השמירה בתחילה לזמן, מיד שהסכים המפקיד שיכלה הזמן הוי כמו קיבל לזמן וכלה הזמן, דפטור אפילו אם הוא ברשותו של הנפקד.

למד ה**ב"י** מסע' א' (דנהנה) דה"ה לש"ש וכ"פ בשו"ע (ב) "שומר שכר לזמן, כיון שכלה זמנו כלתה שמירתו, ואפילו היא עדיין בביתו, אינו עליה אלא שומר חנם".

כתב **הקצות** (א) בשם הריטב"א דמסתברא דפקדון בעלמא שיש בו זמן והגיע זמנו – הוי ש"ש עליו עד שיאמר לבעלים טול את שלך שאיני רוצה לשומרו וכדאמרין גבי אומן שאומר גמרתיו.

סימן שדמ – טען שמתה מחמת מלאכה או רוצה לשלם או לישבע

סעיף א

ע"פ ברייתא דאיסי בן יהודה בב"מ **פג**. פסק בשו"ע "טען השואל שמתה מחמת מלאכה, אם הוא במקום שעדים מצויים, אינו נפטר עד שיביא עדים שהוא כדבריו ושלא שינה בו (אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם, הא יש רואה לא נפטר בשבועה אלא בעדים)", ואם הוא במקום שאין עדים מצויים, ישבע, כמו שנתבאר בסימן רצ"ד (**משנה צד**. -) ואם התנה שלא ישבע או שלא ישלם אם נגנבה או

נאנסה הכל לפי תנאו {**מרדכי** - } אפילו לא קנו קנין על כך דכל תנאי שומרים קיים אפילו בלא קנין, ודוקא דאתני קודם שבאה השמירה לידו אבל לאחר ששעבד נפשיה לא מצי **לאתנויי** בדברים בעלמא {”.

עמש”כ הרמ”א ע”פ המרדכי דלא מצי לאתנויי בדברים בעלמא, כתב **הסמ”ע** (ג) דמהאי טעמא פסק שם בראובן שאומר לשמעון אותן י’ ליטרים שאתה חייב לי יהיו בידך למחצית שכן, ונתעסק שמעון ונאנסו, דשמעון חייב באונסין כבתחילה, כיון דבתורת שאלה אתו לידיה, והא דאמרין מתנה שומר חנם להיות כשואל היינו קודם ששעבד נפשיה הא שעבד נפשיה לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא, וכתב **הקצות** (א) דהיינו דוקא היכא דלא פטרו בפירוש מחיובו אלא שאומר לשון שנראה שאינו חושש בשמירתו וזוה לא נפטר בדברים בעלמא וכמבואר בב”ק (צ”ג) דהיכא דאמר קרע כסותי אע”ג שנראה שאינו חושש כיון דכבר אתי לידיה בשמירתו חייב ואמרין קרע ושלם קאמר, אבל אם אומר בפירוש והפטר ודאי פטור אפילו היכא דאיתיה בידיה בתורת שמירה, וכדאמרין גבי קרע כסותי דאפילו אתי לידיה בתורת שמירה אומר קרע והפטר פטור, וכיון דבשו”ע כתב שהתנה שלא ישבע או שלא ישלם וכל שאומר לא ישלם הרי אומר והפטר וזה ודאי מהני אפילו כבר אתי לידיה בתורת שמירה, וא”כ לא היה לו לרמ”א לכתוב כאן לא מצי לאתנויי בדברים כיון דבשו”ע מייירי שהתנה להדיא בלשון הברור לפטור.

הנתיבות (א) הקשה גם ארמ”א דאדרבה מב”ק מוכח להיפך דאמר שם בהדיא דאם אמר על מנת לפטור דפטור ואינו חייב רק כשלא אמר על מנת לפטור, וכתב המרדכי שם הטעם דכשלא אמר על מנת לפטור הוי פטומי מילי, ועוד, דאי משום מתנה על מה שכתוב בתורה הוא אפילו קנין לא מהני, וא”כ היאך כתב דלא מצי לאתנויי בדברים דמשמע דקנין מהני, וליישב דברי המרדכי י”ל דלא ס”ל הטעם שכתב לעיל מיניה דהיינו משום פטומי מילי, רק דס”ל דהטעם הוא דאף דדוקא קאמר מ”מ חייב דהא המתחייב עצמו באתם עדי חייב אף בלא קנין, ובשומרין בעי קנין אי לאו בהאי הנאה דמהימן ליה, וכתב הש”ך בסימן מ’ הטעם משום דאינו מתחייב רק אחר שנאבד דמי לאסמכתא, הכי נמי ס”ל למרדכי לחלק בין מחילה שמוחל מיד ובין שאינו מוחל מיד כגון בקרע אחר שקיבל שמירה, אף דקרע לחוד ג”כ לפטור משמע דמהאי טעמא פטור בלא אתא לידיה בתורת שמירה, ואפילו הכי באתא לידיה בתורת שמירה חייב, ועל כרחך הטעם הא דאין הפטור מועיל בדברים, כיון דהחויב שעל השומר הוא חיוב על תנאי אחר שיפסע אין מועיל הפטור, דהוי כמוחל דבר שלא בא לעולם כיון שאכתי לא חל החיוב, ודמי למוחל באסמכתא, וכיון דדמי לאסמכתא בעי קנין, ומזה למד המרדכי, דה”ה במלוה שאמר לו שיהיה בידו למחצית שכר דחייב (עיי”ש) אמנם מכך דהרמ”א לא הגיה כן בסימן שה/ה גבי ש”ש ובסימן רצא/כז גבי ש”ח במה שזכר שם שיכול להתנות בפטור אחריות, ולא הגיה שם הרב דלאחר שבא השמירה לידו אינו יכול להתנות, נראה דדעתו לחלק, דדוקא בשואל שיש לו קנין בגוף החפץ, דשאלה ושכירות ליומא ממכר הוא, וכיון שהוא בתוך הזמן צריך לעשות קנין חדש, דהאונסין דחייביה רחמנא להשואל אינו מטעם חיוב שמירה, דהא מהאונסין אינו יכול לשמור, רק הטעם דעשאו רחמנא כשלו בתוך ימי השאלה לענין דכשנאנס אמרין דדידיה נאנס, ומשו”ה כשמחזיר בעינן קנין גמור, וכ”כ בקצרה בחי’ על הרמ”א “דדוקא בשואל דהוי כקנין בידו, אבל בשאר שומרים מהני הפטור אחריות אפילו בלא קנין”.

סעיף ב

השואל כלי וגשבר, והוקרו השברים, ועתה שוים כשווי כלי שלם כפי שעת השאלה, אלא שעתה בגלל שהוקרו אין המשאיל יכול לקנות בדמי הנזק כלי שלם, כיצד ישלם המזיק בכח”ג? ומה הדין במקרה שהשברים נגבבו, נאבדו או נאנסו?

ב”מ צו: “ההוא גברא דשאל נרגא מחבריה **איתבר** אתא לקמיה.. תא שמע דההוא גברא דשאל נרגא מחבריה ואיתבר 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”, והלכה כרב כהנא ורב אסי, ופירש **רש”י** דטעמא משום דתנן (ב”ק י:) גבי נזקין תשלומי נזק מלמד שהבעלים מטפלים בנבילה ששמין לו הנבילה של בהמתו שמתה ע”י זה שהזיקה לו ועליה מוסיף ומשלם דמיהן והכי מסיק נמי שם (יא.) דשמין לשואל.

וז"ל השו"ע "כשישלים השואל, שמין לו השברים ("והמת יהיה לו" וקי"ל לו לניזק קאמר, שהוא צריך לטפל במכירת נבילה, וכן הדין בכל המזיקין, אבל בגנב וגזלן אין הדין כן לקמן סימן שני"ד, סמ"ע), שאם שאל כלי ונשבר שמין לו השברים כמו שהיו שוים בשעת השבירה ונותנים לבעלים, ומשלים עליהם, (רא"ש -) 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 (מדין שורו של זה שנגח בהמתו של זה ומתה ונפחת נבילה בין שעת מיתה לשעת העמדה בדין דאמרינן בפרק קמא דב"ק דלכולי עלמא ההוא פחת דניזק הוי) } נגנבו השברים או נאבדו השואל חייב [וגם אם נאנסו חייב, סמ"ע, וראה לקמן], וא"כ אמר למשאל טול את שלך (נ"י ותלמידי הרשב"א, דהרי הוא כש"ש דהואיל ונהנה מהני) }".

עמשי"כ המחבר ע"פ הרא"ש דאם הוזלו וכו', כתב הסמ"ע (ו) דכל שכן אם הוקרו דלא יהיה למשאל הפסד כיון שהוקרו.

הקשה הסמ"ע (ז) בדברי הרמ"א (ע"פ הקצות בקצרה) דלפי גירסת הספרים ברמ"א משמע דאם לא אמר לו טול את שלך אינו חייב אלא בגניבה ואבידה אבל באונסין פטור ומשום דכלתה שמירתו, ואילו בנ"י בשם הרמב"ן ושכן הסכימו האחרונים כתב דכל שאמר שואל למשאל טול שברים שלך ונאנס לאחר מיכן שנאבדו לגמרי הוי כאילו נאנסו ברשות משאל ומשמע דקודם שאומר לו טול את שלך חייב באונסין, ועוד דבנ"י משמע דוקא מאונסין הוא דפטור כל שאומר טול את שלך, אבל בגניבה ואבידה חייב, וברמ"א כתב דכל שאומר טול את שלך פטור אפילו מגניבה ואבידה, וכתב דצריכין להגיה בהג"ה יחייב וגם אם נאנסו חייב א"כ אמר טולי ור"ל דאם אמר טול פטור בנאנסו לחוד ובזה אתי שפיר הכל, עיי"ש מה עוד הכריח את הסמ"ע להגיה כן, כסתירה בדברי הרמב"ן ממקום אחר ועוד.

אולם הקצות (ב) האריך לדחות דבריו והעלה דהעיקר כרמ"א וקודם שאמר טול את שלך אינו חייב אלא כשומר שכר ואחר שאמר טול את שלך אפילו שומר חנם לא הוי, והוכיח כן דאפילו בפחת נבילה דמחמת פשיעוּתא הוא כל שהודיעו לבעלים אין עליו אלא הוצאות וטורח על הבעלים כמבואר בסימן ת"ג וכל שהודיע אין על השומר כלום ומשום דהיה להם לבעלים לטרוח ולמוכרו, ומכל שכן אומר לו בפירוש טול את שלך דהיה לו למשאל לטרוח ולמכור, וכ"כ ה^{נתיבות} (ב) דלא מסתבר כלל שאחר שאמר טול שלך יתחייב בגניבה דהא אפילו בהלואה למאן דס"ל פרעון בעל כרחו שמיה פרעון נפטר כשאמר לו טול מגניבה ואיכא דפטר ליה אפילו מפשיעה כמבואר בסימן ק"כ ומאן דמחייב [ראה ש"ך שם סק"ד], הטעם דקודם שנעשה קנין במעות למלוה לא נעשה פרעון, משא"כ שאלה, ודאי דבאמר לו טול את שלך והוא אחר זמן שאלה, דכשנשברו הוי ככלה זמן שאלה, אפילו בהרי שלך לפניך הוי חזרה, והיאך יכולין לחייב את זה שיהיה יושב ומשמר של חבירו בעל כרחו.

סעיף ג

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "ראובן השאל 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".

ביאר הסמ"ע (ח) דמייירי דהמשאל עצמו לא היה טוען ברי כך וכך היה שוה אלא שמא הוא שוה כל כך והפסדת אותו, ויכול להיות שאין בהפסדו שוה פרוטה, ואף אם בודאי שוה פרוטה, מ"מ כיון שלא תבעהו בו בברי, לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, א"נ מייירי שהשואל טוען ואומר סלע או שתים יודע אני שהפסדתי והריני נותן לך והילך, ויותר מזה איני יודע אם הפסדתי, השבע וטול, והמשאל אינו טוען בברי שהפסיד יותר, משו"ה פשוט לרא"ש דלא הוי בכלל מחויב שבועה וכו' כיון דהמשאל גופו אינו טוען ברי במותר, ובמה שמודה אומר לו הילך, ועוד המשיך לדחות דעת הלבוש. הש"ך (א) הקשה על הסמ"ע דלמה כתב דהמשאל אינו טוען ברי דהא אפילו טוען ברי כיון דאומר לו הילך א"כ אינו חייב על השאר רק היסת שאינו ולא ה"ל משואל"מ כדאיתא בסימן ע"ב טובא זימני וכן בכמה דוכתי ויכול להפך על שכנגדו, ועוד קשה דע"כ מייירי שטען המשאל ברי דאל"כ אין השואל חייב שבועה כלל כיון שטוענו שמא כבסימן ע"ה, וגם קשה כשהמשאל אינו טוען ברי היאך ישבע ליטול, והב"ח כתב דטעמיה דהרא"ש הכא דלא אמרינן בנפקד משואל"מ דלא ה"ל לידע כבסימן רצ"ח בטור (ד) וה"נ בשואל לא ה"ל לידע כיון דה"ל להחזיר לאחר ימי השאלה, וקשה דהא לא כתב הרא"ש שם ולא ה"ל לידע אלא בהפקיד אצלו בשק אבל בשאר מפקיד כתב הרא"ש להדיא בפרק שבועות הדיינים

כשאומר איני יודע ה"ל משואי"ל משלם, ואפשר דדוקא במפקיד שאומר א"י כמה היה ס"ל לרא"ש הכי דה"ל לידע כמה היה, עיי"ש עוד שהאריך לדחות גם דברי הב"ח, והעלה דכאן מייירי ששמעון אומר שלא הפסידו כלל וכך היה מתחלה ומש"כ והפסידו שראובן אומר כן. הנתיבות (ג) כתב שהעיקר כלבוש ומייירי שטוען דנפסד מחמת מלאכה אלא שאינו רוצה לישבע ורוצה לשלם, משו"ה לא הוי מודה במקצת על השאר.

סעיף ד

ע"פ משנה ב"מ צז. וגמ' פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "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 (בד"ה -) ואם לא היתה שם ראייה, בזמן שהמשאל טוענו ודאי, ישבע השוכר ששכורה מתה (נשבע היסת דהוא כופר הכל גם באומר איני יודע אם שכורה מתה, דה"ל כאומר הלוייתך מנה ולא פרעתיני וזה אומר איני יודע אם הלוייתי, שהרי אם שכורה מתה לא נתחייב לו דבר שהרי השאולה מחזיר בעין, סמ"ע), או שאינו יודע, ובזמן שהמשאל אומר איני יודע, ישבע השומר שבועת השומרים שמתה כדרכה, ועיי' גלגול ישבע השומר ששכורה מתה או שאינו יודע (חילוק זה לא נזכר לא בטור ולא ברמב"ם, וז"ל הרמב"ם לא היתה שם ראייה ישבע השוכר על השכורה שמתה או שאינו יודע, ובבד"ה תמה היאך מצינו שבועה על טענת שמא ותירץ שצריך לישבע שבועת השומרים ועיי' גלגול נשבע שבועת שכירות מתה, ומזה יצא לו למחבר לחלק בזה ולכתוב בזמן שהמשאל אומר איני יודע, באה"ג, והרמב"ם נקט כאוקימתא בגמ' וכדרכו לתפוס לשון המשנה או הגמ' אבל המחבר כתב הדין לענין שבועת היסת שנתקנה בימי האמוראים דחייב לישבע היסת), וה"ה (באה"ג: ר"ל אם אינו רוצה להשביע שבועת היסת אלא שבועת התורה ישביעו השוכר שבועת השומרים שמתה כדרכה ועיי' גלגול ישבע ששכורה מתה -) אם זה אומר שאולה מתה וזה אומר שכורה מתה, או זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע."

גבי שאלה היום ושכרה למחר, כתב הסמ"ע (ט) בשם תלמידי הרשב"א (בב"י בכוונת הירו') דבלילה שבינתיים אם דרך השואל שהבהמות לנות אצלו אחר השאלה, גם כאן הוא שואל על הלילה ואם נאנסה בלילה חייב, ואם אין דרך שילינו הבהמות אצלו מזמן השאלה, אינו אצלו אלא כשוכר ופטור מאונסים וחייב בגניבה ואבידה.

האריך הסמ"ע (יג) דהמחבר נקט "שיטה לנפשיה" כי משמע ברמב"ם והטור דדוקא כששניהם טוענים ברי הוא דמגלגלין עליו שבועה חמורה דביום שהיתה שכורה מתה, אבל אם אחד מהם טוען שמא אין מגלגלין עליו שבועה חמורה, וכ"כ הרא"ש בהדיא הכא ואין מגלגלין על טענת שמא דנתבע, דגלגול מסוטה ילפינן ובסוטה האשה נתבעת טוענת ברי שלא נטמאתי ועל טענת התובע דמגלגלין אפילו בשמא כמו בסוטה היינו דוקא כשיש רגלים לדבר לאותו שטוען שמא, שהרי בקינא לה ונסתרה דמגלגלין עליה שלא נטמאה כבר רגלים יש לדבר מדקינא לה ועברה ונסתרה בפעם הזה, עיי' ברא"ש, משא"כ בטענת שמא דהמשאל דהכא שטוען ואומר שמא שאולה מתה דאין רגלים לטענתו שאומר ששאולה מתה יותר מלומר ששכורה מתה, אבל מדברי המחבר מוכח שס"ל שלעולם מגלגלין עליו שבועה חמורה, אולם י"ל דלמד המחבר דבריו מפירוש המשנה לרמב"ם שכתב דמביאין לידי שבועה חמורה עיי' גלגול זה אף כשטוענים שניהם איני יודע (ועוד האריך לבאר כל בבא במחבר ורבותא בה), וראה גם בש"ך (ג) שהאריך וכתב בסיום דבריו דהרא"ש כתב דבין טוען המשאל איני יודע ובין טוען השומר איני יודע אין מגלגלין וכ"פ הטור בסימן צ"ד ובע"כ צ"ל דמ"ש הטור כאן ישבע שהוא כדבריו קאי אהיכא דטוען המשאל ברי "ולפי שהדינים אלו אין מקומם כאן ועיקרם לעיל סימן ע"ה סתם כאן הדברים".

עמש"כ המחבר בסיפא דעיי' גלגול ישבע השומר ששכורה מתה או שאינו יודע, כתב הסמ"ע (יד) דהא דלא אמרינן בכהא דה"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, תירץ הרב המגיד בשם הרא" דכיון שעיקר תביעת המשאל שמשביעו עליו היא איני יודע שהרי אינו טוען ברי שלא מתה כדרכה אע"ג שבגלגול טוען ברי דהשאולה מתה לא אמרינן בכה"ג מתוך שאינו יכול לישבע משלם, והב"י הביאו על דברי הטור בסימן שמ"ה, ובאמת לדברי הרא"ש והטור אין צריך להאי תירוצא דסברי שאין מגלגלין כלל אטענת נתבע כשהיה איני יודע וכנ"ל (יג), ועוד דאפילו במקום שמגלגלין ס"ל דלא אמרינן משיל"מ

בשבועה הבאה ע"י גלגול, והמחבר כתב בסעי' טו שם דיש חולקין וס"ל בזמן שנתחייב שבועה דאורייתא והוא טוען על הגלגולים איני יודע קרינן ביה שפיר מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם.

סימן שמה – דין שאל פרה ושכר אחרת

סעיפים א – ב

ע"פ **משנה ב"מ צז: וגמ' פסק בשו"ע** וכלשון **הרמב"ם** "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. (ב) וכן אם מסר לו שלשה פרות, שתיים שאולות ואחת שכורה, והמשאיל אומר שתיים שאולות 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", וביאר **הסמ"ע** (א-ב) הדין בסעי' א' דהא הודה לו במקצת טענתו, דתבעו 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 כבסימן שדמ/ד שם אין טענתו אלא על האחת, דהרי על העודנה חיה אומר לו הילך וקחנה לך ואין כאן מודה מקצת, וכן הוא בסעי' ב' דמתו שתיים מהן 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.

סימן שמו – דין פטור שאלה בבעלים עם כל דיניו ובעל בנכסי אשתו

סעיף א

[כתב בספר **החינוך** (ס) "ועל ענין שאלה בבעלים שפטור, נוכל לומר לפי הפשט, שהתורה לא חייבה השואל אחר שבעל הכלי או הבהמה עמו, דמכיון שהוא לשם ישמור הוא את שלו, ואע"פ שהשואל פטור אף לאחר שהלכו הבעלים, מכיון שהיו שם בשעת שאלה, אפשר לתרץ בזה שלא רצתה התורה לתת הדברים לשיעורין ולומר אם ישוה לשם הבעלים הרבה יהא פטור השואל ואם מעט יהא חייב, וציותה התורה דרך כלל דכל שהבעלים לשם בשעת שאלה יהא פטור, וזהו הטעם שאמרו ז"ל (ב"מ צה:): שאם היה עמו בשעת שאלה אע"פ שלא היה עמו בשעת שבירה ומיתה פטור, אבל היה עמו בשעת שבירה ומיתה ולא היה עמו בשעת שאלה חייב, כי בתחילת המעשה הענין תלוי, וזה הטעם בעצמו מספיק לנו בשכירות בבעלים שגם כן פטור"].

ע"פ **משנה ב"מ צד. פסק בשו"ע** "השואל והיה המשאיל עם השואל במלאכתו בשעה שמשך הדבר השואל, אפילו נגנב או נאבד בפשיעה (מחלוקת דרב אחא ורבינא גבי פשיעה בדף צ"ה ופסקין כדברי המיקל על השואל, וכ"כ התוס' בשם ר"ח מטעם דכל היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל אע"ג דהוי חומרא לגבי מפקיד מ"מ חשוב קולא לפטור המוחזק) פטור, שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם לא שנא היה עמו בשאלה שהשאיל את עצמו לעשות מלאכתו, (מימרא דרבא צז. –) 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 והשאיל לו פרתו בעוד שהוא משקהו, הוי שאלה בבעלים, (**במשנה** -) אבל אם משך תחלה ואח"כ השקהו לא הוי שאלה בבעלים (**סמ"ע**: ה"ה אם עשה עמו אח"כ מלאכה גמורה אלא נקט זה משום רבותא דהשקהו בשעת שאלה דפטור)".

מה דין שואל בבעלים ששלח יד בחפץ?

הקצות (א) האריך בביאור הגמ' בב"מ מ"א להוכיח דשואל ששלח יד בבעלים חייב ונלמד למסקנה משוכר וש"ח והאריך בשקלא וטריא בזה, וכגון ששאלה למלאכה זו ושלח בה יד לעשות מלאכה אחרת דחייב אפילו בבעלים משום דשואל לא עדיף משאר שומרין ואדרבה חיובו טפי משאר שומרין, ודחה

דעת הבית יעקב דגבי שואל קי"ל דשאלה בבעלים ושלח בה יד דפטור דלמד דהא דאמרו דיו לבא מן הדין להיות כנדון דהיינו דגבי שואל שליחות יד ממש פטור בבעלים ובשאר שומרין חייב, וליתא כאמור.

סעיף ב

ע"פ משנה שם פסק בשו"ע "לא שנא אם באו שאלת הבעלים עם שאלת הפרה כאחד, לא שנא היה הוא שואל או שכור לו ואחר כך השאיל לו פרתו פטור, (ברייתא בגמ' -) 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".

סעיף ג

שנינו בב"מ צד: על המשנה הנ"ל "מדקתני סיפא ואחר כך שאל את הפרה מכלל דרישא דקתני עמה עמה ממש, עמה ממש מי משכחת לה פרה במשיכה ובעלים באמירה! איבעית אימא כגון דקיימא פרה בחצרו דשואל דלא מחסרא משיכה, איבעית אימא דאמר ליה את גופך לא תשאל עד שעת משיכת פרתך", ובצ"ז. "אמר רבא מקרי דרדקי שתלא טבחא ואומנא ספר מתא כולהון בעידן עבידתיהו כשאיילה בבעלים דמו" והקשה שם הרא"ש (ח,ו) דמשמע דוקא "בעידן עבידתיהו ולעיל.. אמרינן בעלים באמירה אלמא משעת אמירה מיקרי שאלה בבעלים אע"פ שעדיין לא התחיל במלאכה, וצ"ל דבעידן עבידתיהו לאו דוקא אלא בשעה שמזמינן ומנידינן עצמן ללכת מיקרי עידן עבידתיהו והיינו אמירה דלעיל, וכ"כ הראב"ד אם אמר לו השאילני פרתך והשאל לי אתה עמה כיון שהתחיל ללכת עם פרתו אע"פ שעדיין לא יצא מביתו כבר התחילה שאלתו".

וז"ל השו"ע כרא"ש "שאל הבעל, ונתרצה להיות שואל לו, אע"פ שלא התחיל במלאכת השואל בשעת משיכת הפרה, אלא מזמין ומכין עצמו ללכת, חשיב שפיר עמו במלאכתו, אבל באמירה שאומר להיות שואל לו, ולא הכין עצמו למלאכתו, לא הוי שאלה בבעלים".

הטור הביא דברי הרמ"ה שהסכים אך חילק ברישא דדוקא כ"שלא פירש לו זמן אלא אימתי שירצה השואל יעשה לו מלאכתו לפיכך כיון שאם אומר לו עתה לעשותה יעשה נמצא שמעתה הוא שואל לו למלאכתו אע"פ שעדיין לא עשה אבל" אבל כשאמר לו לעשות מלאכתו בזמן ידוע כל זמן שלא התחיל לעשותה אינו קרוי עמו במלאכתו, וסיים הטור "וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא הראשונה". אולם הסמ"ע הביא דברי הרמ"ה דמש"כ המחבר 'מזמין ומכין' וכו' והיינו דוקא כשהבטיחו לעשות מלאכתו ולא קבע לו השואל לזה זמן אבל אם קבע לו השואל זמן אימתי יעשה מלאכתו אף שהוא מוכן לא מיקרי שאלה בבעלים, וסיים "ונראה דגם הרא"ש מודה בזה" (ודלא כטור).

הש"ך הוכיח בתוס' ועוד רא' דכשאומר לו בפירוש שיעשה מלאכה מיד אף בלא הכנה הוי שמירה בבעלים, אולם ה^{נתיבות} (א) דחה ראייתו מהתוס' אלא באו להשמיע כרמ"ה.

סעיפים ד – ה

ב"מ צז. "מר בר חנינא אוגר כודנייתא (פרידה) בי חוזאי נפק לדלויי טעונה בהדיהו פשעו בה ומית אתו לקמיה דרבא חייבינהו אמרו ליה רבנן לרבא פשיעה בבעלים היא איכסיף לסוף איגלאי מילתא דלמיסר טעונה הוא דנפק" ופירש רש"י למיסר לראות שלא ירבו במשאה.

וז"ל השו"ע ע"פ הטור "השאיל לו בהמתו או השכירה לו למשוי, והלך עמה לסעדה ולהטעינה, הוי שאלה בבעלים, אף על פי שמעצמו נשאל לו {ודלא כיש חולקין בזה (מרדכי, דבעינן שהשואל יבקש ממנו לעשות מלאכה זו, סמ"ע)}, (גמ' הנ"ל -) ואם לא הלך אלא לראות שלא יוסיף המשוי, אין זה שאלה בבעלים {וכן אם תפס לו השטגר"ב הוי לתקנת בהמתו (דאם יעלה על הבהמה בלא תפיסה זו יכאיב לה, סמ"ע) ולא מקרי שאלה בבעלים (ראב"ה)}".

כתב השו"ע בסע' ה "אמר לו שמור לי ואשמור לך או שמור לי היום ואשמור לך למחר, נתבאר בסימן ש"ה".

סעיף ו

האם שליח הבעלים נחשב בעלים לענין שמירה בבעלים?

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... 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 תלמוד 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 למאן דאמר שלוחו של אדם כמותו תיבעי למאן דאמר שלוחו של אדם אינו כמותו תיבעי למאן דאמר שלוחו של אדם כמותו הני מילי שליח דבר מצוה הוא אבל עבד דלאו בר מצוה לא או דלמא אפילו למאן דאמר אין שלוחו של אדם כמותו הני מילי שליח אבל עבד יד עבד כיד רבו דמיא אמר ליה מסתברא יד עבד כיד רבו דמיא."

כתב **הרי"ף** גבי שליח "ולא איפסיק בה הלכתא בהדיא אלא מדחזינן לרב עיליש דבעיא מיניה דרבא האומר לעבדו צא והשאל עם פרתי מהו תיבעי למאן דאמר... מסתברא יד עבד כיד רבו - מכלל דאחר דלאו ידו כידו לא הוא שאלה בבעלים" (אע"ג דק"ל בכל מקום שלוחו של אדם כמותו, שאני הכא דכתיב ב' פעמים בעליו עמו דמשמע דדקדק הכתוב דוקא הבעלים עצמן, סמ"ע) **והרא"ש** הקשה עליו "דהא דאמר רבא מסתברא יד עבד כיד רבו לאו למעוטי שאר שליח נקט האי לישנא אלא לפי דבריו השיב לו דאפילו לר' יאשיה דלית ליה שלוחו של אדם כמותו יד עבד כיד רבו וכל שכן לר' יונתן דהווא שאלה בבעלים דלא גרע משליח אחר", וכ"ד **הרמ"ה** דכיון דבעלמא קי"ל שלוחו של אדם כמותו הכי נמי לא שנא.

בשו"ע פסק כרי"ף דהרמב"ם הסכים לדבריו "האומר לשלוחו צא והשאל עם פרתי, אינה שאלה בבעלים שנאמר אם בעליו עמו הבעלים עצמם ולא שליח {ויש חולקין ואומרים דשלוחו של אדם כמותו **(רמ"ה ורא"ש)**, דאזלינן כבתראי, **דרכ"מ**} ואם אמר לעבדו הכנעני צא והשאל עם פרתי, הרי זה שאלה בבעלים, שיד העבד כיד רבו {נשאל לו העבד בלא דעת רבו לא מקרי שאלה בבעלים **(רמב"ם)**}".

הש"ך (ג-ד) כתב שגם שאר אחרונים חלקו על הרי"ף ומספיקא לא מפקינן ממונא ואמרין שלוחו של אדם כמותו, אך אם תפס המשאיל לא מפקינן מיניה אפילו לרא"ש.

בתשובת **חת"ס (פת"ש א)** האריך בשאלת השואל אם יש לפטור בן שהיה שליח של אחד השותפים שפשע מטעם פשיעה בבעלים או י"ל כיון דהבנים שלוחים דאביהם הם הו"ל כמו אמר לשלוחו צא והשאל לי עם פרתי דפליגי הרי"ף והרמ"ה, או אפשר בנים אפילו גדולים הסמוכים על שולחן אביהם הו"ל ידם כיד אביהם ולכ"ע הוי שאלה בבעלים ופטור אפילו מפשיעה וא"כ ההפסד לשותפות שוה בשוה, והשיב דבודאי אי אחד מהאבות פשע ונאבד ממנו, היינו צריכים לפלפל אם נאמר מה שבניהם של ב' שותפים האחרים עמו במלאכה אם הבנים הוו כבעליו עמו או לא, אך האבות לא פשעו רק השליח פשע היינו הבן, וא"כ לו יהא שהאב שומר שכר בלי בעליו עמו ומסר בעצמו הפקדון לבנו הגדול ופשע ונאבד, פטור האב, שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו מפקיד, והבן מחויב לשלם, והבן אינו שותף ואינו בעלים ולא שאולים זה לזה כי כל אחד שלוחו של אביו, וכל הפושע מהם צריך לשלם והאב פטור.

כתב **בשב"י (פת"ש ב)** בנידון כשהשכיר לו אמר לו בפירוש שלכך מוזיל גביה בשכירות לפי שאביו הולך עמו וישגיח על הסוס הרי שסמך על אביו, וכיון שאביו ציוה לו לרכוב על הסוס שאין כאן היזק לסוס, אף שהתברר שהיתה זו פשיעה, לא פשע השוכר כלל ופטור. עוד כתב בשלח אחד להביא שטרות וציוהו שאם יהיה חשש אחריות שיקח עוד יהודי הדר שם בשכירות, דאין לפטרו משום שאלה בבעלים, כיון שהוא עצמו לא דיבר עם השליח עצמו, רק שציוה לו שישכור יהודי אחד, דלא הוי שלוחו ממש.

כתב **הנתיבות (ב)** עמש"כ הרמ"א בשם הרמב"ם, דמשמע דאם שאל העבד מדעת רבו הוי שאלה בבעלים אולם התוס' צ"ט הוכיחו דלא הוי שאלה בבעלים רק היכא דשאל הבעל ושלח עבד במקומו, אבל כששאל העבד לבד עם הפרה הוי כשואל ב' פרות, וכן מוכח מהשו"ע בסימן שמו' דאיצטריך לטעם יד עבד כיד רבו, ולא כתב הטעם משום דהוי שאלה בבעלים, וכתב דלכן נראה דכאן מיירי כגון ששאל בעל הפרה ונשאל העבד מעצמו לעשות מלאכת רבו, וקאמר דאפילו בזה לא הוי שאלה בבעלים, אבל אם שאל העבד לבד, לא הוי שאלה בבעלים אפילו הוא מדעת רבו, וכן נראה **ברע"א עיי"ש**.

סעיפים ז – ח

מה דין שותפים לענין שאלה בבעלים?

ע"פ ב"מ צו. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (ז) "שותפים ששאל אחד מחבירו הוי שאלה בבעלים" וכתב הסמ"ע (יב) דמדובר אפילו לצרכו שאינו לצורך השותפות וקאמר ששאל אחד מהן, דאילו שניהן שאלו זה מזה הו"ל כדין השאילני ואשאילך, דאפילו באנשים שאינן שותפין הו"ל שמירה בבעלים לחד מאן דאמר, ודלא כרב המגיד שפירש שניהם שאלו האחד מחבירו.

בסעי' ח' פסק בשו"ע "האומר לחבירו השאילני היום ואשאילך למחר, אינו שאלה בבעלים" ונתבאר בסימן שח/ז.

סעיף ט

ע"פ ב"מ צו. פסק בשו"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", דהגמ' תלתה ספיקות אלו במח' רבי יוחנן ור"ל בקנין פירות ונפסקה הלכה ביבמות ל"ו כר"ל.

סעיף י

ע"פ ספיקות דלא נפשטו בב"מ צו. פסק בשו"ע "שאל פרה לרבעה או ליראות או לעשות בה פחות משה פרוטה או ששאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה, הרי זה ספק, ואין מוציאין מידו" - רש"י פירשן שלא בבעלים וז"ל 'שאלה לרבעה הוא עצמו מהו מי מחייב באונסיה או לא' וביאר הב"י דמי אמרינן שאלה שחייבה תורה באונסין דוקא כדשיילי אינשי וכן בכולן ולפי פירוש זה כששאלה בבעלים ודאי פטור, ואילו הרמב"ם פירש כל אלו ספיקות בשאלה בבעלים, "והמחבר סתם דבריו כדי לפרש בו איזה פירוש שנרצה", סמ"ע (טז).

כתב הטור בשם הרמ"ה והרא"ש דאי איכא הנאת שוה פרוטה לשואל חייב מכל מקום בגניבה ואבידה כדין שומר שכר, ואף לענין אונסין אי תפס לא מפקינן מיניה, וכ"פ הש"ך (ו), והוסיף דנשמע מכאן דאין ש"ש חייב בגנבה ואבדה אא"כ שכרו בש"פ. עוד חלק (ה) עמש"כ הסמ"ע דהבעיות מסיים בתיקו, דבש"ס ובפוסקים הוא בעיא דלא איפשטא אבל לא סלקא בתיקו, ונפק"מ דאם תפס המשאיל אין מוציאין מידו וכנ"ל בטור, אבל אי הוי בתיקו מוציאין מידו.

סעיף יא

[מה הדין בשאל משני שותפים ונשאל לו אחד מהם ופשע? פרט.]

עוד ע"פ בעיות שם וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "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 (רמב"ם, דספק אם הוא בבעלים אם לא ודעתו שהפושע כמזיק כמו שכתב בשכירות ב/ג וכיון שהוא כמזיק [בידיים, סמ"ע] ואין שם ראייה ברורה לפטור חייב לשלם, ה"ה) ויש פוטרם (טור, דמה חילוק יש בין פשיעה לאונס כיון דקיימא לן פשיעה בבעלים פטור, "וכן עיקר" כמש"כ בסי' סו/מ ו-שא"א, ש"ך ט', ונראה דר"ל ששם מבואר שהמחבר פסק כפוטרם והביא את הרמב"ם כיש אומרים, והש"ך עצמו פסק שם לחייב כרמב"ם)".

עמש"כ המחבר דאם תפס וכו' תמה הש"ך (ז) על הרמ"א שסתם כאן כמחבר ובסימן רב/ג ו-תיג, א הביא דעת היש חולקין דבעיא דלא נפשטא לא מהני תפיסה.

כתב הקצות (ג) בשאל משני שותפין דאין הספק אלא בפלגא דידיה אבל בפלגא דאחר שלא נשאל לו ודאי חייב לשלומי ליה וכ"כ בשיטה, וכתב דנראה דשותף דידיה אינו נוטל כלום בפלגא דמשלם כיון דהפטור בא לו מחמת זה שנשאל לו אין שותף חבירו מפסיד על ידו ונוטל חלקו משלם, ואע"ג דבחוב מקולקל מה שגבו חולקין בשוה, הכא כיון שהתורה פטרה אותו מחלק השותף שנשאל לו גובה זה שלא נשאל לו חלקו משלם ואידך אינו נוטל כלום מחלקו, וכן באידך איבעיא שותפין ששאלו אין הספק

אלא בהאי פלגא דשייליה אבל פלגא דחבריה ודאי חייב, וכ"כ בני"י וכ"נ מהטור, ודברי הרמב"ם והמחבר סתומים – וגם הפת"ש (ג) העיר בזה מדבריהם, וכתב שכבר תמה בזה בני"י וכתב דאפשר דמשום הך בבא דשותפין ששאלו נקט הרמב"ם אינו משלם משום דסליק מיניה וממילא נמי בהאיך דשאל מן השותפין אינו פטור אלא מפלגא, וכ"כ המל"מ דאין הכרע אי פטור מכל הפרה.

סעיף יב

נוטע של העיר והשאל או השכיר, האם נקרא שאלה בבעלים?

מה הדין האידנא בפועל של העירייה?

ע"פ מימרא דרבא ב"מ צז. (בסעי' ג') פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "מלמד תינוקות והנוטע לבני המדינה והמקיז להם דם והסופר שלהם, כל אלו וכיוצא בהם, ביום שהוא יושב בן לעשות במלאכתו, אם השאל 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 (ראב"ד וכ"כ הנ"י דכן הסכימו האחרים) שבזמן הראוי למלאכה (קאמר בגמ') אע"פ שאינם עסוקים בה (ודלא כרמב"ם שכתב דפטור דווקא "ביום שהוא יושב בו"), לפי שאינו רשאי להשמט מהמלאכה ההיא בכל עת שצריכים לו, הוי לגבייהו 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 (סמ"ע: ר"ל מידי דהוה אשנים ששכרו בשותפות שכיר לחודש שיהא שכיר למלאכת שניהן לעשות לכל אחד מלאכת עצמו באיזה שצריך לו, ושותפין דקאמר ר"ל שהן שותפין בשכיר חודש זה אבל אינו רוצה לומר שהן שותפין בדבר אחר ושוכרין שכיר חודש זה לעשות להן בדבר ההוא, דא"כ לא דמי לשתלא ומקיז דם ואינך דקחשיב דהרי שם בני המדינה אינן משותפין בו יחד בכלום)". [פתחי חושן (ג,ו,ט) ע"פ המאירי: אבל בשעות שאינו משועבד למלאכה, כגון בשעת האוכל או בשעות הלילה, אינו נחשב כעמו במלאכה].

הקשה הנתיבות (ג) על המחבר ע"פ הרמב"ם דלקמן בסעי' ט"ז גבי בעל בנכסי אשתו משמע דאפילו בשעה שאינה עוסקת וכ"כ הסמ"ע שם בסקכ"ו, וכן בשותפין בסעי' ז' משמע דהוי שאלה בבעלים אפילו בשעה שאינו עוסק וכנ"ל בראב"ד, וכתב דנראה דדוקא הכא בשתלא ס"ל לרמב"ם דבעי עוסק במלאכתו דוקא, והטעם לזה, דהא בשותפין אמרינן ברירה, שבשעה שהשותף הזה צריך ליה הוי כשלו לגמרי כמבואר בר"ן בנדריים מ"ה, וממילא הכא כשהאחר צריך לשתלא הוי כשכיר לו כולו לזמן ההוא ולא הוי שאלה בבעלים בזמן ההוא לאחר, ולפי"ז ממילא אפילו כשאין אחר צריך לו לא נקרא משועבד לשואל, כיון דאי היה אחר צריך לו באותה שעה לאו משועבד לו כלל, ולכך צריך בשעה שהוא עוסק במלאכת השואל דוקא, אבל בשני שותפין כיון שכל שעה השותף משועבד לעסוק בשל חבירו הוי בעלים עמו, והראב"ד ס"ל דבשעה שעוסק במלאכת האחר יש טובה לכולם שנעשה פנוי מעסקיו שיהיה יכול לעסוק במלאכת השואל אח"כ, וממילא הוי כעוסק במלאכת כולם אף כשאינו עוסק רק במלאכת אחר, וזהו שכתב הראב"ד מידי דהוה אשותפין ששכרו שכיר חודש.

סעיף יג

שליח ציבור לקהל, האם נחשב שאלה בבעלים?

ע"פ עובדא דרבא ב"מ צז. דאמרו ליה רבנן לרבא שאיל לן מר פסק בשו"ע כלשון הטור "הרב השונה לתלמידיו אם הם צריכים ללמוד עמו בכל מסכתא שירצה הוא, ואף אם התחילו מסכתא אחת יכול לשנותה לאחרת (נתיבות: מיירי דווקא במלמד בחנם), אז הוו הם כשאולים לו, שהם עמו במלאכה, ואם שאל מהם הוי שאלה בבעלים, ואם הוא צריך ללמוד עמהם בכל מקום שירצו, אז הוא נשאל להם, ואפילו 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 שאולים זה לזה כלל. ולפני המועדים, שדרך לדרוש לעם הלכות המועד, הוא נשאל להם {וכן הדין בשליח צבור עם קהל שלו דאם הקהל אינן יכולין להשמט ממנו הם כשאולים לו ואם הוא אינו יכול להשמט מהן הוא נשאל להן (רשב"ץ)}".

כתב **הסמ"ע** (כ) לדקדק בלשון הטוש"ע מדכתב שהוא נשאל להן 'ואפילו שלא בשעת הלימוד' ולא כתב כן בהן נשאלין לו דמחשב שאלה בבעלים אפילו בשעה שאינן לומדין, וגם הרשב"ץ דקדק לכתוב בש"ץ השאול להן דמחשב הוא להן שאלה בבעלים בכל אותו יום אפילו שלא בשעת תפלה ובהן שאולין לו לא כתב ששאולין לו אלא בשעת תפלה, היינו טעמא, דברב וש"ץ העושים פעולת הלימוד והנגינה דתפילה נראה בהן הפעולה יותר, ומשו"ה מחשבין פועלים ועמהן במלאכתן יותר.

סעיף יד

ע"פ בעיות **בצח**: פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "שאלה בבעלים ושכרה שלא בבעלים" (שאלה בבעלים וקודם שהחזירה חזר ושכרה הימנו ובשעת שכירות לא היה עמו במלאכתו ונגנב או שאבדה מהו), פטור שהשכירות תלוי בשאלה (בעיא זו באם תמצא לומר שם לאחר מכן וכדרכו לפסוק כמותה והשאר בעיות ולא אפשרטו) (ביאר **הסמ"ע** דאין לך דין חיוב שוכר שלא יהא חייב עליו השואל, וכיון דהשואל היה פטור בזמן שאלתו כיון שהשאל בבעלים, הרי הוא כאילו ימי השאלה הגיעו עד סוף זמן השכירות, ופטור אם נגנבה או נאבדה וכ"ש אם נאנסה שהרי השוכר פטור באונסים) אבל אם שכרה בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים, או ששכרה בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים, כל אלו ספק שמירה בבעלים הוא {ו"י"א (רא"ש) דאם שכרה בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים מקרי שמירה בבעלים (דגרס גם בבעיא זו את"ל דאמרין כיון דשייך במקצת כמאן דשייכא בכולא דמי, וכתב דלדעת הגאונים דסברי דכל את"ל הוא בפשיטות לבעיא קמייתא נפשטא בעיא דשכרה בבעלים וחזר ושאלה בבעלים, ותמה הב"י דאין דרכו של הרא"ש לפסוק בדרך זו ורק לגאונים, ולדידיה לא נפשטא הבעיא, וכן הוא בקיצור פסקי הרא"ש)"}.

כתב **הטור** דבכל אלו ספיקות אי תפס מפקינן מיניה וכתבו הב"י והב"ח שיש ט"ס בדבריו וצ"ל לא מפקינן מיניה כדלעיל סעי' י"א, והש"ך (י) חלק דכוונתו מפקינן מיניה דהנך בעיות סלקא בש"ס בתיקו וכבר כתב הרא"ש בב"ק (בב) דהיכא דסלקא בתיקו לא מהני תפיסה ולא דמי לסי"א דלא סלקא בתיקו, אולם כתב שמצא **בטור קלף ישן נושן** דלא מפקינן מיניה וכן עיקר להלכה דאין לחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא.

סעיף טו

ע"פ דקדוק **התוס'** בגמ' **שם** פסק **בשו"ע** "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 (כן משמע בגמ' וכתבו דגזירת הכתוב היא דכל היכא דאיכא בעלים או בראשונה או בשניה פטור)".

סעיף טז

ע"פ **צו**. פסק **בשו"ע** "בעל בנכסי מלוג של אשתו, אפילו פשע בהם ונאבדו, פטור, שהיא עמו במלאכתו", וביאר **הסמ"ע** (כו) דאפילו שאל ממנה בשעת שאינה עוסקת עמו במלאכתו פטור, כיון דהיא מוכנת ועומדת לעסוק במלאכתו תדיר, משא"כ איפכא כשהיא שואלת ממנו דמחשב כאילו שאלה מאחר ואינה פטורה אא"כ שאלה ממנו בשעה שעוסק במלאכתה.

סעיף יז

מה הדין באשה ששאלה פרה ואח"כ נישאת ופשע בה הבעל?

ע"פ מסקנת הגמ' בב"מ **צו**: פסק **בשו"ע** וכלשון **הרמב"ם** "אשה ששאלה ואחר כך נשאת (אף דבגמ' איתא 'שכרה' ס"ל לרמב"ם דלאו דוקא וה"ה 'שאלה', נ"י ב"י וסמ"ע) הרי הבעל כלוקח ואין לו דין שומר, לפיכך אם הדבר השאול בהמה ומתה, הבעל פטור אע"פ שהוא משתמש בה כל ימי שאלתה, אפילו פשע, מפני שהוא כלוקח {אבל לא מיפטר מטעם שמירה בבעלים דהא אין החפץ שלה רק שאול בידה (ד"ע מדיוק הטור), וכן גזלן שהפקיד או השאיל דבר הנגזל, אע"פ שהיה במלאכת השואל, חייב שואל באונסין, דלא מקרי שאלה בבעלים אלא בבעל החפץ עצמו (מרדכי)} והאשה חייבת לשלם

כשיהיה לה ממון (כב"ק פ"ז, וכתב הסמ"ע דלקמן סימן תכד/י מבואר דאם יש לה נכסי מלוג או נכסי צאן ברזל או תוספת על כתובה דאורייתא דחייבת למכור בטובת הנאה, אלא דמירי כאן באין לה), ואם הודיע את בעלה שהיא שאולה, הרי זה נכנס תחתיה {ודוקא שנשתמש בה לאחר שהודיעתו (רמב"ם, אינו בגמ' אבל סברה נכונה דודאי כיון שהוא כלוקח לא יפה כחו מכחה שהרי הוא בא מחמתה וכיון שהודיעתו ונשתמש בה חייב, ה"ה), או שקבל עליו להיות הוא השואל (ראב"ד)}".

עמשי"כ הרמ"א דלא מפטר מכת שמירה בבעלים, הקשה הסמ"ע (כח) דהוא תמוה דנראה מוכח מלשון הטור דגם בכה"ג פטור מפשיעה מכת שמירה בבעלים, דאי מהאי טעמא דלוקח הוה לחוד הוה מחויב מפשיעה כדין שומר חנם דומיא דלוקח לשלשים יום, וקשה על המחבר והרמ"א דבסעי' יח מבואר דלוקח בהמה ל' יום הוי שומר חנם עליה וחייב בפשיעה ואם כן מדוע הכא פטור לגמרי, וכתב לחלק בין אם שאלה או שכרה היא הפרה כל ימי חיותה דהפירה או כל ימי חיותה דהאשה דומה לסימן שמא/ו באמר ליה השאילני בטובך דבכה"ג פטור הבעל אפילו פשע בה ונגנבה משום פשיעה בבעלים כיון דהפירה עכ"פ אינה שלה, כלומר (ע"פ דרכי חושן) - צריכים את שני הפטורים, דבעינן לפטור מפני שהוא כלוקח כדי לפוטרו משאר חיובים דכיון שהוא כלוקח אין לו שום עסק עם הבעלים והיה צריך להיות פטור אף מפשיעה אלא דלכאורה כיון שקיבל מהאשה אם כן חייב כלפיה בפשיעה ומדינא דרבי יוסי דתחזור פרה לבעלים הראשונים יהא חייב כלפי הבעלים הראשונים ולזה מהני פטור בעליו עימו שמחמתו אינו מתחייב כלפיה ולכן פטור לגמרי, אמנם כתב הסמ"ע שבלשון הרמ"א איתא דפטור רק מטעמא דלוקח וליכא פטור דבעליו עמו (והש"ך כתב שיש לפרש דברי הרמ"א גם כן כשיטה זו שהפטור הוא מחמת שני הטעמים) ולכך פירש הסמ"ע דעת הרמ"א דמירי הכא בשאלה או שכרה האשה את הפרה כל ימי חיותה דהפירה או כל ימי חיותה דהאשה דבכה"ג גוונא פטור הבעל אפילו פשע בה ונגנבה משום לוקח דלוקח חייב כשומר חנם רק בלקח לזמן אבל משום פשיעה בבעלים לא נפטר בכה"ג גוונא כיון שהפירה אינה של האשה ולפי דבריו יוצא שאם שאלה לשלשים יום יהא חייב בפשיעה (והש"ך כתב לחלוק על זה דאף בכה"ג גוונא אינו שומר, דרכי חושן) (קצות ד': כל ימי חיותה דאשה נמי לא עדיף מלוקח לשלשים יום דמה לי לוקח לשלשים או כל ימי חיותה דאשה כיון דסופו לחזור לבעלים מחייב בפשיעה וצ"ע).

הש"ך (יב) האריך לחלוק על הסמ"ע דגם כוונת הרמ"א כן הוא דמשום שמירה בבעלים לחוד לא מפטר אי לא הוי כלוקח ונ"מ בגזלן שהפקיד כו', וגם מה שתירץ הסמ"ע דבשכרה או שאלה לזמן כגון ל' יום דבכה"ג אף שהוא לוקח חייב בפשיעה דלא עדיף מלוקח לזמן, לא נהירא כלל דכיון שהוא לוקח אינו שומר של המשאיל רק שומר של אשתו ופטור מפשיעה לדעת הרא"ש והטור דהוי שמירה בבעלים, ואין טעם כלל לחלק בין שאלה הפרה כל ימיה ובין שאלה לזמן, ולא דמי ללוקח בהמה ל' יום דהוה שומר של משאיל ואין המשאיל עמו אלא ודאי פשיטא דהבעל פטור בכל ענין לסברת הרא"ש, אך באמת דברי הרא"ש והטור תמוהין והיכא קאמרי דמשום שמירה בבעלים פטור דהא דבש"ס לא שייך שמירה בבעלים דה"ל כמאן דשאל מבעלים הראשונים וא"כ נהי דמסקינן דבעל לוקח הוה מ"מ לפי מה שפירש ר"י דמ"מ ש"ח הוי א"כ בפשיעה חייב דכשומר של בעלים הראשונים הוא להתחייב בפשיעה, וי"ל דס"ל לרא"ש וטור דהא דקאמרי בש"ס דל' יוסי לא הוי שמירה בבעלים היינו מקמי דקאמרינן בעל לוקח הוי אבל לבתר דמסיק דלוקח הוי א"כ אפי' ל' יוסי אין לבעל דין עם בעלים הראשונים כלל רק עם האשה והוי שמירה בבעלים, אבל אין זה עיקר אלא נראה כר"י דאף למאי דמסקינן דלוקח הוי לא הוי שמירה בבעלים וחייב בפשיעה, וא"כ דברי הרמ"א ברורים בזה דלא מפטר מטעם דהוי שמירה בבעלים (דרכי חושן): לדבריו הכא לא שייך פטור בעליו עימו כיון דקיי"ל כרבי יוסי דס"ל דתחזור פרה לבעלים הראשונים אם כן הוי שומר של הבעלים הראשונים והבעלים הראשונים אינו עמו במלאכתו והא דפטור מפשיעה הוא משום דהכא הוא לוקח גמור לכל חייב, והביא רא' דפליגי על זה וס"ל דגם בכה"ג חייב בפשיעה) ועיין גם בנתיבות שהאריך לבאר כאן דרך אחרת. כתב בדרכי חושן "העולה לדינא בעל ששאלה אשתו נכסים קודם נישואין לדעת הסמ"ע לדעת המחייבים בלוקח הכא נמי חייב, והפטור הכא לרמ"א הוא רק משום שאיירי בשאלה לכל ימי חייה או לכל ימי חיי הפרה.. ולדעת הש"ך והנתיבות בעל בנכסי אשתו שאני מכל לוקח ופטור לגמרי".

עמשי"כ הרמ"א בסיפא ואם הודיע וכו' כתב הש"ך בשם רש"ל דאם שאל לה אבן טוב לרפואה ונגנב, פטור הבעל, אך אם שאל לה לה בגד על החתונה לפי כבודה ועשרה מסתמא ניחא לבעל וחייב אפילו באונסים אבל לא בגד חשוב מערכה אם לא שנושאת ונותנת בתוך הבית.

סעיף יח

כתבו **התוס'** (צו:): "בעל בנכסי אשתו לא שואל הוי ולא שוכר הוי - ומיהו נראה לר"י דשומר חנם הוי וחייב בפשיעה ולפי זה הלוקח בהמה לשלשים יום אע"ג דלאו שואל הוי ולא שוכר דבלשון מקח לקח מכל מקום שומר חנם הוי", וכ"פ בשו"ע "לוקח בהמה לשלשים יום שומר חנם עליה".

הקצות (ה) תמה על המחבר והרמ"א דהא בסימן ריב/ד פסקו כרמב"ם דמה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירות שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יהרוס ולא יבנה, אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם עכ"ל, וא"כ כיון דקונה לזמן רשאי להרוס ועושה בזמנו כמו שעושה קונה קנין עולם א"כ מזיק ממש פטור ומכל שכן בפשיעה, והתוס' שכתבו דהוי שומר חנם אפשר דס"ל כשיטת הראב"ד שם דקונה לזמן אינו רשאי לקלקל.

סעיף יט

ע"פ ב"מ צה. כתב השו"ע "כל אלו החלוקים של שאלה בבעלים נוהגין גם כן בכל השומרים" ונלמד שם מ'וכי ישאל' מוסיף על ענין ראשון.

סימן שמז - דין הזיק שור של שואל לשל משאיל או איפכא

סעיף א

ע"פ ב"ק יג: פסק בשו"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 ושלא יוזק (רא"ש -) 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 (ונראה דמשלם כפי הדין שהיה המשאיל צריך לשלם דהיינו תם חצי נזק ומועד נ"ש, דהא לא קיבל עליו אלא להיות במקום המשאיל ולהיות חיובו עליו, סמ"ע). ואם קבל עליו לשומרו שלא יוזק אבל לא שלא יזיק, והזיק לשורו של שואל, משלם לו המשאיל, תם חצי נזק, ומועד נזק שלם".

עמש"כ המחבר ע"פ הרא"ש 'אבל לא שלא יוזק' כתב הסמ"ע (ב) דנראה אפילו אם לא פירש דבריו מכיון דמסתמא עליו לשומרו שלא יזיק ושלא יוזק והוא פרט וקיבלו עליו שלא יזיק ה"ל כאילו התנה ואמר שלא קיבל עליו שלא יוזק, וכן הוא בסיפא דכל שפרט ואמר שלא יוזק לחוד ה"ל כאילו פירש ואמר אבל לא שלא יזיק (ה), וכן הוא משמעות רש"י, ומיהו נראה לדינא דאף אם התנה בפירוש שלא ישמרנו שלא יוזק, אפ"ה צריך לשלם באם הזיקו שורו תם חצי נזק, דה"ל לשואל לשמור שורו שלא יזיק, דלא גרע שורו של משאיל משור דעלמא.

הלכות גניבה

סימן שמח - איסור גניבה ומי נקרא גנב ומאיזה שעה מתחייב

סעיף א

הגוזל או גונב מחבירו רק כדי להרגיז אותו או אפילו בכוונה לשלם לו יותר, האם מותר?

מה הדין לגנוב על מנת לשלם ומדוע?

האם מותר לגנוב בדרך שחוק על מנת להחזיר? מה הטעם?

אם גנב או גזל על מנת להחזיר והחפץ נאנס, האם חייב לשלם?

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "אסור לגנוב אפילו כל שהוא דין תורה (ה"ה): ע"פ סנהדרין נ"ז ודין פחות משו"פ בממון כדין חצי שיעור באיסורין, ב"י וסמ"ע, דכן חצי שיעור לענין ממון מן התורה אע"ג דאין לוקין עליו). ואסור לגנוב אפילו דרך שחוק, ואפילו על מנת להחזיר או כדי לשלם תשלומי כפל או כדי לצערו, הכל אסור, כדי שלא ירגיל עצמו בכך (ע"פ ב"מ סא: בברייתא דיליף מקרא לא תגנובו על מנת לשלם תשלומי כפל, ופירש רש"י על מנת לשלם כפל שרוצה להחזירו ויודע בו שלא יקבל, וקאמר תו בברייתא לא תגנובו על מנת למיקט ופירש רש"י למיקט לצער ואפשר דמש"כ על מנת להחזיר היינו על מנת למיקט, ה"ה, אולם המחבר דכתב אחר זה 'כדי לצערו' צ"ל דמש"כ על מנת להחזיר ר"ל שלקחו לצורכו ולהחזירו בעינו אחר כך, סמ"ע).

כתב הקצות (א) דבשיטה דחה את המפרשים דבעל מנת למיקט כלומר שאינו רוצה לעכב הגניבה בידו אלא גונב כדי לצערו, "דהא מעשים בכל יום שעושים כך" לכך יש לפרש דודאי בדעתו לעכב הגניבה בידו אבל אינו גונב בשביל שום הנאה אלא כדי לצערו ע"כ, אולם מהרמב"ם בספר המצות שכתב "לצערו הבעלים ולהכאיבן ואח"כ ישיבהו לו" נראה דאפילו רצונו להשיב הגניבה נמי הוי על מנת למיקט, וא"כ יש להזהר במש"כ השיטה דמעשים בכל יום. עוד כתב דיש להסתפק בגונב על מנת למיקט אם הו"ל דין גנב ממש להתחייב באונסין או נימא כיון דבדעתו להשיבו ואינו עושה אלא על מנת לצערו לשעה נהי דאיסורא עביד אבל אין בו דין גנב להתחייב באונסין, ומדברי השיטה נראה דאינו חייב באונסין דשולח יד ליתיה אלא בפקדון ושמו מוכיח עליו וכדאמר קרא גבי שומרין 'אם לא שלח ידו, ומשמע דבאינש דעלמא אינו חייב באונסין אם הגביה על מנת לשלם ומכ"ש גונב על מנת למיקט ולהשיבו בעינא אח"כ, וצ"ע, והובאו דבריו בפת"ש (ב).

< כתב הש"ך (א) דבב"ק ה' משמע דגנב חייב לשלם מעידית כמזיק וכ"כ הרי"ף, רא"ש ועוד.

< כתב הפת"ש (א) בשם השער משפט דבסמ"ק כתב בשם רבינו יונה בשערי תשובה דאסור לגנוב את שלו מהגנב שלא יראה כגנב, והוא ש"ס ערוך בב"ק כ"ז בן בג בג אומר אל תיכנס לחצר חבירך ליטול את שלך שלא ברשות, אך במקום דאיכא פסידא מותר אף ליכנס לחצר חבירו כמש"כ התוס' וכו', ותמה מה שהשמיטו הרמב"ם והטוש"ע דין זה.

סעיף ב

הגונב או הגוזל מגוי, האם עובר על איסור, ואיזה איסור?

האם יש חיוב השבה כשגונב מגוי? ומה הדין בעיר שרוב ישראל והגוי יודע שישראל גנבו, אבל לא יודע מי גנב?

האם גזל הגוי מותר? מה הקשה על זה הסמ"ע? (נשצ"ל ש"ך) באיזה אופן מותר לגנוב מגוי?

האם יש הבדל בין גניבה לגזילה בנכרי, בחומר האיסור?

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "כל הגונב אפילו שוה פרוטה עובר על לאו דלא תגנובו וחייב לשלם (שנאמר 'והשיב', גר"א), אחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון של גוים (ע"פ ב"ק קיג: דגזל הגוי אסור וה"ה גניבה), ואחד הגונב מגדול או מקטן (ע"פ ב"ק ק"ט).

כתב הש"ך (ב) דמשמע מכאן דגניבת ממון הגוי דאין וכ"כ מהרש"ל דס"ל לרמב"ם סמ"ג וטור שכתבו בלשון הזה, וקשה מכאן על הרמ"א אה"ע ריש סימן כ"ח שכתב דקדשה בגזל או בגניבת עכו"ם הוי מקודשת דהא אינה צריכה להחזיר רק משום קידוש השם, ומה שהוציא כן מתשובת מהרי"ו אינו כן, וציין בסוף דבריו לסימן שני"ט סק"ב – שם כתב דהכס"מ דייק ברמב"ם לכתוב אסור לגזלו או לעשקו גבי עכו"ם ולא כתב שעובר עליו לומר שאין איסור זה מן התורה ודלא כדמשמע ברמב"ם כאן בלשון המחבר, וסיים דהכריע רש"ל כרש"י בסנהדרין נ"ז דאינו אלא מדרבנן. כתב בפסקי המשפט (ו) בשם המנחת חינוך ועוד שחמורה גניבה מגוי מגזילה, שבגניבה מנכרי עובר בלאו משא"כ בגזילה, שכן

מדוקדק בלשון הרמב"ם שבהלכות גניבה כתב שגונב מעכו"ם עובר בל"ת אך בריש הלכות גזילה לא כתב דעובר בל"ת, וביארו דגבי לאו דלא תגנוב לא כתיב רעך משא"כ בגזילה כתוב "רעך".

הנתיבות (א) כתב ליישב תמיהת הש"ך על הרמ"א באה"ע, דנהי דהגניבה הוא איסור דאורייתא או מ'ואכלת' כדאיתא בגמ', מ"מ הא בישראל גופיה אילו לא הוה כתיב עשה דוהשיב את הגזילה הוי אמרינן אף דעבר אלאו דלא תגנובו מ"מ איסורא דעבד עבד ובהשבה אינו חייב, והשבה לגוי אינה אלא משום קידוש השם, וזהו שדקדק הרב בהג"ה באה"ע דא"צ להחזיר רק משום קידוש השם, ואין להקשות מהא דאיתא בבכורות י"ג לרעך אתה מחזיר אונאה ואי אתה מחזיר לגוי אלמא דאי היה אסור חייב ג"כ בחזרה, זה אינו, עיי"ש, ואי קשיא נהי דאינו חייב בהשבה מ"מ הא לאו דידיה הוא דהא לא קנה אותו ואמאי מקודשת הא בדבר שאינו שלו קידשה, וכמג"א תרל"ז דאפילו גזל גוי מותר מ"מ לאו שלו לענין סוכה, זה אינו, דבקדושין לא שייך זה, דכיון דהנאה בדבר זה מותרת מדאורייתא והוא המציא לה הנאה זו, מקודשת בשכר הנאה שהמציא לה, וראיה מהר"ן דאם קידשה בחליפי איסור הנאה דמקודשת כיון דלדידה שריא וכמו בדבר עלי לשלטון.

הגר"א (ח) למד בתוס' דאף למ"ד גזל העכו"ם מותר, במקום חילול השם מדאורייתא אסור ועוד ציין בליקוט לתוספתא פ"י דב"ק 'הגוזל את הגוי חייב להחזיר לגוי חמור גזל הגוי מגזל ישראל הגוזל את הגוי ונשבע ומת חייב להחזיר מפני חילול השם'. **רע"א** (שנט/א) התקשה לומר דגזל עכו"ם דרבנן דמצינו בבכורות י"ג וב"מ פ"ז דצריכי קראי להפקיע איסור אונאה וכרם למ"ד גזל נכרי אסור, ומשמע דהוי איסור דאורייתא.

גבי השאלה מה הדין ברוב ישראל וכו', ציינו ב'ארץ חמדה' לב"ח בריש סימן רס"ו על הנפסק דבמקום שיש חילול השם אבידת עכו"ם אסורה וחייב להחזירה, דכתב דמדובר שנודע שישראל מצאה ואיכא חילול השם אם לא יחזיר שיאמרו הגוים ראו שאין אמונה בישראל שהם משקרים וגוזלים, ומשמע דהיכא דלא נודע שישראל מצאה דליכא חילול השם אם לא יחזיר אינו חייב להחזיר אלא אדרבה איסורא איכא בזה שיחזירה.

גבי השאלה מתי מותר לגנוב מגוי, יש לציין למש"כ **בפסקי המשפט** (ו) בשם שו"ת **בצל החכמה** דאין איסור לגנוב מנכרי דרך שחוק או כדי לצערו, וכן מותר לגנוב ממנו על מנת לשלם יותר, וראה גם לקמן גבי הטעיה, ובפת"ש שנט/א בשם הפמ"ג דכתב דצ"ע בחמסן דיהיב דמי בגוי.

האם מותר להטעות את הגוי, ומה הדין כשהטעה את עצמו?

כתב הרמ"א ע"פ ב"ק קיג: "טעות עכו"ם, כגון להטעותו בחשבון או להפקיע הלואתו (כגון דטען ליה ליורש נתתי לאביך ומת דלא ידע העכו"ם אי משקר, רש"י), מותר ובלבד שלא יודע לו דליכא חילול השם (טור ע"פ שם) וי"א דאסור להטעותו אלא אם טעה מעצמו שרי (מרדכי)".

כתב באה"ג דכן כתב הרמב"ם כ"א ברמ"א דאסור להטעות את העכו"ם בחשבון אלא ידקדק עמו שנאמר וחשב עם קונוהו אע"פ שהוא כבוש תחת ידך ק"ו לעכו"ם שאינו כבוש תחת ידך והרי הוא בכלל כי תועבת ה' אלהיך וכו' כל עושה עול מ"מ וכתב הרב המגיד דמפורש בברייתא שם בשם ר"ע, אך אם הטעה עצמו שרי שהיא כאבידתו, וצריך שיאמר לו ישראל ראה שעל חשבונך אני סומך וכתב דא"צ להחזיר אלא כהנא שם דעביד הכין, ובש"ך (ג) כתב דביש"ש פסק כ"א וכתב דמ"מ יאמר לו ישראל ראה שעל חשבונך אני סומך, וגם הפקעת הלואה אינו מותר אלא כשחייב לשלם לו דרך מכס או דרך חוב אבל מה שהוא דרך מקח אסור. **הגר"א** כתב שהגה"מ כתב דאף בטעותו מותרת דווקא שאמר חזי דעלך קסמכינא כמ"ש שם ברב כהנא, אבל הרב המגיד כתב דמיהו בעובדא דשמואל ורבינא משמע דא"צ, ורב כהנא ממידת חסידות הוא דעבד, וזה שהשמיטו הרמב"ם והתיר בכל הטעה את עצמו.

כתב בפת"ש (ד) בשם השער משפט דאף לשיטת רש"ל נראה דאם גוי נותן מעות לישראל שיקנה לו סחורה והישראל נשתכר בו, אף דלכתחילה אסור לעשות כן דלא גרע מגניבת דעת הגוי דאסור, מ"מ אינו צריך להחזיר לו, דכיון דאין שליחות לגוי א"כ הוי כאילו קנה ישראל הסחורה לעצמו ושלו הוא ומשתכר בשל עצמו.

עוד כתב באה"ג לגבי הטעית עכו"ם דהוי כאבידה, דלעיל בסימן רס"ו פסקינן דאם החזיר האבידה לעכו"ם לקדש את השם כדי שיפארו את ישראל וידעו שהם בעלי אמונה ה"ז משובח, וכן הדין בהחזרת

הטעות שטעה העכו"ם מעצמו "ואני כותב זאת לדורות שראיתי רבים גדלו והעשירו מן טעות שהטעו העכו"ם ולא הצליחו וירדו נכסיהם לטמיון ולא הניחו אחריהם ברכה וכמ"ש בספר חסידים.. רבים אשר קדשו ה' והחזירו טעיות העכו"ם בדבר חשוב גדלו והעשירו והצליחו והניחו יתרום לעולליהם".

האם מותר לגנוב דעת גוי?

חולין צד. "אמר שמואל אסור לגנוב דעת הבריות ואפילו דעתו של עובד כוכבים, והא דשמואל לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר, דשמואל הוה קא עבר במברא א"ל לשמעיה פייסיה למבוריה פייסיה ואיקפד מ"ט איקפד אמר אביי תרנגולת טרפה הואי ויהבה ניהליה במר דשחוטה רבא אמר אנפקא אמר ליה לאשקויי ואשקיה חמרא מזיגא וכי מכללא מאי למ"ד טרפה הואי א"ל אמאי תשהא איסורא למ"ד אנפקא א"ל לאשקויי אנפקא חייא משמע", וכ"פ בשו"ע (רכח/ו) "אף אם הוא עובד כוכבים, לא ימכור לו בשר נבילה בחזקת שחוטה. ואף לגנוב דעת הבריות בדברים, שמראה שעושה בשבילו, ואינו עושה, אסור".

עמש"כ הרמ"א (לעיל) די"א דאסור להטעותו כתב הסמ"ע (ו) דלמדו זה מדאסרו אפילו גניבת דעת גוי, וכן כתב הגר"א (יג) על דעת המרדכי הנ"ל "דהא אפילו גניבת דעתו אסרו בחולין צ"ד" וכן פסק הרמב"ם (כנ"ל) שאסור להטעות.

סעיף ג

ע"פ ב"ק עט: פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "איזהו גנב, הלוקח ממון אדם בסתר ואין הבעלים יודעים, אבל אם לקח בגלוי ובפרהסיא, אין זה גנב אלא גזלן" (המשך הרמב"ם א,ג – "לפיכך ליסטים מזויין שגנב אינו גזלן אלא גנב אע"פ שהבעלים יודעין בשעה שגנב" והראב"ד השיגו), ועמש"כ 'ואין הבעלים יודעים' כתב הסמ"ע (ז) דכתב הטור דאפילו יודעים מזה כיון שהגנב מטמין עצמו כדי שלא יראהו נקרא גנב, ולאפוקי הבא לגזול מיד הבעלים דנקרא גזלן כנאמר בבניהו "ויגזול את החנית מיד המצרי", ונ"מ דאין הגזלן חייב בכפל ולא בד' וה' אם טבח ומכר (ועיקר הענין תלוי בכוונתו, אם מתכוון להסתתר הוי גנב אפילו ראוהו, ואם עושה בגלוי הוי גזלן אע"פ שלא ראוהו, פסקי המשפט ע"פ המאירי).

סעיף ד

[חיה שנכנסה לרשותו וחשב לגזולה האם נעשה גזלן? הוכח.]

ע"פ משנה ב"ק עט: וגמ' פסק בשו"ע "משעה שמשך הגניבה נעשה עליה גנב, במה דברים אמורים שמשכה חוץ מרשות הבעלים (מיירי דמשכה במקום שקונה משיכה דהיינו בסימטא ובחצר שהיא של שניהם וכ"ש כשמשכה לרשותו, סמ"ע), אבל כל זמן שהיא ברשות הבעלים אינו חייב עד שיגביהנה (ע"פ ברייתא ב"מ י: 'המצא תמצא' -) ואם הכניסה לרשותו אפילו לגגו חצירו וקרפיפו אם היא משתמרת, חייב, אע"פ שלא משך ולא הגביה {אימתי גנב חייב בכפל וארבע וחמשה, עיין בפנים (בטור ובי"י), ולא כתב המחבר הזה, לפי שהוא קנס ואינו נוהג האידנא ("לפיכך האידנא שאין לנו בי"ד הראויין לדון דיני קנסות אין מועיל הודאה ליפטר מקנס", טור), מיהו יש נפקותא אם תפס, ועי' לעיל סי' א' סע' ה'".

וז"ל הטור (הובא גם בסמ"ע י) "ומה משלם הגנב כפל דכתיב אם המצא תמצא בידו הגניבה וגוי שנים ישלם וכל דבר נתרבה לענין כפל ומוסף עליהם שור ושה שאם טבחם או מכרם משלם ד' תחת השה וה' תחת השור. בד"א שבאו עדים שגנב וטבח ומכר אבל אם הודה מעצמן אינו משלם אלא הקרן דכתיב אשר ירשיעון אלהים ודרשינן פרט למרשיע את עצמו ואפילו מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ובלבד שמחייב עצמו בקרן כגון שהודה שגנב וטבח או מכר שנמצא שחייב עצמו בקרן ואח"כ באו עדים שגנב וטבח ומכר אבל אם אמר לא גנבתי ובאו עדים שגנב והודה שטבח ומכר ואח"כ באו עדים שטבח ומכר חייב ד' וה' ומיהו אין מודה בקנס פטור אלא דוקא בפני ב"ד ובמקום ב"ד אבל הודה בפני ב' או אפילו בפני ג' חוץ מבית דין אינו מועיל להפטר מקנס", וכתב הסמ"ע (יא) כנאמר ברמ"א דהסיבה שכתבם הטור משום שיש נפקותא אם תפס, וכתב דאפשר דהמחבר פסק כרמ"ה שכתב הטור בשמו בסוף סימן שמ"ט דלא מהני תפיסה בקנס אלא בכדי נזקן ולא בכפל ד' וה' שהוא יתר מנזקו, דתקנתא עבדי ליה רבנן לניזק ולא עבדי תקנתא להרויח על ממוניה ומשו"ה השמיט המחבר, והרמ"א ס"ל כרא"ש דס"ל דלאו תקנתא היא דמדאורייתא מחייב ליה אלא שאין לנו דיין בבבל שיכפנו ליתן, וכל כה"ג עביד אינש דינא

לנפשיה לתפוס בשיעור כפל ד' וה' ואין מוציאין מידו. (לקמן בסימן ש"נ הטור האריך רבות בדיני ד' וה' ואילו בשו"ע השמיטו כל דינים הללו, ויש להאריך).

כתב **הקצות** (ב) דפירש רש"י "גגו חצירו כגון שנכנסה לרשותו ונעל בפניה" ומשמע דאם נכנסה מעצמה לרשותו ונתכוין לקנותה לגזילה לא מיחייב במחשבה גרידא ואפילו היה חצר המשתמרת, ומשום דבמחשבה אינו נעשה גזלן עד שיעשה מעשה כמו נעל בפניה, אע"ג דבמצאה כה"ג קני לה במחשבה גרידא, אבל בגזילה צריך נעל בפניה או שיכניסנה בעצמו לרשותו, וזהו שכתב בשו"ע ואם הכניסה לרשותו, אבל נכנסה מאליה לא וה"ה נכנסה מאליה ונעל בפניה דזה נמי הוי מעשה, וכן מוכח מהמשנה בב"מ מ"ג החושב לשלוח יד בפקדון כו' הטה את החבית כו' הגביהה ונטל הימנה רביעית ונשברה משלם דמי כולה, וביאר המהרי"ט דלא מיחייב במחשבה אלא במעשה הגבהה, אע"ג דהפקדון הוא בביתו וברשותו דהו"ל חצירו אפ"ה אינו קונה לאונסין עד שיעשה מעשה וכמו נעל וכמ"ש רש"י.

סעיף ה

ע"פ ב"ק ז. פסק בשו"ע "תשלומי גניבה אם יש לו מטלטלים יורדים להם (ישיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין) וכדמפרש בגמ' כל מילי מיטב הוא דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתי, וביאר הסמ"ע דאפילו אם יש לו כסף ומזומנים), (שם ד: -) ואם אין לו מטלטלין (כלומר ואין לו מקום להשתלם ממנו, סמ"ע) אלא קרקעות, יורדים להם וגובין מהעידית שלו כשאר נזקים".

כתב הסמ"ע (יג) דהטור סיים דאם אין לו לא מקרקעי ולא מטלטלי, בזמן שהיובל נוהג דבר תורה מוכר את עצמו ומשלם לזה הקרן (ולא הכפל, דכתיב דנמכר בגניבתו ולא בכפילו) אבל בזמן הזה אינו נמכר שאין תורת עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג.

הביא הפת"ש (ו) שכתב השל"ג (וכן כתב רע"א בשמו בריש הסימן) דמדאיתא בב"ק ע"ח דהאומר הרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנבו מצי גנב פטר נפשיה בכבש וכו' יש ללמוד מכאן דהגונב דבר מחבירו שאותו דבר היה שאול ביד הגנב ונתפטר הגנב עם השואל לו בדבר מועט דאינו חייב הגנב לשלם לו רק כפי מה שנתפטר עם המשאיל, ואילו במל"מ דחה לימוד מהגמ' הנ"ל לגבי מי שגנב אתרוג מחבירו קודם החג שקנה אותו בדמים יקרים מפני חשיבותו דמצי גנב פטר נפשיה בנתינת אתרוג אחר כשר לצאת ידי חובה דזה אינו דשאני התם דשור זה שהפריש אין לו דמים דהא קי"ל דהמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום, נמצא שאין חיובו של הגנב אלא משום תשלומו של הנודר ומשו"ה פטר נפשיה בכבש, וכע"ז בחכ"צ, ובבית שמואל כתב שדברי השל"ג מתמיהים, וגם השער משפט חלק על השל"ג וצריך הגנב לשלם כל דמי שויו.

סעיף ו

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "מי שגנב והגביה הגניבה ובא אחר וסייע להוליכה משם, פטור זה השני", וביאר הסמ"ע (יד) ע"פ הרא"ש דמדובר דהגנב היה יכול להוציא את הגניבה זולת זה המסייע ונמצא שהיתה גנובה ועומדת זולתו, והא דאמרין בב"ק קי"א גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר וגזלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, היינו דוקא כשהשני גזלם מהראשון, וכיון דלא נתיאשו הבעלים ה"ל כאילו גזלו מהבעלים, אבל היכא שלא בא לגזול אלא לסייע וכבר קנה בהגבהה לא, א"נ כשלא ידע שהוא גניבה.

סעיף ז

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "ראובן שראה שמעון שנכנס לבית לוי וגנב חפץ אחד, ובא אותו חפץ ליד ראובן והחזירו [לשמעון], אין לוי יכול להוציא ממנו בדין {מרדכי וכן משמע מתשובת הרא"ש -} ודוקא ששמעון יש לו שום טענה נגד לוי אבל אם אין לו טענה עליהם רק גנבה וזה יודע ראובן (כלומר יודע שאין לו טענה עליו, סמ"ע) - אם החזירה לשמעון הגנב, חייב לשלם ללוי, דה"ל להשיב האבידה לבעלים (סמ"ע): ואע"פ ששמעון כבר הגביה לגניבה והוציאה וקנאה בהגבהה ובסע' ו' פטר לשמעון מה"ט, היינו דוקא שפטרו ממה שסייע בהוצאתו ואחר שהוציא לגניבה בא הגנב ונטלו מידו, משא"כ בזה שמירי ששמעון מעצמו החזיר ליד ראובן הגניבה והיה יכול להחזיקה בידו ולהחזיר ליד הבעלים, משו"ה חייב מדין שומר אבידה) {".

כתב ה**נתיבות** (ב) גבי הסיפא דאפילו בא ליד ראובן אחר יאוש חייב ואף דמבואר בסימן שסא/ו דגזל ונתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דפטור, ומהיכי תיתי יהיה גרע החזרה לגנב מאילו אכלו בעצמו, מ"מ חייב כאן, דאפילו באכלו לא פטור רק בפרעו השני לראשון או מחל לו, דבלא פרעו חייב מדר' נתן כמש"כ הנ"י, ומשו"ה כשידע שהוא גנוב ונשתעבד הוא מדר' נתן, לא מהני מה שפרע לגנב, אמנם אחר יאוש ויש לו נכסי לגנב רק שהוא אלם צ"ע, כיון שכתב הש"ך דשיעבודא דר' נתן לא הוי רק כמשועבדים, ובמשועבדים הדין דאם גזלן אנס דאינו גובה ממשעבדי משום דעתידין בעלי זרוע ליפול, ואפשר כיון דבשעה שהיתה הגניבה בידו לא היה לו פסידא והיה מחויב להחזיר והחזירו לגנב חייב לשלם.

סעיף ח

האם יש שליחות בגניבה?

קיי"ל, אין שליח לדבר עבירה. מה דין כאשר השליח עבריו, האם יתחייב השליח?

שליחות לדבר עבירה בגניבה, שלח אדם לגנוב חפץ מבית הבעלים, האם תחול השליחות?

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "ראובן תבע לשמעון שנכנס לחדרו וגנב ספריו והוציאם מרשותו, והשיב שמעון אמת היה שהוצאתים (משמע שזולת הודאתו לא היה ראובן יכול לברר הדבר בעדים, סמ"ע) 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 (לה) 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 } וכן אם הטמין הגנב הגניבה והוצרך לצאת מן העיר עד שאינו יכול להבריח הגניבה ושלח אח"כ איש אחד להביא לו הגניבה השליח חייב לשלם דהוא עיקר הגנב מאחר שידע שהוא גניבה (מרדכי, וע"כ מייירי אף שהיה לגנב איזה טענה, דאי לאו הכי למה ליה לומר שהגנב לא היה יכול להבריחה, הא אפילו היה הגנב יכול להבריח הגניבה חייב משום השבת אבידה כבסעי' ז', נתיבות) }".

כתב הסמ"ע (כ) דכתב בדרכ"מ דכתב המרדכי בשם מוהר"ם דאם אמר קח לי שור בבית פלוני שהוא שלי ונמצא אח"כ שלא היה שלו אלא לגונבו נתכוין חייב המשלח באחריות השור במשיכת השליח דהא השליח לא ידע שהוא גניבה והנ"י כתב דהשליח חייב דאין שליח לדבר עבירה אפילו במקום שאין השליח יודע אם עשה איסור. הש"ך (ו) כתב דמש"כ בשם הנ"י דהשליח חייב ליתא דלא כתב הנ"י שם רק דמ"מ המשלח פטור אבל לא שיהא השליח חייב, וכן עיקר, ודלא כרש"ל שפסק כמרדכי דכיון דלא ידע הוי כמו חצר דבין למ"ד דהיכא דלאו בר חיובא הוא חייב ובין למ"ד דבע"כ מותיב לה חייב, דליתא, חדא דלישנא דלאו בר חיובא משמע דגברא לאו בר חיובא הוא והכא הא גברא בר חיובא הוא וכן לישנא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד משמע שהשליח בידו לעשות או לא וה"נ ביד השליח לעשות או לא, עיי"ש עוד שהאריך לדחות דעת הסמ"ע וראיותיו מסוגיות דיואב ושמאי הזקן בריש פ"ב דקידושין ואדרבה מוכח משם דאפילו השליח שוגג אין שליח לדבר עבירה ("ובר מן דין יש כמה ראיות לנ"י", עיי"ש שהאריך מדברי התוס' גבי מה מכירה ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר), ועוד הראה שהריטב"א ופוסקים נוספים סוברים כנ"י, אף שישנם רא' בהם נראה כמרדכי. הקצות (ד) כתב דבתוס' בב"מ ע"ט משמע כמרדכי דהקשו והא אין שליח לדבר עבירה וכתבו דכיון שאין השומר יודע שהוא גנוב הו"ל כחצר דבע"כ מותיב ביה, אולם נראה עיקר כש"ך דאפילו היכא דלא ידע השליח אין שליח לדבר עבירה ומשום דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד וכן נראה מרש"י בקידושין נ', והביא "ראיה ברורה" מב"ק ל"ב דמתניב רבא הוסיף לו רצועה אחת ומת הרי זה גולה על ידו והא הכא דשוגג קרוב למזיד הוא דאיבעי לאסוקי אדעתיה דמיייתי אינשי בחדא רצועה וקתני הרי זה גולה אמר רב שימי מנהרדעא דטעי במניינא טפח ליה רבא בסנדליה אמר ליה אטו הוא מני והתניא גדול שבדיינין קורא והשני מונה והשלישי אומר הכהו, אלא אמר רב שימי מנהרדעא דטעה דיינא גופיה, ואי נימא דהיכא דהשליח לא ידע שלוחו כמותו אפילו לדבר עבירה א"כ שליח ב"ד אמאי גולה כיון דאינו אלא שליח ב"ד והב"ד הוא המשלח. לגבי מח' הסמ"ע והש"ך בהבנת הנ"י, כתב ה**נתיבות** (ד) דנראה שכוונת הדרכ"מ

שהשליח חייב לבעלים בחיובא דשומרים דהיינו כשהיה שואל ומת נתחייב השואל להבעלים כמו בשוכר פרה והשאלה לאחר, ועוד האריך לדחות ראית הקצות משליח ב"ד ויישוב שיטת התוס'.

כתב הרמ"א "המראה לחבירו" (הראה לגנב מפורסם, בתה"ד) לגנוב או שלחו לגנוב, אין המשלח חייב (ת"ה), דאין שליח לדבר עבירה (ד"ע), לאפוקי ממש"כ בתה"ד שפטור מטעם דהוי גרמא בנזקין ולא צריך לטעמו, דרכ"מ וגר"א עיי"ש, דכתב נפ"מ). מיהו אם השליח אינו בר חיובא י"א (מרדכי) דהמשלח חייב (מאוקימתא דרבינא בב"מ י' ותוס' שם ובסימן קפ"ב דהיכא דהשליח לא ידע שהוא גנוב המשלח חייב, באה"ג, והסברא דאין שייך לומר כאן דסבר המשלח דלא יעשה השליח מה שביקש ממנו מטעם דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, סמ"ע כ'). וע' בא"ה סימן פ"ו באשה שמכרה או משכנה והבעל אומר שגנבה ממנו".

כתב הש"ך (ה ו) שהרמ"א בסימן קפ"ב כתב דהיכא דאין השליח בר חיובא יש שלד"ע ואילו כאן כתב בשם י"א, עיי"ש מה שביאר, ולדינא חלק והעלה שאין חילוק בין השליח בר חיובא או לא ולעולם אין שלד"ע רק גבי חצר.

מה הדין בגונב עבורו ועבור חבירו?

ב"מ ח. "אמר רבא לעולם אימא לך המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו והכא היינו טעמא מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה תדע שאילו אמר לשלוחו צא וגנוב לי וגנב פטור ושותפין שגנבו חייבין". כתב הקצות (ג) דפירש רש"י שם "ואילו שותפין שגנבו" - והאחד הוציאה מרשות בעלים לדעתו ולדעת חבירו, אמרינן בב"ק (ע"ח) דחייבין "כלומר דהיכא דשלח שלוחו לגנוב אדעתיה ואדחבריה יש שליח לדבר עבירה, אולם התוס' כתבו דאין נראה דהתם בטביחה איירי וטביחה אפילו אמר צא וטבוח לי חייב דדרשינן (ב"ק ע"א) תחת לרבות השליח אלא שותפין שגנבו שהגביהו שניהם, אבל הגביה אחד אדעתיה ואדעת שותף חבירו לא, והקצות הקשה דהא אפילו בהגביהו שניהם נמי אי לאו דאמרינן מיגו דזכי לנפשיה כו' לא הוי מהני כלום וכדאמרו בגמ' שם משום דתעשה זו כמונחת על גבי קרקע וכו', וכיון דמהני גם בשליח לדבר עבירה בהגביהו שניהם לומר מיגו דזכי לנפשיה, א"כ אפילו הגביה אחד אדעתיה ואדחבריה נמי נימא מיגו דזכי לנפשיה.

כתב בתשובת חת"ס (פת"ש ז) באחד שהודה מתוך תשובה שהוא ופלוני גנבו מפלוני שק צמר מחמת דוחק ועכשיו שהעשיר רוצה לשלם חציה וכששאלו לחבירו הודה גם הוא אלא שאין לו מה לשלם, ועכשיו תובע הבע"ד דמי כל השק צמר מזה שיש לו, והעלה דאם אחד מהם הוציא השק מרשות בעלים או הגביהו והוא באופן שהוא לבדו יכול להוליכה בלי סיוע השני אע"פ שנשתתפו בתחילה לילך ולגנוב וגם חלקו בסוף מ"מ כיון שאין שליח לדבר עבירה אין כאן גנב אלא זה שקנאו בהגבהה או בהוצאה מרשות בעלים, ואם שניהם כאחד הגביהו או הוציאו מרשות בעלים, שניהם קנאו בשותפות כשנים או חזין בטלית כמבואר בתוס' וכל הראשונים בב"מ ח' ע"א דלא כפירוש רש"י שם, וכל זה ברגע הקנין, ואם אז מיד חלקו באותו מעמד אזי אם בשותפות גנבו אינן אחראין וערבאין זה לזה וכל אחד ישלם חלקו (וכתב הפת"ש דמשמע שדעתו כדעת החות יאיר דלקמן שמדמה שנים שגנבו לשנים שהזיקו ולא כשבו"י), אך אם אחד הוציאו ונתן חצי לחבירו נמצא ה"ל כגזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ונטלו ממנו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, א"כ אם אותו שאין לו לשלם הוציא כל השק ונתן לאידך החצי אין לזה שיש לו לשלם אלא החצי שקיבל מהגנב, אך אם זה שיש לו הוציא וחלק עם השני, גובה כולו משל זה שיש לו.

עוד כתב החת"ס דכל מה שאמרנו שצריך הגנב לשלם היינו אם נשארה הגניבה בידו ונהנה ממנה או מחליפי הגניבה, דמה לי הן מה לי דמיהן, אבל אם נאבד הצמר אפילו בפשיעה, או אפשר אפילו הזיקה בידים, אין להוציא מהגנב אם אינו בא לצאת ידי שמים אלא רוצה בעיקר הדין, מצי למימר קים לי כרמב"ם דפסק דאם אחד הבא במחתרת או גנב שנמצא בתוך גגו של אדם או בתוך חצירו או בתוך קרפיפו בין ביום בין בלילה אין לו דמים, אך אם שהתה הגניבה ביד אחד מהם לבדו זמן מה וא"כ היה לו להשיב אבידה לבעלים וכרמ"א בסע' ז', נמצא על חלקו אינו חייב אלא כגנב, ופטור מפשיעה מפני דקים ליה בדרכה מיניה, ואמנם על חלק חבירו חייב כשומר אבידה, נמצא חמור חלק חבירו מחלק של עצמו, ואם יש הכחשה בין הגנבים בכל מה דכתיב לעיל א"כ החצי ישלם זה שיש לו לשלם, והגנב יתן חרם סתם על זה משום אידך החצי אם לא נתחייב בו גם הוא, אבל חבירו אינו עליו כעד אחד, אף על

גב דאינן נפסלין ע"פ עצמן, וגם לא איכפת ליה הואיל ועכ"פ מחויב לשלם או לנגב או לחבירו הגנב שישלם עתה עבורו חלקו (משמע שדעתו דלא כהחות יאיר הנ"ל, פת"ש) מ"מ הוי נוגע בעדות, אפילו לא קאמר בעלמא השני נוח לי הכא נוח לו להיות חייב לזה שגנב עמו בשותפות, שזה לא יפקיע שמו ויתבייש להשיא לעצמו שם רע שגנבו בשותפות, משא"כ אם יתחייב לנגב הוא יבזהו ויקרא לו שם גנב וגרע מלוה רשע ולא ישלם, עיי"ש שעוד האריך הפת"ש בדבריו.

שני גנבים אחד עלה על סולם והוציא מהבית זורק לחבירו והשני לקח וברח, מי חייב בגניבה, הראשון השני או שניהם?

בשני גנבים או שני מזיקים שחייבים ואי אפשר לפרוע מאחד, האם ניתן לפרוע כל מהשני?

כתב בחות יאיר (פת"ש ז) בשני גנבים שאחד עלה בסולם ונכנס דרך חלון וגנב מהבית והשני עמד ברחוב, וזה זרקו לתוך חיקו וברח, שזה השני עיקר הגנב ויכול הנגב להוציא כל גניבתו ממנו אף על פי שנתנה לגנב הראשון והוכיח כן מדברי הרמ"א דהשליח חייב לשלם (נראה שהתכוון למש"כ 'השליח חייב לשלם דהוא עיקר הגנב') אמנם אם אי אפשר להוציא משני מצי לתבוע לראשון שגנב בפועל ממש, אך צ"ע בסימן ת"ל דיש חולקין וס"ל דמן הדין שנים שהזיקו ואי אפשר להפרע מאחד השני אינו משלם רק החצי, וא"כ הוא הדין שנים שגנבו, ובשבו"י חלק על הדמיון לשנים שהזיקו דשנים שהזיקו שלא עשו משום הנאת עצמן לא הו"ע ערבים זה לזה, אבל שנים שגנבו בשותפות להנאת עצמן והתעסקו בשותפות לגנוב ודאי נעשו אחראין וערבאין זה לזה כמו בשנים שלוו כאחד בסימן עז"א וא"כ פשוט דשנים שגנבו ביחד וברח אחד מהם השני חייב לשלם הכל.

< עוד מבואר בחות יאיר (שם) דאם נפרע מאחד הכל וזה תובע מחבירו הגנב החצי אינו יכול להוציא מידו אפילו כל הגניבה בידו, וכן אם לא נתפסו על הגניבה וזה שבא לידו הגניבה לא רצה ליתן לחבירו כלום, אינו יכול להוציא ממנו בדין שהרי אין הממון שלו ואפילו בדין שמים אינו מתחייב לזה הגנב רק לזה שממנו נגב, משא"כ בשעשו שותפות בשטר.

סימן שמט – דין אשה ועבד וקטן שגנבו

סעיף א

ע"פ ב"ק טו. פסק בשו"ע כלשון הטור "אחד האיש ואחד האשה שגנבו חייבים לשלם (השוה הכתוב אשה לאיש לכל משפטים שבתורה)", (ע"פ ב"ק פז. -) אלא שאשת איש שגנבה אם אין הקרן בעין או חלופיו אין לה ממה לשלם עד שתתאלמן או תתגרש", וביאר הסמ"ע (ב) דנקט אשת איש לאפוקי אלמנה וגרושה ובתולה גדולה דיש להן ממה לשלם מיד בשונה מאשה שיש לה בעל דכל אשר לה הכניסה מסתמא לבעלה, ובסוף סימן שמ"ו נתבאר דאם יש לה נכסי מלוג חייבת למכור מיד בטובת הנאה ולשלם הקרן.

עוד ביאר הסמ"ע (ג) בסיפא דכתב הטור 'עד שתתאלמן או תתגרש ויתבענה', ואינו ר"ל שאז יתבענה ויקח פסק דין עליה אלא ר"ל אז יתבענה להוציא מידה בפסק דין שבידו מעכשיו ומשו"ה השמיט המחבר תיבת ויתבענה כדי שלא נטעה בו, אלא יקח פסק דין מיד עליה.

< כתב הקצות (א) דהא דמשמע בירושלמי וגונב מבית האיש ולא מראש גגו שאינו מבוצר, אינו נראה כן מהרמב"ם טוש"ע ושא"פ שלא הביאו זה כלל, והוא משום דלא ממעט בגמרא דילן מהפסוק אלא גונב מבית הגנב, ומהכא יליף ר' יוחנן (ב"ק ס"ט) דאין אדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו, אבל בגג שאינו מבוצר ואפילו גנבו מרשות הרבים כיון דיכול להקדישו ודאי חייב בגניבתו, וכן מוכח מהא דאמרין בב"מ ל"ד דחייב הגנב בגנבו מאגם מכל שכן מגגו אפילו אינו מבוצר לא גרע מאגם.

סעיף ב

אשה שהשאלה לחברתה חפץ ויצא קול שגנב החפץ ובעלה של השואלת מודה שידע מהשאלה והחפץ גם בא לרשותו ולאשה אין ממה לשלם ומתה, מי יהיה חייב לשלם?

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "אשת ראובן השאלה 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"ס צ"ז}."

כתב הסמ"ע (ד-ה) דהא דנשבע שאינם ברשותו אף שהוא טענת ספק, מבואר בטור בשם הרא"ש דמדובר שחושדין לשמעון עצמו שיודע מה נעשה בו ושמה עדיין הן ברשותו ולפי"ז י"ל דמשו"ה השביעוהו, אבל המחבר שלא העתיקו ודאי ס"ל בלא"ה נמי משביעין אותו, וטעמא כיון שבאו לרשותו ועכשיו אינן יש כאן ריעותא, ומשביעין על טענת ספק בזה במקום ריעותא ככל שבועת שומרין שהן ספק, ומשו"ה נמי צריך לישבע שלא פשע בה אע"ג דלא קיבלהו עליו שמירה, ובאמר הנח לפניך שכתבו הטוש"ע בסימן רצ"ב דאפילו שומר חנם לא הוי, שאני התם דאמר הנח לפניך וגילה דעתו דלא יסמוך עליו, משא"כ כאן, ובבד"ה (שלא צוין בסמ"ע וכפי הנראה לא ראה הסמ"ע דבריו, פת"ש) הביא לשון החזקה התנופה שגם הבעל וגם האשה נשבעים אך אין הבעל נשבע שלא פשע אלא רק שלא ברשותו (וכ"פ המחבר, קצות), וביאר בד"ה שהשמיט שבועה שלא פשע משום דאין הבעל שומר כי פשע בהם מאי הוי אבל אם שלח יד בהם אע"פ שאינו שומר חייב דשואל שלא מדעת גזלן הוי וחייב וכתב דהאשה אינה צריכה לישבע אלא שאינם ברשותה אבל שלא שלחה בהם יד ושלא פשעה אין להם ענין דבין כך ובין כך חייבת לשלם אפילו נגנבו באונס גמור דהא שואלת היא. הקצות (ב) הסכים לבד"ה דאינו שומר כלל, והוסיף דלפי"ז הך שבועה דאינו ברשותו נמי אינו משבועת השומרין כיון דאינו שומר כלל, ואינו אלא שבועת היסת ומשום דהוי רגלים לדבר כיון שמודה שהחפצים באו לרשותו וברגלים לדבר נשבעין היסת על הספק וכמ"ש הרמ"א בסימן ע"ה. עוד כתב (ג) דגם שבועת האשה שאינו ברשותה אינה אלא מדרבנן דכיון דמודה שחייבת לשלם תו ליכא שבועת השומרין, אע"ג דאינה משלמת משום שאין לה אפ"ה לית ביה שבועת התורה, דבין עני ובין עשיר פטור כשמודה שפשע ודוקא כשפוטט עצמו מחיוב תשלומין הוא דצריך שבועה דאוי.

סעיף ג

מה דין קטן שגנב?

ע"פ משנה ב"ק פג. גבי קטן החובל באחרים שפטור פסק בשו"ע "קטן שגנב, (רמב"ם -) מחזירין קרן לבעלים אם הוא בעין (ואין זה בכלל אין נזקקין לנכסי קטן וכו' אם הוא מפורסם וידוע שהגניבה באה לידו וכסימן ק"י, סמ"ע), ואם אינו בעין פטור אף לאחר שיגדיל" - כיון דאינו בר דעת וה"ה חרש ושוטה, סמ"ע (ו).

[יש לציין להגהות אשר"י בפרק החובל שכתב שחייב לשלם כשיגדיל ומקורו מדברי הגמ' ורש"י בב"ק צ"ח שחייב רפרם את רב אשי לשלם על שטר ששרף ופירש רש"י בילדותו, והאריכו אחרונים רבים בזה, והרדב"ז בתשובה (ח"ו אלפיים שיד) כתב שאין לחשוש לדברי ההגהות אשר"י מאחר שלא הסכימו עמו רוב הפוסקים, ואכמ"ל, וכן האריכו האחרים האם יש ללמוד מכך שיאשיהו בשבת נ"ו שהחזיר כל הדינים שפסק שלא כדין בקטנותו].

כתב בשב"י (פת"ש ב) גבי קטן שנשלח להביא יין ונתנו לו ממון שישלם והלך ומצא המרתף פתוח ולקח יין הרבה בלא מחיר וגם נשפך הרבה לאיבוד, ותבעו בעל היין אחר שהגדיל, דכתב דמבואר ברמב"ם הכא דדוקא היכי שנאבד פטור, משא"כ היכא שנהנה מהממון ודאי חייב לשלם וכסימן רלה/טו, ואפילו מה שאזיל לאיבוד אם רצה לצאת ידי שמים ג"כ חייב לשלם כמבואר בתה"ד וכפסק הרמ"א באו"ח שמג"א "וקטן שהכה את אביו או עבר שאר עבירות בקטנותו, אע"פ שא"צ תשובה כשיגדל, מ"מ טוב לו שיקבל על עצמו איזה דבר לתשובה ולכפרה, אע"פ שעבר קודם שנעשה בר עונשין" ועיקר התשובה לפייס חבירו ולשלם היזקו, אך שאין כופין על זה בדיני אדם, וכתב דאף דבתשובת בית

יעקב השיג על תה"ד והרמ"א כל דבריו אין להם שחר, "אך נראה דאף לצאת ידי שמים א"צ לשלם הכל כמבואר במהרמ"א שם" וכן משמע לשון הרמ"א שיקבל איזה דבר לתשובה, על כן המוחל לא יהיה אכזרי ויפויס במה דיפייס משום תקנת השבים כאלו שרוצים לצאת ידי שמים, וסיים דבספר חסידים משמע שחייב לשלם הכל כשהגדיל, ואולי ממדת חסידות קאמר, או שהיה ממון הגניבה תחת ידו.

סעיף ד

ע"פ משנה **דידים דז**, הובאה בב"ק ד. פסק בשו"ע "עבד שגנב, מחזירין קרן לבעליו אם הוא בעין, ואם אינו בעין אין בעליו חייב לשלם (כיון שהוא בן דעת ובעלים אינן יכולים לשמרו שאם יקניטנו ילך וידליק גדישו של חברו ונמצא מחייב רבו מנה בכל יום, סמ"ע ע"פ הגמ') (ומדין העבד שחבל בב"ק פז. -) נשתחרר העבד חייב לשלם אם יש לו".

סעיף ה

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "ראוי לבית דין להכות הקטנים כפי כח הקטן על הגניבה, כדי שלא יהיו רגילים בה, וכן אם הזיקו שאר נזקים (ה"ה ובאה"ג: אינו בגמ' אך נראה פשוט ואפילו למ"ד קטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין להפרישו הני מילי בעבירות שבין אדם למקום אבל בעבירות שבין אדם לחברו ודאי מפרישין אותו כדי שלא יארע תקלה על ידו), וכן מכים העבדים אם הזיקו (לשון הרמב"ם שגנבו או הזיקו, **באה"ג**) מכה רבה (היינו כפי כחו דעבד כמו קטן, ומשום דסתם עבד יכול לסבול מכה רבה נקט גביה מכה רבה, סמ"ע), שלא יהיו משולחים להזיק".

סימן שנ – ובו סעיף אחד

סעיף א

כתובות ל: "אמר רב חסדא מודה רבי נחוניא בן הקנה בגונב חלבו של חברו ואכלו שהוא חייב שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור חלב", וכ"פ בשו"ע "גנב חלבו של חברו ואכלו משלם לו דמי חלבו", ומבואר בראב"ד ב"י וסמ"ע (א) דחייב גם בכפל.

ביאר הסמ"ע (א) דלא אמרינן דקים ליה בדבריה מיניה כיון דחייב מלקות וכתר אאכילת חלב יפטור ממנו כדין הגונב כיס בשבת וגררו לרה"ר דפטור מתשלומי ממון וכסימן שני"א, דלא דמי, דהכא חיוב ממון בא מיד שהגביה החלב לגונבו, וחיוב מלקות וכתר לא חל עליו אלא אח"כ בשעת אכילה, אולם הש"ך (א) כתב דלא צריך לזה ולא הוצרכו לזה דבש"ס לא אמרינן הכי אלא לרבי נחוניא בן הקנה דס"ל דחייבי כריתות פטור מתשלומין אבל לדידן דלא קי"ל כרבי נחוניא הכא בלא"ה חייב, ומ"מ נפק"מ מטעם זה אילו התרו בו דקי"ל דאין לוקה ומשלם ואפילו הכי כאן משלם ולוקה דמשעת הגביה חייב בכפל ומלקי לא לקי עד שעת אכילה וכה"ג אמרינן בסימן שלח"ד. (וראה גם בקצות ונתיבות שהאריכו בכמה מהדינים המוזכרים בטור).

< **הטור** האריך מאוד בדיני **ארבעה וחמשה** (וראה בענין זה בקצרה גם בסימן שמח"ד), והסמ"ע (א) כתב כאן "קצת חידושי דינין" מהטור בזה - א', אע"ג דקי"ל בעלמא דאין שליח לדבר עבירה, בדין זה אם גנב ואמר לשלוחו צא טבח או מכרו המשלח חייב, דטביחה דומיא דמכירה, והמכירה א"א אם לא ע"י אחר דהיינו הלוקח, והגנב חייב, ה"נ בטביחה ע"י שליח. ב', אע"ג דלענין איסור שבת לא קי"ל כר' יוחנן הסנדלר (ב"ק ע"א) דהמבשל בשבת בשוגג לא יאכל הוא אפילו במוצאי שבת אלא אחרים ובמזיד אפילו לאחרים ואפילו למוצאי שבת איסור עולמית, אלא כר' מאיר או כר' יהודה דפליגי, בכאן לענין טביחה ומכירה קי"ל כר' יוחנן הסנדלר ומחשבינן ליה לשחיטה שאינה ראויה ופטור מינה בד' וה'. ג', דאע"ג דקי"ל בזה כר' יוחנן הסנדלר לפוטרו מד' וה' בשחיטה שאינה ראויה מ"מ בשחטה ונמצאת טריפה חייב בד' וה', משום דיש לחלק בין נמצאת טריפה אחר שחיטה דלא ידע מטריפות בשעת שחיטה והוה אז שחיטה ראויה לבין שוחט בשבת ולבין נותר ומעקר או עשאה נבילה ידיע מיניהו בשעת שחיטה. הש"ך (א) האריך לחלוק על הסמ"ע ולמד ברא"ש דלא כסמ"ע ולא פסקינן כר' יוחנן הסנדלר, וכ"כ רי"ו דבגנב וטבח בשבת פטור ואם טבח ע"י שליח חייב אבל גנב ביוה"כ וטבח ע"י אחר או הוא

בעצמו בלא התראה חייב דאין כאן מלקות דאם היה שם מלקות אין לוקה ומשלם ולעולם במיתת ב"ד אפי' הוא שוגג אינו משלם וכן גנב וטבח הוא בעצמו ביה"כ והתרו בו פטור.

עוד האריך הש"ך (א) במש"כ הרמב"ם דגנב תרומה מבעלים הישראלים שהפרישוה אינו משלם תשלומי כפל שאין להם בה אלא טובת הנאה וטובת הנאה אינו ממון דכן עיקר ודלא כר"ח וסיעתו דפסקין טובת הנאה ממון, אולם רע"א כתב דדעת תשובת הרשב"א כר"ח דטובת הנאה ממון.

סימן שנא - דין הגונב כיס בשבת

סעיף א

[מה דין הגונב בשבת? פרט מתי חייב ומתי פטור ומדוע?]

ע"פ ברייתא **כתובות לא**. פסק בשו"ע "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 (ע"פ **סנהדרין עב**. דמגרר ויוצא פטור דוקא בדשדינהו בנהרא דליתנהו -) ואבדו שם { אבל אם אבדו אחר כך חייב וכ"ש אם עדיין הוא בעין שחייב להחזירו (**רמ"ה ורמב"ן**), וי"א (**רש"י רמב"ם** וכ"פ ה"ה) שאם אינו בעין בכל ענין פטור מלשלם (דמיד שהוציא הכיס חייב במיתה ולא פקע מיניה האיסור ותו לא חל עליו חיוב ממון כיון דהוא חייב מיתה דקים ליה בדרכה מיניה (**סמ"ע**)) 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 (כגון הבא במחתרת, **סמ"ע** בשם הטור)."

ביאר **הסמ"ע** (ג) ע"פ הגמ' והטור דמיירי שמגררו ומוציאו מרשות בעלים לרה"ר וחיבר ידו למפתן הבית תוך ג' סמוך לארץ והפילו לתוכו, דאם לא הוציאו מרשות בעלים לרה"ר לא היה כאן חיוב מיתה דהוצאת שבת, ואילו לא חיבר ידו למפתן הבית לא היה כאן חיוב ממון דגניבה, דהמושך מרשות בעלים לרשות הרבים ולא הגביהו לא קנאה במשיכה, דמשיכה אינו קונה כי אם בסימטא או בחצר של שניהן או ברשותו, ואילו היה גבוה ג' טפחים נמצא קודם שבא הכיס לידו היה צריך להגביהו תחילה ג' טפחים מהארץ בעודו ברשות בעלים כדי להניחו לידו, ואז קנאה מיד בהגבהה קודם ביאת איסור שבת שאינו חל עליו עד שהוציאו מרשות בעלים והניחו לידו שהיא ברה"ר, והא דאמרו דחיבר ידו למפתן ה"ה אם ידו רחוקה קצת מהמפתן, דאף דאיסור שבת היה בא תחילה כיון שהיא תוך ג' וכלבוד דמי, מ"מ כשבא הכיס אחר כך לידו כבר חיוב מיתה עליו וקים ליה בדרכה מיניה ויש בזה פלוגתא כמש"כ הרמ"א משא"כ כשחיבר ידו למפתן דבאין החיובים כאחד דפטור לכ"ע.

הש"ך (א) כתב דצ"ע מנא ליה לרמ"א ע"פ הרמב"ן והרמ"ה, דבטור ליתא כן אלא גבי מחתרת משום דמיד שיוצא ממחתרת תו לא מחייב מיתה אבל הכא י"ל כיון דעדיין עומד בחיוב המיתה דשבת פטור כשאבדו וכרש"י. **רע"א** כתב שברמב"ן והרמ"ה להדיא כמש"כ הרמ"א.

ביאר **הקצות** (ב) דשיטת רש"י תוס' ובעל המאור כולוהו בחדא שיטה קיימי וטעמא כמבואר בבעל המאור דמדינא קנה אותו בעינא ולא אחמור רבנן אלא כי איתיה בעינא, והר"ר ישעיה והרמב"ן ס"ל דמדינא לא קני כשהוא בעין ומש"ה חייב על שעת שבירה והיזק, וא"כ ה"ה בשבת חייב (כנגד קושית הש"ך), ומש"כ הסמ"ע (ה) בטעם סיעת הפוטרים דמיד שהוציא הכיס חייב במיתה ולא פקע מיניה האיסור ותו לא חל עליה חיוב ממון כיון דהוא חייב מיתה דקים ליה בדרכה מיניה, ולדבריו אם שיבר כלים אחרים נמי פטור, וליתא אלא טעמא דפטרי משום דכבר קנה אותו מדינא אפילו בעינא וכמ"ש בעל המאור.

עוד כתב **הקצות** (ג) גבי הסיפא דחייב בהשליכו לנהר אח"כ, אבל כי איתיה בעינא לכ"ע חייב להחזיר וכדאמר רבא בסנהדרין דמסתברא מלתא דרב כששיבר אבל למיקני לא, מידי דהוי אשואל, וכתב הקצות דנראה דאע"ג דלא מהני למיקני מ"מ אינו מחויב בהשבה כמו בעלמא דגנב וגולן מתחייבין בהשבה דכתיב והשיב את הגזילה, אבל זה שגנב בשבת כיון דקים ליה בדרכה מיניה אין אנו מחייבין

אותו כלום על שעת גניבה אלא בתבריה בידים אבל איתבר ממילא פטור, וא"כ ממילא נמי אינו מתחייב בהשבה אלא דלא קני אותו, ואפילו בשומרין נמי אינן בחיוב השבה לבעלים וכמ"ש בסיומן קצ"ח סק"ה, אלא דכל מקום שהוא ברשות בעלים הוא וטורח השבה על הבעלים הוא.

עמ"ש"כ המחבר דאם עדיין הוא בעין שחייב להחזירו, כתב ה**נתיבות** (א) דנראה שהנגזל נוטל הגזילה אף שנשתנית, דקנין שינוי נלמד מקרא דוהשיב את הגזילה אשר גזל, אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי, וכיון דהתורה חייבה בדמים הרי מוכח דרחמנא אוקמיה ברשותיה, ובע"כ אוקמיה רחמנא ברשותיה בשינוי מקרא דאשר גזל, דדוקא ביאוש בעינן ריצוי הגזלן, אבל בשינוי קני בע"כ דהא חייב באונסין בע"כ, וכיון דבמקום שהוא קם ליה בדרכה מיניה לא נתחייב בוהשיב, דהא אפילו בגזילה בעין אין הבי"ד יכול לכוף הגזלן לקיים השבה רק הנגזל בא ונוטל שלו וכקצות סק"ג, וכיון דאינו בוהשיב וליכא עליו חיובא דחזרה ממילא לא קני הגזילה, עיי"ש בראיתו מלשון הגמ'.
< כתב הסמ"ע (א) דבסיומן ש"נ כתב הטור עוד ענין דפטור אף מקרן משום דקים ליה וכו' והוא שהיתה בהמה שאולה או שכורה בידו וטבחה בשבת לשם גניבה.

החופר בור בשבת ואחר כך נפל בו שור או חמור האם הוא חייב?

ב'ארץ חמדה' שלחו להר **צבי** (או"ח ב, א אות ט) שהסתפק בשאלה זאת, וז"ל **"החופר בור ברה"ר בשבת ונפל שמה שור או חמור בימות החול"** (ובשבת נמי כחול דמיה להא מילתא) אי מיחייב בעל הבור בנזקי הבור או פטרינן ליה מטעם קילב"מ, ואף דק"ל דלא שייך קילב"מ אלא בנתחייב שתי רשעיות בבת אחת אבל בזא"ז אין רשעה אחת פוטרת לחיובה של רשעה שניה, מ"מ י"ל דכיון דכריית הבור בשבת מחייבת סקילה, שוב אין כרייתו זו חוזרת וגומרת לו חיוב ממון, ולכאורה יש להוכיח כן **מדתנן (ב"ק דף לד ע"ב)** והוא שהדליק את הגדיש בשבת פטור, ולכאורה קשה, נהי דנתחייב מיתה בהבערה ראשונה מ"מ מה שהאש הולכת ושורפת אח"כ ממילא, למה לא יתחייב ממון לריש לקיש דס"ל אשו משום ממונו, אלא ע"כ כנ"ל, דכיון דגם חיוב ממון ממה שהאש שורף אח"כ שורש חיובו הוא מכח הבערה ראשונה המחייבתו מיתה שוב א"א לפעולה זו שתגרום לו חיוב ממון אח"כ אף בזמן שחיוב מיתה כבר נגמר ונפסק, **ומעתה נילף בור מאש** דאף דעצם חיוב ממון דבור בא לו בשעת נפילת השור, מ"מ חיוב שמירת הבור אימת קא חיילא עליה משעת כריה וההיא שעתא קילב"מ, וכעין זה כתבו התוס'. מבואר כדברינו, דכיון דבתחילת ההדלקה נתחייב מיתה, שוב פטרינן על מה שהאש שורפת אח"כ, וממילא דה"ה לבור שנעשה ע"י חיוב מיתה מיפטר מכל חיובי ממון הבאים אח"כ" **אולם בחידושי הרשב"א** מבואר דלא ס"ל סברת התוס' לפוטרו מטעם קילב"מ כל היכא דע"י מעשה אחד בא הכל, **ולרשב"א בחופר בור בשבת יש לחייבו בנזקין כיון דחיוב ממון בא לו אח"כ**, עיי"ש שהאריך במח' זו בש"ס, בירושלמי ובהקשר למח' המג"א ואבעז"ר גבי ריחיים של מים בשבת.

סימן שנב – ובו סעיף אחד

סעיף א

ב"ק קח. "בעי רבינא חומש וכפילא בתרי גברי מאי היכי דמי כגון שמסר שורו לשני בני אדם וטענו בו טענת גנב חד נשבע והודה וחד נשבע ובאו עדים מאי מי אמרינן בחד גברא קפיד רחמנא דלא משלם חומשא וכפילא האי נשלם כפילא והאי נשלם חומשא או דלמא עלויה חד ממונא קפיד רחמנא דלא נשלם עלה חומשא וכפילא והכא נמי חד ממונא הוא תיקו".

וז"ל הרמב"ם (ז, ד) "מסר שורו לשנים וטענו טענת גנב **ונשבעו** והודה אחד מהן והשני באו עליו עדים, שניהן משלמין את הקרן, ואם תפש בעל הפקדון את הכפל אין מוציאין מידו, וזה שהודה משלם חומש כשאר הנשבעין שבועת הפקדון שהודו מעצמן", וביאר הטור דס"ל דבכפל מיבעיא לן ולא איפשיטא לפיכך אין מחייבין אותו ואם תפש לא מפקינן מיניה, **ואין נראה כן** אלא כפל פשיטא דמשלם אותו שבאו עליו עדים ובחומש מיבעיא. **הב"י** כתב דאפשר דהרמב"ם סובר דאע"ג דבעיא דרמי בר חמא היא בהאי גוונא בעיא דרבינא הויא בגוונא אחרינא, אלא דאכתי קשיא דכיון דבעיא דרמי איפשיטא דממון המחייבו כפל פוטרו מן החומש אם כן בבעיא דרבינא היאך איפשר לומר דפשיטא לן דמשלם

חומש ולא מספקא לן אלא אי משלם כפל דהא כפל מוציא מידי חומש שמענו בבעיא דרמי בר חמא אבל חומש מידי כפל לא שמענו וצ"ע.

וז"ל השו"ע "הפקיד לשנים וטענו נגנב, והודה האחד ועל השני באו עדים, בין שניהם משלמים הקרן", והסמ"ע (א) כתב דהמחבר השמיט הא דנשבעו שניהן משום דלא נקטי הא דנשבעו אלא משום חיוב כפל וחומש, דהשומר שטען טענת גנב והוכחש בעדים שמעידים שהיה בידו אינו חייב בכפל עד שנשבע תחילה, והמחבר לא כתב דין כפל וחומש וכמ"ש בסימן שמ"ח ולענין חיוב תשלומי קרן אין צריך שבוע, "ולא ידעתי למה הוצרך המחבר לכתוב זה דבין שניהן משלמין הקרן דפשוט הוא להגמרא", ובבאה"ג יישב דצ"ל שחסר כאן תיבת 'ונשבעו' ופסק המחבר לקולא כדעת שניהם, שאינם משלמין אלא הקרן ולא הכפל כדעת הרמב"ם, ואף לא החומש כדעת הטור.

< עיין עוד בטור שהאריך בדיני דטוען טענת נגנב.

סימן שנג – נשתנה הגניבה ביד הגנב או שנתיאשו בעליה ממנה

סעיף א

[מה הדין למעשה בטלה ונעשה איל האם נקנה לגזול? פרט.]

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"נ לא הספיק ליתנו לו עד שצבעו פטור אלמא שינוי קונה".

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", וכתב הב"י בשם הרי"ף דהלכתא כוותיה דאמרינן לקמן בדף צ"ג כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ואמרינן כל לאתויי מאי לאתויי הא דרבי אילעא, וכ"ד הרמב"ם והרא"ש, וכ"כ הרי"ף אהא דאמר רב בב"ק סה. דקרן כעין שגנב תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה, דהני מילי לענין יוקרא וזולא אבל גנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור משלם תשלומי כפל כעין שגנב והיינו דקאמר רבא (סו.) טלאים כדמעיקרא דמים כשל עכשיו אבל תשלומי ארבעה וחמשה אינו משלם וכרבי אילעא.

ב"ק צו: "אמר רב פפא האי מאן דגזל נסכא מחבריה ועבדה זוזי לא קני" וכתב הרי"ף דשמעינן מהא דשינוי החוזר לברייתו לא הוי שינוי ולפיכך לא קני, וכן הלכתא הילכך מתניתין (צג:) דקתני הגזול עצים ועשאו כלים משלם כשעת הגזילה עצים ושיפן נינהו כגון בוכאני וכדאוקמה רב אשי דהוא בתרא, וכ"ד הרא"ש דשינוי שהוא חוזר אינו קונה אפילו מדרבנן, וכ"פ הרמב"ם (גזילה ב,) "שינוי החוזר לברייתו אינו שינוי כיצד הגזול עצים ודבק אותן במסמרים ועשה מהן תיבה אינו שינוי שהרי אפשר לפרק אותן והן חוזרין לוחות כשהיו".

וז"ל השו"ע "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 כיוצא בזה שאינו חוזר לברייתו, אבל שינוי החוזר אינו קונה אפילו מדרבנן, ובסימן ש"ס יתבאר איזה שינוי החוזר".

כתב הסמ"ע (א) דגם הכפל משלם כשעת הגניבה בזה השינוי דטלה ונעשה איל, אבל בשאר שינוי ויוקרא וזולא יתבאר דינייהו בסימן שני"ד.

הש"ך (א) האריך לדחות מש"כ הרש"ל בדף סה ע"ב מסיק אדרבה דאע"ג דשינוי השם חשוב קונה מ"מ טלה ונעשה איל לא הוי שינוי שם דאיל בן יומו קרוי איל כדכתיב את אילי צאנך לא אכלתי וכן עגל ונעשה שור לא הוי שינוי שם דשור בן יומו קרוי שור כדכתיב שור או כשב כי יולד, אלא דטלה ונעשה איל עגל ונעשה שור קונה משום שינוי מעשה, דליתא, ודברי הרא"ש רי"ו וטוש"ע נכונים דודאי בכל מקום הולכים אחר לשון בני אדם אפילו לקולא והכא הרי ענינו רואות שאין קורין לבן יומו איל או שור והכי נמי משמע בש"ס דאלי"כ לא הוי מתקיף ר' זירא כולי האי וליקנינהו בשינוי השם משמע

דפשיטא ליה דאין קורין שור ואיל רק לגדולים ורבא שתירץ שור בן יומו אשכחן דקרי שור וכו' הכי קמשני דבזמן ר' אילעאי נמי הוי קורין כן אבל ודאי השתא אין קורין כן וא"כ הוי שינוי שם, וכלל זה מוסכם בנדרים מ"ט ובפוסקים שם. **בנתיבות** (א) כתב דלדברי הש"ך צ"ל ג"כ בהא דדף ס"ז 'מריש שמו עליו' כפירוש, והוא דוחק גדול, ולכן כתב דשינוי השם בלא שינוי מעשה דקונה מדאורייתא מכח שינוי השם לחוד בעינן שינוי השם דקרא, כמ"ש הרשב"א בחולין צ"ח בשם הראב"ד גבי מין במינו בשמא, דכל ששויין בלשון המקרא הוא מין במינו, מטעם דכיון דכל שבאה התורה והקפידה עליו לומר מין במין לא בטיל אזלינן בתר שם של תורה, והכא נמי י"ל כן, רק כונת הטוש"ע בשינוי השם שבא מחמת שינוי מעשה דמבואר ברמ"א שס"ו דבעינן שנשתנה שם הגזילה מחמת שינוי מעשה, ובזה ודאי סגי בשינוי השם בלשון בני אדם, דשינוי השם גמור בלא שינוי מעשה סגי.

סעיף ב (עם סימן שסא סע' א – ג)

האם קונה ביאוש בלבד? גגב והתייאשו הבעלים וקידש הגזלן בחפץ הגנוב אשה, האם מקודשת? (וראה גם שנו/ג)

ב"ק סו. "אמר רבה.. יאוש אמרי רבנן דניקני מיהו לא ידעינן אי דאורייתא אי דרבנן, אי דאורייתא מידי דהוה אמוצא אבידה מוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידיה קני ליה האי נמי כיון דמייאש מרה קני ליה אלמא קני או דלמא לא דמיא לאבידה אבידה הוא דכי אתאי לידיה בהתירא אתיא לידיה אבל האי כיון דבאיסורא אתאי לידיה מדרבנן הוא דאמור רבנן ניקני מפני תקנת השבים ורב יוסף אמר יאוש אינו קונה ואפילו מדרבנן".

ב"ק סז. "אמר עולא מניין ליאוש שאינו קונה שנאמר והבאתם גזול את הפסח ואת החולה גזול דומיא דפסח מה פסח דלית ליה תקנתא כלל אף גזול דלית ליה תקנתא לא שנא לפני יאוש ולא שנא אחר יאוש, 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 והא רבא הוא דאמר דגזול קרבן דחבריה איבעית אימא הדר ביה ואיבעית אימא חד מינייהו רב פפא אמרה".

וכתב הרא"ש ש"י וקיימא לן כרבה וקני יאוש לחומרא ואם קדש האשה בגזילה אחר יאוש צריכה גט דרבה סבר דלכל הפחות קניא מדרבנן, אבל מדאורייתא קיימא לן דלא קני כעולא ורב נחמן ורב ששת ורבי יוחנן, ובטור כתב בשמו "אם קידש בו אשה צריכה גט מספק דשמא קונה מדרבנן, ואפילו אין ידוע בודאי שנתיאשו הבעלים דקיימא לן סתם גניבה יאוש בעלים (ע"פ משנה כלים כו"ח ומייתי לה בדף סו ע"ב פלוגתא דת"ק ורבי שמעון והלכה כת"ר דאמר סתם גניבה יאוש בעלים)", וכתב הב"י דכן הסכימו הרי"ף והרמב"ם כרב נחמן ורבי יוחנן דיאוש לא קני דאמרי דגגב שמכר בין לפני יאוש בין לאחר יאוש משלם תשלומי ארבעה וחמשה, ומיהו במה שכתב הטור דקני יאוש לחומרא לענין אם קדש אשה בגזילה אחר יאוש צריכה גט "בקשתי לו חבר ולא מצאתיו".

וז"ל השו"ע כרי"ף "נתיאשו הבעלים מהגניבה אינו קונה וצריך להחזירה (ע"פ תוס' ס"ה ע"ב גבי מי איכא למאן דאמר שינוי מעשה לא קני ולא בעי לאוקמי בשינוי החוזר לברייתו -) ואם יש עם היאוש שינוי השם שחוזר לברייתו (ר"ל אפילו חוזר לברייתו, טור וסמ"ע) י"א שקונה ואינו צריך להחזיר אלא דמיה", וכ"פ השו"ע בסימן שסא (א) "יאוש לחוד לא קנה", ובסעי' ב' "יאוש עם שינוי השם גרוע שחוזר לברייתו, י"א שקונה ואינו צריך להחזיר אלא דמיה". עוד פסק שם בסעי' ג' "בד"א בידוע שנתיאשו הבעלים, אבל סתם גזילה לא הוי יאוש בעלים" - והיא משנה דכלים דאיפליגו ת"ק ור"ש במילתא ומייתי לה בב"ק סו: והלכה כת"ק.

הסמ"ע (ג) תמה שלא הביא הרמ"א דעת הטור גבי גט מספק לכל הפחות בשם י"א, ובסימן שס"א הביאו הסמ"ע (א) בסתמא.

עמש"כ המחבר בסיפא דאם יש עם היאוש שינוי השם וכו', כתב רע"א דדעת המאור והרמב"ן דלא מהני שינוי החוזר לברייתו אף עם היאוש, ובשינוי השם מעליא דאינו חוזר לברייתו דעת כל הפוסקים דקנה בלא יאוש, זולת דעת המאור דלא מהני, ומש"כ הדרישה בפשיטות דלדעת התוס' והרא"ש דגם שינוי מעשה החוזר לברייתו קנה עם יאוש אשתמיטתיה דברי התוס' בסוכה דהוכיחו דלענין זה גרע שינוי מעשה משינוי השם.

בש"ע אב"ה (כח,א) פסק כלשון הרמב"ם "המקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס, אם נתיאשו הבעלים, ונדע שקנה אותו דבר ביאוש, הרי זו מקודשת, ואם לאו, אינה מקודשת" **והרמ"א שם** כרא"ש "קדשה בגזל אחר יאוש לבד, מקודשת מדרבנן". **הפלפולא חריפתא** (ריש פ"ז דב"ק) האריך להבין לשון הרמ"א דהא ודאי גם הוא מדבר ש"נדע שקנה אותו דבר ביאוש" ומדוע לא כתב בלשון מחלוקת, דלפי המחבר ע"פ הרמב"ם צריכה גט מדינא (וזה סותר לדבריו בב"י לעיל שתמה על הרא"ש), וסברת המחבר י"ל ע"פ הרב המגיד לפי ש"קנתה האשה בשינוי רשות הלכך אף הוא קנה", עיי"ש עוד, וראה בסמוך בקצות. **כתב הקצות** (א) דבעיקר דברי הרא"ש והטור תמהו האחר' (דרישה ועוד באבן העזר כ"ח, וכך גם התחיל הפלפ"ח דבריו) דהא אע"ג דיאוש כדי לא קנה אבל יאוש ושינוי רשות ודאי קני ובקידושין איכא יאוש ושינוי רשות אצל האשה, וביאר דודאי בקידושי אשה בעינן נתן הוא מכספו וכיון דיאוש אינו קונה אלא מחמת שינוי רשות דידה הרי לא נתן הוא, ובבת אחת לא שייך למימר הכא דקידושין וקנין באין כאחד, דלדידה (לקמן סע' הבא) שינוי רשות לא מהני אלא לדידה דהוי בהיתרא ולדידה הרי באיסורא אתי לידה, ולזה שפיר כתבו הרא"ש והטור דבקידושין אינו אלא מספיקא דיאוש לחודיה קונה לחומרא, והרא"ש לשיטתו דשינוי רשות ואח"כ יאוש לא קני א"כ ע"כ טעמא דיאוש ואח"כ שינוי רשות אינו אלא משום דאתי ליד לוקח בהיתרא, א"כ לגזלן אינו קונה כלל ואפילו בשעה דאתי לידה דאשה כיון דלדידה באיסורא אתי לידה, וכיון דבעל לא קני לא הוי קידושין כיון דאין הכסף שלו, ואילו הרמב"ם בהל' אישות (הז) שכתב דהמקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס אם נתיאשו הבעלים כו' הרי זו מקודשת, ביאר הרב המגיד דאע"ג דבעלמא יאוש כדי אינו קונה, הכא שהוא ביד האשה הרי יש כאן יאוש ושינוי רשות כשהוא בידה וכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה, והרמב"ם לשיטתו דס"ל דאפילו שינוי רשות ואח"כ יאוש נמי קונה ואע"ג דבאיסורא אתי לידה, א"כ בקידושין נמי שייך למימר כיון דהיא קנאתו הו"ל קידושין וקנין שלו באין כאחד דגזלן נמי קונה ע"י שינוי רשות, דהא צריך לומר דשינוי רשות נמי הוי כמו שינוי קצת, דאע"ג דאתי לידה דגזלן באיסורא, הא שינוי רשות ואח"כ יאוש דודאי באיסורא אתי לידה דלוקח אפ"ה קונה בהצטרפות שניהם. עוד כתב דלרמב"ם דס"ל דיאוש ושינוי רשות אינו קונה אלא גוף החפץ אבל הדמים צריך להחזיר, אלא דהיכא דאיכא משום תקנת השוק אין צריך להחזיר הדמים כגון בגנב שאינו מפורסם וסעיף ג'.

< **כתב הקצות** (שסא,א) **דבתוס' ב"ק ס"ו** כתבו דיאוש אינו מטעם הפקר דאי משום הפקר א"כ כי נמי באיסורא אתי לידה מאי טעמא לא קני ודעת רש"י גיטין ל"ח נראה שהוא מתורת הפקר, ולשיטת רש"י תיקשי קושי תוס' דבאיסורא אתי לידה מאי טעמא לא קני בתורת הפקר וגם לשיטת תוס' תיקשי דיאוש אינו מתורת הפקר נמי טעמא בעי כיון דעכ"פ יאוש קנין הוא מאי שנא בהיתרא או באיסורא, וביאר דכיון דק"ל כר' יוחנן דבר תורה מעות קונות ולא משיכה א"כ הא דזוכין בהפקר במשיכה בלא מעות היינו משום דבמציאה ומתנה דליכא דמים משיכה קונה, וא"כ היכא דבאיסורא אתי לידה לא קני במשיכה כיון דאינו קונה במקח, ומש"ה אע"ג דיאוש קני באבידה כיון דאינו קונה אלא במשיכה ומשיכה אינו קונה במקח, לא הוי קנין אלא היכא דבהיתרא אתי לידה. עוד כתב (שם, ב) גבי מימרא דרבה בס"י יאוש אמור רבנן וכו' וכתבו שם תוס' הא דאמר באבידה כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידה ומשמע הא בתר דתיתי לידה לא הוי יאוש ובעי למילף מינה גזילה דהוא בתר דתיתי לידה וכתבו משום דאבידה בתר דתיתי לידה היה צריך עכ"פ להחזיר המעות ובעי למילף מינה גזילה נמי דתקני לגוף הגזילה, וכתב דנראה דבאבידה אליביה דכ"ע בעינן דוקא מייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידה, ואפילו למ"ד יאוש לחודיה קני בגזילה אבל באבידה אינו קונה, והוא לפי הרמב"ן עיי"ש, דכיון דיאוש באבידה בתר דתיתי לידה דלא קנה לאו משום דבאיסורא אתי לידה דאבידה לא מיקרי כלל באיסורא אתי לידה כיון דרשאי ליטלה, ודוקא גזילה מיקרי באיסורא אתי לידה דנטלה בלאו דגזל, אלא הא דאינו קונה בתר דתיתי לידה היינו משום דבתר דאתי לידה הו"ל שומר של הבעלים וידו כידו, ומש"ה ניחא דאמר רבה מוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידה, דבאבידה בתר דתיתי לידה הו"ל שומר אבל בגזילה דאינו שומר דגזלן לא הוי שומר ומש"ה בגזילה קונה ביאוש או דלמא משום דבאיסורא אתי לידה לא קנה.

סעיף ג (עם ס"י שנו/ג ו- שסא/ד)

מהו תוקפו וגדרו ההלכתי של שינוי רשות בגניבה?

באיה אופן קונים כשיש יאוש ושינוי רשות?

קיימא לן יאוש ושנוי רשות קונה, היכי תימצי שמכירה לא תחשב כשנוי רשות?

באילו מקרים יאוש קונה? האם צריך לשלם דמי הגניבה לאחר יאוש שקונה?

מה הדין בקונה מגזלן ואח"כ באו הבעלים ודרשו את הגזילה לאחר יאוש?

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, אמר רב יוסף לא פליגי כאן לפני יאוש הדין עם השני כאן לאחר יאוש הדין עם הראשון ותרוייהו אית להו דרב חסדא (גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו ממנו, רצה מזה גובה, רצה מזה גובה) א"ל אביי ולא פליגי.. ולאביי דאמר פליגי במאי פליגי בדבר חסדא. 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, רב פפא אמר בגלימא דכ"ע לא פליגי דהדר למריה והכא בעשו בו תקנת השוק קמיפלגי רב משמיה דר' חייא אמר הדין עם הראשון דינא דלוקח דלישקול זוזי מגנב ולא עשו בו תקנת השוק ור' יוחנן משום דר' ינאי אמר הדין עם השני דינא דלוקח דלישקול מבעל הבית ועשו בו תקנת השוק.. אמר רבא אם גנב מפורסם הוא לא עשו בו תקנת השוק".

דעת **הרא"ש** דדוקא שנתיאשו הבעלים קודם שמכר או נתן אבל אם מכר או נתן קודם יאוש אינו קונה אע"פ שנתיאשו הבעלים אח"כ, ופוסק כרב זביד וכו' יוחנן וכ"ד **הרשב"א**, ואילו דעת **הרמב"ם** דבין שנתיאשו הבעלים קודם שמכר או נתן בין נתיאשו אחר כך קנה, וביאר **ה"ה** דכיון דרב פפא דהוא בתרא אוקי באוקימתא אחריתא בשלא נתיאשו כלל הדרין לכללין דיאוש ושינוי רשות קני איזה מהם יהיה קודם כיון שיהיו שניהם וקצת נראה כן מההיא דמרובה (סח). דאמר שנתיאשו הבעלים ביד לוקח דהוה ליה יאוש ושינוי רשות.

עוד מבואר **ברמב"ם** ו**הרמב"ן** דהא דמועיל יאוש עם ש"ר היינו לענין שאין הקונה צריך להחזיר גוף הגניבה אבל מחזיר דמים אם לקח מגנב מפורסם משום דבאיסורא אתא לידיה דיאוש כדי לא קני, ו**הרשב"א** ו**ר"י** חלקו שאפילו הדמים א"צ ליתן, דקנה לגמרי והוכיח מסוכה ל' דאמר רב הונא להני אוונכרי כי זבניתו אסא מגוים ליגזו אינהו כי היכי דלהוי יאוש בידא דידהו ושנוי רשות בידייכו מאי אהני דהא מכל מקום האי אסא לא מיקניא להו קנין הגוף דהא אינה אלא כעין משכון דבדמים בעי לאהדורי ואנן בעינן ביום הראשון לכם (וראה לקמן בקצות ב') וכתב **הב"י** דכן משמע **ברש"י** ב"ק קי"ד.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "אם יש עם היאוש שינוי רשות, בין שנתיאשו ואח"כ מכר הגנב בין שנתיאשו אחר שמכר קנה {ויש חולקין (רא"ש ורשב"א) וע"ל סי' שני'} לענין שאין הקונה צריך להחזיר גוף הגניבה אבל מחזיר דמים אם לקח מגנב מפורסם {ויש אומרים (רש"י תשובת הרשב"א וטור בשם ר"י) דאין צריך ליתן לו דמים דקנה לגמרי} ואם לא היה גנב מפורסם, אינו נותן כלל, לא חפץ ולא דמים, מפני תקנת השוק, כמו שיתבאר בסימן שני", וז"ל **השו"ע** שנוג כלשון **הרמב"ם** (עיין בטור ב"י דרכ"מ ופרישה בנוסחתו וגרסתו) "נתיאשו הבעלים מהגניבה, בין שנתיאשו ואחר כך מכר, בין שנתיאשו אחר שמכר, קנה לוקח ביאוש ושינוי רשות" [רשות] {וי"א (רא"ש) דאם נתיאש לאחר שמכר לא קנה לוקח, דאין יאוש ושינוי רשות קונה אלא אם כן נתיאש קודם שמכר וכן נ"ל להורות וע"ל סימן שס"ג} ואינו מחזיר הגניבה עצמה לבעלים - אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם (אף דכבר אכלו הלוקח כיון דמיד שקנה מהגנב זכה בה מתחייב בדמים לא נפטר במה דאכלו אח"כ, רע"א), או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים אם לא היה זה המוכר גנב מפורסם {פירוש דהרי הבעלים צריכין ליתן ללוקח דמי המקח משום תקנת השוק, ולכך המותר מדמי המקח צריך ליתן לו לפי סברא זו (דלוקח לא קני ביאוש ושינוי רשות אלא לגוף החפץ אבל דמים צריך להחזיר אלא שמנכה לו הדמים שנתן משום תקנת השוק, קצות ד', וראה לקמן בסמ"ע), אלא דיש חולקין (ר"י) וס"ל דיאוש ושינוי רשות קונה לגמרי ואין צריך ליתן לו אפילו הדמים (בין קנה מגנב מפורסם או אינו מפורסם, כיון דנתיאש קודם שלקחה דהו"ל יאוש ואח"כ שינוי רשות, אפילו שוה החפץ יותר הרבה מהדמים שנתן לגנב א"צ ליתן לבעל החפץ כלום, שקנהו לגמרי, סמ"ע), וע"ל סימן שני"ג}, ובסימן שסא/ד כתב "יאוש עם שינוי רשות קנה ונתבאר משפטיו בסימן שני"ג".

הש"ך (ד) האריך דעיקר כרא"ש דבעינן היאוש קודם שינוי רשות וכן הוא ברא' רבים וכן ס"ל לרי"ף ודלא כרש"ל בדעתו, ועוד הוכיח כן מדקיי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש הואיל ובאיסורא אתי לידיה, ולפ"ז הא דקיי"ל לקמן סימנים שס"א ושס"ח סתם גניבה הוי יאוש בעלים היינו כשידוע שהבעלים ידעו מהגניבה דאז אמרינן מסתמא נתיאשו הבעלים, ודחה אפשרות לומר דהרמב"ם מחלק בין מכר למתנה, דהא קי"ל רשות מקבל מתנה כרשות לוקח דמי (ועיין נתיבות ב' שדן בשיטות הרמב"ם והרא"ש). **רע"א** תמה איך תלה זה בדאביי הא גם לרבא היכא דבאיסורא אתי לידיה לא קנה דהיינו ביש בו סימן ונתיאשו אח"כ, אלא דרבא ס"ל דיאוש של"מ הוי יאוש מש"ה באין בו סימן דעומד להתיאש הוי יאוש ובהיתרא אתי לידיה.

כתב **הסמ"ע** (שנו, יא) דהרמב"ם ס"ל דלא עשו תקנת השוק בגנב מפורסם וס"ל נמי דאין יאוש ושינוי רשות קונה לגמרי כי אם שאין צריך להחזיר הגניבה בעינא, אבל דמי שויה צריך הלוקח ליתן לבעליה, אבל בקנה מגנב שאינו מפורסם, דאז אף אם לא נתיאשו הבעלים צריכין הבעלים עכ"פ להחזיר ללוקח מה שנתן לגנב בעדה, השתא שנתיאש וקנה גוף הבהמה ביאוש ושינוי רשות, אף דמי הגניבה א"צ הלוקח ליתן לבעלים, דהרי הבעלים היו צריכין ליתן לו דמי שויו, וזה דמסיק הרמ"א (ע"פ שיטתו וגרסתו ברמב"ם) דכיון דמן הדין על הלוקח להחזיר לבעל הגניבה דמי שויה, אלא מפני שעל הבעלים ליתן ללוקח מה שנתן לגנב אין צריך ליתן הלוקח דמי שויו, הלכך כל היתרון בדמי שויו על דמי לקיחתו צריך הלוקח ליתן לבעל, ובסימן שנג (ז) כתב **דנקט הרמב"ם גנב מפורסם** שצריך ליתן לנגזל דמי הגניבה לאחר יאוש, משא"כ כשלקחה מגנב שאינו מפורסם שכן עשו תקנת השוק שהנגזל יחזיר ללוקח מה שנתן בעד, משו"ה כשלקחו לאחר יאוש א"צ להחזיר הלוקח כלל, דאפוכי מטרטא למה לי, דהלוקח יתן לו דמי שוויו והבעלים יצטרכו לחזור ליתן לו הדמים משום תקנת השוק, אולם אפילו לדבריו, שייך חזרת דמים מהלוקח לנגזל אף לאחר יאוש ואפילו בגנב שאינו מפורסם, והוא שדרך הגנב להוזיל הדברים שמוכר ליתנם בפחות משווים, ואותו מותר עד כדי שווים צריך להחזיר הלוקח לנגזל, ולפ"ז א"צ לומר דאיירי דין זה דוקא בגנב מפורסם, ור"ל דלרמב"ם אף בגנב שאינו מפורסם צריך הלוקח להחזיר לבעלים היתרון בדמי שוויו על דמי לקיחתו אף שקנהו ביאוש ושינוי רשות (ש"ך בסמ"ע). **הש"ך (ה)** כתב דהשיגו כולם על המחבר שכתב דלרמב"ם אין הלוקח מחזיר כלום בגנב שאינו מפורסם "ואני אומר כולם שלא כדת השיגו עליו כי הדין עם המחבר והגירסא שנמצא בספרי הרמב"ם "ואם לא היה גנב מפורסם אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים כו' הוא אמת" וכ"כ כל הפוסקים בסימן ל"ז, ותמה (ו) עמש"כ הרמ"א ד"א דאין צריך להחזיר דלפי מה דס"ל למחבר כנ"ל דדוקא בגנב מפורסם צריך להחזיר הדמים א"כ ליכא מאן דפליג עליה, ומש"כ הטור שר"י חולק היינו לפי הבנתו ברמב"ם דגם בגנב שאינו מפורסם צריך להחזיר דמים, ובתוס' ס"ז משמע להדיא דס"ל לר"י דהיכא דבאיסורא אתי לידיה לא מהני יאוש ושינוי רשות וצריך להחזיר הדמים א"כ בגנב מפורסם נמי באיסורא אתי לידיה. עוד כתב דמש"כ הרמב"ם ומחזיר הדמים היינו המותר ששוה ממה שנתן דאל"כ מאי שניא דמים או חפץ. **הגר"א (יג)** כתב דלא כש"ך ו"האמת מ"מ מוכח שגם בגנב מפורסם ס"ל לר"י דא"צ להחזיר הדמים".

הנתיבות (ד) הסכים לדברי הש"ך, והוסיף דאולם אין לסמוך להלכה על דעת הרמב"ם לומר דשינוי רשות ואח"כ יאוש קונה ולסמוך עצמו ג"כ אהנך דס"ל דבמקום שקונה אין צריך ליתן דמים, דבשינוי רשות ואח"כ יאוש נראה דאי אפשר לומר כלל דאין צריך ליתן הדמים, דלא גרע מיאוש דאבידה דאם הגיע לידו קודם יאוש דצריך להחזיר הדמים עכ"פ אף למאן דס"ל דיאוש קונה כיון דאתי לידיה באיסורא, ועוד נראה דבידע שהוא גנוב אף הרמב"ם מודה דאפילו גוף החפץ לא קנה בשינוי רשות ואח"כ יאוש, ולפ"ז אפילו הגיע לידו בפקדון קודם יאוש לא מהני שוב אפילו מכר לו אח"כ אף שנעשה שינוי רשות אחר יאוש, דכיון שנעשה שומר של הבעלים לא הועיל היאוש כלל וכלא נתיאשו דמי.

עוד כתב **הסמ"ע (ח)** ע"פ המרדכי עמש"כ המחבר בסיפא דאם לא היה גנב מפורסם אינו נותן כלל, דאם בא להחזיר ואמר איני חפץ בממון שאינו שלי, צריך להחזיר לבעלים הראשונים.

הקצות (ב) תמה על ראיית הרשב"א מסוכה דאין צריך להחזיר דכיון שגוף החפץ שלו אע"ג דצריך ליתן הדמים אמאי לא הוי לכם, ותדע דהא למ"ד יאוש לחודיה קני ודאי צריך להחזיר הדמים ואפ"ה הוי לכם כדמוכח בפשיטות בסוכה ל' דאמרו דתני גזול ולא שאול לרבנותא דס"ד סתם גזילה יאוש בעלים, וכן בשינוי מעשה ושינוי השם דצריך להחזיר הדמים והוי לכם כדאמרינן שם, ולכן ביאר דודאי שינוי מעשה ושינוי השם קונה את החפץ קנין גמור, וכן למ"ד יאוש קונה נמי קונה אותו לגמרי קנין גמור,

והא דצריך הגזלן ליתן את הדמים היינו על מה שנתחייב משעת גזילה, ואפילו נאבד החפץ נמי צריך ליתן הדמים שכבר נתחייב משעת הגזילה, אבל לוקח שקנה ביאוש ושינוי רשות אין בו שום חיוב כיון דלא גזילה, אלא צריך לומר דקנין שקונה ביאוש ושינוי רשות אינו קנין גמור אלא שיוור בקניינו דאינו קונה אלא גוף החפץ אבל הדמים צריך להחזיר, ובוזה אם נאבד החפץ אצל הלוקח אינו מחייב ליתן הדמים לבעלים כיון דהוא לא נתחייב מעולם אלא שייר בקניינו וכמ"ש ואם נאבד החפץ אינו מחויב בדמים כלל, וכיון דהוי שיוור בקניינו לזה הוכיח הרשב"א דאי נימא דצריך ליתן הדמים ע"כ אינו קונה קנין גמור ושייר בקניינו וא"כ לא הוי לכם [ומש"כ דהו"ל כעין משכון היינו משום דמשכון נמי לדעת כמה פוסקים אין הלוח יכול להקדישו דאינו ברשותו עד שיסלק למלוה את הדמים, וה"נ כיון דהלוקח צריך ליתן דמי החפץ לבעלים והו"ל כמו משכון ואפותיקי ולא הוי לכם, וגבי יאוש דאבידה ליכא חיוב דמים על שעת הגבהה דאבידה אינו אלא שומר חנם או שומר שכר ובנתייבאש מרה מינה אח"כ דאין כאן שום פשיעה אמאי יתחייב בדמים, עיי"ש דהאריך דביאוש למ"ד קני אי הו"ל קנין גמור לגמרי].

עוד גבי החזרת דמי המקח, כתב **הקצות** (שנו, ד) דנראה דהיינו דוקא בידוע בכמה קנה צריך להחזיר המותר, אבל אם אינו ידוע בכמה קנה אין הלוקח צריך לישבע בכמה קנה אותו אלא כיון שהלוקח מוחזק וטוען שקנהו בכך וכך נאמן בלא שבועה, דהא דתנן (ב"ק קיד) ישבע הלוקח כמה הוציא ויטול, היינו קודם יאוש דאז לא קנה החפץ וצריך להחזירו לבעלים אלא משום תקנת השוק נוטל הדמים מש"ה צריך שבועת המשנה, אבל אחר יאוש דהחפץ נקנה לו ואין לבעליו עליו אלא תביעת ממון וכיון דלוקח מוחזק ואינו בא להוציא והבעלים הוא דתבעי מיניה אין נשבעין בטענת שמא. (גבי מש"כ רע"א גבי הפקיד הגזלן אי הוי שינוי רשות ראה שסא/ה).

מה דין חפץ שהפקירו הגנב לענין שינוי רשות?

כתב בגליון מהרש"א דהפקר משמע דהוי שינוי רשות והביא ראיה מסימן שסט/ב דמסירה לרבים הוי שינוי רשות, אך הוסיף "ואפשר דמ"מ כל שלא זכה אחר באותו הפקר, לא מקרי שינוי רשות", ובסימן שסט/ב כתב שלפי הקצות לעיל (א) דלדעת הרמב"ם ששינוי רשות הוא אחד מקנייני הגניבה שזה כל עניינו של השינוי רשות לשיטתו אם כן הוא קנין מכח הגנב ולפי זה אם הגזלן הפקיר אינו קונה מדין שינוי רשות כיון שזכיית השני באה לאחר שכבר אין לגזלן שייכות לחפץ אם כן אין הגזלן יכול לקנות את החפץ על ידי זכייתו של השני ולכך גם השני אינו יכול לזכות בדבר שהרי כל קניינו של שינוי רשות צריך לחול מכח שהגזלן קונה קודם את הגזילה (ראה מתיבתא ילקו"ב ב"ק סז). שהביאו דבריו ומשכ"ש). **בחידושי מנחת שלמה** (ב"ק סז). כתב כמש"כ ר' שלמה איגר בסימן כאן דאם הפקיר הגזלן לא תשיב שינוי רשות כיון דאכתי לא נתרחק טפי מרשות הבעלים עד שלא זכה בו אחר ויש להוכיח כן, דהפקר לא תשיב שינוי רשות, מהא דגזל חמץ ועבר עליו הפסח שאומר לו הרי שלך לפניך והרי כיון דחמץ אסור בהנאה הוי הפקר ותשיב שינוי רשות ומוכח מזה דהפקר לא תשיב שינוי רשות [אך דחה לפמ"ש"כ המקור חיים דחמץ לאחר הפסח חוזר לרשות הבעלים בלא שום קנין ולכן יכול לומר לו הרי שלך לפניך א"כ אין שום ראיה] אך אם הפקיר וזכה בו אחר שפיר חשיב לגביו שינוי רשות, ואף שמצד הגנב לא היה כאן מעשה של שינוי רשות, ולפי הרמב"ם הנזכר שינוי רשות הוא מעשה קנין מ"מ ככה"ג שזכה מן ההפקר מהני גם לרמב"ם מטעם דבהיתירא אתי לידיה שגם הרמב"ם מודה לטעם זה.

סעיף ד

ע"פ משנה ב"ק קיא: וגמ' פסק בשו"ע סע' ד' "אין נקרא שינוי רשות אלא במוכר או נותן, אבל אם מת והורישוהו לבניו - לא, דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, ויתבאר בסימן שס"א, ושם יתבאר עוד אי זה קרא שינוי רשות".

סימן שנד - השביחה הגניבה ביד הגנב

סעיפים א - ב

גנב שגנב כבשה והשביחה כשהיתה ביד הגנב, באיזה מצב יהיה השבח שייך לגנב ובאיזה אופן יהיה השבח שייך לבעלים?

גנב פרה ריקנית ונתעברה אצלו או פרה מעוברת וילדה, למי שייד השבח?

האם יש חילוק בין השביח לפני ייאוש או אחר ייאוש ובין השביח ממילא להשביח ע"י

הוצאה?

משנה ב"ק צג: "גזל פרה מעוברת וילדה רחל טעונה וגזזה משלם דמי פרה מעוברת לילד ודמי רחל טעונה ליגזז גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה רחל ונטענה אצלו וגזזה משלם כשעת הגזילה" **ובגמ' צה.** "תנו רבנן הגוזל רחל וגזזה וילדה משלם אותה ואת גיזותיה ואת ולדותיה דברי רבי מאיר רבי יהודה אומר גזילה חוזרת בעיניה רבי שמעון אומר רואין אותה כאילו היא שומא אצלו בכסף" **ובצה:** "במאי קא מיפלגי אמר רב זביד בשבח שעל גבי גזילה קא מיפלגי רבי יהודה סבר דנגזל הוי ורבי שמעון סבר דגזלן הוי **ורב פפא אמר דכולי עלמא שבח שעל גבי גזילה דגזלן הוי אלא למחצה לשליש ולרביע איכא בינייהו** רבי יהודה סבר שבח שעל גבי גזילה כוליה דגזלן הוי ורבי שמעון סבר למחצה לשליש ולרביע תנן גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה רחל ונטענה אצלו וגזזה משלם כשעת הגזילה ילדה אין לא ילדה הדרא בעינא ולרב פפא דאמר דגזלן הוי הא מני לא רבי יהודה ולא רבי שמעון אמר לך רב פפא הוא הדין אפילו לא ילדה נמי כשעת הגזילה הוא דמשלם והא דקתני ילדה אידי דנסיב רישא ילדה נסיב סיפא נמי ילדה ותניא כוותיה דרב פפא".

ופסק בשו"ע ע"פ הפוסקים **כרבי יהודה ואליבא דרב פפא** וכלשון **הרמב"ם** "היתה הגניבה ביד הגנב והשביחה מאליה 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. (סה. -) **הוציא עליה והשביחה** כגון שפטמה, הרי השבח של גנב אפילו לפני יאוש, וכשמחזיר הגניבה נוטל השבח מהבעלים {וי"א (ראב"ד ורא"ש) דאפילו שבחה מאליה הוא של גנב, אפילו קודם יאוש (דגזזה וילדה קנאה בשינוי), וכל שכן אם גנב כבשה ונתעברה אצל גנב דהשבח של גנב, אפילו תבעוה הבעלים קודם שילדה, הואיל וגנבה ריקנית} (ב. צה. -) הגניבה עצמה שהיא ביד הגנב, ולא נשתנית, חוזרת לבעלים בין לפני יאוש בין לאחר יאוש, אלא שלאחר יאוש השבח לגנב, כמו שנתבאר. (מימרא דרבי אילעאי סה: -) נשתנית הגניבה ביד הגנב, קנאה וקנה שבחה, אפילו לפני יאוש, ואינו משלם אלא דמים, ויתבארו פרטי דינין אלו בסימן שס"ב".

כתב **הסמ"ע** (א-ב) דהרמב"ם ס"ל דלידה וגזזה לא מחשב שינוי לקנות גוף הבהמה ולא השבח על ידה דהו"ל כשינוי החוזר, דהרי חזרה להיות מעוברת וטעונה מגיזה, ומשור"ה אפילו נתעברה אצל הגנב וגם ילדה אצלו ס"ל דלא קנאה (וכ"ד הש"ך ב' ודלא כרב המגיד והמחבר), ומש"כ 'משלם' אותה, לאו דוקא קאמר משלם דמשמע דנותן דמים בעדה, אלא נוטל הכבשה בעינה כיון שלא קנאה בשינוי, והרא"ש ס"ל כשתחזור להיות מעוברת או טעונה גיזה הו"ל כפנים חדשות, ולא מיקרי שינוי החוזר אלא מחשב שינוי גמור והשבח הוא שלו, וגם הכבשה בעינה תשאר בידו שקנאה בשינוי אלא שמשלם לבעלים הגנב דמיה (ומש"כ הטור דהראב"ד והרא"ש פליגי ארמב"ם אינו אלא במה דס"ל דלידה וגזזה לא הוי שינוי, אבל פשיטא בשבח דעלמא הבא מאליה ולא נשתנית פשיטא דאינו של גנב קודם יאוש דבמאי לקני אבל, כלומר במה דס"ל לרמב"ם דביאוש אפילו בלא שינוי קונה השבח דממילא ובלא יאוש לא קנה לא אשכחן דפליגי עליה, ש"ך ד'), ומש"כ המחבר 'משלם כשעת הגניבה' ר"ל אם היתה טעונה קצת בשעת גניבה ונשתתה ביד הגנב עד שנתרבה בגיזה ובולדה, וצ"ל דהרמב"ם מחלק, דכל שעדיין לא גזזה וילדה, דאז הבהמה עם הגיזה והולד צריך להחזיר לגנב, והגנב צריך ליתן לגנב דמי השבח שנשבח ביד הגנב (ומש"כ הטור דהפריה והולד לגנב תמיה לי מנ"ל הא וברמב"ם לא משמע כן, ש"ך ג'), ואם כל הגיזה נתגדל מיום שבאה ליד גנב צריך לשלם לגנב כל השבח בדמים, ואם כבר ילדה אצל הגנב אזי מחזיק הגנב גם בפרה אגב ולדה והוא נותן דמי השבח כמו שהיה בשעת הגניבה לגנב.

סעיף ג

גנב בהמה והתיקרה בשעת העמדה בדין לפי איזה זמן ישלם?

ב"ק סה. "אמר רב **קרן** כעין שגנב תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין מאי טעמא דרב דאמר קרא גניבה וחיים אמאי קאמר רחמנא חיים בגניבה אחייה לקרן כעין שגנב... כי קאמר רב ביוקרא וזולא הוא דקאמר היכי דמי אילימא דמעיקרא שויה זוזא ולבסוף שויה ד' זוזי קרן כעין שגנב

לימא פליגא דרב אדרבה דאמר רבה האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה מעיקרא שויה זוזא ולבסוף שויה ד' זוזי תברה או שתייה משלם ד' איתבר ממילא משלם זוזא אמרי כי קאמר רב כגון דמעיקרא שויה ד' ולבסוף שויה זוזא קרן כעין שגב תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין".

וז"ל השו"ע "גנב בהמה או כלי וכיוצא בהם, ובשעת גניבה היה שוה ארבעה ועכשיו בעת 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".

כתב הסמ"ע (ה) דהמחבר לא התייחס לכפל ותשלומי ד' וה' ואילו הטור ביאר דינם משום שיש נ"מ אם תפס, שם כתב ע"פ הרא"ש בסוגיין דכפל משלם כשעת העמדה בדין וד' וה' כשעת טביחה ואם הוקר או הוזל בין טביחה או שבירה להעמדה בדין לעולם בתר טביחה או שבירת הכלי אזלינן ואם הכלי בעין שלא נשבר משלם הכפל כפי העמדה בדין וכחשה ופטמה דהוי ממילא כיוקרא וזולא דמי שאם היתה כחושה ונתפטמה מאליה וטבחה ומכרה משלם הכל לפי מה ששוה עכשיו היתה שמנה והוכחשה משלם הקרן כדמעיקרא וכפל וד' וה' כדהשתא אבל אם הוציא עליה יציאה והשמינה בין קרן בין כפל וד' וה' אינו משלם אלא כדמעיקרא וכן אם הכחישה הוא משלם הכל הקרן והכפל וד' וה' כשעת הגניבה.

עמ"ש"כ המחבר בסיפא 'או אבדו' דמשלם כשעת העמדה וכיוקרא פירש הסמ"ע (ז) דהיינו בפשיעה, והקצות (ב) חלק והך אבידה היינו אבידה בידים דהוא מזיק ממש, אבל אבדו בפשיעה אין הגזלן מתחייב בכך דגזלן אינו שומר ואפילו שומר חנם לא הוי וכן מבואר בתוס', וכיון דלא הוי שומר אינו מתחייב אלא על שעת גזילה ואינו חייב כשעת איבודו מהעולם אלא בתברא או שתיה דהו"ל מזיק ממש, אבל על שעת הפשיעה אין הגזלן חייב כיון דאינו שומר, וכ"כ הרא"ש להדיא, וממילא נשמע דהיכא דמעיקרא שויה זוזא ולבסוף שויה ארבעה ונאבדה בפשיעה כיון דגזלן לא הוי שומר אינו משלם אלא זוזא כשעת הגניבה, וא"כ הא דכתב בשו"ע שברו או אבדו משלם ארבעה מיירי שברו בידים ואבדו בידים דהו"ל מזיק ממש, וכע"ז בקיצור בנתיבות (ג), אולם בפת"ש (ב) כתב שהשער משפט הסכים לסמ"ע וכ"כ עוד פוסקים.

סעיף ד

ע"פ ב"ק סה. פסק בשו"ע "גנב כחושה והשמינה או שמינה והכחישה, משלם כשעת גניבה (דאמר ליה הגנב אנא מפטמינא ואתה תשקול הפיטמא, ובשמינה והכחישה מצי אמר ליה הגנב מה לי מתה כולה מה לי מתה פלגא וכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה) { (טור -) והא דגנב כחושה והשמינה משלם כשעת הגניבה, דוקא שהוציא עליה הוצאות, אבל נתפטמה ממילא הוי כאילו הוקרה (דאם הוקרה ממילא ומתה מעצמה דמשלם כדמעיקרא בזול, ואם שחטה בידים משלם כשעת שחיטה ביוקר וה"נ בפיטום דממילא, סמ"ע [נדלא כתוס'] וקיצור פסקי הרא"ש דאפילו השמינה מעצמה משלם כדמעיקרא, פלפולא חריפתא), ואם שחטה משלם כשעת העמדה בדין".

בסמ"ע (ט) האריך לדחות שיטת הלבוש בתשלומי כפל וד' וה' בסוגיין.

סעיף ה (עם סי' נסב/יג נפז/א תג/א)

הגנב והגזלן ששברו את הכלים שגנבו האם חייבים לשלם חדש או משלמים את שווי השברים? ומה הדין במזיק?

מפני מה אין שמין לגנב ולגזלן ומה הדין באם הבעלים רוצים את השברים והאם יש הבדל באם נשתנה שם החפצא על ידי השינוי או שנפחת סתם? מה הדין במזיק?

גזל חפץ מחבירו ונשבר, הגזלן רוצה להחזיר את החפץ השבור ששויו פחות וישלם את המחיר שהיה שוה לכתחילה והנגזל מסרב, איך הדין?

ב"ק יא: "אמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין ואני אומר אף לשואל ואבא מודה לי והלכתא אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לשואל" ופירש רש"י "אם גנב או גזל בהמה או כלי ונפחתו אצלו אין שמין הנבלה והשברים לבעלים שיחזיר הגנב הפחת אלא ישלם בהמה וכלי מעליא והשברים שלו".

וז"ל השו"ע ע"פ הרמב"ם "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 {ודוקא דאית ליה מעות, אבל אי לית ליה לא גריעי שברים אלו משאר מטלטלין (נ"י) [ודלא כרש"י כדלקמן בש"ך, ראה שלי"ג]} , ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור וישלם להם הפחת, שומעין להם (ה"ה): שזו תקנה היא לבעלים ואם לא רצו הרשות בידן, ור"ל דבע"כ של גזלן מוציאין ממנו השברים דאי לרצונו פשיטא כיון שהם מתרצים, וצ"ע למה לא קנה הגזלן בשינוי מעשה, ¹ ואולי בששמו עליו – סמ"ע – ר"ל שלא נשבר הכלי אלא מעט ועדיין שם הראשון נשאר ע"ג הכלי, ובסימן שסב/ג תירץ הסמ"ע ² דמירי כשאין לגזלן מעות ובא לשלם לנגזל במטלטלין, בזה קאמר דיכול הנגזל לומר הואיל ובאת לשלם לי במטלטלין שלא כדיני, שדיני במעות דוקא, לפחות תן לי שברי כלי שלי שבהן ניחא לי טפי מבשאר מטלטלין וזה כוונת הרמ"א לעיל, וראה קצות ג'". ז"ל השו"ע שסב/ג "הגוזל כלי ושברו אין אומרים יתן השברים וישלם עליהם, ודינו כמו שנתבאר בסימן שנ"ד (סע' ה')", ובסימן שפז/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 (סמ"ע): כוונתו אע"פ שהזיק והרג ראובן 'בידו' לבהמת שמעון או שבר כליו, לא אמרינן דראובן יקח לעצמו הנבילה או שברי הכלי וישלם לשמעון בהמה או כלי חדש", ובסימן תג/א "שמין השברים בנזיקים, אם שבר כלי הוא או בהמתו אין אומרים יתן לו כלי שלם ויקח השברים, אלא שמין כמה נפחתו דמיו בשביל השבירה, ויקח הניזק השברים, והמזיק ישלם עליהם".

כתב הסמ"ע (י) דאף דבנזיקין אמרינן דיינתנו שברים לבעלים כבסימן שפ"ז, התם היינו טעמא דכתיב 'והמת יהיה לו', וקיי"ל כמ"ד בב"ק י' ע"ב לו לניזק, אבל בגנב כתיב חיים שנים ישלם, וכן בגזילה דסימן שסב הדין כן משום דכתיב ביה 'והשיב את הגזילה אשר גזל' ודרשינן כעין שגזל.

כתב הש"ך (ז) דדברי הרמ"א קשה להולמן, דזו הוא שיטת הרמ"ה דס"ל הא דאמרינן בש"ס אין שמין לא לגנב ולא לגזלן היינו דאינו נותן לו השברים בשומא כמו שהיתה שוה בשעת הגניבה אבל אם רוצה ליתן לו השברים כמו שהם עכשיו יכול ליתן לו, אבל לדעת רש"י תוס' רא"ש וטור קאי אשברים שאין יכול ליתן לו השברים רק הכלי שלם או דמיו, ולא קיי"ל כרמ"ה וכמבואר בני"י ורש"ל, ועוד דלו יהא שפסק כרמ"ה היה לו לפסוק שאפילו יש לו מעות יכול ליתן השברים, והרמ"ה שחילק בכך לטעמיה אזיל דס"ל דבכל מזיקין אם יש לו מעות צריך ליתן לו מעות אבל אגן דלא קיי"ל כוונתה לקמן סימן תי"ט דאפילו יש לו מעות נותן לו אפילו סובין, א"כ ה"ה הכא, וצ"ל דהרמ"א בא להוציא מדברי הרמ"ה דהיכא דאין לו מעות וגם אין יכול ליתן לו הכלי שלם וזה רוצה ליקח מטלטלין שבוה גם רש"י וסיעתו מודים שיכול ליתן לו השברים בתוך שאר מטלטלים כמבואר ברמ"ה דלא גרע שברים אלו משאר מטלטלין, וכתב (שסב, ו) דמש"כ הסמ"ע (לעיל) לבאר הרמב"ם ע"פ הרמ"א דמירי שאין לו מעות ורוצה הנגנב השברים ובכך יישב קושיית הרב המגיד, אין לשון הרמב"ם והמחבר מורין כן.

כתב הש"ך (שפז, א) גבי מזיק דהיינו כשאין אפשר לתקן הכלי אבל אם אפשר לתקנו מחויב המזיק לתקנו.

סעיף ו

ע"פ ב"מ ז. וב"ק ע. פסק בשו"ע "גנב או גזל ולא נתיאשו הבעלים, אינם יכולים להקדיש לא הגנב והגזלן ולא הבעלים (הגנב והגזלן לפי שאינו שלו, והבעלים לפי שאינו ברשותו, וכתב ואיש כי יקדיש את ביתו, מה ביתו ברשותו אף כל דוקא שהוא ברשותו), 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".

[הקצות (ד) האריך בדברי התוס' דכל היכא דלא ידע הו"ל דבר שאינו ברשותו אף על גב דציית דינא, ועוד כתב (ה) דאפילו למ"ד יאוש קני נמי לא אמרינן בזה זכין לאדם שלא בפניו, עיי"ש].

סימן שנה – גנב שהחזיר הגניבה שלא מדעת הבעלים

סעיפים א – ג

משנה ב"ק קיח. "הגונב טלה מן העדר והחזירו ומת או נגנב חייב באחריותו ואם לא ידעו הבעלים לא בגניבתו ולא בחזירתו ומנו את הצאן והיא שלימה פטור מלשלם", ובגמ' "אמר רב לדעת צריך דעת שלא לדעת מנין פטור וכי קתני ומנו את הצאן והיא שלימה אסיפא, ושמואל אמר בין לדעת בין שלא לדעת מנין פטור וכי קתני והיא שלימה פטור אכולה, ורבי יוחנן אמר לדעת מנין פטור שלא לדעת אפילו מנין נמי לא צריך, וכי קתני ומנו את הצאן והיא שלימה ארישא אמר רב חסדא אמר לדעת מנין פטור שלא לדעת צריך דעת וכי קתני ומנו את הצאן והיא שלימה ארישא אמר רבה מאי טעמא דרב חסדא משום דאנקטה נגרא ברייתא", וכתב הר"ף "מסתברא לן דהלכתא כרב חסדא דהא רבה כוונתה סבירא ליה ועוד דטעמא דיליה מסתבר והני מילי בבעלי חיים משום דאנקיט להו נגרא בריתא אבל מידי דלאו בעלי חיים כגון סלע מן הכיס וכיוצא בו הלכתא כרבי יוחנן דקיימא לן דכל רב ושמואל ורבי יוחנן הלכה כרבי יוחנן ורב חסדא לא פליג עליה דרבי יוחנן אלא בבעלי חיים משום דאנקיט להו נגרא בריתא אבל מידי דלאו בעלי חיים לא פליג, הילכך הלכתא כרבי יוחנן דאמר לדעת מנין פטור שלא לדעת אפילו מנין לא צריך, והא דתני חדא (ב"ק קיח: ב"מ סד.) הגוזל את חברו והבליע לו בחשבון יצא ותניא אידך לא יצא אסיקנא דכולי עלמא מנין פטור וכולי עלמא אית להו דרבי יצחק דאמר (שם, ב"מ כא:) אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה והא דאחדר לכיסיה ולא קשיא הא דקתני יצא דאית ליה זוזי בכיסיה דכיון דאדם עשוי למשמש בכיסו הרי מנאו לאחר שהחזירו ולפיכך יצא דמנין פטור והא דקתני לא יצא דאחדר לכיסיה דלית ביה זוזי דכיון דלית ביה זוזי לא ממשמש ביה ולפיכך לא יצא דהא לא ממשמש ביה הילכך אי מתביד או מגניב ברשותא איגניב ומחייב באחריותה, ובפרק איזהו נשך (ב"מ סג:) אמרינן אמר רב נחמן האי מאן דיזיף פשיטי מחבריה ואשכח בהו טפיאתא אי בכדי שהדעת טועה חייב להחזיר ואי לא מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי אי איניש תקיפא הוא דלא יהיב ליה מתנה מאי אמר ליה אימור מגזל גזליה ואבלע ליה בחשבון דתניא הגוזל את חברו והבליע לו בחשבון יצא וכן הלכתא", וכ"ד הרמב"ם והרא"ש.

וז"ל השו"ע "הגונב חפץ מבית חברו 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 שיוודענו שהחזיר לכיס פלוני, ואם לא ידעו הבעלים שנגנב מהם, מיד כשהחזירם למקומם יצא אע"פ שלא מנאום הבעלים (וכתב הרשב"א על דברי הר"ף דיש מפרשים בהיפך הא דתניא לא יצא בדאית ליה זוזי בכיסיה ולא ידע כמה והא דתניא יצא בדלית ליה ודברי הרב עיקר, ואכן בסמ"ע ב' הביא דעת הרא"ש דאפילו החזירו לכיסו שיש לו בו מעות לא נפטר עד שידע כמה מעות היו בו כבר, נמצא כשימשמש בו ידע שהחזירה לו הגניבה שהרי יש בו מותר, אבל הר"ף ס"ל דמהני כשנתן המעות לכיסו שיש בו מעות דמסתמא אדם יודע כמה יש לו מעות כיון דרגיל למשמש בכיסו תמיד וכתבו הב"י והדרכ"מ דכן עיקר) (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 (וכתב ה"ה דיש מי שכתב שאם היה השה נקוד וטלוא ואין כמותו בעדר אם ידעו הבעלים בגניבתו והחזירו לעדר אע"פ שלא מנו את הצאן הרי הוא כמנוי ופטור שהרי הוא ניכר וכן נראה קצת מן הסוגיא אשר שם דמודה רב ברקועתא, אבל לא הביאנו בהלכות וגם רבינו סתם, ואילו הסמ"ע ד' הביא דעה זו) 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 שיוודע את הבעלים כדי שישמרו את הטלה הגנוב, שהרי למדו דרך אחרת חוץ מדרך שאר הצאן שבעדר זה. (ג) (כר"ע בברייתא שם וכאוקימתא דרב זביד משמיה דרבא -) בד"א שנפטר כשמחזיר למקומו, בגנב הגונב מבית הבעלים, אבל שומר שגנב מרשות עצמו, כגון שהופקד אתו כיס או

טלה ויש עדים שגנבו, אע"פ שיש עדים שהחזירו למקומו חייב באחריותו עד שיודיע לבעלים, שהרי כלתה שמירתו ואינו עוד שומר עליו והרי הוא כאילו לא החזירו עד שיודיע לבעלים".

כתב **הסמ"ע** (ו) דדקדקו הרמב"ם והטור (בסעי' ג') דאיידי בעדים דאי לאו הכי כיון שהחזיר הגניבה מעצמו הרי ראינו שעשה תשובה ולא היינו אומרים שלא ניחא לבעלים להיות שומר עליה עוד, משא"כ כשראו עדים שנגנבה אמרינן דהחזירו מיראת העדים, ואילו **הש"ך** (א) כתב דהא דנקטו עדים היינו לאפוקי דאילו כופר שלא גנב או משום סיפא לאשמועינן רבותא דאע"ג דאיכא עדים שהחזירו חייב, וברמב"ם פשיטא דלא נקט עדים אלא לומר דחייב בכפל, אבל באמת ה"ה במודה שגנבו דדינו כיש עדים לענין דחייב באחריותו עד שיודיע לבעלים.

עוד גבי סעי' ג', כתב **רע"א** דכתבו הרמב"ן והרשב"א דאף במחזיר לבית בעלים תורת גנב עליו עד שיודיע ממש לבעלים, דכיון דהבעלים יחדו לחפץ זה מקומו בבית השומר ואין ברצונם להיות בביתם, משו"ה לא מקרי חזרה לרשות בעלים.

סימן שנו – אסור לקנות שום דבר מהגנב והקונה מגנב מפורסם או אינו מפורסם

סעיף א

ע"פ לשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "אסור לקנות מהגנב החפץ שגנב ועון גדול הוא שהרי מחזיק ידי עוברי עבירה (ע"פ **משנה קיח: וגמ')** וגורם לו לגנוב גנבות אחרות שאם לא ימצא לוקח אינו גונב (דאמרינן לא ועכברא גנב אלא חורא גנב – **קידושין נו: (ו)** {וכן אסור לסייע לגנב בשום דבר כדי שיגנוב (**ריב"ש**, גבי נפח שעשה לאשת ראובן שני מפתחות בהסתר פנים מבעלה ונתנה לו שכר הרבה עבורם, ראוי לעונשו על בלי הגיד לבעלה, שכבר היה לו להבין שלא על חנם ריבתה במחיר שני המפתחות, אלא שהיתה כונתה לגנוב מנכסי בעלה וסייע בגניבתה, **ב"י וסמ"ע**)"}".

כתב **הסמ"ע** (ב) דאע"ג דאפשר לגנב להוליכו במקום אחר שלא יכירו אותו שהוא גנב, מ"מ לא יהיו מצויים לגנוב, וה"ק כשלא ימצא לוקח מהגנב ודאי לא היו גונבים, משו"ה כל אדם יחדל מלקנות כדי שלא יהא רגיל לגנוב.

כתב **הפתי"ש** (א) דבבאה"ג (ס"ס של"ד) כתב בשם תקנות **מרבני גרשום** שהובאו בתשובת מהר"ם מרוטנבורג דחרם שלא ליקח גניבות הגוים כגון גביע או בגדיהם וספרי תפלות ומשמשיהם מפני הסכנה, והביא תשובת **הצמח צדק** אודות ישראל מכרו לישראל אחר, ומתוך שיד הכומרים תקיפה הוצרכו הקהל משל כומרים הוא ואותו ישראל מכרו לישראל אחר, ומתוך שיד הכומרים תקיפה הוצרכו הקהל לרצותם ברצי כסף ועתה רוצים הקהל להפרע מהישראל שני כי הראשון עני הוא, והאריך דמי שעובר על זה מיקרי רודף וגורם סכנה לציבור לכך דבר פשוט שצריך לשלם לקהל כל היזקם, ומיקרי רודף, וגבי הטענה שהוא לא קנה מהגנב אלא מישראל, לאו טענה היא, כיון דהוא נמי ידע שהוא מדברים שאסור להתעסק בהם לא היה לו לקנות מישראל ראשון וגם 'השנ' **הי חורא**, ולכן אפילו אי היו יכולים הקהל להפרע מהראשון יכולים להפרע מן השני כיון דאיסורא אצלו.

סעיף ב

מה היא "תקנת השוק" בגנב ובאילו מקרים לא נתקנה תקנה זו? מה הדין במתנה, האם על כל דבר חלה תקנה זו? האם תקנו גם ב"גנב מפורסם"?

מה הדין הקונה מגזול ואח"כ באו הבעלים ודרשו את הגזילה בין לפני יאוש ובין לאחר יאוש (ראה שנג"ג)? מה הדין בקרקע? מה הדין בספרים? (לקמן)

האם יש תקנת השוק בבהמה, עבדים ובלוקח מעכו"ם?

ע"פ ב"ק קטו. (הובא לעיל בסימן שנג/ג) וכו' יוחנן בשם ר' ינאי וכאוקימתא דרב פפא פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "הגונב ומכר ולא נתיימשו הבעלים" {וע"ל סימן שס"ח} (אבל סתם גניבה הוי ייאוש בעלים אם נודע שהבעלים ידעו מהגניבה אבל בגנב עכו"ם אפילו סתמא לא הוי ייאוש, ש"ך, וראה לקמן), 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 (מפני שקנאו בפרהסיא בשוק, ואם לא יחזירו לו דמים נמצא שלא יקנה אדם מחבירו דבר מחשש שמא גנב הוא ויוציאו מידו בלא דמים, סמ"ע) והבעלים חוזרים ועושים דין עם הגנב. ואם גנב מפורסם הוא (דווקא מפורסם שגנב ולא איירי ברשע בדברים אחרים שדינו כאינו מפורסם, ש"ך בשם רב הא"י) לא עשו בו תקנת השוק ואין הבעלים נותנים ללוקח כלום, אלא חוזר הלוקח ועושה דין עם הגנב ומוציא ממנו דמים שנתן לו {ווי"א (רא"ש) דאף בגנב מפורסם עשו תקנת השוק (ולמד כן ממסקנת הגמ' בסוף כל הבעיות "והלכתא בכולהו עשו בו תקנת השוק לבר מגנב ופרע בחובו גנב ופרע בהיקפו" דמה צורך להוציא פרע בחובו פרע בהיקפו דליכא בהו פלוגתא, מכלל דכל אינך עשו בו תקנת השוק, אפילו בגנב מפורסם, והרמב"ם והרא"ש בשם תוס' פסקו כסתמא דרבא דלא עשו בגנב מפורסם) וצריך להחזיר ללוקח מעותיו, אלא אם כן ידע הלוקח שזה הדבר שקנה גנוב שאז צריך להחזיר בלא דמים (מרדכי -) (ואפילו הגנב רוצה) (גירסת הסמ"ע וראה לקמן) אין צריך להחזיר לו מעותיו, דודאי נתן לו לשם מתנה, הואיל וידע שאינו שלו וקנאה (והש"ך ז' חלק דצריך הגנב להחזיר המעות וכן הוא לפי מסקנת המרדכי)"}.

הש"ך (ו) פסק דעיקר כמחבר דכיון דתקנת השוק היא תקנה ומדינא צריך להחזיר בחנם אין לך אלא מה שתיקנו והבו דלא לוסף עלה ונקטינן דבגנב מפורסם לא עשו בו תקנת השוק וכ"נ ברי"ף (ודלא כב"י שאינו מוכח בדעתו) וכ"פ בתשובות הגאונים ראב"ן ועוד, ודלא כרש"ל שפסק כרא"ש.

כתב הסמ"ע (ד) דמש"כ המחבר דהוכר הגנב, לרבותא כתב כן, דאע"ג דהוכר הגנב לא אמרינן דיחזירו הלוקח להבעלים בלא דמים ויוציא מעותיו מהגנב, וכ"ש אם לא הוכר הגנב (שצריך שיתן ללוקח מעותיו, ב"י בשם הרשב"א, דבלא הוכר אפילו לרב עשו תקנת השוק).

[כתב הש"ך (ג) דבכל הסימן מיירי דאיכא עדים שראוהו ביד הלוקח דאל"כ הוי טענינן ללוקח כי היכא דטענינן ליורש].

עוד כתב הש"ך (ד) דבתשובת מהרשד"ם פסק דבעבדים ובהמה לא עשו תקנת השוק ואין דבריו מוכרחים ובתשובת מהראנ"ש כתב דעבדי כמטלטלי בענין תקנת השוק דבכל מילי דרבנן עבדא כמטלטלי (ובסימן שעא/א נראה בש"ך בפשיטות דבריו שאין תקנת השוק בעבדים) (ערוה"ש: אבל בקרקע לא שייך תקנת השוק כמבואר בסימן ס' וראה לקמן גם [וכ"כ בהג' אשר"י "שמא גבי מקרקעי לא עשו תקנת השוק כמו שמשמע בתוס'"] וראה סימן שעא/א, ובסימן שס/א מבואר דגם לא עשו תקנת השבים בקרקע). רע"א כתב דמבואר בתשובת רש"ך דבבהמה ודאי איכא תקנת השוק. גם הקצות (א) כתב דעבדי כמטלטלי לענין תקנת השוק שהרי לכל מילי דרבנן הוא כן, ובבהמה עשו תקנת השוק וכן מוכח בב"ב מ"ג במכר לו פרה וטלית מעיד לו עליה ומכר לו בית אינו מעיד ומוקי לה ביאוש ושינוי רשות וכ"פ בשו"ע סימן לז/ז ואי נימא דבבהמה לא עשו תקנת השוק א"כ בפרה אכתי נוגע בעדות, דאע"ג דקניא לוקח ביאוש ושינוי רשות אינו קונה אלא החפץ אבל צריך להחזיר דמי הפרה ואפילו בגנב שאינו מפורסם כיון דלא עשו תקנת השוק בבהמה ומוכרח דבבהמה עשו תקנת השוק.

עוד הביא הש"ך (ד) דכתבו הב"י והדרכ"מ דדעת הרשב"א דבמתנה לא שייך תקנת השוק ודעת הרא"ש דבמתנה נמי עשו תקנת השוק, והב"י בסימן ס' כתב דסוגיין דעלמא כרא"ש, אולם הש"ך האריך לחלוק דודאי הרא"ש מודה כאן דבמתנה לא שייך תקנת השוק, דהיאך יעלה על הדעת שעשו תקנת השוק דהא אפילו במכר צריך להחזיר מדינא בלא כלום אלא שעשו תקנת השוק דאל"כ לא יקנה אדם מחבירו מחשש גנבה וזה לא שייך במתנה וגם תימה דודאי מתנה גרע מגנב ופרע בחובו או בהיקפו דלא עשו תקנת השוק, ולא קאמר הרא"ש התם אלא בשעבד לו מטלטלי אגב קרקע (דנהגו עכשיו דאין מגבין לב"ח ממטלטלי שמכר או נתן דאל"כ לא יקנה אדם שום מטלטלים מחבירו לכך אמרינן דמ"ש בשטר חוב דשעבד לו מטלטלי אג"ק לא מהני לענין זה שיטרוף מהלקוחות וכמאן דלא כתיב דמי והלכך כיון דכמאן דלא כתיב דמי פשיטא נמי שאין טורפין ממה שנתן הלוח במתנה) משא"כ הכא בכליו שהם ידועים שהיו שלו וזה גנבם ונתנם במתנה פשיטא שמוציאין מידו בחנם, וכן עיקר וכ"פ עוד פוסקים דבמתנה לא שייך תקנת השוק, ודלא כסמ"ע בסימן רנב (ו).

עוד כתב **הש"ך** (ו) ע"פ הרמב"ן תוס' ועוד דב' לוקח מעכו"ם איכא נמי תקנת השוק וכן נראה משא"פ שלא חילקו, ודלא כבעל המאור הסובר דלא עשו בעכו"ם תקנת השוק.

כתב **הב"י** (באה"ג) בשם **הרשב"א** דאפילו בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר עשו תקנת השוק דמאי שנא ואם אי אתה אומר כן אין אדם קונה דברים העשויים להשאיל ולהשכיר.

גבי מח' הסמ"ע והש"ך בסיפא דרמ"א (לעיל) בידע הלוקח דגניבה היא דדעת **הסמ"ע** (ט-י) דאפילו הגנב אין צריך להחזיר ללוקח המעות, והביא ראיה מדינא דקונה שכן גזולה בב"מ ט"ו וסימן שע"ג דמעות מתנה, **והש"ך** (ז) תמה דאדרבה "נהפוך הוא" דהתם קי"ל כרב דמעות מ"מ יש לו והמרדכי דיבר בשיטת שמואל, וכ"פ מהרש"ל (ב"ק י, לב) – "דמסתמא אין חילוק בין מקרקעי למטלטלי לענין זה [דמכירה שאינה שלו, ח.פ], ומיהו מאחר דפסקין הלכה כרב ב"מ ט"ו ע"ב, דיש לו מעות, ה"נ יש לו מעות מן הגנב שמכרו". ועוד האריך הש"ך דלא כרש"ל ואפילו שמואל מודה כאן דדוקא בקרקע שאינה נגזלת אמרינן אדם יודע שקרקע אין לו ונתן לו לשם מתנה משא"כ הכא י"ל דהלוקח סובר שיקנה המטלטלים ביאוש ושינוי רשות ואף על גב דע"כ מלמד מיירי הכא דלא נתייבש דאל"כ סתם גניבה הוי יאוש מ"מ הלוקח סבר דנתייבש, ועוד יש לחלק דשאני מטלטלים דהלוקח חושב שמא לא ימצא הגנב ולא יודע המטלטלים היכן הם משא"כ בקרקע דכל היכא דאיתיה ברשותיה דמרא איתא, וביאר הש"ך דכתב כל זה אף דקי"ל כרב, משום דלגבי מקדש אחותו קי"ל כשמואל דהמעות מתנה כמבואר באב"ה סימן נ', ולמרדכי וסיעתו אם היה הגנב אחיו או אחותו היה נראה שהמעות מתנה ולדידי אין המעות מתנה, עיי"ש.

הנתיבות (ב) כתב ליישב דעת הסמ"ע ברמ"א דשאני הכא כיון דאינו יודע אם יחול המקח מספקא ליה שאפשר שיקנה המקח דהא אפשר שכבר נתיבש ויקנה אותו ביאוש ושינוי רשות, או אפשר שנתיבש אח"כ ויקנה בשינוי רשות ואח"כ יאוש לרמב"ם, ואדעתא דספק זה נתן, המעות מתנה דאדעתא דספק זה קנהו, ועוד, דלפי דעת הש"ך לא משכחת שינוי רשות ואח"כ יאוש בידע שהיא גזולה, דהא אדעתא דפקדון נתן ולא אדעת קנין. גם בפת"ש (ד) כתב שהכנס"י יישב דעת הסמ"ע וסיים דפסקין בקונה מגנב מפורסם והכיר בעת הקניה שהדבר גנוב ובזמן הזה דכל גניבה צריכין להחזיר ולא מהני יאוש יפה פסק הרמ"א בלי פקפוק דאין צריך הגנב לשלם, וכ"ד **השב"י** ומחלק בין קרקעות דכותבין שטר ואחריות טעות סופר והוי כאילו כתב בה אחריות לא אמרינן מעות מתנה, ובין מטלטלין דלאו בני שטרא וליכא למימר גביהו אחריות טעות סופר, וה"ה במקרקעי היכא דכתב בפירוש בלי אחריות, בזה מעות מתנה.

האם יש תקנת השוק בהגיע לבעלים לפני הלוקח?

כתב **הש"ך** (ד) ע"פ ר"מ אלשיך שאם בא הדבר הגנוב אחר שנמכר לבעלים א"צ לשלם ללוקח מעותיו אף שידוע שקנהו מתחלה דלא שייך ביה תקנת השוק כיון שהוא עתה ביד בעלים הראשונים, וביאר **הנתיבות** (א) דר"ל שבא החפץ לבעלים קודם שבא ליד הלוקח דבכה"ג מיירי בסימן קכ"ו, ובזה מסתברים דבריו שהבעלים יכולין לומר אני הצלתי לעצמי חפצי מהגנב ומה לי בכך שאתה קנית בקנין סודר מהגנב דהא אין קנין שלך נתפס, אבל כשכבר הגיע החפץ ללוקח ונתן דמים לגנב, אף שהבעלים נתפסו החפץ מהלוקח חייבים להחזיר הדמים מפני תקנת חכמים, דודאי לא מהני תפיסה לפטור מהדמים שתיקנו חז"ל לשלם מפני תקנת השוק.

מה הדין בספרים גבי "תקנת השוק"?

קנה ספר תורה שניצל מהשוואה באירופה ונמצאו יורשיו?

מה הדין אם אמר הקונה לטובה נתכוונתי?

כתב **הרמ"א** "ואם אמר הלוקח לטובה נתכוונתי (וכן אפשר לעשות לכתחילה, פסקי המשפט) נאמן וצריך להחזיר לו מעותיו אפילו בגנב מפורסם לכ"ע (תוס' קי"ד ומרדכי)".

כתב **הש"ך** (ח) דמבואר בתוס' דהיכא דהיה יכול להוציא מהגנב אף אם לא היה זה קונה א"צ להחזיר מעותיו, וכתב **הקצות** (ג) דמבואר מהתוס' דהיכא דלא אמר להציל נתכוונתי אינו נוטל מה שנתן אלא

משום תקנת השוק והיכא דלא עשו תקנת השוק כגון בגנב מפורסם אינו נוטל כלום, אמנם נראה דאפילו אינו מתכוין להציל נוטל לפחות מה שההנהו כיון דלא היה יכול להציל בענין אחר, וכמבואר מדברי תוס' ב"ק נ"ח ד"ה 'אי נמי מבריה ארי', אלא דהיכא דכיון להציל ולהשיב אבידה נוטל כל מה שהוציא ונתן בעד החפץ, והיכא דיכול להציל בלא דמים והיה יכול לתבוע מבני אדם שלנו בתוך ביתו אין לו כלום במקום דלא עשו תקנת השוק כגון בגנב מפורסם, וכתוס' והש"ך. עוד הוסיף הקצות דאולם גבי ספרים מעכו"ם אפילו קנה אותן לעצמו ולא נתכוין להשיב אבידה נוטל כל מה שנתן בכדי דמיהן משום תקנת הספרים, דמצינו בגיטין מ"ה דאין לוקחין ספרים יותר מכדי דמיהן הא בכדי דמיהן נותנין דלא נוחא לביזוייהו באנפיהו, וכן מבואר במרדכי והגה"מ ודלא כתשובת מוהר"ם דמשמע דלית ליה כלל תקנת ספרים, וא"כ לא מפקינן מיד הלוקח הספרים בלא דמים אפילו היכא דלית ביה משום תקנת השוק ומשום תקנת ספרים, ומיהו בקונה מן הישראל אין חילוק בין ספרים לשאר מטלטלין כיון דישראל הוא בודאי יחוש לכבודו. לגבי ספר תורה שניצל מהשואה ונמצאו יורשיו, תלוי הדבר בסעי' זה ובעיקר בדברי הקצות וצריכים היורשים לשלם, ויש גם לציין ולחבר את הדברים להגהת הרמ"א בסעי' ז' דנהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות מכח דינא דמלכותא, וראה מש"כ בסימן רסד/ה גבי מצא ס"ת שניצל מהשואה.

כתב בפת"ש (ה) בשם השער משפט גבי לטובה נתכוונתי דהלוקח צריך שבועה בנקיטת חפץ שנתכוין לטובה, כמו בגנב שאינו מפורסם בסעי' ד' דאם אין עדים בכמה קנה צריך לישבע בנקיטת חפץ בכמה קנה, ה"ה הכא אף שיש עדים בכמה קנה, ולא דמי להא דסימן רסז/כו.

סעי' ג': ראה סימן שנגג.

סעיף ד

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "בזמן שהלוקח עושה דין עם בעל הבית, אם אין עדים בכמה קנה נשבע הלוקח בנקיטת חפץ בכמה לקח ונוטל מהבעלים", וביארו ה"ה ובאה"ג דדימה זה לחנווני על פנקסו דמתניתין דשבועות מ"ד.

סעיף ה

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "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 (אעג דטוען ברי, סמ"ע)" וביארו ה"ה ובאה"ג דגם זה למד משבועות שם גבי חשוד על השבועה דאינו נשבע.

סעיף ו

האם יש תקנת השוק בגנב ופרע בחובו?

ע"פ מסקנת הגמ' ב"ק קטו. פסק בשו"ע "גנב ופרע בחובו גנב ופרע בהקיפו, אין בזה תקנת השוק, אלא הבעלים נוטלים הגניבה בלא דמים וישאר חוב אלו על הגנב כמו שהיה", וביאר הסמ"ע (יז) דלא תיקנו אלא היכא שנתן לו עתה בשעה שבא לידו דמים בעדו משא"כ זה דאמרינן כמו שהאמינו כבר יאמינו גם עתה.

סעיף ז

ב"ק קטו. "משכנתא שוי מאתן במאה עשו בו תקנת השוק, שוה בשוה אמימר אמר לא עשו בו תקנת השוק (אין דרך לעשות כן להלוות על המשכון כל שויו הלכך לאו אדעתא דהאי משכנתא אוזפיה אלא הימוני הימניה, רש"י) מר זוטרא אמר עשו בו תקנת השוק [והלכתא עשו בו תקנת השוק]". כתב הב"י דלפי זה היה ראוי לומר דאע"ג דאסיקנא דאפילו שוה בשוה עשו תקנת השוק מכל מקום כשהלוה על המשכון יותב משווי ודאי לאו אדעתא דהאי משכנתא אוזפיה אלא הימוני הימניה וכעין הדין שכתב דהיה הגנב חייב ללוקח וכו' [וכ"ד התור"ד], אך הרמב"ם כתב דביתר משוויה נמי עשו בו תקנת השוק, וכבר הרגיש הראב"ד בזה, וכתב ה"ה שאפשר שסובר הרמב"ם דכיון דאמרינן בגמרא בתר הכי זביני שוה מאה במאתן ואסיקנא בכולהו עשו תקנת השוק אף משכונא כמכר (וכ"ד הגר"א),

והב"י כתב דיותר נ"ל דטעמא דהרמב"ם דכיון דאין דרך להלוות על המשכון שוה בשוה ואפילו הכי אסיקנא דעשו בו תקנת השוק אם כן הוא הדין להלוה עליו יותר משווי וטעמא דמלתא דמשכון לזכרון דברים נקטיה ולא דמי לדין שכתב בסמוך היה הגנב חייב ללוקח וכו' דהכא שאני שלא הוציא מעות מידו עד שהביא לו המשכון אלמא כל סמך שלו אינו אלא על המשכון.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "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 (ולרמ"א גם בגנב מפורסם עשו תקנת השוק אא"כ ידע שזה החפץ גנוב הוא, סמ"ע)". וכתב הרמ"א ע"פ תה"ד "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, ובמקום שנהגו שיתן לו הריבית, צריך ליתן לו גם הריבית, לקמן סי' שס"ט".

הש"ך פסק כרש"ל וא"צ ליתן אלא כדי שווים ופירש כך אף ברמב"ם, וכ"פ רע"א כראב"ד דדווקא במשכנה בכדי דמיה אבל לא יותר מכדי שווה.

כתב הסמ"ע (כ) בשם רי"ו דאשה שלותה על משכונות שהיו של בעלה שלא מדעתו, לא קנאם המלוה ומחזיר לבעלים בלא דמים ולא שייך הכא תקנת השוק, ודוקא שלא ידע הבעל שמשכנה אותם, אבל אם משכנה בידיעת הבעל אימר נתרצה, ודוקא בידוע שהוא משל בעל.

כתב הש"ך (י) עמש"כ הרמ"א ע"פ תה"ד דאע"ג שכתב בסימן ע"ג דלא אמרינן דינא דמלכותא מה שהוא נגד דין תורתנו, מ"מ הכא דיינין כנאמר ברמ"א, דמשום הכי דייק שפיר בלישנא 'דהכי נהיגי עכשיו' כלומר דגם בישראל נהיגי כן וכעין לשון זה בתה"ד, אף שמנהג גרוע שהוא נגד דין תורה לא אזלינן בתריה די"ל "דהאי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות ועוד דגם בדינא דמלכותא הוא כן".

עוד בענין מנהג זה, כתב הקצות (ה) דנתחבטו ונתלבטו בהא בבית הלל וב"ש בריש סימן כ"ח באב"ה בהא דכתב בשו"ע דאם קידש אשה בגזל דמקודשת משום יאוש ושינוי רשות, והקשו דהא עכשיו צריך להחזיר אפילו אחר יאוש, וביאר הקצות דזה שקנה אותו ביאוש ושינוי רשות גם עכשיו קונה אותו אלא שראו ב"ד לכופו אותו להחזיר בכדי לעשות לפנים משורת הדין דמחזיר לבעלים, ואם רצו ב"ד כופין על לפנים משורת הדין וכמבואר אצלנו בסימן רנ"ט, והני מילי בעשיר דיכולת בידו לעשות לפנים משורת הדין אבל לא בעני, וגם בעשיר כיון דאין לו פסידא במה שמחזיר האבידה דלא הוציא עליה כלום, וגם בלוקח אחר יאוש מחזירין לו הדמים שנתן, ומש"ה ראו ב"ד לכופו לעשות לפנים משורת הדין במקום שאין בו חסרון, אבל בקידושי אשה שיתבטלו הקידושין מחמת זה ודאי אין כופין את האשה להחזיר לפנים משורת הדין ולבטל קידושי מצוה.

סעיף ח

ע"פ מסקנת הגמ' ב"ק קטו. ודלא כרב ששת פסק בשו"ע "הלוקח מגנב שאינו מפורסם בין שלקח ממנו שוה מאה במאתים (כרבא, ולא אמרינן דבמתנה נתן לו כיון דנתן לו כ"כ הרבה) או שוה מאתים במאה (רמב"ם), ודלא כב"י בסברתו הראשונה דבשוה מאתן במנה לא עשו בו תקנת השוק דכיון דמכר בזול מוכחא מילתא דגנוב הוא ואלו הוה ליה לקנותו, וטעם הרמב"ם משום דעביד איניש דמוזיל וזבין לפי שהוא צריך למעות), הרי זה נוטל הדמים מבעל הבית ואחר כך מחזיר הגניבה מפני תקנת השוק, כמו שנתבאר".

סעיף ט

ע"פ מסקנת הגמ' ב"ק קטו. פסק בשו"ע "היה נושה בגנב מאה זוז, וגנב והביא 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, (ה"ה -) והני מילי כשנתן לו החפץ סתם, אבל אם פירש ואמר הלוני על חפץ זה מנה, ודאי זו היא משכונא שעשו בה תקנת השוק,

ויחרימו סתם שכך היה" – כדעת הכס"מ ובד"ה ודלא כרב המגיד דכתב שמשביעו דאין מקום לשבועה כיון שאין הלה טענו ברי אין כאן אלא חרם סתם, והש"ך (יא) פסק כרב המגיד דמסתבר דצריך לישבע כדין כל הנשבעין ונוטלים אפילו בשמא וכדלעיל סעי' ד', וכ"כ בסימן ע"ב ס"ק ס"ז בשם ר' ירוחם ובשם הרבה פוסקים דכל היכא דטוען על הכלי כדי דמיו צריך לישבע אפילו התובע טוען שמא, וכ"ד באה"ג דכיון שצריך לישבע כמה נתן צריך לכלול בשבועתו שבפירוש א"ל הלוני על זה. אולם הפת"ש (ו) הביא שהבית אפרים דחה, ועל הש"ך כתב דדוקא לענין לישבע כמה נתן אמרינן הכי, דאל"כ כל אחד יאמר שנתן הרבה ואין מי שיכחישנו, משא"כ בהאי שאומר שהלוה על זה בחרם לבד סגי, ועמש"כ באה"ג כתב דזה אינו, דאטו לא משכחת שידוע כמה נתן או שזה מודה לו.

סעיף י

ע"פ עובדא שם פסק בשו"ע "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. (רמב"ם -) ואם גנב מפורסם הוא, נוטל המאה ועשרים מהתגר שלקח מהגנב, והולך התגר ותובע הגנב במאה של קרן (דעך כאן לא אמרינן שלא עשו תקנת השוק בגנב מפורסם אלא בלוקח ממנו בדוקא מפני שלא הוה ליה ליקח אבל לוקח שני שאינו יודע זה ממי לקחו אינו מחזיר החפץ בלא דמים ואין לי בזה הכרע, ה"ה, וכתב הסמ"ע דזה דלא כטור שכתב שבזה בעל החפץ נוטל מהלוקח שני בלא דמים והוא נוטל מלוקח ראשון כל הדמים שנתן לו ולוקח ראשון עושה דין עם הגנב במה שנתן לו, וטעמו דמן הדין אין צריך להחזיר ללוקח דמיו אפילו בלוקח מגנב שאינו מפורסם אלא מפני תקנת השוק מחזירין, ובכה"ג לא תיקנוהו, ובפרט כיון שהוכר הגנב ויכול הלוקח להוציא מידו מה שנתן לו, והש"ך כתב דעיקר כמחבר, וה"ה 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".

עמש"כ המחבר ברישא דחוזר הבעל ונוטל מהמוכר, כתב ה^נתיבות (ד) דאם מכרו ביותר משויו והבעלים רוצה במקח שמכר הגנב ותובע הדמים שקיבל בעד החפץ, אין הגנב יכול לומר אתן לך דמי שויו כדין כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, דזה אינו דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו.

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי "ישראל שקנה מן הגנב ומכרו לישראל אחר, ובא עובד כוכבים ואמר שגנב 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 העכו"ם משקר ועיין לעיל סימן רכ"ד" - אבל אם הוא גנב מפורסם לא אמרינן דהגוי משקר דהא הטעם הוא דלא עשו תקנת השוק בגנב מפורסם משום דלא היה לו לקנותו ממנו, וזה הטעם שייך ג"כ בזה, ולפי הרא"ש דגם בגנב מפורסם עשו תקנת השוק אם לא שידע שזה החפץ גנוב הוא גם בזה נ"ל דמירי בהכי, סמ"ע (כג).

סימן שנו – המכיר כליו וספריו ויצא לו שם גניבה בעיר

סעיף א

קיי"ל כל המטלטלין בחזקת מי שהן תחת ידו, והטוען על חברו שלי הוא, צריך להוכיח פרט לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, היש חילוק בין יצא לו שם גנבה בעיר ללא יצא לו שם גנבה?

משנה ב"ק קיד: "המכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא לו שם גניבה בעיר ישבע לו לוקח כמה נתן ויטול ואם לאו לאו כל המנו שאני אומר מכרן לאחר ולקחן זה הימנו" ובגמ' "וכי יצא לו שם גניבה בעיר מאי הוי ליחוש דילמא זבנינהו והוא ניהו קא מפיק שמא? א"ר יהודה אמר רב כגון שבאו בני אדם בתוך ביתו ועמד והפגין בלילה ואמר נגנבו כללי, כ"ש עילא מצא! רב כהנא מסיים בה משמיה דרב כגון שהיתה מחתרת חתורה בתוך ביתו ובני אדם שלנו בתוך ביתו יצאו ואנבורקראות של כלים על כתפיהם והכל אומרים נגנבו כליו של פלוני ודלמא כלים הוו ספרים לא הוו א"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן כגון דקאמרי נמי ספרים וליחוש דלמא זוטרי וקא טעין רברבי א"ר יוסי בר חנינא דקאמרי ספר פלוני ופלוני ודלמא הוו עתיקי וקא טעין חדתי אמר רב כגון דאמרי הללו כליו של פלוני הללו ספריו של פלוני ומי אמר רב הכי והאמר רב בא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור מ"ט בדמי קננהו ה"מ דקננהו בבא במחתרת

דמעיִקרא מסר נפשיה לקטלא אבל הני כיון דלא מסרו נפשיהו לקטלא לא אמר רבא לא שנו אלא בעל הבית העשוי למכור כליו אבל בעל הבית שאינו עשוי למכור כליו לא צריך לאהדורי עליה כולי האי ודלמא איצטריך ליה זוזי וזבין אמר רב אשי הרי יצא לו שם גניבה בעיר¹.

ביאר הב"י בדעת הראב"ד דמייירי אפילו לאחר שנתייִאשו הבעלים ומדינא לא היה צריך להחזיר הגניבה עצמה אלא שמפני תיקון העולם התקינו שיחזירנה, וע"כ סובר דשינוי וייאוש קונה רק לענין החזרת גניבה שאינו צריך, ואם איתא דביאוש ושינוי רשות קונה לגמרי ואינו צריך להחזיר אפילו דמים לא היה להם להתקין שיחזיר, אבל משום דסבירא ליה לראב"ד דדמים מיהא צריך להחזיר היה להם מקום להתקין שיחזיר הגניבה עצמה, ואילו לרמב"ם ודאי מייירי לפני יאוש דאילו לאחר יאוש אין הלוקח צריך להחזיר כלום, והסמ"ע (ד) כתב שהשמיט המחבר זה, והסכים לראב"ד דמייירי אפילו לאחר ייאוש וכדעת הטור, ודלא כטור בשם ר"י שצריך להיות שלא נתייִאשו שאם נתייִאשו אין הלוקח צריך להחזיר לו כלום.

הב"י תמה על הטור דמנין לו דבשיתן בהם סימן סגי לשנדע שהיו שלו קודם שיצא לו שם גניבה דילמא ראה אותם ביד אחר והכיר סימניהם, וברמב"ם מבואר דאין מוציאין מידי ספק זה אלא אם כן יש עדים שהיו שלו קודם שיצא לו שם גניבה.

עוד ביאר הב"י דדעת הרמב"ם דכי אמר רבא אבל בעל הבית שאינו עשוי למכור כליו לא צריך לאהדורי עליה כולי האי היינו לומר שאין צריך שום תנאי מהתנאים האמורים דאפילו לא באו בני אדם בתוך ביתו כלל מאחר שאינו עשוי למכור כליו ועדים מכירים שאלו הם כליו ביצא לו שם גניבה סגי דרגלים לדבר שלא מכרם אלא נגנבו ממנו וכדמסיק רב אשי הרי יצא לו שם גניבה בעיר דמשמע דביצא לו שם גניבה בלחוד סגי אפילו לא באו בני אדם בתוך ביתו, ואילו דעת רש"י דמאי דקאמר לא צריך לאהדורי לא קאי אלא לתנאי דאומרים ספר פלוני ופלוני הם ולדבריו אין חילוק בין בעל הבית העשוי למכור כליו לשאינו עשוי למכור אלא לתנאי זה אבל כל שאר התנאים צריכים הם בשאינו עשוי למכור כשם שהם צריכים בעשוי למכור.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם ¹ בעל הבית שאינו עשוי למכור את כליו, ויצא לו שם גניבה בעיר והכיר כליו וספריו ביד אחרים, ² או שהיה עשוי למכור והיו כליו אלו שהכיר מכלים העשויים להשאל ולהשכיר (אינו מבואר בגמ', ומדקאמר מעיקרא ולא אמרן אלא זה אומר שאולים וכו') והדר מפליג בין עשויים להשאל ובין אין עשויים להשאל שמע מינה דאפילו אמר גנובים בדברים העשויין להשאל ולהשכיר אינו נאמן, רא"ש ברמב"ם) - אם באו עדים שזה כליו של זה, ישבע זה שהם בידו, בנקיטת חפץ, בכמה לקח, ויטול מבעל הבית ויחזיר לו כליו {ויו"א (רא"ש) דכיון שהוא טוען גנובים אתרע ליה חזקה דעשויין להשאל ולהשכיר, שהרי הוא אינו טוען כן, ולכן חיישינן שמא מכרן (וכתב הב"י דלא איירי הרמב"ם אלא ביצא לו שם גניבה בעיר וגם הרא"ש יודה בזה לדבריו, וה"ה ביאר דמקור הרמב"ם שחלקו בדין הנכנס לתוך ביתו של חבירו כבסימן צ' אף בזה יש חילוק, והראב"ד חולק שאפילו לא יצא שם גניבה נשבע שלא מכרו ונוטל ונראה שדעתו כשהוא אומר גנובין נאמן מטעמא שהיה יכול לומר שהן שאולין ומדין מגו נאמן ובשבועה, והרמב"ם אינו סובר מגו כה"ג אם לא יצא לו שם גניבה אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן). ³ יהיה בעל הבית עשוי למכור את כליו ולא היו מהדברים העשויים להשאל ולהשכיר, אף על פי שיצא לו שם גניבה בעיר והוכרו כליו, אינו מחזירן מיד לקוחות, שמא הוא מכרן לאחרים, אבל אם באו בני אדם ולנו בתוך ביתו, ועמד וזעק בלילה נגנבו כלי וספרי, ובאו בני אדם ומצאו מחתרת חתורה ובני אדם שלנו בתוך ביתו יוצאים וצוררות של כלים על כתפיהם והכל אומרים הללו כליו וספריו של פלוני, הרי זה נאמן, וישבע זה שהכלים בידו בנקיטת חפץ כמה הוציא, ויטול מבעל הגניבה ויחזיר לו כליו⁴ (וראה של"ג שבועות מו: שהובאו רוב הדברים שם).

ביאר הסמ"ע (א) דהאי יצא לו שם גניבה בעיר היינו דוקא שהוא צועק כלי פלוני שסימנו כך וכך אבדתי, ואח"כ רואה כלי כזה ביד בעה"ב אחר וז"ש 'הכיר כליו' שהכל רואין שיש לכלי זה אותן סימנים שצעק עליו שנגנב מידו.

כתב הסמ"ע (ב) דמש"כ ברישא 'אם באו עדים שזה כליו של זה' היינו דביצא לו שם גניבה בעיר לא סגי, דדילמא ראה אותן ביד זה בסימניו ועשה ערמה לצעוק, ומ"מ צריכין ג"כ שיצא לו שם גניבה בעיר, דאלי"כ יש לחוש דילמא אף שאינו רגיל למכור שמא היה צריך למעות ומכרו, ודעת הב"י דבעי יצא לו שם גניבה בשני הבהות (א²), אולם דעת הטור והנ"י ברמב"ם דבכלים העשויין להשאל ולהשכיר (ב²) אף

אם לא יצא לו שם גניבה בעיר נשבע שהן שלו ולא מכרן לו ומוציאן מיד הלוקח, והסמ"ע הסכים לטור דאם כב"י הו"ל לערבינהו וליתנינהו וכ"ד הראב"ד דאפילו בלא יצא לו שם גניבה דינא הכי, אלא שאז צריך לישבע שלא מכרן אלא גנובין הן מידו. הש"ך (ב) ביאר דלפי הסמ"ע דדעת הרמב"ם בדבריהם העשויים להשאיל ולהשכיר אפילו לא יצא לו שם גנבה ואפילו הבעל הבית עשוי למכור מוציאין מידו וא"כ בע"כ שצ"ל דהיינו משום מגו דאל"כ למה יהיה עשוי להשאיל ולהשכיר עדיף מאינו עשוי למכור או לא יצא לו שם גנבה וכ"כ הב"ח להדיא, והקשה דהרי הרמב"ם לא הזכיר מגו כלל, אך האר"ן וחלק על הסמ"ע, וס"ל לרמב"ם דביצא שם גניבה קאי אשניהם אולם תרתי לטיבותא סגי, דהיינו באינו עשוי למכור כליו ויצא לו שם גנבה (א) או שהיה עשוי למכור והיו כלים אלו מדברים העשויים להשאיל ויצא לו שם גנבה (ב) (וכ"כ) (ואז נאמן אפילו היכא דלית מגו, עיי"ש, כגון דליכא עדי ראה דאז אי הוה טען המחזיק לקוחין הן בידי היה נאמן במגו דהחזרתי אפ"ה כיון דאיכא תרתי לטיבותא מוציאין מידו ומחזיר לו הדמים דכי היכא דביצא לו שם גנבה ואינו עשוי למכור דמוציאין מידו דפשיטא דהיינו אפילו בדליכא עדי ראה והיה יכול לטעון החזרתי ה"ה בעשוי למכור והיה הכלים מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דאיכא נמי תרתי לטיבותא) ^{א.2} ובאינו עשוי למכור אך עשויים להשאיל ולהשכיר אע"פ שלא יצא לו שם גנבה נמי מוציאין מידו כיון דאיכא תרתי לטיבותא (נתיבות א': דחוק לפרש כן דמנין לו לטור דלרמב"ם אפילו בהנך תרתי לטיבותא "דהיינו בכלים עשויין להשאיל ובעה"ב אינו עשוי למכור מוציאין מה שאינו נמצא סמך לזה בש"ס ולא בדברי הרמב"ם", עיי"ש), ואילו ברא"ש מוכח להדיא דהיכא דלית ליה מגו לא נפק"מ בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דכיון דטוען גנובים אתרע לה חזקה דשאלה ושכירות, ומבואר השגת הרמ"א דגם בעשוי למכור כליו פליג הרא"ש דעשוי להשאיל ולהשכיר לא מעלה ולא מוריד כשטוען גנובים במקום דלית ליה מגו לטעון שאולים כגון דליכא עדי ראה.

כתב **הקצות (א)** על הש"ך דאכתי טעמא בעי דמה ענין עשויין להשאיל ולהשכיר לטענת גנובין כיון שאינו טוען השאלתים, וביאר דהרמב"ם לשיטתו מהגדרת 'כלים העשויים להשאיל' דהם הכלים שבני אותה מדינה עושין אותן מתחלת עשייתן כדי להשאילן ולהשכירן, ומש"ה ס"ל לרמב"ם דכי היכי דאמרין בבעה"ב שאינו עשוי למכור כליו דמהני בצירוף שם גניבה בעיר ונאמן לומר גנובין כיון שאינו עשוי למכור כליו מסתמא אינו מוכר, ה"ה בבעה"ב שעשוי למכור כליו והם דברים העשויין להשאיל ולהשכיר א"כ אין הדבר ההוא עומד למכירת עצמו והו"ל כמו בבעה"ב שאינו עשוי למכור כליו, והרא"ש לטעמיה דס"ל דדברים העשויין להשאיל ולהשכיר עומד למכירת עצמן אלא שהוא רגיל להשאיל ולהשכיר לאדם כזה, א"כ כיון שאינו טוען השאלתים אפילו יצא לו שם גניבה לא מהני ליה מידי כיון שאינו טוען השאלתים, וכתב דלפ"ז נראה דהיינו דוקא כלים העשויין וכו' בצירוף שם גניבה הוא דמהני כמו דמהני שם גניבה בבעה"ב שאינו עשוי למכור כליו, אבל צירוף כלים העשויין להשאיל ולהשכיר בצירוף בבעה"ב שאינו עשוי למכור כליו לא מהני דהוא אינו אלא חדא, בבעה"ב שאינו עשוי למכור כליו והכלים מחמת עצמן אינן עשויין למכירת עצמן, וא"כ לא מהני אלא בהצטרפות שם גניבה.

עוד כתב **הסמ"ע (ד) דבעשוי למכור (י)** כתב הטור דמהני אף שאינן מכירין שהיו של פלוני הצועק רק שבעינן בזה ¹ עדים שראו הכלים שהיו נושאין בשעת הוצאה מהחתימה בסימנים הללו שזה צועק שאז נגנבו מידו, ואז מצטרפין הג' דברים הללו, ² שראו שבני אדם שלנו בביתו יצאו דרך החתירה, שראו שנושאים כלים עליהן כעין הכלים שצעק, ³ ושגם עתה אנו רואים ביד הנתבע כלי כזה בסימנים הללו ואמרין דודאי שלו הן, והרמב"ם מסכים לזה (כנשמע בטור דהביא דבריהם בלשון דלא פליגי) ומר אמר חדא ומר אמר חדא כל אחד (דהרמב"ם איירי בעדים המכירים שחפץ זה היה פעם של התובע ולכן מספיק שם גניבה בעלמא, ורש"י מדבר במקרה שאין עדות כזו ואנו באים להוציא רק על סמך סימנים שצעק בשעת הגניבה ועתה אנו רואים כלים עם סימנים אלו אצל הגנב לכן צריך שהשם גניבה יהיה חזק ומשמעותי, עזר משפט) ודלא כב"י שהשמיט דברי הטור שהן בנויין ע"פ פירוש רש"י תוס' ורא"ש וס"ל דפליג עם הרמב"ם.

< סע' ב: כתב השו"ע "דין מי שנכנס לבית חבירו והוציא כלים תחת בגדיו נתבאר בסימן צ' (סע' י"א – י"ד)".

< סע' ג': כתב השו"ע "ראובן שנגנבו כליו או נאבדו או נטלוהו לסטים ובאו ליד עכו"ם, וקנאם ישראל אחר בפחות משווי, ובאו הבעלים ותבעום מיד זה שקנאם, יתבאר בסימן שס"ח".

סימן שנח - דברים האסורים לקנות מהרועים ומשומרי פירות ומבעלי אומנות

סעיף א

ע"פ משנה ב"ק קיח: וגמ' וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "כל דבר שחזקתו שהוא גנוב אסור ליקח אותו, וכן אם רוב אותו דבר שהוא גנוב (כרב דהלכתא כוותיה באיסורי ויש תימה קצת בלשונו דלדברי רב עד שיהיה הרוב היתר אסור וכסוגיה דגזילה בדף קי"ט, ה"ה) אין לוקחין אותו, לפיכך אין לוקחין מהרועים צמר או חלב או גדיים, אבל לוקחים מהם חלב וגבינה במדבר אבל לא ביישוב (מפני שטורח הוא לבעל הבית להביאו ליישוב ומניחו לו, ודוקא חלב וגבינה, אבל גדיים אין חילוק בין מדבר ליישוב, טור וסמ"ע). ומותר ליקח מהרועים ד' צאן או ד' גיזות של צמר מעדר קטן (אבל לא ג' וראה לקמן) או חמשה מעדר גדול (שחסרון ניכר טובא ולא מילא לבו של הרועה למכור כ"כ בלי רשות בעלים, משא"כ בפחות מזה שאינו ניכר כ"כ ואף אם יוכר חסרון יכול להשטט בב' ג' ולומר שמתו או נגנבו, סמ"ע) שאין חזקתו שהוא גנוב. כללו של דבר, כל שהרועה מוכרו אם היה בעל הבית [היה] מרגיש בו מותר ללוקחו, ואם לאו אסור".

בגמ' בברייתא מבואר "אין לוקחין מן הרועים לא עזים ולא גדיים ולא גיזין ולא תלושין של צמר אבל לוקחין מהן תפורין מפני שהן שלהן", ופירש רש"י "תפורים - בגדים תפורים דאי נמי גנבו קננהו בשינוי", והרשב"א כתב דאינו מחזור דתיפוק ליה משום שטוואו ולבנו וארגו ועוד בגדים מאן דכר שמיהו ולכן נראין דברי הראב"ד שפירש גיזין תפורין זה עם זה דלפי שאסרו התלושין של צמר ואפילו יש בהן שיעור שתיים ושלש גיזין מפני שנראה כי הוא שומט אותם מן הגיזין וגניבה היא בידו אבל אם אותן תלושין תפורים זה עם זה ויש בהם כשיעור ארבע וחמש לוקחין אותם שאם היה גנובה לא היה תופר אותם אבל היה מוכר אותם מעט מעט בגניבה כדי שלא יהא בו הרגשה, וכתב הב"י דהרמב"ם דהשמיט הא דאבל לוקחין מהם תפורים משמע שמפרש כפרש"י והוקשה לו כרשב"א ולפיכך השמיטו.

ביאר הסמ"ע (ב) במש"כ המחבר דאסור ברוב אותו דבר שהוא גנוב, ואילו הטוש"ע בסימן שס"ט גבי גזילה כתב דמותר לקנות מהגזולן אפילו מיעוט ממונו הוא משלו ורובו גזול, דשאני התם דמ"מ יש בידו משל היתר מיעוט ממונו, משא"כ כאן דכשנאמר דזה הרועה הוא מן הרוב המוכרים שלא ברשות בעליהם, נמצא שכל דבר ההוא שבידו הוא גזול.

סעיפים ב - ג

ע"פ משנה ב"ק קיח: וגמ' פסק בשו"ע "אין לוקחין עצים או פירות משומרי פירות אלא בזמן שהם יושבים ומוכרים והסלים והפלס בפניהם, שהרי הדבר גלוי ויש לו קול, והוא שיהיה על פתח הגנה, וכולם שאמרו הטמן, אסור לקחת מהם".

סעיף ד

[האם מותר לקנות מאריס פירות?]

ב"ק קיט. "רב זבין שבישתא (ענפי גפנים) מאריסא א"ל אביי והא תנן ולא משומרי פירות עצים ופירות א"ל ה"מ בשומר דלית ליה בגופא דארעא מידי אבל אריס דאית ליה בגוויה אימא מדנפשיה קא מזבין".

ב"מ כב. "אמימר ומר זוטרא ורב אשי אקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק, אייתי אריסיה תמרי ורימוני ושדא קמיהן אמימר ורב אשי אכלי מר זוטרא לא אכיל אדהכי אתא מרי בר איסק אשכחינהו ואמר ליה לאריסיה אמאי לא אייתית להו לרבנן מהנך שפירתא אמרו ליה אמימר ורב אשי למר זוטרא השתא אמאי לא אכיל מר והתניא אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה אמר להו הכי אמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד משום דמצוה הוא וניחא ליה אבל הכא משום כסיפותא הוא דאמר הכי", וביאר הרא"ש דאע"ג דלא ידע מרי בר איסק במאי דיהיב להו מ"מ היו סומכים דאריסא מחלקו יהיב להו ויתן לבעלים אחרים כנגדן ומר זוטרא לא אכל כיון שמן השותפות קודם החלוקה יהיב להו בלא דעת הבעלים לא מצי למיכל.

וכתב ה**טור** "מותר ליקח מהאריס לפי שיש לו חלק בפירות, בד"א בסתם שתלין לומר שכבר חלקו ומחלקו מוכר אבל אם ידוע לו שלא חלק אסור ליקח ממנו ואין אנו תולין לומר ודאי שיתן לבע"ה כנגדן" – ותמה הב"י למה פסק כמר זוטרא דלא אכל, הא כיון דאמימר ורב אשי עבוד עובדא דלא כוותיה הלכה כוותיה דרבים ניהו ועוד דרב אשי מריה דתלמודא הוא וכוותיה נקטינן, ואפשר שטעמו מדמסיים בה התם אדהכי אתא מרי בר איסק אמר ליה לאריסיה וכו' וכיון דאמר ליה השתא אמאי לא אכיל מר משמע לרבינו שנראה שהודו לדבריו, ואינו נכון אלא אפילו ידוע לו שלא חלק מותר ליקח ממנו, וכיון דאמימר ורב אשי עבדי בה עובדא הכי נקטינן וכך נראה שהוא דעת הרמב"ם.

וז"ל השו"ע וכתב"ם "מותר ליקח מהאריס שהרי יש לו חלק בפירות ובעצים" והרמ"א כטור "וי"א דדוקא לאחר שחלקו דסתמא שלו הוא מוכר, אבל קודם חלוקה אסור דחיישינן שלא יתן לבעל הבית נגד מה שנטל".

אולם הסמ"ע (ו) חלק על הרמ"א דמשמע דבסתם אסור ולא תלין לומר שכבר חלקו והיא דיעה שלישית ו"לא מצאתיה בשום מקום", ולשון הטור היא בד"א בסתם שתלין לומר שכבר חלקו ומחלקו מכר אבל אם ידוע לו שלא חלקו אסור, ובש"ך (ב) כתב דגם כוונת הרמ"א כטור.

כתב באה"ג בשם הב"ח על דברי הרמ"א דכל שמביא מביתו תלין לומר שכבר חלקו.

ראובן ושמעון מתגוררים בבית אחד, האם מותר לראובן לקחת לעצמו חפץ או דבר מאכל משל שמעון, מבלי ששמעון יודע על כך, אע"פ שראובן בטוח ששמעון יתרצה לכשידע? ציין את המקורות והסבר.

האם אדם רשאי לאכול חטיף במהלך עריכת קניות בחנות לפני ששילם?

כתבו התוס' ב"מ כ"ב (ד"ה 'מר זוטרא') דרב אשי אכל קודם שבא מרי בר איסק משום דאריס מדנפשיה קא יהיב (עיי"ש) אך "אין לומר שהיה סומך שיתרצה מרי בר איסק כשידע דהלכה כאב"י ואף על גב דהשתא ניחא ליה - מעיקרא לא הוה ניחא ליה".

כתב הש"ך (א) דמבואר מדברי התוס' הג' אשר"י והג' מרדכי דאם אדם נותן לאכול לחברו מדבר שאינו שלו אלא של חברו אף על פי שידע שחברו יתרצה אסור לאכול דהלכה כאב"י דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואף על גב דהשתא ניחא ליה מעיקרא לא הוי ניחא ליה, וחלק והעלה שמותר ויאוש שלא מדעת שאני שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא ובע"כ הוא מתייאש א"כ אמרינן מעיקרא באיסורא אתי לידיה דבמה יקנה אי ביאוש הא השתא אינו מתייאש ואלו היה יודע שהוא אצלו לא מתייאש, משא"כ הכא כיון שידע שיתרצה א"כ השתא נמי בהיתרא אתי לידיה דמסתמא אינו מקפיד על זה, ואע"ג דבש"ס מדמה תרומה וטומאה ליאוש ש"מ טעמא אחרינא איכא התם דלענין תרומה וטומאה ידיעה ממש בעינן.

הקצות (א) הקשה על שיטת התוס' מדאמרינן בכתובות מ"ח שמי שנשתטה ב"ד יורדין לנכסין וזנין ומפרנסין אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר ואמר ליה רבינא לרב אשי מאי שנא מהא דתניא מי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת מזונות ב"ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין אשתו אבל לא בניו ובנותיו ודבר אחר אמר ליה ולא שאני לך בין יוצא מדעת ליוצא שלא מדעת, ופירש רש"י דנשתטה דשלא לדעת יצא מן העולם מסתמא ניחא ליה שיזונו בניו ובנותיו, וקשה לתוס', דכיון דאפילו היכא דידוע לנו שבדאי יתרצה הו"ל יאוש שלא מדעת וא"כ היכי זנין בניו ובנותיו נהי דניחא ליה השתא מיהא לא ידע, ותירץ דכיון דגבי בניו ובנותיו אפילו ביותר משש מצוה מיהא הוי אף על גב דלא כפינן ליה כמבואר שם נחותא דמצוה שאני דאע"ג דהשתא לא ידע מהני, והעיקר כתוס' (קצות רט,ה, פסקי המשפט) וכ"פ שו"ע (ה) (מצאיה ופקדון ד – ה) וערוה"ש (כאן סע' ה), והנתיבות (רמד,א צוין בפסקי המשפט) פסק כש"ך דווקא "כשיש אומדנא דמוכח או גילוי דעת שנותן לו במתנה קנאה כמ"ש הש"ך בסימן שני"ח.

בתשובות והנהגות (ו,רפט) גבי שימוש בעט חבירו בתחילה כתב לתלות במח' התוס' והש"ך, אך לאחר מכן כתב דהתוס' "לא מיירי אלא כשלוקט הפירות לעצמו או שאוכלם שהבעלים מפסיד הפירות, וע"כ ס"ל דכל עוד שלא נודע להבעלים והסכים ליתנו זהו גזילה.. אבל בנד"ד דרך משתמש ברכוש חבירו ומחזירו לבעליו שאין הבעלים מפסיד רכוש, בזה אף דבעלמא אמרינן דגם על שימוש בלבד ה"ה גזלן

וכדקיי"ל שואל שלא מדעת גזלן הוי, מ"מ בכה"ג שאילו היה נודע לבעלים היה מסכים לא נחשב בשימוש לבד כגזלן ועפ"י העלה להתיר לכ"ע דכיון שהבעלים היה מסכים אצל כל אדם שישתמש בעטו לזמן מועט מותר להשתמש שלא בידיעתו לזמן מועט "וכן המנהג הפשוט שמשתמשים בחפץ חבירו שלא בידיעתו כשהדבר הוא ודאי שאילו נודע לו ודאי יסכים לכך", ונרלענ"ד דכן דעת שוע"ה (בהלכות שאלה ה', עיי"ש).

מ"מ יש לציין לסימן שנט/א שכתב המחבר בשם הרב המגיד "ואם הוא דבר דליכא מאן דקפיד ביה שרי כגון ליטול מהחבילה או מהגדר לחצות בו שיניו, ואף זה אוסר בירושלמי ממידת חסידות", ובערוה"ש (שם, ב) כתב "ובימינו נהגו כשבא לבית חבירו וחבירו שואף עלי מרורים בנחיריו או בפיו שנוטל גם הוא שלא בשאלת הבעלים וכן ליטול עצי גפרית להדליק בו וכן כששותים מים חמים.. מטעם שאין מקפידין על זה, אמנם ממדת חסידות ודאי דראוי לזוהר, וכ"ש כשיודע שהבעלים הוא גברא קפדנא ואסור מדינא", בבכורי אביב (עמ' 218) עסק בשאלת אכילה תוך כדי הקניות (עיי"ש מש"כ) וציין לסימן שנט/ב שאסור לגזול אפילו על מנת לשלם.

סעיף ה

ע"פ משנה ב"ק קיח: וגמ' קיט. וכת"ק פסק בשו"ע "אין לוקחין מהנשים ומהעבדים ומהקטנים אלא דברים שחזקתן שהם שלהם מדעת הבעלים, כגון נשים שמכרו כלי פשתן בגליל, או עגלים בשרון (מקום גידול עגלים הוא ולוקחין עגלים בזול ומגדלין אותם ושלחם הן וכתב הרב המגיד דבכל מקום לפי מה שהוא ענין, באה"ג), ולוקחים בצים ותרנגולים בכל מקום [מכל אדם] וכולם שאמרו הטמן, אסור {מעשה באשה אחת שהחזיקה בשל יתומים, וגזרו שלא ישא אותה שום אדם, כדי שלא להחזיק ידי עוברי עבירה (תה"ד)}".

סעיפים ו - יב

פסק בשו"ע "ו) (ע"פ ברייתא קיט. -) לוקחים מהבדדים [וכתב ה"ה פי' בעלי בית הבד ושוכרין אותן לעשות בו שמן, ורש"י פירוש בעלי בית הבד שתגרין הן בשמן ולוקחים מן נשיהן במדה שהיא בפרהסיא], זיתים במדה ושמן במדה אבל לא זיתים מועטים ושמן מועט שחזקתן גניבה, וכן כל כיוצא בזה (ז) (ע"פ משנה ב"ק קיט. וגמ' - מוכין שהכובס מוציא הרי אלו שלו ושהסורק מוציא הרי אלו של בעל הבית (כיון שהן הרבה יש קפידא בזה והן של בעל הבית, סמ"ע) {דכל מה שמקפיד עליו בעל הבית הוא שלו (רש"י, טור)}. (ח) (ע"פ משנה שם -) הכובס נוטל ג' חוטין והם שלו (שדרך האורגים שאורגים בסוף הבגד ב' ג' חוטין רחוק מן האריגה ועושים זה כדי להציל הבגד כדי שלא תסתור אריגתו בסוף הבגד ע"י הכביסה הכובס נוטלן שאין בעל הבגד מקפיד עליהם, באה"ג בשם הרשב"א), יתר מכאן של בעל הבית, ואם היה שחור על גב לבן נוטל את הכל והם שלו (דהשחור מגנה את הלבן). (ט) החייט ששייר מהחוט (לשון המשנה "ששייר את החוט כדי לתפור בו") כדי משיכת מחט (כלשון הירוש', ובבלי ע"ב פירשו מלא מחט וחוף למחט כמלא מחט ופירושו כמלא ב' מחטין שבכך יכול לתפור בו מעט, וזה שיעור משיכת מחט דירו', ומפני שלשון הירו' מבואר יותר כתבו הרמב"ם, ה"ה), ושייר מהבגד מטלית שהוא שלשה אצבעות על שלשה אצבעות חייב להחזירה לבעלים, פחות מכאן שלו. (י) נסורת שהחרש מוציא במעצד שלו (ודוקא כשקבלו לעשות בביתו אבל אם עושה בבית בע"ה הכל לבעל הבית, טור, ורש"י פירש הרישא בקבלן שקיבל לבנות הבית בדמים קצובים, באה"ג), בכשיל של בעל הבית, ואם היה עושה אצל בעל הבית אף הנסורת של בעל הבית. {וכן בשאר מלאכות כל שבעל הבית מקפיד עליו הוא של בעל הבית, שאינו מקפיד הוא של פועל (טור)}". (יא) (ע"פ ברייתא קיט: -) בכל הדברים וכיוצא בהם הולכים אחר מנהג המדינה. (יב) כל אומן שמכר דבר מהדברים שאינם שלו בהלכות מדינה כגון מוכין שמכרן הסורק במקום שנהגו שיהיה של בעל הבית אסור ליקח ממנו, אבל לוקחים ממנו כר מלא מוכין {דהוי נשתנה ביד הגנב ואע"ג דשינוי החוזר אינו קונה מכל מקום בספק גניבה מותר בכי האי גוונא וכל כיוצא בזה (ה"ה), ר"ל דאין שם מוכין עליו אלא שם כר וזהו שמסיק וכתב ואע"ג דשינוי החוזר כו', ור"ל וזה ג"כ שינוי החוזר הוא שהרי יכול להוציא המוכין מהכר ויהיה שם מוכין עליו כבתחילה, ומשני כיון דאין המוכין ודאי גנובים ביד הסורק אלא ספק התירו לקנות ממנו בשינוי כל דהו בזה, סמ"ע, ובב"ח פסק דלא כרב המגיד, ואין הכרעתו מוכרחת, ש"ך}, ואם מכר האומן

דברים שהם שלו בהלכות המדינה, לוקחים ממנו, ואם אמר הטמן אסור (רמב"ם), ולמד זה ממשנה דדף קיח ע"ב, ה"ה).

הלכות גזילה

סימן שנט – איסור גזילה אפילו על מנת להחזיר ומה נקרא גזילה ואיסור לא תחמוד ולא תתאוה

סעיף א

הגונב או הגוזל מגוי האם עובר על איסור, ואיזה איסור? (ראה גם שמח,א)

כלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "אסור לגזול או לעשוק אפילו כל שהוא (ע"פ סנהדרין נז, דחצי שיעור הוא איסור דאורייתא כמו שאסור חצי שיעור באיסורין, סמ"ע) בין מישראל בין מעובד כוכבים (ב"ק קיג, והסמ"ע ציין למחלוקת המחבר והרמ"א בסימן שמ"ח גבי גניבה בדבר שלא יוודע), (ה"ה ע"פ הירו' -) ואם הוא דבר דליכא מאן דקפיד ביה שרי כגון ליטול מהחבילה או מהגדר לחצות בו שיניו, ואף זה אוסר בירושלמי ממידת חסידות (מפני שאילו היה עושה כן כל אחד ואחד נמצאת החבילה כולה כלה וכן הגדר נהרס, ב"י וסמ"ע ע"פ הירו').

כתב הש"ך (א) דבב"ק ה' משמע דבגזול חייב לשלם מעידית כמזיק וכ"פ הרי"ף רא"ש ועוד.

בענין מש"כ הש"ך (ב) שהכס"מ דייק ברמב"ם גבי עכו"ם שאין איסור זה מן התורה ומדברי הרמב"ם בה' גניבה משמע דאין - עיין מש"כ בסימן שמח/א, והכריע הש"ך דהוי דרבנן, עיי"ש.

כתב הפת"ש (א) דהפמ"ג (או"ח תר"ד סק"א) כתב דצ"ע בחמסן דיהיב דמי בגוי.

כתב הפת"ש (ב) בשם הנו"ב עמש"כ המחבר בשם הרב המגיד, דאף דשרי ליטלו ואין בו משום גזל דבסתמא אין בעה"ב מקפיד, אבל מ"מ לא זכה הנוטל להיות חשוב שלו, דכל זמן שלא הפקירו בעליו בפירוש אי אפשר לזכות בו, וכמ"ש המג"א תרל"ז סק"ג בשם ספר יראים דאפילו למ"ד גזל עובד כוכבים שרי מ"מ לא מיקרי לכם.

סעיף ב

מה הדין לגזול על מנת לשלם ומדוע?

האם מותר לקחת חפץ של חבירו, על מנת לתת לו חפץ אחר טוב יותר?

ע"פ הבריייתא דב"מ סא: דדריש 'לא תגנובו' על מנת לשלם.

על הנאמר בב"ק ס: דדריש קרא דויתאוה דוד ויאמר מי ישקני מים מבור בית לחם אשר בשער וכו' דגדישים דשעורים דישראל הוי וגדישים דעדשים דפלשתים וקא מיבעיא ליה מהו ליטול גדישי שעורין דישראל ליתן לפני בהמתו על מנת לשלם גדישים של עדשים של פלשתים שלחו ליה חבול ישיב רשע גזילה ישלם אף על פי שגזילה משלם רשע הוא אבל אתה מלך אתה ופורץ לעשות לך דרך ואין מוחין בידך, כתב הרא"ש דדוקא שאין התשלומין בעין כההיא דמיתתי עלה שרצו אנשי דוד ליקח גדיש של שעורים ולתת במקומו גדיש של עדשים ועדיין לא היו בידם העדשים, אבל אם היו גדישים דעדשים מזומנים אפילו אין בעלי גדישי שעורים לפנינו מותר לזכות להם גדישין של עדשים על ידי אחר וליקח גדישים של שעורים דזכות היה לו דעדשים עדיפי טפי וכן משמע לישנא דקרא חבול ישיב רשע גזילה ישלם דמשלם אחר שכבר גזלו.

וז"ל השו"ע "אסור לגזול אפילו על מנת לשלם (רא"ש -) דבר יפה ממנו, ויש מי שאומר דהיינו אם [אין] התשלומין בעין (והטעם שמא לא יהיה לו במה לשלם אח"כ, רא"ש וסמ"ע), שאם הם בעין כיון

והן מין אחר והגזלן צריך למין זה שגזול כעין מעשה שהיה, סמ"ע) שהם יפים מהדבר שלוקח זכות הוא להם ויזכה אותם לבעלים על ידי אחר".

ביאר הסמ"ע (ח) הסיפא דמזכה לבעלים כלומר אם אין הבעלים כאן אמרינן מסתמא ניחא ליה וזכין לאדם שלא בפניו, אבל כשאינו בעין, אף שקיבל אנפשו ליתן לו דבר הטוב ממנו, מסתמא לא ניחא לבעלים לירד עמו בדינא ודיינא, ולפעמים לא יהיה לו במה לשלם, ואם היו הבעלים כאן ואומרים ניחא לנו בשלנו ולא בדבר אחר אף הטוב ממנו, פשוט דלכ"ע אסור.

כתב הש"ך (ג) דאע"ג דאמרינן בסימן שמ"ח דאסור לגנוב ע"מ לשלם כפל התם מיירי בשאינו מזכה לו ע"י אחר דאם מזכה לו ע"י אחר לאו גנבה מיקרי כיון שהאחר יודע מזה.

עוד כתב הש"ך (ד) ע"פ הטור דמדובר דווקא שידוע שזכות הוא לו כגון בדבר העומד לימכר אבל בחפצי ביתו לא, ר"ל דבר העומד בבירור לימכר והבעל לא יחזיקנו, וכ"ד הרא"ש ועפ"י קו' הרש"ל דלקמן מיושבת והתוס' לא חלוקים על הרא"ש, אולם הקצות (א) כתב דלא משמע כן מלשון הרא"ש והטור אלא משמע דכל שאינו מחפצי ביתו אינו מקפיד ועומד למכור כל שנותן כפלים בדמיו.

על מה שהקשה הרש"ל על הרא"ש דכי שרי להשתכר בממון חבירו שלא מדעתו דדלמא חביב עליו יותר שעורין או דלמא לא ניחא ליה למכור את שלו ומצינו דחמסן אפילו יהיב דמי, ומסתמא אין חילוק בין שלם לו דמיו או יותר מדמיו, ולא אמרינן זכין לאדם אלא במידי דאית ליה זכיה ולא יש בו שום צד חסרון אבל כה"ג לא נקרא זכות אלא דינו כחמסן, כתב הקצות (שם) דאינה קושיה, דאע"ג דחמסן אפילו ביותר מדמיו וגם משלם ליה נמי כל שהוא בפניו והוא מוחה אין זה זכות, אבל שלא בפניו אמרינן זכות הוא וזכין לו שלא בפניו דמסתמא ניחא ליה, ואפילו שלא בפניו ושמע אח"כ וצוח נמי לא מהני כיון דמוחה כששמע, דאפילו במתנה גמורה כי מוחה בתר דשמע יכול למחות.

כתב רע"א דמשמע בראב"ד דמותר אפילו לא מזכה ע"י אחר.

נתן לצורף שרשרת זהב ישנה ע"מ שיתוך אותה ויצור ממנה שרשרת חדשה, האם מותר לצורף להשתמש בזהב זה לצורכו, ולעשות לבעל השרשרת שרשרת חדשה מזהב אחר באותו הטיב והכמות?

כתב הפת"ש (ג) בשם הבית אפרים בנידון אומן שנתנו לו עצים או כסף וזהב לעשות מהם כלי והאומן יש לו ג"כ כסף או עצים כיוצא בזה, ויש לו כעת צורך בזה שניתן לו מבעה"ב, דינן ללמוד מהבית שמואל כשקידשה במעות המשלח בדבר שאין קפידא ויש לשליח להחליף לא הוי גזל, וכ"כ השל"ג דכששולח כסף אין קפידא אם יחליף, אולם בספר המקנה כתב דלא משמע כן מדברי הפוסקים ודוקא בהפקיד מעות מותרים בענין דרשאי הנפקד להשתמש בהם יכול נמי להחליף כמ"ש הש"ך בסימן רצ"ב סק"ח ואפשר דהב"ש מיירי שנתן לו המשלח רשות להוציאו ולהחליפו, והסכים הבי"א עם הב"ש, דענין להחליף ולתת אחרים תמורתן אינו תלוי בהיתר שימוש כלל, דהיתר שימוש גבי מפקיד הוא משום דאדעתא דהכי הופקד בידו כיון שהוא שולחני וזה נתנם לו מותרים, ולכן אף קודם שנשתמש הוי שומר שכר אבל מ"מ לא נעשה לזה להתחייב באונסין, והלכך אף שמותר להשתמש אף שלא יתן אחרים תמורתן ונעשה משעת השימוש לזה עליהו מ"מ כל שלא נשתמש אם באו הבעלים צריך ליתן להם אותם הדמים, דמה זכיה יש לו במעות זה והמפקיד רוצה בשלו דוקא, אבל אם לא באו הבעלים והוא צריך למעות זה והוא אינו רוצה ליקח אותם בתורת מלוה רק שמזכה לבעלים אחרים תמורתן שפיר דמי, ולא מטעמא דאדעתא דהכי הופקדו אצלו, אלא דכל כה"ג מצי ליקח אותם מדין זה נהנה וזה לא חסר, כיון שאין קפידא לבעלים במעות זה דוקא, ומ"מ אם הבעלים כאן ומקפידים אינו יכול לזכות מחמת זה נהנה וזה לא חסר כמבואר מהא דקיי"ל בב"ק כ"א בדר בחצר חבירו דלא קיימא לאגרא א"צ להעלות לו שכר דהוי זה נהנה וזה לא חסר ומ"מ לכתחילה יכול בעה"ב למונעו שלא ידור אף שלא חסר כמ"ש התוס', ואם זה בכאן ומוחה שלא להחליף אינו יכול לעשות בעל כרחו מחמת זה נהנה וזה לא חסר, ומש"כ הרא"ש והמחבר הכא שאני שהתשלומין הם ממין אחר, ומהאי טעמא חולק היש"ש, והרא"ש ודעימיה ס"ל דאפילו בכה"ג שרי, כיון שהתשלומין הם יפין סתמא זכות הוא לו, ואין לחוש לצד חובה כיון שהזכות יתר על החוב, אבל אם אין התשלומין יפין מזה נמצא יש צד חוב בלא זכות ואסור, אבל אם נותן לו תמורתו דבר כזה ממש ואין קפידא לבעל הבית בזה או בזה, אם כן נהי דאין

כאן צד זכות מ"מ גם צד חוב אין כאן, וזה נהנה וזה לא חסר הוא, ושפיר דמי כל כמה שאין הבעלים מוחים להדיא, והביא ראיה מב"ב צ"ט גבי מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו, והא דאמרינן בב"מ ל"ח רוצה אדם בקב שלו ומדברי הרמב"ם והפוסקים בסימן רצב/יח משמע דבכל פקדונות אמרינן הכי, נראה דדוקא בפירות וכן שאר פקדונות דומיא דפירות דאפשר דלא מיתרמי ליה למיזבן שיהיו טובים כשלו ואיכא קפידא, אבל בדבר דלא קפדי אינשי לא שייך לומר רוצה אדם בקב שלו, כיון שאינו רק מחליפו בחפץ שהוא ממש כשלו הרי קב שלו לפניו כו', ולפי"ז בנידון השאלה אם נתן לאומן כסף וכיוצא בו שאין קפידא לבעה"ב כלל, הרשות ביד האומן לקחתו לעצמו כשהוא צריך אליו ולתת אחר תחתיו להשלים חפצו של בעה"ב, ואינו גזל.

סעיף ג

ע"פ מימרא דר' יוחנן ב"ק קיט. כתב השו"ע "כל הגוזל את חבריו אפילו שוה פרוטה, כאילו נוטל נפשו" שנאמר "וקבע את קובעיהם נפש", וציין הסמ"ע (ט) דבסימן שלט (ג) כתב דיש פלוגתא בזה אם נפשו של גזלן או נפשו של נגזל קאמר.

סעיף ד

האם מותר לאדם לכתחילה להציל את עצמו מסכנה ע"י שיגרום נזק לממון חבריו? ואם גרם נזק, האם חייב לשלם?

על מה סמכה תמר כלתו של יהודה שלכתחילה לקחה ליהודה את החותמת והפתילים הרי זה מציל עצמו בממון חבריו?

עוד אמרינן בב"ק ס: על הפסוק הנזכר דרב הונא אמר גדישים דשעורים דישאל הוה דהוה מטמרי פלשתים בהו וקא מיבעיא ליה מהו להציל עצמו בממון חבריו אבל אתה מלך אתה ופורץ לעשות דרך ואין מוחין בידך, וכתב הרא"ש גדישין דישאל הוה ופלשתים טמונים בהם ומיבעיא ליה מהו למקליה הא לא מיבעיא ליה אי שרי למקלינהו להצלת ישראל דמילתא דפשיטא היא ואין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש אלא הכי מבעיא ליה מהו למקלינהו אדעתא דליפטור מתשלומין ואמרו ליה אסור להציל עצמו בממון חבריו דליפטור אלא יציל עצמו וישלם, וז"ל השו"ע "אפילו הוא בסכנת מות וצריך לגזול את חבריו כדי להציל נפשו, צריך שלא יקחנו אלא על דעת לשלם {וע"ל סי' ש"פ סי' ג} "וכי"ד התוס', ודלא כיוצא מפירש"י בסוגיה דענו לו הסנהדרין דאיסור גזל לא הותר אפילו בפיקוח נפש, פסקי המשפט בשם שו"ת בנין ציון, עיי"ש גם שנחלקו אחר' בשיטת המחבר האם מותר במקום שיודע שלא יכול לשלם, ובדין הצלה במקום הפסד ממון].

לפי"ז מבואר שתמר היתה יכולה לקחת לכתחילה את החותמת והפתילים על מנת לשלם משום שלולא זה היתה מסכנת נפשה.

סעיף ה

משנה ב"מ מ: "המפקיד חבית אצל חבריו ולא יחדו לה בעלים מקום וטלטלה ונשתברה אם מתוך ידו נשברה לצורכו חייב לצורכה פטור אם משהניחה נשברה בין לצורכו בין לצורכה פטור יחדו לה הבעלים מקום וטלטלה ונשתברה בין מתוך ידו ובין משהניחה לצורכו חייב לצורכה פטור" ובגמ' "הא מני רבי ישמעאל היא דאמר לא בעינן דעת בעלים... אלא אמר רב ששת הכא במאי עסקינן כגון שטלטלה להביא עליה גוזלות וקא סבר שואל שלא מדעת גזלן הו"י וכולה רבי ישמעאל היא וסיפא שהניחה במקום שאינה מקומה ורבי יוחנן הניחה במקומה משמע", והיא גם מחלוקת רבי יהודה וחכמים **במשנה ב"ב פז:** בשולח בנו אצל החנווני ע"פ אוקימתא דגמ' והלכה כחכמים דגזלן הו"י. וז"ל השו"ע "אפילו הלוקח בשאלה, שלא מדעת הבעלים, נקרא גזלן".

סעיף ו

[האם מותר לחטוף משכון מהלוח שלא ברשות ב"ד? האם נפסל בכך לעדות? פרט.]

ע"פ **משנה שבעות מד: ורמב"ם** פסק בשו"ע **"החוטף משכון** מיד הלוח שלא ברשות ב"ד, ה"ז גזלן, אע"פ שהוא חייב לו **(דלא כראב"ד** בדאשתכח דלא חייב לו כלום וכדלקמן) ואין צ"ל אם נכנס לתוך בית חבירו ומשכנו (שנאמר "בחוץ תעמוד")".

על לשון המחבר 'הרי זה גזלן', כתב **הסמ"ע** (יב) דבטור כתוב 'נקרא גזלן', ר"ל שהוא בכלל איסור גזילה וגם הוא פסול לעדות ולשבועה, אבל עיקר הגזילה דאזהר הכתוב עליה לא מיידי בחוטף למשכנו על מה שחייב לו אלא כמ"ש המחבר בסעי' ז'. **הש"ך** (ה) דחה הבנת בד"ה בסימן ל"ד בדעת הרמב"ם שאינו נפסל לעדות בכך משום דלא משמע להו לאינשי דליהוי גזלן בהכי, דמהראב"ד טור וה"ה משמע דלמדו ברמב"ם דנפסל לעדות, אולם כתב דלדינא כיוון יפה (דלא משמע להו לאינשי דליהוי גזלן בהכי, קצות וכנ"ל) וכן מוכח מהרשב"ם ל"ד **דבסתם חוטף משכון ואינו מברר שחייב לו לא מיפסל**, וכ"ד הראב"ד דלא הוי גזלן אלא בדאשתכח שאינו חייב לו, ובמגדל עוז למד כן גם ברמב"ם, **"וכ"נ עיקר לדינא עכ"פ בחוטף משכון" ולא בנכנס לביתו**, ודלא כסמ"ע ס"ק י"ב שנמשך אחר הבנת הראב"ד ברמב"ם.

כתב **הקצות** (ב) דדעת הנ"י בשם ר"ת **דחכא דחטף לגוביינא** ליכא איסור כלל דהקשה בהא דאמרו לא ימשכנו אלא בב"ד והא אמרינן בפרק המניח עבד אינש דינא לנפשיה ותיפרץ כשבא בתורת גביה, ומשמע מדבריהם דאפילו דעתו להתפרע ממנו אמרו כן, **והריב"ש למד בר"ת** דלא רצה לומר לגוביינא בלא ב"ד ושיקחנו להיות שלו מעתה, אלא רוצה לומר שהוא נוטלו לאחר זמן ב"ד לגוביינא שיגבוהו לו ב"ד ואז אינו עובר בנטילתו, שלא אסר הכתוב אלא בנוטלו להבטחה לבד ואין דעתו להתפרע מהמשכון ההוא כי אם מעות או קרקע, אבל שהוא יגבה לעצמו ויחליט המשכון לעצמו או למכור לאחרים בלי שומת ב"ד חלילה, וצ"ע.

סעיפים ז – ח

[איזהו גזל ואיזהו עושק?]

כתב **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** **"איזהו גזלן**, הלוקח ממון האדם בחזקה, 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. **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", וביאר ה"ה דלמד כן **מב"ק עט: "ואלא** גזלן היכי דמי אמר ר' אבהו כגון בניהו בן יהוידע שנאמר ויגזל את החנית מיד המצרי ויהרגהו בחניתו" ודחה מפניה הסוגיה **דב"מ קיא**. דמסיק רבא זה הוא גזל זהו עושק ולמה חלקן הכתוב לעבור עליו בבי לאוין, ואיירי שם בכובש שכר שכיר שעובר בה' שמות וגבי שכירות אי אפשר לגזול כעין ויגזול את החנית בשום צד (ובנוסף התקשה הרב המגיד בסוגיה זו דבכתוב לא מצינו כי אם פסוק אחד מלא תגזול ואוקימניה בב"מ ס"א בכובש שכר שכיר דגזל גמור במבעיא דרבית ואונאה אתיא ואם כן היאך נעשות מצות חלוקות).

כתב **בד"ה** דכתב הרמב"ם דהגוי אסור לעושקו וכתב איזהו עושק כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה או שכירות, ותימה דהא אמרינן בב"ק קי"ג דהפקעת הלואתו דגוי מותר.

סעיף ט

כתב **השו"ע** **"הכופה את חבירו** למכור את שלו ונותן לו דמיו אסור **(ב"ק סב. קיט)**. אבל אין לו דין גזלן ליפסל מדאורייתא (אף שהוא עובר בלאו דלא תחמוד, **סמ"ע**, ודלא **כלבוש** שאינו עובר על לאו דאוי [וכן הוא בתוס' סנהדרין כ"ה]) אלא מדרבנן (דהכי משמע בב"מ ה' אהא דקאמר לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, ב"י) כמו שנתבאר (בסימן ל"ד)".

סעיפים י – יב

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם **"כל החומד"** עבדו או אמתו או ביתו או כליו של חבירו או כל דבר שאפשר שיקנהו ממנו והכביד עליו רעים והפציר בו עד שלקחו ממנו (**סמ"ע**: לקחו דווקא, אבל בלא לקיחה אינו עובר בלא תחמוד, כ"כ ברמב"ם בהדיא, ולמדו מדכתיב לא תחמוד כסף וזהב עליהם "ולקחת" לך) הרי זה עובר בלא תחמוד (**ה"ה**): זה מבואר במכילתא ואמרין בב"מ ה' דמורי ואמר דמי יהיבנא והא קעבר בלא תחמוד, ודעת הראב"ד שאם אמר רוצה אני מקחו קיים ולא גרע מתלויה וזבין דאסיקנא בב"ב מ"ח דזביני זביני וכיון שכן אין בו לאו והרמב"ם ס"ל דמקחו קיים ואע"פ שעבר. 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, ואין תאוה אלא בלב בלבד (**ה"ה**): גם במכילתא, ונראה דדעת הראב"ד שחיוב התאוה זו היא שיתאוה לקנות בדמים שלא ברצון הבעלים) (**ע"פ** המכילתא -) (יא) התאוה מביא לידי חימוד ותחמוד מביא לידי גזל, שאם לא רצו הבעלים למכור אע"פ שהרבה להם בדמים והפציר ברעים, יבא לידי גזל, שנאמר וחמדו בתים וגזלו, ואם עמדו הבעלים בפניו להציל ממונם או מנעוהו מלגזול יבא לידי שפיכות דמים, צא ולמד ממעשה אחאב ונבות. (יב) הא למדת שהמתאוה עובר בלאו אחד, והקונה דבר שהתאוה בהפציר בבעלים עובר בשני לאוין, לכך נאמר לא תחמוד ולא תתאוה, ואם גזל עובר בשלשה לאוין.

ביאר **הסמ"ע** (טז) בסע' י דהא דהתחילו הרמב"ם והמחבר באיסור לאו דלא תחמוד קודם שכתב איסור לאו דלא תתאוה, אף שהמחשבה "דתאוה" קודם למעשה "דחימוד", משום דבמאי דסיים פתח, דבסע' ט' סיים וכתב דהכופה את חבירו וכו' והוא בלאו דלא תחמוד.

כתב **הסמ"ע** (יז) דאיתא ברמב"ם בכל המתאוה ביתו וכו' שסיים וכן כל כיוצא מדברים "שאפשר" לקנותן ממנו ור"ל דאילו דברים שאי אפשר לקנותן אינו עובר בלא תתאוה כיון דלא יבואו לידי מעשה, אולם הטור כתב בשמו מדברים 'שאי אפשר', ונראה שכתב רבותא דאפילו בדברים שאי אפשר לקנותן עובר וכל שכן בדברים האפשריים.

סימן שס – מצוה על הגזלן להשיב הגזילה ואם אין בה שוה פרוטה או נשתנית**סעיף א**

ראובן בנה בנין, רובו על מגרש השייך לו, ומיעוטו על מגרש השייך לשמעון. כשתבע שמעון את ראובן לדין, הסכים ראובן לפצותו בערך המלא של הקרקע ואף למעלה מזה, שמעון התנגד ודרש שראובן "יחתוך" את חלק הבנין במגרש השייך לשמעון, כיצד נפסוק?

מה הדין הקונה מגזלן ואח"כ באו הבעלים ודרשו את הגזילה בין לפני יאוש ובין לאחר יאוש? (ראה שנו"ב) מה הדין בקרקע?

מה המנהג בהחזרת הגניבה? מה טעמי המנהג והנפק"מ? (צל"ע)

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם **"כל הגוזל חייב להחזיר הגזילה עצמה"** שנאמר והשיב את הגזילה אשר גזל (דווקא הגזילה ולא כפל דאין כפל כי אם בגנב) ואם אבדה או נשתנית משלם דמיה בין שהודה מפי עצמו בין שבאו עליו עדים שגזל (ולא כדין גנב שבאו עליו עדים שגנב דחייב לשלם כפל) (**ב"ק סז. צד**). מדכתיב 'אשר גזל' דדוקא אם כשהיא כאשר גזלה צריך להחזירה בעינה הא אם נשתנית שינוי שאינו חוזר לכמו שהיתה כבר קנאה בשינוי ואין עליו אלא חוב דמי שויה כמו שהיתה בשעת גזילה וכמו שנתבאר בהלכות גניבה ששויין הן בזה, (**סמ"ע**). (**משנה גיטין נה. וגמ' ב"ק צה**). - 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. (**ע"פ** מימרא דרבינא **סוכה לא**). - 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 (שאם בנאה בטיט אינו מחזיר אלא דמים שהרי הוא כגזל קורה ובנאה, ה"ה, באה"ג) {גזל קרקע ובנה עליה בניינים גדולים צריך לסתור הכל ולהשיב קרקע לבעלים דלא עשו תקנת השבים בקרקע (רי"ו)}".

ביאר הסמ"ע (ו) דהא דלא עשו תקנת השבים בקרקע כיון דהוא דבר קבוע ועומד הו"ל למידע דשל הנגזל הוא ולא היה לו לבנותו [שער משפט]: דבריו תמוהים דהא לאו בלוקח מגזלן אמרי הכא אלא בגזלן גופיה דודאי יודע שגזלו ואפילו הכי עשו בו תקנת השבים, ולשון הלבוש מתוקן יותר], ובפת"ש (א) הביא דהלבוש כתב דטעמא מאי עשו תקנת השבים כדי שלא יעלים הגזלן שגזל ולא יעשה תשובה ובקרקע לא שייך זה דאי אפשר להעלימה (וראה גם שס/א). ה"ט"ז כתב טעם נוסף שלא עשו תקנת השבים בקרקע דכיון דקרקע אינה נגזלת דקיימת לעולם ומצוים בעלי זרוע ליפול וסוף סוף יושב הקרקע לבעליו.

עוד הביא הפת"ש (שם) דדעת המבי"ט דאם לא נעשה ההשגת גבול מדעתו רק שהבנאים הכניסו חצי אמה מקרקע חבירו שלא מדעתו, אפשר שגם רי"ו יודה שעשו בו תקנת השבים ויפרע לבעל הקרקע מה ששוה החצי אמה כי לא החמירו אלא מפני מה שעבר על לא תסיג גבול רעך והכא לא עבר כיון שלא ידע, ובמל"מ חלק עליו, ובשער משפט כתב דנראה דהאי דינא תליא בפלוגתא שהביא הרמ"א בסימן רע"ד במי שהיה לו נחיל של דבורים וישבו על אילן חבירו אי יכול לקוץ הענף כו', וכן בשנים שהיו באים בדרך זה בחבית של יין וזה בכד של דבש וכו' מפני השבת אבידה וכמבואר בסימן רסד/ה בהגה.

סעיף ב

ע"פ סוגיא דב"ק קה. גבי הא דגזל שלש אגודות שוות שלש פרוטות, למדו הרמב"ם ועוד וכ"פ השו"ע "הגוזל פחות משוה פרוטה אע"פ שעבר (דהתורה אזהריה גם אחצי שיעור, סמ"ע) אינו בתורת השבה".

סעיף ג

מה הדין אם גזל שווה פרוטה ונאבדה הגזילה ושוב הוזלה ואין שווה פרוטה?

ע"פ פסק בשו"ע "גזל ג' אגודות שוות שלשה פרוטות והוזלו והרי שלשתן שוות ב' פרוטות, והחזיר לו שתיים, חייב להחזיר השלישית הואיל ובתחלתה היתה שוה פרוטה", וכתב הסמ"ע (ח) ע"פ התוס' דכ"ש אם גזל אחת שוה פרוטה והוזלה דצריך להשיב אותה או דמיה שוה פרוטה כמו שהיתה מתחילה, אלא לרבותא נקט ג' אגודות דאע"ג דכבר קיים מצות השבה במה שהחזיר שתיים אפ"ה צריך להחזיר השלישית, והטור כתב בזה וכ"ש אם גזל שתי אגודות שוות שתי פרוטות והוזלו ועמדו על אחת והחזיר לו אחת שצריך להחזיר לו גם השניה שהרי לא קיים מצות השבה כלל.

סעיף ד

ע"פ בעיא דרבא דנפשטה שם פסק בשו"ע "גזל שתיים שוות פרוטה, והחזיר אחת, אע"פ שגזילה אין כאן, מצות השבת גזילה אין כאן" = וכתב הרא"ש דפירש הרמ"ה אע"ג דגזילה אין כאן ואין ב"ד כופין אותו להחזיר כיון דאין בו שוה פרוטה, והא ודאי אם לא החזיר אחת מדעתו אלא בצווי ב"ד כופין אותו להחזיר את השניה כההיא דתניא (ב"מ נה:) הוזקו ב"ד לשוה פרוטה גומרין אף בפחות משוה פרוטה אלא השתא דהחזיר אחת מדעתו גזילה אין כאן דאין ב"ד נזקקים לפחות משוה פרוטה מצות השבה אין כאן ומעצמו חייב להחזיר לקיים מצות השבה ואין ב"ד נזקקין לכופו, ו"עוד פירש" דאע"פ שגזילה אין כאן ואין בית דין נזקקין לכופו בתורת ממון מצות השבה אין כאן ומכין אותו עד שתצא נפשו לקיים מצות השבה, והסמ"ע (ט) הביא ע"פ הטור הפירוש השני בלבד, וע' בב"י שהאריך לדון בגירסאות הרמב"ם ובפירוש הגמ' לדבריו.

סעיפים ה – ז

פסק השו"ע "(ב"ק צג: משנה וגמ' -) נשתנית הגזילה, אע"פ שלא נתיאשו הבעלים, אין צריך להחזיר אלא דמיה כמו שהיתה שוה בשעת הגזילה, והוא שלא יהא שינוי החוזר לברייתו, כיצד, הגוזל עצים ודבקם במסמרים ועשה מהם תיבה אינו שינוי, שהרי אפשר לפורקן וחוזרים לוחות כשהיו, (מימרא

דרב פפא צו: -) גזל עפר ועשאו לבינה לא קנה (סמ"ע: דעת הרשב"א דוקא שייבשן בחמה ולא כשצרפן אותן בכבשן דאז אי אפשר לכותשן לעפר דק כבתחילה, ומהטור משמע דאפילו שרפן בכבשן דבעפר דאינו חשוב אין קפידא אף כשלא הוחזר לגמרי דק וכתוש כבראשונה משא"כ בנמטי להעשות צמר דקפדינן אצמר דהוא דבר חשוב להעשות בו מלאכתו הראשונה, שאם ידוק הלבינה תחזור עפר כשהיתה, גזל לשון של מתכת ועשאו מטבע לא קנה כשהיה (סמ"ע: ובעשאו כלי כסף דעת התוס' דקנה והרשב"א חולק וע' ב"י, והש"ך כתב דלחנם הביא דעת התוס' דהתוס' עצמם מדמי לה לנסרים ועשאו תיבה למ"ד דשינוי החוזר הוי שינוי וא"כ אגן דק"ל דשינוי החוזר לא הוי שינוי א"כ ה"ה בעשה ממנו כלי לא הוי שינוי וכן הוא בראב"ן ועיקר, שאם יתיך המטבע יחזור לשון (סמ"ע: ואף דאי אפשר לצמצם אין קפידא בנסכא, משא"כ כשגזל מטבע ושינהו לנסכא דאם יבוא לחזור לעשות מטבע יהיה פנים חדשות דא"א לצמצם לעשות כבראשונה ובה יש קפידא וכן בגזל לבינה ועשה ממנה עפר דלקמן).
(ו) (משנה צג: -) אבל הגזל עצים ושיפן וקצצן או חקק בהם ועשה כלים (גמ' שם ועי' משנה דחולין קל"ה -) או שגזל צמר וצבעו או נפצו או לבנו (ש"ך: בגמ' משמע דנפצו ולבנו וצ"ל דט"ס הוא בספרי המחבר) או עשאו לבדים (דלא כרמב"ם שכתב 'בגדים' דשינוי החוזר לברייתו הוא דאי בעי סתת ליה ולא קני והא דתנן התם דצמר ועשאו בגדים קני מוקי לה בנמטי, ב"י), 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 אא"כ נשתנה שם הגזילה מכח השינוי (תוס', וראה לקמן) (ז) (מימרא דרב פפא צו: -) 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 (ע"פ הטור, וכתב הסמ"ע שכבר נתבארו דינים אלו במחבר בסע' ו' ונמשך הרב אחר דברי הטור אשתמיטיה מש"כ המחבר וראה ש"ך וגר"א) }."

מקור דברי הרמ"א דאין נקרא שינוי אא"כ נשתנה שם הגזילה מכח השינוי מקורם בתוס' (צג: 'עצים'), מדתנא במתניתין עצים ועשאו כלים שמעינן דשיפוי לא מיקרי שינוי אם לא שנקרא שם כלי עליה כל דהו או ששמו משתנה באותו שינוי כמו כשורי ועבדינהו קצצתא וכן עבדינהו נסרים אבל שיפוי בעלמא שאין שמו משתנה בשיפוי זה לא חשיב שינוי וכן אמרינן בדף צ"ו גזל דיקלא וקטליה לא קני דיקלא ועבדינהו גובי לא קני דגובי דדיקלא מיקרי אבל גובי ועבדינהו כשורי קני מעיקרא גובי והשתא כשורי, וכ"פ הש"ך (ד) ודחה דעת התורת חיים החולק בלא טענה מוכרחת וגם מה שהביא ראייה מהרמב"ם והמחבר שכתבו סתמא דשפוי מועיל דהוי שינוי ולא חילקו אינו ראייה דהא כתבו לקמן סע' ט' עד שנשתנה שם, וגם הסמ"ע (טו) כתב דזה טעם המחבר בסע' ט', וכ"פ הקצות (ה) אך הוסיף דאמנם שינוי שם הגזילה הנצרך לאו היינו שינוי השם ממש, דא"כ שינוי מעשה לא משכחת כלל, כיון דאם לא נשתנה שמו לא קנה ובנשתנה שמו תיפוק ליה דהוי שינוי השם, אלא דשינוי השם בלא שינוי מעשה דהיינו שינוי השם שהוא חשוב וכמ"ש הרא"ש גבי גנב טלה ונעשה איל, ובשינוי מעשה סגי לה בנשתנה שם הגזילה אפילו שינוי שמו בשינוי כל דהו [אך הקשה מגזל חמץ עיי"ש], וכן הרגיש בזה הגר"א (ו) שכתב על הרמ"א "ומיהו לאו כללא הוא.. דשינוי מעשה אין צריך לשינוי השם, וכן בטלה ונעשה איל אע"ג דאין בה שינוי השם כמ"ש בב"ק ס"ה ע"ב", וראה להלן בנתיבות.

הנתיבות (שסא,א) תמה על הרמ"א דבמה איירי, דהא שינוי מעשה החוזר אפילו עם יאוש לא קני ושינוי השם החוזר עם יאוש קונה מדאורייתא כמ"ש התוס' סוכה ל' וכן מוכח בשו"ע שסא/ב וכאן בסע' ה', וא"כ ממה נפשך, אי כוונתם על שינוי מעשה שלא נשתנה שם הגזילה אפילו שינוי שאינו חוזר לא קנה, ואי בנשתנה שם הגזילה אפילו שינוי שם לחודיה בלא שינוי מעשה קונה, ויישב (עפמשי"כ שם) דכל שהקנין הוא מטעם יאוש ושינוי השם כתב הרמב"ן הטעם דבלא יאוש סופו לחזור כשיוציאנו הנגזל, משא"כ אחר יאוש, ולפי"ז נראה דשינוי השם הבא ע"י אחר שלא ע"י גזלן דלא הוי שינוי השם דהא סופו לחזור ע"י הגזלן, וכן מבואר בהא דאמר בדף ס"ו בגזלן מחשבה מטמאתן וכן הגנב והגזלן שתרמו דהוא מטעם שינוי השם בעינן דוקא שינוי השם מהגזלן, אבל קנין הבא ע"י שינוי מעשה אפילו נשתנה ממילא קנה הגזלן, וזהו כונת התוס' והפוסקים דשינוי מעשה החוזר שנעשה ע"י אחר אין בו קנין מצד שינוי מעשה אפילו עם יאוש, דלא נקרא שינוי מעשה כשהוא שינוי החוזר, וגם אין לומר דהקנין יהיה מצד השינוי השם שנעשה ע"י השינוי מעשה החוזר, דהא אפילו אם שינה הגזלן שמו בפיו בלא שינוי מעשה כלל הוי קנין דהא בעורות אפילו מחשבה של גזלן מטמאתן, דזה דוקא כשהגזלן שינה שמו, אבל אם נשתנה ע"י אחר בשינוי החוזר לא הוי קנין, כיון שהגזלן לא ייחד אותו לכך מה בכך שהוא אחר

יאוש והנגזל לא יחזיר השינוי מ"מ אולי הגזלן יחזיר השינוי, אבל ודאי אם גזל נסכא ועשה הגזלן בעצמו זוזי דקנה עם יאוש דלא גרע מהא דאמר מעיקרא אסא והשתא הושענא.

סעיפים ח – י

ע"פ **ב"ק צו**. פסק בשו"ע **"גזל דקל"** מחובר וקצצו לא קנה, אפילו כרתו חוליות חוליות, עשאו קורות קנה. (ט) **גזל קורות** גדולות ועשאו קטנות, לא קנה. קצצן לוחות עד שנשתנה שמם, קנה. (י) **גזל לולב** והפריד עליו, קנה העלין. גזל עלים ועשאו חופיא (מכבדות), קנה { טלה ונעשה איל, עגל ונעשה שור, קנה (ב"ק דף ס"ה) }.

סימן שסא – דין יאוש ואם יש עמו שינוי השם או שינוי רשות

< סע' א – ד ראה סימן שני"ג.

סעיפים ה – ו

ב"ק קיא: "אמר רב חסדא גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו ממנו רצה מזה גובה רצה מזה גובה מאי טעמא כל כמה דלא נתיאשו הבעלים ברשותיה דמריה קאי, תנן הגזל ומאכיל את בניו והניח לפניהם פטורים מלשלם, אמר לך רב חסדא כי תניא ההיא לאחר יאוש". ע"פ הנ"ל והרשב"א פסק בשו"ע "לא הוי שינוי אלא אם כן מכרו או נתנו לאחר, 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 (אפילו האכילו הגזלן אם רצה הנגזל גובה מזה שאכל, ה"ה בשם רא"י וכ"כ ברמב"ם שלא חילק, באה"ג). (ו) בד"א שלא נתיאשו, אבל אם נתיאשו ובא אחר ואכלו פטור, נהי שאם היה בעין היה חייב להחזירו, עתה שאכלו פטור (ג"כ נלמד מ"והשיב את הגזילה אשר גזל" דוקא כשהיא כעין שגולה ולא כשנאכל, סמ"ע)".

עמש"כ המחבר ברישא אא"כ מכרו וכו', כתב הסמ"ע (ה) דנראה דאז אפילו אם ידע הלוקח או המקבל שגזילה היא אפ"ה מיקרי שינוי רשות וקנאו וכן מוכח ממה דמסקי הטוש"ע הטור אדין שאחר זה אם בא אחר ונטלו מבית הגזלן דלא שנא אם ידע השני שהוא גזול ביד הגזלן לא שנא לא ידע, מכלל דברישא במכרו הגזלן לאחר הוי שינוי רשות אפילו ידע שהוא גזול ביד הגזלן, דאי הרישא בלא ידע מיירי, לא הוצרך לכתוב בסיפא האי לא שנא הנ"ל דהא על לא ידע דרישא קאי, וזהו דלא כדמוכח מדברי הב"י בסימן שס"ט דבכה"ג לא מיקרי שינוי רשות.

מה הדין הקנה חפץ גזול בקנין לזמן או במתנה על מנת להחזיר או השאילו או השכירו האם נחשב כשינוי רשות? באר ונמק.

כתב הרמ"א (ה) ע"פ הנ"י "י"א דאם מכרו באחריות (דווקא, רע"א) או נתנו בטעות או בעל כרחו לא מקרי שינוי רשות".

הש"ך (כאן בקצרה ובסימן ל"ז סקכ"ט) חלק על הנ"י במש"כ במכרו באחריות "דמה ענין אחריות לשינוי רשות, והכי משמע מדברי כל הפוסקים" בסי' שני"ג שני"ו ושס"א "שכתבו סתמא קנה ביאוש ושינוי רשות ולא חילקו בין מכר לו באחריות או לא".

כתב באבן חיים (כאן) בשם הרב יעקב גרשון משארוויליאק דלפי הנ"י במקרה שהגזלן השאיל או השכיר את החפץ אין בזה שינוי רשות, וכתב שגם הש"ך יודה.

כתב הש"ך (ג) גבי נתנו בטעות, דהרשב"א בחידושים כתב דאם נתנו לו על דעת חליפי שלו הוי שינוי רשות וכן משמע מדברי הרמב"ם והמחבר סימן שס"ה/ה סעיף ה', ומדברי בעל המאור מוכח להדיא דאפילו בטעות הוי שינוי רשות וגם הרמב"ם שם משמע דמודי ליה בזה, ובתשובת הרשב"א איתא אחד שנויא דאפילו בחליפות לא הוי שינוי כיון שנתנו לו, וצ"ע.

[עמשי"כ המחבר דבעל כרחו לא מיקרי שינוי רשות, הקשה ה**נתיבות** (ב) דהא מבואר בסימן שס"ח דהמציל מיד לסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שנתיאשו הבעלים, וקשה דמה בכך שנתיאשו מ"מ הא אין כאן שינוי רשות כיון שלקחו בעל כרחו, ותירץ דדוקא כשנתיאש אחר שבא ליד גזלן מיקרי יאוש דגזילה ולא קנה, ושוב אסור לכל אחד לזכות בו, והוא מטעם שכבר נתחייב הגזלן בהשבה, אבל אם ראה אנס בא כנגדו והמטלטלין מונחין עדיין לפניו ונתיאש דזה ג"כ הוי יאוש כשאינו יכול להציל כבב"ק קט"ו בראה אנס בא כנגדו שאינו יכול לחלל עליו מעשר שני מפני שהוא הפקר ויאוש זה הוי ממש כמו יאוש דאבידה דהא נתיאש קודם שבא ליד הגזלן, לא מיבעיא דאם בא אחד והציל ולא הניח לגזלן לקחתו דמי ממש למציל מן הארי או מן הנהר או מן הדליקה (ב"מ כ"ד) דמה לי שנתיאשו הבעלים מפני שבא ארי או דליקה ומה לי שנתיאשו מפני שראו לסטים וגייס באין, אלא אפילו הציל אחר שבא ליד הגזלן מ"מ כיון שנתיאש קודם שבא ליד הגזלן כבר נעשה על המטלטלין שם יאוש דאבידה, ואף דהגזלן ודאי דנעשה גזלן עליו דהא מחמתו בא היאוש כיון שבא לגזלו, מ"מ כיון שכבר קודם שבא ליד הגזלן נעשה אבידה לא הוי יותר מגזל דאבידה דאין עליו שום חיוב השבה כמ"ש הרמב"ן, ומשוי"ה כל המציל ממון פטור מלהחזיר וחיוב תשלומין של הגזלן אינו רק מטעם גרמי. עמשי"כ המחבר בסעי' ו' כתב (ג) דנראה דאפילו נטל לפני יאוש ואכל לאחר יאוש פטור כדמשמע בסעי' ז'.

בנידון השאלה עוד יש לציין **לרע"א** (שנג,ג) שכתב דדעת היש"ש דאם נתן הגנב בפקדון לאחר ואח"כ נתיאשו הבעלים ואח"כ מכר הגנב לנפקד לא קנה דהוי ש"ר קודם יאוש, ובמגיני שלמה השיג ע"ז דפקדון לא מקרי ש"ר דברשותא דמרא קאי וכשהקנה לו אח"כ זהו שינוי רשות אחר יאוש.

במנחת אשר (ב"ק סז,ד) דן באריכות אי הוי מתנה על מנת להחזיר שינוי רשות (עיי"ש) והביא בשם החזו"א דמהני.

על פניו היה מקום ללמוד דגם דבהקנה לזמן לפ"ז הוי שינוי רשות, ובספר **חיי נפש** (דרוש והלכה א', זלמנוביץ, עמ' קנב) כתב בתחילה לתלות במחלוקת הקצות (סימן רמ"א) בשם ר' אביגדור דמתנה על מנת להחזיר לא הוי רק קנין לזמן ואין צריך להקנותו בחזרה, לנתיבות שהוא דעת הרא"ש דס"ל דמע"ל הוי מתנה גמורה וצריך להקנות לו בחזרה (אך דחה, עיי"ש), וצריך תלמוד.

סעיף ז

משנה ב"ק קיא: "הגזל ומאכיל את בניו והניח לפניהם פטורין מלשלם, ואם היה דבר שיש בו אחריות חייבין לשלם" ובגמ' "אם הניח לפניהם פטורין מלשלם אמר רמי בר חמא זאת אומרת רשות יורש כרשות לוקח דמי, רבא אמר רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי והכא במאי עסקינן כשאכלום הא מדקתני סיפא אם היה דבר שיש בו אחריות חייבין לשלם מכלל דרישא בגזילה קיימת עסקינן אמר לך רבא הכי קאמר אם הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבין לשלם".

וז"ל **השו"ע** "מת והוריש הגזילה לבניו לא הוי שינוי רשות (דברא כרעא דאבוה הוא ולא מחשב כלוקח, סמ"ע), 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 (כדמוקי רב חסדא הובא לעיל סעי' ו'), אם לא הניח אביהם נכסים, אבל אם הניח אביהם נכסים אפילו אכלוה אחר יאוש חייבים (דאז נכסי אבוהון משועבד להנגזל מיד בשעת הגזילה, סמ"ע) לשלם (וכתב ה**טור** ע"פ הרמב"ם ושאר דהאידנא דמטלטלי משתעבדי אפילו לא הניח להם אלא מטלטלין חייבין לשלם, סמ"ע), וכן אם מכרה האב או נתנה לאחר, אם הניח נכסים חייבים לשלם. (ברייתא קיב. -) ואין חלוק בזה בין גדולים לקטנים, ואם אמרו הגדולים יודעים אנו שעשה אבינו חשבון עמך ולא נשאר לך כלום בידו נאמנים (במגין דאילו רצו היו אומרים החזרנו לך) (מיהו צריכים לישבע היסת ודלא כסמ"ע בסימן רצ"ז, ש"ך) (בעינן שיטענו הן בעצמן ודוקא בברי, משא"כ אם טוענין שמא החזיר לך או לקחו אבינו אינן נאמנין בשמא, ואנן לא טענינן להו בדבר שאינו מצוי, סמ"ע בשם רי"ו), וי"א (ע"פ ההסבר השני **בתוס'** דלא מטעם מיגו אלא מטעם שאין עדי גזילה אלא הודאת הבנים בלבד) דה"מ כשאין ידוע שגזלה אביהם אלא על פיהם אבל אם היו עדים שגזלה אינם נאמנים (סמ"ע: דה"ל מגו דהעזה טפי ממה שאמרו ידענו שעשה אבינו עמך חשבון ולא פש לך גביה, ובש"ך האריך לדחותו)".

עמש"כ הסמ"ע (יב) דאנן לא טענינן להו בדבר שאינו מצוי, כתב הש"ך (ד) דכ"כ רי"ו והוא כדעת הרא"ש, אבל הרמב"ן ריטב"א ועוד כתבו דטענינן להו לקוח במגו דהחזרתי אלא מיירי שראוהו עתה לאחר מיתה ביד היתומים הילכך בשמא לא טענינן להו לקוח דאב גופיה כה"ג לא הוי מהימן אבל כשטוענין ברי נאמנים כיון שלא ראוהו ביד היתומים קודם שירדו לדין דהוי נאמנים לטעון אנו החזרנוהו נאמנים גם עכשיו במגו, ולטעמיהו אזלי דלרא"ש לא טענינן ליתמי נאנסו כיון דהיא טענה דלא שכיח ולרמב"ן ס"ל דטענינן להו נאנסו דגם מידי דלא שכיח טענינן להו, מיהו כשטוענים ברי נראה דהרא"ש מודה לרמב"ן דנאמנים כל זמן שלא ראו עתה בידו קודם שירדו לדין או שראו לאחר מיתה, וא"כ למאי דקי"ל גבי נאנסו דהוי ספיקא דדינא כדלעיל סימן ק"ח ה"ה הכא, והסמ"ע שהביא דברי רי"ו לא כוון יפה דודאי איכא דפליגי עליה והילכך מספיקא לא מפקינן מנייהו.

סעיף ח

[האם הגזול חבירו בעדים צריך להחזירו בעדים?]

כתב השו"ע ע"פ ה"ה והר"ן "הגזול את חבירו בעדים", יש אומרים שאינו צריך להחזיר לו בעדים (ה"ה בשם חכמי הדורות, רמ"ה ועוד), ויש אומרים שצריך (ה"ה ברמב"ם, רי"ו ועוד, דס"ל דדוקא במלוה לחבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים משום דתחילתו היה כדי לפרוע משא"כ בגזול, סמ"ע). הש"ך (ח) כתב דלא מוכח מהרמב"ם מידי ולענין דינא פשיטא דקי"ל דא"צ והאריך ברשימת הראי' הפוסקים כן וכ"ד בד"ה בסימן צ' ודלא כב"ח שפסק דהוי ספיקא דדינא.

סימן שסב - השביחה הגזילה ביד הגזולן ממילא

סעיפים א - ד

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם (א) "הגזילה שלא נשתנית" אלא הרי היא כמו שהיתה, אע"פ שנתיאשו הבעלים ממנה (משנה צג: צו. וגמ'), ואע"פ שמת הגזולן והרי היא ביד בניו הרי זו חוזרת לבעליה בעצמה (משנה וגמ' דף קי"א: דקי"ל כרבא וכו' אושעיא), ואם נשתנית ביד הגזולן אע"פ שעדיין לא נתיאשו הבעלים ממנה, קנאה בשינוי, ומשלם דמיה (דבגזולן לא שייך ביה תקנת השוק, סמ"ע) כשעת הגזילה (שס/ה שנג/א). (ב) נתיאשו הבעלים ממנה ולא נשתנית קנה הגזולן 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 (רמב"ם, ה"ה בבאה"ג: דס"ל דמאחר דקי"ל כל היכא דפליגי רבה ורב יוסף הלכה כרבה וא"כ יאוש לחודיה קנה וקי"ל בסוגיא דדף צ"ג דלא קני אלא בשינוי שאינו חוזר לברייטו וכסימן שס/ו והא דס"ל לרבה דיאוש לחודיה קני היינו לשבח שהשביח וזה שכתב דלא קני אלא בשינוי גמור היינו לקנות כל גוף הגזילה, והסמ"ע כתב דדעת הרא"ש והטור ריש סימן שני"ד דאפילו לא נתיאש ג"כ ולא דווקא השבח שאחר יאוש וכ"כ הרמ"א בסוף סעי' ח' דיש חולקין וקאי גם אזה שכתב המחבר כאן) (ג) מכרה הגזולן או נתנה במתנה, אע"פ שלא נשתנית הגזילה, אינה חוזרת בעצמה מיד הלוקח, הואיל ונתיאשו הבעלים, בין לפני מכירה ונתינה בין לאחר מכירה ונתינה, קנאה הלוקח ביאוש ושינוי רשות {וש חולקין} (דס"ל דבעינן שיהא היאוש דוקא קודם שינוי רשות, וכן עיקר, ש"ך) ועיין לעיל סימן שני"ג (סעי' ג וכן סימן שנו/ג) { (ד) הגזול 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 מהגזל (ומחזיר הגזילה והיינו טעמא -) שהרי לא נתיאש (דאילו נתיאש היה מחזיק בגזילה עצמה, סמ"ע). וכן אם השביח הלוקח או היורש, נוטל השבח מהנגזל (מימרא ובעיא דרבא דף צו. והרמב"ם לשיטתו דקודם יאוש אין לגזולן דבר, ולכן חוזר הנגזל ונוטל דמי השבח מהגזולן, ה"ה)."

ביאר הסמ"ע (ד) בסעי' ב' הא דאינו משלם אלא כשעת הגזילה ר"ל אם הוא בענין שאינו צריך להחזיר הגזילה בעינה אזי משלם הוא לנגזל דמי הגזילה, אבל על הרוב מחזירה בעינה, וע"ז מסיק וכתב וכשמחזיר כו' שמין לו השבח ונוטל מהנגזל, כיון דבגזולן עצמו מיירי דמוציאין מידו, דאין צריך ליתן הנגזל לגזולן אלא שבחו, ובסעי' ד' דמיירי שם בדמכרו לאחר, שם לאו דוקא קאמר דנוטל דמי השבח

מהנגזל דהא גם קרנו נוטל מהנגזל, אלא לרבותא קאמר דאפילו דמי שבחו נוטל מהנגזל וכ"ש דמי קרנו.

גבי סעי' ד' ביאר הסמ"ע (ז) דבזה עדיף כח לוקח ויורש מהגזלן עצמו, דהן קנו השבח שנשבח אף שלא נתיאש הנגזל ואילו בעודה ביד הגזלן לא קונה הגזלן השבח דס"ל לרמב"ם דתקנה התקינו רבנן בזה ללוקח וליוורש, משא"כ לרש"י ורא"ש דס"ל דהא דלוקח ויורש זכו בשבח היינו מכח שזכה בו ג"כ הגזלן בכה"ג ואפילו נשבח קודם היאוש ומשום תקנת השבים.

הסמ"ע (י) הקשה עמש"כ הלבוש גבי סעי' ד' בהשביחו היורש או הלוקח דאין הנגזל חוזר על הגזלן שהרי לא הושבחה בידו, דמה טעם לחלק דהרי כאן בשבח שהושבחה מאליה מיירי וכסעי' ט' ויכול הנגזל לומר לולא שגזלתני גם בביתי היה נשבח ונהי דתקינו רבנן לשלם ללוקח והיורש השבח, הגזלן עכ"פ צריך להחזיר כאילו היה נשבח ביד הגזלן לסברת הרמב"ם, ואילו הקצות (ב) כתב דעיקר כלבוש דודאי כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה (ב"ק צג:) ובתברא או שתיה משלם כשעת הוצאה מן העולם (ב"מ מג.) וה"נ אם מכרה הגזלן אחר שהושבח משלם כשעה שמוכרה דהוא שעת הוצאה מן העולם, כיון דלוקח קונה השבח ולא אתי למיהדר ליה משלם כשעת הוצאה, אבל אם לא נשבחה ביד הגזלן ונשבחה ביד הלוקח אינו משלם יותר משעה שגזלה ושעת הוצאה, ועמש"כ הסמ"ע דיכול הנגזל לומר לולי שגזלתני גם בביתי היה נשבח, תמה הקצות דא"כ גזלן שמכר לאלם בענין דאי אפשר לאהדורי ליה יצטרך לשלם יותר משעת מכירה ואע"ג דנשבח ביד האלם אח"כ, ופשוט דאינו משלם יותר משעת מכירה, וכל הגזלנין דמשלמין כשעת הגזילה אמאי, לימא ליה הנגזל אילו היה הבהמה בידי היה הולך וגדל עד מאד, וכ"ד ה^נתיבות (א).

אם נתנו לקטן האם חשיב שינוי רשות?

כתב הקצות (א) להסתפק בנתן הגזילה לאחר יאוש לקטן במתנה אם הקטן קונה אותו ביאוש ושינוי רשות, ומשום דקטן אינו קונה מן התורה אלא היכא שדעת אחרת מקנה, והכא שהגזלן לא קנה ביאוש לחודיה לא הוי דעת אחרת מקנה, וכתב דלפי שיטת התוס' רמב"ן ורא"ש דטעמא דיאוש ושינוי רשות היינו משום דבהיתרא אתי לידיה דלוקח וא"כ שינוי רשות לאו קנין הוא כלל והלוקח דקני אותו אינו אלא ביאוש כיון דבהיתרא אתי לידיה, וא"כ בנתנו לקטן ליכא דעת אחרת מקנה כיון דהמקבל זוכה מחמת עצמו ביאוש וכמו באבידה דבהיתרא אתי לידיה וקטן באבידה אין לו זכיה מן התורה אלא מפני דרכי שלום, ואין לומר דנתינתו וקנייתו באין כאחד דדוקא בשינוי השם דגזלן גופיה קני בשינוי השם איכא למימר דהקדשו וקנייתו באין כאחד כיון דנעשה שינוי, אבל ביאוש ושינוי רשות לעולם אין הגזלן קונה כיון דס"ל דשינוי רשות ואח"כ יאוש אינו קונה משום דבאיסורא אתי לידיה וא"כ אינו קנין אלא למקבל ולא לגזלן כלל, וא"כ אין הקטן זוכה מעצמו כיון דליכא דעת אחרת מקנה, אבל לשיטת הרמב"ם דס"ל אפילו שינוי רשות ואח"כ יאוש נמי קונה ואע"ג דבאיסורא אתי לידיה, וצריך לומר דשינוי רשות בעצמו הוי קנין בצירוף יאוש, וא"כ בשעה שמוכרו או נותנו הו"ל דעת אחרת מקנה, וכמ"ש הרשב"א בהא בגיטין נ"ה דאמרו גנב וגזלן הקדשן הקדש משום שינוי השם דמעיקרא חולין והשתא הקדש שהקשה דאיך יכול הגזלן להקדישו כיון דאינו שלו וביאר דהקדשו וקנייתו באין כאחד, וא"כ ה"נ הו"ל דעת אחרת מקנה ונתינתו לקטן וקנייתו באין כאחד, אבל לשיטת הרא"ש והתוס' ה"נ אין לומר דנתינתו וקנייתו באין כאחד, דדוקא בשינוי השם דגזלן גופיה קני בשינוי השם איכא למימר דהקדשו וקנייתו באין כאחד כיון דנעשה שינוי, אבל ביאוש ושינוי רשות לעולם אין הגזלן קונה כיון דס"ל דשינוי רשות ואח"כ יאוש אינו קונה משום דבאיסורא אתי לידיה וא"כ אינו קנין אלא למקבל ולא לגזלן כלל, וא"כ אין הקטן זוכה מעצמו כיון דליכא דעת אחרת מקנה.

סעיפים ה – ו

[מה הדין בגזלן שמכר לגוי והשביחה בידו?]

ב"ק צו. "בעי רבא השביח גוי מהו א"ל רב אחא מדפתי לרבינא תקנתא לגוי 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 אמרינן

כיון דמעיקרא ישראל והדר ישראל עבדי רבנן תקנתא או דלמא כיון דאיכא עובד כוכבים באמצע לא עבדו ליה רבנן תקנתא תיקו".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם (ה) מכר הגזלן לעובד כוכבים, והשביח העובד כוכבים, השבח חוזרת לבעלים. (ו) מכר העובד כוכבים לישראל אחר שהשביח, הואיל והגזלן ישראל וזה שבידו ישראל, קנה השבח (ככל דין ספק בממון), ואם תפס הנגזל אין מוציאין מידו".

כתב הסמ"ע (יג) דאף דדעת הרא"ש דלא מהניא תפיסה בספק מ"מ בספיקא דתלמודא מודה ולכן כתב הכא דאם תפס הנגזל אין מוציאין מידו כרמב"ם, אולם הש"ך (ג) כתב דהרא"ש לא כתב כן הכא ואדרבה בספיקא דתלמודא ס"ל לרא"ש דאפילו תפס מפקינן מיניה, ולשון הטור בשם הרמב"ם הטעתו. **הקצות** (ג) הביא שהרב המגיד כתב עמ"כ הרמב"ם בתקנת נגזל דשכירו ולקטו דאינו נשבע ונוטל ולא כתב אי תפס לא מפקינן, דכיון דהוא איבעיא דלא איפשטא (בשבועות מ"ו) משום שאינו אלא תקנה ובספק תקנה אוקמוה אדינא ולא מהני תפיסה, וכתב הקצות דכיון דבספק תקנה אוקמוה אדינא א"כ אפילו לא תפס יטול הנגזל את השבח כיון דמדינא דנגזל ושבח דגזלן אינו אלא תקנה, וכתב דנראה דהיכא דהוא מוחזק מעיקרא אפילו בספק תקנה הו"ל מוחזק, ודוקא בתופס דמהני לרמב"ם, אבל בספק תקנה לא מהני תפס.

סעיפים ז - ט

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "כבר נתבאר שהגזילה שהשביחה אחר יאוש או אחר שנשתנית השבח לגזלן אע"פ שהשביחה מאיליה (שנד/א-ב, שס/ה). 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 (מחלוקת התנאים בברייתא דף צ"ה וכר"ף שפסק כרב פפא ואלבא דרבי יהודה), הואיל ונתייאשו הבעלים משלם כשעת הגזילה (כתב ה"ה דאין לו ראיה למה הצריך ייאוש, באה"ג), ואם ילדה וגזזה, הגזות והולדות של גזלן, ואם עדיין לא ילדה ולא גזזה, שמין לו, ונוטל השבח מהנגזל ומחזיר הבהמה עצמה (דס"ל לרמב"ם דעיבור וטעינת גיזה לא מחשב שינוי ואפילו לידה עצמה ס"ל דלא ה"ל דין שינוי גמור אלא כשינוי החוזר, סמ"ע). (ח) (משנה צג: -) גזל פרה מעוברת ונתייאשו הבעלים ואחר כך ילדה (כשיטתו שאין הגזלן קונה דבר אף לא השבח קודם יאוש), רחל טעונה ונתייאשו הבעלים ואחר כך גזזה, משלם דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזז, ואם לפני יאוש וקודם שנשתנית ילדה או גזזה (ודיני שינוי בריש סימן שני"ג, ודעת הראב"ד דאין שינוי יותר גדול מלידה וגזזה) הרי הגיזות והולדות של בעלים, ואע"פ שנתעברה או נטענה ביד הגזלן הואיל ולא נתייאשו הבעלים ולא נשתנית הגזילה היא ברשות בעליה אף על פי שהגזלן חייב באונסים {כל אלה דברי הרמב"ם, אבל יש חולקין (רא"ש), וכמו שנתבאר ריש סימן שני"ד ושני"ו (דחולקין עם הרמב"ם במ"ש דלא קנה הגזלן השבח שנשבח קודם שנתייאשו הבעלים, וס"ל דלא מיבעיא שינוי גמור אלא אפילו בשינוי החוזר קנה השבח וכדמסיק), ואפילו שינוי החוזר לברייתו, כגון עפר ועשאו לבנים, אע"ג דלא קנה כדלעיל סימן ש"ס, שבח מיהא קני, וצריך להחזיר לו שבחו (סמ"ע): ונראה דה"ה אם אין בו שינוי כלל, כגון גזלה כשהיא מעוברת או טעונה בגיזה ונשתתה ביד הגזלן ונתרבה עליה הגיזה או הולד, אע"פ שהוציאה מידו בעודה טעונה או מעוברת משלם לו העודף כשיעור שנשבח בידו). (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 (אבל נתפטמה מאליה דינה כהוקרה וכדלעיל סי' שנד/ד בהג"ה וא"כ אפילו אחר יאוש הוא של נגזל, ש"ך)".

כתב הסמ"ע (טז) ברישא דסעי' ח' דמשלם דמי פרה העומדת לילד ר"ל אף אם הגיע זמנה לילד בשעת גזילה אפ"ה אינו משלם כאילו ילדה בשעת גזילה, כי ידוע שלא היתה הבהמה שוה כל כך קודם לידה שיש בה חשש סכנה לפרה עצמה וג"כ שמא יהיה הולד נפל, כמו שהיתה שוה אחר לידה, ואם גזלה בתחילת או באמצע עיבורה אינו משלם כ"כ כמו שהבהמה שוה בעת שהיא עומדת לילד דהיינו גמר עיבור, אלא הכל לפי שומת שויה, והנתיבות (ב) חלק עמ"כ דאפילו אין בה שינוי כלל כגון שגולה מעוברת והחזירה בעודה מעוברת דמשלם העודף כשיעור שנשבח בידו, דתמוה מאד, דהא אפילו נתפטמה מאליה דינה כהוקרה דהיא של הנגזל כמבואר בסימן שנד/ד בהגה, ועוד, דא"כ אפילו גזל טלה ונתגדל מעט אצל הגזלן יהיה של הגזלן.

סעיפים י – יג

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם (י) (ע"פ ב"ק סה. וב"מ מג. -) גזילה שלא נשתנית והוקרה אע"פ שנתייאשו הבעלים ממנה הרי זו חוזרת לבעלים ואין לגזול בה כלום שלא תקנו לגזול את השבח אחר יאוש אלא כגון שבח גיזות וולדות אבל שבח היוקר, אם היתה הגזילה חוזרת בעיניה אינו זוכה בה, (בטור: לפיכך -) הגזול חבית של יין מחבירו והרי היא שוה דינר בשעת הגזילה, והוקרה אצלו ועמדה מארבעה, 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. (יא) (משנה צג: -) 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 כיו"ב. (יב) (מימרא דשמואל ב"מ צט: -) הגזול אשכול של תמרים ובו נ' תמרים ואם ימכרו כולם ביחד אינו שוה אלא מ"ט פרוטות ואם ימכרו כל אחת בפני עצמה ישו חמשים, אינו משלם אלא מ"ט (סמ"ע: כעין סימן שצד/ד בבהמה שאכלה פירות מחוברים רואים כמה הפסידה ושמן מי שבא לקנות ס' חלקים כדי אותו חלק מה שאכלה כמה היה נותן וכו' ולמדוהו בב"ק נ"ח מדכתיב ובער בשדה אחר דמה שנבער מהשדה ישומו אותו בהדי שדה אחר) (סע' יג: ראה סימן שנד/ה)."

עמ"כ המחבר בסע' י' דגזילה שלא נשתנית והוקרה אף על פי שנתייאשו הבעלים ממנה הרי זו חוזרת לבעלים, כתב הש"ך (ה) דדעת רש"ל בטור דהיכא דנתייקרה אחר שנתייאש הוי של גזול וכתב שטעמו בטור דס"ל דיאוש קונה מדרבנן משום תקנת השבים ושייך תקנת השבים בכה"ג, והש"ך דחה באריכות גרסתו ודעתו בטור, ואפילו נתייאשו הבעלים קודם שנתייקרה או נתפטמה מאליה הוי של גזול, וכ"ד הרמב"ם והסמ"ג וכן עיקר.

סימן שסג – הגזול בהמה ועבדים והזקינו והדר בחצר חבירו שלא מדעתו

סעיפים א – ב

[מה הדין בגזול עבדים והזקינו? פרט ובאר השיטות, ומה הדין במקרה שנשרפו, והאם מועיל

בהם ייאוש?]

ע"פ משנה ב"ק צו: וגמ' פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם "גזל בהמה והזקינו או כחשה כחש שאינו יכול לחזור, כגון חלאים שאין להם רפואות תעלה או שגזל מטבע ונסדק או פסלו המלך (דבמשנה "גזל מטבע ונסדק משלם כשעת הגזילה מטבע ונפסל אומר לו הרי שלך לפניך" וכרב יהודה דפסלתו מלכות נמי היינו נסדק אלא היכי דמי נפסל שפסלתו מדינה זו ויוצאה במדינה אחרת) {וי"א (תוס' ורא"ש) דמטבע אפילו פסלה המלך אומר לו הרי שלך לפניך (כרב הונא דנסדק נסדק ממש נפסל פסלתו מלכות, דהוה רביה דרב יהודה ועוד דרב ושמואל דפליגי קאי כוותיה)}, או שגזל פירות והרקיבו כולם, או שגזל יין והחמיץ, הרי זה כמו שגזל כלי ושברו (סימן שסב/יא, ושם נתבאר דיש חילוק בין נשבר מאליו לנשבר בידים לענין וכאן לא כחשה והפסידה בידים, וה"ל לדמותו לגזל כלי ונשבר מאליו, אלא משום דכאן לא איירי בהוקרה ואדרבה נפחתה בדמיה, משו"ה נמי לא דקדק, סמ"ע), ומשלם כשעת הגזילה. אבל אם גזל בהמות וכחשו כחש שאפשר לחזור, או שגזל עבדים והזקינו (כר' מאיר וכרב דדינאם כקרקע שאינה נגזלת, דלא כר"י דקיימא לן עבדא כמטלטלי דמי, ב"י, וגבי מה שהקשה הנתבחות דהתחייב בשבת דעבד – ראה תכד/ג) או שגזל מטבע ונפסל (דווקא דהוא בעין דא"י משלם כשעת הגזילה דהיינו מטבע החדשה, ש"ך ע"פ תוס' ועוד) במדינה זו והרי הוא יוצא במדינה אחרת (ש"ך: פסקינן כסיעת התוס' דאפילו פסלתו מלכות א"ל הרי שלך לפניך ואפילו פסלו בכל המלכות שבעולם שאינו יוצאות כלל), 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 לסיסקל, אומר לו הרי שלך לפניך, ומחזיר אותה בעצמה. במה דברים אמורים בשחזיר הגזילה, אבל אם נשרפה הגזילה או אבדה אחר שנאסרה בהנאה, חייב להחזיר לו דמיה כשעת הגזילה (סמ"ע: רבותא קאמר דאפילו הני דכבר נאסרו בהנאה ואף אם לא נשרפו לא היה יכול ליהנות מהן מ"מ כיון שנאבדו ואינו יכול להחזירן בעין צריך לשלם כ"ש באינך הנ"ל דסע' א')"

גבי הרקיבו הפירות כולם ברישא כתב **הסמ"ע** (א) דהאי כולם לאו דוקא קאמר, שהרי אחר זה כתב דדוקא דהרקיבו מקצתן אומר לו הרי שלך לפניך, אלא רובן ככולן ומחצה על מחצה נידון כרוב. **הש"ך** (ו) כתב דבהרקיבו כולם מבואר בש"ס דמשלם כשעת הגזילה וביאר בהג' אשר"י ע"פ הירו' דמדובר שהרקיבו עם הכנימה אבל אם הרקיבו מחמת התולעת הרי הן כבריאים, וכוונתו דאלי"כ אין טעם לחלק בין כולן למקצתן "ולפ"ז מ"ש בסמ"ע סק"א אינו מכוון" [ור"ל (ע"פ ביאור החת"ס על הירו')] דהביא דברי ההג"א כפירוש לחילוק בין הרקיבו כולם למקצתם, דהרקיבו כולם היינו אפילו הרקיבו מקצת אלא שהרקיבו מחמת כנימה שדרכה להתפשט בהכל משא"כ הרקיבו מחמת התולעת הוי כהרקיבו מקצתן ר"ל דאפילו הרקיבו כל הפירות קצת מחמת התולעת אין הרקיבון אלא במקצת מן הפרי ואינו עתיד להתפשט בכל הפרי ובזה דחה דברי הסמ"ע דאין כאן נידון בכמות הפירות שכן הפרי שהרקיב נשתנה והפרי שלא הרקיב לא נשתנה ואין נידון פרי אחד שייך לחבירו ואין כאן דין רוב ומיעוט ומחצה כרוב אלא הנידון בהרקיבו מקצת מכל תולעת דבהרקיבו ע"י כנימה הוי שינוי בכל הפרי ובהרקיבו ע"י תולעת לא הוי שינוי בכל הפרי ומה שנשאר הוי כבריאים, ציונים והערות ב"ק צ"ח, וע"ע בחזו"א ב"ק יז/טו, בית דוד עמ' תרלו בענין גזל מלפפונים והעלו עובש, ועוד אח' בביאור כוונת הש"ך].

הש"ך (ב) האריך גבי דעת הרי"ף דבעבדים אינו יכול לומר הרי שלך לפניך כקרקע, וזה מדק"ל כר' נחמן דאמר בב"ק (י"א) דאין גובים מן העבדים וחלקו כל הפוסקים עליו דבאמת צריך לחלק דכי יחלוק רב נחמן אכל הני דק"ל דעבדא כקרקע דמי לענין שבועה אונאה קנין ופדיון בכור וכמה דוכתי, ובתוס' בב"ק ועוד רא' כתבו דבכל מילי דאוי' קי"ל דכקרקע דמי אבל במילי דרבנן כמטלטלי דמי לכך אין גובים מן העבדים דשעבודא דרבנן, והא דלמדנו דחשיב כמקרקעי מדכתיב והתנחלתם אותם לרשת אחוזה הקישן הכתוב לאחוזה התם במילי דרבנן איירי כגון פרוזבול וקנין אגב דרבנן וקרא דערים מצורות אסמכתא בעלמא, והובא ביאור זה בב"י וכ"ד רש"ל, והש"ך כתב דדוחק לחלק בין מילי דאוי' למילי דרבנן דכל דתקנו רבנן כענין דאוי' תקנו ועוד דדוחק הוא לומר דקרא דערים בצורות אסמכתא הוא, ועוד דבדעת הרמב"ם א"א לומר כנ"ל דא"כ יהיה טעמו דר' נחמן משום דשעבודא דרבנן והרי הרמב"ם פסק דשעבודא דאוי' וכן מוכח מכל הפוסקים שהביא בסימן ל"ט ותקשי לכל הנך פוסקים וגם הרא"ש גופיה כתב בכמה דוכתי דשעבודא דאוי' וכ"פ הרש"ל, ולכן ביאר דאשכחן בכמה דוכתי דלענין בעל חוב שאני דלא סמך דעתיה עליה וא"כ הכא נמי נהי דעבדא כמקרקעי דמי היינו לענין דינין הכתובים בתורה אבל לענין סמיכת הב"ח כיון דיכול לברוח לא סמכא דעתיה עליה וכמטלטלי דמי וכן לענין פרוזבול וקנין אגב עניינים של סמיכת דעת.

עוד כתב **הש"ך** (ג) גבי עבדים דלאו דווקא הזקינו וה"ה נשרפו ואינן בעולם כלל לדין דק"ל עבדי כמקרקעי דמי אומר לו הרי שלך לפניך וכקרקע, וכ"ד הראב"ן דפטור, ודלא כראב"ד דס"ל דמ"מ נזגלים ונקנים בייאוש דכתיב וישב ממנו שבי ולכן אם מתו או נשרפו משלם דמים דמשמת אין שלו לפניך, ואע"פ שהסכים הש"ך לדבריו במש"כ דכשם שאין קרקע נגזלת כך אין יאוש לקרקע והא בהא תליא וכן סוברים רש"י תוס' ועוד ודלא כרא"ש, אבל בהא דדין עבדים הנ"ל דחהו, דהא עבד איתקש לקרקע והיאך נימא דהוקש לחצאין לענין כחש דלא הדרא ולא לענין נשרף אלא ודאי משמע דאיתקש לגמרי לקרקע דברשותא דמאריה קמא קאי וה"ל כאלו לא גזלה והכי משמע פשטא דש"ס בב"ק קי"ז ושבועות ל"ז, והא דאמרין במשנה גיטין ל"ז עבד שנשבה ופדאוהו וכו' דבאחר יאוש לא ישתעבד וילפינן לה מדכתיב וישב ממנו שבי, שאני התם דגלי לן קרא דמהני בה יאוש אבל מ"מ לא שייך בתורת גזלה, ועוד י"ל דגם בעבד גופיה לא מהני יאוש והתם דמהני יאוש היינו בעבד שנשבה במלחמה שאני דגלי לן קרא דחזקת מלחמה מהני ואפילו בקרקע כדילפינן התם מעמון ומואב טהרו בסיחון.

הקצות בסימן שע"א גבי הא דבקרקע אין תקנת השוק וייאוש, הביא דברי הראב"ד דנראה דיאוש בעבדים מהני, והביא דברי הש"ך דהא בהא תליא דכשם שאין קרקע נגזלת כך אין יאוש לקרקע וכו', וכתב דלפ"ז נראה בשטרות דנמי אין נגזלין אין יאוש קונה בהם, ובתוס' ב"ב ע"ו מבואר להדיא דשטר נקנה ביאוש דכתבו דמכירת שטרות לאו דאורייתא והא דאצטריך למעוטי שטרות מאונאה היינו שמצא שטר לאחר יאוש ומכרו לבעלים ביוקר, והוסיף דביאוש דאבידה שפיר מהני בעבדים וה"ה בשטרות.

הנתיבות (א) כתב דעיקר הטעם בהא דאין יאוש מועיל לקרקע הוא כמבואר ברמב"ן דאינו מועיל יאוש רק בדבר שיצא מרשותו אבל בדבר שהוא ברשותו לא מועיל יאוש, ומשו"ה במטלטלין דתיכף בשעת גזילה יצאו מרשות הנגזל דשוב חשובין אינו ברשותו לגבי הנגזל דהא גזל ולא נתיאשו

הבעלים שניהם אינן יכולין להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ומשו"ה מועיל יאוש, ובקרקע דיכול להקדישו דקרקע אינה נגזלת וחשיב ברשותו וכיון דברשותו הוא לא מועיל יאוש, ולפ"ז נראה דאם אינו יכול להוציא הקרקע בדין כגון שאין לו עדים דחשיב שאינו ברשותו דאינו יכול להקדישו שוב, ושוב מועיל יאוש גבי קרקע, וכן אם היה אפשר לאשכוחי אבידה גבי קרקע היה מועיל ג"כ יאוש, רק שאי אפשר לאשכוחי אבידה גבי קרקע, ולפ"ז נראה דיאוש מועיל בעבד, דדוקא בקרקע דלא שייך אבידה דהארץ לעולם עומדת לא שייך יאוש מכח סברא דאי אפשר לאשכוחי אבידה גבי קרקע אבל גבי עבד דאפשר לו באבידה ואילו ברת העבד ונאבד ממנו ונתיאש ודאי דמועיל יאוש, דהא קרא דוכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד דמהא קרא נפקא לן יאוש מיניה אעבד נמי קאי כמבואר בגיטין (מ"ה) מהיכא תיתי לא מועיל יאוש בעבד, וא"כ בגזל נמי, דמה לי שנאבד העבד מחמת שברח או מחמת שנגזל ממנו הלא מ"מ אבוד הוא מבעלים, דהא דאין יאוש מועיל לקרקע לאו מקרא נלמד רק מסברא, ולכך הכא עבדא כמטלטלי דמי לענין זה, והא דאמרינן בגיטין (י"ג ע"א) דאי ערק ליה העבד מזבין ליה לישראל, אלמא דיכול למכרו אף שברח, שם מיירי כשעדיין לא ברח לגמרי רק שאינו רוצה לקבל שחרורו, אבל לשחררו ע"י גט שחרור ודאי דיכול אף אחר יאוש, דהאיסור יכול להפקיע אף אחר שיצא מרשותו, דהא אפילו המפקיע עבדו יכול ליתן לו גט שחרור אח"כ.

בסק"ז האריך הש"ך לדחות מש"כ המהרש"ל דאין אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך רק גבי גזל ולא גבי שומר, דליתא והוכיח כן מהשקלא לטריא בב"ק צ"ח גבי ר' יעקב, וכן הוא סוגית התלמוד בכמה מקומות עצמו מספר, והכי משמע לישנא דגמ' חמץ ועבר עליו הפסח כו' ולא קאמר מני מתני' ר' יעקב היא כו' אלא ודאי משום דהאי מתניתא בלאו הכי ר' יעקב היא אלא דבחמץ ועבר עליו הפסח וכו' בעי תלמודא לאשכוחי תנא דאמר באיסורי הנאה הרי שלך לפניך ומסיק דכ"ע מודו בהכי, עיי"ש עוד (ובנתיבות ג').

גזל אתרוג שהיה שוה הרבה לפני סוכות והחזירו לאחר סוכות, האם יכול לומר לו הרי שלך

לפניך?

כתב הפת"ש (א) דהסתפק הפמ"ג דאם גזל אתרוג שוה הרבה והשיבו לו אחר החג, י"ל דמצי פטר נפשיה בטענת הרי שלך לפניך כמו בחמץ ועבר עליו הפסח, מיהו י"ל דחמץ שעבר עליו הפסח לא שכיח ולא עשו בו תקנה למידן דינא דגרמי משא"כ¹ באתרוג י"ל דלא גרע מגרמי דחייב, והגזל סחורה מחבירו ביומא דשוקא שוה אלף ולאחר השוק אין שוה אלא מעט, האם נאמר דמחזיר לו סחורתו (ושלח הפת"ש לסיומן רצב/ז מש"כ בשם הפנ"מ לגבי יריד) וצ"ע כעת, ובתשובת מו"ה משה שלמה זלמן אב"ד דקראקא פשיט ליה דאינו יכול לומר באתרוג הרי שלך לפניך כיון² דכ"ע יודעין ומכירין ההיזק דאחר סוכות אינו שוה כלל רק לאכילה, וזה דמי לגזל מטבע ונפסל בכל המדינות דלא יכול לומר הרי שלך לפניך דבשלמא חמץ שעבר עליו הפסח מי שלא ידע מזה לא נראה וניכר בגוף החמץ שום ריעותא אבל במטבע הריעותא והפחת ניכר ונראה לכל וה"ל באתרוג, והסכים עמו אחיו הגאון מו"ה צבי הירש מהמבורג, וכתב הפת"ש דצ"ע מה שהחליט כן להלכה דסברתו ניחא לפי דעת הרמב"ם והשו"ע שפסקו כרב יהודה דפסלתו מלכות נמי היינו נסדק, אבל לפי דעת הרא"ש טור ורמ"א שפסקו כרב הונא דפסלתו מלכות אפילו בכל המדינות אומר לו הרי שלך לפניך א"כ מוכח דליתא להאי סברא, וכ"ד ערוה"ש (ו) דתליא בדעות הנ"ל וכן גבי סחורה שגזלה והשהה אצלו עד עבור זמן מכירתה ביומא דשוקא.

< עוד גבי חמץ שעבר עליו הפסח דאומר לו הרי שלך לפניך, כתב הקצות (א) דבחק יעקב כתב דאם תובעו תוך הפסח לא מצי אמר הרי שלך לפניך לפי שהכל מצווין לבערו באותו פעם וכאילו שרוף ועומד דמי ונמצא שאינו מחזיר לו כלום, ומהאי טעמא נקטו בש"ס (ב"ק צ"ו) ופוסקים חמץ ועבר עליו הפסח כו' וכדאיתא בדף צ"ח גזל חמץ ובתוך המועד בא אחר ושרפו פטור דהכל מצווין לבערו, והקצות הקשה ממה נפשך אי חשבת ליה היזק ניכר בתוך הפסח דחשוב כשרוף א"כ כבר קנה בשינוי והוכיח כן מגיטין נ"ג ואי נימא דלאו היזק ניכר הוא א"כ תוך הפסח נמי אמאי לא מצי לומר הרי שלך לפניך, והא דאמרו בב"ק צ"ח גזל חמץ ובא אחר ושרפו דהכל מצווין לבערו היינו דכיון דמצוה לבערו מש"ה אע"ג דמפסיד בזה לגזלן שיצטרך ליתן דמים מכל מקום מצוה רמי לבערו אבל אכתי אינו מוכח מזה דלא מצי אמר הרי שלך לפניך, ולא ניתן להביא ראיה לדבריו מר' שמעון שכל העומד לשרוף הוי כשרוף (מנחות ק"ב) וכדפסק כן הרמ"א גבי גט שכתבו על דבר הטעון שריפה שפסול, משום דקיי"ל כחכמים וכפוסקים שחלקו על הרמ"א (אב"ה קכ"ד), אלא דאפשר לקיים דבריו כיון דהגזלן עבר עליה בבל יראה דבחמץ

דבר הגורם לממון כממון לבל יראה וגזולן באחריות אונסין רמי עלה ולא דבל יראה ניתק לעשה ואין ביעור חמץ אלא שריפה, א"כ בתוך הפסח אינו רשאי לומר הרי שלך לפניך לצורך לשורפו דוקא, ואפילו מפרר וזורה לרוח לא מהני, והוא דעבר בלאו ידידה במזיד צריך לקיים העשה שבו לשורפו, אבל אם עבר הגזולן ואמר לו הרי שלך לפניך והשליכו לפניו נתקיים מצות השבה אע"ג דעבר אמימרא דרחמנא.

< כתב ה**נתיבות** (ג) באומן שנתן לו שעורין לעשות שכר ועבר עליו הפסח בפשיעתו דמפסיד שכרו, לא מבעיא למאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי ודאי דמפסיד, דשלו הפסיד, אלא אפילו אי אין אומן קונה בשבח כלי מ"מ דמי למש"כ בסימן ש"ה (א) בשכר שליחות דמפסיד בגניבה אפילו היה בבעלים, וא"כ ה"נ כיון דדין מזיק יש לו, רק בהיזק שאינו ניכר פטור מלשלם, אבל שבח הפסיד דלא נגמר שכירות עד שמחזירה.

סעיפים ג – ה

הגזול מחבירו בהמה, מכונית, עבד, ספינה, השתמש בהם והחזירם, כמה ישלם עבור

השימוש?

ע"פ עובדא דב"ק צו: דההוא דגזול פדנא דתורי כרב בהו כרבא זרע בהו זרעא ואתא לקמיה דרב נחמן וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (ג) "הגזול בהמה ונשא עליה משא או רכב עליה או חרש או דש בה וכיוצא בזה והחזירה לבעליה, אע"פ שעבר בלא תעשה, אינו חייב לשלם כלום שהרי לא הפסידה ולא הכחישה (בכחש שאינו חוזר דאילו חוזר מצי אמר לו הרי שלך לפניך, סמ"ע, וע' נתיבות שהתקשה בדבריו דהא דיכול לומר הרי שלך לפניך היינו דוקא כשנכחש מאליו ולא בידים), ואם הוחזק אדם זה לגזול ("גזולנא עתיקא") או לעשות מעשים אלו פעם אחר פעם, קונסין אותו, ואפילו בח"ל (רי"ף וש"א"פ דהא ר"נ בחו"ל הוי, גר"א) (דוקא גדול הדור או טובי העיר שהמחוס בית דין עליהם, סמ"ע), ושמין השכר או השבח שהשביח בבהמה ומשלם לנגזל.

בד"ה תמה ברישא עמש"כ דאינו חייב לתת לו כלום ולמה לא ישלם מה שבטלה ממלאכתו כמו גבי עבד דסעי' ד' וכתב די"ל דהכא שאני שנתכוון לגזול הבהמה עצמה משא"כ שם שלא נתכוון לגזול העבד עצמו.

כתב הסמ"ע (ז) לבאר דאע"פ שגם בעל הבהמה היה צריך לבהמה זו לעשות בה מלאכתו וביטלה ממנו, כיון דלא הפסידה יכול להחזירה בעינה, דקי"ל דגזול אינו משלם אלא כשעת הגזילה.

ע"פ מימרא דרב דניאל בריש דף צז. פסק בשו"ע (ד) "התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה, ולא בטלו ממלאכה אחרת פטור, שנוח לו לאדם שלא ילמד עבדו דרכי הבטלה, ואם בטלו ממלאכה אחרת, משלם לו כפועל (דעבדא כמקרקעי דמי וברשותיה דמריה קאי ואין בו גזילה)".

ביאר הסמ"ע (יא) דאפילו לרי"ף בריש הסימן דחולק בגזול עבד וס"ל דדינו כמטלטלין הכא דלא נטלו לשם גזל אלא לעשות מלאכתו מודה דצריך לשלם לו דמי בטילתו, והש"ך (ט) חלק דבש"ס לא משמע הכי אלא הרי"ף חזר בו ופסק עבדי כמטלטלי וחזר בו גם מהך דמיייתי בתר הכי בתוקף עבדו וכ"כ בש"ג ואין להאריך בזה כיון דלענין דינא כל הפוסקים חולקים על הרי"ף וס"ל עבדי כמקרקעי, וגם הרמב"ן פסק כדברי הרי"ף הראשונים לפני שחזר בו.

כתב הש"ך (ח) דמוכח מסעי' זה וסעי' ה' דמטלטלין דנגזלין אם גזלן ועשה בהן מלאכה ולא פחתן אפילו קיימא לאגרא פטור כיון דגזולן ברשות הגזולן הוי ובדידיה דנפשיה קעביד מלאכה וכן משמע לקמן סימן שעא/ב בהגה.

[כתב הקצות (ב) דמשמע מהשקלא וטריא דאי הוי עבדא כמטלטלין אפילו בשעת מלאכה פטור כיון דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה וכדינא דספינה, ומשום דשייך בעבד חיוב משום שבת דאדם באדם חייב בארבעה דברים, וכיון דשבת באדם הו"ל, וא"כ אפילו נימא דעבדי כמטלטלי נמי חייב לשלם לרבו כל שבטלו ממלאכת רבו משום שבת, ולא אמרינן בזה כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה ושבתא דגזולן הוי, ומש"ה ניחא בחמור וספינה דלית בהו דין שבת, וא"כ ניחא דברי הרי"ף דאע"ג

דעבדא כמטלטלין אינו פטור אלא שלא בשעת מלאכה אבל בשעת מלאכת רבו חייב משום דהו"ל כאזקיה בכל יום ויום, ואם הוקר אח"כ משלם הנזק כשעת היוקר, וראה לקמן תכד/ה].

ע"פ מימרא דרב ושמאל **שם** וכדאמר רב פפא דלא פליגי וכלשון אחרון וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע (ה) "**התוקף ספינתו** של חבירו ועשה בה מלאכה, אם אינה עשויה לשכר, שמין כמה פחתה ומשלם, ואם היא עשויה לשכר (בזה יד בעל הספינה על העליונה - כיון דזה התוקף דעתו לשלם) 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, (טור -) וה"ה אם נטלה על דעת שאלה שלא מדעת גזלן הוי (פשוט הוא ע"פ סימן שני"ט, ב"י)".

גבי הרישא דשמין כמה פחתה, כתב **הנתיבות** (ו) דמבואר ברשב"א דמ"מ אין לו דין גזלן, דבגזלן הדין בכחש דלא הדר דאין שמין לגזלן ואם הוזלו השברים פחת הזול על הגזלן, משא"כ בזה שלא נתכוין לגזול רק לעשות מלאכה אף דשואל שלא מדעת גזלן מ"מ לא קנסוהו כ"כ, והוסיף הנתיבות דנראה דהא דלא קנסוהו הוא לענין אם הוזלו השברים, אבל אם נאנסו לגמרי ודאי דחייב כדין שואל שלא מדעת.

לגבי לקח **מכונת** של חבירו, כתב **בחשוקי חמד** (כתובות ל:) דיש לפטור מתשלום על כל מה שנהנה מכמה טעמים: א' דעת הרשב"א ודעימיה שבמטלטלין לא מגלגלין עליו את הכל אלא משלם רק את הפחת, שכל הדין שמגלגלין עליו את הכל הוא רק בקרקע ולא במטלטלין, ב' ע"פ תוס' ושואל ומשיב שבפחות משה פרוטה אין מגלגלין עליו את הכל, והכא שהבעלים לא הפסיד כי אם פחות משה פרוטה, אין לגלגל עליו את כל מה שנהנה, ופטור מלשלם ג' ע"פ הרמ"א בסעי' ז' על דברי השו"ע שכתב שמגלגלים עליו את כל מה שנהנה, דכתב דאם כן אם אין דרך זה לשכור פטור דהא לא נהנה ויש חולקים, ואם כן "בנידוננו" ששמעון לא היה שוכר רכב בשביל נסיעה קצרה לפי הדעה הראשונה ברמ"א פטור מלשלם כי לא נחשב שנהנה.

מה הדין כשהגזלן השכירם לאחרים וקיבל שכר?

כתב **הרמ"א** ע"פ **הרמ"ה** "**ואם שכרה הגזלן לאחר** צריך להחזיר השכר לבעלים, הואיל ועומדת להשכר וע"ל סוף סי' ש"ח מדינין אלו", ובטור כתב בשם החכם המרשים דהטעם משום דאם לא כן נמצא לפעמים הגזלן משתכר ולקתה מדת הדין.

הב"י הקשה דכיון דקי"ל בסימן שס"ב כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה מה לי עשה בה מלאכה בעצמו מה לי השכירה לאחר ואדרבה השכירה לאחר עדיף משום דאית בה שינוי רשות דשכירות ליומיה ממכר הוא ומש"כ דלקתה מדת הדין אינה טענה דהא עדיפא מינה אשכחן שבח גזילה דגזלן הוי, **ובדרכ"מ** כתב דאין בכל דבריו טענה כלל דמה שטען מה לי עשה בה מלאכה בעצמו הרי השוכר פרה והשאיילה לאחר ומתה או נאנסה יוכיח דאילו עשה בה מלאכה בעצמו ומתה פטור ואילו השאיילה לאחר ומתה התשלומין חוזרים לבעלים הראשונים משום דאין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו כבסימן ש"ז וה"ה כאן דאע"ג דאין הגזלן צריך לשלם מביתו רק כשעת הגזילה מכל מקום מה שקבל עליה שכר לא יעשה סחורה בפרתו של חבירו, ומה שטען עוד ואדרבה וכו' גם זה אינו כלום דהא השוכר לא שכרה מתחילה אלא ליתן השכר ולכן השכר שנותן מגיע לבעלים וזכו בהן כאלו הם השכירוהו לו ושיקנה הגזלן בשינוי רשות של לוקח כזה לא שמענו ושינוי רשות לא מהני אלא ללוקח ולא לגזלן. **הסמ"ע** (יג) ביאר טעם הרמ"ה דדוקא בשבח הגזילה שנשבח בידו דגזלן או הבאים מכחו דהיינו יורש ולוקח תיקנו שיקנה הגזלן מפני תקנת השבים דכל שנשבח ברשותו אע"פ שנשבח מאילו הרי הוא כאילו השביחו בידו, וכן אם עשה בה הוא מלאכה תיקנו שלא יוציא מידו שכר בדנחית בתורת גזילה משום תקנת השבים אלא משלם כעין שגזל, משא"כ **בשכר זה שבא לידו מעלמא ואינו נשבח בגופו הרי הוא כהוקר הכלי דבו לא תיקנו משום תקנת השבים שיצטרך ליתן לו הנגזל כפי מה שנתיקר, וכ"פ באה"ג** בשם **הב"ח** ע"פ שא"ר.

סעיפים 1 - 2

הדר בחצר חבירו מתי צריך להעלות לו שכר ומתי לא? מה הדין אם פלש לדירה ריקה? ומה הדין אם פלש לחצר חבירו שהיא ריקה? ומדוע דין זה שונה ממי ששכר בית לחבירו ויצא קודם הזמן שחייב להעלות לו שכר?

דר בחצר חבירו שלא מדעת האם חייב לשלם לו? באילו מקרים חייב שכר מלא?

ע"פ סוגיה דב"ק כ. פסק בשו"ע "הדר בחצר חבירו שלא מדעת שאמר לו צא ולא יצא חייב ליתן לו כל שכרו (ר' יונה וטור, ופשוט, ומיירי אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, סמ"ע), ואם לא אמר לו צא אם אותה חצר אינה עשויה לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר (דאמרין ביתא מיתבא יתיב ושאינה יוכת שער) {ואע"פ שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית והוא דר בו (מרדכי, דאינו אלא גרמא), ואפילו היה רגיל להשכיר רק שעכשיו לא עביד למיגר בתר האי שעתא אזלין (נ"י) {אע"פ שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו שזה נהנה וזה אינו חסר {מרדכי ונ"י -} ודוקא שכר דר בו אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, אע"פ דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר, הני מילי בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות, אבל בכה"ג דאי בעי בעל חצר ליהנות ולהרויח להשכיר חצירו היה יכול אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות בחנם (פת"ש: משמע שדבר שאינו יכול להרויח בו יכול זה לכופו אף לכתחילה, ובנו"ב כתב דפשוט שזה רק לרמב"ם בריש סימן קע"ד אבל לא לדעת הרא"ש, וגם בבית אפרים כתב דלרוב הפוסקים ליתא לרמ"א אלא דאפילו היכא דלא שייך האי טעמא לא מצי לכופו לכתחילה) { ואם החצר עשויה לשכר אע"פ שאין דרך זה לשכור, (רי"ף -) צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממון (ואין זה גרמא בנזקין, כיון דזה דר בו ואכל את כספו, ואע"ג דלא נהנה בו מ"מ אכלו, משא"כ בגזל מחבירו ולא דר בו, דלא אכלה ולא נהנה ממנו כיון דלא דר בו, דזה מחשב גרמא ופטור, סמ"ע, וראה לקמן דעת הרמ"ה) (ה"ה: דלא כתוס' שכתבו אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר הו"מ למימר דפטור כיון שלא נהנה אע"פ שגרם הפסד לחבירו דאפילו גירשו חבירו מביתו ונעל דלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא). {מיהו אם לא היה דר בו אלא שגזלו ממנו פטור לשלם השכירות (רא"ש, לאפוקי מהרמ"ה), וסתם בתים בזמן הזה קיימי לאגרא ואע"ג דעדיין לא השכירו מעולם (מרדכי הגה"מ). { (ז) יש אומרים (טור וה"ה בשם המפרשים ועוד והכי מוכח בגמ') דכשאין החצר עומד לשכר דאמרין דאינו צריך להעלות לו שכר אם חסרו אפילו דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו, אע"פ שאין הפסד אותו שחרורית אלא מועט על ידו מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה (דלא כרמ"ה דמשלם רק החיסרון) { (רי"ו -) ואם כן אם אין דרך זה לשכור פטור דהא לא נהנה (ר"ל כיון שהטעם דמגלגלין עליו הכל הוא כיון דנהנה, א"כ היכא דלא נהנה כגון שהוא גברא דלא עביד לאגורי, אין מגלגלין עליו ואינו נוטל בו אלא מה שחיסרו, סמ"ע), ויש חולקים (הובא ברי"ו) {".

מבואר בטור דדעת הרמ"ה בחצר העשויה לשכר אע"פ שאין דרך זה לשכור דדעת הרי"ף צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממון, דדעת הרמ"ה דאפילו לא היה דר בו כיון שהיה עומד להשכיר וגזלו ממנו חייב, והרא"ש חלק דאפילו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא ולא מחזיר אלא כשעת הגזילה, וכתב הקצות (ג) דהב"ח הקשה ממה דק"ל דשבת אפילו שלא במקום נזק כגון דאהדקיה באנדרוניה חייב כדאיתא בב"ק פ"ה וכתב דצריך לחלק בין אהדקיה באנדרוניה דהו"ל מזיק בידים כשהכניסו לחדר וסגרו בתוכו דהתחיל ההיזק מיד בידים ממש ובין גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו דלא התחיל ההיזק עכשיו מיד אלא אח"כ כשלא יוכל להכניס בתוכו דיוורין מפני נעילתו ואלמותו, והקצות כתב דהבדיל בין השוין דאהדקיה באנדרוניה נמי מחייב במה שלא יוכל אח"כ להשכיר את עצמו ונימא שאין ההיזק מתחיל עכשיו, אלא דלא קשה מידי דודאי גבי אדם באדם התורה רבתה לחייבו בד' דברים ואפילו שבת שלא במקום נזק, אבל בנזקי שור לא חייבתו התורה אלא בנזק בלבד מש"ה בנועל ביתו דליכא דין נזק אלא במה ששובת החנות ממלאכתו ואין דין שבת באדם דאזיק שור או שאר ממון, ואפילו בכחש דהדר יש פוטרין משום דהו"ל שבת וכמבואר בסימן ש"ז ואפילו למאן דמחייבי אינו אלא משום דדנו אותו לדין נזק, אבל בנועל ביתו דודאי לית ביה משום נזק לכ"ע פטור, וכן בנועל בהמת חבירו פטור משום דאין שבת בבהמה, אבל האי דאהדקיה באנדרוניה אדם באדם

וחייב משום שבת [וזה דלא כנ"י ברמ"ה דחייב בנועל ביתו וראה סימן תכד/ג גבי מש"כ הכא בשבת דעבד].

עוד כתב **הקצות** (ד) לבאר דעת הרמ"ה בסע' ז' דאין משלם אלא החסרון דשחרוריתא דאשייתא לא מיחייב מדין מזיק כיון דאם ישכור פועל ללבנו הדרא ללבנוניתא, והו"ל כמו זורק מטבע לים היכא דאפשר לאהדורי ע"י בר אמוראי דאע"ג דצריך הוצאה אינו אלא גרמא ופטור, אלא היכא דנהנה מתחייב על הנאתו כיון דגרם לזה חסרון, וכמו באומר את גרמת לי הקיפא יתירא (כ:) דודאי אין בזה משום דין מזיק אלא אם נהנה חייב לשלם מה שנהנה כיון שזה מיהא חסר על ידו, אבל היכא דלא נהנה אינו חייב בעד שחרוריתא דאין בזה משום מזיק, וגבי שיטת הרב המגיד ורוב הרא' כתב (ה) לבאר דאע"ג דאכתי לא החזיר לו דמי הבנין וא"כ היה מהראוי לנכות לו בעד היזק שחרוריתא לבד, אבל במה שנהנה משלו אכתי אינו שלו כיון דעדיין לא החזיר לו דמי הבנין, אלא משום דכבר זכה בו למפרע כיון דעל הקרקע שלו בונה קונה לו חצירו את הבית וכיון שבית ידיה הוא וזה מחסרו מעט מגלגלין עליו הכל (עיי"ש דיישב דעה זו מבנה אפדנא בגמ' דהתם אפשר דעדיין לא החזירו לו היתומים דמי בנין).

סעיף ח

פסק **השו"ע** כלשון **הטור** "יש אומרים דהא דאמרין 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" ע"פ **התוס'** אהא דמייתי בגמ' למפשט הדר בחצר חבירו אם הוא צריך להעלות לו שכר ממתניתין דב"ב ד' דהמקיף את חבירו מארבע רוחותיו וכו' רבי יוסי אומר אם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל טעמא דגדר ניקף הא מקיף פטור, והקשו ואי זה נהנה וזה לא חסר פטור אפילו עמד ניקף נמי ותרצו שאני עמד ניקף דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה ולא דמי לדר בחצר חבירו דלא גלי אדעתיה אלא בחנם.

כתב **הסמ"ע** (כ) דלשון הטור 'אם גילה דעתו שהיה נותן לו שכר קודם שיצא ממנו', וכתב דתיבת 'קודם' אינו מדוקדק כולי האי.

סעיף ט

שנינו **שם** דהשוכר בית מראובן מעלה שכר לשמעון ומוקי לה בחצר דקיימא לאגרא, וכתבו **הרמ"ה** ועוד רא' דמדלא קא משנינן הא דנחית אדעתא דאגרא הא דלא נחית אדעתא דאגרא שמעינן כל היכא דלא קיימא לאגרא לגבי בעלים אע"ג דנחית זה אדעתא למיהב אגר לאינש אחרינא, כי היכי דגבי משכיר מקח טעות הוא ואין צריך ליתן לו כלום שהרי נתברר שאינו שלו לגבי שוכר נמי מקח טעות הוא וכמאן דלא אגר דמי ואפילו נתן לו הוי כמחילה בטעות וכן משמע ממעשה דרב ענן דשקל בידקא בארעא בב"ב מ"א, וכ"פ **השו"ע** "י"א דהא דאמרין 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 (נ"י -) ואם נתן לו השכר כיון שהוא ברור שבטעות יחב ליה חייב להחזירו".

סעיף י

ע"פ **שם** פסק **בשו"ע** "יש אומרים (נ"י) 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 (ואע"פ ששלמו ימי שכירתו, ש"ך בשם הרמב"ן) (ודומיא דלוקח שדה מחבירו ונמצא שאינו שלו בב"מ י"ד שחייב הלוקח להחזיר שדה ופירותיו לבעלים ואין לבעלים דין ודברים עם הגזלן). {ודוקא ששמעון או שלוחיו בכאן שהיו משתדלין להשכירו, אבל אם אינו בעיר ואין מי שמשדל להשכירו, הוי כחצר דלא קיימא לאגרא, ואף על פי ששכרו מראובן אין צריך ליתן לשמעון כלום וכמו שנתבאר (הגה"מ)}, (ר' יונה ושא"ר -) 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 (מדנקט בגמ' נמצא הבית של שמעון מעלה שכר לשמעון ולא נקט משלם שכר לשמעון). (נ"י -) 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".

עמש"כ המחבר ע"פ ר' יונה דאפילו שכרו מראובן בפחות מכדי שוויין משלם, הקשה **הקצות (ז)** דמאי שנא מהא מסימן שמא/ד כסבורים שהם של אביהם וטבחיהו ואכלוהו דאין משלמין רק בשר בזול וה"נ יכול השוכר לומר סברתי שהוא שלי מחמת ששכרתי כדן ואילו ידעתי שצריך ליתן הרבה לא הייתי שוכר דירה יקרה כזו, ותיירץ ה**נתיבות (ח)** דשאני שוכר קרקע, דהנה הא דכתב המחבר ויחזור ויתבע מראובן מה שנתן לו היינו כל הדמים שנתן לנגזל צריך הגזלן להחזיר לשוכר, וגדולה מזו נראה, שאפילו הוציא הנגזל מידו בתחילת השכירות שאז לא נתן לנגזל עדיין שום דמים, אפ"ה חייב הגזלן להחזיר לשוכר כל מה ששוה שכירות הבית אם נתייקר מטעם דשכירות ליומא ממכר הוא, ולפ"ז נראה דאין לדמות הלוקח ליורשים דלוקח אדעתא דגזולן בשביל אחריות נחית, משא"כ יורשים ומקבל מתנה, דבלוקח כיון שאפילו אי טרפו נגזל בתחילת השכירות היה נוטל כל דמי שווי השכירות מהגזלן, י"ל דאדעתא דהכא נחית ולכך צריך ליתן ג"כ לנגזל דמי שוויו כיון דלית ליה פסידא שחוזר וטורף מהגזלן, ולפ"ז כשהגזלן השאיל הבית לאחר ודר בו בשאלה, אין צריך השואל לשלם רק בפחות שבדירות, וכשהוא גברא דלא עביד למיגר פטור מכלום כיון שאין לו הנאה, וכל זה בלא הכיר בו שאינו שלו, אבל בהכיר בו שאינו שלו ודאי דחייב לנגזל כל דמי שוויו.

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי "ישראל שברח מן העיר ולקח השר ביתו והשאילו לישראל אחר, אין צריך להעלות שכר לבעלים, דהא לא קיימא לאגרא, דאי לא הוי דר בו ישראל השני דר בו עובד כוכבים. (נ"י -) השוכר בית מחבירו וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו, אם היה לו רשות להשכירו לאחרים בענין שנתבאר לעיל סי' שט"ז (א), המותר הוא שלו, ואם לא היה לו רשות להשכירו, המותר לבעלים (עיי"ש מש"כ)".

האומר לחבירו בוא ודור בחצרי, האם חייב לשלם?

מה דין אדם שפנה לחבירו שמעוניין שיגור איתו בדירתו ולאחר זמן ביקש על זה תשלום שכירות? מה הדין אם המתארח גילה דעתו שאינו מעוניין לשלם עבור זה? (ראה סעיף ח) ומה הדין אם טוען המתארח ששילם ובעה"ב טוען שהוא לא שילם?

עוד כתב הרמ"א ע"פ הרשב"ץ "האומר לחבירו דור בחצרי אין צריך ליתן לו שכר", והב"ח כתב דדעת תה"ד והמהרי"ח בשם רבינו אפרים דהיכא דזה נהנה וזה חסר אפילו מדעת נמי אינו מוחל חסרונו וכמי שאמר לחבירו אכול עמי ואכל עמו דחייב לשלם בסימן רמו/ז, והכריח הב"ח (וכ"כ הש"ך בשמו) דאם הדר מוחזק מצי למימר קים לי כרשב"ץ ואם בעה"ב מוחזק מצי למימר קים לי כתה"ד, והוסיף הש"ך דאי בגברא דלא עביד למיגר גם הב"ח מודה דפטור מאחר דזה אינו חיסרו מדעתו.

בתשובת החת"ס (פת"ש ז) כתב דכיון שהרמ"א הכריע דאינו צריך ליתן שכר מי יבוא אחר הכרעת רמ"א להוציא ממון, ועוד, לא יהא אלא פלוגתת תשב"ץ ותה"ד כבר הכריעו הב"ח והש"ך המוציא מחבירו עליו הראיה ובש"ך משמע שנראים לו יותר דברי תשב"ץ [ועוד בנידון התם איכא אומדנות מוכיחים שבתורת מתנה השכין חתנו האלמן בביתו וסיים שאין שום מקום להוציא מיד חתנו המוחזק, אך עכ"פ נימא ליה יען אינו זוכה אלא מטעם ספק ספיקא הנ"ל (עיי"ש) או מפלוגתת תשב"ץ ותה"ד אי"כ טוב וישר לבצוע].

במקרה הנידון בשאלה שטוען בעה"ב שלא שילם על פניו יש לומר שהמוציא מחבירו וכו' וכהכרעת הב"ח, אך אפשר לציין לחת"ס שנטה לבצוע בצירופים נוספים.

[האם בדירת שותפים והשכיר אחד מן השותפין כל הבית שלא מדעת שותפו צריך השוכר ליתן לשותף השני חלקו?]

עוד ברמ"א ע"פ תשובת הרשב"א "שני שותפין בבית (השייך להם), והשכיר אחד מן השותפין כל הבית שלא מדעת שותפו, צריך השוכר ליתן לשותף השני חלקו (שם) - אין השוכר משלם למי שהשכירו לו אלא החצי בלבד והחצי האחר יתן לחבירו ואם נתן כל השכירות לראשון השני מוציא מהשוכר חלקו והוא

יחזור על הראשון כדין השוכר בית מראובן ונמצאת של שמעון), (ד"ע -) אבל אם לא שכר כל הבית, רק חלק השותף שהשכיר לו, אין צריך ליתן לשני כלום (דלא כדעת חכם אחד שרצה להביא ראיה להיפך מתשובת הרשב"א, דרכ"מ).

כתב הסמ"ע (כה) דלא דמי הסיפא באם לא שכר כל הבית לטור ס"ס קכ"ב בשני שותפים שהיה להם חוב אצל אחד והוציא שותף אחד חצי החוב דמצי שותף השני לומר לו מאן פלג לך וצריך לחלק עמו, דשאני התם דהלו או הקיפו לו יחד, משא"כ בבית שדרים בו יחד או עומד להשכיר, שכשהשכירו האחד יכול לומר לשני דור עם זה שהשכרתיהו לו או השכר ג"כ חלקך לאחר, ובלאו הכי נמי לא קשה מידי, דכאן לא איירי בשותף המשכיר מה יהיה דינו עם שותפו, אלא מיירי בדין השוכר משותף אחד אם צריך ליתן גם לשני חלקו.

סעיף יא

ע"פ בעיא דלא איפשטא בב"ק קא. אי חזותא מילתא היא ומיקרי השבה מעליא או לא כלישנא קמא ולא איפשטא פסק בשו"ע כדין ספיקא דממונא "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" אבל אם גזל סמנים שרויים וצבע בהן צמרו של הגזלן חייב לשלם דמי הסמנים ואפילו לא השביח בהן צמרו, כיון דהצמר של הגזלן אי אפשר להשיב הסמנים לחוד לנגזל בלא הצמר והצמר עם הסמנים ודאי לא ישיב לו בחנם, **טור וסמ"ע**.

הש"ך דחה את דעת הנ"י דכתב דהא לא אתיא אלא אליבא דמאן דלא דאין דינא דגרמי אבל למאן דדאין דינא דגרמי דק"ל כותיה חייב דהא אותבינהו בדוכתא דלא מצי למישקלינהו, דאין כן דעת כל הפוסקים אלא דכיון דבשעה שצבע הצמר היתה שוה כפי הצמר והסמנים אלא שאח"כ הוזל א"כ בשעת צביעה לא הזיקו כלל וליכא כאן גרמי דממילא הוזל אח"כ ואומר לו הרי שלך לפניך.

גבי התפיסה כתב **הסמ"ע** (כו) לשיטתו דבכה"ג דהוא ספיקא דתלמודא גם הרא"ש מודה דאין מוציאין מיד התופס, אולם דעת **באה"ג** דלרא"ש אם תפס מוציאין מידו.

סימן שסד – הנכנס בבית פלוני והוציא כלים או חטף מידו זהובים

סעיפים א – ד

< סע' א': כתב **השו"ע** "מי שהעידו עליי שנכנס לביתו של פלוני בפניו ונטל כלים, ואין ידוע כמה נטל, נתבאר משפטיו בסימן צ"ו".

ע"פ **הרי"ף** (בשבועות כח.) ע"פ הנאמר בב"ב ל"ו גבי הגודרות אין להם חזקה דשמעינן דמאן דתפיס מידי מרשותא דחבריה קמי סהדי דלא באפי חבריה ואמר לקוח הוא בידי אינו נאמן ומההוא מעשה גבי דהנהו עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא שמעת הכי, פסק **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "ב) ראוהו עדים שנכנס לתוך בית חברו שלא בפני בע"ה ונטל משם כלים, אע"פ שהוציאם מגולים ואע"פ 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. (ג) (ע"פ עובדא דנסכא דרבי אבא בב"ב ל"ג -) וכן אם היה שם עד אחד בלבד, ובעל הבית טוען שגזול הוא כלי זה בידו, והלה אומר לקוח הוא בידי או בחוב גביתיו 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' ס"ג}. (ד) (עובדא כרבי אבא הנ"ל -) **חטף לשון כסף מיד חברו בפני עד אחד** ואמר חטפתי ודידי חטפתי, חייב להחזיר".

ביאר **הסמ"ע** (ג) בסעי' ג' דהא דכתבו הטוש"ע בסימן צ"ג דהיה עד אחד מעידו וכו' הרי זה נשבע שלא גזלו ופטור, שאני התם דהעד לא ראה מה שהוציא, ואפילו שנים בכה"ג דלא ראו מה שהוציא אין הבעל הבית הנגזל נוטל כי אם בשבועה שם בסעי' א', ובכה"ג לא אמרין כל ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, כיון דהשנים לא מחייבים אותו ממון כי אם בשבועה, משא"כ כאן דמייירי דהעד ראה מה שהוציא דבכה"ג בשני עדים מחייבים אותו ממון בנכנס שלא בפניו או שנכנס למשכנו משו"ה אמרין כאן מתוך שאינו יכול לישבע נגד העד משלם.

סעיפים ה – ז

נכנס לבית חבירו ולקח כלים ויש רק עד אחד שמעיד שלקח כלים ולא יודע כמה לקח. בעל הבית טוען שלקח 20 כלים, והוא מודה שלקח 10 כלים, והם שלו, מה הדין?

ע"פ **הרמב"ם** (אינו בגמ' אך פשוט, ה"ה) פסק בשו"ע (ה) חטף ממנו זהובים בפני עד אחד, והוא אומר שלי חטפתי ועשרים היו, אע"פ שאין העד יודע כמה חטף, הרי זה משלם העשרים, שהרי ידע בודאי שזהובים חטף, ונמצא שהוא מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע, ומשלם".

הקשה הגר"א (ז) דהא אפילו בבי' עדים נאמן לומר שלי במגו דלא חטפתי אלא אחד, ובפרישה תירץ דאין זה מגו טוב והלך לשיטתו שכ"כ בכמה מקומות והשיגו הש"ך כמה פעמים, ועוד תירץ דה"ל מגו במקום חזקה וכ"כ בד"מ ודבריהם תמוהים (עיי"ש), והעלה הגר"א דכיון דיש עד אחד שחטף ואינו מכחישו דה"ל כבי' עדים אינו נאמן עוד במגו כנ"ל דה"ל מגו במקום חזקה, עיי"ש.

עוד פסק בשו"ע (ו) ע"פ **הרמב"ם** "אמר החוטף עשרים חטפתי ושלי הם והנגזל אומר מאה חטף, משלם העשרים שהודה בהם, ועל השאר נשבע היסט" - ואינו נשבע שבועה דאורייתא כמודה מקצת דהרי לא הודה בכלום שהרי אומר ידי חטפתי (טור וסמ"ע בשמו), וביאר **הסמ"ע** (ו) דלא דמי זה להא דרבי חייא דאמר הכופר הכל ועדים מעידים במקצת דה"ל כמודה מקצת דלא גרע העדאת עדים מהודאת פיו וחייב שבועה דאורייתא על המותר במלוה ובפקדון הוחזק כפרן וצריך לשלם הכל וכריש סימן ע"ה, דשאני התם דאיכא עכ"פ העדאת עדים במקצת משא"כ כאן דאין העדים יודעים כמה חטף וגם ליכא הודאת פיו שהרי אומר ידי חטפתי וכנ"ל, די לנו במה שנחייבו לשלם במה שהודה ולא להוסיף עליו חובה ע"י כן במה שלא הודה.

עוד פסק השו"ע (ז) ע"פ **הרמב"ם** "נכנס לביתו של חבירו שלא בפניו ונטל משם כלים בפני עד אחד, ואין העד יודע כמה נטל, בעל הבית אומר עשרים כלים היו בביתי גזלן אומר לא נטלתי אלא עשרה והם שלי, חייב להחזיר העשרה, מפני שהוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, ואינו נשבע על השאר אפילו שבועת היסט, מפני שאינו יכול לטעון על הגזלן טענת ודאי" - וביאר **הסמ"ע** (ז) דהטעם דהוא מחוייב שבועה שהרי עכ"פ ראה העד שהוציא כלים, ואף שהפה שאסר הוא הפה שהתיר לומר שלי הוא מיגו כזה הוא במקום חזקה שכל מה שבבית האדם הוא בחזקת שלו, והראב"ד השיג ע"ז דכיון שהבעה"ב לא היה בביתו כשנטלם ואינו יכול לטעון עליו טענת ודאי שנטלם וגם העד אינו יודע כמה נטל ואם שלו נטל אינו מיקרי מחוייב שבועה, והרמב"ם אפשר דס"ל דעכ"פ העד מעיד שנכנס ונטל שלא בפניו וחזקה הוא דכל שלא בפניו נטל דבר שאינו שלו, עיי"ש, ובאה"ג כתב בשם **הרב המגיד** דס"ל לרמב"ם שנשבעין בעד אחד בטענת שמא.

הסתפק הקצות (א) בגזול את חבירו בעדים וטוען החזרתי דנאמן כמ"ש בש"ך (שסא, ח) אם משביעיני אותו שבועת היסט שכדבריו כן הוא שהחזיר או נימא כיון דגזל חבירו בעדים והו"ל חשוד ופסול לעדות ולשבועה, דאע"ג דגזול חבירו בעדים אין צריך להחזיר בעדים, אינו נאמן אלא לממון שבו ולומר החזרתי אבל אינו נאמן להכשיר את עצמו עד שיבואו עדים ויעידו שהחזירו בעצמו וכיון דמוחזק לחשוד אין מוסרין אותו לשבועה וצ"ע.

סעיפים ח – ט

כלשון **הרמב"ם** כתב השו"ע (ח) (ע"פ משנה שבועות מ. ועוד -) האומר לחבירו גזלתני מאה אם אמר לא גזלתי נשבע היסט, ואם הודה שגזלו חמשים משלם חמשים, ונשבע שבועת התורה על השאר כשאר הנשבעים, שהרי לא הוחזק גזלן בעדים. (ט) (ע"פ משנה שם מ"ד ומדקתני ראוהו משמע דוקא דאיכא

עדים -) וכן הטוען את חבירו שנכנס לביתו וגזלו כלים והוא אומר דרך משכון לקחתי בחובי שיש לי אצלך ובעל הבית אומר אין לך בידי כלום, אע"פ שהודה שמשכנו שלא ברשות (וכל הממשכן שלא ברשות דינו כגזלן), הואיל ואין שם עדים מעידים שגזל, הרי זה נשבע וגובה חובו מהמשכון" - דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ונשבע בנקיטה וזה מוסכם מן הגאונים שאפילו מי שבידו משכון שהוא נאמן עד כדי דמיו הרי זה נשבע בנק"ח כדין הנשבעין ונוטלין, ה"ה.

סימן שסה - הגזול ואינו יודע ממי גזל

סעיף א

[מה הדין בגזול מחמשה ואינו יודע ממי גזל?]

ע"פ משנה יבמות קח: פסק בשו"ע "הגזול אחד מחמשה ואינו יודע לאיזה מהם גזל כל אחד מהם אומר אותי גזל - ("מניח גזילה ביניהם ומסתלק דברי רבי טרפון רבי עקיבא אומר לא זו הדרך מוציאתו מידי עבירה עד שישלם גזילה לכל אחד ואחד וידוע" ולשון הרמב"ם כר' עקיבא -) אע"פ שאין שם עדים שגזל - הרי כל אחד מהם נשבע שזה גזלו, ומשלם גזילה לכל אחד ואחד (משום דכלל הוא לכל נוטל מעות מחבירו על פי דיבורו שהוא צריך לישבע אי נמי דכיון דמדינא פטור אלא משום דעבד איסורא אתה קונסו אינו ראוי לקנסו לשלם בלא שבועה, ב"י), וביאר הסמ"ע (ב) דשבועתם בנק"ח, ואע"פ שאין זה הגזולן טוען כנגדו ברי שלא גזלו מ"מ כיון דברי לו שלא גזל אלא לאחד מהם והרי שניהם באים ליטול הטיילו חז"ל שבועה על התובעין וכדין הנשבע ונוטל.

אמנם הש"ך (ב) כתב דנהי דרוב הפוסקים פסקו כר"ע מ"מ מצי הגזול המוחזק לומר קים לי כבעל המאור, רב האי גאון בה"ג והראב"ד דפסקו כר' טרפון ומניח הגזילה וכו', וכן האריך (מול טענות הרמב"ם) דלספרים דלא גרסי אלא במימרא דרבא דשאני מתני' וכו' לא אתי מתניתין כר' עקיבא, ועוד דאפילו לגירסת הספרים דגרסי אלא אמר רבא י"ל דלא הדר אלא אמאי דקאמר דר"ט מיירי דוקא בלא נשבע ומודה בנשבע, ועוד דאפילו אתי מתני' כר"ט וכו"ע דלמא הלכה כר"ט, ומש"כ הרמב"ן דקי"ל הלכ' כר"ע מחבירו נגד ר"ט אינו מוכרח כ"כ, וטעמא דר"ע הוא משום דקניס כיון דעביד איסורא א"כ כיון דר"ע לאו דינא קאמר אלא קנסא דלמא בהא לא קי"ל הלכה כר"ע מחבירו ואפשר שזהו כוונת הנ"י בשם הרז"ה דכיון דר"ע לא מחייב אלא משום קנס א"כ האידנא דלא דיני קנסות קי"ל כר"ט, דלכאורה קשה דהא ודאי קנס כזה שייך גם האידנא, אלא י"ל שכוונתם כנ"ל.

סעיף ב

אברך שביקש לעשות צדקה באמצע הסדר ונכנס למלתחה כדי להוציא מכיס חליפתו כסף, וטעה והכניס ידו לכיס של אחר, ובסוף היום ראה שטעה אך לא יודע למי להחזיר, ותלה מודעה בישיבה 'למי שחסר חמישים ש"ח שיפנה אליו', מה הדין כשאף אחד לא פונה אליו? במידה ונאמר שיהא מונח, מונח ביד בית הדין או אצלו? מה הדין ברצונו לצאת ידי שמים?

ע"פ משנה ב"מ לו. וגמ' פסק בשו"ע "אמר לשנים גזלתי את אחד מכם ואיני יודע איזהו (כלומר וגם הן אין תובעין אותו בברי אני הוא הנגזל שגזלת מידי, סמ"ע) 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. } (גמ' שם -) וכן אם גזל לשנים לאחד מנה ולאחד מאתים וכל אחד מהם תובעו מאתים (קאי גם על סעי' א', סמ"ע), והוא אינו יודע למי גזל מאתים, נותן לכל אחד מאתים (ש"ך: היינו אחר שישבע כל אחד, ואם גם הם אינם יודעים יהא מונח בידו עד שיבוא אליהו, ר"י), והא דלא אמרינן הכא חולקים ביניהם כדבסמוך משום דכיון דכל חד תובע במנה א"כ יש לחוש לרמאי דאמאי ידע ממנה ולא ידע מאידך מנה ולפי"ז אם כל אחד אומר איני יודע מהגזלה כלל דינא ג"כ דחולקין כאן כבסמוך. (ע"פ משנה ב"ק קיח. -) גזל לאחד ואינו יודע אם החזיר לו, אע"פ שאין תובע אותו, חייב לשלם לו אם בא לצאת ידי

שמים, אבל אם אמר לאחד איני יודע אם גזלתיך אם לא אפילו בבא לצאת ידי שמים אינו חייב לשלם לו."}

כתב הש"ך (ג) על הרישא ע"פ הרמב"ם דחולקים ביניהם משמע דמדינת חולקים ולא אמרינן יהא מונח עד שיבא אליהו דליכא למימר דחולקים כשיסכימו שניהם דא"כ מאי קמ"ל פשיטא ועוד דא"כ גם בפקדון בסימן ש' וכן במקח בסימן רכ"ב אמאי לא אשמועינן דחולקין כשירצו ועוד דהא הרמב"ם ס"ל דכל היכא דתנן יהא מונח עד שיבא אליהו היינו שיהא מונח בידו, ודוקא בסימן ש' וסימן רכ"ב דתבעי ליה ודאי חד מנייהו רמאי אמרינן דיהא מונח, משא"כ הכא כיון שהם עצמם אינם יודעים שנגזלו א"כ ליכא רמאי לכך חולקים.

כתב הקצות (א) בהא דחולקים דכן הוא לדעת רש"י בריש ב"מ דס"ל בזה אומר ארגתיה דינא דמונח ומשום דאיכא חד מינייהו רמאי, א"כ ודאי ה"נ היכא שאין יודעין בברי ליכא רמאי כיון דעיקר טעמא דמונח אינו אלא משום רמאי, אבל לשיטת תוס' והרא"ש דאפילו בזה אומר אני ארגתיה חולקין ומשום דהחלוקה יכולה להיות אמת ובמנה שלשי אין החלוקה אמת, א"כ אפילו ליכא רמאי נמי נראה דינא דמונח, דלשיטת תוס' והרא"ש אין הדבר תלוי אלא בדבר שהחלוקה אמת דינא דחלוקה והיכא דאי אפשר להיות אמת דינא דמונח, ואין לומר לדעתם לדינא דמונח בעי תרתי שהחלוקה לא יהיה אמת וגם רמאי ובחד מינייהו לא אמרינן מונח, דמסתימת דברי התוס' והרא"ש משמע הך כללא לחוד דהחלוקה אמת או לא.

בענין הבא לצאת ידי שמים ברישא, ביאר הסמ"ע (ד) דמשא"כ בהלואה ופקדון בסימנים ע"ו ושי' דדוקא בהפקידו או הלווהו שניהן אחד מנה ואחד מאתים חייב ליתן לכל אחד מאתים בבא לצאת ידי שמים, ולא בהפקיד אחד משנים מנה ולא ידע איזהו (אלא שכתב בסימן ע"ו דיש חולקים לחייב גם בזה לצאת ידי שמים), ובש"ך (ה) כתב דהרמ"א בסימן ש' כתב ע"פ הרא"ש דפטור בלצאת ידי שמים בנידון דרישא כדחכא בפקדון וכנ"ל מטעם דהמפקיד עצמו ה"ל למידק, ובספר מעדני מלך כתב הטעם לחלק שסובר גברא אלמא הוא גזוליה ולא שכית דהדר ולכך לא תבע ליה, והקשה עליו הש"ך דע"כ ה"ה כשלא תבעו מתחלה רק אחר שאומר שגזל לאחד מהם אומר כל אחד אותי גזל נמי דין תבעי ליה יש לו דלא תלי בתבעי ליה תחלה כלום רק כשטוען הנגזל או המפקיד ברי כדמוכח בש"ס וא"כ בגזל נמי ע"כ מיירי שגם עכשיו אינו טוען ברי וא"כ לא שייך לומר שסובר גברא אלמא הוא שהרי הוא רואה שרוצה להחזיר, אלא נראה דגזלתי דומיא דאביו של אחד מכם הפקיד אצלי קתני דהיינו גזלתי לאחד מכם ואיני יודע להכי לא קתני אחד מכם הפקיד אצלי מנה משום דכשהפקיד ודאי יודע וה"ל כתובעו עכשיו ולפ"ז כשידוע לו שגזלו בפניו וידע מזה ואינו יודע לאיזה מהן גזל ולא תבעי ליה עכשיו מניח גזלה ביניהם ומסתלק ופטור אף לצאת י"ש.

[הקצות (ב)] ביאר דכוונת המעדני מלך דודאי עיקר מאי דהו"ל למידק היינו בשעת פקדון כי היכי דזכור היטב מי הפקיד בכדי שיוכל לתבוע ממנו, אבל גבי גזילה לא רמי אנפשיה למידק כיון דסובר גברא אלמא הוא ולא מיהדר ושבקה מזכרונו ומלבו, ולכך לא תבעי ליה היינו דמש"ה אינו יודע בברי, דתבעו היינו ברי ולא תבעו היינו שמא, וזה כיון דלא רמי למידק אינו יודע עכשיו ומש"ה לא תבעי ליה וראוי להיות שוכח וכמ"ש, ועוד האריך גבי סיפא דהש"ך באחד מכם גזלתי בפניו, עיי"ש.

גבי הנידון בשאלה [ראשית יש להעיר דאינו דומה לנידון בספר יבא ידיד (ח"א חו"מ סימן קס"ה) שצוין ב'ארץ חמדה' דהתם דן במקרה שהיה מסופק האם הוציא מחליפתו או של חליפתו של חברו, ולכן דימה זאת לסיפא דהרמ"א ד"איני יודע"], יש לדון האם חייב לשלם לבעלי החליפות הסמוכים לחליפתו, ונראה דדמי לרישא באמר לשנים גזלתי את אחד מכם ואיני יודע איזהו וביאר הסמ"ע שגם הן אין תובעין אותו בברי אני הוא הנגזל שגזלת מידי, דהדין שאינו 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, וצ"ת.

[עוד יש לציין למש"כ בחשוקי חמד (יומא פה:) שכתב בשם המנחת שלמה (תנינא קל"ה) שהביא שכתב בארחות צדיקים "ואם לא ידע חשבון הממון ואינו מכיר האנשים אשר גזל, יתן לו הקדוש ברוך הוא שיעשה צרכי רבים, כגון לבנות גשר, או לתקן בארות, או לבנות בתי כנסיות, או שאר צרכי רבים, ותהיה הנאה ממנו לכל העולם, למי שגזל ממנו וגם לאחרים", וכתב הגרש"ז דזה רק מדת חסידות ולא מן הדין].

סימן שסו – גזלן שבא לעשות תשובה אם מקבלין ממנו

סעיף א

ע"פ ברייתא דב"ק צד: והרא' פסק בשו"ע גזלן, מפורסם (ר"י בתוס' ועוד) {שעסקיו בכך ותשובתו קשה (טור)} (רא"ש -) **הבא לעשות תשובה** מעצמו - אם אין הגזילה קיימת אין מקבלין ממנו (והמקבל ממנו אין רוח חכמים נוחה הימנו, ור"ל אין רוח חכמה וחסידות בקרבו, **סמ"ע**) כדי שלא ימנע מלעשות תשובה (כההיא עובדא דרבי ומשום דלא תנעול דלת בפני בעלי תשובה, **רא"ש**), (ר"י -) ואם רצה לצאת ידי שמים והחזיר אין מוחין ביד הנגזל מלקבלו {וכן אם לא בא לעשות תשובה מעצמו רק שהנגזל צריך לתבעו מחייבים אותו להחזיר (**רא"ש**), ע"פ גזל פדני דתורא בדף צ"ו ע"ב וגבי נרשאה גנב ספרא בדף קט"ו ע"א ומנסכא דר' משבועות דף מ"ז ע"א ועוד, ואמרינן בב"מ ס"א ריבית קצוצה יוצאה בדינים)}.

כתב **הסמ"ע** (ב) אפילו אם הגזילה קיימת אם בנה עליה בנין אין צריך להחזיר וכדברי הלל דאמר בגיטין נ"ה אם גנב קורה וקבעה בבנין א"צ לקעקע ולעקור כל הבנין בשביל חזרת הקורה אלא משלם אותה לבעליו, מיהו דוקא בכה"ג שגנב דבר המטלטל, אבל אם השיג גבול רעהו בקרקע ובנה כותל בשל חבירו, אפילו בנה עליה בנינים גדולים חייב לסתור הכל שלא עשו תקנת השבים בקרקע (רי"ו) והביאו בדרכ"מ הכא ובהגה שס/א (וראה שם), וכתבוהו לענין גזלן שאינו מפורסם לענין חזרה, וה"ה וכ"ש הוא לענין גזלן מפורסם.

כתב **הש"ך** (א) בשם הספר חסידים דהא דאין הנגזל מקבל היינו דוקא כשאנו חייב לאחרים אבל אם הנגזל חייב לאחרים ואין לו מה לפרוע יש לקבל כדי שיפרע לבעלים חובות שלו.

סעיף ב

ע"פ ברייתא דב"ק צד: פסק בשו"ע **"הרועים והגבאים והמוכסים"**, תשובתן קשה מפני שגזלו את הרבים ואין יודעים למי יחזרו, לפיכך יעשו בו צרכי רבים (דאז גם הנגזל יהנה מן הדברים הנעשים מדמי הגזילה, **סמ"ע**), כגון בורות שיחין ומערות {גזלן שהחזיר אם צריך דעת בעלים דינו כמו בגנב (טור) ועיין לעיל סימן שני"ה (**סמ"ע**): שם נתבאר דאם לא ידעו הבעלים מהגניבה אינם צריכים ג"כ לידע מהחזרה, ודין זה אין שייך בגזלן, שסתם גזילה הוא שגזל מיד הנגזל ונמצא דהנגזל ידע מהגזילה, ולא היה לרמ"א לכתוב אלא גזלן שהחזיר צריך להחזירה מדעת בעלים ועל דרך שנתבאר בסימן שני"ה בגנב וכ"כ בטור הכא)}.

כתב **הפת"ש** (ב) דהא דיעשו בו צרכי רבים כתב הרא"ש דבגזילה קיימת איירי, ובב"ח תמה על הטוש"ע שסתמו ותיירץ שסמכו עמש"כ בסע' א' דמייירי בגזלן מפורסם, ובשיבת ציון כתב דדוחק אלא דס"ל לטוש"ע דהאי תקנה דאין מקבלין מהם הוא רק אם יודע למי גזל ורוצה להחזיר לנגזל עצמו, אבל אם אינו יודע למי גזל ומדינא צריך לעשות צרכי רבים בזה לא שייך האי תקנה שלא לקבל מהם, וטעם הדבר הוא ע"פ הש"ך ביו"ד קס"א (י"ג) בשם הריב"ש דגזלן חייב להחזיר הגזילה, רק על הנגזל גזרו שלא יקבל ממנו וימחול לו, א"כ באינו יודע למי גזל שאין הנגזל לפנינו מי ימחול לו, וכל זמן שאין הנגזל מוחל לו עדיין מחויב הוא להחזיר.

[בהגדרת צרכי רבים כתב **בחשו"ק חמד** (יומא שם) דנראה דנלמד דינו מאו"ח סימן תקמ"ד "צרכי רבים מותר לעשותם בחול המועד כגון לתקן הדרכים ולהסיר מהם המכשולות ולציין הקברות כדי שיזהרו מהם הכהנים ולתקן המקוואות", וכעין זה כתב באג"מ (חו"מ א, פח) שדוקא לצרכי רבים ולא לצדקה, ולבנין ותקון מקוואות הוא כלצרכי רבים ולכן טוב שיתן למקוואות, ובשו"ת משנה הלכות (יג, סד) כתב על סיפור ששמע "מפי קדשו של מרן הגרש"ז אויערבך.. שלאחר פטירת הגאון האדר"ת זצ"ל בירושלים עיה"ק בא הרב ר' בן ציון ידלר לפני הגאון ר' שמואל סלנט זצ"ל ואמר לו היות כי מיום באו של האדר"ת לירושלים קרא אותו ואמר לו היות כי הייתי רב בחו"ל ואולי נהנתי ומעלתי ח"ו בממון צבור שלא כהוגן ומעלתי בשליחות ונתחייבתי להשיב, והו"ל ח"ו בכלל גזל הרבים שאין לו תקנה אלא לעשות צרכי רבים וזיכוי לרבים, ולכן הציע לי לעשות עירוב בירושלים עיה"ק והוא מקבל עליו כל ההוצאות העירוב כל ימי חייו, והתנה עמי שלא לגלות הדבר לשום אדם בעודו הוא חי, וכן עשה כל הד' שנים שהיה חי בירושלים עיה"ק, עכשו שנפטר הרב, עליו להודיע את הרב הגר"ש סלנט", עיי"ש].

סעיף ג

ע"פ משנה ב"ב פז: וגמ' גבי השולח את בנו אצל חנוני להביא לו איסר שמן, פסק בשו"ע "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 שיחזירונו לבעלים, לפיכך אם החזירו לקטן שהיה בידו, ואבד ממנו או נשבר, חייב לשלם". כתב הסמ"ע (ז) מדלא כתב חטף מיד אחד כלשון הטור וגם לא כתב שלקחו מיד בנו הקטן, משמע דס"ל דאפילו לקחו מיד בנו הגדול של בעל הבית ברשותו דבנו אפ"ה מיקרי שואל שלא מדעת ונתחייב באונסין כיון שאינו של בנו אלא של אביו. עוד כתב (ח) דדוקא בהחזירו לקטן הוא דחייב באונסין הא אם לקחו מיד בנו הגדול והחזירו לידו פטור מאונסין וכרמ"א רצב"א והוא מהמרדכי.

סעיף ד

כתב הטור ע"פ משנה ב"ק קיח. וכ"פ בשו"ע "הגזול 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 (ולא תימא אף אם ירצה הנגזל לקחתו אינו יוצא הגזלן עד שיחזירונו לו במקום שנגזל, ב"י)

סימן שסז – גזלן שבא להחזיר את הגזילה והגזול את אביו

סעיף א

ע"פ משנה ב"ק קג. וגמ' שם וקד. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הגזול את חברו אע"פ שכפר בו, הואיל ולא נשבע, אם חזר והודה אינו חייב לרדוף אחר הבעלים להחזיר להם אלא יהא בידו עד שיבואו {וידוע אותם (טור)} ויטלו את שלהם (אע"פ שבא לצאת ידי שמים אינו חייב לרדוף אחריו כדאיתא בגמ', כ"ש כשלא הודה רק שבאו עדים שגזל לו אינו חייב לרדוף אחריו רק שידיענו, ש"ך), אבל אם נשבע על שזה פרוטה ומעלה, חייב לרדוף אחר הבעלים עד שיחזיר להם, אפילו הם באיי הים (דכתיב לאשר הוא לו יתננו ובנשבע לשקר מיירי כדכתיב שם בפרשה ביום אשמתו, דהיינו שמביא קרבן אשם על שבועתו, מיהו אי לאו מפני תקנת השבים מן הראוי היה להתחייב הגזלן להביאו אחריו למקום שהוא שם אפילו לא נשבע מאחר שמצינו שקפיד עליו קרא, סמ"ע וקצות, והש"ך כתב דליתא דבש"ס מסיק טעמא דנשבע כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטא לידיה ואולי מפרש דש"ס מפרש טעמא דקרא אבל לא היה צריך לזה), מפני שכבר נתייאשו מאחר שנשבע ואינם באים עוד לתובעו (מפרש מימרא דרבא שלא הודה בפניו כדעת התוס' שאם הודה בפניו אפילו נשבע א"צ להוליכו אחריו למדי ויכול להביא כפרה, באה"ג). (ב) אפילו החזיר הגזילה כולה חוץ משה פרוטה, חייב הגזלן להוליכה אחר הנגזל, ולא יתן לא לבנו של נגזל ולא לשלוחו אא"כ עשה הנגזל השליח בעדים (כרב חסדא ודלא כרבה דאף אם עשאו שליח בעדים לא הוי שליח וחייב הוא לשלם אם נאנס הפקדון מן השליח), וכן אם עשו בית דין שליח בעדים ונתן לו יצא (גם זה מפני תקנת השבים הקילו עליו שלא יצטרך הרבה בהוצאת הדרך, סמ"ע ע"פ רש"י) ואין צריך לומר אם נתן לבית דין שיצא (סמ"ע: ויהיה ביד שליח ב"ד עד שיבוא הנגזל ויקחנו מידו, ש"ך: שישלחוהו לידו מתי שירצו ולא שהשליח או הב"ד ישמרו בידם עד שיבוא דוקא בעצמו)".

ביאר הסמ"ע (ב) ברישא כנ"ל דהא דאינו חייב לרדוף הוא מפני תקנת השבים, והש"ך (ב) כתב דלא נהירא דבש"ס משמע דמדינא אינו חייב לרדוף אחריו אלא דבנשבע כיון דצריך להביא קרבן להתכפר לא סגי עד דמטא לידיה וה"ה האידנא אע"ג דאין קרבן מ"מ אינו יוצא ידי כפרתו עד דמטא לידיה.

על הגהת הרמ"א דיודיע כתב הסמ"ע (ג) דמשמע מלשון הטור דצריך לשלוח להודיעו במקום שהוא שם שכך וכך גזלתו אלא שאין צריך לטפל בשליחות הגזילה שם ולקבל עליו אחריות הדרך, ומלשון הרמב"ם מוכח דלא ס"ל הכי אלא שיהא בידו עד שיבואו מעצמן, והרמ"א שהוסיף לכתוב וידוע אותם כוונתו שבבואם לעיר הגזלן אזי הגזלן מודיע אותם שכך וכך גזלם ושיטלום מידו כי הוא יתן להן, אולם דעת הש"ך (ג) דדעת הרמב"ם והמחבר דצריך לעשות כל מה דאפשר שידוע לו, דכל זמן שאינו מודיע לו אינו יוצא ידי שמים לר"ט ולר"ע אף מדינא חייב. עוד כתב בזה (ד) דדעת הב"ח בטור דהא דמסיק רבא כיון דידע למאן גזליה ואודי ליה וכו' הלכך נשבע וכו', דדוקא בהודה לו קודם שהלך למדי, אבל בכפר בו ולא הודה בפניו אלא לאחר שהלך למדי הודה בפני ב"ד אע"ג דאינו חייב להוליכם אחריו למדי מ"מ צריך שידוענו לומר כך וכך גזלתך, ולחנם דחק די"ל דהטור מפרש בלא הודה לו בפניו אלא

דס"ל דנהי דא"צ להוליד אחריו למדי מ"מ צריך שיודה לו ויודיענו וכנ"ל, וגם מה שנראה מדבריו דאף בהודה לו בפניו כשנשבע צריך להלך אחריו למדי, ליתא ואישתמיטתיה דברי התוס' דודאי מיירי כשהודה שלא בפניו אלא בפני עדים.

הקצות (א) חלק על הש"ך וכתב דנראה דאפילו אינו מודה כלל אלא שהוא בעצמו רוצה לצאת ידי שמים ולהחזיר הגזילה כיון דידע למאן גזליה ומזומן להחזיר הו"ל כפקדון גביה וא"צ כלל הודעה, ומה שאמרו בגמ' כמ"ד יהיו לי בידך, היינו כמ"ד בפירוש יהיו לי בידך ודאי אין צריך להוליד כן בדינו זה שמזומן להחזיר.

עמ"ש"כ המחבר בסע' א' מפני שכבר נתיאשו מאחר שנשבע וכו', כתב הש"ך (ו) דלמד התו"ט דלפ"ז באינו נשבע אפילו להודיעו א"צ, ומשמע דסובר דלרמב"ם בנשבע סגי כשיודיענו וכ"ד הרש"ל, ולא נראה דהא כתב חייב לרדוף אחריו וכו', אלא ר"ל דאף שמודיעו אינו בא זה לתובעו שחושב מאחר שכבר נשבע ונתיאשתי לא יחזיר לי אע"פ שמודיע לי, מיהו תימה למה המחבר המציא טעם חדש מלבו דהא בש"ס משמע להדיא דטעמא הוא כיון דנשבע ובעי כפרה לא סגי עד דמטא לידיה, ולפ"ז אפילו יודע הגזלן בביורו שלא נתיאש צריך להוליד אחריו ולא סגי כשמודיע לו. עוד כתב בשם הרש"ל דאפילו הודיעו לו וזהו שלח לו יהיו לי בידך אפ"ה כיון דנשבע לא סגי עד דעביד השבה מעליא, וכן משמע בש"ס גבי הא דקאמר הלכך נשבע אע"פ דקאמר ליה יהיו לי בידך כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטא לידיה, מיהו היינו דקאמר ליה הכי ע"י שלוחו אבל בפניו לא דכיון שהניחו בידו והלך לו הרי הוא כהפקידו בידו, ובקצות (ג) האריך בכל הנ"ל.

כתב **הסמ"ע** (ה) בסע' ב' דגם ברישא בלא נשבע אסור ליתנו לבנו וכו' אלא אורחא דמילתא נקט, דכל שלא נשבע דא"צ לשלח הגזילה למקום שהנגזל שם מסתמא מחזיקו בידו עד שיבוא.

סעיף ג

ע"פ **משנה שם קג**. פסק בשו"ע "החזיר לו כל הגזילה או שמחל לו עליה, חוץ מפחות שוה פרוטה, אינו צריך להוליד אחריו אלא יבא הנגזל ויטול השאר (אף בפחות משה פרוטה איסור גזל יש בו אלא שאין הב"ד נזקקין לפחות משה פרוטה להוציאו מידו, **סמ"ע**) (ע"פ לישנא בתרא דמימרא דרב פפא בקה. -) ואע"פ שהגזילה עצמה קיימת אין חוששין שמא תתייקר ונמצא הנשאר שוה פרוטה - ואם נתיקר כתב **הטור** דדעת ר"י דא"צ להחזירו, ודעת **הרמ"ה** שצריך להחזיר לו, הביאם **הסמ"ע** (ח), והשמיט מש"כ **הב"י** דברמב"ם משמע כר"י.

סעיף ד

ע"פ **משנה שם** וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "מת הנגזל, כשבא הגזלן לעשות תשובה יחזיר ליורשיו אם הגזילה בעין, ואם אינה בעין {או שנשתנית (רמב"ם)} יחזיר להם דמיה כשם שהיה מחזיר למורישם".

סעיף ה

ע"פ **משנה ב"ק קח: וגמ'** וכשיטת **הרמב"ם** (ולגבי שיטת **התוס'** אי כוותיה, ראה ב"י וסמ"ע סק"ד) פסק בשו"ע "הגזל את אביו ונשבע לו ומת האב, אם אין הגזילה קיימת או נשתנית עושה חשבון עם אחיו על הקרן (והחומש, בדינא דגמרא ולשון הרמב"ם), ואם הגזילה קיימת חייב להוציא הגזילה עצמה מתחת ידו לפיכך נותן הגזילה לאחיו ועושה עמהם חשבון {וי"א (רש"י וטור) דאינו נוטל כלום נגד הגזילה, ואם הוא עני ולא יכול לוותר חלקו לזה מאחרים והם באים ונפרעים מחלקו} ואם אין לו אחים שנמצא זה הגזלן לבדו הוא היורש, מוציא הגזילה מתחת ידו לבניו, ואם אין בנים לזה הבן הגזלן, 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 (כנ"ל) וס"ל דאם אין לגזלן [אחים] נותן לאחי אביו}."

סעיף ו

ע"פ ברייתא ב"ק קט. וכר' עקיבא (ודלא כר' יוסי הגלילי שזכה במה שבידו) פסק בשו"ע "הגזל את הגר ונשבע לו (ב"י): משמע הא לא נשבע זכה מן ההפקר ואינו צריך להוציאו מידו ואפשר דה"ה ללא נשבע, ונשבע דקתני להודיעך כחו דרבי יוסי הגלילי, ודעת הדרכ"מ דדווקא נשבע דאם הגמ' נקטה נשבע להודיעך כחו דריה"ג אם כן הפוסקים שלא הביאו דבריו למה נקטו נשבע אלא בודאי נשבע דוקא קאמרי ומאחר שהוא דוקא אצל גזל הגר ה"ה כאן אצל גזל אביו דתרווייהו חד טעמא הוא משום קנסא כן בסעי' ה', והביאם שם הסמ"ע בקצרה, ובפת"ש הכריע בשניהם דדווקא נשבע וכן הוא ברשב"א ראב"ד וגר"א דבלא נשבע זוכה בגזילה שתחת ידו, ומת הגר בלא יורשים, אפילו הודה לגר וזקפו עליו במלוה, אף על פי שזכה בגזילה, חייב להוציאה מתחת ידו (ליתנו לצדקה, סמ"ע)."

ביאר הסמ"ע (יז-יח) דכיון דזקפו עמו במלוה נעשו נכסי הגר, ונכסיהן הפקר לאחר מיתה וכל הקודם להחזיק בהן זכה, ונתנית הצדקה, שבזמן הבית היה צריך ליתנו לכהנים, שהן זכו בהן משלחן גבוה שנאמר 'האשם המושב לה' לכהן' ובזמן הזה שאין קרבן אשם שעוסקים בו הכהנים ואין שייך שלחן גבוה, משו"ה נותנו לארנקי של צדקה וחולקים ממנו לכל עניים בשוה, ובבאה"ג כתב בשם הרב המגיד דלר"ע לא שנא זקפן ולא שנא לא זקפן בהוצאת הגזילה מתחת ידו סגי אע"פ שאינה נותנה לכהנים וכו' ונקט זקפן לרבותא דאפילו זקפן בעי להוציא הגזילה מתחת ידו.

סימן שסח – דין המציל או הקונה מלסטים ישראל או עובד כוכבים

סעיף א

לסטים ישראל או גוי ששדד את ישראל אחר, ועמד אחד והציל מידו, האם הוא חייב להחזיר לבעלים או לא? ומה הדין במציל מיד גנב גוי או יהודי?

גוי גזל חפץ מישראל ובא ישראל אחר וגזלה ממנו, האם צריך להחזיר לגזלו?

ע"פ משנה ב"ק קיד. כת"ק וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "המציל מיד לסטים ישראל הרי אלו שלו, מפני שסתם הדבר שנתיאשו הבעלים (דסתם גניבה הוי ייאוש וסתם גזילה לא הוי ייאוש כת"ק ודלא כר' שמעון) (דעת הראב"ד שקונה גוף הגניבה אבל צריך ליתן לבעלים דמיה ור"י פירש שקונה לגמרי ואפילו דמיה א"צ ליתן, טור), ואם ידע שלא נתיאשו חייב להחזיר. אבל המציל מיד לסטים עכו"ם או מוכס עכו"ם, חייב להחזיר, שסתם הדבר שלא נתיאשו הבעלים, ואם נתיאשו הרי אלו שלו. ומפני מה אמרו סתם לסטים ישראל נתיאשו הבעלים וסתם עכו"ם לא נתיאשו, מפני שהבעלים יודעים שעובדי כוכבים מחזירין מיד הגזלן אע"פ שאין שם עדים שגזל אלא בראיות רעועות ובאומדן הדעת { (טור ע"פ הרא"ש -) וסתם גניבה הוי יאוש אפילו בעכו"ם (דלטור לסטים היינו גזלן ובזה יש חילוק בין עכו"ם לישראל אבל בגנב סתמא הוי יאוש אפי' בעכו"ם, ש"ך) (דבגניבה דלא ידע הנגנב מי גנבו מידו דיחזור עליו להוציא מידו, משו"ה מייאש אפילו בגנב שהוא גוי, משא"כ בלסטים שלקחו מידו בזרוע בפניו, סמ"ע), ואם כן הקונה מן הגנב לא היה צריך להחזיר הגניבה אא"כ ידעין דלא נתיאש, דהא קנאה ביאוש ושינוי רשות, כמו שנתבאר לעיל סי' שני"ג (תה"ד -) מיהו נהגו להחזיר כל גניבה ואין לשנות מן המנהג וכמו שנתבאר לעיל סימן שני"ו, ואין חילוק בזה בין גנב לגזלן, דבכל ענין מחזיר דמיו ונוטל את שלו, כן נראה לי. ועיין לעיל סימן רל"ו הקונה קרקע גזולה }".

לדעת הרמ"א החילוק בין ישראל לגוי הוא בגזילה אבל בגניבה בכל מקרה יש ייאוש, ואילו הש"ך (ב) האריך "דהעיקר כדעת בעל המאור דהא דמחלק הש"ס בלסטים בין כותי לישראל היינו דוקא בגנב דלסטים היינו גנב אבל בגזלן אפילו בישראל מסתמא לא הוי יאוש" (שער משפט סק"א).

ביאר הסמ"ע (א) דהמחבר כתב כלישנא בתרא בגמ' שדייני הגוים מחזירין מיד הגזלן אף בלא עדים, וצ"ל מדחילקו הטוש"ע והגמ' בין לסטים גוי או לסטים ישראל, ולא חילקו בין דייין גוי ובין דייין ישראל, שהרי לפי טעם הנ"ל הכל תלוי בדיינים איך מוציאים הממון, משום דכל לסטים או גנב ישראל נידון

בדייני ישראל שתובעו הנגזל לגזלן בדין ישראל, משא"כ בלסטים גוי שצריך לתבעו הנגזל אף שהוא ישראל בפני דייני גוים.

כתב ה"ט"ז דהמציל דהכא מיירי בדרך פיוס מן הגזלן, והוי שינוי רשות, והוא מוכח, דאל"כ האיד קונהו המציל מן הגזלן, והא בהדיא כתבו הטוש"ע בסימן שס"א/ו דאם בא אחר ונטלו מן הגזלן שלא ברצונו כאילו נטלו מבית בעלים, ואע"ג דכבר נתיאשו הבעלים חייב להחזירו כל זמן שהוא בעין, ודלא כב"ח שפירש בסימן שס"ט דהך המציל כו' מיירי שנטל בעל כרחו של הגזלן, ולא דק, דא"כ אין שינוי רשות וחייב להחזירו לבעלים הראשונים כיון דיאוש כדי לא קנה.

עמש"כ הרמב"ם והמחבר דהמציל מיד לסטים עובד כוכבים או מוכס עובד כוכבים חייב להחזיר שסתם הדבר שלא נתיאשו הבעלים, הקשה הסמ"ע (ג) דבסימן שס"ה פסק את המשנה שם וכלשון הרמב"ם נטלו מוכסים כסותו או חמורו והחזירו לו אחרת ה"ז שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתה שנתיאשו הבעלים ממנה ואינו יודע בודאי שזו גזילה, ואיירי אפילו במוכס גוי, ועל הטור לק"מ שאף שגם הוא כתב שם האי דינא דמוכס שנתן ולא חילק בין מוכסין גוי למוכסין ישראל אע"ג דגם הוא ס"ל דבלסטים גוי אין הבעלים מתיאשים משום דדייני בגיותא וכדכא די"ל דהוא ס"ל דבמוכסין מתיאשין הבעלים טפי כיון דכל מוכסין בא מתחילה ברשות ליקח מהבעלים מכסו ואף שנוטל יותר מ"מ בקל יוכל להתנצל ולומר לא לקחתי יותר או ליתן טעם למה לקח יותר, משא"כ בלסטים דעלמא, אבל לרמב"ם והמחבר דמשוו לסטים גוי ומוכסין גוי וכתבו אשניהן שהבעלים אינם מתיאשים אליבייהו, וכתב ליישב דנראה דס"ל דודאי סתם נגזל מלסטים גוי או ממוכסין גוי אינו מיאש מטעם דגוים דייני בגיותא, ומה"ט המציל מהן צריך להחזירו, ודוקא בזה שנטלו המוכס ונתנו לאחר תחת כסותו דה"ל כמכירה, בזה קאמר דנתיאשו הבעלים ממנה, דכיון דרואה דה"ל כאילו כבר נמכר ויצא מתחת יד המוכס, אזי מיאש נפשו מלהדר אחר כסותו או חמורו זה שהן ביד זה שקיבל מהמוכס, ודעתו להעמיד המוכס בדין על דמי הטלית, והרמב"ם לטעמיה דס"ל דיאוש ושינוי רשות קונים אפילו הוי האוש אחר שינוי רשות, והטור דס"ל בסימן שני"ג כדעת ר"י והרא"ש דבעינן שיהיה האוש קודם שינוי הרשות, אליבייהו לק"מ כנ"ל.

סימן שסט – אסור לקנות מגזלן ולסטים וליהנות מממונם ודינא דמלכותא כיצד

סעיף א

ע"פ משנה ב"ק קיג. וגמ' פסק בשו"ע "אסור לקנות דבר הגזול מהגזלן, ואסור לסעדו על שינויו כדי שיקנהו, שכל העושה דברים אלו וכיוצא בהם מחזיק ידי עוברי עבירה ועובר על ולפני עור לא תתן מכשול (רמב"ם -) והלוקח ממנו מטלטלין דינו כלוקח מהגנב, שנתבאר בסימן שני"ו (לענין אם נעשה בו תקנת השוק או לא ואם יש חילוק בין גנב מפורסם או לא עיין בסימן שנו"ב, סמ"ע) – וכן עיקר דלא כרשב"א וריב"ש (וה"ה בשם י"מ) דבגזלן אע"פ שאינו מפורסם לא עשו בו תקנת השוק דקול יוצא לגזלה וה"ל כגנב מפורסם, ב"י בשם ה"ה וש"ך (א).

סעיף ב

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "אסור ליהנות בדבר הגזול ואפילו לאחר יאוש והוא שידע בודאי שדבר זה הוא הגזילה עצמה (ה"ה): זה פשוט דיאוש כדי לא קני בסוכה ל' ע"ב. טור: "ואין נראה כן מהא דב"ק קי"ג דאמר שמואל דינא דמלכותא דינא תדע דקטלי דקלי וגשרי גשורי ועברין עליהו ואי לאו דינא היכי עברין ופריך אביי ודילמא משום דאיאוש מרייהו אלמא לאחר יאוש שרי". ב"י: התם שאני משום דאיכא יאוש ושינוי רשות שנמסר לרבים וכן הדין שכל זמן שיש בדבר יאוש ושינוי רשות מותר ליהנות בו). כיצד, ידע שבהמה זו גזולה, אסור לרכוב עליה או לחרוש בה, (ב"ק קי"ז -) גזל בית או שדה אסור לעבור בתוכה או ליכנס בה בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים (ב"ק כ"א -) ואם דר בה חייב להעלות שכר לבעלים אם היתה עשויה לשכר. (ב"ק קי"ג -) גזל דקלים ועשה מהם גשר אסור לעבור עליו וכן כל כיוצא בזה (אע"ג דשינוי מעשים בלבד קונה זה שינוי החוזר לברייתו, ה"ה) {מיהו אם מסרו לרבים מותר ליהנות ממנו דהא הוי יאוש עם שינוי רשות (ה"ה), כלומר אף במקום דלית ביה דינא דמלכותא דינא מותר, סמ"ע)}, אבל מלך שכרת אילנות של בעלי בתים ועשה מהם גשר, מותר לעבור עליו, אפילו שצוה המלך לעבדיו לכרות מכל אחד ואחד דבר ידוע, והלכו הם וכרתו 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 כגזלן בעל זרוע".

סעיף ג

ב"ק קיט. "איתמר גזלן מאימת מותר לקנות הימנו רב אמר עד שתהא רוב משלו ושמואל אמר אפילו מיעוט שלו"

ע"פ שמואל וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "אסור ליהנות מהגזלן {שהוחזק ממונו שבא בגזילה}, ואם היה מיעוט שלו אע"פ שרוב ממונו גזול מותר ליהנות ממנו, עד שידע בודאי שדבר זה גזול בידו" ודלא כר"ח שפסק כרב שאסור עד שיהא רוב ממונו שאינו גזול.

כתב הסמ"ע (ה) דהא דבסימן שני"ח פסקו הרמב"ם והטושי"ע דאסור לקנות מהגנב דבר שרובו בחזקת גנוב, יש לחלק דברועים ואינך דהתם הן בחזקת גנבים, ומסתמא כל מה שבידם הוא בחזקת גנוב כי כל מלאכתן בזה, אלא שיש מיעוט רועים שאינן גנבים כלל, ותלינן לזה שבא לקנות ממנו ברוב, משא"כ כאן דמייירי בידוע בו שיש בידו של זה מיעוט ממון שאינו גזול, ובבאה"ג תירץ "החילוק הוא בין רוב דבר ובין רוב ממון, דרוב הדבר אסור וברוב הממון מותר".

סעיף ד

ע"פ משנה ב"ק קיג. פסק בשו"ע "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". כתב הב"י דנראה לומר שלא התירו ליקח מתוך ביתו או מן השוק אלא מעות לפי שאין חוששין להם משום גזל אלא בנוטלם מתוך תיבה המיוחדת להטיל בתוכה מעות המכס, אבל דבר של מאכל אפילו מתוך ביתו אסור לפי שחזקתן של מוכסנין שהם ועבדיהם גוזלים כל דבר מאכל מבני אדם ואין מוחה בידם מיראתם מהם, וזהו שסיים הרמב"ם שחזקת מאכל זה שהוא גזול, ועי"ל דס"ל לרמב"ם דלא התירו לפרוט מהם מתוך ביתו או מן השוק אלא משום דאינו נהנה מהגזל ממש שהרי אינו נותן לו המעות במתנה שהרי הוא נוטל דינר תחתיהם הילכך כל שאינו מהתיבה המיוחדת לכך שרי אבל ליהנות מהם ממש בלי נתנת דבר חילופו אפילו מתוך ביתו או מן השוק אסור, והסמ"ע (ו) כתב דזה אינו, והוסיף (ז) ע"פ לשון הרמב"ם דדוקא בצירוף שאין לו הנאה כל כך יש חילוק בין מהתיבה שלהן שהוא ממעות המכס בעצמו דאסור, ובין צירוף שיש לו ממעות שבביתו דמותר, אבל בשאר הנאות גדולות כתב לפני זה דאפילו ממה שיש לו בבית אסור ליהנות מהן.

סעיף ה

ע"פ משנה ב"ק קיד. וגמ' וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת הרי אלו שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתה שנתיאשו 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)}".

ביאר הב"י דפסק הרמב"ם כלישנא בתרא דאתי כסתם מתניתין הרי אלו שלו מדינא, ואע"ג דבעלמא קיימא לן יאוש כדי לא קני ואף על גב דכי אתא לידיה הוה ליה יאוש ושינוי רשות מ"מ באיסורא אתא לידיה, הכא שאני שהיא כמכירה שהרי לא נתנה לו בחנם אלא תמורת חמורו ונמצא שאינו נהנה מן הגזילה ואינו יודע בודאי שזו גזילה כלומר דבשעה שנתנוה לו לא ידע שהיא גזילה ואע"פ שחזקתה גזילה בסתמא וגם אח"כ ידע שהיא גזילה וכדקתני מחזיר לבעלים הראשונים, מכל מקום כיון דבשעה שנתנוה לו לא ידע שהיא גזילה וגם אינו נהנה ממנה שהרי תמורת חמורו נתנוה לו לא אמרינן באיסורא אתא לידיה וכיון דאיכא יאוש ושינוי רשות הרי אלו שלו מדינא, ואם בא להחמיר על עצמו שלא לסמוך

על דברים הללו וכיון דאיגלאי מילתא שגזילה היתה חשיב ליה דבאיסורא אתא לידיה ומשום הכי רוצה להחזיר יחזיר לבעלים הראשונים ולא למוכס.

עמשי"כ המחבר 'ואינו יודע בודאי שזו גזולה' כתב הסמ"ע (ח) דכ"כ הרמב"ם ואזיל לשיטתו דס"ל אם ידע הלוקח שגזילה היא היה צריך הלוקח ליתן לנגזל דמי שויה כבכל שינוי רשות ויאוש דאף דקנה הלוקח מ"מ צריך ליתן הדמים וכמחבר בסימן שנו"ג ושסא"ד, ותמה על הרמ"א שלא הגיה כאן שלדעת י"א שהזכיר בסימן שני"ו דהם ר"י והרא"ש דאפילו ידע הלוקח שזו ודאי גזולה אפילו הכי הוא שלו, וכתב דנראה שהרמ"א אזיל בשיטת הב"י שמטעם אחר כתב הרמב"ם דמייירי שאינו יודע שזו גזילה ע"פ סוגיא דדף קי"ד וכנ"ל ומשו"ה סתם הכא, וזה אינו.

כתב ה**נתיבות** (א) דלכתחילה נראה שאינו רשאי ליקח ממנו האחרת אף שהוא כמציל מידם כיון שעדיין לא קנאו הגזלן, רק שהלוקח תמורת חמורו יקנה אותו בשינוי רשות, ואסור לסעדו על שינויו כמבואר בסעי' א', ובשעת הצלה מידם מציל עצמו בממון חבירו, אם לא שדעתו להחזירו לבעלים הראשונים והבעלים יתנו לו כפי מה שנהגו כמבואר בסימן רל"ח.

סעיף ו

ע"פ **ב"ק קיג. ונדרים כח.** וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "בד"א שהמוכס כלסטים בזמן שהמוכס עכו"ם (ה"ה: ס"ל כשהמוכס עכו"ם אע"פ שהוא עומד מחמת המלך מסתמא הרי הוא כמוכס שאין לו קצבה שסתמו יותר מן הדין הוא נוטל וכך פירש אוקימתא בתרייתא דר' אשי במוכס עכו"ם אסקינן אף אמתניתין ולא פליגא אשאר אוקימתא, ולא כן פירשו שאר מפרשים) 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) } והעמיד מוכס ישראל לגבותו למלך, ונדע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך, אינו בחזקת גזלן, משום דדינא דמלכותא דינא, ולא עוד אלא שהמברית ממכס זה עובר [על לא תגזול] מפני שהוא גוזל מנת המלך, בין שהיה מלך ישראל בין שהיה מלך עובד כוכבים, (תוס' ר"ן ועוד -) וכן אם ישראל קנה המכס מהמלך המברית עצמו הרי זה גוזל ישראל שקנאו { וי"א (ב"י) דאפילו ידוע דהישראל לוקח יותר מן הקצבה מ"מ אסור להברית ממנו דבר הקצוב דהוי כגוזל מן הגזלן דאסור (היינו דאמרינן בברכות ה' דאמרי אינשי בתר גנבא גנוב וטעמא טעים) } אבל אם קנאו עכו"ם מותר משום דהוי כהפקעת הלוואתו דשרי במקום דליכא חלול השם { וי"א (ר"ן) דאפילו המוכס ישראל אם לא קנאו לעצמו רק גובה למלך עכו"ם, אע"ג דאסור להברית מכח דינא דמלכותא, מ"מ אם אדם מברית אין למוכס לכופ אותו ליתן, דהוי כהפקעת הלוואתו דשרי, מיהו אם יש בזה משום יראת המלך, ודאי יכול לכופ אותו }".

על דברי הרמ"א ע"פ הב"י כתב הסמ"ע (י) דנראה דבמקום שהמוכסין מאמינים לסוחרים במה שאומרים לפניהם אזי מותר לשנות באופן שלא יפסידו, דהיינו דרך משל אם יש להן מ' אמות בגד, ומן הדין אין להם ליתן מהם מכס אלא ל' גדולים, מותר לשנות ולומר למוכס שאין להן אלא ל' אמות ולא יתנו לו אלא ל' גדולים, ומשו"ה נמי דקדק המחבר 'דבר הקצוב' הא המותר מותר להברית, והקצות (א) כתב דבכה"ג דהרמ"א רשאי אף להברית והוכיח כן מדברי הטור ביו"ד רל"ב, דכל שנוטל יותר ממה שהמלך חפץ הוי כולו גזל כיון דאין לו אלא בדינא דמלכותא דינא וכיון דנוטל יותר אין המלך חפץ בזה כלל והו"ל כולו גזל וכאילו המוכס עמד מאליו.

סעיף ז

כלשון הרמב"ם ע"פ **ב"ק קיג. פסק בשו"ע** "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, (בגמ' -) 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" **ודלא כרמ"ה בטור** (גר"א) הסובר דאפילו הוא מטיל על כל בני המדינה אם דבר חדש הוא שמוסיף על קצבתו שהורגלו ליתן בכל שנה ושנה שלא מדין לאו דינא הוא, ודעת הרא"ש כרמב"ם.

כתב הסמ"ע (יא) דכתב הטור דגם המס שיש לו לגבות מבעלי השדות אפילו לא נשאר שם רק אחד וגבה ממנו בשביל כולם אינו גזל, לפי שאין עליו לטרוח לגבות מעט מעט מכל אחד ואחד, וזה שנטלו ממנו יגבה מכל בעלי השדות מכל אחד חלקו (וכתבו הרמ"א בסוף סעי' י'), ובד"א בבעלי השדות, אבל האריס אין להן למשכנו בשביל בעלי השדות, וביאר הסמ"ע דהטעם מפורש בגמרא בע"ב דכיון דאין לאריס חלק בגוף הקרקע אין עליו לפרוע חלק בעל הבית, ומזה יש ללמוד דמש"כ הרמב"ם והמחבר 'בין שאינו בעל השדה' דר"ל שאינו בעל השדה זו כי אם בעל שדה שבצידה, אבל מ"מ יש לו חלק ג"כ בגוף השדה, משו"ה פורע בשביל האחרים מן דינא דמלכותא, משא"כ כשאין לו חלק בקרקע כלל דאז לא גרע מאריס דאין גובין ממנו.

< על הגמ' "אמר רבא בר מתא אבר מתא מעבט והני מילי דברלא וכרגא דהאי שתא אבל שתא דחליף הואיל ואפי"ס מלכא חליף", כתב הנ"י בשם הרא"ש דאתא לאשמועינן דדינא דמלכותא הוא שאם עברה השנה ולא הספיקו עבדי המלך לגבות את המס שפטורים כל אותם שלא פרעו באותה שנה דאם היה דינא דמלכותא שיגבה המלך בשנה זו מס של שנה שעברה אף הקונה ממנו קנה כל זכות שהיה למלך בו ואף על פי שפרע הגבאי למלך משלו לא הפסיד דינו, וכתב הב"י דאין נראה כן מדברי רש"י וגם לא מלישנא דגמרא, ובש"ך (ד) כתב דדעת הרש"ל כנ"ל.

סעיף ח

עוד ע"פ שם וסנהדרין מח: דהרוגי מלכות נכסיהן למלך וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "וכן מלך שכעס על אחד מעבדיו ושמשו מבני המדינה ולקח שדהו או חצירו אינו גזל ומותר ליהנות בה, והלוקחה מהמלך הרי היא שלו, ואין הבעלים מוציאין אותה מידו, אבל מלך שלקח שדה או חצר של אחד מבני המדינה שלא בדינים שחקק, הרי זה גזלן והלוקח ממנו מוציאין הבעלים מידו (דגזלנותא דמלכותא לאו דינא). 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 {ואם המלך חקק לבעל אומנות אחד, כגון שחקק למלוה בריבית איזה דבר, י"א דלא אמרינן ביה דינא דמלכותא דינא, הואיל ואינו חקוק לכל (מהרי"ק)}. 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 (רא"ש בנדרים בשם הר"מ ומרדכי, שהארץ היא מיוחדת שהיא של המלך וכל אדם יכול לעשות בשלו מה שירצה ואף הדיוט שיש לו קרקע כך דינו שלא יהנה אדם מארצו שלא מדעתו וקצבתו, שם ובסמ"ע), ויש חולקין וס"ל דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא (תה"ד, וראה לקמן סעי' י"א), ולכן המלוה על המשכון יכול למכרו אחר שנה, הואיל וכן דינא דמלכותא (ר"י בר פרץ), וכן הוא עיקר, וכמו שנתבאר לעיל סימן שני"ו סעי' ז"י."

עמש"כ המחבר בסיפא וכל שיקח מאיש זה בלבד וכו' הרי זה גזל, כתב הפת"ש (א) בשם השב"י שכתב בתחילה דלכאורה ה"ה לענין ויתור אם מותר שר לאחד המס שלא כדת יהיה ג"כ בכלל גזל דעיי'ז מכביד על אחרים ונתינתו כנטילתו, אך באמת זה אינו, דהרי בלא"ה דברי הרמב"ם והשו"ע סותרים למש"כ מקודם דשר שכעס על אחד מעבדיו ולקח שדהו אינו גזל, וע"כ צ"ל הא דאינו גזל היינו דוקא כשכעס עליו, ומסתמא הוא מחמת איזה מרד וזהו חק המלך ליקח ממון המורד, וא"כ ה"ה להיפך אם אוהב לאחד ופטרו מן המס, בודאי אי לאו דעביד ליה נייחא לא היה פוטרו, וזהו ג"כ מדין מלכות.

סעיפים ט – י

ע"פ ב"ב נה. גבי זהרורי זבני ארעא לטסקא וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "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} (י) מלך שהיו דיניו שכל שלא יתן המס שעל השדה תהיה השדה לנותן המס (כלומר בימיהן היו גוף השדות למלך וישראל וגוים היה מנהגם להחזיק בהן לחרוש ולזורען, ונותנין כל שנה חוק קצוב מס ממנו למלך, סמ"ע) (וה"ה אם נתן במתנה לישראל ויש לו עדים וראיה שנתנו לו, ש"ך, ובנתיבות ג' הקשה מדוע צריך ראיה הא קי"ל דגוי המוכר שט"ח לישראל נקנה במסירה בלבד), וברח בעל השדה מפני המס ובא זה ונתן מס שעליה למלך ואכל פירותיה אין זה גזל (ואפילו לקחו הגזבר ונתנו לאחר שיהיה בידו לעולם אין זה גזל דמאחר דגופו של השדה הוא של מלך ולא בא ליד זה כי אם עבור המס והרי לא נתן המס וכאילו לא בא לידו דמי, דרכ"מ

וסמ"ע), אלא אוכל פירות ונותן המס עד שיחזרו הבעלים, שדין המלך דין הוא, כמו שאמרנו {וכן הוא חוק המלך שכל מי שימצא בשדה יתן בעד בני הבקעה והוא יחזור ויגבה מהם או שיכול לגבות מס השנה מאחר (טור) ע"פ ב"ק קיג, וכבר כבר כתבו ג"כ המחבר בסעי' ז' אלא שלא ביאר שם שהוא יחזור ויגבה, סמ"ע}."

[בהקשר למס שעל כל איש ואיש בסעי' ט', כתב הקצות (ב) דבמס אפילו פרע מעצמו צריך לפרוע מה שפרע בשבילו להחזיר לו ואפילו לדעת החולקין בסימן ק"ל בערב וס"ל דבפרע מעצמו א"צ להחזיר, כיון דבני מתא ע"כ ערבון הן ועוד דשותפי נינהו באותו מס והו"ל כשותפין שלוו ורשאי אחד לפרוע עבור חבירו ומחויב להחזיר לו חלקו, וכן הסכים הנת"ב (ב) דכיון דדינא דמלכותא הוא שא"צ לתבוע החייב מתחילה ויכול לתבוע לכל אחד בעד חבירו בתחילה, דינו כקבלן שאם שילם שחייב להחזיר לו].

סעיף יא

ע"פ ב"מ עג: דארעא לטסקא משעבדא ויבמות מו. פסק בשו"ע "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 (ר"ל דלא יעבוד בו עבודת עבד כנעני דהיינו להוליך אחריו כליו לבית המרחץ או לחלוץ מנעליו, ואף שבישראל שלא נמכר לע"ע מותר להשתעבד בו אפילו בכאלו וכמ"ש הרמב"ם בעבדים, ומטעם דלא אסרה התורה שעבוד זה אלא בעבד עברי מפני שנפשם שפילה, ה"נ כיון דמדינא דמלכותא הרשות נתונה להשתעבד בהם דינו כעבד עברי ואסור להשתעבד בהן עבודת עבד כנעני", וכתב הסמ"ע (יט) המשך דברי הרמב"ם והטור דבד"א במלך שטבעו יוצא באותן ארצות והסכימו עליו שהוא אדונייהן ועובדים לו, אבל אם אין טבעו יוצא הרי הוא כגזלן בעל זרוע לכל דבר הוא ועבדיו.

כתב הרמ"א "(תשובת הרא"ש -) ישראל שהיה חייב לעכו"ם והעכו"ם מכר השטר לישראל, אע"פ שאסור לדון עם ישראל חבירו בפני עכו"ם, ואע"פ שבא מכח עכו"ם, מ"מ דיני ישראל יפסקו לישראל זה מה שהיה שהעכו"ם מרויח לפני דיני עובד כוכבים, הואיל וישראל זה בא מכחו הרי הוא כמוהו בכל מה שהיה יכול לזכות לפני דיני עובדי כוכבים שהוא דינא דמלכותא. (תשובת הרשב"א בב"י סימן כ"ו -) הנושא אשה במקום שדיני 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 (ולא דמי לרמ"א בסימן רמח/א ע"פ הריב"ש דפסק שנלך אחר מקום שנעשתה בו הצואה וידונו בדיני גוים דשאני התם כיון דהמצוה מת באותו מקום שדיני בדיני גוים ועשה צוה סתם ואחריו לפלוני, אמרינן דודאי דעתו היה כמו שמורגל בפי הבריות דמפרשים ואחריו לפלוני כפשוטו ואפילו אם הראשון ראוי לירש, סמ"ע), דלא אמרינן 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) - כתב הסמ"ע (כא) דבדרכ"מ הביא לשון הרשב"א קצת בלשון אחר "דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במה שהוא מדיני מלוכה אבל דינים שדינים בערכאות אין אלו ממשפט המלוכה אלא הערכאות דנין בעצמן כמו שמצאו בספרי דייניהן שאם אי אתה אומר כן ביטלתם ח"ו דיני ישראל", ועוד הביא הדרכ"מ לפני זה דעת מהרי"ק ומרדכי וכתב שכולם שוים בזה, ר"ל דאפילו אם גזר המלך בהדיא לילך בתר דיני הערכאות דאין על דיני ישראל לקיים זה מכח זה דעלינו לקיים מן הדין דינא דמלכותא, דעל כזה לא אמרו, אלא על דברים שהן מחוקי המלוכה, ולפ"ז צ"ל דגם מש"כ הרמ"א בסעי' ח' "ויש חולקין וס"ל דבכל דבר אמרינן דמד"ד" וכו' ג"כ כונתו למש"כ הרשב"א הנ"ל, ומה שכתב בכל דבר, ר"ל אף שאינו ממסים וארנוניות.

[כתב הפת"ש (ג) דבתשובת חת"ס צידד השואל בנידון גבי בעל שנתן בית לאשתו וכתב בערכאות של עובדי כוכבים על שמה, וכשמתה עשתה צוה בערכאות של עובדי כוכבים וסילקה בעלה מירשתו וחילקה נכסיה ליורשיה, דדעתו לקיים הצוה דלא דמי לרשב"א והרמ"א דבנידון זה אישתני למעליותא בתלת מילי, חדא כיון דהבעל בעצמו כתב לה הבית על שמה בערכאות של עובדי כוכבים א"כ אדיהו סמיך בכל דיניהם, ב' כיון שיורשי האשה כבר מוחזקים דהרי בעל הערכי כתב הנכסים בפנקסו על שם יורשי האשה, וג' כיון דחק המדינה ההיא מי שמת בלא בנים נוטל המלך כחלק אחד מן היורשים א"כ יש למלך יד בענין זה ודינא דמלכותא דינא דאין בעל יורש אשתו אלא נוטל חלק כשאר יורשים,

והכא שהיא עשתה צואה להפקיע הבעל מכל וכל קיימת צואתה בדינא דמלכותא, והחת"ס האריך לסתור דבריו דאין שום ממש בכל הג' טענות הללו והבעל יועמד חי בחלקו כפי חקי ומשפטי התורה].

סימן שע – דברים שהם גזל מדבריהם כגון מפריחי יונים והמשחקים בקוביא

סעיפים א – ג

[האם מותר להשתתף בהגרלות של מפעל הפיס?]

ע"פ **משנה סנהדרין כד**: וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "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 (סמ"ע): מפורש בגמ' דדוקא בהמה דשור הבר אמרו דאין בו אלא משום גזל מדבריהם דהוא כמין חיה והולך ביערים ומביא עמו דבר הפקר וקראו בהמה מפני דיש מ"ד שהוא מין בהמה לענין איסור חלב שבו, משא"כ שאר בהמות דאינן הולכות ליערים אלא בין שאר בהמות דיש להם בעלים ומה שמביאים עמהן יש בו משום גזל גמור). (ב) המשחקים בקוביא כיצד, אלו משחקים בעצים או בצרורות או בעצמות, ועושים תנאי ביניהם שכל הנוצח את חברו באותו שחוק יקח כך וכך, וכן המשחקים בבהמה או בחיה או בעופות ועושים תנאי שכל שתנצח בהמתו או תרוץ יותר יקח מחברו כך וכך, וכל כיוצא בדברים אלו, הכל אסור, וגזל מדבריהם הוא". (ג) יש מי שאומר (רמב"ם) שהמשחק בקוביא עם העכו"ם 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 (רא"ש), וכך נראה מדברי הר"ף שהביא דברי רב ששת והשמיט אוקימתא דרמי בר חמא, באה"ג) לומר שאינו פסול אא"כ אין לו אומנות אחרת } אבל אם יש לו אומנות אחרת, אפילו משחק עם ישראל אינו פסול, 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}."

כתב **הסמ"ע** (ג-ד) בסע' ב' דכן היא דעת הרמב"ם דמשחק בקוביא גזל מדבריהם, וביאר דאין טעמו משום דפסק כרמי בר חמא דאמר דיש בו אסמכתא, דאליביה הוה גזל גמור, אלא פסק ג"כ כרב ששת דאמר איסורו הוא משום דאינו יודע ביישובו של עולם אלא שפירש דבריו דכיון שאינו יודע ביישובו של עולם מסתמא אין לו ממון אלא מה שמרויח בשחוק זה, ושחוק זה אסרו חז"ל משום גזל דאינו מוחל לו שכנגדו בעין יפה אף על פי שאינו גזל גמור, וכל גזל דבריהם אינו פסול מחמתו אם לא שאוכל ממנו, ומטעם זה אף שיש לו מלאכה אלא שאינה מספקת לו לאכילתו ולשאר צרכיו וצריך לאכול ג"כ ממה שמרויח מהשחוק, ה"ז פסול, ודוקא במשחק עם ישראל, אבל עם גוי לא גזרו עליו רבנן כיון שאינו גזל גמור דהגוי לא מחשב זה לגזל אלא דעתו להקנותו למי שכנגדו בכה"ג, והחולקים עם הרמב"ם ס"ל דטעם פיסול משחק בקוביא ואינך הוא משום שכיון שאינו יודע ביישובו של עולם לידע כמה קשה הרווחת המעות על בני אדם ניקל בעיניו להעיד שקר, ומה"ט אף שיש לו ממון אחר ואינו אוכל מזה הוא פסול, ושם יש לו מלאכה אחרת אפילו כל דהוא שאינה מספקת, הואיל ויודע על ידה כמה קשה הרווחת הממון אינו מעיד שקר ואינו פסול לשום דבר, ודלא כב"י, ועל זה קאי "וחלקו עליו" דבסע' ג' דקאי אמ"ש בסוף סעיף ב' "דאסור וגזל מדבריהם הוא", דאזה חלקו וס"ל דאינו פסול משום גזל דאז הוה פסול אפילו יש לו אומנות שאינו מספיק.

עמש"כ המחבר בסע' א' דהוא גזל מדבריהם כתב **רע"א** ע"פ הרשב"א דאם נטלו אין מוציאין מידו וכדלעיל סימן ר"ע ומנכרי ליכא איסור כלל כה"ג.

ע"פ שיטת הרמב"ם והמחבר העלה **ביבי"א** (חוי"מ ז,ו) לאחר שהאריך בענין השתתפות בהגרלות "מסקנא דדינא שהספרדים ועדות המזרח אסור להם להשתתף בקניית כרטיסי מפעל הפיס, וכל שכן כרטיסי ספורט למיניהם משחקים בשבת ומחללים שבת בפרהסיא, ונמצא שהוא מסייע ידי עוברי עבירה, ואף לאשכנזים יש לאסור בזה", אולם **בפסקי המשפט** כתב שבשו"ת **ישכיל עבדי** (יו"ד ח,ה,ג) כתב שיש להתיר הגרלות מפעל הפיס בא"י אפילו למחבר, דדוקא לגבי משחק בקוביא שהוא ענין של

משחק שהמנצח לוקח את ממונו של המנוצח י"ל שהמפסיד אינו נותן הממון בלב שלם, משא"כ הגרלות מפעל הפיס שאוספים סכום גדול מכל המשתתפים ואינו משחק ביניהם ולא נחשב שאחד ניצח האחרים, י"ל שכל המשתתפים נותנים כלפם בלב שלם, וכן התיר **בתשובות והנהגות** (ד, שיא) שהגרלות הנהוגות בזמנינו אין איסור כיון שידוע מראש שכל אחד סיכויי לזכות קלושים ולא סמך דעתו שיזכה, וכע"ז כתב **הרב אברהם שפירא זצ"ל** (תחומין ה) "שחז"ל אסרו רק כשהפרס שעומד ליפול בגורלו של המשתתף בגורל מונח לפניו, ועל זה גופא מטיל גורל מי יקבל הכסף הזה, שכל אחד מהמשתתפים מניח משלו על שולחן הקוביא, כי אז יש ספק שכל אחד בטוח בלבו שכסף זה שלו המונח לפניו יוחזר לו עם תוספת הרווח, ועל כן בעומק לבו אינו מקנה בלב שלם וזה נשאר שלו" (וראה עוד סימן רז/יג). [ע"פ חלק מהסברות יש מקום לדון להתיר אף **הימורים על משחקי ספורט** ללא חילול שבת ומצאתי במרשתת תשובה של **הרב ליאור** שכתב להתיר הימורים על משחקים של גוים בשבת, וראה עוד במאמר של **הרב ורהפטיג** 'חוזה הגרלה והימור לפי ההלכה' שכתב "מותר גם לשחק במשחק שיש בו יסוד של מקרה ושל חכמה גם יחד כמו משחק בקוביא ומפריחי יונים ובלבד שיש לאדם המשחק אומנות אחרת שעוסק בה או לחילופין (רש"י) שהאדם אינו מתפרנס ממעות המשחק אף שאין לו אומנות אחרת (רמב"ם) עיי"ש].

סעיפים ד – ו

ע"פ **משנה גיטין נט:** וגמ' פסק בשו"ע "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 דאוי' (טור ע"פ הגמ') (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 (רמב"ם) (ו) (ע"פ ב"ק קיד: -) הגוזל נחיל דבורים או שמנעם מבעליו אם באו לרשותו הרי זה גזל מדבריהם (דקנין מדרבנן הם) – ועוד כתב **הטור** "לפיכך מי שיצא נחיל של דבורים שלו מרשותו לרשות חברו יכול בעל הנחיל ליכנס בתוך שדה של חברו... ואשה או קטן נאמנין לומר מכאן יצא נחיל זה והוא שיהו הבעלים מרדפין אחריהם וגם משיחין לפי תומן" – ובקצות (א) הקשה מדוע השמיטו הפוסקים מש"כ הריטב"א דדוקא שאומרים כן לאלתר וכדאיתא בירושלמי וגם באה"ע סימן יז/ג גבי במסיה לפי תומו דקטנים כתב הרמ"א ודוקא לאלתר כגון שאומרים עכשיו באנו מהספד פלוני, ותיירץ דמבואר בשם האור זרוע בהא דבעינן לאלתר הוא מחלוקת ראב"ן וראב"י ושהראב"י מכשיר אפילו לאחר זמן ובשל תורה הלך אחר המחמיר, והכא א"כ כיון דאינו אלא ספיקא אמרינן ביה כל דאליס גבר.

סעיף ז

ע"פ **גיטין סא.** והרמב"ם פסק בשו"ע "כל מי שיש בידו גזל מדבריהם אינו יוצא מידו בדיינים" [וכתב בערך לחם דבבא לצאת ידי שמים חייב, והסתפק בנגזל שתפס האם מפקינן מידה].

סימן שעא – קרקע אינה נגזלת אפילו נתייאשו הבעלים

סעיף א

מה הדין הקונה מגזלן ואח"כ באו הבעלים ודרשו את הגזילה בין לפני יאוש ובין לאחר יאוש? (ראה סימן שנו, ב) מה הדין בקרקע?

ע"פ **משנה ב"ק קיז:** (ועוד, עיין גר"א) וכת"ק פסק בשו"ע כלשון **הרמב"ם** "קרקע אינה נגזלת לעולם (ולא קנה ביאוש ושינוי רשות, סמ"ע) אלא ברשות בעליה עומדת, אפילו נמכרה לאלף, זה אחר זה ונתייאשו 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"ו אם לקחה מעובד כוכבים גזלן מה דינו}." ביאר **הסמ"ע** (א) דגם לית בקרקע משום תקנת השוק להחזיר לו דמיו, דתקנת השוק היא כדי שלא ימנע אדם מלקנות דבר בשוק מיראה שמא הוא גנוב או גזול ואין לעמוד עליו, משא"כ בקרקע דבקל יודע של מי היתה הקרקע [ובשער משפט (קצ, א) כתב

דהטעם שאין תקנת השוק בקרקע גזולה לא שייך תקנת השוק "היינו משום דקרקע קלא אית ליה וברשות בעליה עומדת".

כתב הש"ך (א) עמש"כ קרקע וכו' דה"ה עבדים שהוקשו לקרקעות וה"ה שטרות (ולדברי הקצות סק"א ראה שסג, א), וראה עוד מש"כ בסימן שנו"ב בדין תקנת השוק בעבדים ובהמה ושם הש"ך הביא מחלוקת גבי עבדים.

עוד כתב הש"ך (ב) דמדובר אף דנתייאשו הבעלים מהקרקע, ואע"ג דדעת התוס' והרא"ש דיאוש מהני לקרקע כדאיתא בירושלמי מ"מ נמשכו הטוש"ע אחר דברי הרמב"ם משום דכן דעת "הש"ס שלנו" וכ"ד רש"י, רשב"ם, הג' אשר"י ועוד. **הקצות** (א), הובא בהרחבה לעיל בסימן שס"ג דדן בשיטת הראב"ד דמועיל יאוש בעבדים) כתב שלמרות שאין יאוש דגזילה בקרקעות וכד' משום שאינם נגזלים אבל מועיל בהם יאוש דאבידה כגון איבד שטר והתייאש ממנו, ובספר כפות תמרים כתב דקרקע אינו נקנה ביאוש אפילו שלא בתורת גזילה, וכגון שהלך מעיר ונתייאש מקרקעותיו וירדו בהם אחרים אחר יאוש לא קני דיאוש לא מהני בקרקע, וכתב הקצות דהיינו דוקא בקרקע דהארץ לעולם עומדת, אבל יאוש דעבדים אינו תליא בגזילה אלא יאוש דגזל.

הנתיבות (א) תמה מהיכי תיתי לא יועיל יאוש בקרקע דמה בכך שרחמנא מיעטיה מדין גזילה מ"מ יאוש נלמד מיאוש דאבידה כמבואר בב"ק ס"ו ומהיכי תיתי לא יועיל יאוש בעבדים וקרקעות ושטרות כיון דליכא מיעוט לו לענין יאוש, וכתב דלכן נראה דהטעם בהא דאין יאוש לקרקע ע"פ הרמב"ן במלחמות גבי הא דאמר רבא נטלה על מנת לגזלה דיאוש לא מהני רק בדבר שאינו ברשותו ולכך יאוש שלא מדעת לא מהני דכיון שהגיע לידו קודם יאוש נעשה שומר אבידה והוי כשומר של בעלים וכמונח ברשות בעלים דלא מהני יאוש, ולפ"ז הכא כיון דאין ידוע לשום אחד מהבעלים ממילא אינו יכול להוציא בדינין ומהני היאוש, וכיון דמשכחת יאוש דמהני כשאינו יכול להוציאו בדינין משום הכי מהני בקרקע יאוש לחודיה בלא שינוי רשות, דהא דיאוש לא קני אמרו בב"ק ס"ו משום דבאיסורא אתי לידיה וכבר נתחייב בהשבה, ולפ"ז בקרקע דאינה נגזלת ולא מתחייב בהשבה, דמהאי טעמא נטלוה מסיקין או שטפה נהר פטור כמבואר בב"ק קט"ז מהני יאוש לחודיה כמו באבידה, ומכל שכן בזכה בו אחר דודאי קנה, ולפ"ז עדיף קרקע ממטלטלין, דבמטלטלין בעינן שינוי רשות מדעת הגזלן משא"כ בקרקע כל המחזיק אחר יאוש קנה כיון שא"צ לגזל, וכן בעבדים דאבידה מהני יאוש כדמוכח בגיטין ל"ז בסוגיא דעבד שנשבה וכן בגזילה מהני יאוש גרידא כיון דאינו מחוייב בהשבה, וכן בשטרות דאבידה מהני יאוש למקני גוף השטר.

סעיף ב

ע"פ ב"ק קיז. וגמ' פסק בשו"ע "לפיכך אם אירע בה קלקול הבא מאיליו כגון ששטפה נהר, אין אחריות ההפסד על הגזלן, שבחזקת בעליה עומדת ואומר לו הרי שלך לפניך (ב"מ יז: -) 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 {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, או דר בבית או השכירה ולקח השכר וכה"ג צריך לשלם מה שנהנה ממנה, ש"ך)"}."

סעיפים ג – ד

ע"פ משנה ב"ק קטז: וגמ' (וכלישנא בתרא) פסק בשו"ע "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 (כגון שאנסו כל קרקעותיו וזו בכלל, ה"ה), חייב להעמיד לו שדה אחרת. (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 (דפשע באשר הראה לו גם את זו, כיון דהמלך לא אנסו אלא להראות את שלו, סמ"ע, וכתב הש"ך דדין זה קנס מדרבנן ונפק"מ לענין שאם מת לא קנסו בנו אחריו)".

סימן שעב – גזלן שהפסיד השדה ואכל פירות כיצד גובה אותם הנגזל

סעיפים א – ג

ע"פ ב"מ יד: פסק בשו"ע כלשון הטור "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. (ב) והוא הדין אם גזלוהו מהגזלן מחמתו (כה"ג דסימן הקודם), שחייב להעמיד לו שדה, אם עמד בדין ואחר כך מכר, גובה הנגזל ממה שמכר. (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".

עמש"כ הטוש"ע בסעי' א' ימפני שהיא כמלוה על פה' כתב הסמ"ע (ב-ג) דיש מפרשים דכתבו כן ללמדנו דאע"פ דהוא מלוה הכתובה בתורה שכל גזלן מחויב לשלם כל מה שהפסיד, אפ"ה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין כיון דאין לו קול כמה הפסיד וכמה פירות אכל, אבל זה אינו, דא"כ הו"ל למימר כן גם בגזל מטלטלי, אלא כתבו כן ללמדנו דאע"פ דגזילת קרקע גופא יש לה קול מ"מ הפסד פירותיה אין לו קול וכמלוה על פה דמי, ואם עמד הגזלן וכו' כלומר דמעשה ב"ד יש לו קול.

סימן שעג – דין מכרה הגזלן והשביח הלוקח מה דינו של לוקח עם הגזלן

סעיף א

ע"פ ב"מ טו: וכפירוש הרי"ף והרמב"ם פסק בשו"ע "גזל שדה ומכרה והשביחה הלוקח, אם השבח יותר על ההוצאה נוטל ההוצאה מבעל השדה (דהלכתא יש לו מעות ויש לו שבח) {וי"א (ראב"ד) אפילו לא היתה עדיפא מבשעה שגזלה כגון שהכסיפה הגזלן (ואח"כ מכרה ללוקח זה והשביחה הלוקח עד שחזרה להיות כמו שהיתה בשעת הגזילה, סמ"ע) אפילו הכי נוטל היציאה מהנגזל, ויש חולקין (רש"י, כיון דאם נשאר בידו לא היה צריך להוצאה זו נמצא דהוצאה זו דין הוצאה היתירה על השבח יש לו עליו, סמ"ע) { והקרבן עם שאר השבח נוטל מהגזלן. (הלכתא כרב -) הקרבן גובה מנכסים משועבדים ושאר השבח מנכסים בני חורין. (פלוגתא דרב ושמואל ופסק רבא כרב דשבח אין לו ומעות יש לו -) ואם הכיר בה שהיא גזולה כשלקחה, אינו נוטל מהגזלן אלא הקרבן בלבד (כיון דידע הלוקח בשעה שלקחה דגזולה היתה, לא נתן לו הדמים בשבילה בתורת מקח אלא בהלואה, ואם היה נוטל יותר ממה שנתן לו היה מחזי כריבית, טור וסמ"ע) ומפסיד שאר השבח היתר על ההוצאה, (רי"ף -) היתה ההוצאה יתירה על השבח, בין שהכיר בה שהיתה גזולה בין שלא הכיר, אין לו מההוצאה אלא שיעור השבח ונוטלו מבעל השדה (דכיון דהוציא דמי ההוצאה נוסף על דמי הקרבן לא מחזי ריבית במה שחוזר ולוקח כמה שהוציא וכדמסיק המחבר, טור וסמ"ע) {וי"א (רא"ש) דהואיל וידע שאינו שלו הפסיד אפילו ההוצאה, וי"א (רמ"ה) דאם קבל אחריות בהדיא צריך ליתן כפי מה שקבל עליו (היינו דוקא כשקיבל עליו אחריות דשבח בפירוש וג"כ קנו מיניה על זה או אית ליה קרקע דאז לא מחזי כריבית מה שגובה בקרקע כי אם כשגובה מעות כעין שנתן לו דה"ל כהלואה, אבל אי לא קיבל עליו אחריות דשבח בפירוש אע"ג דקיבל עליו אחריות דזביני מסתמא מאי דקיבל עליו קיבל ומאי דלא קיבל עליו לא קיבל, טור וסמ"ע), ויש חולקין (רא"ש ור"ן, ואפילו קיבל בפירוש עליו השבח דאינו נוטל שבח, לא פליג אם יש לו קרקע, ומהתימה על הגאונים והמחבר שלא כתבו דין זה דאם יש לו קרקע כלל, סמ"ע) { והקרבן נוטל מהגזלן מנכסים משועבדים".

הסמ"ע (ה) סיכם הדעות דבשבח דממילא כ"ע ס"ל דאינו נוטל, אבל בשבח דע"י הוצאה פליגי, דהרי"ף ס"ל דנוטל דמי ההוצאה וידו על התחתונה דכיון דהוציא דמי ההוצאה נוסף על דמי הקרבן לא מחזי ריבית במה שחוזר ולוקח כמה שהוציא וכדמסיק המחבר, והי"א ברמ"א ס"ל דגם זה אינו נוטל, אולם הש"ך (ז) האריך לחלוק עמש"כ הרמ"א ע"פ הרא"ש והטור דהואיל וידוע שאינו שלו הפסיד אפילו ההוצאה, דאף שהטור כתב כן הוא תמוה, דהלא אפילו הגזלן עצמו נוטל ההוצאה כנאמר בסימן הקודם. הנהיבות (א) כתב שדברי הש"ך ברא"ש דחוקים מאד בלשונו ומשמעות לשונו היא כטור,

ומאידך באמת קשה לומר שיפסיד גם ההוצאה, וכתב דאפשר לומר בכונתו דמפסיד ההוצאה, כשהוא באופן כשהנגזל אין צריך ליתן הוצאה, כגון שהכסיפה הגזלן כמבואר בהג"ה, ואז תובע הלוקח מהמוכר, ובכה"ג מיחזי כריבית, כיון שנתן אלף למוכר ונוטל ממנו אלף ר', אבל במקום שנטל ההוצאה מהנגזל והקרין מהמוכר ודאי דלא מיחזי כריבית.

כתב הש"ך (ג) דכתב הכלבו בראובן שקנה משמעון חומש בזקוק והוסיף והוציא בנקודה ובמסורה והשביחו ועמד על ג' זקוקים שנתייקר ואח"כ נמצא גזול ביד המוכר וטרפו הנגזל מיד ראובן הלוקח וחזר ראובן על שמעון לתבוע הכל, דישראל שמעון ג' זקוקים כרב דאמר המוכר שדה שאינו שלו אפילו שבח יש לו כן פסק רבא, והש"ך חלק דהך דפסק רבא בפ"ק דמציעא דוקא בקרקע הוא אבל לא במטלטלים וכדאיתא פרק הגזל ובתוס'.

סעיף ב

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "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 (ב"מ עב: -) ואם ידע שהיתה גזולה אינו גובה מהם כלום". כתב ה"ה (ב"י ובאה"ג) ברישא שמרש"י במשנה דגיטין מ"ח גבי לאכילת פירות לא נראה כן, וכן משמע באוקימתא קמייטא בב"מ י"ד מדלא מוקי לה שגזל שדה ומכרה ואכל הלוקח פירות וכו', אך מ"מ דברי הרמב"ם עיקר כדמוכח בפ"ק דב"ק דאמר התם ואי אמרת עבדי כמקרקעי דמי וכו' וכ"פ בתוס' בדף צ"ז דאע"ג דנחית לה בתורת גזלנותא וכתוב השב לה את כל תבואת השדה מיום עזבה ומבואר בפרק חזקת (ל"ג ע"ב) הדרא ארעא והדרי פירי כשמחזיקין אותו שאכלה בגזל וכן ההיא דהדר בחצר של חברו שלא מדעתו בסימן שסג/ו.

סעיף ג

ע"פ הרמ"ה פסק בשו"ע "אם טען המוכר שהלוקח ידע שהיתה גזולה, והלוקח טען שלא ידע, על המוכר להביא ראיה (דחזקה הוא דלא שדי אינש זוזי בכדי, ובודאי לא ידע שהיא גזולה בשעה שקנאה, סמ"ע)" - ופירות שאכל הלוקח בעוד שהיתה בידו צריך לשלם אותם לנגזל ודינו בהן עם הגזלן כדינו של שבח שאם לא ידע שהיתה גזולה גובה אותה מן הגזלן מבני חרי ואם ידע שגזולה אינו גובה כלום, טור.

סימן שעד – מכרה הגזלן וחזר וקנאה מהנגזל או נתנה לו במתנה

סעיפים א – ב

ראובן גזל שדה של שמעון ומכרו או נתנו ללוי ואחר כך קנאו משמעון, באיזה אופן יתקיים ביד לוי ובאיזה אופן יחזור השדה לבעליו?

בב"מ טו: בעא מיניה שמואל מרב חזר ולקחה מבעלים הראשונים וע"פ מסקנת הגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הגזל שדה (וכן במטלטלין, רע"א) ומכרה או נתנה לאחר, שאין מעשיו כלום כמו שנתבאר, אם אחר כך קנאה הגזלן מהנגזל, נתקיימה ביד הלוקח מהגזלן או (כרב אשי) ביד המקבל המתנה ממנו, שמפני זה טרח הגזלן לקנותה, כדי לעמוד בנאמנותו, לפיכך אם לא קנאה עד שתבע הלוקח את הגזלן, כגון שמכר לו שדה שאינה שלו ונתחייב לשלם (כרב פפא -) והתחיל בית דין להכריז על נכסי הגזלן כדי להגבות מהם ללוקח, ואחר כך קנאה הגזלן מהנגזל, לא נתקיימה ביד הלוקח ויכול הגזלן עצמו או יורשיו לתת לו מעותיו ולהוציאה מידו. (ב) לקחה הגזלן מהנגזל אחר שמכרה כשהיא גזולה, וחזר ומכרה לאחר או נתנה במתנה או הורשה, הרי זה גילה דעתו שאינו רוצה להעמידה ביד זה שלקחה ממנו כשהיתה גזולה (דאי קנאו כדי למיקם בהימנותיה ולהעמיד ביד לוקח ראשון לא היה מוכרה אח"כ לאחר) וכן אם נפלה לגזלן בירושה לא נתקיימה ביד הלוקח {ויש חולקין (רש"י) וס"ל דאם מכרה או נתנה לאחר שקנאה, הלוקח ראשון קנה (דמיד שקנאה מהנגזל זכה בה הראשון ושוב לא מצי לבטל זכותיה במה שחזר ומכרה לאחר, משא"כ אם חזר הגזלן ומכרה לאחר קודם שקנאה מהנגזל, דכ"ע מודים דמהני גילוי דעת במה שמכרה לשני דלא זכה בה הראשון בשעה שקנאה אח"כ מהנגזל,

וכדמסיק הרמ"א והוא מהגמ', סמ"ע, אבל אם מכרה או נתנה קודם שקנאה לא קנה לוקח ראשון, וכל זה לא מיירי אלא בשלא הכיר בה שהיא גזולה וקנאה, אבל אם הכיר בה וקנאה לא קנה לוקח (תוס' נ"י ועוד, ורע"א תמה שלא הביאו דברי הר"ש דס"ל דאף בהכיר בה מיירי, פת"ש) {}.

סעיף ג

ע"פ ב"מ טז. פסק בשו"ע "גבאה הגזולן בחובו", אם יש לנגזל קרקע אחרת ואמר ליה הגזולן זו אני גובה בחובי, הרי זה מתכוין להעמידה ביד הלוקח, ואם אין לנגזל קרקע אלא זו, לגבות חובו הוא שנתכוון". כתב הסמ"ע (ה) דהטור כתב 'ולא רצה לגבות חובו אלא מזאת', ולאו דוקא קאמר הטור אלא אפילו גבאו משדה זו סתמא ג"כ אמרינן דעתו היתה להעמיד ביד הלוקח, ומשו"ה דקדק המחבר והשמיט הני תיבות 'דלא רצה אלא זאת', דהרי בסיפא דוקא באין לנגזל קרקע אחרת אלא זו אמרינן דלא מהני, ודלא כלבוש שהניח לשון השו"ע ותפס גם לשון הטור.

סעיף ד

ע"פ מחלוקת רב אחא ורבינא דהלכה ביניהם כדברי המיקל (כדלקמן) בב"מ טז. פסק השו"ע כרמב"ם ורמ"ה "נתנוה הבעלים לגזולן מתנה קנאה הלוקח, שאילו לא טרח לבעלים לא היו נותנים לו במתנה, ומפני זה טרח כדי שיזכה בה בדין ויעמוד בנאמנותו ותתקיים ביד הלוקח (דהויא כמכר, ומסתבר טעמיה, דלוקח מוחזק ודאי ומוכר ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, ב"י, ובבאה"ג הוסיף טעם דק"ל דכל היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל וה"נ קולא היא לנתבע דהיינו הלוקח מהגזולן שהקרקע עתה בידו, וכע"ז בגר"א דבדיני ממונות קולא היא דאזלינן בתר מוחזק) {ויש חולקין (ר"ח ורא"ש) וס"ל דעל הלוקח להביא ראיה שכיון להעמידה בידו ואין מוציא מיד הגזולן, וכן נראה לי עיקר"}.

< סע' ה: כתב השו"ע "דין גזולן שמביא עדים שלקח שדה מהנגזל, נתבאר בסימן קנ"א".

< סע' ו: כתב השו"ע "עובד כוכבים שאנס שדה מישראל ומכרה לישראל אחר נתבאר בסימן רל"ו".

סימן שעה – היורד לשדה חבירו או לתוך חורבתו ונטעו או בנאו

סעיפים א. ג

אדם עבד בשדה חבירו, באילו מקרים חייב לשלם לו בעל השדה ביורד ברשות ושלא ברשות? וכמה? פרט הדין במקרה שבעל השדה המשיך בעבודה?

אדם שהיה לו מגרש חניה ומשני צדדיו היו מגרשים נטושים. לימים הכשיר אותם למגרש חניה והגדיל את מגרש החניה שלו ללא רשות מבעלי המגרשים. לאחר כמה חודשים, אחד ביקש ממנו לפנות את המגרש שלו כיוון שהגיע להסכמה עם העירייה לבנות שם בנין. השני מבקש להפריד בין המגרשים ולהפעיל מגרש חניה נפרד, בשני המקרים הנ"ל האם חייבים בעלי המגרשים הנטושים לשלם לבונה את הוצאותיו?

ב"מ קא. (רש"י) "איתמר היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות אמר רב שמין לו וידו על התחתונה (אם השבח יתר על הוצאה יש לו הוצאה, ואם הוצאה יתירה על השבח אין לו אלא שבח) ושמואל אמר אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה אמר רב פפא ולא פליגי כאן בשדה העשויה ליטע כאן בשדה שאינה עשויה ליטע והא דרב לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר דההוא דאתא לקמיה דרב אמר ליה זיל שום ליה לא בעינא אמר ליה זיל שום ליה על התחתונה אמר ליה לא בעינא לסוף חזייה דגדרה וקא מנטר לה אמר ליה גלית אדעתך דניחא לך זיל שום ליה וידו על העליונה. איתמר היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשותו ואמר לו עצי ואבניי אני נוטל רב נחמן אמר

שומעין לו רב ששת אמר אין שומעין לו... מאי הוי עלה אמר רבי יעקב אמר רבי יוחנן בבית שומעין לו בשדה אין שומעין לו בשדה מאי טעמא משום ישוב א"י איכא דאמרי משום כחשא דארעא מאי בינייהו איכא בינייהו חוצה לארץ (למ"ד משום כחשא דארעא ממונא אפסדיה ואפילו בחו"ל נמי אין שומעין לו).

וז"ל השו"ע "היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה ונוטל מבעל השדה (והיינו כשאר שתלי העיר, רש"י ורא"ש, ובב"י וסמ"ע הביאו גם דעת תלמידי הרשב"א שפירשו שנוטל השבח היתר על ההוצאה כשאר שתלי העיר והיינו ידו על העליונה, והנתיבות כתב דאפילו ההוצאה הרבה נוטל ההוצאה רק שיכול לומר עקור אילנך), ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה {סתם כרם עשוי ליטע (ריב"ש)}. העושה טובה לחבירו שלא ברשות עיין לעיל סימן רס"ד, וכן הלומד עם חבירו בלא דעת האב ע"ל סימן שלי"ה סעיף א'".

בסעי' ג' פסק השו"ע ע"פ עובדא דרב שם וכלשון הרמב"ם "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 {מיהו אם א"ל תחלה עקור אילנך ולך יכול בעל האילן לעשות אף על פי שחוזר בעל השדה אחר כך (נ"י)}".

ביאר הסמ"ע (ז) בסעי' ג' דלדעת רש"י והרא"ש בכל מקום שידו על העליונה אם השבח יתר על ההוצאה נוטל בשבח כשאר שתלי העיר ואם ההוצאה יתירה על השבח נוטל כל ההוצאה אע"פ דלא נהנה כלום, מ"מ הואיל וגילה דעתו דניחא ליה אמרינן אילו לא נטעה היה הוא בעצמו נטעה והוציא עליה הוצאה כזו, ובעיקר הדין ס"ל לרא"ש דוקא בשדה העשויה ליטע הדין כן, והרמ"ה ורוב המפרשים (ברא"ש) ס"ל דאפילו באין עשויה ליטע הואיל וגילה דעתו דניחא ליה בנטיעה ידו על העליונה, ובב"י כתב דהיינו דוקא כשאמר תחילה איני חפץ בנטיעות ואח"כ גילה דעתו דניחא ליה בהן הוא דידו על העליונה אפילו בשדה שאינו עשויה ליטע, והמחבר סתם הדברים כאן – כלומר כרוב המפרשים – ש"ך (ג) – ופסק הש"ך כרא"ש דדוקא בעשויה ליטע.

סעיף ב

מה הדין [בהמשך לשאלה הנ"ל] אם הבונה מסרב לבקשת בעל מגרש השני ומבקש להחזיר את המגרש לקדמותו? מה הדין אם בעל מגרש החניה נטע בשני המגרשים הנ"ל עצי ערבות ואח"כ התחרט, האם יכול לעקור אותם? ואם לא עקר אותם, האם צריכים בעלי המגרשים לשלם לו הוצאות וכמה? (לעיל בדין אינה עשויה ליטע)

ע"פ הרא"ש (וכ"ד הרמ"ה ופשט דברי הרמב"ם) פסק בשו"ע "אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך שומעין לו (דס"ל דאפילו עשויה ליטע שומעין לו כשאומר כן וכתב הב"י שכן דעת הרמב"ם ודלא כרב המגיד דהרמב"ם מיירי דוקא באין עשוי ליטע, סמ"ע ד'), (כל"ב בגמ' -) אבל אם אמר הנוטע הריני עוקר אילני, אין שומעין לו מפני שמכחיש הארץ (סמ"ע: רש"י פירש שכבר הכחישו הנטיעות הארץ ביניקתן וכיון שהפסידו ממון לבעל הקרקע משו"ה אפילו בחו"ל אין שומעין לו, ונראה שכן דעת הרמב"ם והמחבר אע"פ שכתבו לשון שמכחיש הארץ, ודלא כלבוש שכתב מפני שמכחיש הקרקע בעקירת האילנות)".

כתב הנתיבות (ב) ברישא דבאמר לו בעל השדה וכו' דדוקא בכה"ג שיכול ליקח האילנות כמה שנתן ולכך יכול לומר לו איני רוצה בהנאה זו ואיני רוצה ליהנות מזה, אבל כשאינו יכול ליקח הדבר ההוא כגון שצבע לו בגד ואי אפשר להעביר הצבע מחויב לשלם לו.

סעיפים ד – ה

מה הדין כשבעל השדה אריס בעצמו או שהיורד הוא בעל בנכסי אשתו, או שותף בנכסי השותפות?

ע"פ מימרא דרב נחמן בב"ב מב: דשותף כיורד ברשות דמי שנוטע בשדה שאינה העשויה ליטע כשדה העשויה ליטע פסק השו"ע וכלשון הרמב"ם "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 ע"פ כתובות פ. גבי בעל שהוריד אריסין בנכסי אשתו וגירשה דאסיקנא דאי בעל אריס הוא אסתלק ליה בעל אסתלקו להו אריסין, וכתבו הרא"ה יורד לשדה חבירו שלא ברשות דאי בעל קרקע אריס הוא אינו נותן לו שכר טרחו אפילו בשדה העשויה ליטע). (ה) (ע"פ כתובות שם -) בעל בנכסי מלוג אשתו קטנה (דבקטנה עשו תקנה אבל בגדולה אין לו אלא הוצאה שיעור שבח, סמ"ע וגר"א), (ב"ב שם -) והשותף בשדה שיש לו חלק בה - כיורד ברשות הן ושמין להם וידם על העליונה {וע"ל ס"ס קע"ח וס"ס ת"ד}."

הקשה הסמ"ע (ח יא) דהא כתב הרמ"א בסוף סימן קע"ח בשותף דהו"ל כיורד ברשות ואפ"ה אם ההוצאה יתירה על השבח אינו נוטל אלא הוצאה שיעור שבח, ותיירץ ע"פ הרא"ה דשותף אף דהו"ל כיורד ברשות לענין אם השבח הוא יתר על הוצאה דנוטל בשבח כאריס או כשתל מ"מ אם ההוצאה יתירה על השבח בזה אינו דומה ליורד ברשות דנוטל כל ההוצאה והשותף אינו נוטל ההוצאה אלא שיעור שבח, ומשו"ה קאמר כיורד ברשות, ולא יורד ברשות לגמרי, וכן הדין ג"כ במוציא הוצאות על נכסי אשתו, אבל הטושי"ע שאיירי בתחילת סעי' ד' איירי ביורד ברשות דינו שנוטל כל ההוצאה.

סעיף ו

ע"פ מסקנת הגמ' בב"מ קא. פסק בשו"ע "היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה (דהוה ליה כשדה שאינה ראויה ליטע), (שם ע"ב -) ואם אמר בעל הבנין עצי ואבני אני נוטל שומעין לו (דבבנין על גבי קרקע לא שייך כחשא דארעא כמו דשייך באילנות, סמ"ע ע"פ הגמ'). (כתב הרי"ף דשדרו ממתיתבא דכי היכי דאמר בעל הבנין עצי ואבני אני נוטל שומעין לו הכי נמי אם א"ל בעל הקרקע טול עציך ואבניך שומעין לו -) אמר ליה בעל הקרקע טול מה שבנית שומעין לו (דלא כראב"ד שאין שומעין לו דכל חורבה עומדת ליבנות וזה מוזיק הוא ואין שומעין לו וזה ישב בתוכה עד שישלם לו יציאותיו, והרא"ש כתב דמסתבר טעמיה דראב"ד היכא שלא היה משתמש בחורבתו ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלי קיפוח פרנסתו דאז ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין ואין שומעין לו הא לאו הכי שומעין לו, וכתב ה"ב דאפשר שאף למאי דשדרו ממתיתבא איתנהו לדין דהרא"ש) { (ע"פ הרמב"ם והרשב"א -) ודווקא אם החורבה אינה עשויה לבנות אבל אם עשויה לבנות או במקום שסתם חורבה עומדת לבנות דינו כמו חצירות שיתבאר בסמוך (סעי' ז') }."

הסמ"ע (יג) הביא בקיצור דברי הרא"ש, וכתב הנתניבות (ג) דגם בעינן שיש לו משלו וראוי לבנות דאי לאו הכי אין כופין אותו לשלם ואפילו לישב בו עד שישלם יציאותיו אין כופין אותו, דיכול לומר אין רצוני שתשב בקרקע שלי, ואם מניחו והוא אינו סותרו ומשכירו או שדר בו, כבר נתבאר בסעי' ג' דהוי כגילוי דעת דניחא ליה וחייב לשלם, ואולם אם היה משתמש בעל הקרקע דינו כמו בשדה דיכול לומר בזריעה אני חפץ ה"נ י"ל בשימוש זה אני רוצה. עוד כתב דאם הוא בהנך גוונים דאין שומעין לו היה נראה לכאורה דיורדין לנכסיו ומשלמין לו, ואף דבבית ועליה בב"מ קי"ז קאמר הלשון דישב בו עד שיתן לו יציאותיו, דמשמע דליכא כפיה אחרת רק לישב בו עד שיתן לו יציאותיו, שאני התם דאמר לו לבנות והוא לא רצה, משא"כ כאן דאמדינן לדעתו דודאי ניחא ליה רק תואנה הוא מבקש (דאי לא תימא הכי קשה דהא ודאי דצריך לשלם דמי שיווי השכירות שהיה דר בו, דהוי זה נהנה וזה חסר כיון שהיה כבר חורבא ואיכא שחורריתא דאשיתא, ואמאי לא השמיעונו הפוסקים דין מחודש כזה שישב עד שיעלה השכירות כפי מעותיו, וגם אינו מן הסברא שהרי הוציא מעותיו כאחת ויקבל פרוטרוט) אמנם הרא"ש כתב בשם הראב"ד בדין זה לשון דישב בו עד שיתן לו יציאותיו.

סעיף ז

ע"פ הרמב"ם בשם הגאונים פסק בשו"ע "החצרות הרי הם ראויים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות לפיכך הבונה בחצר חבירו הרי זה כנוטע שדה העשויה ליטע ושמן לו כמה אדם רוצה ליתן בנין זה לבנותו, והוא שיבנה בנין המועיל הראוי לאותה חצר כמנהג אותו מקום {ולא יוכל הבונה לומר בניני אני נוטל (סמ"ע): הטעם דאף דאין כאן טעם כחשא דארעא מ"מ כיון דאין הבע"ה יכול לומר טול עציך ואבניך כיון דעשויה לבנות, כן הוא אינו יכול לומר שיטלם, כיון שבנאו במקום הראוי לבנות ודאי אדעתא דהכי בנאו שיקום כאן} (כ"כ תלמידי הרשב"א דחורבה אינה עשויה להבנות אבל בעשויה הרי זיכה לו מיד ואינו יכול לחזור שחצירו קנתה לו, ודלא כנ"י, גר"א). השכירה הבונה לאחרים וקבל שכר, מנכין לו מהוצאותיו, אף על גב דלא עביד למיגר (רשב"א, מדברי יוסי דאמר כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו שם בב"מ ל"ה), ואם דר בה הבונה, אם חסר לבעל הקרקע דבר מועט, צריך ליתן לו כל מה שנהנה, כמו שנתבאר לעיל סימן שס"ג (רי"ו), וכתב שם דאם השחיר את כותלי בית חדש דמגלגלין עליו את הכל, סמ"ע, וכתב רע"א דלא כל השכירות צריך לשלם לו כיון דהשכירות היא שכר הבנין והקרקע היאך הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, אלא דלא יפרע מה דהיה בעל הקרקע נהנה תחלה לבד שהוא דבר מועט אבל יפרע לו מה שהקרקע שוה מפני הבנין שעליו שחלק השכירות המגיע על הקרקע אחר הבנין היא יותר ממה שהקרקע לבדו היה שוה)"}.

אדם שירד לבית חבירו ושיפצו וסיידו שלא מדעתו, האם חייב לשלם לו? מה הדין אם טוען בעל הבית שלא היה מסייד כלל או שטוען עשית בחינם, האם שומעים לו?

כתב הרמ"א ע"פ תשובת הרא"ש (הובא בשל"ג) "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 (אפילו היה מסוייד ומכווייד ומבפנים לסיד היה הכותל מעופש ורעוע והוצרך שמעון להרוס הסיד כדי לתקן הקיר ותקנה כמו שהיה קודם לכן, אפ"ה א"צ להחזיר לו כיון שיכול להיות קיים זולת הסיד והכיווד וכיוצא בו, טור וסמ"ע), כי יוכל לומר איני צריך לזה, וכשיתן ראובן מה שחייב ליתן לשמעון, יצא מן הבית".

גבי צביעת הסיד בשאלה יש להביא את דברי ה^הנתיבות בסע' ב' (לעיל) גבי הא דפסק המחבר באמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך דשומעין לו, דכתב ה^הנתיבות דדוקא בכה"ג שיכול ליקח האילנות כמה שנתן ולכך יכול לומר לו איני רוצה בהנאה זו ואיני רוצה ליהנות מזה, אבל כשאינו יכול ליקח הדבר ההוא כגון שצבע לו בגד ואי אפשר להעביר הצבע מחויב לשלם לו, אולם בפסקי המשפט (הע' 3) כתב שהחז"א (ב"ק כב,ו) ועוד אח' חולקים וגם בשבח שא"א להסירו כסיד וכיור יכול לומר טול עציך ואבניך (אע"פ שאינו יכול ליטלם כנ"ל), וכן משמע מהרמ"א הכא שאין בעל הבית חייב לפרוע הסיד אע"פ שאינו יכול ליטלו.

סעיף ח

משנה כתובות עט: "המוציא הוצאות על נכסי אשתו, הוציא ולא אכל ישבע כמה הוציא ויטול" ובגמ' שם אמרינן אע"פ שבעל הוא כיורד ברשות. ע"פ הנ"ל כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "כל מי ששמן לו בין שהיתה ידו על העליונה בין שהיתה ידו על התחתונה אינו נוטל כלום עד שישבע בנקיטת חפץ כמה הוציא, (רמב"ם -) ואם אמר יבואו הדיינים (סמ"ע: בטור איתא 'הבנאים') ויעשו שומת ההוצאה והרי היא גלויה לעיניהם וישערו העצים והאבנים והסיד ושכר האומנים בפחות שבשעורים שומעין לו ונוטל בלא שבועה (גר"א: דמבואר בגמ' דהתקנה משום אתי לאיערומי), וכן זה שנוטל השבח בלבד והיתה ידו על העליונה, אינו צריך שבועה".

כתב הסמ"ע (יט) בסיפא בנוטל השבח בלבד דמייירי שהוא ניכר לעינים דעכ"פ יציאה היתה יתירה על השבח אלא שאין ידוע כמה ואמר ישומו לי וקמ"ל בכל זה דלא מצי למימר ליה השבע וטול כדיןך או לא תטול כלום [וכתב ה^הנתיבות (ד) דתמוה דא"כ אמאי נקט המחבר והיתה ידו על העליונה, הא בכה"ג אפילו היתה ידו על התחתונה א"צ שבועה דהא הוצאה שיעור שבח נוטל לעולם אפילו בידו על התחתונה, ועוד דלדבריו דמייירי דניכר לעינים שההוצאה היתה יתירה על השבח וא"כ אמאי צ"ל שיטול השבח לבד שהוא פחות שבשעורים של ההוצאה, הא אפילו ההוצאה גופה יכול ליטול כהפחות

שבשיעורים, אלא הפירוש כך הוא דהנה שתל ואריס נוטל מקודם ההוצאה, ובשבח היתר על ההוצאה נוטל מחצה, ולזה אם אמר היורד לא אטול ההוצאה כלל וישומו רק השבח כאילו לא היה הוצאה כלל ואטול מחצה א"צ לישבע, ולכך הוכרח לומר שהיתה ידו על העליונה, דבידו על התחתונה אין לו רק הוצאה שיעור שבח וע"כ צריך לישבע על ההוצאה].

סעיף ט

פסק בשו"ע ע"פ הרמב"ם "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 (ה"ה): שכל המחוייב לתת בכיוצא בזה ויודע כמה הוא חייב נאמן לומר נתתי וכשאני יודע אינו נאמן וכדאמרינן בב"ב ה' בכותל חצר שנפל מחייבין אותו לבנותו עד ארבע אמות בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן מארבע אמות ולמעלה אין מחייבין אותו, סמך לו כותל אחר אע"פ שלא נתן עליו את התקרה מגלגלין עליו את הכל בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן ואמרינן טעמא מי יימר דמחייבי ליה רבנן), אבל אם שמו לו ואמרו לבעל השדה תן לו ואמר נתתי, אע"פ שעדיין לא נשבע היורד הרי בעל השדה נאמן, וישבע היסת שנתן ויפטר, שהקרקע בחזקת בעליה".

כתב הקצות (א) דמשמע מהמחבר דהטעם משום דעדיין לא שמו ואינו יודע כמה ומש"ה לא פרע, אמנם במקור הדין בב"ב משמע טעמא דמי יימר דמחייבי לי רבנן ומשמע דעיקר החיוב לא ידוע ליה וכל שיוורד שלא מדעתו אין משפטו נודע, ובנתיבות (ה) כתב דנראה דכיון דקאמר כל ששמין לו ומשמע דאפילו היורד ברשות הדין כך, וביוורד ברשות ודאי דמשפטו נודע דחייב לשלם לו, וע"כ צ"ל דכל כמה דלא שמו לו ג"כ אין משפטו נודע כיון שאין משפטו נודע כמה היה חייב לו, אך כתב דאמנם בפועלים שבנו אפילו שלא ברשות וכגון שידוע שהיה מחזר אחר פועלים ושכירות פועלים יש להם שער כמה נוטלים ליום נאמן לומר נתתי, וכן שער העצים והלבינים ידועים הן ויכול ליתנו על פי חשבון, והכא מיירי בשדה שאין הזריעה והשבח ידוע לעולם בלא שומת בקיאים ולכך אינו נאמן.

סימן שעו – דין המסיג גבול רעהו

סעיף א

אדם שגזל קרקע האם עבר באיסור לאו דגזל מן התורה?

כתב הרמב"ם ע"פ הספרי וכ"פ בשו"ע "המסיג גבול רעהו והכניס מתחום חבירו בתוך תחומו אפילו מלא אצבע, אם בחזקה עשה, הרי זה גזלן, ואם הסיג בסתר הרי זה גנב, ואם בארץ ישראל הסיג הגבול, הרי זה עובר בשני לאוין: בלאו גניבה או בלאו גזילה ובלאו דלא תסיג (דסיפא דקרא בנחלתך אשר תנחל בארץ הרי דלא הזהיר הכתוב אלא אמשיג גבול קרקע דארץ ישראל, סמ"ע) {אם מותר לאדם ליקח מערופיא של חבירו, עיין לעיל סימן קנ"ו}."

כתב הסמ"ע (ב) דהטור לא הזכיר לאו דלא תגזול ולא תגנוב משום דקרקע אינה נגזלת אלא עבירה היא בידו וז"ל "אם בחזקה הרי זה גזלן", וביאר ערוה"ש (א) דהרמב"ם ס"ל דאין זה שייך לכך שקרקע אינה נגזלת דזהו רק לענין שאינה נעקרת ממקומה כמטלטלין ואינו מתייאש אבל בלאו דגזילה עובר, ועוד כתב דמ"מ דקם ליה בארור מסיג גבול רעהו וגם בחו"ל.

[כתב בקובץ יסודות וחקירות (קרקע אינה נגזלת) דמבואר בתשובת הרא"ש כטור שאינו עובר משום שברשות הבעלים היא עומדת, ובביאור איסור הגזילה ייסדו הקהילות יעקב (ב"ק לו) וקובץ הערות (עד, ב) שבכל גזילה יש שני איסורים, איסור על מעשה הגזילה דהיינו הנטילה מרשות חבירו לרשותו, ואפילו אם לא קנאה, ואיסור על קניית הגזילה גם אם לא נטלה, ובגזילת קרקע, אע"פ שהאיסור השני לא שייך, שהרי אין בה קנייני גזילה, האיסור הראשון עדיין שייך].

כתבו הב"י ובאה"ג בשם תשובת הרשב"א דאם בנה על אמה שגזל לשכינו כותל ובנה על אותו כותל בית גדול שסמך עליו שיכול להרוס כל בנינו, דלא עשו תקנת השבים רק במטלטלים, אבל בקרקע לא אמרו שימכור זה את שלו וישחית את נחלתו (וראה שם, א).

סימן שעז - מי שדרך הרבים עובר בתוך שדהו

סעיף א

ב"ב משנה צט: "מי שהיתה דרך הרבים עוברת לתוך שדהו נטלה ונתן להם מן הצד מה שנתן נתן ושלם לא הגיעו..." **ובגמ'** "אמאי שלו לא הגיעו לינקוט פזרא וליתבי שמעת מינה לא עביד איניש דינא לנפשיה אפילו במקום פסידא אמר רב זביד משמיה דרבא גזירה שמא יתן להן דרך עקלתון רב משרשיא משמיה דרבא אמר בנותן להם דרך עקלתון. רב אשי אמר כל מן הצד דרך עקלתון היא קרובה לזה ורחוקה לזה, ולימא להו שקלו דידכו והבו לי ידי, הא מני רבי אליעזר היא דתניא ר' יהודה אומר משום רבי אליעזר רבים שבררו דרך לעצמם מה שבררו בררו לרבי אליעזר רבים גזלנים נינהו אמר רב גידל אמר רב כגון שאבדה להן דרך באותה שדה אי הכי אמאי אמר רבה בר רב הונא אמר רב אין הלכה כר"א מאן דמתני הא לא מתני הא וטעמא מאי משום דרב יהודה דאמר רב יהודה מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו" – **ופירש רשב"ם** (ב"י ובאה"ג) שהשווהו ותקנוהו להילוך והבעלים ידעו ושתקו אסור לקלקלו דודאי לרבים מחל וכ"ש מתני שנתן להם ההוא דרך בידים הלכך מה שנתן נתן וכגון שהחזיקו.

פסק בשו"ע כלשון **הרמב"ם** "מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו, נטלה ונתן להם מן הצד, מה שנתן נתן וזכו בו, וזה שנטל לא זכה בו {מצר שהחזיקו בו רבים ברשות אסור לקלקלו (שם בגמ')}".

כתב **הסמ"ע** (א) דנראה דדרך הרבים העוברת היינו דוקא בדרך שכל מי שרוצה ילך שם אפילו ממקומות דעלמא הוי דינא דזכו בשניהן, דדרך הראשון אין כח בידו לבטל זכות הרבים דעלמא, והדרך שנתן להן מדעתו מן הצד זכו בו אלו בנתינתו זו שנתן להן מדעתו, משא"כ אם היה הדרך מיוחד דוקא לבני מבוי או עיר אחת ולא לזולתם, דאז אותו בני העיר ואפילו ז' טובי עיר לחוד יכולין להחליף הדרך בדרך אחר ומי ימחה בידם ותנאם ועסקם קיים וכ"ש דלא זכו בזה ובה.

עוד ביאר **הסמ"ע** (ב) בכוונת הרמ"א דקמ"ל בזה דדוקא כשהחזיקו ברשות אסור לקלקלו, משא"כ כשהחזיקו בו שלא ברשות, מיהו כל שרבים מוחזקים בו עתה לפנינו טוענין להן ואמרינן דבודאי ברשות החזיקו בו.

כתב **באה"ג** דהרמב"ם סיים דרוחב דרך הרבים אין פחות מ"ז אמות ותמה על המחבר שהשמיט זה, וכתב **הפת"ש** (א) דמשמע שהבין דהך סיפא שברמב"ם הוא פירושא דרישא, ומינה דה"ה בהך דמיצר שהחזיקו בו רבים שכתב הרמ"א ג"כ פירושו ב"ז אמה, אולם **בתשובת פני יהושע** כתב דאין לומר דמיצר שהחזיקו בו רבים היינו רוחב ט"ז אמה דבב"ב י"ב קאי זה אמבואות המפולשות לעיר אחרת וביקשו לסותמן בני אותה העיר מעכבין עליהם משום דרב יהודה וסתם מבוי אינו רחב ט"ז אמה כנודע, ועוד דאם איתא לחילוק זה לא אשתמיט חד מן הפוסקים לכתוב זה, והרמב"ם אדרך הרבים דעלמא קאי לענין מוכר דרך הרבים דצריך להיות ט"ז אמה. עוד דן שם במה שכתבו התוס' בב"ב דמדובר כשהחזיקו ברשות דאין כוונתם שנתן להם מדעתו בלא טעות אלא אפילו בטעות כנידון דמתניתין נטלה ונתן מן הצד. עוד דן בדברי הרשב"ם (דלעיל) דצריך חזקה ממש דוקא ובהילוך סתמא לא קנו, אמנם זה אינו, כיון דכל הפוסקים סתמו ולא כתבו דבעין חזקה ממש אלא סתמו דדרך הרבים אסור לאבד משום מצר שהחזיקו, וכל דבר נקנה כדרך תשמישו כמו שביל של כרמים, ועוד דגם בדברי הרשב"ם יש לדחות דאין כונתו בחזקה דוקא אלא לשון מצר שהחזיקו דחקו וקמ"ל רבותא אע"ג דלא הלכו עדיין עליה רק עשו מעשה במצר אסור לקלקלו, וכיון דאין ראיה מדבריו אין להוציא מיד הקהל.

[כתב **בפסקי המשפט** (הע' 5) דמשמע מתשובת הפני יהושע שאין צריך במיצר שהחזיקו בו רבים רשות מפורשת מהבעלים ודי בכך ששתקו, אולם באבני נזר למד בסמ"ע שצריך דוקא רשות מפורשת, ונראה **במנח"י** (ז, קלח) שהכריע דמספיק שתיקה].

עוד כתב **הפת"ש** (ב) בשם **הבית אפרים** דכשיש רגלים לדבר ואומדנא דמוכח שאין בדעתו להפקיר גבולו לעולם כגון שלא עשה בנין כלל, או שהניח קצת פנוי בקרן זוית אחת ודעתיה עליה לבנותו כשיצטרך, שפיר דמי לבנות שם אח"כ, עיי"ש שהאריך.

כתב **בחכמת שלמה** גבי מיצר שהחזיקו בו רבים דהדבר "פשוט ליי" דבזמן הזה הוי דינא דמלכותא דינא בזה ובכל ענין לא שייך זה עתה, וביאר **בפסקי המשפט** (א) דר"ל דכיון שמצד חוקי הממשלה יכול כל

בעל קרקע להפסיק השימוש בשטחו לאלתר, לכן מסלקם הבעלים משם ע"פ דין המלכות, והוסיף בשם **מהרש"ם** דעוד בזמנינו יש רישום בטאבו והבעלים סומך על ראיות הבעלות שיש לו ולכן שתיקתו אינה מלמדת על מחילה.

הלכות נזיקין

סימן שעח – אסור להזיק ממון חברו ולא לגרום שום היזק

סימן שעט – דין זה בא בחביתו וזה בא בקורתו ונשבר החבית

סעיף א

ע"פ **משנה ב"ק לא**: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "שנים שהיו מהלכים ברשות הרבים, זה בא בחביתו וזה בא בקורתו, ופגעו זה בזה ונשברה חבית בקורה פטור, שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך". עוד שם בגמ' **לב**. אהא דמחייב מזיק את אשתו בתשמיש המטה מקשי אלא הא קתני שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך ומשני "התם תרווייהו כהדדי נינהו הכא איהו קא עביד מעשה", ופירש **רש"י** תרווייהו כהדדי נינהו שניהם שוים בשבירתה שאף בעל החבית סייע בשבירתה, והקשו **התוס'** דאם כן למה לי שלזה רשות להלך אפילו אין רשות לא לזה ולא לזה פטור בעל הקורה מטעם זה ותירצו דבא למעוטי אם היה בעל הקורה רץ ובעל חבית מהלך אע"פ שבעל חבית עצמו הטיח החבית א"נ י"ל דבא למעט במקום שאין לו רשות להלך כגון בחצר בעל החבית דכיון שאין לו רשות לבעל הקורה להלך אין לבעל החבית ליהרר ממנו מיהו כשעמד בעל חבית חייב בעל הקורה אפילו שניהם ברשות כיון שעשה כל ההיזק דדוקא משום דתרווייהו כי הדדי נינהו פטרינן ליה ולא דמי לעמד בעל החבית דמתניתין דכיון שהוא ידע שבא אחריו בעל קורה ונושא כשלדא פשע בעמידה, וכ"כ **הסמ"ע** (א) בקצרה ע"פ הטור דמדובר דוקא שסייע בעל החבית בשבירתה שדרך הליכתו הטיח חביתו בקורה אבל אם עמד בעל החבית ובעל הקורה בא בקורתו ושברה חייב.

סעיף ב

ע"פ **משנה ב"ק לא**: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "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 אע"פ שלא הזהירו, פטור, שטרוד היה ולא היה יכול להזהירו {וע"ל ר"ס תי"ג}."

כתב **הטור** בסיפא דאם עמד בעל קורה לנוח מכובד משאו חייב אפילו אין הקורה ממלאה את כל הדרך, וביאר **הב"י** דאף בדף ל"ב פריך מהך מתניתין לריש לקיש דאמר שתי פרות אחת רבוצה ואחת מהלכת בעטה מהלכת ברבוצה פטורה רבוצה במהלכת חייבת דמשמע דוקא בעטה הא לא בעטה והוזהרה ממילא פטורה והא מתניתין כשעמד בעל הקורה, כלומר לפוש, ושינה, שאין דרכו לעמוד לפוש, חייב על שבירת החבית אע"ג דהוי ממילא ומשני מתניתין דרמיא כשלדא כלומר שעמד בעל הקורה וקורתו על כתפו מונח לרוחב הדרך ואין דרך לבעל החבית אנה ואנה אבל אם עמד בלא שלדא פטור, וכתב **הרא"ש** דאע"ג דלכאורה משמע דהכי הלכתא כי היכי דלא תקשה על ר"ל, **הרי"ף** לא הביא כל זו הסוגיא אלא המשנה כצורתה דמשמע דס"ל דאפילו בלא שלדא חייב דכיון דלית הלכתא כר"ל אין לשנות פשט המשנה לאוקומי בדבריו, וכ"פ **הסמ"ע** (ב) דכיון שלא היה לו לנוח בדרך שדרך בני אדם לבוא אחריו ולהלך בו ואם היה מוכרח לזה לפחות היה לו להזהיר להבא אחריו שיעמוד ואל יפגע בקורתו.

סעיף ג

ע"פ **משנה שם** פסק בשו"ע "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, אע"פ שלא הזהירו בעל החבית, וכן זה בא בנרו וזה בא בפשתנו".

כתב הש"ך (א) דהיש"ש כתב לפטור באם עמד לתקן משאו אא"כ ידע דעמד לכתף, וחלק עליו דלא נהירא דמאי שנא מסעי' ב' דאם בעל הקורה ראשון ועמד לכתף פטור דאף דגם שם לא ה"ל למידע לבעל חבית שיעמוד הראשון.

סעיף ד

ע"פ ברייתא ב"ק כח. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "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", וביאר ה"ה דהרמב"ם לשיטתו (מסימן שעת) דכל זמן שאינו מתכוין להזיק אפילו ברשות כיון שהוא ברשותו פטור, והראב"ד לשיטתו חלק דדין זה דווקא בלא נתן לו רשות, וכ"ד הטור כראב"ד דכיון שהכניס ברשות איך יפטור על מה שמשבר בכניסתו וכיציאתו, ובדרכ"מ תמה על הטור דבסימן שע"ח משמע דס"ל כרמב"ם וכאן פסק כראב"ד, ותירץ דאפשר דס"ל דיוצא ונכנס ושובר מיקרי בכוונה.

סימן שפ - האומר לחבירו קרע כסותי או של חבירי או רודף או נרדף ששיבירו כלים

סעיפים א - ב

מה הדין באם אמר לו אכול אצלי או שבור כדי האם חייב לשלם? האם יש הבדל בין אם ידע שזה של חבירו ללא ידע?

ע"פ משנה ב"ק צג. וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "האומר לחבירו קרע את כסותי שבור את כדי ע"מ שאתה פטור ה"ז פטור {ו"א (רא"ש) אפילו לא א"ל ע"מ לפטור בפירוש אלא שא"ל דברים שמשמען כך, כגון שא"ל שבור כדי וא"ל המזיק ע"מ לפטור וא"ל הניזק לא, יש לנו לומר דבתמיה קאמר לא, ופטור (ה"ה): הרמב"ם לא הביא דין המדבר בתמיהא לפי שהוא פשוט, עיין בגר"א} ואם לא אמר לו ע"מ שאתה פטור, ה"ז חייב אעפ"י שהרשהו להשחית. בד"א כשבאו הכלים לידו תחלה בתורת שמירה, כגון שהיו שאולים או מופקדים אצלו, אבל אם לא באו לידו בתורת שמירה, כיון שאמר לו קח כלי זה ושבירו בגד זה וקרעו, ועשה כן, ה"ז פטור אע"פ שלא אמר לו ע"מ שאתה פטור (כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור' כתיב ודרשינן כשנתנו בידו לשמור הוא דמיחייב בפשיעתו ולא כשנתנו בידו לאבדו ולקרעו, סמ"ע) {וע"ל עוד ס"י שפ"ב מדינין אלו. האומר לחבירו זרוק מנה לים ואתחייב אני לך, י"א דחייב וי"א דפטור (ר"ן)}".

ע"פ משנה ב"ק צב. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (ב) "האומר לחבירו שבר כליו של פלוני ע"מ שאתה פטור ושבירו, ה"ז חייב (כיון שיודע המשבר שהוא של חבירו, סמ"ע), ואע"פ שהעושה הוא חייב לשלם, הרי זה האומר לו שותפו בעון, ורשע הוא שהרי הכשיל עור וחזק ידי עוברי עבירה (קראו 'עור' אע"פ שידע דשל חבירו מ"מ מדא"ל על מנת לפטור סבר שבאמת כן יהיה שיהיה פטור, סמ"ע, ובגר"א ציין לקידושין מ"ג)".

סעיף ג

מי שרודף אחר רודף כדי להציל את הנרדף והזיק ממון של אחרים, האם חייב לשלם? מה הטעם?

ע"פ ב"ק קיז: וסנהדרין עד. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם והטור "רודף שהיה רודף אחר חבירו להרגו או אחר אחת מהעריות לאונסה (לשון הטור בין חייבי כריתות בין חייבי מיתות ב"ד או אחר זכר לרבעו, ור"ל אע"פ דבחיוב כריתות אין על הרודף חיוב מיתת ב"ד מ"מ פטור על שבירת הכלים כיון דקים ליה בדבריה מיניה שמתחייב בנפשו בידי שמים, סמ"ע, והש"ך תמה דסוגיא דעלמא לאפוקי מדרי' נחוניה בן הקנה ולא אמרינן קלב"מ אלא בחייבי מיתות ב"ד) ושביר כלים, בין של נרדף בין של כל אדם פטור,

שהרי הוא מתחייב בנפשו, שכיון שרדף התיר עצמו למיתה ולכן פטור מהתשלומין, ואם הנרדף שבר כלים של רודף פטור, שלא יהא ממונו חמור מגופו (שאמרו בסנהדרין פ"ב שאם קדם זמרי והרג לפנחס היה פטור, סמ"ע), ואם היו של אדם אחר חייב, שהמציל עצמו בממון חבירו, חייב {וע"ל סימן שני"ט ס"ד}, ואחד שרדף אחר הרודף להציל את הנרדף, ושבר כלים בין של רודף בין של כל אדם פטור, כדי שלא יבואו מלימנע מלהציל את הנרדף (ישאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שמציל את חבירו מן הרודף)".

ע"פ הסיפא דשובר כלים של רודף פטור דאם אי אתה אומר כן וכו', פטר **שבט הלוי** (ט, רצג) איש הצלה שהזיק תוך כדי רדיפתו ומהירותו להציל חיי אדם, וכתב **בפסקי המשפט** דכ"ד **הגרש"ז** בנשמת אברהם (ג, שעח) דהוי כרץ ברשות.

סעיף ד

ספינה שעמדה להשבר מכובד המטען, וקם אחד והשליך חפצים לים, האם חייב לשלם?

ב"ק קיז: "ההוא גברא דאקדים ואסיק חמרא למברא קמי דסליקו אינשי במברא בעי לאטבועי אתא ההוא גברא מלח ליה לחמרא דההוא גברא ושדייה לנהרא וטבע אתא לקמיה דרבה פטריה אמר ליה אביי והא מציל עצמו בממון חבירו הוא א"ל האי מעיקרא רודף הוה".

ב"ק קטז: "ת"ר ספינה שהיתה מהלכת בים עמד עליה נחשול לטובעה והקילו ממשאה מחשבין לפי משאוי ואין מחשבין לפי ממון ולא ישנו ממנהג הספנים".

כתב **הרמב"ם** (חובל ח, טו) וכ"פ **בשו"ע** "ספינה שחשבה להשבר מכובד המשווי, ועמד אחד מהם והקל מהמשא והשליך בים פטור, שהמשא שבה כמו רודף אחריהם להורגם, ומצוה רבה עשה שהשליך והושיעם", **והראב"ד** השיגו "אין כאן לא מלח ולא תבלין שאין כאן דין רודף כלל ואין זה דומה למעשה דחמרא דפרק הגזול ודין זה שהטיל לים אע"פ שהטיל משל איש אחד מחשבין על כולם לפי משאם". **ה"ה** (הכל בני"י) תמה על הראב"ד שדחה דברי הרמב"ם ללא טעם, וביאר דהרמב"ם מחלק בין הגמרות דההיא דעמד עליה נחשול ואין הספינה טעונה יותר מדאי אלא להשקיט שאון גלי הים הם משליכים דווקא בזה אמרו מחשבין לפי משוי, והכא איירי הרמב"ם כשהים מתנהג כדרכו אלא שהספינה טעונה יותר מדאי שאחד או שנים מהם טעונה ואז המשווי כרודף והיינו עובדא דחמרא. **הנ"י** (הובא בב"י, והתבאר ע"פ אבן האזל) הקשה על הרב המגיד דהא הרמב"ם לא חילק לומר דדוקא אם הכניס המשווי אח"כ ונטענה הספינה יותר מדאי אלא פטר בכל גווני.

הרמ"א המשיך ע"פ הרב המגיד "ויי"א דוקא שטעונה יותר מדאי, דהוי המשווי כרודף, אבל אם אינה טעונה יותר מדאי ובא נחשול לטבען חייבים לשלם (אין לשון זה מדוקדק דלדין זה כ"ע מודים, ש"ך) ומחשבין לפי המשווי ולא לפי הממון (**טור** -) ואע"פ שלא הטיל רק משוי של אחד, כולן משלמין". עוד פסק ע"פ פירוש **המרדכי** בסוגיה - "הכניס חמור בספינה וקופץ בספינה ובקש לטבעו, ובא א' והשליך החמור לנהר, אם דרך להכניס חמורים בספינה אז המשליכו חייב לשלם, ואם לאו פטור, דאז החמור (ר"ל בעל החמור, ש"ך) מקרי רודף וכל כיוצא"ב (סמ"ע: קמ"ל לאפוקי מהב"י -) וכן נ"ל עיקר (**ודלא כב"י** דכתב דדברי תימא הם לפטור באין דרך להכניס דאטו מי שיש לו כלב רע או דבר המזיק שחייב להרגו ולסלק הדבר המזיק כדי שלא יוזקו אחרים אם קדמו אחרים והרגוהו מי מחייבי, והדרכ"מ יישב דאין בדבריו ממש דזה לא מקרי דבר המזיק דכל החמורים בחזקת שימור קיימי ואין דרכן בקפיצה ולא שנינו הוא ואם אירע לו אונס פתאום אע"פ שמוותרין להציל עצמן לטבוע החמור מ"מ צריכין לשלם לו החמור דומיא דעמד עליהם נחשול שבים שנתבאר דאע"פ שמוותרין להטיל המשא כדי להציל עצמן מ"מ חייבים לשלם וה"ה כאן, וכ"פ הש"ך).

הסמ"ע (ט) כתב שני ביאורים לשיטת הרמב"ם מהשגת הראב"ד, א' הרחיב ע"פ הרב המגיד כנ"ל דכאן מיירי כשאחד או שנים מבני הספינה שהטעינו בספינה באחרונה הן שהכבידו בטעינתן לספינה ומשו"ה אם קידם אחד מהראשונים מבני הספינה והשליך לים ממשא זה שהטעינו האחרונים פטור, וההיא דהתם מיירי באם אינה טעונה יותר מדאי וחשבה להשבר ולטובעה בים מכח גלי ים ובא אחד והקל הספינה כדי שתלך בקלות ותתרחק מהגל אף שהשליך סחורה של זה שהטעין באחרונה, לא אמרינן שלו לבדו יהיה ההיזק, דהרי לא פשע האחרון בטעינה לספינה יותר מדאי ומזלא דכולם גרם

לבוא עליהם גל, משו"ה מחשבין אותו ההפסד על כל בני הספינה וכל אחד כפי משאו, וגם המשליך לתוך הים מצוה עשה להציל עי"ז בני הספינה וכל אשר בתוכה ואינו חייב יותר מאחר, וגם הראב"ד מודה בזה, אלא שהוא לא פירש דברי הרמב"ם כן ומשו"ה השיג עליו, ולפי"ז לא היה לרמב"א לכתוב זה בשם י"א. כ' כאן לא איירי אלא בדיני פטור וחיוב נזק מה שהזיק המזיק, ובא לאשמועין דאם בא אחד והקל ממשוי הספינה אינו חייב הוא לשלם לבדו הנזק 'כדין המזיק', וזהו פטור דקאמר, ומטעם דהמשוי הוא רודף ומצוה עשה, ולא איירי כאן למי יהיה ההיזק של המשא הנשלך בים, ויש בו חילוקים, דאם ידוע שבעל המשא זה שהושלך בים הוא שהטעין באחרונה, ההיזק שלו לבדו, ואם אין ידוע מחשבין היזק המשא הנשלך על כולן לכל אחד כפי משאו, וזהו שדייק וכתב שם בהלכות גזילה (יב, יד) 'והקילו לשון רבים, ששם לא מיירי בדין יחיד שעשה כן מנפשו ובאם יהיה חייב לשלם, אלא כתב הדין שמחשבין לפי המשוי ולא לפי הממון'.

הש"ך (ד) חידד וביאר (וקרוב לביאור א' בסמ"ע) דמדובר שפטורים כששכרו המכבידים לספן באחרונה אבל אם שכרוהו בשוה ביחד לא הפסיד זה האחרון "וכל הישובים שם בסמ"ע דחוקים" ויפה כוון הנ"י שמהרמב"ם משמע דבכל ענין פטור ולכך השיגו הראב"ד וכ"כ רש"ל. כלומר, בדף קי"ז החמור נכנס אחרי האנשים ומשום הכי פטורים (אבן האזל, עיי"ש עוד). [ויש לציין ע"פ 'חברותא' דזה כגירסת רש"י דהכניס חמורו לספינה והיו בה כבר אנשים, ודלא כגירסא אצלנו לעיל שהביא את החמור לפני שבאו אנשים ואעפ"כ נחשב רודף, וגירסת הרא"ש היא בהדי דסליק אינשי אייתי איהו חמריה כלומר הוא הביא את החמור באותו זמן שנכנסו האנשים, אבל אם החמור היה בא קודם אפשר שלא היה נחשב לרודף].

סימן שפא – דין חמשה שישבו על ספסל אחד

סעיף א

חמישה שישבו על ספסל ולא נשבר, ובא אחרון וישב ונשבר, מי חייב לשלם?

משנה ב"ק ט: "הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו" ובגמ' י. "כיצד החופר בור... 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 היכי דמי אילימא דבלאו איהו לא איתבר פשיטא אלא דבלאו איהו נמי איתבר מאי קעביד סוף סוף מתניתא היכא מתרצא לא צריכא דבלאו איהו הוי מיתבר בתרי שעי והשתא איתבר בחדא שעה דאמרי ליה אי לאו את הוי יתביין 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".

פירש רש"י במסקנה שמדובר שנשמך עליהם שלא יכלו לקום, וכן למד ה"ה ברמב"ם (וכן נראה בטור שלמד ברמב"ם וכ"ד הכס"מ, ואילו הסמ"ע סק"ב חלק עליהם ומש"כ הרמב"ם 'נסמכת עליו' ר"ל עליו דספסל, ור"ל דאמרו לו אילו לא באו לסמוך ולקרר ולישב על הספסל היינו עומדין) וכ"פ בשו"ע "חמשה שישבו על הכסא (אולם לשון הגמ' והטור שישבו על הספסל, סמ"ע) ולא נשבר, ובא אחרון וישב עליו ונסמך עליהם ולא הניחם לעמוד ונשבר, אף על פי שהיה ראוי לישבר בהם קודם [שישב] הואיל וקרוב שבירתו, האחרון חייב, שהרי אומרים לו אילו לא נסמכת [עלינו] היינו עומדים קודם שישבר, (תוספתא המובאת בגר"א -) ואם ישבו כאחד ונשבר, כולם חייבים, וכן כל כיוצא בזה".

כתב הרא"ש (וכן הוא בתוס') "פירש רשב"ם דוקא אדם עב ושמן וכבד כגון פפא בר אבא חייב אם נשבר הספסל תחתיו אבל שאר כל אדם פטורים דסתם ספסל עשוי לכך לשבת עליו כל הנכנס לחצר ואין אדם מקפיד על כך והוה ליה כשואל שמתה מחמת מלאכה וכן עשה מעשה (לפטור בספסל של אלמנה שישבו עליו ושברוהו) ונחלק עליו ה"ר עזריאל (וחייב) והחולק צריך לפרש כמו שפירש ר"ת דנקט כגון פפא בר אבא משום מסקנא דסמך בהו דוקא פפא בר אבא שהיה אדם חזק ויכול לעכב את כולם, ואין משמעות הסוגיא סובלת פירוש זה הילכך נראה כפירוש רשב"ם", והגר"א (ג) ביאר דהרמב"ם והשו"ע ס"ל כר"ת.

וז"ל הרמ"א שפסק כרשב"ם והרא"ש ודלא כר"ת וי"א דסתם ספסל היא שאולה לסתם בני אדם ואם נשברה תחתיהן הוי כמתה מחמת מלאכה ופטורים מלשלם אא"כ היושבים הם משונים ושמנים וכבדים משאר בני אדם (ובכה"ג אפילו אחד לבדו שיושב עליו הוא חייב דבע"ה מסתמא מקפיד על ישיבתו עליו הואיל והוא משונה, סמ"ע), 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. (ה' אשר"י -) ואם לא היתה נשברת רק תוך ב' שעות, ועמו נשברה תוך שעה, אז רואין אם סמך עליהן ומנען לעמוד, הוא לבד חייב לשלם (וקמ"ל בזה דלא אמרינן כחו לאו כגופו דמי וגרמא בעלמא הוא, סמ"ע), ואם לאו כולן חייבין (דיכול לומר להו האחרון היה לכם לעמוד כשבאתי לישב עליו והרי יש לי רשות לישב עליו כמוכם, סמ"ע, ובבאה"ג תמה שפיסקה זו חוזרת עמש"כ כבר המחבר בשם הרמב"ם).

סימן שפב – הקוצץ אילן של חבירו והמונע חבירו מלעשות מצוה

סעיף א

אילן שהוא מזיק לרבים שדינו לקוץ ובא אדם זר וקצצו, האם חייב לשלם לבעלים?

מנע חבירו לעשות מצוה כמה משלם? ואם אב מינה מוהל ואחר חטף ומל מה הדין? במקרה של ברכה, האם יש משמעות לכך שהשני הנחטף ענה אמן אחר ברכתו של החוטף?

ע"פ ב"ק צא: (וחולין פז.) פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם (חובל ומזיק ז, יג-יד) "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 (אם איש זה שהתבטלה ממנו המצוה הוא איש שמדקדק בקיום שאר מצוות וגם ישערו בטירחת קיום המצוה דפעמים מונע אדם עצמו מהמצוה מכח טירחא וניחא ליה שאחרים יעשוה, סמ"ע), 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 (גמ' וטור), אפילו יש לו מיגו לומר לא הזקתי, כגון דליכא עדים שהזיקו, דהוי כמיגו במקום חזקה (דחזקה היא דאין אדם מצוה לאחר לעשות לו דבר שמזיק לו בממונו, סמ"ע) דלא הוי מיגו (מרדכי ונ"י) אבל נאמן לומר אתה אמרת לי במיגו דלא היה שלך מה שהזקתי אלא שלי היה (מרדכי, ר"ל מה שעשיתי ברשותך עשיתי ונמצא דאינו מזיק, בזה אינו נאמן אם לא במיגו דלא היה שלך, סמ"ע, עיי"ש) }, (בריתא שחייב רבן גמליאל -) וכן מי ששחט חיה ועוף, ובא אחר וכיסה הדם שלא מדעת השוחט, חייב ליתן כמו שיראו הדיינים, ויש מי שהורה (לשון הרמב"ם, והוא הרי"ף דלקמן) שהוא נותן קנס קצוב והוא י' זהובים (כפי שחייב רבן גמליאל בכיסוי הדם), וכן חורו 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 (רי"ו) }, ובה"ז אין מגבין אותו (ר"ת רשב"א ועוד, דאין דנין מילתא דלית בה חסרון כיס) אבל אם תפס לא מפקינן מיניה (ומ"מ בין כך וכך לא טוב עשה וצריך לפייסו, ערוה"ש בשם הטי"ז).

בכדי לבאר רישא דהרמב"ם והמחבר שלא נקטו י' זהובים כבגמ' יש להביא דברי הרי"ף (ב"ק לב:): "איכא מאן דאמר האי דחייביה ר"ג להאי גברא י' זהובים קנסא הוא דקנסיה ולא גמרינן מינה לדינא אחרינא (כלומר דעה קמיתא ס"ל שראות עיניו דרבן גמליאל באותו איש כך היה ושכל דיין יקנוס כפי ראות עיניו, סמ"ע) וכד מעינת בגמרא לא אשכחת להאי סברא דאי סלקא דעתך קנסא הוא דקניס רבן שמעון בן גמליאל ולא גמרינן מינה לדינא אחרינא אמאי קא גמר מינה רב להא דתנן נטיעותי קצצת אתה אמרת לי לקצץ פטור דשמעינן מינה טעמא דאמר הכי הא לא אמר הכי חייב אלא לאו דנא הוא וגמרינן מיניה" (וע' בגר"א).

כתבו התוס' בב"ק דמעשה באחד שקראו שליח צבור לקרות בספר תורה ובא אחר וקדם וקרא ואמר ר"ת שיתן לו תרנגולת לשחוט תחת אותם שתי ברכות (וברא"ש בחולין כתב שפטור משום "דכל מידי

דלית ביה חסרון כיס לא עבדינן שליחותיהו ואפילו אם תפס מפקינן מיניה" ור"י חלק דאם כן למה חייב רבן גמליאל עשרה זהובים, ועוד פטרו ר"ת מטעם שיענה אמן וגדול העונה אמן יותר מן המברך (ואף אם לא ענה איהו דאפסיד אנפשיה, רא"ש). הש"ך (סוף הסימן) כתב בשם הרש"ל דהאידנא שקונין המצוות בדמים אם קנה אי שלישי או ששי או שביעי וקדמו אחר חייב ליתן לו י' זהובים אי תפס, וכתב עליו דאין דבריו מוכרחים.

כתב הש"ך (א ג) דמצינו בכמה מקומות בש"ס דילפינן מקנסא וכוונתו בגיטין נ"ב גבי מטמא מדמע ומנסך ועוד, ויש לומר בדעת הרמב"ם דכוונתו דלכ"ע דינא הוא אלא דבברכה נהי דחייבו ר"ג ליתן י' זהובים מ"מ במצוה אפשר שאינו נותן י' זהובים רק כפי מה שיראה לדיינים ואח"כ כתב שיש מי שהורה כן בכל המצות, ומש"כ 'ויש מי שהורה שהוא נותן קנס קצוב' ר"ל אע"ג דדינא הוא מ"מ קנס הוא כמו שאר קנסות הכתובים בתורה שקצובים הן והם דין תורה ולא קנסא דרבנן שאינן קצובים, ועכ"פ ברור דמש"כ הרמב"ם והמחבר 'ויש מי שהורה' קאי אכל מה שהזכירו מקודם דהיינו בשור ואילן ג"כ וכן משמע ברי"ף רא"ש רשב"א ועוד דבכולהו משלם י' זהובים וכ"פ ר"ן ורש"ל, ומה שהקשה הלח"מ אר"ן כיון דשכר מצוה בכיסוי איכא ישלם גם המצוה וגם הברכה, לק"מ דכדברי הר"ן מוכח בב"ק ומפורש ברא' רבים שכולם כתבו להדיא דבשכר מצוה נמי משלם י', ובכיסוי כיון דאי אפשר לברכה בלא מצוה אין משלם על המצוה, ודלא כדמשמע בטור דכתב כאן בזה כפי מה שיראו הדיינים, דהלא גם זה מצות עשה הוא כדלקמן סימן תכ"ז (דהיינו שמור נפשך מאד ולא תשים דמים בביתך) [ובמעשה רקח תירץ הטור דכיון שהיא מצות עשה כוללת ואינה מנויה במנין המצוות אף שהוא דינא ולא קנסא סגי כמו שיראו הדיינים ועוד וכי גברא אגברא קרמית הלא כמה וכמה פעמים מצינו שחולק הטור על הרמב"ם, עיי"ש].

ביאר הסמ"ע (ה) גבי כיסוי הדם דדוקא בכה"ג שחטף מהשוחט דמצות הכיסוי רמיא על השוחט שנאמר ושחט וכסה מי ששחט הוא יכסה (חולין פ"ז), אבל אם נתנו לו בהמה לשחוט ובא אחר ושחטה פטור, דשאני מצוה דנצטוינו לעשותה כגון כיסוי הדם דלאחר ששחט אי אפשר להפטר מהכיסוי, משא"כ שחיטה דאי לא רצה לאכול בשר אינו מחויב לשחוט (וראה לקמן בש"ך ד').

עוד כתב הש"ך (ג) דהקשו התוס' גבי ברכת המזון דהל"ל לגמ' בחולין נ' זהובים ולא מ' דהא איכא ברכת פרי הגפן ותירצו¹ דסבר כמ"ד דא"צ לברך אכסא דברכתא אלא אכסא קמא ותו לא, והש"ך דחה תירוץ זה מהש"ס דמשמע שהיה מברך על הכוס מדקרי ליה כוס של ברכה (ועוד עיי"ש) אלא תירץ דחייב י' זהובים אינו אלא במצוה דאו² ולא במצוה דרבנן ולכן אינו חייב על הטוב והמטיב וכ"ד הרש"ל, והביא שכ"כ רי"ו במקום אחד, אולם במקום אחר כתב דדוקא ברכת פרי הגפן אינה מן המנין כי היא ברכת הנהנין ולפי"ז ברכת הטוב היא מן המנין "ואפשר גם דעת הרי"ף והרא"ש כן" ולא כמש"כ בתחילה שסוברים כרש"ל.

הקצות (א) הקשה על תירוץ הרש"ל⁽²⁾ דלא קונסים בדרבנן דהא פרי הגפן הוא נמי מדרבנן דכל הברכות אינן אלא דרבנן לבד ברכת המזון שהוא מן התורה, וביאר דגם לרש"ל היינו דוקא במצוה דרבנן הוא דאינו משלם אבל בעד ברכה משלם אפילו בברכה דרבנן וכדמוכח להדיא מברכת הכיסוי דנמי אינו אלא דרבנן, אלא דעיקר סברת רש"ל "לא נדע לחלק בין דאורייתא לדרבנן" כיון דאשכחן דמשלם בעד ברכה דרבנן והוא ברכת הכיסוי.

עמש"כ הרמ"א בשם רי"ו גבי בא אחר ומלו דפטור, כתב הסמ"ע (ז) דביו"ד כ"ח סיים הטור דהכא אפילו תפס מפקינן מיניה כיון דענה אמן דהא אמרינן גדול העונה אמן יותר מן המברך ואם שמע ולא ענה איהו דאפסיד אנפשיה אבל אין לפוטרו מטעם שיתן לו תרנגול לשחוט דזו מצוה אחרת היא ומצוה ראשונה הלכה לה ומעוות אשר לא יוכל לתקן הוא, וביאר הסמ"ע דנראה דלא פטרו מכח עניית אמן אלא במצות מילה דנתקנה ברכה בציבור ובקול רם, ולכן בנתנו לו תרנגול או בהמה לשחוט וקדמו אחר ושחטו צריך ליתן טעם אחר דאין קונסין אותו, דלא מחשב מצוה דרמיא עליה דאינשי וכנ"ל בסק"ה, ולפי"ז אם קדם אחד ומל בנו של חבירו אף שהאב יכול לענות אמן אחר המברך, מ"מ כיון דהמצוה מיוחדת לאב בבנו יותר מלשאר כל אדם לא פטרינן למקדים מכח עניית אמן דהאב, אולם הש"ך (ד) האריך לחלוק דלא מסתבר כלל לחלק בעניית אמן בין אב לאחר דכשיכול לענות אמן אפילו באב דרמיא מצוה עליה פטור וכן מוכח להדיא ברי"ו עצמו וכ"ד הרש"ל לבוש ועוד, וכ"כ המעדנ"מ דבהך דר"ג היה מברך בנחת אלמא דאי היה מברך בקול רם היה פטור משום שה"ל לענות אמן והא התם מצות כיסוי

עליה רמיא כמו מצות מילת הבן על האב דכתיב ושפך וכיסה, וכן מבואר ברא"ש החילוק כלבוש דאע"פ שאמר האב למוהל אחר למול את בנו לא זכה באותה המצוה לחייב אחר אם קדם ועשה ולא דמיא לכיסוי דאמרה תורה ושפך וכיסה מי ששפך יכסה וכן האב שחייב למול את בנו ורצה למולו וקדם אחר חייב אבל אם אין האב רוצה למולו כל ישראל חייב למולו ובדבור שאמר האב למוהל לא זכה במצוה לחייב לאחר אם קדמו, והרמ"א והלבוש מיירי כאן בענין שלא היה יכול לענות אמן כגון שדחפו או שבירך בנחת וכה"ג, ומדברי הרא"ש מוכח דמי שהוא מוהל אינו רשאי ליתן את בנו לאחר למוהלו וחייב הוא בעצמו למוהלו דומיא דכיסוי דמי ששפך הוא יכסה דמצות עשה זו מוטל על האב תחלה.

עמש"כ הש"ך דאב היודע למול אינו רשאי ליתן את בנו לאחר למולו, כתב הקצות (ב) דבתבואות שור חלק דיכול לעשות שליח דשלוחו של אדם כמותו וכ"ד הדרכ"מ (שחלק על האו"י כש"ך) והביא ראיה מיבמות מ"ג דאם רצה הגדול לייבם את כולם הרשות בידו, אלמא דאי בעי שאחד ייבם את קצתם רשאי והאריך בראיות, והקצות האריך לדחות דאם כדבריו כי היכי דאם האב עצמו רצה למוהלו ובא אחר וקדמו דחייב לשלם עשרה זהובים ה"נ אם נתנו לשלוחו כיון דשלוחו כמותו ומצותו עליו נתקיים ע"י שלוחו כמותו והשתא שבא אחר וקדמו ואינו שלוחו הרי ביטל מצותו והיה בדין לשלם לו עשרה זהובים (אולם אכן אפילו היכא דליכא קפידא לא הוי שלוחו אם לא עשאו בפירוש א"כ מדין זכיה, עיי"ש שהאריך) ומה שהקשה הדרכ"מ דהא בכל דוכתי קי"ל שלוחו כמותו, נראה ע"פ התוס' רי"ד (קידושין מ"ב) דכתב "יש מקשים א"כ לכל דבר מצוה יועיל השליח ויאמר אדם לחבירו שב בסוכה עבורי הנח תפילין עבורי, ולא מלתא היא שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו היאך יפטור הוא ע"י שלוחו והוא לא יעשה כלום, בודאי בקידושין ובגירושין מהני כי הוא המגרש ולא השליח, שכותב בגט אנא פלוני פטרית פלונית, וכן נמי האשה למי היא מקודשת כי אם לו והיא אשתו, וכן בפסח הוא אוכלו ועל שמו ישחט ויזרק הדם, אבל בסוכה ה"נ יכול לומר לשלוחו עשה לי סוכה והוא יושב בה, אבל אם ישב בה חבירו לא קיים הוא כלום, וכן לולב וכן ציצית וכל המצות", וא"כ במצות כיסוי שהתורה הטילה עליו מי ששפך יכסה אם מכסהו שלוחו לא קיים הוא כלום, והיינו נמי טעמא דמילה, והוא דומה לתפילין וסוכה וציצית דאינו בשליחות, ובזה נדחים כל ראיותיו של התבואות שור, ומה שהביא ראיה מייבום תמוה דהא אפילו בחליצה אמרו ביבמות ק"ו דלית ביה משום שליחות ומכל שכן ביבום, וא"כ מי שיכול להיות מוהל בעצמו ראוי לו לעשותו בעצמו מלבד מציצה דאינו אלא לרפואה בזה יכול לכבדו לאחר, והיכא דאין האב יכול למוהלו מתקיים מצותו עכ"פ ע"י שליחות כמ"ש בדרכי משה אך אינו רשאי לכבד אלא לגדול דאיתיה בשליחות עיי"ש.

עוד כתב הש"ך (ד) דכתב רש"ל על ר"ת (שפטר החוטף עליה לתורה כנ"ל משום ב' טעמים א' העונה אמן וכו' ב' דבבבל אין דנין) דלדבריו הא דר"ג כיסהו בלי דעת חברו ואמר הברכה בנחת כדי שלא ישמע חברו או שדחפו ממנו שלא היה יכול לשמוע וא"כ אף מפקינן מיניה אם תפס דהוא דאפסיד אנפשיה שיכול לענות אמן, ולא מיחזור כלל דסתמא איירי ש"ס בלא פלוג ומסתמא היה מברך כדרך המברכין ופשיטא דלא איירי ברשיעי שהיה מונע את חברו לענות אמן, ע"כ נראה דאפילו ענה אמן נמי חייב אע"פ שהעונה גדול היינו בלא עשיית מצוה כגון לענין ברכת ס"ת ותפלה שהוא מניעת ברכה לבד אבל לענין כיסוי הדם ומילה שהיא מצות עשה לבד והברכה אינה מעכבת א"כ מנע אותו מן המצוה ומצוה לבד ג"כ חשוב י' זהובים אע"פ דלא אמרינן מצוה לחוד וברכה לחוד לענין י' זהובים מ"מ על מצוה לבד ג"כ דנין עליה י' זהובים כמו שור ואילן דלעיל הלכך אם תפס אפילו בזמן הזה י' זהובים לא מפקינן מיניה ודלא כתוס' רא"ש ועוד שהלכו בדרך ר"ת. אולם הש"ך דחהו דדין ר"ת אמת וסיעתו הרא"ש מרדכי ועוד הם דברי אלקים חיים דעיקר החיוב הוא על הברכה ובע"כ צ"ל דבהך עובדא דר"ג לא היה חברו יכול לענות אמן ואין זה דוחק כלל דלא איירי ברשיעי דמיירי שעשה הברכה לפי תומו בנחת וכ"כ במעדי"מ וכן יש ללמוד ברש"י.

עוד הקשה הש"ך (ססק"ד) דמרגלא בפומי דאינשי לזכות בברכת המזון במ' זהובים וכתב בשל"ג ושאר"ר דמי שהזמינוהו לברך ברכת המזון ובא אחר וחטף וברך חייב ליתן לו מ' זהובים וכן משמע בש"ס ועוד רא', וקשה דהא לפי ר"ת (כמבואר לעיל ולקמן) דגדול העונה אמן יותר מן המברך ולכן כשקדם ומל פטור דה"ל לענות אמן והכי נמי בזה והיכא משכחת לה דכשחטף חברו יחייב במ' זהובים (ובהך עובדא דר"ג דבכיסוי הדם הדרך לברך בנחת ואילו ברכת המזון שמברכין בזמן בקול רם), ותירץ דאין לאדם שכר ברכה י' זהובים אלא על ברכה שמברך בפני אחרים אבל בינו לבינו לא וא"כ בש"ס והרא"ם מיירי בענין שלא יוכל לענות אמן כגון שחטף מחברו כוס של ברכת המזון ודחפו חוץ לבית וסגר בפניו עד שברכו והלכו להם וכה"ג וא"כ נהי שזה יברך אח"כ לעצמו מ"מ כיון שיברך בינו לבינו לא

יהיה לו שכר י' זהובים על הברכה וא"כ בהך עובדא דר"ג צ"ל שחייבו על הברכה לפי שזה ששחט היה רצונו לברך בקול רם בפני אחרים וזה קדם וברך בנחת וכה"ג ולפ"ז הא דמרגלא בפומי דאינשי ליתא שאין מכבדו בכלום כיון שבלאו הכי יכול לענות אמן.

[כתב בפסקי המשפט דדעת המהר"ם שיק היכא שמנע מחבירו מצוה ולא עשאה, גבי המונע לא נאמר שמשלם י' זהובים, וממילא גם בזמנינו אין בזה חובת פיוס ממון (כערוה"ש לעיל) אך הצי"א (ה, כה, כח, ב) כתב שברש"י ועוד רא' מבואר דלא כדבריו אלא החיוב משום מפני שמפסידו שכר והיינו הפסד שכר קיום המצוה שהיה מקבל וכ"כ בספר הלכות הגר"א ומנהגיו (להר"מ שטרנבוך) שחיוב י' זהובים הוא מדין מזיק ולא מדין נהנה].

סימן שפג - דין אדם המזיק לבהמת חבירו

סעיף א

ע"פ בעיא דאיפשטא בב"ק כז. פסק בשו"ע "הניח גחלת על לב שור חבירו כשהוא כפות ונשרף או שדחפו לים (אפילו בלא כפות) חייב, ואם הניח גחלת על לב חבירו ונשרף, יתבאר בסימן תי"ח", וביאר הסמ"ע (א) דפסק כתוס' דדוקא כשהוא כפות, אבל כשאינו כפות יכול להתנצל ולומר הייתי סבור שהשור ינענע מעליו כדרכו כשירגיש החמימות דהגחלת ומזלו דבעל השור גרם לו (ובהניח גחלת על עבד של חבירו אפילו כפות פטור), ועיקרי הדינים לקמן בדין האש סימן תי"ח, אלא שקיצר שם המחבר ולא הזכיר כפות לא בשור ולא בעבד וצ"ל שסמך אמש"כ כאן, אבל אין לומר שכתב שם על פי שיטת רש"י שפירש בלא כפות מאחר שכתב כאן דמיירי בכפות והוא כדעת התוס' ועוד, אולם באה"ג כתב דהא דכתוב הכא "כפות" טעות סופר, דאם היה דעת המחבר לפרשו כדעת התוס', לא הוה שתיק לפרשו כמש"כ התוס' דאפילו רבו עומד אצל השור חייב דאי באינו עומד אצלו פשיטא דחייב בכפות.

סעיף ב

ע"פ ברייתא בב"ק כח. פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "שור שעלה על גב שור להורגו, ברשות הניזק שהוא בעל התחתון (רמב"ם), דאי ברשות המזיק ודאי שאם בא הניזק ושמת את שורו מלמטה והמית לעליון של מזיק דחייב משום דיאמר לו בעל שור המזיק למה נכנס שורך ברשותי כדי ששורי יזיק אותו וא"כ כיון שנכנס שלא ברשות ואתה שמטת התחתון ומת שורי אתה חייב לשלם לי, ה"ה ולח"מ), בין שהיה תם בין שהיה מועד, ובא בעל התחתון ושמת 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 {וכן ראובן שלקח כלי של שמעון וסמך בו חביתו של יין שלא יפול, ובא שמעון ונטל כלי שלו ונשבר חביתו של יין שמעון חייב, דה"ל לסמכו בדבר אחר (אבל אם סמכו בדבר אחר פטור אע"ג דאין האבן גדול כהראשון) (תשובת הרא"ש), ולא דמי לרישא דמחבר דיש בידו רשות להשמיט התחתון וא"צ לחוש שיפול העליון וימות ולא חילק באם יש לו תיקון בהשמטת העליון בנחת דשאני התם דבא להציל את שלו שלא ימיתנו העליון ואדם בהול על ממונו משא"כ כאן דאין החבית מזיק לכלי, סמ"ע}."

כתב הסמ"ע (ג) ע"פ הרב המגיד דלשיטתו אזל הרמב"ם דס"ל לפטור המזיק כשמזיק ברשותו אפילו הכניס הניזק כליו שם ברשות וכיון שהמזיק פטור בהזיקו נמצא שהניזק הזיקו שלא כדין וחייב לשלם לו הזיקו, אבל הטור השמיט ולא כתב ברשות הניזק ולשיטתו מסימן שע"ט שפסק דלא כרמב"ם.

כתב הש"ך (ב) על הסיפא דמחבר דדחפו לעליון פסק המרדכי בב' אנשים שמכין זא"ז ובא אחר ודחף אחד מן חבירו חייב לעשות לו דין דהיה לו לשומטו בנחת [וכתב בפסקי המשפט (א) ע"פ שו"ת להורות נתן ע"פ תה"ד דאולם המוכה שדחף חבירו בעצמו מעליו וחבל בו, אין חיוב על המוכה עצמו לשומטו בנחת ופטור, אולם אם הרגיש המוכה שהמכה לא בא בדרך אכזריות ויכול לשומטו בנחת חייב].

עמש"כ המחבר 'בין שהיה תם' וכו' ביאר הסמ"ע (ד) דר"ל לא מיבעיא כשהוא תם דאם לא יציל את שורו אזי לא יפרע אלא מגופו של תם חצי נזק דהרשות נתונה לו לדחפו להעליון, אלא אפילו אם הוא מועד דאז ישתלם מבעל השור מעלייתו, אפ"ה בכה"ג עביד אינש דינא לנפשיה להציל.

סעיפים ג – ד

חמישה הניחו חבילות על בהמה ובא אחרון והניח חבילתו ומתה, מי חייב?

מה הדין בנזק שנעשה ע"י שנים ואין ידוע על ידי מי נעשה הנזק? מה יהא הדין במקרה הנ"ל באחד שאין לו לשלם? (ראה תי/לו)

ב"ק י. וכגירסת ופירוש הב"י ברמב"ם "ת"ר הכשרתי מקצת נזקו חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו. כיצד החופר... מתקיף לה רב ששת והא איכא מרבה בחבילה היכי דמי אי דבלאו איהו לא אזלא פשיטא (דחייב) אלא דבלאו איהו אזלא מאי קא עביד (ופטור) "וז"ל השו"ע (ד) כרמב"ם (ודלא כרש"י שפירש הסוגיה באחד שהצית דליקה והשני היה מרבה בחבילה, דדברי הרמב"ם וגרסתו הנכונים, ה"ה) "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 (ע"פ התוספתא בגר"א -) ואם אין ידוע, כולם משלמין בשוה".

ביאר הסמ"ע (י) דהא דאחרון חייב דלא מצי למימר לאחרים ליקח חבילתם כשהנחתי את שלי כדאמרינן לעיל בה' שישבו על הספסל בסימן שפ"א, דשאני התם דמייירי דגם זולת האחרון היה נשבר לאחר זמן דמשו"ה אין לומר כיון דהייתם צריכים לעמוד עכ"פ לאחר זמן היה לכם לעמוד מיד, משא"כ בחבילות הללו וכן בטעינת הספינות בסוף סימן ש"פ.

הקשה הקצות (א) עמש"כ הרמב"ם והמחבר דבאין ידוע משלמין בשוה דאמאי הא כל חד וחד מצי אמר אני לא הזקתי אלא האחרון וכן האחרון שמא הוזק בראשון והיכי מוציאין ממנו בספיקא, וכתב דנראה דהרמב"ם למד זה מב"מ דף פ' 'היכי דלא שני בה מאן משלם אמר רב פפא דנקט פרשא וכו' ואי דוכתי דמחזקי גונדרי תרווייהו משלמין, ופירש רש"י שהיה להם ליזהר מאד ובדבר מועט שעיוות אף המנהיג הוא נשבר והוי דבר המוטל בספק, ומשמע דשנים שהזיקו ביחד והספק בין שניהם דמשלמין בין שניהן בשוה, וה"ה הכא באינו יודע משלמין בשוה, אלא דבתוס' שם דחו דברין דלא ס"ל כסומכוס אלא כרבנן והמוציא מחבירו עליו הראיה ואי הוי ספק שניהם פטורים, וא"כ לתוס' ה"נ בחבילות אם אינו ידוע כולן פטורין, ואף לפי רש"י יש לתמוה דהא כתבו התוס' בב"ב ס"ב דבכמה מקומות בש"ס דפסקו דין חלוקה משום דבכל אלו היה נראה לחכמים שיחלוקו והיכא דאתמר אתמר והיכא דלא מפרש גמרא מידי אית לן למימר המוציא מחבירו עליו הראיה, וצ"ל דכיון דלפירוש רש"י אתמר בשנים שהזיקו בגונדרי דתרווייהו משלמין בשאר נזקין נמי בספק משלמין תרווייהו, אלא דאכתי תיקשי כיון דלשיטת תוס' אמרינן כה"ג דפטירי ולא אתמר כלל א"כ ה"נ פטירי וצ"ע.

כתב הרמב"ם (ע"פ דין דבהמה דסע' ג לעיל, ה"ה) וכ"פ בשו"ע (ג) "שנים שהמיתו את הבהמה כאחד או שברו את הכלי כאחד, משלמים ביניהם", וכתב הסמ"ע (ט) דקמ"ל דאף דיש בהכאה דכל אחד כדי להמית לא אמרינן דישלמו כל אחד מהן את כולה.

סעיף ה

סנהדרין עו: "ההוא גברא דמצמצמא לחיותה דחבריה בשמשה ומתה רבינא מחייב רב אחא בר רב פטר, רבינא מחייב קל וחומר מרוצח ומה רוצח שלא עשה שוגג כמזיד ואונס כרצון חייב בו את המצמצם נזקין שעשה בהן שוגג כמזיד ואונס כרצון אינו דין שחייב את המצמצם, רב אחא בר רב פטר דאמר קרא מות יומת המכה רוצח הוא ברוצח הוא דחייב לן מצמצם בנזקין לא חייב לן מצמצם", ופסקו הרמב"ם רמב"ן ורא"ש לחייב דקיי"ל דינא דגרמי חייב.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "הכובש בהמת חבירו במים או שהניחה בחמה וצמצם עליה המקום כדי שלא תמצא צל עד שהרגתה החמה, חייב {ודוקא שאחזה בידו אבל סגר עליה הדלת שלא תצא י"א (טור) דפטור מדיני אדם (אך חייב מדיני שמים, ב"י) (דלא גרע מב"ק נ"ה, באה"ג) }".

סימן שפד - דין אדם המזיק שלא בגופו

סעיף א

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם (בעיקר ע"פ ב"ק ג: גבי כיחו וניעו היכי דמי וכתב ה"ה דזה פשוט ובכמה מקומות אומרים גיריה ניהו) - "אחד המזיק בידו" {או בשאר גופו (טור, ובגר"א ציין לרש"י בדף ד' דכ"י ופשיט את רגליו) או שזרק אבן (ב"ק כו:) או ירה חץ (כתובות לא.) והזיק בו או שפטר (פי' שפתח) מים על חבירו או על הכלים והזיק (סנה' עז:) 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 (ונפק"מ לפטור בו כלים, סמ"ע)."

סעיפים ב - ד

פסק בשו"ע (ב) (משנה ב"ק סב: -) היה מכה בפטיש ויצא גץ (שביב יוצא מתחת הפטיש כשמכין בו על הסדן) מתחת הפטיש והזיק, ה"ז חייב. (ג) (משנה צח: -) הבנאי שקבל עליו את הכותל לסותרו, ושבר את האבנים או הזיק חייב, היה סותר מצד זה ונפל מצד אחר פטור, ואם מחמת המכה חייב (מפני שזה כזורק חץ והזיק הוא, רמב"ם). (ד) (ברייטא וגמ' ב"מ קיח: -) החצב (שחוצב אבנים מההר) שחצב אבן ונתנו לסתת (הפוסל אבני גזית ומרבעה ומחליקה), 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 (עד כאן עסק דנשבר האבן בעודה ביד אחד מהן דהוא לבדו חייב אע"ג דכולן קבלנים, סמ"ע), ואם אחר שסדרו על שורת הבנין נפל והזיק, אם הם קבלנים וכולם שותפים במלאכה, כולם חייבים, ואם הם שכירי יום, האחרון חייב וכולם פטורים."

סימן שפה - דין היזק שאינו ניכר כגון מנסך יינו של חבירו

סעיף א

בהיזק שאינו ניכר, האם מחייבים את היורשים? ומה הדין בעמד בדין ומת?

משנה גיטין נב: "המטמא והמדמע והמנסך בשוגג פטור במזיד חייב" ובגמ' נג. "אמר חזקיה דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד חייב מאי טעמא היזק שאינו ניכר שמיה היזק ומה טעם אמרו בשוגג פטור כדי שיודיענו ורבי יוחנן אמר דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד פטור מאי טעמא היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק ומה טעם אמרו במזיד חייב שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חבירו ואומר פטור אני" והקשו על חזקיה מדתנן בב"ק צ"ו גזל מטבע ונפסל תרומה ונטמאת וכו' אומר לו הרי שלך לפניך וסלקא בתיובתא - וקיי"ל כרבי יוחנן, וז"ל השו"ע "המזיק את חבירו היזק שאינו ניכר, כגון שעירב יין נסך ביינו, מן התורה הוא פטור, אבל חכמים קנסוהו לשלם נזק שלם מהיפה שבנכסיו כדין כל המזיקים (דבמזיק כתיב 'מיטב שדהו ישלם', ואע"ג דאינו אלא מדרבנן, כעין דאוי תקון, ש"ך בשם הרא"ש), (מימרא דאביי דס"ל כרבי יוחנן דלא שמיה היזק דלבריה לא קנסו רבנן מד: -) לפיכך אם מת המזיק קודם שישלם, אין קונסין בנו אחריו לשלם. וכן אם היה שוגג, או אנוס (רמב"ם, ופשוט, ב"י) פטור, שלא קנסו אלא מזיד."

שם נב: "איתמר מנסך רב אמר מנסך ממש (משכשך ידו בתוך היין לשם עבודה זרה) ושמואל אמר מערב (יין נסך ביין כשר של חבירו), 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 (רב) מנסך מ"ט לא אמר מערב אמר לך מערב היינו מדמע, ואידך (שמואל) קנסא הוא ומקנסא לא ילפינן", וכתב הש"ך (א) דמכתב הרמב"ם כללא 'המזיק ממון חברו' וגם מדכתב 'וכן כל כיוצא בזה' מוכח דפסק כרב, דאי כשמואל הא משמע להדיא בש"ס דדוקא הני תלתא ותו לא דמקנסא לא גמרינן וכ"כ ה"ה, אבל בדיני דגרמי לרמב"ן ר"ף רב האי גאון והרא"ש כתבו דקיי"ל הלכה כשמואל בדיני, ומקנסא לא גמרינן, ולפי דבריו אינו חייב אלא במטמא ומדמע ומנסך ולא בדברים אחרים

(כמעט), אולם הש"ך האריך להוכיח כרמב"ם מחולין מ"א דקיימא כרב, ועוד דהא דחייב רבן גמליאל בחולין פ"ז ליתן י' זהובים קנסא הוא וכדעה קמא ברי"ף (ראה סימן שפב), עיי"ש שפילפל בדברי הרי"ף הנזכרים (שם), וציין לריש סימן שפ"ו שהביא פוסקים נוספים דסברי דדינא דגרמי קנסא ומקנסא ילפינן.

כתב **הסמ"ע** (ב) דהא דאין קונסין הבן היינו אפילו עמד אביהן בדין ובשונה ממסור שמת בסימן שפ"ח, אולם **הש"ך** (ג) חלק דהא דפסקו הרמב"ם והמחבר במסור שמת גובים מיורשיו אפילו לא עמד בדין היינו משום דס"ל דדינא דגרמי דינא הוא ולא קנסא והי"א שם דס"ל דדוקא שעמד בדין היינו משום דס"ל דדינא דגרמי קנסא דרבנן ולא קנסו בנו אחריו ואינו חייב אא"כ עמד בדין, ואם כן ה"ה הכא בעמד בדין חייב וכן מוכח להדיא במרדכי ועוד.

כתב **הפת"ש** (א) בשם **הפמ"ג** שהתוחב כף של איסור לתוך היתר חבירו שוגג פטור אך באינו מינו י"ל דנרגש הטעם והוה היזק ניכר וצ"ע.

[עוד בענין היזק שאינו ניכר, כתב **בפסקי המשפט** דכתב החת"ס (גיטין נג) דמ"מ איסורא איכא מדאורי' דאין שום סברא לומר דמן התורה הפקר והיתר הוא להפסיד אלפים ורבות של חבירו, אלא שאינו נזכר בפרשת נזיקין לשלם ממיטב, עיי"ש עוד מש"כ בשם האמרי בינה בזה].

סעיף ב

ע"פ **חולין מא. וגיטין נב**: פסק בשו"ע "המנסך יין חבירו לע"ז" לא נאסר שאין אדם מישראל אוסר דבר שאינו שלו (משו"ה אף ששמעו מפיו שאמר שכונתו לנסך אמרינן לצעוריה לחבריה קא מכזיב ולא גמר בדעתו לנסכו, סמ"ע), ואם היה לו בו שותפות או שהיה מומר שהרי הוא כעכו"ם, או שהתרו בו וקבל ההתראה שהרי הוא מומר, הרי זה אוסר היין וחייב לשלם אע"פ שהוא מתחייב בנפשו, מפני שמעשה שהגביהו נתחייב לשלם ואינו מתחייב בנפשו עד שינסך".

כתב **הסמ"ע** (ד) דאף שדעת הרא"ש דבבהמת שותפין אינו נאסר (והטור כאן סתם ביין שאסור) שאני הכא כיון דראוי ועומד לחלוק והיה לו ליטול ואח"כ הו"ל לצער חבירו באמרו שניסכו ולכך לא אמרינן דלצעוריה קמכזיב, משא"כ בשחיטת בהמה לע"ז דאי אפשר לחלקה בחייה.

סימן שפו – חילוק שבין גרמא דגרמי והזורק כלי מראש הגג

סעיפים א – ג

מצאנו שלושה מושגים קרובים גרמא, גרמי וגורם לממון, מהו גרמא ומהו גרמי ומה דינם? הבא את סוגיות הגמרא שיטות הראשונים וההלכה.

האם יש דין גרמא בנזיקין באונס גמור?

מהו גורם לממון והאם מי שסובר שגרמי חייב סובר שדבר הגורם לממון כממון דמי?

האם גרמי חייב מהתורה, או מדרבנן, והאם צריך כוונה כדי לחייב?

פרט דין שורף שטרו של חבירו.

הזורק כלי שלו מראש הגג, והיו תחתיו כרים וכסתות שאם יפולו עליהם לא ישברו, וקדם אחר וסילקם, ונחבט הכלי בארץ ונשבר מה דינו? והאם יחשב מאבד ממנו לדעת?

ב"ק ק. "ריש לקיש אחוי ליה דינרא לרבי אלעזר אמר מעליא הוא אמר ליה חזי דעלך קא סמכינא א"ל כי סמכת עלי מאי למימרא דאי משתכח בישא בעינא לאיחלופי לך והא אתה הוא דאמרת רבי מאיר הוא

דדאין דינא דגרמי מאי לאו ר' מאיר ולא סבירא לן כוותיה א"ל לא ר' מאיר וסבירא לן כוותיה. הי רבי מאיר אילימא רבי מאיר דתנן דן את הדין זיכה את החייב חייב את הזכאי טימא את הטהור טיהר את הטמא מה שעשה עשוי וישלם מביתו הא איתמר עלה אמר רבי אילעא אמר רב והוא שנטל ונתן ביד אלא הא ר' מאיר דתנן לצבוע לו אדום וצבעו שחור שחור וצבעו אדום ר' מאיר אומר נותן לו דמי צמרו התם קא עביד בידים אלא הא ר' מאיר דתנן המסכך גפנו על גבי תבואתו של חברו הרי זה קידש וחייב התם נמי קא עביד בידים אלא הא ר"מ דתניא מחיצת הכרם שנפרצה אומר לו גדור נפרצה אומר לו גדור נתייאש ממנה ולא גדרה ה"ז קידש וחייב באחריותו".

צח. "אמר רבה הזורק מטבע של חברו לים הגדול פטור.. ואמר רבה השף מטבע של חברו פטור.. ואמר רבה הצורם אוזן פרתו של חברו פטור.. ואמר רבה השורף שטרו של חברו פטור דאמר ליה ניירא קלאי מינך... אמר רב דימי בר חנינא הא דרבה מחלוקת ר"ש ורבנן היא לר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי מחייב לרבנן דאמרי דבר הגורם לממון לאו כממון דמי לא מחייב מתקיף לה רב הונא בריה דרב יהושע אימר דשמעת ליה לרבי שמעון דבר הגורם לממון כממון דמי בדבר שעיקרו ממון כדרבה דאמר רבה גזל חמץ לפני הפסח ובא אחר ושרפו במועד פטור שהכל מצווים עליו לבערו לאחר הפסח מחלוקת ר' שמעון ורבנן לרבי שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי חייב לרבנן דאמרי דבר הגורם לממון לאו כממון דמי פטור, בדבר שאין עיקרו ממון מי אמרינן. אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא ומאן דלא דאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי ניירא בעלמא, הוה עובדא וכפיה רפרם לרב אשי ואגבי ביה כי כשורא לצלמא".

כו: "אמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים או כסתות בא אחר וסילקן או קדם וסילקן פטור מאי טעמא בעידנא דשדייה פסוקי מפסקי גיריה".

וז"ל **השו"ע (ה"ה)**: בכל הני פטר רבה בדף צ"ח ב' מימרות משום דלית ליה דינא דגרמי, ואמימר חייב בשורף שטר חברו ופסקו **הרי"ף ר"ח רמב"ם** ועוד דלדידן בכולהו חייב) - "קיימא לן כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי.. לפיכך ¹ הדוחף מטבע של חברו עד שירד לים חייב, אע"פ שלא הגביהו ² וכן הפוחת מטבע של חברו והעביר צורתו חייב, אע"פ שלא חסרו, ³ והמוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו דקי"ל שהוא מחול, צריך לשלם ללוקח, כמו שנתבאר בסי' ס"ו. (ב) (כאמימר וע"פ השקלא וטריא בדף צח ע"ב -) ⁴ וכן השורף שטר חוב של חברו, חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר, שאע"פ שאין גוף השטר ממון, הרי גרם לאבד ממון, ובלבד שיודה לו המזיק ששטר מקויים היה ('מאמינו') 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 (כלומר שיאמרו העדים הדבר לפני ב"ד והב"ד יכתבו שטר אחר, סמ"ע וש"ד) כמו שנתבאר בסימן מ"א (טור ע"פ הגמ') { (ג) (ע"פ הרי"ף והרמב"ם גבי דף כ"ו דרבה לשיטתו שפטר בגרמי -) 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". אולם **הרמ"א** (ג) פסק **כר"י** והרא"ש דזה הוי גרמא ור"מ יודה בזה – "וי"א דזה מקרי גרמא בנזקין ופטור, וכן בדוחף מטבע של חברו (1) או פחת צורתה פטור (2), 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.. " (וראה לקמן המשך דבריו).

כתב **הסמ"ע** (א) דנשמע מהרב המגיד דהרמב"ם וש"פ שהביא דמחייבי "בכל הני" טעמייהו משום דמחשבי לכל ד' מימרי שהוזכרו בדף צ"ח גרמי וס"ל דאמימר דאמר אהשורף שטרות דמאן וכו' לרבנותא אמרה אהשורף שטרו דאע"פ דהשטר לאו ממונא הוא מתחילה ועד סופו אפ"ה מחייב ביה לר"מ דדאין דינא דגרמי ק"ו לאינך הנ"ל ושאר גרמא דהמה ממון דמחייב בהו, ולדידהו אין חילוק כלל בין דינא דגרמי לגרמא בנזקין ואף שזכר בגמ' בכמה מקומות דפטרי בגרמא ס"ל דהנהו סוגיות אזלי אליבא דרבנן דפליגי עם ר"מ ופטרי בדיני דגרמי, ומשו"ה התחיל הרמב"ם 'כל' הגורם להזיק ממון חברו חייב שמע מינה דכיל להו ומחייב בכולהו וכ"כ הנ"י, ודלא כלבוס שלמד ברמב"ם דכולהו דיני דגרמי נינהו ובגרמא בנזקין כ"ע מודו דפטור, והרא"ש והרמ"א ס"ל דיש חילוק בין גרמי לגרמא ואליבייהו אמימר אמר דווקא אמימרא דהשורף שטר ולא אאינך, וכתב הרא"ש (ט, יג) "ועתה יש ג' חילוקים במאבד ממון חברו בגרמא, האחד בדבר הגורם לממון שנחלקו בו רבנן ור' שמעון והלכה כרבנן דלאו כממון דמי, והשני הוא גרמא בנזקין ופטור לכ"ע, דבפרק לא יחפור (כ"ב ע"ב) גבי מרחיקין

הסולם מהשובד פריד והא גרמא בנזקין הוא, והשלישי הוא גרמי בנזקין דפליגי בהו רבי מאיר ורבנן¹, וביאר הרא"ש² דהיא³ בעצמו עושה היזק לממון חבירו⁴ וברי היזקא הוא הנקרא דינא דגרמי⁵ כגון שורף שטר או מוחל (בכתובות פ"ו) דהוא בעצמו מזיק ממון חבירו, ומראה דינר לשולחני, וכן דאחוי אחווי (קט"ז ע"ב) שהראה לגוי ממון חבירו וברי היזקא, וכן בכלאים בנתיאש ולא גדרה, וכן דן את הדין ומחייב את הזכאי ליתן ופטר החייב ומצוה ליתן הנבילה והטריפה לכלבים (בבכורות כ"ח), אבל המסלק כרים וכסתות אע"ג דברי היזקא לא עשה מעשה בגוף הממון ולא דמי לאחוי אחווי דמסור דכמאן דקלייה דמיא ועשה מעשה בגוף הממון, והשולח את הבעירה ביד חש"ו (נ"ט ע"ב) הוא אינו עושה את המעשה אלא החרש ופורץ גדר בפני בהמת חבירו (נ"ה ע"ב) ממילא נפקא וכ"ש טומן קמת חבירו (נ"ו ע"א) דלא עביד מידי ומבעית חבירו (שם) איהו דאפסיד לנפשיה ולא עביד ביה מעשה⁶, וכתב דעוד יש לחלק היכא דבשעת מעשה נעשה ההיזק נקרא דינא דגרמי כגון שורף שטר או מוחל או מראה דינר וכו' שמיד סומך עליו ונעשה לו ההיזק ופטר אותו שנתנו לו, ומסור בעידנא דאחוי ליה כמאן דקלייה דמי, אבל כל הני לא בא ההיזק מיד דהמסלק הכרים לא נשבר הכלי עד שיגיע לארץ וכן שיסה עד אחר השיסוי לא ישיך עיי"ש (וכן הובא בתוס' ב"ב כב: בשם ר"י ועוד מקומות, ח.פ.), והמרדכי בשם ריב"א (ובתוס' שם בשם ריצב"א) כתב דמה שמחלק ר"י 'נראה שכולם שוים'⁷ אלא דמילתא דשכיח קנסו ביה רבנו וחיובן אינו אלא מדרבנן ומטעם קנס ומילתא דלא שכיח לא (ו"טעם דקנסו שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו בעין והיינו טעמא דמאן דמחייב בהיזק שאינו ניכר ואפשר דבשוגג נמי קניס רבי מאיר כי היכי דקניס במטמא ומדמע אחד שוגג ואחד מזיד⁸, לשון התוס', ח.פ.), וסייע מהירו' לכך דהוי קנס, ולדברי המרדכי הללו נתכוין הרמ"א בסע' ג' (לקמן) ומשו"ה נראה שקיצר ולא כתב כל הני פרטי דכתבו הרא"ש והטור לפטור ולחייב דס"ל כוותיה דכולם פטורים אי לאו בהני דשכיחי דקנסו בהן ואפילו בגרמא בניזקין, ולהני גרמות דפטרי בהו רבנו מלשלם קראוהו "גרמא בניזקין" וכאילו אמרו הגרמות באו מכח הניזקין וכאילו באו מעצמן ולא מכח האדם המזיק, ובהני דמחייבי בהו רבנו קראוהו "דיני דגרמי" ור"ל הגרמות לא באו מעצמן אלא מאדם המזיק שגרם להן, וזה אתי שפיר לכ"ע אף לריב"א דס"ל ששוין הן, מ"מ בדבר השכיח וקנסו עליו רבנו קראו הגרמות על שם המזיק ובדבר שאינו שכיח לא קראו הגרמות על שם המזיק (וראה עוד בקצות סק"י לקמן בגדרים נוספים בגרמא).

הש"ך (ד) חלק עמש"כ הסמ"ע (ד) בדעת הרמב"ם, דכ"ע מודו דגרמא בניזקין פטור וכ"כ הרשב"א וכן משמע ברמב"ן להדיא שגם דעת הרי"ף וכן משמע בתוס' ורא"ש בכמה דוכתי וכ"ד המחבר דמחלק בין דיני דגרמי לגרמא וכל הנך שהזכיר המחבר דחייב גרמי נינהו⁹ וגם מלשון המחבר מה שרשם בתחלת הסימן ממה שמדבר הסימן.. חילוק שבין גרמא לבניזקין לדינא דגרמי¹⁰ (וכן הסכים הקצות בסק"ב דלא כסמ"ע, דודאי גם לרמב"ם אשכחן דס"ל דגרמא בנזקין פטור דאמרין בריש הכונס בשולח את הבעירה ביד חש"ו, פורץ גדר בפני בהמת חבירו, הכופף קמתו בפני הדליקה, המבעית חבירו, הנותן סם המות לפני בהמת חבירו, ושיסה בו הכלב וכל הנך להרמב"ם נמי פטור כמבואר בדבריו "אלא ודאי דהרמב"ם נמי מחלק בין גרמי לגרמא אלא דס"ל דדוחף ופוחת וזורק בכלל גרמי דחייב הוא"). עוד כתב בשיטת רש"י דסבר הרמב"ן בדעתו דהכל אחד הוא גרמא וגרמי (ודלא כפי שהבין הרש"ל בשיטת הרמב"ן ברש"י דיש חילוק וגרמא ולכ"ע פטור) ומש"כ רש"י על דברי רבה דזרק כלי כו' פטור דגרמא בניזקין פטור לא פירש כן אלא לדעתיה דרבה דהוא מרא דשמעתא בהגוזל דס"ל השורף שטרו של חבירו פטור משום דגרמא בניזקין פטור ולא דאין דינא דגרמי אבל אגן קי"ל כדמסיק בש"ס התם דשורף חייב משום דדיינן דינא דגרמי וא"כ לדידן בזרק כלי נמי חייב ורש"י לא פירש כן אלא לדברי רבה, דליכא למימר דרש"י מחלק בין גרמי לגרמא (כרש"ל ברמב"ן ברש"י) דהא משמע מדברי רש"י דגרמי וגרמא כולו חדא מילתא היא דהא רש"י כתב על הנך מימרא דרבה בהגוזל דטעמא דרבה בכולו משום גרמא בניזקין הוא פטור וגרמא וגרמי הכל אחד ורבה לא דאין דינא דגרמי, ולמאי דמסקינן דדיינן דינא דגרמי חייב בכולו. גבי מח' הרמב"ם ור"י כתב הש"ך (ז) דהעיקר כר"י רא"ש וסיעתם דבדוחף מטבע לים ופוחת מטבע פטור דבכולו הלכה כרבה בר משורף שטרות וכדלקמן בסק"א, מיהו היינו דוקא שלא הגביהו ודחפה לים הגדול ודוקא במים צלולים דחזי ליה וכן בפוחת מטבע דוקא שלא חסרו וכן שלא הגביהו ושלח ליש"ש לפרטים אלו (וראה לקמן בקצות סק"י"א). עוד חלק הש"ך (כד) עמש"כ הרמ"א בסוף סע' ג' בשם יש מי שאומר דבכל גרמא בניזקין אם הוא שכיח חייב לשלם משום קנס, דלא נמצאת דעה כזאת "ומי מפסי איזו שכיח ואיזהו לא שכיח" אבל בעל סברא זו הוא ריצב"א ושא"פ שכתבו לתרץ דהא דבכמה עניינים איתא בש"ס דחייב משום דינא דגרמי ובכמה עניינים פטור, ודווקא מילתא דמצינן בש"ס דקנסו אמרין משום שהיה נראה להם דשכיח קנסו והבו

דלא לוסיק עלה ואין לך אלא מה שאמרו הם כן, ודלא כמשמע בסמ"ע סק"ז גבי שליש שהחזיר השטר שקנסו בדבר שכיח (ונראה גם שחלוק על המ"ב דלקמן, ח.פ).

גבי חילוקי הדינים בדינא דגרמי, כתב הפת"ש (א) בשם המשאת בנימין (וכל ההגדרות שהזכיר מופיעות ברא' לעיל) דכל מילי דשכיחי קנסוהו רבנן למזיק בכל ענין "ובמילי דלא שכיחי הוא דחילקו רבנן בין גרמא לגרמי.. ונראה דאינו חייב לשלם מדינא דגרמי במידי דלא שכיח אלא בדבר דאית ביה תרתני, שהוא עושה ההיזק בעצמו וגם ההיזק בא מיד בשעת מעשה" דזה הוי גרמי ואז חייב לשלם מדאורייתא כאילו עשה ההיזק בידים, "אבל משום חד מינייהו לא מחייבין ליה משום דאנן לא פסיקא לן מילתא איזה חילוק הוא אמת.. ועוד אפשר דגם חכמי התלמוד לא חייבו מדינא דגרמי עד דאיכא תרי טעמי", ועוד כתב המ"ב בשם הרא"ש (כנ"ל) דאינו חייב מדינא דגרמי עד שיהא ברי היזקא ועד שיעשו מעשה בגוף דבר הניזק. עוד כתב בשם הנו"ב גבי גורם היזק לחבירו במכס סחורות, דלא מיקרי גרמי אלא כשעושה מעשה בגוף דבר של חבירו וכאן זה ע"י כרטיס ואם יחזיר ה"קאנסימענט" לידו א"כ שוב לא עשה מעשה בגוף הדבר של ראובן שהרי בסחורות עצמן לא עשה שמעון שום דבר, "אלא שאולי כיון שכבר בא ההיזק ע"י ה'קאנסימענט' כבר נתחייב שמעון ומה שמחזיר עתה חספא הוא מחזיר", אך כיון שכתב הסמ"ע דלרמב"ם אין חילוק בין גרמא לגרמי ובכולהו חייב א"כ כאן שראובן תופס ומוחזק יכול לומר קים לי.

הש"ך (א) האריך לחלוק עמ"ש"כ הרמב"ן דדינא דגרמי דאין ומחמת זה היה מוכרח לחלק בחילוקים איזו נקרא דינא דגרמי ואיזו נקרא גרמא, אלא העיקר דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן ואין צורך לחלק בשום חלוקים וחכמים קנסו בדבר שהיה נראה להם שהוא שכיח ואין לדמות גזרות חכמים זו לזו, וכן סוברים הריצב"א בשם הירו', מרדכי, סמ"ג, אגודה ועוד, וכן הוא בתשובת ה"ר יקר בן ה"ר שמואל הלוי בתשובת הרא"ש דמסור קנסא הוא ולא קנסו בנו אחריו, ודלא כנראה בטוש"ע בסימן ס"ו ע"פ התרומות שכתבו דהמוחל שטרו ישלמו יורשיו דהוא משום דינא דגרמי דחייב מדינא ולא משום קנסא, וכ"כ ברמ"א בסימן שפ"ח ע"פ מהר"ם דדוקא שעמד בדין המוסר דלא קנסו לבנו (אך קשה דבסימן ס"ו סתם כטוש"ע), ונפק"מ גם לשוגג דכתב הני"י דמסור ומפגל פטורים בשוגג ודלא כרמב"ן דבכל גרמי כמוחל ושורף שטר חייב אף בשוגג, ותליא במח' בהבנת השקלא וטריא גבי מסור בב"ק קט"ז ע"ב 'א"ל רב הונא בר חייא לרב נחמן דינא או קנסא א"ל מתניתין היא דתנן אם מחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה ואוקימנא דאחוי אחווי', ודחה ראיות הרמב"ן ממחיצת הכרם שנפרצה דהתם אין כוונתו להזיק וחייב, דאינו, ודמי למש"כ הרמב"ן בעצמו במראה דינא דהואיל וצריך למגמר וקא חזי פושע ומזיק הוא וה"ה בזה כיון שלא גדרה פושע ומזיק הוא, ומ"ש הרמב"ן להוכיח דאנן קי"ל דמקנסא לא ילפינן הלכך ע"כ דינא הוא דקי"ל כשמואל בדיני ושמואל ס"ל בגיטין נ"ב דמקנסא לא ילפינן גבי מנסך היינו מערב, ואינו מוכרח כמש"כ בסימן שפ"ה שהרמב"ם ועוד פסקו כרב והאריך לדחות מש"כ הרמב"ן דסוגיא כוותיה דשמואל, והוכיח דהוי דרבנן מב"ק ס"ב גבי עשו תקנת נגזל באשו (עיי"ש), ועוד ראיה מדפטרין למוסר כשהוא אנוס ואי דיני דגרמי דאין הא בכל מילי דאורייתא מיחייב באונס כרצון ואף שהרמב"ן הרגיש בזה וכתב דאקילו רבנן בדבורא ולא עשו, דוחק הוא דלמה עקרו רבנן דין תורה אלא ודאי דינא דגרמי אינו אלא מדרבנן ולכך מסור שאנסוהו להראות והראה פטור וכ"כ בהגה"מ ועוד רא' דמשום דדינא דגרמי לא הוי אלא מדרבנן הלכך כי אנוס לא מחייב, ועוד האריך מב"ק ע"א (וגם בכתובות ל"ד) והתוס' שם גבי הא דמחייב ר' מאיר ד' וה' בטבח שור הנסקל אמאי איסורי הנאה ניהו אמר רבא ר' מאיר סבר לה כר' שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי. עוד כתב להוכיח מהשקלא וטריא בדף צ"ח שרב דימי בר חנינא רצה לתלות דברי רבה בר"ש ורבנן גבי גורם לממון ור"ש סבר דבר הגורם לממון כממון דמי מדאין וקאמר דמודה בשר שאין עיקרו ממון דפטור א"כ מנא ליה לאמימר דמאן דדאין דינא דגרמי מיחייב בשטר דלמא ס"ל כר"ש אלא דכל השקלא וטריא דמעיקרא הוי מדינא דאין וקאמר אממר מילתא אחריתי דלמאן דדאין דינא דגרמי מקנסא דרבנן מגבי ביה דמי שטרא מעליא דפשיטא דיש לקנוס טפי בשורף שטר ממוסר ומחיצת הכרם שנפרצה, ועוד יש להוכיח מדקאמר אממר גבי שטר דווקא ולא אמר 'דמי חמץ מעליא' או 'דמי מעליא', דדוקא אשטר קאמר משום דשכיח אבל גזל חמץ ועבר עליה הפסח לא שכיחא וגם אין ראוי לקונסו שהרי אדרבה בשריפתו גרם תשלומין לנגזל והפסד לגזלן וניחא טפי לרש"ל ופוסקים דס"ל דמדלא קאמר אממר אלא בשורף שטר ולא פליג ארבה בשאר מימרות דקניס אממר בדבר הרגיל דמגבי ביה דמי שטרא מעליא דשכיח ומילא הנך תלתא דלעיל לא שכיחא, ועוד כתב דאפשר דלאמימר לא ברירא

ליה דקנסא הוא אלא ספוקי מספקא ליה וקאמר דלמאן דדאין דינא דגרמי משום קנסא מגבי ביה בהאי שטרא דמי מעליא.

כתב הקצות (א) דכל ראיות הש"ך אינן מוכרחות כלל והאריך לדחותן אחת אחת, אך סיים דבריו בצ"ע.

כתב הש"ך (ג) דכתב בעה"ת גורם דגורם פטור והביא ראיה משבועות ל"ב גבי הכל מודים בעידי סוטה כו' הלכך השולח הבערה ביד חש"ו ושרפו שטרות פטור, והרמב"ן חלק דליכא לדמוייה לשבועות דהתם לא חייבה התורה שבועה אלא על שבועת העדות המחייבת ממון או גורמת אבל גורם דגורם כפירת דברים הוא וממונא ליכא אפילו בכובש עדות גמור "ומי שדמה שתי עניינים אלו וערבן חייב משום כלאים", ולכן חייב בגורם לשרוף שטרות חבירו, והש"ך כתב דלפמש"כ בסק"א דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן יש לפטור גורם דגורם. הפת"ש (א) כתב בשם הנו"ב דיכול מוחזק לומר קים לי כרמב"ן דגורם דגורם ג"כ חייב.

הקצות (ג) התקשה במה שפטר בעה"ת, דהא בב"ק נ"ט אמר ריש לקיש משמיה דחזקיה לא שנו דמשלח פטור אלא שמסר לו גחלת וליבה אבל מסר לו שלהבת חייב מאי טעמא מעשיו גרמו לו ור' יוחנן אמר אפילו מסר לו שלהבת פטור ולא מיחייב עד שימסור לו סילתא ושרגא דהאי ודאי מעשה ידיה קא גרמי, ופסקו הפוסקים וטוש"ע בסימן תי"ח כריש לקיש, וא"כ היכא דמסר לו גחלת וליבה אפילו שרפה כלים נמי פטור ואם מסר לו שלהבת אין בו משום גורם אלא מזיק ממש ואשו הוא דחייב אליביה דכ"ע אפילו למאן דלא דאין דינא דגרמי, וא"כ שרפה שטרות אמאי פטור, הא מאן דמחייב לה בתורת אש הוא דמחייב לה ולא משום דינא דגרמי, והו"ל כהדליק אש והלך ברוח מצויה דחייב, ובודאי התורה דחייבה בנזקי אש לאו משום דינא דגרמי הוא, וא"כ שרפה שטרות נמי ליחייב היכא דהוא באופן דחייב בשלח ביד חש"ו, והיכא דפטור בשלח הבעירה ביד חש"ו אפילו שרפה כלים פטור, וכתב לבאר דבאש דכלו לו חציו היינו בענין שהיה לו לגודרה ולא גדרה דחייב באשו משום ממונו, ובזה נראה דשרף שטרות כה"ג פטור לדעת הרמ"א הכא דאינו חייב בדינא דגרמי אלא בנזקי גופו ולא בנזקי בהמתו וזה שכלו לו חציו אין בו משום חציו ותו לא הוי נזקי גופו אלא נזקי ממונו ופטור בשטרות.

עוד כתב הש"ך (ו) דדעת הרמב"ן דבמוסר ומוחל שטר דדבורא בעלמא הוא ואקילו רבנן בדבורא ולא עשו בו אונס כרצון אבל השורף שטרות באונס חייב דהא לאו מחילה היא וכן חייב בדיני דגרמי בשוגג, והש"ך חלק דכל דיני דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן כתב דפטור בכל אונס ושוגג (וכנ"ל).

כתב הפת"ש (ב) בשם **חוות יאיר** בנידון שתבע ראובן את שמעון שלולא שעיקל ספינתו היה מבריו לחורף אחרת ושם היה מוכר יינו בעד כסף רב, ועיי' ששמעון עיקל ספינתו הספיקו אנשי המלחמה לתופסה, והעלה שאין טענת ראובן כלום כי אין לחייב את שמעון מצד דינא דגרמי דכבר הכריע הש"ך דדינא דגרמי הוא רק קנס מדרבנן ובשוגג שלא נתכוין להיזק פטור, ובפרט דבנידון דידן לא הוי רק ספק גורם ולא ברי היזקא דלכ"ע פטור, והוסיף דגם אין לחייבו דמאחר שהוא שעת חירום וכמזיק בידים ודמי לכופף קמתו של חבירו לפני הדליקה במקום דמטי ברוח מצויה דחייב בב"ק נ"ו, דזה אינו, דנידון דידן ודאי לא דמי רק לרוח שאינה מצויה, דלא פסיקא מילתא שימהר ויחיש הגדוד לבוא, ואין לומר דהרי בכופף קמתו של חבירו גם ברוח שאינה מצויה חייב עכ"פ בדיני שמים, זה אינו, חדא, דכבר כתב רש"ל דלא מהני תפיסה בכל החייבים בדיני שמים והביאו הש"ך בריש סימן כ"ח (עיי"ש שרע"א הביא מחלוקת בזה, ח.פ), ועוד, דכאן ודאי אף בדיני שמים פטור, דדוקא בשאין לו שום שייכות בדבר השיך לחבירו, משא"כ זה שכיון להצלת חובו, אינו מחויב להמנע מחשש היזק חבירו הבלתי רגיל.

גבי הדוחף מטבע של חבירו עד שירד לים חייב אע"פ שלא הגביהו לפני כן, כתב הסמ"ע (ב) דמבואר בגמ' דאילו הגביהו פשיטא דחייב דהרי בא לרשותו וצריך השבה מעליא ועוד ה"ל למחבר לכתוב הגמ' דמיירי באפילו המים צלולים ורואה המטבע לפניו אלא שצריך לשכור אדם היודע לשוט תחת המים ולהביאו. בש"ך (ח) כתב דדעת הרש"ל דאף היכא דשקליה דצריך למעבד השבה מ"מ יצא במה שמשלם לו שכר בר אמוראי ואינו צריך להטפל ביה יותר, ודחהו דכיון דבעי למעבד השבה אינו יוצא עד שמחזירה למקום שנטלה.

< כתב הקצות (י) דכתב המרדכי בשם **רבי יקר** דמאי שנא זורק מטבע לר' מאיר מהמכה בהמת חבירו דמשלם נזק ואם רפאה אינו משלם לו אע"ג דגורם ליתן לו שכר הרופא דהא בזורק מטבע גורם ליתן שכר להעלותו וכן קשה מאי שנא מאדם דחייב לו ליתן ריפוי ושבת לבד הנזק משא"כ בבהמה דפטור, אלא ע"כ דאף ר' מאיר מודה דפטור בזורק מטבע לים ויש לחלק בין נזקי גופו לנזקי ממנו שבמזיק לגופו יש ליתן לרופא היזקו שע"כ יש לו ליתן לרופא מש"ה חייב לשלם ריפוי לבד מן הנזק דאפחתיה מכספא, אבל כשמזיק לממונו ומחמת אותו ממון נפסד ממון אחר כגון חובל בהמה ומחמת הבהמה נפסד ממון אחר שיש לו ליתן לרופא מש"ה פטירי וה"ל בזורק מטבע דמחמת ממון מפסיד ממון אחר ככה"ג מודה ר' מאיר עכ"ל דפטור, וכ"כ בהגהת מרדכי בשם **הר"ר אליהו** כשאדם מזיק דבר של חבירו כמו שורף שטרותיו דמזיק החוב עצמו חייב אבל אם הדבר בעין אע"פ שצריך לתת משלו כדי להעמידה כבראשונה ושאינו שוה עתה למכור כמו שהיתה כמו זורק למים צלולין אע"פ שצריך לתת שכר לתרמודאי ליטלו, גרמא בנזקין הן ופטור, וכן השף מטבע בקורנס אע"פ שצריך לתת שכר לצורף, וכן החובל בהמת חבירו דפטור אע"פ שאינו שוה עתה כבראשונה, וכן כל דבר שאינו מחוסר גוף הדבר אלא שצריך להוציא כדי להשיבו לקדמותו הוא נקרא גרמא. הקצות האריך בשקלא וטריא בב"ק י"א גבי 'מנין שעל בעל הבור להעלות שור מבורו ת"ל כסף ישיב לבעליו' והעלה דבדוחף מטבע לים ונפלה על האבן ונעשה בו קצת נזק דלא הדר דבזה צריך להעלותו מן הים על הוצאות שלו דכיון דגלי קרא בבור דעל בעל הבור להעלותו במקום נזק, וכן גבי שומרין דהוא אדם המזיק דצריך להביא עדודה לב"ד, וכיון דעל המזיק להביא השברים לב"ד א"כ כל שהיה קצת נזק מחויב המזיק להביא השברים לב"ד ומחויב להעלותו מן הבור, ולא מיפטר דוחף מטבע לים אלא היכא דלא היה נזק כלל, משא"כ בריפוי שכתב המרדכי לעיל, דאפילו במקום נזק דאינו בכלל יביא עדודה לב"ד כיון דהבהמה לפנינו.

גבי שורף שטר כתב הב"י בשם בעה"ת דאם בעל השטר אומר מנה היה בו והשורף אומר לא כי אלא נ' ישבע כדין מודה מקצת ואי אודי במקצת ועל השאר טען איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכ"ד הלבוש והב"ח, אולם כתב הש"ך (י) דצ"ע דהא דקי"ל בסימן סו/לט וצה"א דאין נשבעין על השטרות לא שבועת השומרין ולא שבועת מודה מקצת והוא מן המשנה בשבועות מ"ב, ובמשנה היה אפשר לדחוק דהיינו למאן דלא דאין דינא דגרמי או שאינו גורם היזק במה שאינו מחזיר השטרות רק שתובע גוף השטרות לאיזו טעם שיש לו אבל מסתימת כל הפוסקים שכתבו סתמא אין נשבעין שבועת מודה מקצת על השטרות משמע אף שמכח כפירתו לא יוכל התובע להוציא חובו אין נשבעין והכי מוכח להדיא בתוס', וי"ל דס"ל דדינא דגרמי ודבר הגורם לממון כממון דמי הכל אחד הוא וס"ל הלכה כר' שמעון וכן האריך להוכיח בדעתו מכמה מקומות, וא"כ לדין דלר"ף רמב"ם רא"ש ורוב הפוסקים לא קי"ל כר' שמעון ליתנהו לדברי הבע"ת, והראה מהרמב"ן שכתב ג"כ כביאור זה דתליא דין זה בר' שמעון ופסק כנ"ל דלא כבעה"ת דאין נשבעין אלא על דבר שגופו ממון ולא על הגורם ומכ"ש לפמ"ש בסק"א דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן דאין לחייב ש"ד בהא. עוד כתב ללמוד מהרמב"ן דבכל דיני דגרמי אין נשבעין שבועת התורה, אולם ברמב"ם ותשובת הרשב"א מוכח דבמסור שייך שבועה דאין אף דאינו חייב רק מדיני דגרמי, וי"ל דאף מאן דס"ל דבדיני דגרמי מחייבים שבועה דאין מודים בשטרות וס"ל דדוקא בהקדשות ושטרות דממעטינן להו מקרא דאין נשבעין עליהם היכא דגלי גלי והיכא דלא גלי לא גלי וכ"כ הרש"ל.

אולם **הקצות** (ד) האריך להוכיח כבעה"ת, ועיקרא דהך מלתא תליא במה שנחלקו הרמב"ם והראב"ד (טוען ה,ב) בהיזק קרקע דלדעת הרמב"ם אזלינן בתר מעיקרא ה"ל אין נשבעין אע"ג דשרפן, ולדעת הראב"ד אזלינן בתר בסוף והשתא דמים קא תבע א"כ ה"ה בשורף שטרות השתא מיהא תבע ממון ממש שחייב לו, ומה שחילק הש"ך לדעת הראב"ד נזק שטרות מדין נזק קרקע (עיי"ש), אין לחלק בין השוין דגבי נזק שטרות נמי כיון דהשתא מחייבי בנזק השטר הרי תובעו ממון ממש, ולדעת הראב"ד הא דאימעטו שטרות משבועה היינו בעינא כמו בקרקע והיינו שתובעו שטרות יש לי בידך ויש לו עד אחד דאין נשבעין, ועמ"ש"כ הש"ך דלפי מה שהעלה דדינא דגרמי דאינו אלא מדרבנן אין בו שבועה דאין, "כבר" נידון בסימן פ"ז (סקל"ב) דאפילו בממון דרבנן נמי נשבעין שבועת התורה כיון דהפקר ב"ד הפקר הו"ל ממון ממש ובטוען איני יודע הו"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, ומה שהוכיח כן מרש"ל דלמ"ד דינא דגרמי דרבנן לא שייך שבועה דאורייתא, הרש"ל לשיטתו דמ"ד דינא דגרמי דרבנן וקנסא הוא ואי מודה מיפטר ובזה ודאי ליכא שבועה דאורייתא כיון דאפילו מודה מיפטר, אבל לפי מה שהשיגו הש"ך בסימן שפ"ח (סקנ"א) דלא מהני בזה מודה מיפטר א"כ אפילו בדינא דגרמי דרבנן נמי

נשבעין שבועת התורה, "וא"כ נראה בשורף שטר ותובעו הממון לדעת הרמב"ם פטור ומשום דאזלין בתר מעיקרא ולדעת הראב"ד חייב כמו בדמי קרקע".

עוד גבי שורף שטר כתב הש"ך (יג) דדעת הרש"ל דאירי דוקא דלא שקליה בידים דלא הוי גזלן או שהיה בידו כבר בפקדון אבל שקליה בידיה ואגביה הוי גזלן לכ"ע והשבה בעי למעבד וחייב לכ"ע אפילו לרבה דלא גרע דיני דגרמי מגרמא בניזקין דמסקינן לעיל דאי שקליה בידיה גזלן הוא וחייב כ"ש הכא, וא"כ ישבע הנגזל כמה היה כתוב ביה דהא עשו תקנת נגזל בגזלן ודוקא בשטר ששוה הנייר פרוטה לצור ע"פ הצלוחית דהוי בודאי גזלן אבל אי לא לא הוי ודאי גזלן ודלמא ליכא כאן דיני גזלה ואין כאן תקנה לנגזל, והש"ך חלק דרבה סתמא קאמר ומשמע אפילו שקליה בידים ואגביה ושרפיה פטור לרבה, ודווקא גבי זורק מטבע לים הגדול הגמרא טרחה לחלק ולא גבי שורף שטר חבריו, ועוד דבדף קי"ז ממעטינן קרקעות עבדים ושטרות מקרא דאין נגזלין וע"כ בגזל קרקע ושטפה הנהר או נשרפה פטור, ואיתא התם דאפילו ר' אליעזר דפליג בקרקעות מודה בשטרות והכי איתא נמי להדיא בשבועות ל"ז, ומטעם דברשותא דמרא קמא קיימי, וכ"כ הרמב"ם 'הגזל קרקע ונשחתה מאליה כגון ששטפה נהר או נשרפה באש שירדה מן השמים אומר לו הרי שלך לפניך שהקרקע בחזקת בעליה קיימת ואין אחריות הפסד עליו, וא"כ ה"ה שטרות דמחד קרא אמעטי ואדרבה כ"ש שטרות דהא אפי' ר' אליעזר דדריש רבוי ומיעוטי ולא ממעט קרקע ממעט שטרות, והכי מוכח דקרא ממעט אפילו נשרפו דאי כשהן בעין לא צריך קרא למעוטי שטרות דהא אפילו מטלטלים כגון בחמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך, ואף בראב"ד משמע דלא פליג אלא בעבדים משום דמצין בקרא דנקנין ביאוש דכתיב וישב ממני שבי אלמא לאו כקרקע דמי הלכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו דכשמת לגזלן מת, הא בשטרות דליכא קרא דנקנין ביאוש דמי לקרקע, וגם בעבדים גופיה י"ל דעיקר דדינן כקרקע כדלעיל סימן שס"ג, "והעולה מזה קרקעות ועבדים ושטרות אין נגזלין והרי כאלו הן ברשות הבעלים לפיכך אם אחר שגזלן נשרפו מעצמן בבית הגזלן פטור ואם שרפן הגזלן אינו חייב אלא משום דינא דגרמי משום קנס חכמים", וכ"פ הקצות (ו) דעיקר כדברי ש"ך דשטרות אין נגזלין ואפילו היכא דליתנהו בעינא פטור.

עוד כתב הש"ך (יד) דשורף שטר חייב "כל החוב" היינו ששמיין כמה היה שוה למכור כדלעיל סימן סו/לב ואין סברא לחלק בין מוחל לשורף וכ"כ בתשובת הרא"ש ועוד.

עוד כתב הש"ך (יד) שמהריב"ל כתב שאין השורף יכול לומר פרעתי ההיזק למ"ד דינא דגרמי דאוי' אלא רק למ"ד דרבנן ומצי למימר קים לי כמ"ד דרבנן, והש"ך חלק דנאמן לכ"ע.

עמש"כ המחבר ע"פ הגמ' "ובלבד שיודה לו המזיק ששטר מקוים היה" וכו', כתב הרש"ל (ש"ך ט"ו) דאם המזיק אינו יודע לא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל, דגבי שורף שטרות של חבריו גרע ממסור ולכ"ע לא עשו תקנת נגזל בשורף כיון דניירא בעלמא קלא מיניה, והש"ך חלק דלא נהירא לחלק בדיני דגרמי בין זה לזה דנראה דכונה דינא דגרמי חד דינא אית להו וכי קמבעיא לן בב"ק ס"ב עשו תקנת נגזל במסור או לא בכולהו דינא דגרמי מבעי לן והכי משמע מלישנא דש"ס שם, ודחה ראיות הרש"ל מהרא"ש ונ"י, וכ"ד תשובת מיימוני בשם תשובת רב האי גאון להדיא דשורף שטרו של חברו ומסור חד דינא אית להו לענין תקנת נגזל.

< כתב הש"ך (יא) דכתב הרמב"ן דמי שגזל חמץ ועבר עליו הפסח שהיה יכול להחזירו לנגזל ולומר לו הרי שלך לפניך ובא אחר ושרפו חייב לשלם לנגזל מדינא דגרמי שהרי גרם להפסיד ממון מכיסו, והרש"ל הקשה עליו שחולק על הסוגיה בדף צ"ח דאמרינן דהשורף חמץ באנו למחלוקת ר"ש ורבנן ומאחר דהלכה כרבנן א"כ משמע להדיא דפטור, ותיצר הש"ך דס"ל כתירוץ היש מפרשים שהביאו התוס' בב"ק ע"א וכתובות ל"ד (דאין רבנן מודים לר"מ אלא בקרן ולא בכפל, והרש"ל צ"ל דהקשה לפי תירוץ קמא דאפילו רבנן דפליגי אר"ש מודו לר' מאיר דלא פטרי אלא בחמץ או בקדשים), דתרוצא קמא ודאי לא מסתבר כלל דמה לי ששוה לכל העולם או ששוה לו ס"ס גרם לו היזק והתירוץ האחרון הוא הנכון, אך מ"מ לפמ"ש"כ בסק"א דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן הכא פטור דלא שכיח.

< עוד האריך הש"ך (יב) במש"כ הרמב"ם (גזילה ט, א) שהעושה עבדו אפותיקי וחזר ושחררו חייב המשחרר לבעל החוב שהרי הפקיע שיעבודו וגרם לאבד ממונו והראב"ד השיג עליו דלא דמי לשורף שטר חבריו דהתם בדחבריה קא עביד מעשה אבל הכא אמר בדנפשי קא עבידנא וקיי"ל כרבנן ולא כרשב"ג בגיטין מ"א, וכתב הש"ך על דברי הרב המגיד (עיי"ש) שטען דהא הלכה כרשב"ג במשנה בכל מקום, דנהי דמזיק שעבודו אלים טפי לפי המסקנא היינו כמו דדיינן דינא דגרמי בשורף שטר של

חבירו שחייב ה"ה באחר שהזיק שעבודו של חברו אבל בלוח עצמו שהזיק שעבודו לא שמענו וא"כ יש לומר דהלכה כרבנן דפליגי ארשב"ג גבי לוח עצמו שהזיק בדדידיה קא עביד והעיקר כראב"ד דפוטור, וכשהוא אפותיקי מפורש הוא דגובה הב"ח מהמזיק אבל באפותיקי סתם מצי המזיק לומר לב"ח מה עשיתי לך הלא תגבה משאר נכסים, מיהו בעושה קרקע אפותיקי ובא אחר וחפר בה בורות אפילו לדעת הראב"ד חייב כיון דלאו בדידיה קא עבד אלא בדחבריה (ועיין **קצות** ה' שכתב דבתוס' משמע כרמב"ם ועוד דן בזה משעבודא דר' נתן).

< עמש"כ המחבר סע' ג' דהזורק כלי שלו מראש הגג וכו' חייב המסלק, כתב **הסמ"ע** (ה) דס"ל לרמב"ם (חובל ז, ח) דאיידי בכלי שלו דהמסלק חייב כולו, אבל אם זרק כלי של חבירו הזורק והמסלק משלמין דמי הכלי יחד כל אחד חצי הנזק, והמחבר קיצר (ודלא כראב"ד שכתב דהזורק לעולם פטור דפסיקי גיריה, והמסלק לרמב"ם המחייב בגרמא חייב ולחולקים פטור, ח.פ.), אולם **הש"ך** (כ) כתב דמדובר בכלי של חבירו ומיירי שלא הגביה הכלי רק דחפו מן הגג לארץ דאם הגביהו מיגזל גזליה והשבה בעי מיעבד כבסק"ח וחייב.

< כתב **הקצות** (ז) דיש להסתפק בשורף חמצו של חבירו בפסח בענין שמותר להשהותו עד אחר הפסח וכגון חמץ נוקשה דרבנן, מי נימא כיון דהשתא תוך הפסח לא שוי ולא מידי פטור מלשלם או נימא כיון דלקמיה שוי דהיינו אחר הפסח יתחייב המזיק, וכתב דנראה דפטור דאנן קי"ל כרבנן דר' שמעון ודבר הגורם לממון לאו כממון ופטור, ואע"ג דבעה"ת כתב בשם הראב"ד דאנן ס"ל כר' שמעון דאמר כממון כבר נחלקו עליו רוב הפוסקים (עיי"ש שהאריך אי נימא דר' שמעון ס"ל דבר הגורם לממון כממון אפילו היכא דאיתיה בעינא ובאיסור 'בל יראה' ביחס לזה).

< כתב **הפת"ש** (ד) בשם הנו"ב דאפילו שט"ח שנכתב לך ולכל מי שמוציאו שאז א"צ כתיבה רק מסירה לחוד, ומי שהוא בידו גובה בו כבסימן ס"ו, אפ"ה השורפו אינו חייב רק מדינא דגרמי.

< כתב ה**נתיבות** בסימן רס"א (א) גבי אבידה מדעת (עיין לעיל בשאלות) דשם אבידה עליו ובעינן יאוש (עיי"ש), וכתב דלפ"ז הא דאמרינן בב"ק כ"ו בזרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו חייב ולא אמרינן דאבידה מדעת הוי הפקר, מיירי במקום שיש מצילין, ולא מייאש נפשיה משום דאיכא ג"כ בל תשחית ומצוה על אחרים להצילו.

[כתב **הקצות** (יא) גבי 'פחת צורתה' דכתב המחבר, והש"ך (ז) כתב דהיינו דוקא דלא אגביה ולא חסריה אבל אגביה בין בדוחף בין בפוחת ודאי בעי למיעבד השבה, דנראה דגבי פוחת אפילו אגביה פטור מדלא אמר רבה והני מילי דאדייה אדויי אבל אגביה חייב, אלא בדוחף לבד אמרה משמע דבאחריני אפילו אגביה פטירי, וכן הוכיח הש"ך (סקי"ג) נגד דברי הרש"ל גבי שורף שטר דאגביה חייב, וטעמא דמלתא ע"פ התוס' דרבה סבר פסלתו מלכות לא הוי כנסדק דאי הוי כנסדק א"כ כל שכן דשף מטבע הוי כנסדק והרי חסריה טובא ואמאי פטור, וכיון דשף מטבע לא הוי כנסדק אלא כפסלתו דמצי אמר הרי שלך לפניך וא"כ אפילו אגביה נמי פטור כיון דמצי אמר הרי שלך לפניך, אולם דעת הרשב"א (וכן הוכיח הקצות ברמב"ם והשו"ע) דהא קי"ל גזל מטבע ועשה נסכא דהו"ל שינוי דמעיקרא מטבע והשתא נסכא, וא"כ שף מטבע נמי מעיקרא מטבע והשתא נסכא והו"ל שינוי ממש אך פטור לענין מזיק משום דאומר לו מאי חסרתיד (וניחא דברי הרמב"ם דפסלתו מלכות לא מצי אמר הרי שלך לפניך ומשום דהו"ל כנסדק דלא מצי אמר הרי שלך לפניך ולענין מזיק פטור משום דאמר ליה מאי חסרתיד ואין החיוב אלא משום גורם), אך מידי ספיקא לא נפקא דכיון דמדברי התוס' משמע דתליא זה בזה א"כ מספיקא לא מפיקנן ממונא ואפילו אגביה מצי אמר הרי שלך לפניך].

< כתב ב**פסקי המשפט** (יא) דלפי הרמ"א (לקמן) שהכריע כריצב"א שחייב בגרמי אינו אלא קנס שקנסו חכמים בדבר השכיה, ולפי הש"ך כוונת הריצב"א דווקא באופנים שהזכירו בש"ס, קשה למעשה לחייב ניזק בדינא דגרמי, וגם באופנים הנזכרים לפי הש"ך מיירי דווקא בפשיעה, אלא דהוסיף ע"פ **מנחת אשר** (א, קיד) דאכן **בזמנינו** שיש צורך גדול לפעול שלא לתת לבעלי זרוע לעשות כרצונם ולהפסיד ממון זולתם יש להורות למעשה לחייב בדינא דגרמי אם רואים ביי"ד שרגילים אנשי רשע להזיק בגרמא ותלוי בראות ביי"ד שאם נעשה שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס, וסומכים על המחבר שמעיקר הדין יש לחייב כל מזיק בגרמא, וע"פ הבית הלל והסכימו כמה אחי לדבריו בענין תקנה לחייב במבטל כיסו של חבירו.

בהמה שהזיקה רק בדינא דגרמי, האם חייב בעל הבהמה?

כתב הרמ"א (א) ע"פ הנ"י "ודוקא באדם חייב דינא דגרמי אבל בבהמה לכ"ע פטור", וכתב הש"ך (ה) דכ"כ בשם רא"ה, וצ"ע דרבו של הרא"ה הוא הרמב"ן ולרמב"ן חייב בשורו שהדליק את האש ושרף שטרותיו של חבירו דשאני גרמא דריחא דממילא אתיא (ב"ק מ"ח) מהך דהכא דמעשה שורו הוא, והש"ך חלק דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן (כנ"ל סק"א) ובדבר דלא שכיח לא קנסו א"כ בבהמה פטור כרמ"א.

סעיף ג (המשך הרמ"א)

מה דין מי שהושלש בידו שט"ח והחזירו למלוה שלא כדין וגבה על ידו מן הלוח?

מהו הדין אם החזיר השטר ללוה שלא כדין והפסיד המלוה חובו? פרט ונמק.

מזיק לחבירו בעצה מה דינו? (ראה סימן שו"ו) ואם יהודי אמר לקונה גוי בשוק שהסחורה שהוא קונה מיהודי אחר אינה כפי המחיר שאמר לו המוכר ונגרם למוכר היהודי נזק כתוצאה מאמירה זו פרט מה הדין?

כתב הרמ"א בהמשך לדבריו שר"י חולק על הרמב"ם (ראה לעיל) "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 בנזקין (תשובות רשב"א ומיוחסות לרמב"ן ועוד). י"א דבכל גרמא בנזקין אם הוא דבר שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס (ריצב"א, וראה לעיל בשם הש"ך סקכ"ד), ולכן יש מי שכתב דראובן שמכר מקח לעכו"ם, ובא שמעון וא"ל לעכו"ם שאינו שוה כל כך חייב לשלם לו (מהר"ם) ואפשר דכה"ג הוי כמסור דחייב כדלקמן סימן שפ"ח (עיי"ש בש"ך כ"ה שהאריך בדין זה ובהשגות הדרכ"מ עליו דהא אין ההיזק בא מיד וגם אינו עושה ההיזק גופיה). ראובן שהלוה מעות לעכו"ם על משכונות, ובא שמעון ואמר לעובד כוכבים להלות לו בפחות והחזיר לראובן מעותיו, פטור, דהוי גרמא בנזקין, מיהו מקרי רשע (רי"ו), ומבואר שם דאפילו א"ל שמעון לגוי להחזיר לראובן מעותיו פטור, (סמ"ע), וע"ל סי' קנ"ו ס"ה. דין המבטל כיסו של חבירו ע"ל סי' רצ"ב".

כתב הסמ"ע (ח) גבי שליש דהרמ"א בסימן נ"ה כתב ע"פ תשובת הרשב"א דבשליש שהחזיר שטר שלא כדין ולא נודע לב"ד עד שהוציאו מן הלוח כל השטר השליש פטור דהוי גרמא בנזקין, ולפי"ז צ"ל דמה שמסיק כאן דמשמתינן היינו קודם שנעשה ההיזק או הגבה מהלוח, מיהו הא דכתב בדבר השכיח ורגיל קנסתינן ליה וחייב לשלם זהו מייירי אפילו כשכבר גבו ונעשה הנזק. עוד כתב (ט) גבי השמתא, דמבואר בתשובת הרשב"א דהיינו דוקא לענין היזק שיארע לו אחר השמתא, אבל ההיזק שמגיע לו קודם השמתא אינו חייב לשלם לו, ומשו"ה כתב תחילה כולם פטורים, והיינו כדעת הראב"ד וסיעתו בסימן קע"ה גבי המוכר שדהו לגוי בצד שדה ישראל דמשמתינן ליה עד דמסלק היזק חבירו, ודלא כרא"ש שהצריך לשלם הכל, ועוד נראה מדבריהם שאפילו מת קודם שקיבל עליו לסלק היזקו פטור. הש"ך (כב) כתב דבתשובת מ"ב פסק גבי שליש דדוקא החזיר למלוה הוי גרמא אבל שטר שאינו פרוע שהחזיר ללוה מיקרי גרמי וחייב והוכיח כן מתשובת הרא"ש ופשוט הוא דהוי כשורף.

כתב הש"ך (כא) בשם תשובת הרשב"א (בב"י) דכן אם החזיר שטר פרוע לעכו"ם על אחד והעכו"ם הוציא ממנו פטור דהוי גרמא, ודלא כמהרש"ך.

כתב הש"ך (כג) דוגמאות נוספות לגרמא בש"ס ושו"ע [משסה כלב בחבירו בסימן שצ"ה, פורץ גדר לפני בהמתו בסימן שצ"ו ס"ד והשולח את הבערה ביד חש"ו, ליבה וליבתו הרוח וכופף קמתו של חבירו בסימן תי"ח, ותקע באזנו בסימן ת"כ], אך תמה דברמב"ם טור ופוסקים צוין גם הנותן סם המות לפני בהמת חבירו דפטור מדיני אדם דלא הוי אלא גרמא ומקורו בב"ק מ"ט דלא מיבעיא אכלה סם המות אלא אפילו אכלה עשב מאכל בהמה שהיא סם המות לה פטור, ונראה דה"ה כשעירב סם המות במאכל הראוי לה פטור, והשו"ע לא הביא דין זה כלל.

[ועוד האריך הסמ"ע (י) בנידון שבא גוי ועשה מקח עם ישראל ליקח כך וכך מדות יין שרף ונגמר המקח ביניהן כדין התגרים שמכים כף אל כף, ואח"כ הלך הגוי אל ישראל אחר הדר בשכונתו של ישראל הראשון ולא גילה שכבר דיבר עם ישראל הראשון והיתה כונתו שאם יוזיל לו ישראל השני המקח שיקח ממנו ויניח הראשון, וישראל הראשון הרגיש בדבר שלכך הלך בבית ישראל השני ושלח אל ישראל זה וביקש ממנו שלא ימכור לו יין שרף כי כבר עשה עמו מקח, ולא השגיח ישראל השני על זה ועשה מקח עם הגוי ולקח הגוי מידו היין שרף, ומכח זה לא קנה הגוי מישראל הראשון, וכתב דפשוט דאם אין ערמה בדבר לפי ראות הדיינים דאין עונשין לישראל השני על זה מאחר שהגוי מעצמו בא אליו ליקח ממנו יין שרף, דאף למאן דאמר דאסור ליקח מערופיא של חבירו סי' קנ"ו היינו דוקא בגוי הרגיל להיות עסק עמו וישראל השני מהדר אחר הגוי שישראל הראשון עסק עמו והשתדלחו לעסוק עמו, עיי"ש].

סעיף ד

הזורק כלי חבירו מראש הגג ובא אחר ושברו באוויר, מה הן שיטות האמוראים בנושא זה? כיצד מסבירים הראשונים את המחלוקת מי חייב ומי פטור?

ב"ק כו: "ואמר רבה זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור מאי טעמא מנא תבירא תבר ואמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים או כסתות בא אחר וסלקן או קדם וסלקן פטור מאי טעמא בעידנא דשדיה פסוקי מפסקי גיריה".

יז: "בעי רבא דרסה על כלי ולא שברתו ונתגלגל למקום אחר ונשבר מהו בתר מעיקרא אזלינא וגופיה הוא או דלמא בתר תבר מנא אזלינא וצורות ניהו, תפשוט ליה מדרבה דאמר רבה זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור דאמרין ליה מנא תבירא תבר לרבה פשיטא ליה לרבא מבעיא ליה", וכתב **רש"י** "פטור - המשברן וחייב הזורק, אלמא בתר מעיקרא אזלינן והואיל וסופו לישראל לכשינוח כמי ששברו הוא דמי".

ע"פ הרמב"ם **ורא"ש** (וכן נראה ברש"י) כתב השו"ע "הזורק כלים מראש הגג ואין תחתיהם כרים וכסתות ובעודם באויר בא אחד ושברם במקל הזורק חייב והמשבר פטור דחשבינן ליה כשבור משעה שזרקו", אולם כתב הש"ך (כו) דדעת ריטב"א ועוד דכיון דלרבא מספקא ליה שניהם פטורים. **הקצות** (יד) כתב דהרמב"ן חלוק על הרא' דלעיל ולמד 'שיטה אחרת' והוא דרבה לא קאמר אלא בא אחר ושברו דפטור המשבר, אבל מזורק לא קאמר דחייב, אלא ודאי דרבה סבר דזורק ודאי פטור דאזלינן בתר תבר מנא ולא בתר מעיקרא, ואפי"ה המשבר פטור דהכלי אחר שזורק מן הגג שוב אין לו דמים ושניהם פטורים, וקאמר בש"ס תיפשוט מדרבה דאזלינן בתר תבר מנא מדלא קאמר הזורק חייב, ומסיק לרבה פשיטא דאזיל בתר תבר מנא, ולרבא מספקא ליה, והשתא דקי"ל כרבה שניהן פטורין הזורק פטור משום דאזיל בתר תבר מנא והמשבר נמי פטור דשוב אין לכלי דמים.

< כתב הש"ך (כח) ע"פ תוס' (יז ע"ב) ועוד דאם זרק חץ או אבן על הכלי וקדם אחר ושבר הכלי קודם שנפל החץ עליו פטור הזורק והמשבר חייב (דלא שייך כאן מנא תבירא תבר, דאי אזלינן נמי הכא בתר מעיקרא לא משכחת בצורות חצי נזק, וסברא פשוטה היא לחלק בין זורק אבן לזורק כלי עצמו, לשון התוס'), אך כתב **הקצות** (שצ, א) דאמנם מדברי הרא"ש נראה דגם בזורק חץ אזלינן בתר מעיקרא, וכן הוכיח מדברי הטושי"ע בסימן תי"ח גבי עשה האחד אש ובא אחר והוסיף אש יש במה שעשה הראשון כדי שתגיע למקום שהלכה הראשון חייב, דמשמע דאינו חייב אלא הראשון ולא השני, ואי נימא דזורק חץ ובא השני ושברו השני חייב א"כ באש דהוי נמי משום חציו אמאי אינו חייב השני או עכ"פ יתחייבו שניהם כיון דלא אזלינן בתר מעיקרא בזורק חץ, ומש"כ התוס' דא"כ לא משכחת צורות, יישב דאכתי אינו אלא כחו ואע"ג דכמאן דנשבר דמי כיון דאינו אלא ע"י כחו הלכה דחצי נזק משלם וכמו בתרנגולים שהזיקו ברוח שבכנפיהם כיון דאינו אלא ע"י כחו חצי נזק משלם, עיי"ש עוד.

סימן שפז - סימן השברים לניזוק ומשלם לו עליהם

סע' א': ראה סימן שנד/ה.

סימן שפח – דין ניזק נשבע ונוטל

סעיף א

נהג לקח מזוודה של לקוח ולא קשר את המזוודה היטב, ונסע במהירות ולפתע בלם, המזוודה נפלה ונעלמה. בעל המזוודה טוען כי במזוודה היו בגדים רבים וספר עתיק בן 500 שנה יקר ערך. מה דין כאשר הנהג טוען א' אינו יודע. ב' אינו ידוע שלא היה שם ספר עתיק. ג' יש עדים שהיה שם ספר עתיק. ד' כשתפס הניזק?

חטף מחברו סל סגור וזרקו לנהר והניזק טוען שהיו בו מרגליות, והמזיק לא יודע מה היה בו, כמה ישלם? מה הדין אם הביא עדים שהוא בו מרגליות? מה הדין כשהניזק תפס בעדים או שלא בעדים?

ב"ק סב. "ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה שדייה בנהרא אתא מריה ואמר כך וכך הוה לי בגוה יתיב רב אשי וקא מעיין בה כה"ג מאי, אמר ליה רבינא לאו היינו מתניתין דתנן ומודים חכמים לר' יהודה במדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכו שכן דרך בני אדם להניח בבתים אמר ליה אי דקא טעין זווי הכא נמי המ"ע דקא טעין מרגניתא מי מנחי אינשי מרגניתא בכספתא או לא תיקו".

השו"ע פסק כהבנת הרמב"ם "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 אינו יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא, הרי הניזק נשבע בנקיטת חפץ ונוטל (שם בגמ'), והוא שיטעון דברים שהוא אמוד בהם או אמוד להפקידם אצלו (וצריך לברר טענתו מי הפקידו אצלו, ש"ך) ודרכן להניחם בכיס וכיוצא בו (שם בגמ') {ארנקי בשק אם הוא שבת ויו"ט מקרי דרכו בכך וכל כיוצא בזה (מרדכי)}, אבל אם אין דרכם להניחם בכלי זה הוא פשע בעצמו {ופטור המזיק} כיצד הרי שחטף חמת (ש"ך): בכה"ג פשיטא דאינו נאמן ולא מבעיא אלא בארזו שמניחים בו כספים וטען שהיה בו מרגליות וכפרש"י) או סל מלאים ומחופים והשליכם לים או שרפם וטען הניזק שמרגליות היו בתוכם אינו נאמן (ה"ה): סובר דבעיא דגמרא דההוא דבטש בכספתא דסלקא בתיקו היא שדבר ידוע שאין דרכו להניחו שם וזה טוען שהניחו שם והלה הזיקו ומשום דסלקא בתיקו פסק הרמב"ם לקמן שאם תפס אין מוציאין מידו כדרכו בכל תיקו האמורים בתלמוד) {וי"א (ה"ה בשם המפרשים) שפירשו השאלה אותו הענין הנזכר באותו מעשה אם היה ראוי להניחו שם או לא, אבל פשוט הוא שאם אין דרכו שאינו נוטל בשום צד ודלא כרמב"ם, והרמב"ם ס"ל דאפילו אי ודאי אין דרך בני אדם להניח שם מיבעיא ליה אי אזלינן בתר דרך בני אדם ופטור, והכי קאמר, מי מנחי, בתמיה, וכיון דאין דרך להניח שם והיה הסל מחופה, פירוש, מכוסה דלא ראוהו, פטור, וכתב ה"ה דדברי הרמב"ם נראין דמשמע דלא ליבעו דרך בני אדם כיצד הוא דלשיילינהו לאינשי אבל לשון הגמ' נראה כדברי האחרים דקאמרי מי מנחו אינשי) דאפילו היו עדים שהיו שם פטור הואיל ופשע כמו שנתבאר (כ"ד התוס'), ודלא כרשב"א דס"ל דאם יש עדים שאותו דבר שהוא טוען היה שם אע"פ שאין דרך להניחו גובין מן המזיק ונותנין לניזק בלא שבועה), ואם תפס אין מוציאין מידו (דהמוציא מחבירו עליו הראיה ואם תפס אין מוציאין, סמ"ע) {ויש חולקין (רא"ש), דספיקא דדינא דלא מהני תפיסה)} 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 {וי"א (ראב"ד רא"ש ועוד) דנשבע הניזק ונוטל (כמעשה דשק צמר) וכן עיקר (ש"ך): הלכה כרמב"ם)}."

כתב הש"ך (ג) דמדברי הרב המגיד רש"ל ורמ"א משמע שלמדו בדעת הרמב"ם דכשיש עדים שהניח דברים שאינם ראויים חייב (וכרשב"א), וקשה לדבריהם דהא כתב "הוא פשע בעצמו", וצ"ל לדבריהם דה"ק פשע בעצמו שהרי העולם לא יאמינו לו שעשה כן, ודעת הש"ך דה"ק אינו נאמן וגם אינו מועיל שבועתו ומש"כ אח"כ ואם תפס כו' היינו משום שגם זה בכלל הבעיא דדלמא לא מיקרי פשיעה ומהני שבועתו. מ"מ דעת הש"ך (ו) דהעיקר אכן כרשב"א דאם יש עדים מה היה בתוכו חייב

דכן דעת רש"ל רמב"ם, רא"ש, טור, ראב"ה ועוד ודלא כתוס' והרמ"א, דלתוס' ה"ל לסדר בעיא זו אחר מלתא דרבא הנותן דינר זהב לאשה, עיי"ש הוכחותיו מהשקלא וטריא.

כתב הש"ך (א) דמלשון המחבר 'ואינו יודע מה הזיק' משמע הא אם המזיק יודע מה הזיק ומכחישו אין הניזק נשבע ונוטל.

כתב הש"ך (ב) דדעת הראב"ה דכל מי שמפסיד לחברו בפשיעתו ויש לו עדים שאבד על ידו ממונו או בידו או ע"י פשיעתו שישבע כמה הפסידו ויטול, ורש"ל חלק דלא עשו תקנת נגזל אלא כעין נגזל במזיק בידים אבל בפשיעה דאינו מזיק בידים לא ולא עוד אלא אפילו במזיק בידים לא עשו תקנת נגזל אלא דומיא דנגזל במזיד ובכונה אבל המזיק בידים בשוגג לא עשו תקנה גביה, וכן נראה ברמב"ם שכתב 'המזיק ממון', והש"ך כתב דנראה עיקר כראב"ה ומזיק בפשיעתו דקאמר היינו מזיק במזיד בפשיעתו דהיינו דלא תימא דוקא משליכו בידים למים אלא אפילו זרקו לארץ ומכח זריקתו נתגלגל ונפל למים או שהיה ביד חברו ודחפו מיד חברו וממילא נפל למים וכה"ג חייב והיינו דאמרינן ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה שדייה דמדלא קאמר בקצור ההוא גברא דשדייה כספתא דחבריה בנהרא משמע שהמעשה היה שלא השליכו בידים לנהר רק דבטש ביה ומכח דחיפתו שדייה בנהרא, מיהו בהזיק בשוגג נראה כדברי רש"ל דלא אמרינן תקנה, ואף ראב"ה מודה בזה.

עוד כתב הש"ך (ז-ח) דהא דנחלקו הרמב"ם והרא"ש אי מהני תפיסה היינו בעדים, וחלוקים האם מהני בספיקא דדינא, אולם "בלא עדים פשיטא דנאמן", אולם הקצות (א) חלק דכיון דלדעת הרא"ש טור ורמ"א הך בעיא דבגמ' אפילו ביש עדים נמי מיבעיא ליה, א"כ אפילו בלא עדים ויש לו מיגו מה מהני ליה המיגו כיון דאפילו אנו מאמינין אותו מספקא לן אם מחייב בזה, וכיון דס"ל לרמ"א דבספיקא לא מהני תפיסה א"כ כה"ג אפילו בלא עדים לא מהני התפיסה. גם בדגו"מ (פת"ש א) הקשה על הש"ך דהא כאן אין הספק מחמת נאמנות אלא הספק אם חייב, אלא שיש לומר שהש"ך כתב זה לשיטתו מס"ק ו' שהכריע דלא כתוס'.

סעיפים ב – ד

מה הם התנאים בחיוב מוסר? (לקמן) האם גובים מיורשיו?

ע"פ ב"ק קיז. (וה.) פסק בשו"ע (ב) כלשון הרמב"ם "המוסר ממון בידי אנס, בין אנס עובד כוכבים בין אנס ישראל, חייב לשלם מהיפה שבנכסיו (טור וסמ"ע: כדן מזיק והיינו דוקא כשמשלם מקרקעות אבל כשמשלם ממטלטלים אפילו בסובין הרשות בידו) (קצות: דלא כרש"י דס"ל דמוסר אינו משלם מהעידית ותוס' חלקו) כל מה שלקח האנס, אע"פ שלא נשא המוסר ולא נתן בידו אלא הרגיל בלבד (דיבר לאנס דממונו של זה במקום פלוני הוא, סמ"ע, והש"ך כתב 'הראה או דיבר'). ואם מת, גובים מיורשיו כשאר כל המזיקים (ה"ה: וכן דעת הרמב"ן ועוד רא' שאין זה היזק שאינו ניכר שפטרו חכמים את היורש ובגמ' משמע דדינא הוא ולא קנסא) והרמ"א פסק כמרדכי "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".

כתב הש"ך (יא) עמש"כ המחבר 'ממון חברו' דגם בקרקע שייך דין מוסר וכדלעיל ס"ס שע"א.

עוד כתב הש"ך (יד) דהיי"א ס"ל דמוסר חייב משום דינא דגרמי דרבנן הוא, ולפ"ז במוסר שנשא ונתן ביד גם ל"א גובים מהיורשים אף שלא עמד בדיון ופשוט הוא.

עמש"כ הרמ"א דהבעל אוכל פירות כל ימי חייה, הקשה הסמ"ע (ו) דמאי שנא מחבלה באחרים דכתבו הטור והרמ"א בסימן תכד/ט והמחבר בסעי' י' גבי חבלה בבעלה דצריכה למוכרן בטובת הנאה ולשלם ממנו דמי החבלה, וכתב דאפשר דבמסירה דלא הזיקה בידים הקילו דשם קנס עליו, אבל במידי דאינו קנס, כגון הלואה ושאלה ונישאת, וגניבה וחבלה, מוכח שם דאם יש לה נכסי מילוג או נכסי צאן ברזל או תוספת כתובה על כתובה דא' דמחויבת היא למכרה בטובת הנאה ולשלם, והא דכתב המרדכי דהא דאמרו בב"ק פ"ז דנשים ועבדים שחבלו באחרים פגיעתן רעה דעכ"פ משמתין ומלקין אותן דאלי"כ כל אשה ועבד יחבלו ויסמכו על זה, אפשר דלא כתב כן כי אם כשאין לה נכסי מלוג. עוד ביאר

(ז) דמש"כ הרמ"א דהבעל לענין זה רק כיוורש, ר"ל אע"ג דבעלמא הבעל מחשב כלוקח ראשון, ה"מ גבי לקוחות דאינהו אפסידו אנפשיהו דלא ה"ל ללוקחם מידה כיון דידעו שיש לה בעל, משא"כ בזה דאיהי גרמה להן היזק. אולם הש"ך (טז) כתב דלא ידע מה קשיא ליה דודאי הכא אם הוא רוצה שתמכור נכסי מלוג שלה בטובת הנאה מחויבת לעשות כן, ואדרבה הכא אשמועינן גדולה מזה דהנכסים מיד בחזקת הנמסר רק שהבעל אוכל פירות כל ימי חייה וחייב לשלם אחר מיתתה, ואדרבה איפכא קשיא דהכא חייב לשלם לאחר מיתתה ובסימן תכ"ד לא מחייבים לה אלא למכור נכסי מלוג בטובת הנאה דלומר דאם תמות ירשנה הבעל, וכתב דיש לתרץ דהתוס' (ב"ב קל"ט) הקשו הא אפילו לאחר תקנת אושא אמרינן דבמקום פסידא לאחרניי הוי בעל יורש וא"כ תיזבין נכסי מלוג שלה ותיתב ליה ותרצו בשם רשב"א דכיון שתקנו דלוקח הוא לא פלוג אפילו איכא פסידא כיון דלא שכיח שיהא פסידא לאחרניי, וא"כ י"ל דבמסירה דשכיח דהא דיני דחבלות לא דיינינן בזמן הזה משום דלא שכיח ודיני מסור דיינינן, מיהו ודאי אם היא רוצה למכור מלוג שלה בטובת הנאה לשלם לנמסר דסגי בהכי אלא דאדרבה אפילו אין כאן מי שרוצה לקנות או שלא יעלה כ"כ מחויב הבעל לשלם אפילו מתה ואם אינו רוצה לשלם אז גוף הקרקע וגם הפירות לנמסר וכדאיתא במרדכי, ודלא כסמ"ע שכתב לתרץ דבמסור הקילו דאדרבה החמירו וכמ"ש, עיי"ש שהאריך בין דברי הרמב"ן לתוס' הנ"ל, וסיים שהרש"ל פסק כתוס' בשם הרשב"א והעלה דבין חבלה ובין מסירה בעל לוקח הוי ולא יורש ואינו חייב לשלם לאחר מותה רק שכייפינן למכור כתובתה בטובת הנאה אם יש מי שיקנה, ודלא כרמ"א (וכ"נ שפסק בסק"י).

מוסר ממון חבירו לאנס נכרי מתי חייב ומתי פטור?

אנסוהו בממון או בנפשות להראות ממון חבירו, מה הדין?

ראובן בעל מוסך שהופיע אצלו שודד ואיים שאם לא יראהו מכונית פיג'ו וירששו לקחתה יכחו וכד' והראהו מכוניתו וגם את מכונית שמעון שהיתה אצלו לשם תיקון לאחר שהשודד בחר במכונית שמעון פקד עליו להסיע את המכונית לחוץ לעיר וימסרנה לו שם וכך עשה, ורק לאחר מכן הודיע למשטרה, חברת הביטוח שילמה את הנזק לשמעון ואחר כך תבעה את בעל המוסך לדין תורה בטענה שהציל את עצמו בממון אחרים האם חייב לשלם?

קי"ל דאסור להציל עצמו בממון חבירו, ואם עשה כן חייב לשלם, מתי הוא פטור?

ב"ק קיז. "רב הונא בר יהודה איקלע לבי אביוני אתא לקמיה דרבא א"ל כלום מעשה בא לידך א"ל ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חבירו בא לידי וחייבתיו, א"ל אהדר עובדא למריה דתניא ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חבירו פטור ואם נטל ונתן ביד חייב. אמר רבה אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי. ההוא גברא דאנסוהו עובדי כוכבים ואחוי אחמרא דרב מרי בריה דרב פנחס בריה דרב חסדא א"ל דרי ואמטי בהדן דרא ואמטי בהדיהו אתא לקמיה דרב אשי פטרינהו א"ל רבנן לרב אשי והתניא אם נשא ונתן ביד חייב, א"ל (רב אשי) הני מילי היכא דלא אוקמיה עילויה מעיקרא אבל היכא דאוקמיה עילויה מעיקרא מיקלי קלייה. איתיביה רבי אבהו לרב אשי אמר לו אנס הושיט לי פקיע עמיר זה או אשכול ענבים זה והושיט לו חייב הכא במאי עסקינן, כגון דקאי בתרי עברי נהרא דיקא נמי דקתני הושיט ולא תני תן ש"מ".

כתב הרי"ף ¹ **איכא מאן דאמר (רב האי גאון, גר"א)** כי היכי דישאל שאנסוהו גוים והראה ממון חבירו פטור הכי נמי ישראל שאנסוהו גוים להביא ממון חבירו והביא פטור (והיא שיטת ר"ח ורבינו אפרים שודאי אין לחייב המוסר באופן שאנסוהו להביא ממון חבירו בדווקא, שהרי אנוס הוא להביא להם ממון זה, דהמראה אינו חייב אלא מדין גרמי, וכיון שלא התכוון להזיק אלא להינצל מהאנס אין כאן דין גרמי, ומה שחייבו בברייתא לשלם הוא באופן שאנסוהו להבין ממון סתם, שהרי היה יכול להינצל ע"י שיביא להם את ממונו (ילקו"ב)) ² **ואנן** לא סבירי לן הכי דכי מעיינת בשמעתא לא סלקא אליבא דהאי סברא כל עיקר דהא דתניא ואם נשא ונתן ביד חייב במאי עסקינן אי באונס הא אמרת פטור ואי מעצמו מאי איריא נשא ונתן ביד אפילו הראה נמי חייב, אלא לאו הכי קאמר ישראל שאנסוהו גוים והראה ממון חבירו פטור אבל נשא ונתן ביד חייב ואף על גב דאניס לא שנה אנסוהו והלך הוא והביא לא שנה אנסוהו להביא והביא וכ"ת מאי שנה מראה מנושא ונותן ביד דהאי פטור והאי חייב ותרוייהו

אניסי האי גרמא והאי בידיס", וכ"ד הרמב"ם רשב"א דאם נטלו בידו ונתנו לו חייב אפילו אנסו גם על הנטילה שיטלנו ויתנו לו כיון שעשה מעשה חייב, ³ והראב"ד למד שמדובר שלא אנסוהו אונס נפשות שאין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש ומאין מתחייב לו שימות בשביל ממון חברו הואיל ויחדו לו, והברייתא המחייבת מדברת באונס ממון, והרא"ש כרי"ף ושאר"ר ומיהו אם כשאנסו האנס להראותו והראה לו אח"כ נטלו ונתנו בידו פטור אם היה במקום שיכול האנס ליטלו שעל מה שהראה לו פטור כיון שהוא אנס וגם לא עשה מעשה ועל מה שנטלו ונתנו לו אח"כ פטור דכיון שראהו האנס ויכול ליטלו חשוב כאילו נטלו - לפיכך אינו חייב אא"כ שהאנס מאנסו לילך ולהביא אותו הממון מבית פלוני ואפילו בזה אינו חייב אא"כ לא ידע האנס שיש לפלוני ממון אלא ע"פ המוסר אבל ידע האנס שהיה לפלוני ממון ואנס לו לילך לבית ולהביאו פטור. [עוד יש לציין לדעה נוספת בסוגיה שציין הגר"א בקצרה].

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם (ב) בד"א כשהראה המוסר מעצמו אבל אם אנסוהו עכו"ם או ישראל אנס להראותו והראה, הרי זה פטור מתשלומין {ואם אנסו להראות שלו והראה של חברו חייב (טור ע"פ הגמ')}, ואם נשא ונתן ביד, אע"פ שהוא אנס חייב לשלם שהמציל עצמו בממון חברו חייב (ודלא כרב האי גאון וראב"ד), כיצד (אריש סע' קאי במוסר בלא אונס, סמ"ע ושו"ד), הרי שגזר המלך (שו"ד): איירי בענין שאין בו דינא דמלכותא כגון שגזר על איש ידוע וכה"ג וכדלעיל שסט"ח) להביא לו יין או תבן וכיוצא בדברים אלו ועמד מוסר ואמר הרי יש לפלוני אוצר יין או תבן במקום פלוני והלכו ולקחוהו, חייב לשלם {ואפילו יסרוהו ולא א"ל על מה, והראה ממון חברו, חייב (טור ע"פ הגמ', ב"י, והשו"ד סקכ"א כתב דפטור שיכול לומר הייתי סבור שמוסרין אותו להראות להם ממון ואולי האמת כך היה ולא יהא אלא ספק אמאי יתחייב מספק, ונראה דהטור מיירי כשנכרין הדברים שלא יסרוהו מתחלה בשביל ממון). ולא מקרי אונס אלא הכאות ויסורין אבל לא אונס ממון (מרדכי ותשובת מיימוני). היה רואה נזק בא עליו, מותר להציל עצמו אע"פ שע"י זה בא הנזק לאחר (נ"י, אך אם כבר בא עליו אסור לסלקו ממנו כשגורם בזה היזק לחבירו, סמ"ע בשמו). {ג} (גמ' ורמב"ם -) אנסו המלך למוסר זה עד שיראה לו ממון חברו שהוא בורח מלפניו (לאו דווקא אלא אורחא דמילתא נקט, סמ"ע ט'), והראה לו מפני האונס, הרי זה פטור (סמ"ע: מלשון זה דהרמב"ם והמחבר משמע שאסור להראותו, אלא דאם הראה פטור), שאם לא יראה לו יכהו או ימיתיהו (סמ"ע י"א: ואם הנאנס היה יכול לפטור נפשו ג"כ מהאנס מיסורים אם היה רוצה ליתן לאנס ממון כזה, נראה דאסור לגרום היזק לקהל או יחידים קרוביו). (ד) נשא ממון חברו בידו ונתנו לאנס, חייב לשלם מ"מ, אע"ג שהמלך אנסו להביא (ודלא כרב האי גאון וראב"ד, והגר"א כתב דבעל העיטור דחה דברי הרי"ף).. (גמ' ורא"ש -) 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 (ה"ה)} 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".

הש"ך (כד) כתב לדחות דעת הרי"ף וסיעתו, ודווקא אם אנסוהו על ממון סתם אז אף שאנסוהו להביא חייב כרי"ף כשנשא ונתן ביד דזה מיקרי מציל עצמו בממון חברו ודמי לנרדף ששבר הכלים בסימן שפ', משא"כ כשאנסוהו להביא ממון פלוני א"כ האונס הוא מתחלה על אותו הפלוני ואין זה נקרא מציל עצמו בממון חברו אלא שמוכרח לעשות כמו שאומר לו האנס ואם לא יעשה כן נמצא יציל הוא ממון חברו בנפשו ואין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש "ודוק ותשכח שבה נדחין כל דברי הרי"ף והרמב"ן", והאריך בשקלא וטריא בגמ' לדחות ראיות וקושיות הרא', וכתב דפשיטא דאין לחלוק על דברי הגאונים אם לא בראיה ברורה מן הש"ס וכ"ש כאן שנראה כדבריהם וכן דעת ה"ר אפרים, העיטור, ראב"ד, וכ"מ פשט הירו' (ודלא כמו שדחק הרמב"ן שם), וכ"כ רא' נוספים, וגם בתשובת מהרשד"ם כתב דכיון דדבר זה פלוגתא דרבוותא היא קמאי ובתראי לא מפקינן ממונא, וכע"ז בשל"ג דהוי ספיקא דדינא, וסיים הש"ך "ולדידי לאו ספיקא הוא אלא העיקר כהפוטריין".

עמש"כ הרמ"א (סוף סע' ב') ע"פ המרדכי ותשובת מיימוני דלא מדובר באונס ממון, כתב הש"ך (כב) דאמנם בתשובת רשב"א כתב דהסוגיא מיירי באונס ממון ופטור אף בהראה באונס ממון, וכ"כ הש"ך דאין הוכחה בגמ' לסתור זאת, אך חלק עמש"כ הרשב"א דאיירי באונס ממון דווקא, אלא הסוגיא מיירי אף באונס נפשות, וכ"ד "הרא"ה בחינוך" בשם מורנו, אך מש"כ החינוך דכן דעת הרמב"ם, זה קשה, דמשמע מהרמב"ם דדוקא באונס הגוף פטור ואולי גירסא אחרת היה לו, ומ"מ כיון דידוע דמורו

של הרא"ה היה הרמב"ן וא"כ הרמב"ן והרשב"א והרא"ה סוברים דאף באונס ממון פטור, א"כ יכול לומר קיים לי כוונתייהו.

כתב **הסמ"ע** (יג) דלפי הרי"ף סיעתו והמחבר יש להקשות מדף קי"ז ע"ב וטושי"ע רצב/ח דהמפקיד אצל חברו ממון או כלים ואינו אמוד הנפקד ובאו עליו גנבים וקדם ונתן להן הפקדון להציל עצמו דכיון דאינו אמוד חזקה דלא באו אלא בשביל הפקדון ופטור, וכ"ש כאן דאנסוהו בהדיא ליתן לו ממון חברו, וכתב ד"ל דשאני התם כיון דאינו אמוד מסתמא אונסא דמתיליד ליה לא הוה אלא בשביל הפקדון, אבל כאן שמאנסין אותו שיביא ממון ראובן מבית ראובן ריע מזלו גרם לו זה דאל"כ איך באים אצלו שיתן לו מעות ראובן שאינן בידו, ולהכי נסתחפה שדהו וחייב אפילו אנסוהו גם על ההבאה, כ"כ הני"י, אולם רב האי גאון והראב"ד אכן ס"ל דאף שנשא ונתן ביד מ"מ כיון שאנסוהו על ההבאה אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש, והואיל ויחדו לו בפירוש אינו מחויב שימות בשביל ממון חברו, וממילא ג"כ נפטר מהתשלומין דאח"כ.

בענין המוזכר בשאלה לעיל שהיה **ביטוח על החפץ הניזוק**, יש לציין למש"כ **בפסקי המשפט (שפז, ז)** דנחלקו בזה האחרונים האם יכול הניזק לתבוע המזיק, דלפי האו"ש (הוזכר בסימן שז/ה) יכול לתבוע וחייב יהיה לשלם אף שלא הפסיד המזיק (מלבד באופן שחברת הביטוח תתבע את המזיק שודאי אינו מחויב לשלם פעמיים, פתחי חושן, עיי"ש) ואילו דעת שו"ת להורות נתן ועוד דאין לחייב המזיק לשלם, אלא **דכאן מדובר** שחברת הביטוח בעצמה תבעה מהמזיק ולא הניזק, והוסיף פסקי המשפט שם דלפי המקובל בזמנינו שאם תובעים הנזק מחברת הביטוח מתייקרים דמי הביטוח, צריך לשלם לניזק את ההפרש (גריש"א) ויש חולקים משום דהוי גרמא (חשוקי חמד), עיי"ש, וראה שם באות ח' מש"כ בשם שו"ת להורות נתן גבי נזקים ברכב שנוח לעולם המנהג שכולם תובעים את חברות הביטוח (וצ"ע, עיי"ש). [ואגב אורחא נציין למה שהביא שם באות ט' גבי הזיק **חפץ משומש** שנחלקו גדולי זמנינו כמה חייב לשלם והעלה שבחפץ שהדרך לקנות גם משומש משלם כערך חפץ משומש שהוא בין רבע לשליש ממחיר של חדש ואילו המזיק בגד משומש צריך לשלם מחיר של בגד חדש או בניכוי מועט, ובהמשך באות י' כתב גבי **נזקים בחפצים ששווים רק לבעליו** כמשקפיים שלפי הנתיבות (קמח"א) פטור, אך דעת "רוב הפוסקים" שחייב לשלם לפי מה ששוה לניזק, ובאות י"א גבי **חפצים בעלי ערך מיוחד לבעליו** כמזכרות ויצירות ציין שתלוי במח' ב"ח וש"ך בסימן ע"ב, עיי"ש].

< כתב **הרמ"א** ע"פ **המרדכי** "ב' שותפין שהיה להן חוב ביחד ואנס שר לאחד לפטור החוב פטור, דזה לא מקרי נתן ביד" וביאר **הסמ"ע** דאינו אלא גרמא בעלמא אבל אם עשה כן מדעתו בלא אונס חייב. כתב **הש"ך** (כה) דאם היה להם משכון בשותפות על החוב ונתנו לשר דזה מיקרי נשא ונתן ביד, **ובקצות** (ג) חלק אש"ך דאפילו במשכון נמי לא הוי מזיק ממש אלא משום דינא דגרמי כיון דגוף המשכון אינו אלא כמו מזיק שעבודו, וכמו בשחטו תם בב"ק ל"ג כיון דיכול לסלוקי בזוזי הו"ל מזיק שעבודו ואינו חייב אלא משום דינא דגרמי וא"כ באונס פטור. עוד ביאר (ד) דדין זה דרמ"א הוא אפילו לתוס' בב"ק ק' בזיכה את החייב כיון דקם דינא בדיבורו הו"ל מזיק אפ"ה כאן פטור דלא הוי מזיק בדיבור אלא היכא שדיבורו עושה מעשה ממש אבל הכא אע"ג שמחל לא נפטר מחובו ועוד דהו"ל תלוהו ויהיב והכא עיי' אונס הוי וכיון שבאמת החוב לא נמחל על ידו אלא שהלוח אינו רוצה לשלם עבור זה א"כ לא הוי אלא גורם.

< כתב **הסמ"ע** (טו) בשם **מהר"ם** גבי ראובן שלקח חפץ אחד משמעון למוכרו לשר ואחר כך החזירו לשמעון בפני עבד השר, ואח"כ לקח השר החפץ משמעון בחזקה בלא דמים, ראובן חייב לשלם לשמעון, דהיה לו לחזור בינו לבין עצמו, ולא מהני מה שאמר לא כיונתי להזיק.

אנסוהו בממון או בנפשות להראות ממון חברו מה הדין? (לעיל) אנסוהו 'אונס נפשות' להראות נפש חברו, מה יעשה? (צל"ע)

איני בטוח לאן כיונו בשאלה זאת, אלא דיש להוסיף לציין למש"כ **הרמ"א יו"ד קנז/א** ע"פ הרמב"ם ע"פ הגמ' בפסחים כה ע"ב ("כי ההוא דאתא לקמיה דרבא אמר ליה מרי דוראי אמר לי זיל קטליה לפלגיא ואי לא קטלינא לך אמר ליה ליקטלוד ולא תיקטול מאי חזית דדמא דידך סומק טפי דילמא דמא דההוא גברא סומק טפ"י") "עובדי כוכבים שאמרו לישראל תנו לנו אחד מכם ונהרגנו, לא יתנו להם אחד מהם אלא א"כ יחדוהו ואמרו תנו לנו פלוני" והוסיף ע"פ רש"י "ויש אומרים דאפילו בכה"ג אין

למסור, אא"כ חייב מיתה כשבע בן בכרי", וראה עוד לקמן בסעי' ז' ברמ"א בשם המרדכי ומהרי"ל גבי מוסר גוף חברו ובסימן תכה/ב בפת"ש בשפ פנ"מ גבי מעוברת המקשה לילד.

סעיף ה

שנים שהיתה ביניהם מריבה על קרקע ומטלטלין שכל אחד טוען שהיא שלו ועמד אחד מהם ומסרה ביד אנס, מה דינו והאם נקרא מוסר וחייב לשלם לחבירו כל נזק שיגרם או לא? נמק.

ב"ק קיז. "ההוא שותא (מכמורת לדגים או חיות) דהו מנצו עלה בי תרי האי אמר דידי הוא והאי אמר דידי הוא אזל חד מנייהו ומסרה לפרהגנא דמלכא אמר אביי יכול לומר אנא כי מסרי דידי מסרי א"ל רבא וכל כמיניה אלא אמר רבא משמתינן ליה עד דמיתי ליה וקאי בדינא".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "בעלי דין שהיתה ביניהם מריבה על הקרקע או על מטלטלין זה אומר שלי וזה אומר שלי, עמד אחד מהם ומסרה ביד אנס, מנדין אותו עד שיחזיר הדבר לכמות שהיה ויסקל אנס מביניהם ויעשו דין בישראל {מ"מ אין לו דין מסור אע"פ שהפסיד חברו ע"י זה הרבה דלא מקרי מסור אלא במתכוין להזיק אבל לא במתכוין להוציא את שלו (תשובת מיימוני ומרדכי בשם רבינו אליעזר), ויש חולקין (מרדכי בשם מהר"ם) וס"ל דמקרי מסור וחייב לשלם לו כל הזיקו אם לא היה חברו סרבן, (תשובת הרא"ש ומהרי"ק -) וכ"ש אם התרו בו תחלה שלא ידונו בפני אנשים ועבר שיש לו דין מסור {".

כתב הש"ך (כו) להכריע כמהר"ם דלא היה בדורו כמותו כדאיתא בתה"ד ועוד דהסברא א' היא רק סברת יחיד רבי אליעזר מטולא ובמרדכי משמע דרבוותא פליגי עלה וכ"ד האגודה שכן פסקו הגדולים וכן בדרכ"מ מסיק כפוסקים וכ"פ המהרש"ל דחלילה להורות כר"א מטולא דפטור דיבוא כמה חילול השם מזה, וכתב דקרוב לומר דאף ר"א מטולא לא קאמר אלא כשלא היה אפשר לו להציל בענין אחר, ואפ"ה כתב שם דכשאיין לו מגו לאו כל כמיניה והיינו מטעמא דכיון שהוא מחוייב להחזיר א"כ שלא כדין עבד מה שתפס ולא יוכל לומר להציל שלי נתכוונתי.

כתב הסמ"ע (טז) בשם הריב"ש (בדרכ"מ) באחד שביזה החכם ועמד החכם ונתן העונש שלו לשר העיר, דהוי קרוב למסירה.

עוד כתב הסמ"ע (יז) בשם תשובת מיימוני על אחד שרצה לתפוס את חברו ולהכריחו למשפט ומתוך שלא רצה להניח לתפוס עצמו הכהו והרגו השופט ודן מהר"ם על התובע דין רוצח.

סעיף ו

[מה הדין באדם שנתפס ממונו למלכות בגלל חברו?]

ע"פ הירוש' וכרבי יהושע בן לוי (ודלא כרב דפליג) כתב הרמב"ם וכ"פ השו"ע "מי שנתפס על חברו, ולקחו אנשים ממון ממנו בגלל חברו, אין חברו חייב לשלם (דריע מזלו גרים לו שיהא נתפס עבורו, אף שנפטר חברו ע"י כך מחובו, יכול לומר מפייסינא הוינא ליה עד דפטרני בלא דמים כבסימן קכ"ח, סמ"ע). אין לך מי שנתפס על חברו ויהיה חברו חייב לשלם לו, חוץ מהנתפס (משום 'ארנון וארנונא' -) 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 בס"י קכ"ח".

סעיף ז

באילו מקרים נשבע הנמסר ונוטל?

ב"ק סב. "בעי אמימר עשו תקנת נגזל במסור (דנשבע ונוטל) או לא? אליבא דמ"ד לא דיינינן דינא דגרמי לא תבעי לך דמסירות נמי לא דיינינן, אלא כי תבעי לך אליבא דמ"ד דיינינן דינא דגרמי עשו תקנת נגזל במסור דמשתבע ושקיל או לא תיקו".

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "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 (אבל אם אין לו עדים יישבע לו היסת שלא מסרו, סמ"ע בשם הג' אשר"י) { וי"א (רא"ש) דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה } ואם לא תפס אין מוציאין מן המוסר אלא בראייה ברורה (ולא באומדנא, ש"ך) (דלא כרב האי בשערים דכל תיקו דממונא חולקין ובתשובת מיימוני כתב שגם רב האי בתשובתו כתב דכיון דסלקא בתיקו המוציא מחבירו עליו הראיה ולא כבשערים) { ואם ידעו ברור הדברים, רק שהוצרך להתפשר עם האנס בכך וכך (ר"ל שיש לנמסר עדים ע"י שהוצרך לפשר עם השר בכך וכך, אף שהמוסר כופר ואומר לא בשביל המסירה לחוד פישרת עם השר ליתן לו כך וכך, סמ"ע) הנמסר נשבע ונוטל (**מרדכי**, כיון דיש לו עדים עכ"פ שהוצרך לפשר עם השר בכך וכך וגם ידוע שמסרו, סמ"ע) } ויש מי שאומר (**ר"ת** וה"ה **ברמב"ם**) שאם המוסר אומר איני יודע כמה הפסדת ע"י ישבע הנמסר ויטול (דפירש דלא מיבעיא אי נשבע ונוטל אלא כשהמוסר מכחיש הנמסר אבל אם המוסר אינו יודע כמה הזיק אז ישבע הנמסר ויטול, ודעת **ר"י** ורא"ש דאפילו אין המוסר טוען ודאי לא יטול הנמסר בשבועה)".

הש"ך (כט) התקשה במש"כ 'או שנאנס ונשא ונתן ביד', דבנאנס ונשא ונתן ביד היכא נימא דהוא בעיא דלא איפשטא הא לא מבעיא בש"ס אלא במוסר למאן דדאין דינא דגרמי אבל בנאנס ונשא ונתן ביד מזיק בידים ולא גרמי הוא ופשיטא דלא שייך תקנת נגזל דהא אנוס הוא וא"כ כיון שהוא מכחישו בברי נשבע זה שנאנס ופטור דהא אינו נפסל כיון שנאנס ויכול הוא לישבע כן, ונשאר בצע"ג. עוד כתב (ל) דאם נשא ונתן ביד בלא אנוס פשיטא דעשו תקנת נגזל דהוי גזלן ממש וכ"כ רש"ל ושא"פ.

כתב **הש"ך** (לא לו לז) גבי מח' ר"י ור"ת (ע' בקצות ו' הדן בסברותיהם) דתיפוק להו דבלאו הכי כיון שהמוסר מודה שהפסידו ואינו יודע כמה הוה ליה מודה מקצת ועל השאר אינו יודע דק"ל דה"ל משואיל"מ ושכנגדו אפילו שבועה לא בעי ודלא כב' הדעות, ואף שבתשובת מיימוני כתב דבני לא ידענא דאמרין משואיל"מ שכנגדו צריך לכל הפחות לישבע ושכן משמע בר"ת, אבל אין נ"ל כן דפשיטא דבני ידענא וני' לא ידענא שכנגדו נוטל בלא שבועה והוא מוסכם מכל הפוסקים בדוכתי טובא, ועוד דא"כ מאי טעמיה דר"י דחולק אר"ת, וי"ל ¹ דר"ת ור"י סוברים כמ"ש בסימן שפ"ו (י) בשם הרמב"ן דבכל דיני דגרמי אין נשבעין שבועות התורה ² א"נ כמ"ש בסימן שפ"ו (א) דס"ל לר"י ותוס' דדינא דגרמי דרבנן א"כ לא שייך לומר משואיל"מ וכרש"ל (אך תירוץ זה אי אפשר לומר ברא"ש וסמ"ג שהם פסקו דינא דגרמי דאורייתא) ³ עי"ל דמירי דאומר המוסר הילך על מה שהפסידו או שיש לו כנגדו ביד הנמסר, ⁴ ועוד אפשר לומר ע"פ תשובת הרשב"א דכיון דלא ה"ל למוסר לידע כמה הפסידו לא שייך לומר דהוי מחוייב שבועה, ⁵ ועוד יש לתרץ דאף למה שפסק בסימן ע"ב כרמב"ם דאף בדבר שלא ה"ל לידע אמרינן משואיל"מ י"ל דר"ת ור"י מירי כאן שהנמסר מודה שהמוסר אינו יודע ובכ"ה"ג לכ"ע לא אמרינן משואיל"מ. עוד הסתפק בדעת המחבר מאחר שכבר העתיק לשון הרמב"ם והמוסר כופר דמשמע מיניה לרב המגיד דאם אינו כופר נשבע הנמסר ונוטל כר"ת שאומר (ובדיוק זה ברמב"ם האריך בסק"ל) א"כ היאך חזר לכתוב כאן דין זה בשם יש שאומר, עיי"ש צדדים שהעלה בהבנת המחבר, ולענין הלכה הסתפק וכתב ד"היה נראה לכאורה לפסוק כאן דה"ל משואיל"מ כיון דכבר העליתי לעיל סימן ע"ב ס"ק נ"א כרמב"ם דאף בדבר דלא ה"ל לידע הוי משואיל"מ אם לא שהתובע מודה שהנתבע אינו יודע, אך שצ"ע בכאן מטעם אחר דהרמב"ן ס"ל דאין נשבעין ש"ד אכל דיני דגרמי וגם יש פוסקים דדינא דגרמי הוא דרבנן ולדידהו לא שייכא ש"ד כלל" (והקצות ז' חלק אכלל זה), וסיים דעיקר כר"י וביאר דמש"כ דצ"ע לדינא היינו היכא שאפשר לומר שהמוסר יודע, אבל היכא שידוע בודאי שהמוסר אינו יודע או שהנמסר בעצמו מודה שאין המוסר יודע דבכ"ה"ג לא שייכא שבועה על המוסר כלל רק דשייכא פלוגתא דר"ת ור"י אי עשו תקנת נגזל בהא נראה עיקר כר"י דגם בזה מבעיא לש"ס אי עשו תקנת נגזל או לא ומספיקא לא מפקין ממנוא כן, אולם **הקצות** (ז ח) כתב דעיקר כר"ת.

כתב **הרמ"א** ע"פ **מרדכי** ו**מהרי"ל** "וכל זה במוסר ממון אבל **מסר גופו** של חבירו לאנסים, הנמסר נשבע ונוטל, וכן אם גרם לו תפיסה, דהוי כמזיק בידים וצריך לשלם לו כל הזיקו" אף שטוען שלא תפסוהו משום שהכהו אלא משום שברח אפ"ה חייב, **סמ"ע**, **והש"ך** (לט) כתב דלא נהירא כלל לחלק בין מוסר ממונו או גופו כגון שגרם לו תפיסה דס"ס לא עביד מעשה אלא דיבורא הוא ולא מיחייב אלא משום דינא דגרמי והוי בכלל דקאמר בש"ס 'כי תבעי לך אליבא דמאן דדאין דינא דגרמי' וכו', ומפרש דברי **המרדכי** דמירי בנוטל גופו בידו ומוליכו בחזקה לתפיסה ולאפוקי דלא נימא כיון דסוף סוף אינו נוטל ממונו בידו לא תיהוי אלא גרמא, אלא כיון דמוסר גופו בידו ומחמת זה נפסד לו ממון, כל היזק דממונו

הו"ל כאילו הזיקו בעצמו, ובה יש חילוק בין נזקי ממונו לנזקי גופו, עיי"ש, "דבין מסר ממונו או גופו אם לא עשה מעשה בידיו כגון שהולוכו בעצמו לתפיסה ולא עבד אלא דיבורו לא מיחייב אלא משום דינא דגרמי והוא בכלל מה דאיבעיא בש"ס אי עשו תקנת נגזל במסור למאן דדאין דינא דגרמי", בא"ה}."

[הקצות (ח) האריך במש"כ הש"ך לחלוק על הרמ"א דאין לחלק בין מוסר ממונו למוסר גופו, דמפרש הש"ך דברי המרדכי דמיירי שמוסר גופו של חברו בידים דהיינו שנוטל גופו בידו ומוליכו בחזקה לתפיסה, והקשה הקצות דלישנא דמוסר לא משמע הכי אלא מוסר בכל דוכתי אינו בידים אלא בדיבורא, ועוד תימה היכי תפסו בידים לתפיסה וכי בדידה תליא ומי עשאו לשר בית הסוהר ואם לא היה דעת השר לזה תפיסתו לא מעלה ולא מוריד ואם היה דעתו לזה א"כ המוליכו לא עבד כלום ואין זה אלא דבורו הגורם לזה, אלא המרדכי מחלק בין גרמי דממונו לגרמי דאדם ומשום דאשכחן אדם באדם דמשלם שבת וריפוי אע"ג דשבת וריפוי אינו אלא גרמא דהא מהאי טעמא דוחף מטבע לים וצריך הוצאות לבר אמוראה כיון דע"י ממון זה נפסד ממון אחר הו"ל גרמא ופטור, ובאדם באדם חייב, אלמא חייבה התורה אדם באדם בנזקי גרמי, ואפילו דיני דגרמי דפטור לר' מאיר כמו שבת וריפוי דפטור בבהמה אבל באדם חייב, אך גם על המרדכי הקשה דאע"ג דאשכחן דחייבת התורה בשבת וריפוי היינו נמי היכא דעשה מעשה בגופו דאז חייב בריפוי ושבת הנעשה ע"י מעשה בידים, אבל היכא דתחלתו לא נעשה אלא ע"י גרמא אדם באדם נמי פטור, וראיה מהא דתנן המבעית חברו ותקע באזנו פטור משום דאינו אלא גרמא וא"כ מוכח דאפילו אדם באדם פטור, ואפשר לדעת המרדכי טעמא דמבעית משום דאינו אלא גרמא ולא גרמי ודוקא גרמי הוא דחייב באדם, אך מדברי רש"י לא משמע הכי, ובעיקר הדין כתב דעיקר כרמ"א מהר"ל וסיעתם דאע"ג דמראה גופו נמי אינו אלא משום דיני דגרמי ופטור לרבנן, דהא במח' ר"ת ור"י עיקר כר"ת ועד כאן לא מיבעיא ליה אלא בטוען הנמסר ברי אבל בטוען שמא לא מיבעיא ליה, וא"כ הני מילי במוסר ממון דמזיק ממון נמי לא עשו תקנה בטוען ברי, אבל במוסר גופו דהוי חובל וכבר עשו תקנה בנחבל (שבועות מ"ד) דנשבע ונוטל אפילו בטוען ברי, וכיון דאין חילוק בין היזק גרמי להיזק שע"י מעשה, א"כ במוסר גופו אפילו נימא דמוסר לא חמיר יותר ממזיק הרי נשבע ונוטל מדין תקנת נחבל שהוא אפילו בטוען ברי].

עוד כתב הרמ"א "האומר לחבירו מסרתני והוא כופר, ישבע לו היסת (הג' אשירי), וי"א (מרדכי) דצריך לישבע לו לפני האנס שלא מסרו לו, ואין צריך לעשות נקיות זו אלא על פי אחד המעיד שמסרו, אבל אין העובדי כוכבים נאמנים בכך (מרדכי), תשובת רשב"א ותה"ד, אולם הש"ך סקמ"א העלה ע"פ המרדכי ושאר דאף שלא היה עד אחד צריך לישבע לפני השלטון, והרמ"א לא קאמר אלא לאפוקי שאין העכו"ם נאמנים בכך לענין שיעשה נקיות זו בפניהם, אבל אה"נ אם הנמסר טוען ברי שמסרו צריך לעשות נקיות זו בפני השלטון אף שאין שם עד כלל ומש"כ הרמ"א דאין צריך לעשות נקיות זו אלא ע"פ עד אחד כו' היינו כשאין הנמסר טוען ברי".

עוד כתב הרמ"א "שנים שמסרו ביחד, כל אחד משלם החצי, ואם בזה אחר זה, האחרון פטור, דכל זמן שלא נפטר ממסירה הראשונה הנזק בא מגרם הראשון (מרדכי), ואפילו לא מסרו, רק ראה אנס או עובד כוכבים שיגידו להאנס (מהרי"ו), ר"ל אם ראה השר מעצמו, או גוים ראוהו דאז מסתמא יגידו לשר מה שראו שעשה ראובן כגון שהכה לשמעון, אף שהלך לוי והגיד לשר על ראובן פטור לוי, דבלא הגדתו ודאי יודע לשר ע"י הגוים, סמ"ע".

כתב הש"ך (מב) דמש"כ הרמ"א דשנים שמסרו וכו', דאפילו אין לחבירו לשלם א"צ לשלם רק החצי, אך כתב המרדכי בשם מהר"ם דאם רגילים לפטור המוסר לפי שהיה מוכה ואין אדם נתפס על צערו אזי המוסר השני חייב כל ההיזק אם יש עדים שמסרו שניהם ביחד כר' נתן דכל היכא דליכא לאשלומי מהאי משתלם מהאי. עוד כתב (מג) דאם יש ספק בדבר אם נפטר ממסירה הראשונה מספיקא לא מפקינן ממונו והאחרון פטור ולפ"ז לעולם אין חייב האחרון אלא כשידוע בבירור שכבר נפטר ממסירה הראשונה, והקצות (י) הקשה דמאי שנא מהא דפסק הרמב"ם והמחבר בסימן שפ"ג דשנים שהמיתו בהמה ביחד או שברו כלי ביחד משלמין ביניהם וה"ה חמשה שהניחו חבילות על בהמה וכו' דאם אינו ידוע כולם משלמין בשוה, ועוד מאי שנא דהאחרון פטור ואמאי הראשון חייב נימא שההיזק היה על ידי האחרון, וכתב דאפשר דכיון דהיה כדי היזק במסירה הראשונה בודאי דמוסר הו"ל כתוא מכמר והספק אינו אלא אם נפטר אח"כ ממסירה הראשונה וכה"ג הו"ל כאומר איני יודע אם פרעתיך וצ"ע.

כתב הרמ"א י"א דאדם המוכה מחבירו יכול לילך לקבול לפני העו"ג, אף על פי דגרס למכה היוזק גדול (מהר"ם מרדכי ותה"ד), וכתב הש"ך (מה) דהדרכ"מ הביא שכתב המהר"ם דאם רגיל להכות הבריות מותר לקצץ ידו ע"י עכו"ם או להפסיד ממונו או להציל בא' מאבריו, והקשה עליו הדרכ"מ דהא אפילו מוסר גמור אסור לאבד ממונו וכ"ש זה, ויישב הש"ך דלא קשה ממוסר דהכא להציל הוא בא וא"א להצילו אם לא שיגיד לשופט וע"י כך הוא מפסיד ממון ופשיטא דאם יכולים להציל הנמסר ע"י שיפסיד המוסר ממון דשרי ומצוה הוא ועוד דממון מוסר דוקא לאבדו ביד אסור אבל להפסיד ע"י גרמי מותר.

< כתב הש"ך (לב) דדעת רש"ל דאם העמיד העכו"ם על ממון חבירו דהוה כמוסר בידים וכל כה"ג או שמוסר לאדם בגופו נשבע הנמסר ונוטל, וחלק עליו דהא ס"ס לא הוי אלא גרמי כיון שלא נשא ונתן ביד כדמוכח בב"ק קי"ז.

< כתב הסמ"ע (כד) בשם תשובת הרשב"א (בדרכ"מ) דמסור שהודה במקצת משלם מה שהודה ואינו משלם השאר, ואפילו אומר נ' ידענא ונ' לא ידענא לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, מאחר שלא ה"ל למידע כמה הזיקו, ויהוה ליה כאותו של שק צרור דירושלמי בסימן צ', אולם הש"ך (מ) חלק לשיטתו מסימן צ' לפסוק כרמב"ם דה"ל משואיל"מ אע"ג דלא ה"ל לידע וה"ה הכא, אם לא שהתובע מודה שהנתבע אינו יודע.

< כתב הש"ך (לח) בשם תשובת הרשב"א באחד שמסר את חברו ואינו יודע כמה הפסידו דאם תפס מטלטלים שלא בעדים אין לו עליו כי אם חרם סתם כל מי שנטל ממנו שלא כדין, והסכים הש"ך [דאע"ג דלמ"ד דלא מהני תפיסה אפילו תפס שלא בעדים לא מהני, היינו בשאר ספיקא דדינא, אבל הכא דמטעם נאמנות אתינן עלה דמספקינן אם יהא נאמן בשבועה ליטול והלכך כיון דתפס שלא בעדים ודאי נאמן מכח מגו והא דאינו נשבע צ"ל שמירי שהנמסר רוצה להחזיק במטלטלים ואינו חפץ שיפסד המוסר ושיגבה מהם חובו].

סעיף ח

[האם מוסר שהודה מעצמו חייב? במה תלוי דין זה?]

ע"פ הרמב"ם (ה"ה: פשוט, גר"א: כמבואר בסי' ל"ד וצ') פסק בשו"ע "אין משביעין את המוסר שהראה מעצמו, לא שבועה חמורה ולא שבועת היסת, מפני שהוא רשע ואין לך פסול יותר מזה {ואפילו לא מסרו עדיין רק שאומר אלך ואמסור, אם אומר כך בפרהסיא נפסל לעדות, ולא אמרינן בכה"ג (שהע"ז בפרהסיא, גר"א) עבד אינש דגזים ולא עבד (מרדכי), ויש חולקין אא"כ מוחזק בכך (במרדכי), ואפילו לא יודעין אם רגיל בכך או לא, מ"מ יוכל זה שכנגדו לעמוד ולהציל עצמו ע"י עובד כוכבים אע"פ שיגיע נזק לזה (מהר"ם), תשובת רשב"א ותשובת רא"ש, כמ"ש הבא להורגך השכם להורגו בסנהדרין ע"ב, וכרוף בדף ע"ג דניתן להצילו בנפשו אע"ג דשמא לא יעשה אשר זמם, גר"א) { אבל המוסר שאנסוהו להראות או להביא, ונתן ונשא ביד, אעפ"י שהוא חייב לשלם, אינו רשע, ובן תשלומין הוא בלבד [ומשביעין אותו] כשאר הכשרים (סמ"ע) ושו"ך: ר"ל אף שנשא ונתן אחר כך ביד דאז חייב לשלם, אפ"ה אינו נקרא רשע כו', סמ"ע: לא מיבעיא אם לא אנסוהו אלא להראות והראה ולא נשא ונתן ביד דאינו נקרא רשע, דהרי בכה"ג אפילו בר תשלומין ליתיה, אלא אפילו אנסוהו להביא והוצרך לישא וליתן באונס אף דבר תשלומין הוא כנ"ל, אפ"ה אינו נקרא רשע) {וכן אם הודה שמסר ואין עדים בדבר, אע"פ שאינו נפסל בהודאת עצמו, מכל מקום חייב לשלם (מרדכי), דאע"ג דמודה בקנס פטור ודינא דגרמי הוי קנסא דרבנן, ה"מ בקנס דאוי משום דכתיב אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע עצמו, אבל קנסא דרבנן מחייב בהודאת עצמו, ש"ך בשמו, ודחה דעת הרש"ל דהמרדכי ס"ל דגרמי לא קנס, דאם הוי קנס היה פטור במודה, והקצות כתב דבשיטה משמע כרש"ל והביאו הפת"ש, שכתב גם בשם שיבת ציון שכן דעת הראב"ן וכן יש להוכיח ברמב"ם וכ"פ המעיל צדקה, ופסק כן גם גבי מודה שעבר על תקנת קהל דפטור מהאי טעמא, ואין לומר דאף שפטור מצד הדין מ"מ חייב בקנס מצד תקנת הקהל וקבלת המנהג, זה אינו, כי דבר זה אינו מפורש בתקנה) {".

סעיף ז

ע"פ גיטין ז' בהא דשלח ליה מר עוקבא לר' אלעזר בני אדם העומדים עלי ובידי למוסרן למלכות, פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "אסור למסור לישראל ביד עובדי כוכבים אנשים בין בגופו בין בממונו, ואפילו היה רשע ובעל עבירות, ואפילו היה מיצר לו ומצער (שם בגמ') {ודוקא בדברים בעלמא, אבל אם מסרו מותר למסרו (תשובת הרא"ש) דהרי יוכל להרגו בדין (כמבואר בב"ק קי"ז, שם) במקום שיש חשש שיחזור וימסרנו לאנשים, או אם אי אפשר להציל עצמו בדרך אחר, (מרדכי -) אבל אם אפשר להציל עצמו בדרך אחר הוי כשנים שמסרו זה את זה וכל מי שהפסיד חבירו יותר חייב לשלם המותר בנזק שלם} וכל המוסר לישראל ביד עובד כוכבים, בין בגופו בין בממונו, אין לו חלק לעולם הבא (הב"י ציין לפרק חלק, ובחידושי הגהות כתב דאינו שם אלא בר"ה י"ז וכ"כ הגר"א, ובהגהות והערות ציינו לתוספתא דפרק חלק, וכתב הש"ך שבר"ה י"ז מבואר גם דהמסורות יורדים לגיהנם ונידונין לדורי דורות וגופן כלה ונשמתן כלה)".

סעיף י

ב"ק קיז. "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 (קרק צווארו)".

ברכות נח. "רבי שילא נגדיה לההוא גברא דבעל נכרית אזל אכל ביה קורצי בי מלכא אמר איכא חד גברא ביהודאי דקא דיין דינא בלא הרמנא דמלכא שדר עליה פריסתקא כי אתא אמרי ליה מה טעמא נגדתיה להאי אמר להו דבא על חמרתא אמרי ליה אית לך סהדי אמר להו אין אתא אליהו אדמי ליה כאיניש ואסהיד אמרי ליה אי הכי בר קטלא הוא אמר להו אנן מיומא דגלינן מארעין לית לן רשותא למקטל אתון מאי דבעיתון עבידו ביה".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "מותר להרוג המוסר אפילו בזמן הזה, ומותר להורגו קודם שימסור, אלא כשאמר הריני מוסר פלוני בגופו או בממונו (היינו כשניכר שיעשה כן, ש"ך), אפילו ממון קל (ה"ה: למד כן מב"ק דאילו המעשה בברכות היה במוסר הבא למסור נפשות), התיר עצמו למיתה (כמבואר בעובדא דב"ק -) ומתירין בו ואומרים לו אל תמסור, אם העיז פניו ואמר לא כי אלא אמסרנו מצוה להורגו וכל הקודם להרגו זכה" וכתב הרמ"א "ואם אין פנאי להתרות בו, אין צריך התראה (ה"ה), ולרבי שילא בברכות לא היה פנאי. וי"א (תשובת מיימוני ומרדכי) דאין להרוג המוסר אא"כ 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 (דלא כב"י שתמה מעובדא דרב כהנא "דאמר מחוינא ומחוינא והרי היה יכול להצילו בחתיכת לשונו או בחתיכת רגליו וכן בעובדא דרבי שילא", ובדרכ"מ תמה על הב"י דמי הגיד לו "שהיה יכול להציל באחד מאיבריו שכתב כן בפשיטות ודחה דברי תשובת מיימוני בלא טעם ובלא ראיה").

< כתב הסמ"ע (כח) בשם הריב"ש דמי שנתפס בעד גופו לדון אותו מפני שהוא מסור או שאמר דברים שמתחייב בנפשו, ורוצה ליתן ערבים מספיקין שלא יברח, אין מקבלין ממנו, דמה יעשה לערבים אם יברח הוא, והביאו גם הש"ך (נח), והביאו במלואו הב"י - וזהו ששנינו במכילתא (משפטים פרשה ו) ונקמה המכה יכול יתן ערבים ויטייל בשוק תלמוד לומר אם יקום והתהלך בחוץ מגיד שחובשין אותו עד שיתרפא ולכן אם ראו בית דין שיש ממש בדברי התובע ושם יתברר הדבר שיהיה העובר חייב מיתה או עונש אחר בגופו אין נותנין אותו בערבים, וב"י חייבים לחבשו ולאסרו בבית האסורים עד שיתברר להם שאין בדבר חיוב מיתה רק חיוב ממון לבד.

סעיף יא

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "עשה המוסר אשר זמם ומסר אסור להורגו, אא"כ הוחזק למסור שהרי זה יהרג שמא ימסור אחרים (ע"פ ע"ז כ"ו דהמינים והמסורות מורידין ולא מעלין)", וביאר ה"ה הרישא דלא מצינו היתר בתלמוד אחר מעשה ועוד כעין ראיה סנהדרין ע"ג גבי רודף אחר חבירו להרגו שניתן להצילו בנפשו וכן רודף אחר הזכור אחר הנערה מאורסה כולם קודם מעשה נהרגים אחר מעשה אינם נהרגים אלא בבית דין ובעדים והתראה.

כתב הש"ך (נה) דכתב המרדכי שר' שמחה הוכיח דהרי"ף חולק על הרמב"ם, שהרי"ף הביא ראיה דממון מוסר אסור לאבדו ביד מבעיא דהכונס אם עשו תקנת נגזל במוסר וסלקא בתיקו, ואי ס"ל לרי"ף כרמב"ם מאחר שעשה המוסר כאשר זמם דאסור להורגו וא"כ ה"ה לאבד ממנו דאסור דהא מיניה יליף ומה מביא ראיה דלמא הא דבפרק הכונס איירי כגון שעשה המוסר אשר זמם ומ"ה אסור לאבדו, וכתב הש"ך דכן עיקר וכן משמע מב"ק קי"ז שאפילו בפעם אחת נקרא מוסר ומותר להורגו, וכן משמע מהתוס' ופסקי תוס', "אך הרבה פוסקים נמשכו לדעת הרמב"ם בזה".

הש"ך (נו) הביא את המשך הרמב"ם (חובל ח,יא) "מעשים בכל יום בערי המערב להרוג המוסרים שהוחזקו למסור ממון של ישראל ולמסור המוסרים ביד העכו"ם להרגם ולהכותם כפי רשעיהם" ומשמע דהורגים אותנו בידיהם וכן משמע מפסקי תוס' תשובת הרשב"א ועוד רא', והא דמורידים ולא מעלין (ע"ז כ"ז) אין מפרשים הרמב"ם וסייעתו כמ"ש בתשובת הרא"ש בשם ר"ח דדוקא מורידין ולא הורגים בידיהם, אלא ה"ה להורגו בידיהם אלא דקאמר מורידין היכא דא"א להורגו ויש לסבב הריגתו ע"י הורדה, וכן עיקר בש"ס בב"ק קי"ז דקאמר דלא יהא ממנו חמור עליו מגופו משמע דגופו מותר לאבדו ביד. תשובת הרשב"א שהזכיר הש"ך דהוא כרמב"ם, הובאה בב"י שכתב שם דרודף נהרג בכל זמן בין בארץ בין בחוצה לארץ ואפילו שלא בבית דין מדברי שילא בברכות ומדא"ל (בגמ' שם) דוד לשאול רודף אתה והתורה אמרה הבא להרגך השכם להרגו ואפילו רודף למסור ממון מדבר כהנא בב"ק קי"ז, ובודאי מי שאינו מוחזק בכך אין ממיתין אותו אחר מעשה אבל מי שהוחזק בכך ממיתין אותו בין בשעת מעשה בין לאחר מעשה וכל הקודם זכה וכדתניא בע"ז כ"ו.

עוד כתב הש"ך (נו) דהא דכתב המחבר מוחזק למסור היינו ג' פעמים, וכדכתב בסעי' טו, אולם רע"א כתב בשם התשב"ץ דבשני פעמים סגי.

סעיף יב

עוד המשיך השו"ע ע"פ הרמב"ם הנזכר "כל המוסר" [המיצר, כן הוא ברמב"ם, ש"ך ובאה"ג] הצבור ומצערן, מותר למסרו ביד עובדי כוכבים אנסים להכותו ולאסרו ולקנסו, אבל מפני צער יחיד אסור למסרו [או 'לאסרו'] [באה"ג: הוציא זה גם מהברייתא בע"ז כ"ז] (סמ"ע: אבל אם מסרו בממון וכ"ש אם יסרו במכות ועונשי הגוף מותר למסרו כמ"ש הרמ"א בסעי' ט', וכ"ד הש"ך שהוסיף דאפשר דס"ל לרמב"ם דאם כבר מסר אין הורגין אותו אא"כ הוחזק במוסר ובמוסר לצבור אפילו לא הוחזק מותר למסרו ביד עכו"ם).

כתב הרמ"א "מי שעוסק בזיופים וכדומה [במקום שהמלכים מקפידים, סמ"ע] ויש לחוש שיזיק רבים, מתרין בו שלא יעשה, ואם אינו משגיח יכולין למסרו ולומר שאין אחר מתעסק בו אלא זה לבד (מהרי"ו בשם מהר"ם). 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 (ר"ל היזק יותר ממה שחייב לגוי אם בא לו על ידי שגילה לגוי מבריחתו, אבל בכדי מה שחייב לו אינו נקרא היזק, סמ"ע), חייב לשלם לו מה שגרם לו (שם), וכתב באה"ג דדברי הרמ"א תמוהים שהרי המהר"ם בעצמו כתב שם אם הפקיד העכו"ם או הלוח לישאל ומת העכו"ם והוא מעכב הפקדון או הפרעון ואינו מחזיר ליורשיו כשתובעים ממנו הוא קאי בעון, וא"כ אינו ענין לאבידת העכו"ם שהתירה התורה, ואפילו באבידה במקום שיש קידוש השם המחזירה הרי זה משובח כמבואר בסי' רסו, "וכבר פשט התיקון והמנהג שמנהיגי הקהלה יצ"ו עומדים על המשמר שלא לעשות שקר ועולה לגוים ומכריזים ונותנים רשות לפרסם ולגלות להם על האנשים אשר לוקחים בהקפה או לזים בהלואה ואין דעתם לשלם והכל מדעת המנהיגים)".

סעיף יג

האם מותר ליטול או לאבד ממנו של מוסרי? [ומה הדין להחזיר אבידתו?]

ב"ק קיט. "ממון מסור רב הונא ורב יהודה חד אמר מותר לאבדו ביד וחד אמר אסור לאבדו ביד, מ"ד מותר לאבדו ביד לא יהא ממנו חמור מגופו, ומ"ד אסור לאבדו דלמא הוה ליה זרעא מעליא וכתב יכין רשע וצדיק ילבש".

הרי"ף הוכיח מפרק הכונס (ראה לעיל סעי' יא) כמ"ד דאסור, וכ"פ שא"פ, וז"ל השו"ע "אסור לאבד ממונו של מוסר אע"פ שמותר לאבד גופו, שהרי ממונו ראוי ליורשיו {וי"א (מרדכי) דמותר ליטול ממונו לעצמו דאינו אסור אלא לאבדו (דלא עדיף ממונו מגופו דהוא הפקר, והרי עדיין לא זכו בניו בחייו בממונו, סמ"ע, והש"ך כתב דבריו מוכח דלא כמרדכי וכ"פ רש"ל דאסור ליטול ממונו לעצמו וכן עיקר, והפתי"ש בשם חת"ס פסק כמרדכי והרמ"א)".

כתב הש"ך (סב) דכתב רש"ל דאולם ע"י גרמא או גרמי מותר לאבד ממונו אך למסור ממונו לעכו"ם אסור, ומשמע מהוכחתו (מעובדא דמסירות דר' יואל ור' אפרים במרדכי בב"י) דאם חזר ומסר ממונו חייב לשלם לו מה שהפסידו. עוד כתב הש"ך דמי שמוחזק למסור ונראה שאין דבריו נשמעין רק מחמת עשרו וכשיעני לא יהיו דבריו נשמעים מותר לאבד ממונו או למסרו לעכו"ם שהרי במה שמאבדן ממונו מצילים אחרים.

עוד כתב הש"ך (שם) שהתוס' (בע"ז) הסתפקו אי משיבין אבדתו דמוסר דמצד אחד גרע ממומר ובכל מקום אנו שונים מוסר אצל מין ולא אתרבי אצל אבדה, אולם שמא מאן דאית ליה ממון מוסר אסור לאבדו ביד אית להו נמי דמשיבין אבדתו ומטעמא דיכין רשע וצדיק ילבש, וסיים הש"ך דבהג' אשר"י כתב דמוסר הוי כמו מומר להכעיס דאסור להחזיר אבדתו.

סעיף יד

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "מוסר מקבלים עדות שלא בפניו (דלא כריב"ש) {ואין צריכין לכוין העדות כל כך (כלומר אע"ג דדיני נפשות צריך דרישה וחקירה כדלעיל סי' ל')", והביא ראה מעובדא דשמעון בן שטח דתלה פ' נשים באשקלון במשנה סנהדרין מ"ה, וכתב הסמ"ע (לד) דמבואר בדבריו דאף שלא בשעת מעשה כשדנין עליו להורגו ביד גוי א"צ לקבל העדות בפניו, כי הדבר ידוע מי שהוא מוחזק מסור הגוים מקרבין אותו בשביל הנאתו, ואילו רצה לקבל העדות בפניו ולדרוש ולחקור בדינו, לעולם לא יעשו לו דין כי ינצל ע"י גוים, כי אפילו כשאינו בסכנה מוסר יחידים ורבים, כ"ש כשיראה עצמו בסכנת גופו.

סעיף טו

[מה דינו של מוסר שהוחזק שמסר שלוש פעמים? מה דין מוסר ע"י שליח?]

ע"פ תשובות הרא"ש והריב"ש פסק בשו"ע "מי שמוחזק ששלשה פעמים (בין לרבי בין לרשב"ג, מהר"ם) מסר ישראל או ממנום ביד אנשים היו מבקשים ^אעצה ותחבולה לבערו מהעולם {ע"י גרמא אע"פ שאסור להורגו [בידים] (כלומר יהרגוהו ע"י גוי כיון שהוא מוחזק במסורות מותר וכ"כ הר"ח שאין הורגים אותן בידים אלא מורידים אותן לבור שלא יוכל לעלות משם וימותו מעצמן ומה שאומרים למושל להרגו היינו כמו הורדה לבור ואינו עושה מעשה, ברא' סמ"ע ובאה"ג) {", וכתב הסמ"ע (לה) דלפי הרמב"ם ור' אשר מלוניל מותר להורגו אפילו בידים לאחר שהוחזק להיות מוסר ג' פעמים ואפילו שלא בשעת מעשה, וכן נראה בש"ך (סו) שכתב דכן סברי שאר הרבה פוסקים' וכן משמע במחבר סעי' יא ותמה על הרמ"א שכתב הכא שאסור להורגו בידים, ודחה (סה) דעת הרש"ל דס"ל דע"י עכו"ם הוי כאלו הורגו בעצמו דבעכו"ם יש שליח לדבר עבירה לחומרא ודוקא הורדה לבור שרי.

כתב הרמ"א "מי שמדבר בפני קהל ועדה דברי מסירות, ועל ידי זה נשמע לשר וגרם היזק, אע"פ שאין לו דין מסור מ"מ מענישין אותו לפי ראות עיני הדיינים (מיוחדות לרמב"ן וריב"ש, דכיון שהוא עצמו אינו המגיד הראשון והרי זה פחות ממרביץ ארי לפני בהמת חבירו בב"מ צ' שאינו מזיק ממש אלא שמענישין אותו תחלה ומשמתין אותו עד שיקבל עליו הנזק שיבא מתוך מעשיו כההיא דב"ק קי"ד דבר ישראל דזבן ארעא לגוי אמצרא דישאל משמתין ליה עד דמקבל עליה כל אונסא דאתי מחמתיה ומדשמתין ליה מעיקרא ש"מ שאם הזיק עד שלא קבל פטור, שם במיוחדות בב"י)".

עוד כתב הרמ"א ע"פ הרשב"ץ "מי ששלח שליח למסור, אם השליח הוחזק לעשות, חייב המשלחו, ואין לומר אין שליח לדבר עבירה הואיל והוחזק בכך (וא"כ לא שייך בזה דברי הרב וכו')".

וכתב הש"ך (סז) דהרמ"א לשיטתו מריש סימן קפ"ב "דהכל תלוי כשהשליח בר חיובא", וליתא, דלא מבעיא למה שפסקו הרמ"ה רא"ש כרב סמא בב"מ י' לעולם אין שליח לד"ע אפילו השליח לאו בר חיובא הוא כיון דאי בעי עביד ואי לא בעי לא עביד, א"כ פשיטא הכא דפטור המשלח, ועוד דהא כתבו דלעולם לא משכחת שליח לד"ע אלא חצר ואם איתא הא משכחת נמי הא, אלא אפילו לרבינא דס"ל דהיכא דהשליח לאו בר חיובא הוא מחייב שולחו פטור הכא דס"ס זה ישראל הוא ובר חיובא הוא ולא כתב הרמב"ם דהם פחותים מן העכו"ם אלא לענין דפסולים לעדות, והכי מוכח מדברי כל הפוסקים בכמה דוכתי שכתבו וסתמו אין שליח לד"ע ולא חלקו בין שהשליח מוחזק בכך או לא, וגם הרשב"ץ לא פסק כן בתשובה אלא משום שצירף עוד טעמים שם לזה, ומש"כ הרשב"ץ דדומה לשליחות יד דחייבה רחמנא ע"י שליח ויש לחייבו כאילו מסרו אל האנס עצמו ואין אנו צריכין לבא עליו מדין שליח שכיון שהוחזק הזקן מוסר המוסר בידו כמוסר ביד האנס, זה אינו, דנהי דשליחות יד חייב אף ע"י שליח היינו בשולח יד בממון אבל כאן מה שליחות יד שייך ועוד דשולח יד הוי גזלן, וכ"פ הקצות (יב ופת"ש ז) דעיקר הטעם באין שליח לד"ע כריטב"א בקידושין דאינו משום דברי הרב כו' אלא משום דכן הוא גזירת הכתוב, וא"כ אפילו בהוחזק השליח נמי אין שליח לדבר עבירה.

אולם בשב"י (שם) פסק כרמ"א וחייב, ועוד כתב גבי מי ששלח גוי לבייש חבירו ברבים וכן עשה דקונסין אותו כאילו בייש בעצמו, דהשליח לאו בר חיובא וגוי מוחזק בכך והיכא דמוחזק לעשות אף שהוא בר חיובא חייב שולחו, ובר מן דין הוא בכלל מוסר, עיי"ש, וכ"ד החת"ס כרמ"א אך לא מטעמיה של התשובה אלא הוא גופיה מסור שהרי מסר חבירו ביד אנס, ותמה הפת"ש שלא הזכיר דסברא זו כתב הרשב"ץ המובא בש"ך בעצמו.

עוד כתב הרמ"א ע"פ המהר"ם והתשב"ץ "וכן אם מסר שטר פרוע לעובד כוכבים, ויודע שיתנו לשר ויכוף הישראל לפרוע שנית חייב לשלם (ואפילו מסרו בין שאר שטרות ואמר דלא ידע מזה מ"מ חייב, דה"ל למידע, סמ"ע בשם התשב"ץ)".

הש"ך (סח) האריך לחלוק על הרמ"א גם כאן ואפילו מסרו לשר גופיה פטור, דליכא כאן גרמי, וגם מש"כ הסמ"ע בשם התשב"ץ ליתא דאדרבא איפכא מסתברא בהך דראובן הוא המלוה דוקא חייב ולא מטעם מוסר אלא מטעם דכיון שהוא הפקידו אצלו והוא מוסר למוסר קלייה לשטריה והוי כשורף שטרותיו של חברו דחייב מדינא דגרמי אבל כשמסר שטרות פרועים שלו לעכו"ם ליכא כאן גרמי.

סעיף טז

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "הוצאות שעשו לבער מוסר, כל הדריס בעיר חייבים לפרוע בהם, אפילו אותם שפורעים מס במקום אחר", דהכל חייבים בתשלום הוצאת ביעור הרע מקרבם כי היא תקנת ישוב העיר כי הנשארם ישמעו וייראו ולא יצאו עוד מקרבם בני בליעל להדיח את יושבי עירם ובני העיר כופין זה את זה לבנות חומה דלתים ובריח וכל דבר שהוא צורך העיר ואין לך צורך העיר גדול מזה, ואין שום אדם בעולם יכול לסלק עצמו מפרעון זה, שם, בב"י.

סימן שפט – דין ממון האדם שהזיק וחילוק שבין תם למועד ובאיזה מקום חייב קרן ושן ורגל

סעיף א

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם (נזקי ממון א, א) "כל נפש חיה שהוא ברשותו של אדם (גר"א: כמשנה דף ב' י' ושמירתו עליך) שהזיקה חייבים הבעלים לשלם שנאמר כי יגוף שור איש את שור רעהו אחד השור ואחד שאר בהמה חיה ועוף (ב"ק משנה טו: כא:), לא דבר הכתוב בשור אלא בהווה (נד:), דילפינן שור שור משבת", אבל עבד שיש לו דעת אין רבו חייב על נזקיו דהא דאמרין דחייב על נזקי ממון שיש בו רוח חיים דוקא כשאינו בן דעת אבל אם הוא בן דעת פטור וכמבואר בדף ד' ובמסכת ידים ד/ז, טור וב"י.

סעיפים ב - ז

כלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (ב) "וכמה משלם אם הזיקה בדברים שדרכה לעשות תמיד כמנהג ברייתה (משנה ב"ק טז:), כגון בהמה שאכלה תבן או עמיר (יט:), או שהזיקה ברגלה או בדרך הלכה (ג). ומשנה יז:), חייב לשלם נזק שלם מהיפה שבנכסיו (יכולן כאבות לשלם ממיטב) שנאמר מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם (ה. ומט:), ואם שינתה ועשתה מעשים שאין דרכה לעשות תמיד והזיקה בהם כגון שור שנגח או נשך חייב לשלם חצי נזק מגוף המזיק עצמו, שנאמר ומכרו את השור החי וחצו את כספו וגו' (ב: ומשנה טו:), והתורה דיברה בשורים שווים ומהם נלמד לשאינם שווים, סמ"ע, עיי"ש).

כתב הטור "ואין רצוני להאריך בהעדאתו כיצד נעשה מועד או כיצד חוזר לתמותו שאין מועד בזמן הזה מפני שלא נעשה מועד אלא ע"פ סמוכין לפיכך נשאר לעולם בתמותו, וגם אין רצוני להאריך בדיני שור שהמית אדם לפי שאין דנין אותו עתה מפני שצריך ב"ד של כ"ג אע"פ שגם חצי נזק דתם קנס הוא ואין גובין אותו מ"מ כיון שאין מוציאין אותו אם תפס הוצרכת לפרשו".

עוד פסק השו"ע כלשון הרמב"ם (ג) (משנה ב"ק לד: -) כיצד, שור שוה מנה שנגח לשור שוה עשרים והמיתו והרי הנבלה שוה ארבעה, בעל השור המזיק חייב לשלם שמנה, ואינו חייב לשלם אלא מגוף השור שהזיק, שנאמר ומכרו את השור החי. (ד) (לד: -) לפיכך אם המית שור שוה עשרים לשור שוה מאתים, והנבלה שוה מנה, אין בעל הנבלה יכול לומר לבעל החי תן לי חמשים, אלא אומר לו הרי השור שהזיק לפניך, קחהו ולך, אפילו אינו שוה אלא דינר וכן כל כיוצא בזה. (ה) (משנה טו: -) העושה מעשה שדרכו לעשותו תמיד כמנהג ברייתו, הוא הנקרא מועד. והמשנה נעשה מעשה שאין דרך כל מינו לעשותו כן תמיד, כגון שנגח או נשך, הוא נקרא תם. וזה המשנה, אם הרגיל בשינויו פעמים רבות, נעשה מועד לאותו דבר שהרגיל בו, שנאמר או נודע כי שור נגח הוא". (ו) (משנה טו: -) חמשה מעשים תמים יש בבהמה, ואם הועדה לאחד מהם, נעשית מועדת לאותו מעשה ואלו הם: הבהמה אינה מועדת מתחלתה לא ליגח ולא ליגוף ולא לנשוך ולא לרבוץ על הכלים גדולים ולא לבעוט, ואם הועדה לאחד מהם הרי זו מועדת לו (יט: -) אבל השן מועדת מתחלתה לאכול את הראוי לה, והרגל מועדת מתחלתה לשבר בדרך הלכה. הבהמה, יש מי שאומר (רמב"ם) שהיא מועדת מתחלתה לרבוץ על פכים קטנים ולמעך אותם (כלישנא קמא במימרא דרבי אלעזר בטז:). על המשנה דלעיל 'אמר רבי אלעזר לא שנו אלא פכים גדולים אבל פכים קטנים אורחיה הוא', ויש חולקים עליו (רא"ש, כלישנא בתרא 'איכא דאמרי אמר רבי אלעזר אפילו פכים קטנים נמי לאו אורחיה הוא', וכ"ד הרי"ף דסתם כמשנה דלא חילקה, וה"ה כתב דהרמב"ם היה גורס הפוך)".

סעיף ח

ע"פ משנה ב"ק טו: פסק בשו"ע "חמשה מיני חיה מועדים מתחלת ברייתן להזיק, אפילו אם הם בני תרבות (כת"ק ולא כר' אלעזר), לפיכך אם הזיקו או המיתו בנגיחה או בנשיכה ודריסה וכיוצא בהם (כעין לשון הרמב"ם 'בכל מיני היזק'), חייב נזק שלם. ואלו הם הזאב והארי והדוב והנמר והברדלס, וכן הנחש שנשך, הרי זה מועד ואפילו היה בן תרבות (אף לר"א)" והרמ"א פסק כר"י "וי"א דוקא נחש מועד לכל מיני היזק (אע"פ שאינו נהנה, כיון שדרכו בכך ונח בזה רוגזו ה"ל מועד לכל דבר, סמ"ע), אבל האחרים אינן מועדים אלא מה שדרכן בכך, כגון ארי לדרוס וזאב לטרוף (וראה בפרטים בטור וסמ"ע), אבל לא איפכא".

סעיפים ט - י

ע"פ משנה ט: וגמ' יג: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "כל מועד משלם נזק שלם מהיפה שבנכסיו, וכל תם משלם חצי נזק מגופו (כמבואר לעיל סעי' ב). (י) בד"א כשנכנסה הבהמה לרשות הניזק והזיקתהו (דלא כרבי טרפון שברשות הניזק נזק שלם), אבל אם נכנס הניזק לרשות המזיק והזיקתהו בהמתו של בעל הבית, הרי זה פטור על הכל, שהרי הוא אומר לו אילו לא נכנסת לרשותי לא הגיע לך היזק, הרי מפורש בתורה, ושלח את בעירו ובער בשדה אחר". וכתב הרמ"א "כל זה לשון הרמב"ם, וצ"ע דמקרא זה בשן ורגל הוא דכתיב לפטרן ברשות שניהם, אבל ברשות המזיק דפטור אפילו בקרן אין ענין מקרא זה טעם אליו, אלא דפטור מכח דאמר ליה אילו לא נכנסה כו'".

כתב הסמ"ע (ט) ליישב הרמב"ם דלא אדסמיך ליה קאי, אלא בא ליתן טעם אמשי"כ ברישא בד"א כשנכנסה לרשות הניזק, דממעט גם כשנכנסה לרשות שניהן דהיינו מהאי קרא, וכדי שלא תאמר מנ"ל דהאי קרא אתא למעט גם כשנכנסה לרשות שניהן דילמא לא אתא למעט אלא כשנכנסה לרשות המזיק, משו"ה הקדים וכתב דלזה ודאי לא אתא, דלרשות המזיק לא צריך קרא דסברא הוא דפטור שהרי מצי א"ל אילו לא נכנסת. **בבאה"ג** כתב ליישב דלא עלה על דעת הרמב"ם להביא ראיה לפטור כשנכנס לרשות המזיק אלא הוא ענין בפני עצמו והקדמה לדין הסמוך לו היזיקא ברה"ר דסעי' י"א שהוא פטור משום שמפורש בתורה וביעור וכו'.

עוד כתב הרמ"א ע"פ לג. "והא דפטור ברשות המזיק דוקא שנכנס שלא ברשות, אבל נכנס ברשות, כגון פועלים הנכנסים לתבוע שכרן, ונגחן שורו של בעל הבית, חייב (ע"פ הרא"ש) דלא חילק כבגמ' בין שכיח בעיר או לא, כלומר דאם הוא מצוי בשוק בכל פעם פטור שאז נכנסין שלא ברשות, וזה כדעת אחרים בברייתא ולא כדעת רבנן, דס"ל דבזמן הזה דאין בעל הבית רגיל להמחות פועליו לחנוני אלא לפורעם במזומנים ואין רגיל לשלם להם בשוק כי אם בביתו ששם יש לו מעות, משו"ה לעולם נקראו נכנסים ברשות וחייב בניזקן, והרמב"ם כתב ע"פ מסקנת הגמ' "עמד בפתח וקרא לבעל הבית ואמר לו הן נכנס ונגחן שורו של בעל הבית הרי הבעלים פטורים שאין משמע 'הן' אלא עמוד במקומך עד שאדבר עמך" וה"ה תמה מדוע השמיט החילוק האם שכיח במתא, ובב"י כתב דמכל מקום אפשר דהרמב"ם נמי מודה לרא"ש כי העתיק דברי התלמוד לפי מנהג זמן חכמי התלמוד, עיי"ש).

סעיפים יא – יג

ע"פ סוגיא דב"ק יג: וכביאור הרי"ף וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "הזיקה ברשות הרבים או בחצר שאינה של שניהם, לא למזיק ולא לניזק, או בחצר שהיא של שניהם והרי היא מיוחדת להניח בה פירות ולהכניס לה בהמה כגון הבקעה וכיוצא בה, או שהיא של שניהם להכניס בה בהמה ואין שום אחד מהם רשאי להכניס בה פירות, אם בשן ורגל הזיקה כדרכה הרי זה פטור, מפני שיש לה רשות להלך בכאן, ודרך הבהמה להלך ולאכול כדרכה ולשבר בדרך הלוכה, ואם נגחה או נגפה או רבצה או בעטה או נשכה, אם תמה היא משלם חצי נזק, ואם מועדת, נזק שלם. (יב) היה החצר של שניהם מיוחדת לפירות ולא להכניס בה בהמה, והכניס שם אחד מהשותפים בהמה והזיקה, חייב אפילו על השן ועל הרגל. (יג) וכן אם היתה מיוחדת לבהמה לשניהם (דלא כגירסת התוס'), גר"א, והיה רשות לאחד מהם בלבד להכניס לה פירות, והזיקה פירותיו, חייב אף על השן ועל הרגל. (יד) אם הוא של אחד מהם לפירות ולא לשוורים ולשני לשוורים ולא לפירות, והזיקה בהמתו של אותו שמיוחדת לו לשוורים ולא לפירות לאותו שמיוחדת לו לפירות בשן ורגל, חייב, דלגביהו הוה ליה חצר הניזק, בקרן פטור (כל שהזיקה הבהמה לפירות קרי שן ורגל על שם המקרא שנאמר ושלח את בעירה וכו' דמייירי דהבהמה הזיקה בשן ורגל, וכל שהזיקה בהמה לבהמה קרי לה קרן על שם המקרא שנאמר וכי יגף שור איש את שור רעהו, אבל אין לפרש דר"ל בקרא כלומר שהזיק שורו של זה שניתן לו רשות לשוורים לפירותיו של השני בבעיטה או ברביצה דפטור, דאם כן קשה מאי שנא מהיה מיוחד לשניהן לשוורים ולאחד מהן לשאר דברים והכניס בו טליתו והזיק השור להטלית בדריסתו עליו, סמ"ע), דלגבי ידיה הוה ליה חצר המזיק, ואם הזיקה בהמתו של אותו שמיוחדת לו לפירות לאותו שמיוחדת לו לשוורים. בקרן, חייב, דלגבי ידיה הוה ליה חצר הניזק, בשן ורגל פטור, דלגביהו הוה חצר המזיק (לאו דוקא אלא ר"ל דלא הוה חצר הניזק כיון שלא היה מיוחד לו לפירות אלא למזיק, סמ"ע).

סעיף טו

ע"פ משנה ב"ק יט: "שן ורגל אין חייבין אא"כ הזיקו ברשות הניזק אבל בר"ה פטורים, וא"צ לומר ברשות המזיק, (גמ' -) ומיהו אם התיו אבנים בר"ה והלכו והזיקו ברשות הניזק, (רא"ש -) או עץ ארוך, מקצתו בר"ה ומקצתו ברשות הניזק, ודרסה עליו בר"ה ושיברה כלים ברשות הניזק, חייב".

כתב הסמ"ע (טו) דבדרכה על עץ ארוך חייב עליו נזק שלם ואילו בהתיו אבנים ברה"ר אינו חייב אלא חצי נזק דהיינו נזק צרורות וכסימן הבא. עוד ביאר (טז) דשיברה כלים ברשות הניזק חייב, לא דמי לדרסה ע"ג כלי ונתגלגל למקום אחר ונשבר דק"ל בסימן הבא דבתר מעיקרא אזלינן, דשאני הכא דהנזק נעשה ברשות הניזק והניזק מעולם היה שם.

סעיף מז

ע"פ ב"ק מז: פסק בשו"ע "ראובן שהכניס פירותיו לחצר שמעון שלא ברשותו, ונכנס שורו של לוי שם ואכלתם, פטור { אבל אם הכניס ראובן פירותיו ברשות, ונכנס שורו של לוי שלא ברשות, חייב, דהוי כחצר של שותפין ונכנס שם שור של אחרים להזיק, דחייב (הגה"מ) }".

סעיף יז

כפירוש הברייתא ב"ק יד: ב"פרה שהזיקה טלית וטלית שהזיקה פרה" ע"פ הרא"ש, פסק בשו"ע "חצר שהוא של שניהם לשורים, ולאחד מהם לשאר דברים, והכניס בה טליתו, וחבירו שמיוחדת לו לשורים הכניס בה שורו, והזיק השור לטלית וגם הטלית לשור, אין אומרים יצאו זה בזה, אלא שמין הנזקין בב"ד וכל מי שהזיק יותר, ישלם".

סעיפים יח – יט

כלשון הרמב"ם (פ"א) כתב בשו"ע "יח) (ברייתא ב: -) ג' אבות נזיקין בשור הקרן והשן והרגל, ונקראו אבות מפני שהם כתובים בפסוק, (ג. -) ולהם תולדות, שכל דבר הדומה לו מכל אלו נקרא תולדות ודינו כמוהו, חוץ מנזק צרורות כמו שיתבאר בסימן ש"צ). (יט) (ב: -) כיצד, שור האמור בתורה הוא שנגח בקרן ואין דרכו בכך אלא דרך מקרה ואין לו הנאה בהזיקו; וכל הדומה לו דינו כמותו, כגון שנגפה בגופה או נשכה או בעטה או רבצה על כלים ושברתם (וראה סעי' ז), (משנה יט: -) וכן אם אכלה כסות או כלים, דינה כקרן ואינו משלם אלא חצי נזק, בין ברשות הנזק בין בר"ה, ועוד יש דברים שהזיקה ברגלה או בפיה ודינם כקרן, ויתבאר בסימן ש"צ".

סעיף כ

ע"פ מסקנת הגמ' לב. ודלא כר"ל פסק בשו"ע "פרה שרבצה בר"ה והלכה פרה אחרת דרך עליה ובעטה בה, אע"פ שזאת שינתה ורבצה, אין למהלכת לבעוט בה, אבל אם הזיקה דרך הילוכה, פטורה".

סימן שצ – דין נזקי רגל ותולדותיו ודיני צרורות וכלב ותרנגול שקפצו**סעיף א**

ע"פ ברייתות ב"ק ב: -ג. פסק בשו"ע "רגל הוא אב ש'ושלח את בעירה' הכתוב בתורה הוא שהבהמה הולכת ברגליה ומזקת בדרך הילוכה, והוא דבר שדרכה בכך ואין לה בו הנאה, וכל הדומה לדברים אלו הוא תולדותיו ודינו כמותו, כיצד, כגון שהזיקה בגופה דרך הילוכה, או בשערה (שנסתבך כלי בשערה וגררה ושברתו, סמ"ע), או בשליף (משאוי באמתחות ומרצופין) שעליה, או בפרומביא (רסן) שבפיה, או בזוג שבצוארה, או במשוי שעליה, (משנה טו: -) ותרנגולים שהיו פורחים ממקום למקום ושברו כלים בכנפיהם, או שהיו מהדסין (ענין דריסה ורקידה) על גבי עיסה או פירות וטנפום או נקרו בהם (ומאסוהו בנקירתן אף שלא אכלוהו דאלי"כ ה"ל תולדה דשן דהא יש לו הנאה באכילתו, סמ"ע), וכן כל דבר המחובר בגופה, כגון עגלה המושכת בקרון והוליכתה על גבי הכלים ושברתם, כל אלו תולדות הרגל ודינם כמוהו".

סעיף ב

אם מהני תפיסה בבעיא שעלתה בתיקו או דלא איפשיטא או בספיקא דדינא, וכיצד מכריע המחבר והרמ"א?

[האם הדין בבהמה שכשכשה בזנב והזיקה לאותו אדם ברשות הנזק וברשות הרבים? מה קשה בזה ומה תירצו האח'?]

ע"פ בעיא ד"כשכשה" **ביט**: ולא איפשטא לפי הרמב"ם פסק בשו"ע "כשכשה בזנבה כשכוש רב שאין דרכה לעשות תמיד והזיקה ברשות הרבים או שכשכשה בגיד שלה ברשות הרבים והזיקה, פטור, ואם תפס הניזק, גובה חצי נזק ממה שתפס, שזה הדבר ספק הוא אם אלו תולדות הקרן שחייב עליה ברשות הרבים או תולדות הרגל שפטור עליה ברשות הרבים } וי"א (ר"י רמב"ן רא"ש ועוד) דבכל ספקא דינא לא מהני תפיסה ולכן אפילו אם תפס מפקינן מיניה וע"ל סימן שכ"א (וכ"פ רש"ל, ש"ד), ולדעת הרא"ש דכשכשה בזנבה לא הוי ספק וודאי פטור (דפירש הגמ' כך כשכשה בזנבה מהו כשכוש יתירה מיבעיא ליה אי הוי אורחיה ופטור ברשות הרבים כרגל או שמא כשכוש יתירה הוי שינוי ומשלם חצי נזק וא"ל אידך וכו' יאחזנה בזנבה וילד' ר"ל ודאי אורחיה כמו רגל שאין מחוייב לילך אחר בהמתו ולשמרה שלא תזיק דרך הילוכה ברה"ר, אי הכי קרן נמי נימא וכו' יאחזנה בקרניה וילד' אפילו הכי חייב והאי נמי משונה הוא ונדמיה לקרן, ומשני ליה דלא הוי שינוי כלל והוי כמו רגל, וכתב הסמ"ע דמינה לצד החיוב דאם הזיקה ברשות הניזק דמשלם נזק שלם אפילו לדעת ר"י והרא"ש כיון דודאי אורחיה הוא) }".

גבי ספיקא דדינא כתב הסמ"ע (ז) דכתב הטור דאפילו אם הזיק לאדם אחד ברשות הרבים וברשות הניזק דינא הכי, ואינו יכול לומר ממ"נ אם תאמר שהוא קרן תתחייב לי ג"כ ברה"ר ואם תאמר שהוא רגל ומשו"ה תפטר על הניזק ברה"ר, א"כ תן לי נזק שלם הזיקו דרשות הניזק, אלא בשניהן להקל, וכתב הסמ"ע דאע"ג דכתבו הטוש"ע בסימן ר' בספיקא דדינא אי כליו של לוקח ברשות מוכר או איפכא קונים, וקנה אחד מחבירו בשניהן, דקנה באחד מהן ממ"נ, ¹ שאני הכא דהוא ענין דקנסא, דהא גופו לא הזיק אלא שורו שהוא ממונו, משו"ה הולכין בשניהן להקל. הש"ך (א) כתב על תירוץ הסמ"ע דאין לזה טעם כלל, וגם מש"כ ² ה"ב"ח דמייירי בב' בהמות שהזיקו לא נהירא, אלא ³ איירי אף בבהמה אחת כיון דמבעיא אי אורחא היא ואין כוונתה להזיק או כוונתה להזיק והוי קרן א"כ יכול לומר דלמא טבע הבהמה לפעמים הוא כך ולפעמים כך ודלמא ברה"ר הזיקה דרך הילוכה כי אורחא ולא היתה כוונתה להזיק וברשות הניזק היתה כוונתה להזיק וקרן הוא.

עוד יש לציין לסימן שפח/ז גבי הגמ' בדף ס"ב דבעיא האם אמרינן תקנת נגזל במסור ופסק השו"ע כרמב"ם דאם תפס הנמסר אין מוציאין מידו אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפס והרמ"א פסק כרא"ש דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה, וראה גם לקמן סע' ו-ז גבי צרורות, ובסימן שצא/יב גבי מתגלגל כרשות הניזק או לא, שם דעת הש"ך לחלק דמהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא ולא הוי תיקו (וכ"כ בסימן שמו/ו), ובהגהת הש"ך כתב שבתקפו כהן (סימן יח) חזר בו ואין לחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא [והוסיף שם דאע"ג דהמהרש"ל ודאי מחלק בין תיקו לאבעיא דלא איפשטא היינו שהוא מסברתו מכריע בתיקו כרא"ש ובבעיא דלא איפשטא כרמב"ם וסייעתו], ובסימן שמו/יד גבי שאלה בבעלים ושכרה שלא בבעלים סיים בשם קלף ישן נושן בגירסת הטור דאין לחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא דלא מפקינן מיניה והוסיף "וכן העליתי בספרי תקפו כהן דאין לחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא" וצ"ת.

עוד יש לציין למש"כ בקונטרס הספיקות (כלל ה) "נראה בעניותי להכריע דבפלוגתא דרבוותא של תנאי או אמוראי לא מהני תפיסה, ובפלוגתא דרבוותא שאחר חתימת הש"ס כגון שני גאונים או שאר פוסקים, בכה"ג מהני תפיסה, ולא שאני בא לאלומי פלוגתא דבתראי מפלוגתא דקמאי, לומר דפלוגתא דרבוותא דבתראי אלימי לאפוקי מחזקת מרא קמא ופלוגתא דרבוותא דקמאי לא, אלא דטעמא קאמינא" – "דבתיקו מוקמינן אחזקת מרא קמא משום דהוי ככת אחת אומרת ספק קרוב לו ספק קרוב לה, דבאיסורי כה"ג מוקמינן אחזקה קמייתא, אבל בפלוגתא דרבוותא הויא כשתי כתות עדים דכת אחת אומרת קרוב לו וכת אחת אומרת קרוב לה" עיי"ש, ודלא כה"ד שם שתפיסה לא מועילה בין בתיקו ובין במחלוקת הפוסקים.

סעיפים ג – ד

ע"פ ב"ק ג: יז. ויט. פסק בשו"ע (ג) כל תולדה כאב שלה, חוץ מצרורות המנתזין מתחת רגלי הבהמה בשעת הילוכה שאע"פ שתולדות רגל הם ופטור עליהם ברה"ר כרגל, אם הזיקו ברשות הניזק משלם מהיפה שבנכסיו כרגל שהוא אב, אעפ"כ אינו משלם אלא חצי נזק (ודלא כסומכוס דנזק שלם), כיצד, בהמה שנכנסה לחצר הניזק והיו צרורות מנתזין מתחת רגליה ושברו את הכלים, משלם חצי נזק מהיפה שבנכסיו; ודבר זה הלכה למשה מסיני. (ד) (בעיא דרבי ירמיה -) וכן אם היתה מהלכת ברה"ר ונתזו צרורות מתחת רגליה לרשות הניזק ושברו את הכלים משלם חצי נזק (דבתר המקום הניזק אזלינן

וחייב, סמ"ע), (ברייתא דף יז ע"ב וכת"ק -) והוא הדין לתרגומים שהדסו והעלו עפר או צדורות ושברו, וכן חזיר שהיה נובר באשפה והתזו צדורות והזיק, משלם חצי נזק".

סעיף ה

[מה הדין בהזיקה בהמה בכח כחז?]

ע"פ משנה יז. וברייתא יט. פסק בשו"ע "דרסה על הכלי ברשות הניזק ושברתו ונפל על כלי אחר ושברו, על הראשון משלם נזק שלם, ועל האחרון משלם חצי נזק, ויש מי שאומר (רא"ש) שהוא הדין לכח כחו (דבעי רב אשי כח כחו לסומכוס ככחו דמי או לאו ככחו דמי, והרי"ף לא הביא הך בעיא משום דלסומכוס מיבעיא ליה ולית הלכתא כוותיה, והרא"ש כתב דיש נפקותא גדולה בבעיא זו דמשמע דפשיטא ליה כח כחו ככחו דמי לכולי עלמא ולרבנן משלם על כח כחו חצי נזק כמו על כחו ומיבעיא ליה אי סומכוס גמר הלכתא דצדורות לכח כחו לחצי נזק כמו לרבנן כחו או דילמא לא גמר הלכתא כלל ואף על כח כחו משלם נזק שלם, והגר"א כתב דלפי הרמב"ם והמחבר בסימן שצב/א משמע דסברי דלא כרא"ש (ופטור) { דרסה על הכלי ולא נשבר, ונתגלגל למקום אחר ונשבר שם משלם נזק שלם (טור) ע"פ בעיא דנפשטה יז: דבתר מעיקרא הוא וגופיה הוא, וגבי דברי הקצות עמש"כ התוס' ראה שפ"ד }".

סעיפים ו – ז

ע"פ יט. דבעיא אם יש שינוי בצדורות ופסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "היתה מהלכת ברשות הרבים, ובעטה והתזת צדורות (ובעיטה בבהמה הוי שינוי, שפ"ט/ט), והזיקו ברשות הרבים, פטור (דהמע"ה) דשמא אין שינוי לצדורות בבעיטה ויש לו דין רגל דפטור ברה"ר), ואם תפס הניזק רביע נזק, אין מוציאין מידו, שהדבר ספק הוא שמא שינוי הוא ואינו תולדת רגל, שהרי בעטה (דעלתה בתיקו והרמב"ם לשיטתו בכל תיקו). (ז) בעטה בארץ ברשות הניזק והתזת צדורות מחמת הבעיטה והזיקו שם, חייב לשלם רביע נזק, שזה שינוי הוא בהתזת צדורות, ואם תפס הניזק חצי נזק, אין מוציאין מידו (ה"ה: ס"ל לרמב"ם דאי יש שינוי משמע קולא וחומרא, קולא דאפילו ברשות הניזק רביע ותו לא, חומרא דאפילו בר"ה משלם רביע הנזק דהוא לה כתולדה דקרן דכי אמרינן צדורות תולדה דרגל ופטורין בר"ה דוקא כדרך אבל ע"י שינוי אי אמרינן יש שינוי לצדורות אפילו בר"ה חייב ואינו משלם אלא רביע הנזק, ואי אמרינן אין שינוי בר"ה פטורין לגמרי ואפילו כשלא כדרך כגון מחמת ביעוט וברשות הניזק ח"נ ועלתה שאלה זו בתיקו), ואפילו היתה מהלכת במקום שאי אפשר לה שלא תתז, ובעטה והתזתה, משלם רביע נזק. ואם תפס הניזק חצי נזק, אין מוציאין מידו { וכבר נתבאר דיש חולקין (רי"י ורא"ש) וס"ל דלא מהני תפיסה בספק דינא }".

כתב רע"א בשיטת ר"י והרא"ש, דהכא, אף דהוי ספק ספיקא המסייע את התופס, ספק דהוי אורחיה וספק דאף בשינוי משלם חצי נזק דאין שינוי לצדורות, אפילו הכי לא מהני תפיסתו, דס"ל דודאי יש שינוי בצדורות לחייבו ברה"ר, ורק לענין רביע נזק הוא דמיבעיא, עיי"ש.

סעיף ח

ע"פ יח: פלוגתא דרב ורבי אלעזר ומוקי דר"א דאמר חצי נזק כרבנן, פסק בשו"ע "בהמה שהטילה גללים לעיסה, היינו צדורות, וכגון דדחיק לה עלמא שאין לה מקום לנטות אנה ואנה, דאי לאו הכי הוי שינוי ותולדה דקרן הוא".

סעיף ט

ע"פ מימרא דרב יוסף יט. וכדמוקי ליה כרבנן פסק בשו"ע ע"פ הרי"ף והרא"ש "כשם שחייב על כח שיש בו ממש שהתזו צדורות, כך חייב על כח שאין בו ממש, כגון סוס שצנף וחמור שנוער ושברו כלים בכח קולם ותרגול שבר כלים ברוח כנפיו או שהושיט ראשו לאויר כלי ותקע בו ושברו, בד"א כשיש בו זרעונים דהשתא הוי אורחיה (אוקימתא דגמ', עיי"ש), אבל אם אין בו זרעונים הוי שינוי ולא דינינן ליה השתא".

לעומת זאת הרמב"ם כתב בשבר כלים ברוח דמשלם נזק שלם ועל הכלי משלם חצי נזק כחצי נזק צדורות שכך הוא דרכו ואם היה הכלי ריקן הרי זה משונה ומשלם חצי נזק ככל הקנסות, וביאר ה"ה

דס"ל דכי אקשינן 'והא משונה הוא' לסומכוס בלבד הקשו דאי לרבנן מאן לימא לן שיש שינוי לצרורות שיקשו להדיא והא משונה הוא אלא לסומכוס הקשו לומר שאע"פ שלסומכוס משלם בצרורות נזק שלם דוקא כדרכן שהן תולדות דרגל והלכתא לא גמיר אבל במשונה תולדה דקרבן הוא ולא ישלם אלא חצי נזק, ופרקו דשדו בה ביזורני ודרכו בכך, אבל לרבנן לא שני ליה כלל שאע"פ שמסופק לנו אם יש שינוי לצרורות דוקא בשיש שינוי בגוף המעשה כגון הצרורות על ידי ביעוט אבל כשאין שינוי בגוף המעשה כגון תקיעת התרנגול אף על פי שאין דרכו להכניס ראשו לאויר הכלי אין זה שינוי בצרורות אלא תולדה דקרבן, והראב"ד והטור השיגו דכיון שהוא שינוי בצרורות אינו משלם אלא רביע.

סעיף י

משנה יז. "התרנגולין מועדין להלך כדרכן ולשבר היה דליל קשור ברגליו או שהיה מהדס ומשבר את הכלים משלם חצי נזק", ובגמ' **יט**: "אמר רב הונא לא שנו אלא שנקשר מאליו אבל קשרו אדם חייב נקשר מאליו מאן חייב אילימא בעל הדליל היכי דמי אי דאצנעיה אנוס הוא ואי לא אצנעיה פושע הוא אלא חייב בעל התרנגול מאי שנא כוליה נזק דלא דכתיב כי יפתח איש בור ולא שור בור חצי נזק נמי איש בור ולא שור בור, אלא מתניתין בדאדייה אדויי, כי איתמר דרב הונא בעלמא איתמר דליל הפקר, אמר רב הונא נקשר מאליו פטור קשרו אדם חייב משום מאי חייב אמר רב הונא בר מנחם משום בורו המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה", ופירש **רש"י** 'קשרו אדם חייב' דהקושר קנייה בהגבהה ויש להאי דליל בעלים ואילו **התוס'** חלקו וקשרו אדם לאו דוקא קשרו דה"נ אם היה במקום המוצנע והניחו במקום התורפה שפשע בו ואפילו לא הגביהו ולא קנאו, וכ"ד **הרא"ש**, והביאו **הב"י** באריכות, אולם **הרמב"ם** כתב "התרנגולין מועדין להלך כדרכן ולשבר היה חוט או רצועה קשור ברגליו ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר משלם חצי נזק במה דברים אמורים בשקשרו אדם אבל אם נקשר על רגליהם מאליו בעל התרנגולים פטור ואם היה לחוט בעלים ולא היה החוט הפקר בעל החוט חייב חצי נזק שהרי הוא כבור המתגלגל, הצניע בעל החוט את החוט והתרנגולים דרסו עליו והוציאוהו ונקשר ברגליו ושברו בו את הכלים אף בעל החוט פטור שהרי אנוס הוא", והשיג **הראב"ד** דהא קשרו אדם דקאמר ודאי בעל תרנגולים הוא והאי דקאמר חצי נזק משום דסבירא ליה כרבא דמספקא ליה דרסה על כלי ולא שברתו ונתגלגל למקום אחר ונשבר אי צרורות הו' אי גופה הוא דחוט הקשור בו והרי הוא כשליף שעליה מעתה כשנקשר החוט מאליו ונסתבך בו הכלי ונתגלגל ונשבר אמאי פטור מכל מקום צרורות דתרנגול הוא ואפילו בחוט של הפקר חייב, עיי"ש, וכתב **הב"י** דהרי"ף השמיט מימרא דרב הונא לפי שהוא דבר שאינו מצוי כל כך.

וז"ל **השו"ע** כלשון הרמב"ם (בחלקים שלא הושג ע"י הראב"ד, **באה"ג**) "התרנגולים מועדים להלך כדרכן ולשבר, היה חוט או רצועה קשור ברגליהם, ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר, משלם חצי נזק", וכתב **הרמ"א** "זהו לשון הרמב"ם והוא סתום" ופסק **כתוס'** ו**הרא"ש** "אבל אחרים כתבו והיה חוט או משיחה קשורה ברגלה, אם גררה ושברה בו כלי דרך הלוכה, משלם נזק שלם, זרקו ושבר בו משלם חצי נזק [ואם הזיק אחר שנח פטור], בד"א, בחוט של הפקר או שיש לו בעלים והצניעו ונקשר מאליו, אבל אם החוט של בעל התרנגול ולא הצניעו, אפילו נקשר מאליו ושבר ע"י זריקה, חייב נזק שלם דחצי נזק דצרורות אינו אלא בהתיזה דבר הפקר, אבל אם התיזה דבר [של בעלים] ולא הצניעו חייב נזק שלם, ואם החוט של אחרים, בעל החוט חייב, בין הזיק התרנגול דרך גרירה או דרך זריקה, הואיל ולא הצניע חוט שלו, ואם הזיק החוט לאחר שנח, חייב משום בור המתגלגל (ע"פ הרמ"ה ונפק"מ לפטור בו את הכלים, **באה"ג**), (רא"ש -) בד"א, בתרנגול של הפקר, אבל אם יש לתרנגול בעלים, אם הזיק דרך גרירה שניהם משלמין ביחד, ואם הזיק דרך זריקה, בעל התרנגול נותן רביע ובעל החוט שלשה חלקים, ואם הזיק לאחר שנח, בעל התרנגול פטור ובעל החוט חייב הכל (כי יכרה איש בור' ולא שור בור). ועיין לקמן סימן תי"א יתבאר בדיני בור. (מימרא דרב הונא -) וכל זה בנקשר מאליו, אבל אם קשרו אדם ברגל התרנגול אז הקושר חייב בכל ענין, אפילו יש לחוט בעלים, (תוס' הנ"ל -) וה"ה אם היה החוט מונח במקום מוצנע, והניחו אדם במקום תורפה ועל ידי זה נקשר בתרנגול, הוי כאילו קשרו בידים **(דגו"מ בפת"ש: מיירי כאן בסיפא בתרנגול הפקר דאל"כ בעל התרנגול ג"כ מסייע בתשלומין דלא גרע מבעל החוט עצמו שהניח חוט שלו במקום התורפה, שזה פשע במה שהניח החוט במקום שאינו משומר וזה פשע שלא שמר תרנגול שלו)**.

סעיף יא

ע"פ יח. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "תרנגול שהיה מחטט בחבל דלי ונפסק החבל ונשבר הדלי, אם עיסה דבוקה בחבל דהשתא אורחיה הוא, (רמב"ם ותוס' -) או אפילו אין בו עיסה והוא בלוי שדרכו ליפסק על ידי חטיטת התרנגול, חייב בין על החבל בין על הדלי נזק שלם. ואם החבל חדש ואין עיסה דבוקה בו, משונה הוא ואינו חייב אלא חצי נזק בין על החבל בין על הדלי, ואם הוא הולך אחר הדלי ומגלגלו עד המקום שנשבר שם, משלם נזק שלם (אבל אם אינו הולך אחר הדלי אינו משלם אלא חצי נזק ולא דמי לדורס הכלי ונתגלגל הכלי למקום אחר דנתבאר בסעי' ה' דאזלין בתר התחלת הדריסה וה"ל רגל וחייב נזק שלם, דשאני דריסה דאורחיה הוא, משא"כ פסיקת חבל חדש בזה דשינוי הוא, סמ"ע).

סעיף יב

ע"פ משנה כא: וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הכלב והגדי שקפצו מראש הגג מלמעלה למטה ושברו את הכלים משלמים נזק שלם מפני שמועדים הם לדבר זה, וכן אם נפלו והזיקו, שעלייתן לראש הגג פשיעה, ואע"פ שנפילתן אונס, כל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס, חייב. (וי"א (תוס') דאם היו הכלים סמוכים לכותל, שאין ראויין לשבר על ידי קפיצה, ונפלו, פטור, דאונס הוא, ואם הכלי ארוך וראשו אחד קרוב לכותל וראש השני רחוק בענין שראוי לשבר ע"י קפיצה, ונפלו קרוב לכותל ושברו, חייב, דתחלתו בפשיעה ע"י קפיצה, (גמ' -) ואם הכותל צר אפילו קרובים לכותל ונפלו חייב, והוא שקפצו כדרכם, (תוס' -) אבל אם קפץ הכלב ברקידה והגדי נסרך, דהוי שינוי גביהו, אין משלמין אלא חצי נזק} קפצו מלמטה למעלה, משלמים חצי נזק [והוא] שנתלה הגדי ונסרך, וקפץ הכלב, אבל נסרך הכלב, ודלג הגדי, בין מלמעלה למטה בין מלמטה למעלה, חייבים נזק שלם (דלא כתוס') דכל מלמטה למעלה לאו אורחיהו, וכן תרנגול שדלג בין מלמעלה למטה בין מלמטה למעלה, משלם נזק שלם, וה"ה מי שמסר ביתו לשומרו והיה בו חש"ו, צריך לשומרם שלא ידלגו מלמעלה למטה ולא מלמטה למעלה".

סימן שיצא – שן באיזה מקום ובאיזה אכילה משלם מה שהזיקה או מה שנהנית**סעיף א**

ע"פ משנה יט: וב: פסק בשו"ע "שן הוא אב דושלח את בעירה [וביער (סמ"ע, וראה באה"ג)] דכתיב בקרא מוקמינן לה נמי בבהמה שאוכלת פירות חבירו דברים הראויים לה ונהנית באכילתן חייב נזק שלם, בין שאכלתן בין שלא אכלתן אלא שהפסידתן ולא כלתה אותם לגמרי (תוס' ג. -) לפיכך כל הדומה לזה, שמזיק בדבר שהיא נהנית, הוא תולדה דשן כגון נתחככה בכותל להנאתה והזיקה, או שטנפה פירות וכלים להנאתה, כגון שנתגלגלה עליהם".

כתב הסמ"ע (ב) דמש"כ הטוש"ע תיבת 'נמי' בבהמה שאוכלת היינו דלא תימא מש"כ 'וביער' אלקיחה משדה הניזק קאי ולא אאכילה, קמ"ל דפירושו של וביער הוא שאוכלת כו', מיהו לשון וביער לא קאי דוקא אאכילה, אלא על כל דבר שמפסיד אם יש לו הנאה ממנו וכדמפרש ואזיל.

עמש"כ המחבר נתחככה בכותל, כתב הסמ"ע (ד) דאם נתחככה בחבירתה והזיקה י"ל דלהזיקה נתכונה והו"ל תולדה דקרן לשלם חצי נזק, אם לא שגם לאחר ששמטה ממנה הבהמה שנתחככה בה הולכת זו ונתחככה בכותל דאז איגלאי מילתא למפרע דגם כשנתחככה בבהמה להנאתה נתכונה.

סעיף ב

ע"פ המשנה שם ובכ. כר' יוחנן דהא דתנן 'ברה"ר פטור' קאי אאכלה פירות וירקות אבל אכלה כסות וכלים חייבת והטעם משום דמשונה ה"ל תולדה דקרן, ודלא כרב דקאי אכולהו, פסק בשו"ע "בד"א שאכלה דבר הראוי לה, אבל אכלה דבר שאין ראוי לה, כגון כסות וכלים, שינוי הוא ואינו משלם אלא חצי נזק, בין שאכלה אותם בחצר הניזק בין שאכלה אותם ברה"ר (ולפעמים אדם מניח בגדים ברשות הרבים לשעה למיתפח ולכן לא הוי בכלל כל המשנה ובא אחר ושינה בו הרי זה פטור, סמ"ע).

סעיפים ג – ה

ע"פ **יט: כ.** פסק בשו"ע (ג) אכלה דבר שאין דרכה לאכול אלא על ידי הדחק, כגון פרה שאכלה שעורים וחמור שאכל כרשינין וכלב שלקק את השמן וחזיר שאכל חתיכת בשר וחתול שאכל תמרים, חשיב שפיר אכילה, אבל בהמה שאכלה בשר או תבשיל, לאו אורחא הוא ומשלם חצי נזק. אכלה פת הוי אורחא, אבל חיה לאו אורחא לא בפת ולא בתבשיל. (ד) בהמה שראתה לחם בסל, ושברה הסל ואכלה הלחם, משלם נזק שלם גם על הסל, שכך דרכה לשבר הסל כדי לאכול הלחם, אבל אם אכלה הלחם תחלה ואחר כך שברה הסל, אינו משלם על הסל אלא חצי נזק, דהוי קרן ואינו משתלם אלא מגופו. (ה) ראתה אוכלים ע"פ החבית ונסתבכה בחבית לעלות כדי לאכול האוכלים ושברתו, משלם גם על החבית נזק שלם, שכן דרכם לעלות עליו כדי לאכול האוכלים".

סעיף ו

ע"פ **טו: טז: יט:** פסק בשו"ע "חיה שטרפה בהמה ואכלתה או שאכלה בשר חי, אורחא היא ומשלם נזק שלם, אבל כלב שהמית כבש, וחתול שהמית תרנגולים גדולים ואכלם, משונה הוא ואינו משלם אלא חצי נזק (רא"ש ע"פ המשנה בדף יט ע"ב דאכלה כסות או כלים משלם חצי נזק -) ודוקא בפחת שפחתה מיתה (משלם חצי נזק), אבל דמי הנבלה (ר"ל שאכל הנבילה אחר שהמיתה, סמ"ע) משלם ברשות הניזק נזק שלם, וברה"ר מה שנהנית (דאינו כ"כ כדמי שווי הנבילה כבסעי' ח', סמ"ע), שאכילה אינו שינוי שכן דרכן לאכול נבילות אפילו של בהמות גדולות", והסמ"ע (ו) ציין לרמ"א שפט"ח דארי אין דרכו לטרוף אלא לדרוס.

סעיף ז

[מה הדין בבמה שלקחה בר"ה והלכה ואכלה ברשות הניזק? האם דין זה קשור לפי פרה כחצר הניזק? באר.]

משנה כא: "הכלב שנטל חררה והלך לגדיש אכל החררה והדליק הגדיש על החררה משלם נזק שלם ועל הגדיש משלם חצי נזק" ובגמ' כג. "דאכלה היכא אילימא דאכלה בגדיש דעלמא הא בעינן וביער בשדה אחר וליכא לא צריכא דאכלה בגדיש דבעל חררה תפשוט דפי פרה כחצר הניזק דמי דאי כחצר המזיק דמי לימא ליה מאי בעי רפתך בפומא דכלבאי דאיבעיא להו פי פרה כחצר הניזק דמי או כחצר המזיק דמי ואי אמרת כחצר המזיק דמי שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה אמר רב מרי בריה דרב כהנא כגון שנתחככה בכותל להנאתה וטנפה פירות להנאתה..."

כתב הרא"ש דמקאמר אילימא בגדיש דעלמא הא בעינן וביער בשדה אחר וליכא, משמע בהדיא שאם לקחה בחצר הניזק והוציאה משם והלכה ואכלה ברשות הרבים או ברשות אחר פטור.

כתבו **התוס'** (ד"ה 'תפשוט') "תימא אמאי לא פשיט משאר בבי דמתניתין דתנן השן מועדת לאכול את הראוי לה ומההיא דאכלה מצידי הרחבה.. ונראה לר"י דמכל הנהו דמתניתין לא מצי למפשט ולא מההיא דנטל חררה משום דס"ד דאם לקחה הבהמה פירות בחצר הניזק ואכלם ברשות הרבים או בחצר המזיק חייב דמחייבין בלקיחה לחודה וכן הסברא נוטה דכיון דפשע בלקיחה מה לנו באכילה והא דממעטין משדה אחר רשות הרבים היינו לקיחה וקמבעיא ליה כגון אם הושיט פירות בפי פרה חרש שוטה וקטן ונכרי דלאו בני תשלומין נינהו וכגון שהבהמה לא היתה יכולה ליקח אם לא שהושיט לה ואי כחצר הניזק דמי חייב בעל הפרה ואי כחצר המזיק דמי פטור כיון שנתנו אחר לתוך פיה, והא דקאמר תפשוט לאו ממתניתין אלא מסוגיא דשמעתין דאוקמה דאכלה בגדיש דבעל החררה שמע מינה דבעי לקיחה ואכילה בחצר הניזק אף על פי שאין טעם בדבר מה צורך באכילה אלא דגזירת הכתוב הוא ותפשוט כשנתן אחר לתוך פיה דחייב דכחצר הניזק דמי", וכתב הב"י דנראה מדבריהם דהאי תפשוט דפי פרה כחצר הניזק דמי הכי הוי קושטא דמילתא וכ"ד הרשב"א ורא"ש ונפק"מ להושיט ראובן פירות של שמעון בחצר שמעון לתוך פי פרה דלוי דחייב לוי דפי פרה כחצר הניזק דמי והמושיט חרש שוטה וקטן ואין לו לשלם.

וז"ל השו"ע "אין חייב השן לשלם נזק שלם אלא אם כן אוכלת ברשות הניזק, אבל אם לקחה בחצרו והוציאה משם ואכלה בר"ה או בחצר של אחר פטור מלשלם (רמב"ם -) יותר ממה שנהנית. ואם

לקחה בר"ה והלכה ואכלה ברשות הניזק, יש מחייבים (רמ"ה, והרמב"ם חולק, באה"ג) לשלם נזק שלם [[גירסת המחבר שבידינו – (משום ד]פי פרה כחצר הניזק דמי, ונ"מ (כתוס' –) אפילו במקום שאין לחייב על הנטילה, כגון שהיו הפירות מונחים במקום שאי אפשר ליטלם משם ובא ראובר והושיט פירות של שמעון שבחצר שמעון לפי פרת לוי, חייב לוי אם המושיט חש"ו, או שאין לו (לראובן) לשלם, שאם היה אפשר להשתלם ממנו (מראובן) היה הוא חייב ובעל הפרה פטור (וראה לקמן בש"ך)].

הסמ"ע (י) כתב דיש חולקים על הרמ"ה ובעיני דגם בשעת הלכיהה תהא עומדת בחצר הניזק (ואז חייבת אף אם נתנה בפיה חש"ו וכדמסיק המחבר), ותמה על המחבר במה שתלה דין הרמ"ה בפי פרה כחצר הניזק, דבתוס' והטור לא כתבו פי פרה כחצר הניזק דמי אלא אהאי דינא בתרא כשהבהמה ברשות הניזק והאוכלים היו במקום גבוה ולא היתה יכולה ליטול, ולא הו"ל לערבב הדברים, ובבאה"ג כתב דלא גרסינן 'משום ד', אלא 'פי הפרה' הוי ענין חדש המתקשר לדין התוס'.

כתב הש"ך (א) עמש"כ המחבר בסיפא 'או שאין לו וכו', דאין לפרש הטעם דכיון דאין לו לשלם חייב מטעם דראובן ה"ל שלוחו של לוי דהא לוי לא צוה לראובן לעשות כן ועוד דאין שליח לדבר עבירה, ודחה גם ביאור המעדני מלך דזה ע"פ ר' נתן דהיכא דליכא לאשתלומי מיניה וכו', עיי"ש, אלא דשאני הכא כיון שהמושיט לא הזיק כלום וכשהושיט היה עדיין בעין בשלימותו ולא ה"ל רק כגזלן דמעידנא דאגביה ה"ל שולח יד בדבר שאינו שלו א"כ ה"ל כגזלן ומאכיל דרצה מזה גובה רצה מזה גובה כדלעיל שסא"ה, אלא דאם יש לו לשלם כיון דעכ"פ חייב המושיט מטעם מזיק ובעל הפרה לא הזיק בידים שהרי אלו לא הושיט לא אכלה לכך גובה מהמושיט. **הקצות** (א) ביאר כמעדני מלך דודאי אם היתה הבהמה יכולה ליטול מעצמה אז לא הוי על המושיט רק דין גזלן ולא דין מזיק ורצה מזה גובה כמ"ש בש"ך, אבל כיון דמיירי כאן שלא היתה הבהמה יכולה ליטול מעצמה וכמ"ש התוס' ובטוש"ע, א"כ הוי על המושיט דין מזיק ממש דהו"ל מעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו דחייב מתורת מזיק, והו"ל כשנים שהזיקו, ומשום דאגביה לא הורע כחו של בעל הפרה כיון דשותפי אית ליה להזיקו.

סעיף ח

[מה הדין בבהמה שאכלה ברה"ר? כמה בעליה צריך לשלם לבעל הפירות? פרט.]

משנה יט: "אכלה ברשות הרבים משלם מה שנהנית" ובגמ' כ. פליגי "כיצד משלם מה שנהנית רבה אמר דמי עמיר רבא אמר דמי שעורים בזול", ופירש רש"י "דמי עמיר. שאם אכלה שעורים כדי שביעתה אינו משלם לו אלא דמים שהיה צריך ליתן בקשים ותבן להאכילה דאמר ליה אי איפשי להאכילה שעורים אלא קשין ותבן. דמי שעורים בזול. כפי שהיה צריך ליקח שעורים למאכלה אם היה רוצה להאכילה שעורים (כלומר להחמיר, ב"י) ולא יתן לו כשער שבשוק דילמא איהו לא מאכיל לה שעורים אלא בזול יתן כדאמרין בפרק מי שמת כל זוזא חשיב בארבע דנקי דהיינו שני שלישי דמים (דהיינו שליש פחות מכדי שיווי השעורים, סמ"ע)".

כתב הרמב"ם (ג,ב) "אם אכלה ברשות הרבים ונהנית רואים אותם כאילו הם שעורים או עמיר ומשלם דמי עמיר או דמי שעורים בזול", ותמהו הטור וה"ה דהיאך פסק כדברי שניהם, וכתב הרב המגיד דנסתפק הלכה כמי וכתב שתי הדעות להיות יד המזיק על העליונה איזה מהם שיהא פחות ישלם ועוד כתב שהרמב"ם מפרש עמיר אגודת השבלים וכן פירשו בעלי הלשון דלא כרש"י שפירש תבן או קש, והרא"ש בשם הרי"ף "איכא מאן דפסק כרבה דהוי רביה דרבא ואיכא מאן דפסיק כרבא דהוי בתרא והראב"ד ז"ל כתב דהלכה כרבא דברייתא דתניא כוותיה דרבים הוא", ובב"י תמה עמש"כ הטור דהרא"ש ס"ל כראב"ד אלא דהרא"ה והריטב"א אכן כראב"ד, וכתב דלענין הלכה¹ כיון שהרי"ף והרמב"ם מסופקים היה ראוי לומר דנקטינן לקולא על הנתבע ואינו משלם אלא דמי עמיר וכפירוש רש"י ולא כפירוש ה"ה ומש"כ הרב המגיד ברמב"ם אין הכרע בדבריו. עוד כתב הב"י² הסבר נוסף ברמב"ם דמש"כ ה"ה שהרמב"ם הסתפק דבר תימה הוא, אלא שהרמב"ם מפרש דרבה ורבא לא פליגי דעמיר היינו אגודת שבלים כמו שכתב הרב המגיד ולא מטעמיה ונמצא דעמיר היינו שעורים בשבלים אלא שכל דבר נמשך כפי זמנו שבזמן הקציר דרך להאכילה עמיר ושלא בזמן הקציר דרך להאכילה שעורים שלא בשבלים ורבא לא פליגי אלא מר איירי בזמן הקציר ומר איירי שלא בזמן הקציר (ואע"ג דמיייתי תניא כוותיה דרבה תניא כוותיה דרבא לאו משום דפליגי אלא להוכיח דדבריהם שנויים בברייתא) וצריך לומר דהא דקאמר בזול קאי גם לרבה, ופירוש בזול איכא לפרושי כפירוש רש"י אי נמי

כמו שכתב הרמב"ם בפייהמ"ש שאם אכלה דמי י' ליטרין תמרים ישלם י' ליטרין שעורים ואם היו השעורים יקרים יותר משלם דמי התמרים בלבד, אך סיים דמכל מקום כיון שאין דבר זה מבואר בדברי הרמב"ם לענין מעשה אינו משלם אלא דמי עמיר וכדפירש רש"י וכהסבר א' דכל ספיקא דממונא הוי להקל על הנתבע.

וכ"פ בשו"ע דכיון דספק כמי הלכה אזלינן לקולא כרבה (כפירש"י) כדמי עמיר "אכלה בר"ה משלם כל מה שנהנית, דהיינו כל מה שאכלה אינו משלם אותו אלא כאלו היתה תבן { וי"א דמי שעורים בזול (כרבא לחומרא לפירש"י וכראב"ד ריטב"א ועוד) } (בריייתא שם -) ואם אכלה אוכלים הרעים לה, כגון שאכלה חטים, הואיל ולא נהנית, פטור".

כתב **הקצות** (ב) דהא דמשלם הכא כמה שנהנית נראה דאע"ג דאבות נזיקין משלמין ממיטב אבל בזה אינו משלם אלא מזיבורית, דהא בע"ח דינו בזיבורית אע"ג דנהנה הלוח ממעותיו וחכמים הוא דתקנו בבינונית משום נעילת דלת והכא שלא מדעת בעלים הוא דנהנה ואינו משלם אלא בזיבורית [וראה בזה באור שמח (נזקי ממון א,ב) דרצה לומר דמשלם ממיטב כנזיקין, והברכ"ש (ב"ב ז', הובא בדב"י ב"ק קא.) כתב בשם הגר"ח דמשלם ממיטב כגזלן].

כתבו **התוס'** (ב"ק קא.) "או דלמא אין שבח של סממנין על גבי צמר - תימה הרי נהנה שצמרו מעולה בדמים יותר וישלם מה שנהנה כמו אכלה מצידי רחבה דפ"ב (דף יט:) וירדה לגינה דהכונס (לעיל דף נה:) ובפרק אלו נערו (כתובות דף ל:) אמר תחב לו חבירו משקין של אחרים בבית הבליעה דמשלם מה שנהנה, ויש לחלק דהנאה דהכא אין באה ע"י מעשיו ולא ע"י מעשה בהמתו ובתחב לו חבירו אף על פי שאין זה ע"י מעשיו מכל מקום נהנה גופו אי נמי הנאה דהכא לא חשיבא הנאה שאין אלא נוי בעלמא יותר", וכתב **הש"ך** (ב) דכשמונו נהנה ממנו ממונו של אחר שלא ע"י מעשה ממנו ה"ל ספיקא דדינא אי פטור או לא דתליא בב' תירוצים בתוס', דלפי תירוץ א' וכ"ד הרא"ש דדוקא כשגופו נהנה ע"י אחר או ממנו נהנה מחבירו ע"י מעשה של ממנו כמו אכלה מצדי רחבה ונפלה לגנה אז משלם מה שנהנית אבל כשמונו נהנה ע"י אחר פטור, ולא דמי לסעי' ז' דהתם משלם מה שהזיקה דהוי פשיעה (מעד"מ), וכ"ד רש"ל דהתוחב אוכלין לתוך פיו של בהמתו אינו משלם כלום, אך צ"ל דמיירי שתחב אוכלין של אחרים ופטור מן בעל האוכלין אבל אם תחב אוכלין שלו חייב לשלם לו דלא גרע מיורד שלא ברשות וטעמא ביורד שלא ברשות כיון שמתכוין להשביח חייב לשלם לו יציאותיו, אולם לשינויא בתרא דכתבו דחזותא לאו מילתא היא וכדקאמרין בש"ס התם ותירוץ זה משמע דעיקר דמניין לנו לחלק בחלוקים שלא נזכרו בש"ס, וא"כ דין זה כשמונו נהנה ממנו ממונו של אחר שלא ע"י מעשה ממנו ה"ל ספיקא דדינא אי פטור או לא.

סעיף ט

ע"פ **משנה יט: וגמ' כא.** וכשמואל דהלכתא כוותיה בדיני דאמר כיצד משלם מה שנהנית וכו' דאפילו מחזרת נמי פטור ומשכחת לה דמיחייב כגון דשבקתה לרחבה ואזלא וקמה בצידי רחבה, ודלא כרב דאיירי במחזרת, פסק **בשו"ע** "היו הפירות מונחים בצידי רחבה והיא בתוך הרחבה, והחזירה ראשה לצידי רחבה ואכלה מה, אינו משלם אלא מה שנהנית, דכיון דגופה ברשות הרבים, הוי ליה שן ברשות הרבים, אבל אם יצאה מרחבה לצידי רחבה ואכלה שם, משלם מה שהזיקה, אכלה מפתח החנות, אינו משלם אלא מה שנהנית. (שם במשנה -) מתוך החנות, משלם מה שהזיקה".

גבי חנות בסיפא כתב **הסמ"ע** (טז) דאף שהבהמה עומדת בצד פתח החנות, דדוחק לפרש דמיירי שנכנסה לתוך החנות, מ"מ כיון שאין דרך הבהמה להושיט ראשה כלל לתוך החנות, אפילו שמואל דפליג עם רב במחזרת ראשה, מודה בזה דהו"ל כאילו עמדה בחנות ואכלה משם, משא"כ כשאכלה מפתח החנות דדרך הליכה דרכה להושיט ראשה שם.

סעיף י

שם "איכא דאמרי מחזרת כולי עלמא לא פליגי דחייבת, כי פליגי במקצה מקום מרשותו לרשות הרבים רב אמר פטור ושמואל אמר חייב" וכתב **הרא"ש** דהלכתא כלישנא קמא מדקאמר סתמא דתלמודא בתר הכי 'לא דכולי עלמא מחזרת אי כרב אי כשמואל' וכיון דלישנא קמא עיקר, נראה דמקצה מקום מרשותו לרשות הרבים פטור דלישנא קמא לית ליה להך פלוגתא דמקצה מקום שהרי מקצה מקום

יותר ראוי לפטור ממחזרת, וכן נראה מהרי"ף והרמב"ם שלא הביאו פלוגתא דמקצה מקום, ודלא כגדולים שפסקו הלכה כשמואל במקצה מקום.

וכ"פ בשו"ע "הקצה מקום מרשותו לר"ה והניח שם פירותיו ואכלתה שם, חשוב כרשות הרבים".

סניף יא

כ. "אמר אילפא בהמה ברשות הרבים ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה חייבת מאי טעמא גבי חברתה כחצר הניזק דמי, לימא מסייע ליה היתה קופתו מופשלת לאחריו ופשטה צוארה ואכלה ממנו חייבת, כדאמר רבא בקופצת הכא נמי בקופצת (שקפצה ואכלה על צוארה שאין דרכה בכך ותולדה דקרן הוא וחייבת חצי נזק קאמר, רש"י), והיכא איתמר דרבא אהא דאמר רבי אושעיא בהמה ברשות הרבים הלכה ואכלה פטורה עמדה חייבת מאי שנא הלכה דאורחיה הוא עמדה נמי אורחיה הוא אמר רבא בקופצת".

דעת הרי"ף דמימרא דאילפא פשטה וכו' חייבת הוא דווקא בקפצה אבל עמדה לא דהיינו אורחה, והר"ה כתב דלא מסתבר אלא כל על גבי חברתה חייבת בין שקפצה בין שעמדה והיינו דאילפא וברשות הרבים ובלא על גבי חברתה חייבת חצי נזק בקופצת והיינו דרבי אושעיא ולא פליגי אהדדי, דהא אילפא איירי בלא קפיצה מדפריש טעמא דעל גבי חברתה כחצר הניזק דמי, והרא"ש כתב דעיקר כרי"ף דבהמה שקופצת למקום גבוה ואוכלת לאו שינוי הוא דאורחה למיכל ליפתא אורחה נמי לסרוכי ולמיסק אלא הך דאילפא ודרבי אושעיא וברייטא דהיתה קופתו מופשלת טעם אחד להם דכל היכא דיכולה בהמה לאכול כדרכה דרך הילוכה בלא קפיצה אין לו לאדם רשות להניח שם פירותיו והוי רשות הרבים ופטורה אבל היכא דאין יכולה לאכול אלא בקפיצה יש לו רשות להניח פירותיו ומיקרי חצר הניזק, והשקלא וטריא כך הוא, מעיקרא כדאמר אילפא למילתא ופירש טעם לדבריו משום דעל גבי חברתה כחצר הניזק דמי והוה סלקא דעתיה דכל על גבי חברתה כחצר הניזק דמי ואפילו אוכלת כדרכה ואהא בעי לאתויי ראיה וקאמר תלמודא כדמפרש רבא ההיא דרבי אושעיא בקופצת הכי נמי איירי ברייתא בקופצת ומילתא דאילפא בקופצת דבענין אחר לא מיקרי חצר הניזק, וכיון שאין יכולה לאכול אלא בקפיצה לאו אורחה הוא ויש לו רשות להניח שם פירותיו.

וז"ל הרמב"ם (ג), "היתה מהלכת ברשות הרבים ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה ואפילו עמדה משלם מה שנהנית שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גבי זו ואם קפצה ואכלה על גבי חברתה משלם מה שהזיקה שגבי חברתה כחצר הניזק הוא חשוב", וביאר הב"י (לאחר שהאריך לחלוק על ביאור ה"ה, עיי"ש) דס"ל דאילפא ורבי אושעיא לא פליגי וכי אוקי רבא מימרא דרבי אושעיא בקופצת היינו לומר דעמדה דקאמר היינו קופצת והלכה דקאמר לאו דוקא אלא לשאינה קופצת קרי הלכה בין הולכת ובין עמדה פטורה וה"ק בהמה ברשות הרבים אם אינה קופצת פטורה ואם היתה קופצת חייבת, וכ"כ הנ"י דקופצת היינו שקופצת ואוכלת שם אפילו יכולה לאכלם בלא קפיצה חשיב חצר הניזק, וזה שלא כדברי הרא"ש, והיינו דקאמר אילפא בהמה ברשות הרבים פשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה אם קפצה על גבה ואכלה שם חייבת משום דגבי חברתה כחצר הניזק דמי אבל אם לא קפצה עליה אלא שפשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה בין הלכה בין עמדה פטורה דאע"ג דגבי חברתה כחצר הניזק דמי כיון שהיא עומדת ברשות הרבים פטורה דדמיא לעומדת בתוך הרחבה ומחזרת ונוטלת מצידי הרחבה דפטורה לשמואל דקיימא לן כוותיה, וכן יש לפרש ברי"ף דכתב והוא דקפצה אבל עמדה לא דהיינו אורחה, דהכי קאמר והני מילי דחייבת כלומר לשלם כל מה שהזיקה בדקפצה אבל לא קפצה אפילו עמדה לא מיחייבה לשלם מה שהזיקה ומכל מקום אינה משונה לשלם תם חצי נזק ומועד נזק שלם אלא אורחא הוא וה"ל שן ברשות הרבים דאינו משלם אלא מה שנהנית ומימרא דרבי אושעיא נמי מתפרשת לדעתו כדעת הרמב"ם ולדעת שניהם הא דאמרין מאי שנא הלכה דאורחה הוא וכו' הכי פירושו מאי שנא הלכה פטורה מלשלם מה שהזיקה ואינה נדונית כמשונה לשלם תם חצי נזק ומועד נזק שלם עמדה נמי אורחה הוא ואין לה להתחייב.

עוד הביא דהרא"ה חלק על פירוש רש"י דלעיל גבי קופצת דהוי קרן, דאינו נכון דכי היכי דאמרין (יט): כיון דאורחה למיכל אורחה לפלוסי הכי נמי כיון דאורחה למיכל אורחה למקפץ הילכך לאו תולדה דקרן היא אלא שן ממש ונזק שלם קאמר וכן הוא בירו' ובתוספתא.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "היתה מהלכת בר"ה ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חבירתה, ואפילו עמדה, אינו משלם אלא מה שנהנית, שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גב זו, ואם קפצה ואכלה מעל גבי חבירתה, משלם מה שהזיקה, שגבי חבירתה כחצר הניזק הוא חשוב {ו"א (רא"ש) דווקא שהוא בענין שאי אפשר לה לאכול כי אם בקפיצה, אבל אם תוכל לאכלם בלא קפיצה אז חשוב כרשות הרבים} (ע"פ פירוש הרשב"א וראה בב"י -) וה"ה להיתה קופתו מופשלת לאחוריו ואכלה פירות שבקופה (שקפצה על האדם שהקופה מופשלת לאחוריו וכן ע"ג אצטבא שבר"ה כיון דאורחה למיכל שעורים או כרשינין שבקופה אף היא דרכה לקפוץ שם) – כלומר גם בזו יש חילוק בין אם קפצה ואכלה או אכלה בלי קפיצה, ולדעת הרמב"ם בזה נראה שהוא הדין אם היו מונחים הפירות ברשות הרבים במקום שאפשר ליטלם בלי קפיצה וקפצה ואכלה חשוב כחצר הניזק, ובטור הביא דעה ג' דהרמ"ה חולק דבאכלה מעל גבי חבירתה או מתוך קופתו חייב אפילו בלי קפיצה, וברשות הרבים אם קפצה משלם כל מה שהזיקה, ובלא קפיצה כל מה שנהנית, סמ"ע (כ).

עמש"כ ברישא דאינו משלם אלא מה שנהנית, כתב הסמ"ע (יז) דנראה אפילו היה ראשה בשעת אכילתה ע"ג בהמה, מ"מ כיון שגופה ורגליה עומדות ברשות הרבים, בתר גופה אזלינן, ויש לו דין שן ברשות הרבים דאינו משלם נזק שלם כי אם מה שנהנית וכסע' ט'.

סעיף יב

בכ. הובא איבעיא דמתגלגל אי חשוב כחצר הניזק ולא איפשיטא, ובשו"ע פסק ברמב"ם "בהמה שהיתה עומדת ברשות הניזק, ותלשה פירות מר"ה ואכלתן ברשות הניזק, הרי הדבר ספק {טור ע"פ רש"י דהוסיף 'והוא הדין נמי' - } והוא הדין אם הבהמה עומדת ברשות הרבים ונטלה האוכל מרשות הניזק ואכלה ברשות הרבים, דהוי הדבר ספק (והשמיטו פירוש ר"י שהאוכל מתגלגל מרשות הניזק לרשות הרבים ועכבתו הבהמה ואכלתו ברשות הניזק ואם לא עכבתו היה סופו לנוח ברשות הרבים לכך מיבעיא אי חשוב כרשות הרבים אי לא), (גמ' ואליבא דכ"ע, סמ"ע -) ודוקא בכי האי גוונא שהמאכל ברשות אחד והבהמה גלגלה המאכל לרשות שני, אבל אם המאכל דבר ארוך, מקצתו מונח בפנים ומקצתו מונח בחוץ, וכשמושכת ראש האחד ראש השני נגרר אחריה, בכל מקום שהיא מתחלת למושכו חשבינן ליה כאלו אכלו שם, בין ברשות היחיד בין ברשות הרבים { לפיכך אינה משלמת אלא מה שנהנית, ואם תפס הניזק כמה שהזיקה, אין מוציאין מידו (רמב"ם לשיטתו) } וכבר נתבאר סי' ש"צ דיש חולקין (ע"פ הרא"ש) וס"ל דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא }."

הסמ"ע (כב) הסכים עם התוס' ור"י לדחות פירוש רש"י והרמ"א דהא לכ"ע אם נוטלת ברשות הניזק ואכלה ברשות הרבים אינה משלמת אלא כפי מה שנהנית וכ"ש בזה שהוא שינוי ומסתבר בו טפי לפטור מתשלומי נזק שלם, וסיים דאפשר דס"ל לרש"י לחלק בין גלגלה מרשות לרשות בעודה מונחת ע"ג קרקע ובין עקרה והוציאתה בפיה מרשות וצ"ע.

כתב הסמ"ע (כא) על פירוש ופסיקת המחבר דהדבר ספק דאע"ג דבסע' ז' כתב דאם לקחה פירות ברשות הרבים והלכה ואכלה ברשות הניזק יש מחייבין לשלם נזק שלם, י"ל דזה שעומדת ברשות הניזק ועומדת ומושיטה ראשה לאכול ברשות אחר מחשב שינוי שאין דרך אכילתה בכך, לכן הו"ל ספק, משא"כ כשהלכה מרשות לרשות.

עמש"כ הרמ"א דלפי ר"י ורא"ש לא מהני הכא תפיסה, כתב הסמ"ע (כד) דמדלא כתב הטור כאן דעת אביו משמע דס"ל דלא פליגי כאן, דכיון דעכ"פ תפיס ברשות נגד מה שנהנית מהני התפיסה גם לשאר, והש"ך (ג) כתב דשאני הכא דהוי בעיא ולא איפשטא ולא סלקא בתיקו ובזה גם לרא"ש וטור מהני תפיסה, וראה לעיל שצ"ב.

סימן שצב – דין כלב שנטל חררה ואכל חררה והדליק הגדיש

סעיף א

משנה כא: "הכלב שנטל חררה והלך לגדיש אכל החררה והדליק הגדיש על החררה משלם נזק שלם ועל הגדיש משלם חצי נזק" ובגמ' כב. "אתמר ר' יוחנן אמר אשוי משום חציו וריש לקיש אמר אשוי משום

ממונו וריש לקיש מאי טעמא לא אמר כרבי יוחנן אמר לך חציו מכחו קאזיל האי לא מכחו קאזיל ורבי יוחנן מאי טעמא לא אמר כריש לקיש אמר לך ממונא אית ביה ממשא הא לית ביה ממשא, תנן הכלב שנטל חררה וכו' בשלמא למ"ד אשו משום חציו חציו דכלב הוא אלא למ"ד אשו משום ממונו האי אשו לאו ממונו דבעל כלב הוא, אמר לך ריש לקיש הכא במאי עסקין דאדייה אדויי דעל חררה משלם נזק שלם ועל מקום גחלת משלם חצי נזק ועל גדיש כולה פטור, ורבי יוחנן דאנחה אנוחי על חררה ועל מקום גחלת משלם נ"ש ועל הגדיש משלם חצי נזק (דעל החררה נזק שלם דשן היא ועל מקום גחלת נזק שלם דאורחיה הוא ובידים עבד ואגדיש כוליה חצי נזק דחציו דכלב הוא והיינו צרורות, רש"י).

כתב הרשב"א דלר' יוחנן הוה מצי לאוקמה בדאדייה אדויי ועל כוליה גדיש חצי נזק ובהכי הוה מיפרשי מתניתין טפי שפיר שאין משלם על הגדיש אלא חצי נזק, ואילו השתא דאוקימנא בדאנחה אנוחי איצטרכין לחלק בגדיש עצמו על מקום גחלת נזק שלם ועל שאר הגדיש חצי נזק, אלא מסתברא דמשום דאוקימנא אליבא דריש לקיש דוקא בדאדייה אדויי אמר בדרכי יוחנן דאפשר לפרושי מתניתין אפילו בדאנחה אנוחי וה"ה וכ"ש בדאדייה אדויי.

והרמב"ם כתב בסיפא דאם היה מגרר את החלה על הגדיש והולך ושורף משלם על החררה נזק שלם ועל מקום הגחלת חצי נזק ועל שאר הגדיש פטור, והשיג **הראב"ד** עמש"כ דעל שאר הגדיש פטור דהא "צרורות על ידי שינוי מרביע נזק מיהא לא מיפטר" וביאר **הב"י** (דלא כרב המגיד) דס"ל לרמב"ם שמשעה ראשונה לא הניח אלא היה מגרר והולך מיירי והיינו אדייה אדויי דאמור בגמ', וכדבריו מבואר בדברי התוס' דלר' יוחנן בדאנחה אנוחי לא מצי למימר בדאדייה אדויי ועל כל הגדיש חצי נזק דאי כח כחו לאו ככחו דמי הוי על כל שאר הגדיש פטור, ובבא"ה"ג כתב שהרמב"ם לא סובל פירושו עיי"ש.

בכג. "מאן חייב בעל כלב. וליחייב נמי בעל גחלת? בששימר גחלתו אי כשישימר גחלתו מאי בעי כלב התם בשחתר" ולפי **הרמב"ם** פירושו דליחייב בשריפת כל שאר הגדיש ורש"י גרס וליחייב 'נמי' בעל הגחלת דהא בין מר ובין מר משום ממונו אית להו הילכך לר' יוחנן דאמר לעיל על הגדיש משלם חצי נזק דצרורות הן לישלם בעל הגחלת חצי האחר דהא ממונו הוא.

וז"ל **השו"ע** כרמב"ם "כלב שנטל את החררה והלך לו לגדיש {של בעל החררה (טור ע"פ הגמ')} אם הניחה בגדיש ואכל את החלה והדליק את הגדיש, על החלה ועל מקום החררה משלם נזק שלם ועל הגדיש חצי נזק (דחציו דכלב הוא והיינו צרורות), ואם היה מגרר את החלה על הגדיש והולך ושורף, משלם על החררה נזק שלם, ועל מקום הגחלת חצי נזק, ועל שאר הגדיש פטור (ודלא כראב"ד דצרורות עיי' שינוי ומשלם רביע) {וי"א (רשב"א) דמשלם על כל הגדיש חצי נזק} בד"א, כששמר בעל הגחלת את אשו וסגר הדלת ובא הכלב וחתר ונטל את החררה מעל האש, אבל אם לא שמר אשו, בעל האש חייב על שריפת הגדיש (דלא כגירסת רש"י וליחייב נמי בעל הגחלת), ובעל הכלב חייב על אכילת החררה ועל מקומה {וי"א (תוס' וטור) דעל מקום החררה משלם כל אחד החצי, ועל שאר הגדיש בעל הכלב נותן רביע, ובעל הגחלת ג' חלקים, ואם זרקא על הגדיש, אז משלם בעל הכלב רביע אפילו על מקום החררה, ובעל הגחלת שלשה חלקים (כיון דכי לית שותפא לא משלם אלא פלגא דהיינו רביע ובעל הגחלת משלם ג' חלקים משום דכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי כדרכי נתן בדף נ"ג, באה"ג ע"פ תוס')".

סימן שצג - הכניס פירותיו לחצר חבירו שלא ברשות והזק בהן בעל החצר

סעיפים א - ב

ע"פ **משנה מז.** וגמ' פסק בשו"ע כלשון **הרמב"ם** "הכניס פירותיו לחצר בעל הבית שלא ברשות ואכלתן בהמתו של בעל הבית, פטור {ואפילו היה בעל החצר טוחן והביא זה חטים לטחון שישתכר בהן בעל החצר אפילו הכי מקרי שלא ברשות (טור) ע"פ ברייתא דהאשה שנכנסה לטחון חטים}, ואם הוחלקה בהם והוזקה, בעל הפירות חייב, ואם הכניס ברשות פטור (כרבי דאמר אף אם נתן לו רשות להכניס לא הוה כאילו קיבל עליו נטירותא) {ויש חולקין (ר"י ורא"ש, דפסקו כרבנן דכל שנתן לחבירו רשות להכניס פירות קיבל עליו שמירת הפירות) כמו שיתבאר לקמן סוף סימן שצ"ח}, ואם קבל עליו בעל הבית לשמור את הפירות, בעל הבית חייב. (ב) הכניסן שלא ברשות, ואכלתן בהמתו של בעל הבית והוזקה באכילתן, בעל הפירות פטור, מפני שהיה לה שלא תאכל (כלומר היה לו לשמור פרתו שלא תאכל

יותר משיעורה, וזה דוקא מסתמא כשבעל החצר בחצירו, אבל אם נסתלק משם בעל החצר בידיעת בעל הפירות, על בעל הפירות מוטלת השמירה שלא תאכל יותר מדאי אפילו אם הכניס ברשות וכסע' הבא, **סמ"ע**).

כתב **הסמ"ע** (ג) על פסיקת המחבר כר"ף והרמב"ם כרבי לפטור, דמיהו ה"מ שלא נתחייב בעל החצר בתשלומי היזק בעל הפירות אם הזיקו שורו לפירות שהכניס, ובסימן שצח/ה כתב דלכ"ע אין בעל הפירות חייב בנוזקי דבעל החצר אם הוזק שורו דבעל החצר בפירותיו, ומש"כ הכא דאם הכניס ברשות פטור, דאף דפסיק כרמב"ם דסתם נתינת רשות לא הוי כקבל עליו שמירת הפירות, מ"מ בעל הפירות אינו חייב באשר הוזק בהן שורו דבעל החצר, וא"כ קשה על הרמ"א הכא דמסיק וכתב כאן דיש חולקין 'כמ"ש בסימן שצ"ח' דהא שם לא פליגי אלא אם נתחייב בעל החצר בהיזק דבעל הפירות, ומזה לא איירי המחבר כאן אלא בפטור דבעל הפירות בהיזק דבעל החצר ובזה כ"ע מודו, וצריך לדחוק ולומר דס"ל לרמ"א דמדסיים המחבר 'ואם קיבל עליו בעל הבית לשמור את הפירות בעל הבית חייב ולפני זה לא נזכר שום פטור בבעל הבית והוצרך לכתוב דבקבלת עליו השמירה דחייב וא"כ צ"ל דמש"כ המחבר אם הכניס ברשות פטור שכל אחד פטור משילום הזיקו דחבירו ושמע מיניה דס"ל למחבר דגם בעל הבית פטור משילום הזיקו דהנכנס אם הזיק שורו לשורו דהנכנס, ועל זה כתב דיש חולקין, אבל פירוש זה דוחק כיון דלא נזכר לפני זה מחיובו דבעל הבית. בש"ך (א) כתב דמקום הגהת הרמ"א בסיפא דסע' א' גבי קיבל עליו בעל הבית (ונראה דבא לתרץ קושיית הסמ"ע).

סעיף ג

ע"פ מח. גבי עובדא דההיא איתתא דעלתה למיפא בההוא ביתא פסק בשו"ע **"הכניסן ברשות והניחו בעלי החצר את זה שהרשוהו בחצר לשמור, ואכלתן בהמתו של בעל הבית והוזקה באכילתו, בעל הפירות חייב, שכיון שראה הבהמה אוכלת דברים המזיקים לה והניחה, חייב, שהרי אין בעלי החצר מצויים שם להעביר הבהמה מהם, ומעשה באשה אחת שנכנסה בבית שכנתה ללוש ולאפות, והניחה ונתעלמו כדי שלא יביטו בה בעת לישתה ואפייתה, ובא עז של בעל הבית ואכל הבצק ומת, וחייבו חכמים לשלם דמיו, וכן כל כיוצא בזה"**, וביאר **הסמ"ע** (ה) דבתחילה כתב הדין דנסתלק בעל החצר בידיעת בעל הפירות והניח עליו השמירה, דבעל הפירות היה לו לשומרו, ובמעשה דסיפא בא להוסיף דאף דנסתלק בעל החצר שלא בידיעת בעל הפירות, אפ"ה אם בעל הפירות עושה דבר צניעות דמסתמא יסתלק עברו בעל החצר ויצא באותה שעה שעושה דבר הצניעות, הו"ל כאילו הודיעו שיצא ובעל הפירות חייב בשמירת בהמה דבעל החצר אפילו לענין שלא תאכל יותר מדאי ותוזק.

סעיף ד

משנה נט: **"המגדיש בתוך שדה חבירו** שלא ברשות ואכלתן בהמתו של בעל השדה פטור ואם הוזקה בהן בעל הגדיש חייב ואם הגדיש ברשות בעל השדה חייב" **ובגמ'** "לימא תנן דלא כרבי דאי כרבי הא אמר עד שיקבל עליו בעל הבית לשמור אמר רב פפא הכא בנטר בי דרי עסקין דכיון דא"ל עייל וגדוש עייל ואנטר לך הוא" **וכ"פ בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** **"המגדיש בתוך שדה חבירו שלא ברשות, ואכלתם בהמתו של בעל השדה, פטור, ואם הוחלקה בהם והוזקה, בעל הפירות חייב אכלתן והוזקה באכילתן פטור (כדלעיל, ב"י), ואם הגדיש ברשות בעל השדה, חייב אף על פי שלא קבל עליו לשמור, שהשומר בגרנות כיון שא"ל הגדש בכאן, כמי שאמר לו הגדש ואני אשמור לך, הוא חשוב"**, וביאר **הב"י** דפסקו הר"ף והרמב"ם הא דרב פפא כיון דפסקי כרבי אבל לדעת ר"י שפסק כחכמים לא צריך לאוקמי בנטר בי דרי, ומיהו כתב **הרא"ש** דאפשר דנפקא מינה בהך דרב פפא אף לרבנן דכי היכי דלרבי בנטר בי דרי היכא דאמר ליה עול עול ואנטר לך קאמר הכי נמי לרבנן נטר בי דרי העלהו מעלה אחת ויהא שלא ברשות ידידה כסתמא דעלמא ואם אכלתו בהמה של בעל השדה חייב, ותמה **הב"י** מדוע השמיט הטור זה, **ובדרכ"מ** יישב דהרא"ש לא כתב דין זה אלא בלשון אפשר ומסתפק וא"כ לדעתו דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא לא יתחייב השומר מכח ספק ואפילו תפס המכניס מוציאין ממנו, ולכן השמיט הטור, וכן נראה ברמ"א שלא הגיה דבר, אולם **בבאה"ג** הסכים עם תמיהת הב"י על הטור, וראה סמ"ע לקמן.

כתב **הסמ"ע** (ז) דיש לדקדק במה שסיימו הרמב"ם והמחבר שהשומר בגרנות כיון שאמר ליה הגדש ואילו ברישא לא הזכירו דמיירי שיש שומר לשמור השדה ושהוא נתן לבעל הפירות רשות ליכנס, ואדרבה כתבו אם הגדיש ברשות בעל השדה, דמשמע דאיירי דבעל השדה נתן לו רשות להגדיש ולא

השומר, וצ"ל איירי בבעל השדה שהוא עצמו שומר השדה ואפשר דדרכן היה בכך, משו"ה סתמו ולא הוצרכו לכותבו, ואתי שפיר כיון דבעל השדה הוא עצמו השומר והוא הנותן לו רשות להגדיש, משו"ה הרי"ף והרמב"ם מודים בזה דאף דבעלמא לא אמרינן עול ואנטר לך קאמר בזה דבלא"ה משמר השדה ויושב בצידו דהו"ל סתמא כאילו קיבל עליו שמירתו, ועוד כתב שגם הרא"ש דכתב דיש נ"מ גם לרבנן בשומר דהעלוהו מעלה אחת ויהיה שלא ברשות ידיה כסתמא דעלמא, דלא כתב כך אלא כשהבעל השדה עצמו הוא השומר, דאם לא כן הוא נגד הסברא דיכניס זה גדישו לשדה חבירו שלא ברשות כלל ויחייב לבעל השדה בשמירתו, ודלא כטור דמפרש דבריו דאיירי כשבעל השדה יש לו שומר בפני עצמו המשמר בשדה, ובזה נתישבה התמיהה שיש להקשות על הטור במש"כ נגד אביו דהרא"ש כתב דאפילו בלא רשות הו"ל לרבנן כאילו נתן רשות והטור כתב דבעינן עכ"פ שיתן השומר רשות להגדיש, ועי"פ הנ"ל ניחא, וגבי קושית הב"י למה השמיט הטור דינו דהרא"ש אביו, יישב כדרכ"מ דלעיל.

סימן שיצד - בהמה שנפלה לגנה והזיקה וכיצד משערין ההיזק

סעיף א

ע"פ משנה נה: וגמ' נח. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם **"בהמה שהוחלקה באבן או במימי רגלים ונפלה לגנה (מימרא דרב אפילו איירי בנחבטה -) ונחבטה על גבי פירות וירקות (דלא אמרינן דהוי מבריה ארי מנכסי חבירו ומה שנהנית נמי לא ישלם קמ"ל דהאי לאו מדעתו א"נ מבריה לית ליה פסידא האי אית ליה פסידא), או שאכלה - משלם מה שנהנית, אפילו הלכה מערוגה לערוגה (כר' יוחנן ודלא כרב כהנא דמשלם מה שהזיקה) (אפילו כשראוה הבעלים שנפלה ורועה היא פטור ממה שהזיקה עד שתצא דמן שמיא הוא דקנסוה, ב"י בשם ראב"ד רשב"א ועוד, וכ"כ הסמ"ע), ואפילו נשארה שם כל היום כולו, אינו משלם אלא מה שנהנית, ומה הנאה יש לה בחבטה, שהרי מצאה מקום רך ולא נתרסקו איבריה. אבל אם ירדה כדרכה ואכלה, משלם מה שהזיקה, ואפילו טנפה פירות במי לידה, משלם מה שהזיקה, מפני שתחלתו בפשיעה."**

עמש"כ המחבר דלא נתרסקו וכו' כתב הש"ך (א) דמשמע דאם לא נתרסקו אבריה אלא היה לה צער בעלמא לא היה צריך לשלם כלל אבל אי יש לספק בזה צריך לשלם לו מה שהיה נותן שיצילו בהמתו מספק, אמנם משמעות לשון התוס' והרא"ש אינו מורה כן.

עוד בנת. **"היכי נפל רב כהנא אמר שהחליקה במימי רגליה רבא אמר שדחפתה חברתה, מ"ד שדחפתה חברתה כ"ש החליקה במימי רגליה ומ"ד שהחליקה במימי רגליה אבל דחפתה חברתה פשיעה היא ומשלמת מה שהזיקה דא"ל איבעי לך עבורי חדא חדא",** ופסקו הרי"ף והרמב"ם דפשיעה היא, וכי"פ בשו"ע **"וכן אם דחפה חברתה ונפלה, משלם מה שהזיקה, מפני שהיה לו להעבירם אחת אחת כדי שלא ידחו זה את זה"** והרמ"א פסק כר"י רמ"ה ורא"ש **"וי"א דאם דחפה חברתה לא מקרי פשיעה, אלא הוי אונס ופטור"** - דכתב הרא"ש דהא דקאמר הכא דחפתה חברתה פשיעה היא היינו דלא כרב פפא דב"מ צ"ג גבי עובדא דסבולאי, ונראה דהתם לאו משום פשיעה חייבו אלא ששומר שכר היה וחשיב כגניבה ואבידה כדמשמע התם, ונראה דהלכה כרב פפא, וכיון דהלכה דלאו פשיעה היא א"כ דחפיה ונפלה פטור הכא, דשן ורגל בשמירה פחותה סגי להו כשומר חנם, הילכך רועה זה אע"פ שהוא שומר שכר וחייב לשלם לבעלים אם נפלה והזיקה, מיהו אם דחפה והזיקה פטור דהא תנן בב"ק מ"ד מסר לשומר חנם וכו' כולן נכנסו תחת הבעלים וכי היכא דפטורים בעלים אם נפלה דחפה והזיקה גם השומר פטור. **הב"י** כתב דלענין הלכה נקיטין כרי"ף והרמב"ם שהם מוסכמים ועוד דפשטא דגמרא כוותיהו, **והדרכ"מ** כתב דהב"י **"לטעמיה אזיל לפסוק כרי"ף והרמב"ם בכל מקום אבל לפמש"כ כמה פעמים לפסוק כבתראי ורבים גם הכא נקטינן כוותיהו שלא להוציא ממון מיד בעליו"**.

עוד כתב הרמ"א **"אם העבירה אצל גינת חבירו והיה אפשר לה לירד וליכנס לגינה אפילו נפלה באונס (או אפילו שאי אפשר שתד ונפלה שם שלא באונס כגון שהיא הולכת במקום גבוה והשדה בגיא ושינתה זו את טבע שאר הבהמות וקפצה לאכול הפירות שראתה שם, סמ"ע בשם הטור) חייב - דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס (תוס' ורא"ש), והא דקתני ירדה כדרכה לאו דוקא דה"ה נפלה כיון שיכולה לירד),**

ויש מי שחולק בזה **(ראב"ד)**, דלא קרינן ליה תחלתו בפשיעה וכי אינו רשאי להעביר צאנו ברשות הרבים או יאחזנה בזנבה אלא ודאי כל נפלה פטור).

סעיף ב

נח. "אמר רב פפא לא תימא עד שתצא (מהגינה) לדעת ותחזור לדעת אלא כיון שיצאה לדעת אף על פי שחזרה שלא לדעת (הבעלים) מאי טעמא דאמר ליה כיון דילפא כל אימת דמשתמטא להתם רהטא".

וז"ל השו"ע "הוחלקה ונפלה ויצאה {והוא ידע **(רשב"א וראב"ד)** בפירוש הגמ', **וחזר בו הראב"ד** מהשגתו שכתב דאפילו נעל בפניה כראוי ויצתה ולא ידע להיכן הלכה חייב איבעי ליה למידע דהתם הלכה וחייב, וכתב ה"ה שהרמב"ם כרשב"א, ואילו ה"ה כתב שבאמת דברי הרמב"ם סתומים וסובלים את שני הפירושים, ולענין הלכה כיון דאפוקי ממונא הוא נקטינן לקולא לנתבע ורשב"א}, וחזרה לגינה אע"פ שחזרה שלא לדעת הבעלים, משלם מה שהזיקה, מפני שהיה לו לשומרה (שמירה מעולה, כדלקמן ברמ"א, **רש"ל ושו"ד**) שלא תחזור, שהדבר ידוע שכיון שידעה דרך הגינה הרי היא חוזרת מאליה {מיהו אם שמרה בשמירה מעולה ויצאה והזיקה פטור **(רשב"א, דלא כרא"ש)** דלא סגי בשמירה מעולה, ולא כהבנת רש"ל ברמב"ם דסגי בשמירה פחותה, ש"ך וכ"פ **רש"ל כנ"ל**}".

סעיף ג

נו. "אמר רבה אמר רב מתנה אמר רב המעמיד בהמת חברו על קמת חברו חייב, מעמיד פשיטא, לא צריכא דקם לה באפה. אמר ליה אביי לרב יוסף הכישה אמרת לן ולסטים נמי דהכישוה".

וז"ל השו"ע "המעמיד בהמת חברו (וכ"ש בהמה שלו, **סמ"ע**) על גבי קמת חברו, המעמיד חייב לשלם מה שהזיקה. וכן אם הכישה (הכה אותה) עד שהלכה לקמת חברו והזיקה, זה שהכישה חייב {ואפילו הפירות ברשות הרבים דהוי כמזיק בידים **(רשב"א וה"ה)**, ודוקא הכישה וכיוצא בזה, אבל קם לה באפה עד שהלכה שם, פטור, דהוי גרמא בנזקין **(הנ"ל ופירוש הראב"ד)**, דלא כהשגות הראב"ד דחייב, וכתב ה"ה דאע"פ שכתבו התוס' דלא משתמע בשום דוכתא דלחייב ברשות הרבים שן אפילו מקרב בהמתו אצל הפירות ומעמידה עליהו, נקטינן כרשב"א והרב המגיד דפשיטא היא דהוי מזיק בידים וליכא לפלוגי ביה בין רשות הרבים לרשות הניזק)".

סעיף ד

משנה נה: "כיצד משלם מה שהזיקה שמין בית סאה באותה שדה כמה היתה יפה וכמה היא יפה" ובגמ' **נח:** ילפינן 'וביער בשדה אחר' בב"ת ודרשינן דההיזק דהביער ישער אגב שדה אחר ואמרין "היכי שיימינן אמר רבי יוסי בר חנינא סאה בששים סאין רבי ינאי אמר תרקב בששים תרקבים **חזקיה אמר קלח בששים קלחים**" ופסקו **הרי"ף רמב"ם ורא"ש** כחזקיה דכולה סוגיא דשמעתין כוותיה, ופירש **רש"י** קלח בששים קלחים מה שאכלה בששים שיעורים כמותו.

בנט. הגמ' מעמידה מחלוקת תנאים גבי "כחש גופנא" – ופסק **הרא"ש** שעדיין פותחין מזה ששמין כמה הרויח הניזק שלא הוכחש שדהו במה שלא נשאר בה הפירות עד שנגמרו וכן מנכין למזיק, ואילו **הרמ"ה** פסק דלא מנכין כחש גופנא דאמרו לו לרבי שמעון אינו דומה נבעלת באונס וכו' והלכה כרבים נגד יחיד ועוד דכמה מתניתין וברייתות אית להו אונס משלם את הצער והיינו דלא כרבי שמעון, והרא"ש דחהו דמנכין כרבי יוסי וכבן עזאי ואמרו לו דרבי שמעון אית להו נמי כחש גופנא אלא דפליגי בהא אר"ש דסבר דצער של נבעלת באונס אינו גדול משנבעלת ברצון ורבנן סברי שהוא גדול ואותו יתרון צער משלם, וכתב ה"ה **דהרי"ף והרמב"ם** שלא הזכירו כחש גופנא משמע דכרמ"ה סברי וכן הלכתא.

וז"ל השו"ע ודלא כרא"ש "כל בהמה שהזיקה פירות מחוברים, משערים מה שהזיקה בששים ומשלם מי שנתחייב לשלם, כיצד, הרי שאכלה בית סאה, שמין ששים בית סאה באותה השדה כמה היה שוה, וכמה הוא שוה עתה אחר שנפסד בו הבית סאה, ומשלם השאר (דאינו מפסיד המזיק כל כך, דמי שלוקח ס' סאין כשהיא בתבואתה אינו מזלזל בה בשביל הפסד בית סאה אחת כי אם דבר מועט, **באה"ג**), וכן אם אכלה קב או רובע אפילו קלח אחד שמין אותו בששים".

ביאר הפרישה ובקצרה בסמ"ע (י) דהטוש"ע שפסקו בסיפא 'וכן אם' כחזקיה דאמר אפילו קלח בששים קלחים דאינו מקפידין על קלח אחד בין ששים קלחים כמו שמקפידין על סאה בין ששים סאין דלא כמי שאומר דאפילו לא אכלה אלא קלח אחד משערינן כמה פוחתין בפחת סאה בין ששים סאות שבו קפידה גדולה ולפי ערך מה שמגיע על קלח אחד או כפי שיעור שאכלה נותן לניזק קמ"ל דלא אלא לעולם משערינן בששים כפי מה שאכלה, וסיים דזה ע"פ התוס'.

[כתב באור לציון (א,ד,ב) "כתב בספר תולדות חפץ חיים שאנשים חושבים שמי ששובר שמשו של חלון של בית חבירו חייב לשלם, ואינו כן, דקי"ל ובער בשדה אחר (ב"ק נ"ח ע"ב), שאם אכלה הבהמה ערוגה, שמין אותה בששים, כלומר שמין שדה בת ששים ערוגות כמה היתה שוה עם הערוגה וכמה היא שוה בלא הערוגה, וההפרש ישלם, והכא נמי גבי שמשו, שמין אגב הבית, כמה שוה בית עם שמשו בחלון וכמה שוה בלא שמשו, וכיון שאין הפרש. פטור המזיק מלשלם", וכתב שם המהדיר, דהח"ח חולק על החזו"א "דהרי החזו"א כתב (ב"ק סי' ו' ס"ק ג') וז"ל ונראה דכיון דאין בית עומד למכירה אלא לתקן בדקיה, משלם מה שחבירו מפסיד בהוצאות התיקון.. הרי שמחלק בין דבר שעתיד הניזק לתקן הנזק להיכא דאינו עתיד לתקן הנזק, דהיכא דעתיד לתקן הנזק חייב המזיק לשלם הנזק כפי ערכו, ואם אינו עתיד לתקן הנזק, שמין הנזק אגב השדה בששים", עיי"ש מה שהאריך במחלוקת זו (ובפסקי המשפט)].

סעיף ה

נה: "רבי שמעון אומר אם אכלה הפירות גמורים משלם פירות גמורים אם סאה סאה ואם סאתים סאתים" ובגמ' נט: "מאי טעמא הא דאמר רחמנא ובער בשדה אחר מלמד ששמין על גב השדה הני מילי מידי דצריך לשדה הני כיון דלא צריכי לשדה בעינייהו בעי שלומי" ואיפסיקא הילכתא בגמרא כרבי שמעון כרב, וז"ל השו"ע "אכלה פירות גמורים שאינם צריכים לקרקע, משלם דמי פירות גמורים בשיווייהן, אם סאה דמי סאה, ואם סאתים דמי סאתים".

סעיף ו

אדם קצץ אילנו של חבירו כיצד שמין את הנזק?

נח: "ההוא גברא דקץ קשבא (דקל) מחבריה אתא לקמיה דריש גלותא א"ל לדידי חזי לי ותלתא תאלאתא בקינא הוו קיימי והוו שוו מאה זוזי זיל הב ליה תלתין ותלתא ותילתא (שלשה דקלים זה אצל זה) אתא לקמיה דרב נחמן א"ל בששים רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע עבדו עובדא כוותיה דרב נחמן בששים" ואסיקנא הילכתא כרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע בדיקלא ארמאה והילכתא כוותיה דריש גלותא בדיקלא פרסאה.

וז"ל השו"ע כפירוש הרמב"ם ורש"י לדקל ארמאה ופרסאה "הרי שאכלה פירות דקל אחד וכן הקוצץ פירות דקל חבירו ואכל, אם היה דקל רומי וכיוצא בו שאין התמרים שלו יפות, משערים אותו בששים על גבי הקרקע, ואם דקל פרסי וכיוצא בו הוא, שהתמרים שלו יפות ביותר, משערים הדקל בפני עצמו, כמה היה שוה וכמה הוא שוה עתה" והרמ"א פסק כרא"ש "ויש אומרים דאם לא נגמר גדולו (קאי אקוצץ אילן עצמו מדכתב ב' פעמים נגמר גידולו ואי אפירות קאי הל"ל אי נגמר גידולו) משערינן בששים ואם נגמר גדולו משערינן כמו שהוא" – דמפרש דדיקלא ארמאה היינו שלא נגמר גידולו ולא הגיע לכך שיהא ראוי לעקרו ולשתלו במקום אחר הילכך הוי כפירות שאינם גמורים ונישום בששים ודיקלא פרסאה היינו שנגמר גידולו והגיע לכך שאם יעקרוהו וישתלוהו במקום אחר יתקיים הילכך הוי כפירות גמורים ושמין אותו בפני עצמו כרבי שמעון, והשמיטו הטוש"ע הא דפסק הרא"ש כמ"ד דבכל שאר אילנות אם קטם נטיעה אחת אם בת שנתה משלם שתי כסף אם בת שתיים משלם ארבע כסף לפי ששאר פוסקים השמיטוהו, ב"י.

כתב הסמ"ע (יא) דבין שאכלה הבהמה בין שקוצץ האדם עצמו, יש חילוק בין אם היו הפירות מדקל משובח או מדקל שאינו משובח כל כך.

סימן שיצה – המשסה את הכלב בחבירו או בעצמו

סעיף א

ראובן שיחרר את כלבו ברחוב, שמעון שיסה את הכלב של ראובן בלוי, והכלב נשך את לוי. כמה נחייב ואת מי, את ראובן את שמעון או את שניהם? ציין מקור והסבר.

שור או כלב שלמדום לנגוח או שיסו אותם, האם בעליהם או המלמדים אותם חייבים לשלם הנזקים או במיתה אם המיתו?

ע"פ משנה סנהדרין עו: ב"ק כג: ובעיקר כד: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המשסה (משלח ומקניט) כלבו של חבירו בחבירו, פטור מדיני אדם, וחייב בדיני שמים (דכתב רש"י פטור משום גרמא וממילא למד גם הרמב"ם דחייב בדיני שמים, ה"ה), ובעל הכלב חייב חצי נזק (באה"ג: נראה דלמדו מהא דאמר רבא שם את"ל המשסה כלבו של חבירו בחבירו חייב וכו' משמע ליה דנפשטא הבעיא אי מחייב בעל הכלב או לא וכמו שדרכו ודרך הגאונים לפסוק ככל את"ל), שכיון שהוא יודע שאם שסה את כלבו להזיק נושך, לא היה לו להניחו (ה"ה: אפילו הוא מועד כיון שלא עשה מעצמו אלא ע"י שיסוי כדאמרין בדף ל"ט גם גבי שור האיצטדין כי יגח ולא שיגיחוהו ופטור ממיתה אף כאן דינו כתם וכ"ד הסמ"ע, ודלא כראב"ד דבמועד נזק שלם). ואם שסהו בעצמו, בעל הכלב פטור, שכל המשנה ובא אחר ושינה בו, פטור (ששיסה ראובן כלב של שמעון עד שהלך ונשך לראובן המשסה, פטור שמעון, דראובן שינה מתחילה בהססתו, וכל המשנה ובא אחר ושינה בו כגון זה פטור שמעון, סמ"ע).

משנה ב"ק לט. "שור האצטדין אינו חייב מיתה שנאמר כי יגח ולא שיגיחוהו", ופסק הרמב"ם (ו,ה) "שוורים שמשחקין בהן ומלמדין אותן שיגיחו זה את זה אינם מועדים זה לזה ואפילו המיתו את האדם אינן חייבין מיתה שנאמר כי יגח לא שיגיחוהו" והראב"ד השיג דלמה לא ליהוי כשור שהוא מועד לשופרות (לז:) ועוד שכבר פסק גבי משסה כלבו של חבירו בחבירו דחייב בעל הכלב, וה"ה יישב דהרמב"ם כבר נזהר מזה דבעל הכלב חייב ח"נ וכנ"ל, וג"כ אינו דומה למועד לשופרות לפי שאלו ממש מכוונים לנגחן וכיון שהם פטורים מן המיתה דין הוא שלא יעשו מועדין.

סימן שיצו – כיצד שמירת תם ומועד או מסרן לשומר חנם או לשומר שכר

סעיף א

ע"פ מה: וכרבי יהודה כרמב"ם רא"ש ועוד פסק בשו"ע "שור המועד (נה: -) וכן שן ורגל שהן מועדין מתחלתן, די להם בשמירה פחותה (דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי ואמר רחמנא תם ניחייב דניבעי ליה שמירה מעולה, הדר אמר רחמנא ולא ישמרנו גבי מועד דנעביד ליה שמירה מעולה הוי ריבוי אחר ריבוי ואין ריבוי אחר ריבוי אלא למעט לשמירה מעולה, וגבי שן ורגל סגי להו בשמירה פחותה לכ"ע דהתורה מיעטה בשמירתן), לפיכך אם קשרם בעליו במוסירה או שמרם שמירה פחותה, ויצאו והזיקו, פטור. בד"א במועד, אבל תם לא סגי ליה לא במוסירה ולא בשמירה פחותה, עד שישמרנו שמירה מעולה, אי זו היא שמירה מעולה, דלת שיכולה לעמוד אפילו ברוח שאינה מצוייה, ושמירה פחותה, שיכולה לעמוד ברוח מצויה ולא בשאינה מצויה, אבל אם אינה יכולה לעמוד אפילו ברוח מצויה, כאלו לא שמרו כלל, וחייב (נו: -) אפילו לא נפלה הדלת על ידי הרוח אלא לסטים הוציאוהו, או חפרה או חתרה הדלת והפילתו, דתחלתו בפשיעה לגבי נפילת הדלת, וסופו באונס לגבי חתירה, וקיי"ל (רצא/ו) כל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס הבא מחמת הפשיעה חייב (וה"נ מיקרי מחמת פשיעה, דאילו העמיד לפניה דלת חזקה לא היתה נופלת הדלת מחמת שחתרה בקרקע או נגחה בהדלת עצמה, סמ"ע). אבל אם חתרה פרצה ויצאה משם, פטור, שאין האונס בא מחמת הפשיעה".

כתב הסמ"ע (ב) גבי מועד דברישא דלרמב"ם פטור לגמרי אפילו מחצי נזק, ואילו לתוס' והרא"ש אינן פטורין אלא מנזק שלם כדין שור המועד אבל חצי נזק חייב, דלא עדיף לענין חצי נזק לאחר שנעשה מועד מבעוד היותו תם, אולם גבי שן ורגל שהן מועדין מתחילתן 'ובער ושלח' כתיב דמשמע דאינו חייב

עליהן עד דהו"ל דומה כאילו ביער ושלח בידים דהיינו שלא שמרו כלל, הא עבד שמירה כל דהו אינו חייב בהו.

סעיף ב

ע"פ משנה נה: וגמ' נו. פסק בשו"ע "שמרה כראוי ונפרצה בלילה, או שחתרה הדלת ויצאה והזיקה פטור, (תוס' -) אפילו ידע שנפרצה, שאינו חייב לצאת לטרוח אחריה, (תוס' -) ודוקא נפרצה בלילה, אבל נפרצה ביום חייב, דקלא אית למלתא ומסתמא ידע".

סעיף ג

ע"פ משנה שם וגמ' נו: פסק בשו"ע "הוציאה לסטים, הם חייבים (על מה שהזיקה) משעת משיכה או שהכישוה במקל להוציאה (ואע"ג דגזלן לא קני לה במשיכה דמאן אמר ליה למשוך מכל מקום כיון שעשה לה דבר הקונה במקח וממכר והיא עתה ברשותו חייב בשמירתה, תוס' ורא"ש, ודלא כלבוש שכתב שחייבים משום דקנאה במשיכה, סמ"ע), (ירו' ורא"ש -) ודוקא שהוציאה כדי לגזלה, אבל הוציאה כדי לאבדה פטורים (אבל אם נאבדה הבהמה חייב לשלמה לבעלים אם הוציאה בידים, ודוקא בפרץ גדר לפני בהמת חבירו ונאבדה כתבו הטור והרמ"א בסע' ד' די"א דפטור אם נאבדה משום דלא עשה בה מעשה בידים בהוצאתה כלל, סמ"ע, וכ"ד הש"ך אך סיים דאפשר דבהכישוה אפילו לאבדה ונאבדה פטור וצ"ע)".

סעיף ד

[מה הדין במי שהתיר פרת חבירו שהיתה קשורה בברזל ברה"ר ונאבדה?]

ע"פ ברייתא נה: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הפורץ גדר לפני בהמת חבירו ויצאה והזיקה, אם היה גדר בריא וחזק חייב (על הנזק, דעת ה"ה ברמב"ם, והקשו עליו מהמשנה דלעיל הוציאה לסטים דוקא הוציאה הא פרצו בפניה אינן חייבים על נזקה, ויש לחלק בין לסטים המתכוונים לגנוב ולא לפרוץ גדר ובין זה המתכוון לפרוץ גדר ולא לגנוב) (וי"א דאינו חייב בנזקי הבהמה (סמ"ע: דהו"ל גרמא בניזקין דהא לא עביד מעשה בגוף הבהמה, ונראה דאינו פטור מהבהמה אלא בדיני אדם אבל בדיני שמים ודאי חייב ק"ו מכותל רעוע) אלא אם הכישה והזמינה לנזק וכן עיקר (ראב"ד ורמ"ה, דסברי דהא דפריך נייחייב אבהמה נמי קאי דכיון דפרצו גדר בפניה הוי כאלו אבדוה בידים, וכן דעת האחרונים, ה"ה, וכן נקטינן דהרמב"ם יחיד הוא בדבר זה, לשון הב"י). וי"א דאפילו על הבהמה עצמה אינו חייב, אם נאבדה (תוס'!) ואם היה כותל רעוע, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים (סמ"ע: לתוס' דוקא אבהמה שהזיקה חייב ולא אכותל כיון שהיה רעוע, והרא"ש כתב שאפשר דגם על הכותל חייב דהא ראוי לעמוד יום או יומים עד שימצאו פועלים, וכן נראה דעת הטוש"ע שסתמו, ולרמב"ם בתשובתו לחכמי לונל מבואר דחייב בדיני אדם אפילו אכותל רעוע)".

כתב בחות יאיר (פת"ש א) גבי מי שהתיר פרת חבירו שהיתה קשורה בסריגי החלון של ברזל ברה"ר ונאבדה, דחייב לשלם מדיני אדם, דאפילו הפוטרים פורץ גדר על הבהמה שנאבדה מדיני אדם, היינו משום דגורם בעלמא הוא, משא"כ אם עביד, ואף את"ל דיש לפקפק בזה ואין להוציא ממון, מ"מ ודאי אי תפיס לא מפקינן מיניה, משא"כ אילו אינו חייב רק בדיני שמים.

סעיפים ה - ו

ע"פ משנה שם ורבה בגמ' פסק בשו"ע (ה) "הניחה בחמה אפילו חתרה ויצאה והזיקה, חייב זה שהניחה שם, שכיון שהניחה בחמה הרי היא מצטערת ועושה כל שאיפשר לה לעשות לברוח {ולכן אפילו היתה קשורה בקשר חזק, חייב (רמב"ם וכדלקמן, דלא כראב"ד דפטור)}" ובסעי' ו' ע"פ ט: וסוגיה דגמ' אליבא דחזקיה "מסר השור לחרש שוטה וקטן, אף על פי שהיה השור קשור, הבעלים חייבין, שדרך השור להתיר הקשר ולצאת ולהזיק (שדרך של אלו הוא לשחוק בהן ולהתירן וכיון שכן הוה ליה תחלתו בפשיעה ואפילו סופו באונס, ה"ה, וכן מסקנת הסמ"ע בהבנת לשון זו של הרמב"ם). (רמב"ם -) אפילו שמרוהו שמירה מעולה, וחתרה ויצאה והזיקה, הבעלים חייבים (דלא כראב"ד דבשמירה מעולה פטור

כי מה שאמרו בור מכוסה ושור קשור שמסר לחש"ו שהוא חייב באינו קשור ואינו מכוסה כראוי עסקינן וסומך על שמירת החש"ו, והכריעו הרשב"א רא"ש וה"ה (כרמב"ם).

כתב הסמ"ע (יא) לבאר הסיפא דמחבר בסעי' ו' דאפילו שמרוהו שמירה מעולה דה"פ בשעה שמסרו הבהמה ליד חש"ו קשרו הבעלים לבהמה בקשר חזק והניחוהו בידם בלי סגירת הדלת, ולאחר זמן מצאו הבהמה ניתקה והזיקה, וקאמר דחייבים הבעלים, ואפילו עשו החש"ו עוד שמירה מעולה לבהמה והיינו שנעלו בפניה הדלת שיכולה לעמוד דהוא הנקרא שמירה מעולה כנ"ל אלא שהבהמה יצאה בחתירה והזיקה, אע"פ שזהו אונס כנ"ל, אפ"ה כיון שפשעו הבעלים מתחילה במה שסמכו על הקשר כיון שדרך החש"ו לנתק הקשר, אמרינן דודאי גם קשר זה התירוהו, והו"ל כאילו לא עשו לבהמה שום שמירה ויצאה מתחת ידם והזיקה, ואע"ג דבעלמא בעינן שיבוא האונס מחמת הפשיעה, שאני הכא דאותה הפשיעה הראויה לבוא בשעה שמסרו הבהמה ליד החש"ו דהיינו שתצא ותזיק היא הנעשית לבסוף, משו"ה אע"פ שנעשה באונס חייב.

סעיף ז

ע"פ י. פסק בשו"ע "מסר שורו לחמשה בני אדם" ופשע בו אחד מהם ויצא והזיק, אם אינו משתמר אלא בחמשתן, זה שפשע בשמירתו חייב, ואם משתמר בשאר, אף אלו הנשארים חייבים. ויש מי שאומר (רא"ש) דהני מילי כשאמרו כיון שאינך רוצה לשמרו גם אנו מסולקים משמירתו, אבל אם לא נסתלקו משמירתו, הוא פטור והם חייבים.

כתב הפת"ש (ב) ע"פ הש"ך בסימן ע"ז דפטור דסיפא ר"ל דפטור מדין מזיק, אבל מ"מ חייב מדין ערב היכא דאין להם לשלם, ודלא כרמ"א בתשובה, ולפ"ז ה"ה וכ"ש ברישא היכא דאינו משתמר אלא בחמשתן דזה שפשע חייב, אם אין לו לשלם מחויבים הנשארים לשלם מטעם ערבות, וצ"ע.

סעיף ח

מה: "א"ר אלעזר מסר שורו לשומר חנם הזיק חייב הוזק פטור" אמרי היכי דמי אי דקביל עליה שמירת נזקיו אפילו הוזק נמי ליחייב ואי דלא קביל עליה שמירת נזקיו אפילו הזיק נמי ליפטור אמר רבא לעולם שקיבל עליו שמירת נזקיו והכא במאי עסקינן כגון שהכיר בו שהוא נגחן וסתמא דמילתא דלא אזיל איהו ומזיק אחריני קביל עליה דאתו אחריני ומזקי ליה לדידה לא אסיק אדעתיה", ופירש רש"י "וסתמא דמילתא שור נגחן כי מקבל איניש נטירותיה עליה למה שהוא מוחזק מקבל עליה דלא לזיק אחריני אבל דלא ליזקוהו אחריני לא מסיק אדעתיה שהרי אין שור מתייצב לנגדו מפחדו".

כתב הרשב"א (וכן דעת הרמב"ם, ה"ה) דהא דבקביל עליה שמירת נזקיו אפילו הוזק נמי ליחייב י"ל דלאו כשקבל עליו בפירוש קאמר אלא כשמקבל עליו ככל שומר מן הסתם קאמר, ואילו דעת הראב"ד דקביל עליה שמירת נזקיו בסתם שלא פירש נזקין דידה ונזקין דעלמא אלא נזקין סתם וכיון שהוא נגחן סתמא דמילתיה דלא אזיל איהו ומזיק לאחרני קביל עליה.

כתב הרמב"ם "שמרוהו כראוי שמירה מעולה השומרים פטורים והבעלים חייבים" וכתב עליו הטור "ואיני מבין דבריו כיון ששמרוהו כראוי למה יהו הבעלים חייבים וכן השיג עליו הראב"ד שמרוהו שמירה פחותה אם שומר חנם הוא הוא פטור והבעלים חייבים ואם שומר שכר הוא או שואל הם חייבים והבעלים פטורין" וכתב הב"י דה"ה ביאר דס"ל דהא דבעלים חייבים כשמרוהו שמירה מעולה הוא בנזק קרן בלבד ר"ל בדברים שהיא תמה להם שבהן הבעלים חייבים אפילו בשמירה מעולה אבל בנזקי שן ורגל אפילו הבעלים פטורים וזהו דין הכונס, ובדרכ"מ כתב דצ"ע דהא בשמירה מעולה אפילו תם פטור (וראה לקמן בסמ"ע) וא"כ יפה כתב הטור דהא בשמירה מעולה אפילו בעלים פטורים מיהו דעת רש"י תוס' ורשב"א כרמב"ם.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם ע"פ הנ"ל וגמרות נוספות "מסרו לאחד מארבעה שומרים, מסתמא קבל עליו שלא יזיק ושלא יוזק, והני מילי בשור סתם, אבל אם מכיר בו שהוא נגחן, אינו מקבל עליו אלא שלא יזיק, אבל לא שלא יוזק, (משנה שם -) ואם לא שמרוהו כלל, ויצא והזיק, נכנסו תחת הבעלים וחייבים לשלם תם חצי נזק ומועד נזק שלם, והבעלים פטורים (מ. -) ואם אחר שהזיק התם ברשותו אומרים לבעלים הרי שלך לפניך לא אמר כלום, שהרי בית דין לוקחים אותו להשתלם מגופו (רמב"ם וה"ה וכנ"ל -) ואם שמרוהו כראוי שמירה מעולה, השומרים פטורים (ר"ל אפילו השואל, דאע"ג

דהשואל חייב באונסין, היינו דוקא אם הוזקה הבהמה שהוא שומר עליה, ולא לענין אם יצאתה והזיקה, סמ"ע, ומבואר בב"י דזה דעת הרמב"ם ודלא כרשב"א המחייב) והבעלים חייבים בנזק קרן בלבד שהיא תמה, אבל בנזק שן ורגל גם הבעלים פטורים, ואם שמרוהו שמירה פחותה, אם שומר חנם הוא פטור, ואם שומר שכר (נו: -) או שוכר או שואל הוא חייבים".

עמ"כ המחבר ע"פ הרמב"ם בסיפא ואם שמרוהו כראוי וכו' כתב הסמ"ע (יח) דנקט כרב המגיד דהרמב"ם מיירי בנזקי קרן וכתב הב"י דבזה מיושבת תמיהת הטור, אך זה אינו, דגם בהזיק קרן אינם הבעלים חייב אלא בשמירה פחותה ולא בשמירה מעולה וכמ"ש המחבר בריש סימן זה כרמב"ם, ובכס"מ הביא שחכמי לוני"ל הקשו ג"כ קושיית הטור לרמב"ם והשיב בעצמו שטעות סופר היא בספרים וכז"ל אבל אם שמרו בו שמירה מעולה ויצתה והזיקה השומרים פטורים, שמרוהו שמירה פחותה, אם שומר חנם הוא פטור והבעלים חייבים, ואם שומר שכר או שוכר או שואל חייבים, והאריך הסמ"ע שטעות זו ניכר מתוך נוסח ספרי הרמב"ם שבידינו, וגם בדברי ה"ה ישנה טעות בהדפסה, ויש לתמוה שתפס המחבר לשון ה"ה כאשר הוא נדפס בטעות והוא סותר למש"כ בריש סימן זה.

סעיף ט

שומר שנתן בהמתו לשומר אחר לשמור והזיקה אחרים מי חייב הבעלים השומר הראשון

או השני?

ע"פ משנה נה: וגמ' נו: וע"פ המבואר בסימן רצא/כו פסק בשו"ע "מסרו השומר לשומר אחר והזיק חייב, ששומר שמסר לשומר חייב, אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר, ואם הזיק, חייב השומר הראשון לשלם לניזק, וילך לעשות דין עם השומר השני, ואם מסרה שומר ראשון לבנו או לבן ביתו או למסעדו, נכנסו תחת השומר, וחייבים".

כתב הסמ"ע (כא) דמש"כ דחייב השומר הראשון וילך וכו', דמ"מ אם ירצה הניזק יעשה דין עם השני, אלא שקאמר שגם דינו עם הראשון, דהוי ליה פשיעה גביה שמסרו לשני דיכולין הבעלים לומר אתה נאמן עלי בשבועה ולא האחר, ולא דמי לבעל השור שמוסר בהמתו להשומר דהשומר חייב וכסע' קודם, דשם ברשות נתנו לשומר.

< סע' י: כתב השו"ע "אם הזיק שורו של שואל לשורו של משאיל או איפכא, נתבאר בסימן שמ"ז".

סימן שיצו – מי שבהמתו רגילה ליכנס לתוך שדה חבירו ובהמת הקצבים שמזקת

סעיף א

האם בנזקי שן בהמות בעל הבהמה יכול לטעון "למה לא גדרת שדותיך", או שבעל השדה

יטען "למה לא שמרת את בהמתך"?

ב"ק כג: "הנהו עיזי דבי תרבו דהוו מפסדי לרב יוסף א"ל לאבבי זיל אימא למרייהו דליצנעניהו אמר ליה אמאי איזיל דאי אזילנא אמרי לי לגדור מר גדירא בארעיה", וכתבו התוס' דאשתמוטי הוא משתמיט אבבי שלא היה חפץ לילך דהא תנן (י"ט ע"ב) אכלה מתוך החנות משלם מה שהזיקה ולא אמרינן שהיה לו לנעול חנותו, וכ"פ הרי"ף והרמב"ם, וכתב הנ"י שכן פסקו כל המפרשים דאשינויי לא סמכינן ועוד דאבבי בההיא שעתא תלמיד לפני רבו הוה, אולם דעת ר"ח דהלכה כאבבי שיכול בעל הבהמה לומר לבעל השדה גדור שדך ואם לא גדרה והזיקתו פטור והוסיף דמדובר בסוגיה (ליישב המשנה הנ"ל) בשדה לפי שמתפשטין לרעות ואין הרועה יכול לשמור כולם שלא יכנסו בשדות אבל בעיר אם נכנסה לחצר הניזק והזיקה חייב שאין אדם יכול לנעול ביתו ועל הרועה מוטל לשמור הבהמה כשמוליכה בעיר שלא תכנס לבית הניזק, וכתב הטור דכ"ד הרא"ש, ואילו הב"י כתב דאין הכרע בדברי הרא"ש (כי הביא ב' הסברות, דרכ"מ).

וז"ל השו"ע דלא כר"ח "מי שבהמתו רגילה ליכנס לשדה חבירו ומזיקתו, יכול בעל השדה להתרות בבעל הבהמה שישמור בהמתו, וצריך לשומרה {ואם לא שמרה והזיקה חייב לשלם היזקו (תוס')}, ואינו יכול לומר לו גדור שדך כדי שלא תכנס בו".

הסמ"ע (ב) ציין לדעת ר"ח והרא"ש (דלא כב"י) שחולקים על דין זה, ואכן **הש"ך** (א) **האר"י** דיש לפסוק כר"ח שדבריו דברי קבלה, וכן דעת הלכות גדולות ראב"ן רא"ש ועוד, וכן משמע בש"ס, ומש"כ הב"י שדעת הרמב"ם כתוס' אינו נמצא שם ואי כוונתו לכך שחייב לשלם כשהזיקה הבהמה בשדות אחרות אין ראיה דהא בקרא נמי כתיב ובער בשדה אחר ומוקמינן לה בש"ס כשגדר וחתרה או נפל בלילה, וגם מש"כ ב"י שאין בדברי הרא"ש הכרע דבריו תמוהין שהרי הרא"ש מביא במסקנתו דברי ר"ח ודוחה דברי התוס', ומש"כ רש"י להוכיח כתוס' דאם כר"ח למה סתם רועים גזלנים ופסולין לעדות לפי שאינם נזהרים משדות אחרות ואי היה צריך לגדור כל אדם שדהו מסתמא כל השדות גדורים הם וא"כ איך נכנסים בשדות אחרים כי מה שהבהמה חתרה הגדר לא שכיח כו' וכן הלכה כרב יוסף דהוא רבו של אב"י ואין הלכה כתלמיד במקום הרב, זה אינו, דנהי דפטור כשהזיק מ"מ מסתמא כל השדות אינם גדורים ופוק חזי דאין דרך בני אדם לגדור שדותיהם דא"כ צריך לגדור כל העולם אלא אין חוששין להזיק בהמות דלא שכיח שיזיקו בהמות בשדות אחרות, ואיך רוצה להכריע נגד אב"י והלא אין בידינו להכריע מה שנחלקו בו חכמי הש"ס ובע"כ גם אב"י מודה להא דסתם רועים פוסלים, ומש"כ התוס' דאב"י אשתמוטי קמשתמיט דוחק גדול הוא, וגם מש"כ רש"י דאין הלכה כתלמיד במקום הרב לא נראה ואדברא הא קי"ל דהלכה כבתראי מאב"י ור"א ואילך, ואולי כוון למש"כ הנ"י דאב"י נגד רב יוסף תלמיד היושב לפני רבו היה באותו מעשה, אבל גם זה לא נ"ל ואדברא משמע מדשתיק ליה רב יוסף אודי ליה, ועוד דגרסינן שם (כג:) ואי גדר שן דחייב רחמנא היכא משכחת לה כו' משמע דסתמא דש"ס הוא דקפריך הכי דאי רב יוסף קאמר לה הל"ל 'אמר ליה' ומשמע דסתמא דש"ס ס"ל כאב"י ומשני אליבא דאב"י כשחתרה או דנפל בלילה, ואפילו תימא דרב יוסף קאמר לה מ"מ משמע דקבל שינוי דאב"י שחתרה וכו' וכ"כ הראב"ן דשמעינן מהכא דשן דחייב רחמנא בשדה אחר לא מיחייב אלא כשחתרה או דנפל גודא בלילה אבל אי לא גדר ארעיה ונכנסה בהמה ואכלה פטור.

כתב **הסמ"ע** (א) דהכא לא יכול לשחטם כבסעי' ב' דהתם מיירי בבהמות של קצבים שעומדות לשחיטה אלא שהקצבים רוצים להשהות עד יום השוק שיכולין למכור אז הבשר ביוקר, וקאמר דמשום היזקתן מקדימין שחיטתן אם לא ישגוהו הקצבים בהתראה משא"כ כאן בסתם בהמות דאין עומדות לשחיטה.

סעיף ב

שם (רש"י) "מכריו רב יוסף הני עיזי דשוקא" (דקצבי דקיימי לשחיטה אלא דמשהי להו עד יומא דשוקא) דמפסדי (אפילו ברה"ר) מתרינן במריהו תרי ותלת זימנין אי ציית ציית ואי לא אמרינן ליה תיב אמסחתא וקבל זוזך (אפילו ביומא דלאו דשוקא שחיט להו הואיל ולשחיטה קיימן).

ברמב"ם משמע דכן הדין בכל הבהמות וז"ל "בהמה שהיתה רועה ונכנסה בשדה אחר אע"פ שעדיין לא הזיקה מתרינן בבעליה שלש פעמים ויש רשות לבעל השדה לשחטה ואומר לבעלים בא ומכור הבשר שלך מפני שאסור לאדם להזיק ולשלם מה שהזיק ואפילו לגרום נזק אסור", אולם **הראב"ד** השיג על דבריו וכ"ד **התוס'** רא"ש ועוד דכתבו דוקא באותן העומדות לשחיטה אבל עז לחלבה ורחל לגיזתה לאו כל כמיניה אלא אי מפסדת משלם והביאו ראיה מעיזי דבי תרבו דא"ל דליצנענהו, וכן משמע ברש"י, וסיים הב"י דלענין הלכה לדברי הרוב שומעין וכ"ש שהוא להקל על בעל הבהמה.

וז"ל **השו"ע** כפירוש רש"י "הקצבים שיש להם בהמות לשחוט ביום השוק, אם הם מזיקות אפילו ברשות הרבים, מתרים בבעלים שלשה פעמים שישמרום, ואם לא שמרום רשאי הניזק לשחטם שחיטה כשרה (אפילו ביומא דלאו דשוקא שחיט להו הואיל ולשחיטה קיימן, באה"ג בשם רש"י), ואומרים לבעלים בואו ומכרו הבשר שלכם".

כתב **הסמ"ע** (ד) דלא קאמר שצריכין שיזיקו ג' פעמים אלא אף שלא הזיקו אלא פעם אחת ואחר ההיזק התרו בבעלים ג' פעמים הרשות ביד הניזק לשחטם אם לא שמרם, ואף אם ישיב בעל הבהמה אם יהיה למי הזיק מבהמתי אשלמנה, לא משגחינן ביה דאין אדם רוצה להיות ניזק ולהטפל נפשו בתשלומין וגם ניחא לאדם בשלו.

כתב הפת"ש (א) דמבואר בחות יאיר דההתראה צריכה להיות בפני עדים וכרמ"א בסימן תט"ז, אבל מה שמזהיר הניזק למזיק בפה לא נקרא התראה דיכול לכפור או לומר לא חששתי לדבריד.

סימן שיצח - הכניס שורו לחצר חבירו שלא ברשות או נתן לו רשות להכניסו

סעיפים א - ד

ע"פ משנה מז. ומימרא דרבא מח. כתב השו"ע (א) הכניס שורו לחצר חבירו שלא ברשות, ונגחו שורו של בעל החצר, פטור, וכן אם הזיקו בעל החצר, פטור, שיכול לומר כיון שהכניסו שלא לדעת לא ידעתי בו עד ששגיתי בו, ומיהו אם הזיקו לדעת, חייב לשלם נזק שלם, שאע"פ שיש לו רשות להוציאו מרשותו, אין לו רשות להזיקו. (ב) (טור ופשוט -) הזיק שור הנכנס לבעל החצר או לשורו דינו כאילו הזיקו בר"ה, ומשלם תם חצי נזק ומועד נזק שלם. (ג) קלקל את החצר כגון שחפר בו בורות שיחין ומערות, בעל השור חייב בנזקי החצר, ובעל החצר חייב בנזקי הבור, מפני שהיה לו לסתמו (סמ"ע: והיינו דוקא בדהפקיר אח"כ רשותו שסביב הבור ולא הפקיר הבור, דאלי"כ הו"ל בור בחצר המזיק ויכול לומר לניזק אנת ברשותי מאי בעית, וכדמוכח בטוש"ע ת"ו או שהבור הוא ברשותו סמוך לרשות הרבים). (ד) (משנה מז: ובגמ' מח: -) נפל לבור שבחצר והבאיש את מימיו, אם הבאישם בשעת נפילה חייב בנזקי המים (שור תם חצי נזק ומועד נזק שלם כדן קרן, סמ"ע), ואם הבאישם אחר נפילה, פטור, שהרי נעשה כשאר תקלה שחשוב כבור, והמים חשובים ככלים, ובור פטור בנזקי כלים (סמ"ע: ולא אמרינן דבלא"ה פטור כיון דלא סילקו בעל החצר וכסי' תג"ו-ו-ת"ד דעל הניזק לסלק דבר המזיק והמזיק ישלם לו הוצאתו וטרחתו, דשאני בסימן ת"י דמאחר שמשלם לו בעל השור היזקו דחצירו שוב נקרא הוא בעל הבור כיון דהחצר היא שלו, וגם בסימן ת"ג התם הדין נותן שמשלם המזיק לניזק נזקו בנבילה אלא שצריך המזיק למסור הנבילה ליד הניזק בזה אמרו דלאחר שנודע לניזק מההיזק עליו להשתדל למכור הנבילה כדי שלא יפחות דמיה והמזיק ישלם לו טרחתו, משא"כ כאן דאין לבעל המים חלק בשור שנפל למימיו).

סעיף ה

פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "אם הכניסו ברשות בעל החצר פטור בעל השור (ראב"ד: "לא ידעתי למה פטור אלא בגניחה ולא בהבאשת מימיו שהרי חצר השותפים היא ולא עוד אלא דלגבי מי הבור חצר הניזק היא שהרי יש רשות לבעל החצר בחצר לשוורים ולפירות ולזה אינו אלא לשוורים", וכתב ה"ה דמה חילוק בין גניחה להבאשת המים דאי כחצר השותפין חשיב לה אף אנגיחה ליחייב דהא קרן ודאי בחצר השותפין מחייבת ואולי שהוא טעות סופר בהשגות וראוי להיות למה פטור לא בגניחה ולא בהבאשת מימיו, ברם נראין דברי התוס' מ"ז דדעתם כרמב"ם וכך סובר רבי כשמכניס שורו ברשות הרי הוא כאילו מתנים בפירוש שיפטר כל אחד בנגיחת שורו ובשאר נזקין וכן עיקר) (כרבי במשנה מז: וכשמואל דפסק כוותיה וכ"פ הרי"ף -) ואם הזיק שור בעל החצר לשור הנכנס ברשות פטור, אלא אם כן קבל עליו בעל החצר שמירתו {וי"א (ר"י רא"ש ועוד כחכמים וכתב) דכיון דנתן לו רשות ליכנס הוי כאילו קבל עליו שמירתו, ודוקא בנזקין דאתו ליה מבעל החצר, אבל בנזקין דאתו ליה מעלמא, אינו חייב עד שיקבל עליו שמירתו (ש"ך: כתב רש"ל כגון שנכנסו שוורים לחצרו והזיקו לזה אבל אם יצא לחוץ והוזק חייב בעל החצר וה"ה אם חנק עצמו בחצר דחייב ואף אם יצא והזיק לאחרים חייב בעל החצר, ואף שאין משמעות הרמ"א כן, אעפ"כ כרש"ל עיקר)"}.

סימן שיצט - פרה שהזיקה גובה מולדה ושור שנגח פרה מעוברת כיצד שמין אותה

סעיף א

ע"פ מז. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "פרה מעוברת שהזיקה גובה חצי נזק ממנה ומולדה (אע"פ שהיה תם ותם אינו משלם אלא מגופו) מפני שהוא כגופה, אפילו ליתא לפרה (סמ"ע: גם בדאיתא לפרה איכא חידוש הכא כגון אם הפרה אינה שוה כשיעור חצי נזק דהניזק), משתלם כל חצי נזק מהולד מפני שהוא

כגופה, אבל תרגומות שהזיקה אינו גובה מביצתה, מפני שהביצה אינה מגופה, אלא מובדלת ומופרשת {מיהו אם הביצה אגודה עדיין בגופה, י"א (קצת מפרשים) דגובין ממנה (ה"ה), ואולי לזה כתב הרמב"ם מובדלת ומופרשת ממנה}."

סעיפים ב – ג

ע"פ משנה מו. כחכמים ודלא כסומכוס דחולקים (כלומר משתלם חצי נזק מן הפרה ורביע מן הולד) פסק בשו"ע "פרה מעוברת שנגח, ונמצא עובר בצידה, ואין ידוע אם קודם נגיחה ילדה ואז אין להשתלם מהולד, או לאחר נגיחה ילדה ויש להשתלם מהולד, ואין הפרה לפנינו (וה"ה אם היא לפנינו ואינה שוה דמי חצי נזק דהניזק, טור וסמ"ע), המוציא מחבירו עליו הראיה ולא יטול מהולד. (ג) וכן שור שנגח את הפרה ונמצא עובר מת בצדה, ואין ידוע אם מחמת נגיחה הפילה או אם הפילה קודם, המוציא מחבירו עליו הראיה. ואפילו שהניזק טוען ברי והמזיק טוען שמא, (ב"מ ק. -) ואפילו שאין המזיק מוחזק, כגון שעומדת באגס, פטור, ואפילו משבועה (דלא רמינן שבועה אנתבע אלא כי הכי דלודי אבל הכא תשלום תם קנסא הוא ואי מודה מיפטר אכפירה נמי לא מיחייב שבועה, טור) {מיהו אם תפס הניזק נאמן (היכא דהמזיק טוען ג"כ ברי או שהניזק אומר ברי לי שאתה יודע השבע לי שאין אתה יודע, טור וסמ"ע), אם יש לו מיגו דלא היו דברים מעולם (רא"ש, כגון תפיס בלא סהדי, ונאמן במגו דלא היו דברים מעולם, דלא כרמ"ה דאפילו תפס בלא סהדי לא מהני דאפילו מהימנין ליה מטעם מגו אינו כלום דכיון שהוא קנס לא שייך ביה חיובא אלא בעדים)"}."

כתב הש"ך (ב) ע"פ התוס' (ב"ק מו.) דהא דפטור משבועה הוא אף שידוע ונתחייב במקצת ע"פ עדים שראו הנגיחה ולא הוי על השאר מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם בקנס והביא בשם ההג' אשר"י דהטעם דלא הוי ליה לידע [ועיי"ש בתוס' כמה ביאורים בזה], והוסיף הש"ך דמטעם הילך לא מיפטר דאע"ג דכתב בס"י פ"ז ופ"ח דהילך הוי בדבר שהוא בעין אפילו הוא בביתו של נפקד, היינו דוקא בדבר שהוא של התובע מיד לגמרי והלכך כל היכא דאיתיה ברשותא דמאריה איתיה משא"כ בשור תם דצריך שומא א"כ לאו הילך הוא.

ביאר הש"ך (ג) בדעת הרא"ש שהביא הרמ"א דאע"ג דמודה בקנס פטור נראה דכיון דהיכא דאית ליה מגו נאמן בכל דוכתי אלמא דתפיסתו בלא עדים חשיב ליה כאלו הביא עדים שכדבריו כן הוא דאלי"כ איך יהא נאמן וא"כ זה דמודה ה"ל כמודה אחר שבאו עדים ולפ"ז גם לרא"ש לא מהני כשתפס ויש לו מגו אלא כשתפס קודם שהודה וה"ה בזמן הזה דליכא מומחין ולא חשובה הודאה וכדעת הרמב"ן והרא"ש בסימן א' וא"כ בכל ענין מהני תפיסה בקנס אם יש מגו. בדגו"מ (פת"ש א) תמה על הש"ך כיון דלדבריו התפיסה היא כעדים א"כ אפילו הודה מתחילה הו"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים, וכיון דבהודאתו לא חייב עצמו כלל א"כ חייב אח"כ ע"י העדים, וכ"כ רש"ל דבכל קנס אפילו לא חייב עצמו בכלום ואח"כ באו עדים פטור חוץ מהודאה של טביחה.

עמש"כ המחבר (ג) דאפילו אין המזיק מוחזק, כתב רע"א דאף לפמש"כ בסימן רכ"ג בשם הראב"ד דלגבי חזקת מרא קמא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, י"ל דהכא מודה כיון דהוי ברי גרוע ושמא גרוע.

סעיף ד

ע"פ מימרא דרבא מו. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "נגח פרה מעוברת והפילה, אין שמין פחת פרה בפני עצמה ופחת הולד בפני עצמו, אלא שמין כמה היתה הפרה שוה כשהיתה מעוברת ובריא (קמ"ל שמה שפחתה היא אף בשומנה ופחותה בנפח מלבד נזק הולד כבסע' ה', באה"ג בשם ה"ה), וכמה היא שוה עכשיו היא והנפל שלה, ומשלם הפחת, או חציו אם היה תם."

סעיף ה

ע"פ מו. וכרב אחא בריה דרב איקא דאיפסקא הלכתא כוותיה פסק בשו"ע "היתה הפרה לאחד והולד לאחר, הרי פחת השומן שפחת גוף הפרה לבעל הפרה, ופחת הנפח {דהיינו מה שהיתה נראית תחילה יותר גדולה (רש"י וטור)} חולקים אותו בעל הפרה עם בעל הולד, והנפל של בעל הולד."

סימן ת - שור שהיה רודף אחר חבירו או שנים רודפים או שנים נרדפים

סעיף א

ע"פ משנה לה. וכחכמים במו. דלא כסומכוס פסק בשו"ע "שור שהיה רודף אחר שור אחר והוזק, זה אומר שורך הזיק, וזה אומר לא כי אלא בסלע לקה (ואע"פ שנלקה ע"י רדיפת שורו אחריו לא הוי אלא גרמא בנזקין, סמ"ע), המוציא מחבירו עליו הראיה, אפילו ניזק טוען ברי ומזיק טוען שמא. (רמב"ם, וכתב הב"י דדברים פשוטים הם ע"פ סי' ע"ה ופ"ז שאין נשבעין היסת אלא על טענת ודאי ועל דבר שאם היה מודה היה מתחייב ממון -) ואם טען הניזק אתה יודע ששורך הזיק (אבל כשאינו טוען כן א"צ ליטבע היסת שהרי הניזק עצמו מודה שלא היה שם וא"כ ודאי אין המזיק יודע, ש"ך ב), נשבע היסת שאינו יודע, בד"א, במועד אבל בתם פטור אף בהיסת, שהרי אם הודה היה פטור, הואיל והוא קנס (וכמו שנתבאר בסימן שצט"ג).

כתב הש"ך (א) דמשמע מדברי הרמב"ם והטוש"ע דאפילו במועד דינא הכי דהמוציא מחבירו וכו' אפילו בניזק טוען ברי, אולם הרש"ל כתב דבמועד שרדף חייב כשניזק טוען ברי ומזיק שמא מאחר דרב הונא ורב יהודה (צו:) מחייבים בברי ושמא, ואין דבריו נכונים דכיון דקי"ל (עה/ט) דלא כרב הונא ורב יהודה אלא מוקמינן ממונא בחזקת מאריה א"כ בכל ענין המע"ה.

סעיף ב

ע"פ משנה לה. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "היו שנים רודפים אחר אחד, והרי עדים שאחד מהם הזיק (מוכרח דאלי"כ לא הוי מצי למתני אם היו של איש אחד חייב, באה"ג), ואינם יודעים איזה משניהם, זה אמר שורך הזיק, וזה אמר שורך הזיק, שניהם פטורים, ואם היו של איש אחד, חייב לשלם מגוף הפחות שבשניהם, ואם היו מועדים, משלם נזק שלם מנכסיו. (כאוקימתא בלו. כרבי עקיבא דמוקי להא דקתני אם היו של אחד שניהם חייבים בתמים וכרבי עקיבא דאמר שותפי ניהו וטעמא דאיתנהו לתרווייהו דלא מצי מדחי ליה אבל ליתנהו לתרווייהו כגון שמת או ברח אחד מהם מצי אמר ליה אייתי ראיה דהאי תורא אזקד ואשלם לך - וכפירוש רש"י רמב"ם ועוד -) בד"א, ששני השוורים עומדים, אבל אם מת אחד מהם או אבד, והיה אחד מהם תם, אעפ"י שהם של איש אחד, פטור, שהרי אומר לו הבא ראיה שזה העומד הוא שהזיק ואשלם לך (דלא כפירוש הר"י ברצלוני דמצי לדחויי שאומר טול מזה מה שראוי לך כלומר רביע נזק או שתביא ראיה שזה המצוי הוא שהזיקך)".

כתב הסמ"ע (ה) דנראה דאם זה העומד הוא תם והמועד מת או נאבד, דגובה חצי נזק מזה התם העומד ממ"נ, דאם הוא נגחו הרי בדין גובה מגוף המזיק חצי נזק, ואם זה שמת נגחו הרי היה מועד וחייבים בעליו לשלם מנכסיו, וזה שור תם העומד בכלל נכסיו דבעל השור המועד שמת הוא, אלא איירי המחבר שזה העומד הוא מועד, א"נ אינם ניכרים איזה מועד ואיזה תם.

סעיף ג

שני שוורים גדול וקטן שרדפו אחרי שור, ואחד מהם הזיק אותו, הניזק אומר הגדול הזיק והמזיק אומר הקטן הזיק, באילו מקרים חייב שבועה או ממון? ומה הדין בתפס?

משנה לה: בסיפא "היה אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר גדול הזיק והמזיק אומר לא כי אלא קטן הזיק אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק והמזיק אומר לא כי אלא תם הזיק המוציא מחבירו עליו הראיה" ובגמ' "גמ' אמר רבי חייא בר אבא זאת אומרת חלוקים עליו חביריו על סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין. א"ל ר' אבא בר ממל לר' חייא בר אבא אמר סומכוס אפילו ברי וברי א"ל אין אמר סומכוס אפילו ברי וברי וממאי דמתני' בברי וברי הוא דקתני זה אומר שורך הזיק וזה אומר לא כי (אלא סלה לקה). מתקיף לה רב פפא מדרישא ברי וברי סיפא נמי ברי וברי אימא סיפא היה אחד גדול ואחד קטן... הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק נימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן דאמר טענו חטים והודה לו בשעורים פטור? אלא בברי ושמא דקאמר ברי מאן דקאמר שמא מאן? אי נימא דקאמר ניזק ברי וקאמר מזיק שמא אכתי לימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן אלא דקאמר ניזק שמא וקאמר מזיק ברי ומדסיפא ניזק שמא ומזיק ברי רישא נמי ניזק שמא ומזיק ברי ואמר סומכוס

אפי' בהא דאיצטריך לאשמועינן דלא - לא, סיפא ניזק שמא ומזיק ברי רישא ניזק ברי ומזיק שמא והא לא דמיא רישא לסיפא אמרי ברי ושמא שמא וברי חד מילתא היא ברי וברי שמא וברי תרי מילי נינהו. גופא אמר רבה בר נתן טענו חטין והודה לו בשעורין פטור מאי קמ"ל תנינא טענו חטין והודה לו בשעורין פטור אי מהתם הוה אמינא פטור מדמי חטין וחייב בדמי שעורין קמ"ל דפטור לגמרי תנן היו הניזקין שנים אחד גדול ואחד קטן וכו' הא לא מייתי ראייה שקיל כדקאמר מזיק אמאי חטים ושעורים נינהו ראוי ליטול ואין לו והתניא הרי זה משתלם על הקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן דתפס תנן היה אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק את הגדול ותם את הקטן והמזיק אומר לא כי אלא תם את הגדול ומועד את הקטן המוציא מחבירו עליו הראיה הא לא מייתי ראייה שקיל כדקאמר מזיק ואמאי חטין ושעורין נינהו, ראוי ליטול ואין לו והתניא הרי זה משתלם לקטן מן המועד ולגדול מן התם דתפס".

כלשון הרמב"ם (ט; ט-י) פסק בשו"ע¹ "היו שני השוורים הרודפים אחד גדול ואחד קטן, הניזק אומר הגדול הזיק והמזיק אומר קטן הזיק, היה אחד תם ואחד מועד, הניזק אומר מועד הזיק והמזיק אומר תם הזיק, המוציא מחבירו עליו הראיה (ה"ה): שאם לא הביא הניזק ראייה הרי המזיק פטור לגמרי וכסע' ב' שהרי הוא דומה לחטין ושעורין ולא עוד אלא כיון שאינו מודה אלא בתם אם אין שם עדים הרי הוא מודה בקנס ופטור ואין קי"ל פלגא ניזקא קנסא). [גירסת הסמ"ע ולשון הרמב"ם - ² לא היה שם ראייה ברורה שזה הזיק, אלא עדים מעידים שאחד משני אלו הזיק, משלם המזיק כמו שאומר (ה"ה): דין זה נכון שאינו דומה לדין חטין ושעורים שלפנינו שהרי יש כאן עדים] (סמ"ע - כתב הטור: דבריו נכונים אם אין הניזק מברר דבריו לומר ודאי זה שהזיקני אבל אם טוען ברי לי שזה הזיקני אז הוא מודה שהאחר לא הזיקו, לפיכך אם אין לו עדים אינו נוטל כלום, דמזה שאומר שהזיקו אינו נוטל שהרי המזיק מכחישו וגם לא מהשני שהרי הודה לו שאינו הזיקו, ודומה לטוענו חטין והודה לו בשעורים, אמנם מהרמב"ם משמע שנוטל כדברי המזיק אף שבירר הניזק דבריו, וזהו תימה, ודעת הרא"ש דאפילו תפס לא מהני וכדלקמן) ³ ואם טען הניזק אתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך הרי המזיק משלם מה שהודה ונשבע שבועת התורה על השאר (ראב"ד: קאי על תם ומועד. טור: ר"ל דוקא בתם ומועד שהחייב הוא על נכסיו חשיב הכל תביעה אחת הילכך הוי הודאה במקצת אבל אחד גדול ואחד קטן ששניהם תמים שהחייב הוא על גוף השוורים כל אחד חשוב תביעה בפני עצמו ואין כאן מודה מקצת, וה"ה כתב על הראב"ד דיש לחלוק שאפילו בשניהם תמים כיון שיש שם עדים חייב שבועת התורה, ולדעת הרא"ש לקמן אין כאן שבועה כלל וסיים צ"ע) {וי"א (רא"ש) דאין כאן שבועה כלל (אפילו כשאחד הוא תם ואחד מועד, סמ"ע וש"ך, ודלא כב"ח דתם ומועד מודה דנשבע ש"ד), דהוי ליה כטענו חטין והודה לו בשעורים דפטור אף במה שהודה, ואפילו תפס מפקינן מיניה (וכ"ש תשלומין מה שהודה ²) אלא פטור מתרווייהו בכלל, סמ"ע, ובש"ך ח' פסק דלא כרא"ש אלא דהיכא דאיכא עדים משלם הפחות שבשניהם וכן תפיסה מהני ליטול כדקאמר מזיק אפילו ליכא עדים). (עמשי"כ הרמב"ם 'לא היה שם ראייה ברורה שזה הזיק, אלא עדים מעידים שאחד משני אלו הזיק משלם המזיק כמו שאומר' -) (דוקא טען הניזק ברי, אבל אם טוען שמא, משלם המזיק כמו שהוא טוען (רא"ש) }".

הסמ"ע (ו) הביא את ביאור ה"ה מהשגת הטור ⁽²⁾ על הרמב"ם דס"ל לרמב"ם דלא הוה כטוענו חטין והודה לו בשעורים כיון שיש עכ"פ עדים שאחד משווריו נגחו ויש לניזק ממ"נ ממון אצל בעל השוורים המזיק, משא"כ בטוענו חטין דמיירי דאין שם עדים כלל, ומשו"ה נמי כתב דנשבע שבועה דאורייתא על השאר דהא ה"ל מודה מקצת על הממון שחייב לו ע"פ העדים עכ"פ, ואפשר דהרא"ש והטור לא ס"ל האי חילוק דעדים בענין זה כיון דהעדים אינם מבררים דבריהם איזה נגח לזה ואיזה לזה. הש"ך (יב) הסכים עם הסמ"ע דמיירי דהניזק טוען ברי, והאריך לדחות מש"כ גידולי התרומה ברמב"ם דהא משלם המזיק כמו שאומר היינו כשהניזק טוען שמא דאם הניזק טוען ברי פטור לגמרי אפילו יש עדים דה"ל כטוענו בחטים והודה לו בשעורים.

הש"ך (ה) האריך לדון במש"כ הרמב"ם והראב"ד ⁽³⁾ דנשבע ש"ד, דצ"ע דהא טוענו מועד ונתחייב בתם ומין אחר הוא וכתב הטור דכשתובעו על המועד גם שור תם בכלל נכסיו, וגם זה קשה דאטו מי שיתבע את אחד שהלוח לו מנה ויודה לו בכלי שוה נ' או יתחייב לו כלי שוה נ' ע"פ עדים יתחייב ש"ד על השאר הא ודאי פטור כיון דמין אחר הוא, אלא י"ל דכיון שמודה לו דבר שאינו משתלם אלא מגופו ואילו נאבד אינו חייב לו ש"מ דמשטה הוא בו ויכול לחזור בו והיינו הך שכתב הנ"י והמחבר בסימן פח"ג דהיכא דהודה לו כלי שאינו משתלם אלא מגופו פטור אלא דהיכא דהוא עומד בהודאתו או איכא עדים הוי מודה מקצת ממש וחייב ש"ד. עוד כתב (ו) לחלוק על ביאור הטור וה"ה בראב"ד, דאין כוונתו כמש"כ,

אלא ר"ל דאיתם ומועד קא"י ר"ל דאי בשני תמין לא שייכא שבועה כלל משום מודה בקנס פטור, וגם חלק עמשי"כ ה"ה 'דיש לחלוק שאפילו בששניהם תמים' וכו' (לעיל), דאיך אפשר לחייב שבועה כלל דהא קנס הוא.

עוד כתב הש"ך (ז) גבי המקרה דחייב ש"ד⁽³⁾ דהא דאם הוא בעין מבואר בסי' פ"ז ופ"ח דדבר שהוא בעין ה"ל הילך אפילו הוא בביתו של הנתבע, היינו היכא שהוא של התובע מיד כגון בפקדון וכה"ג דכל היכא דאיתא ברשותיה דמארי איתיה, משא"כ הכא כיון דצריך שומא לא ה"ל הילך והכי מוכח בתוס' שצוינו בסימן שצ"ט.

סעיף ד

היו הניזקים שני שוורים גדול וקטן, והצדדים נחלקים האם הגדול הזיק את הגדול והקטן את הקטן או להיפך, באילו מקרים משלם או נשבע המזיק? וכן מה הדין בתפס?

ע"פ המשך המשנה שם ובגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "היו הניזקים שנים, אחד גדול ואחד קטן, והמזיקים שנים א' גדול וא' קטן, הניזק אומר גדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן, והמזיק אומר לא כי אלא הקטן הזיק את הגדול וגדול הזיק את הקטן, או שהיה אחד תם ואחד מועד, הניזק אומר מועד הזיק את הגדול ותם את הקטן, והמזיק אומר תם הזיק את הגדול ומועד את הקטן, המוציא מחבירו עליו הראיה, (גמ' -) ואם לא הביא ראיה ברורה (ברורה' לשון הרמב"ם) פטור המזיק (כתב ה"ה דאין לומר דכוונת הרמב"ם שאין שם ראיה ברורה איזה מהם הזיק אבל יש שם עדים שהזיקו שא"כ היאך יאמר פטור שהרי למעלה אמר בכיוצא בזה משלם המזיק כמו שאמר, דכל שיש שם עדים אינו דומה לחטים ושעורים כמ"ש למעלה, אלא ודאי כוונתו שאין שם עדים כלל והמזיק פטור בתמין מדינא דמודה בקנס פטור ובא' תם ובא' מועד כדין טענו חטים וכו', וראה לקמן בסמ"ע), שהרי זה כטענו לו חטים והודה לו בשעורים (הוצרך לזה במועד אבל בתמין בלאו הכי פטור משום מודה בקנס, ש"ך ע"פ ה"ה) שהוא נשבע היסת ופטור אף מדמי שעורים (ראה מקום הגהת שתובא לקמן), ואם תפס הניזק ה"ז משלם לקטן מהגדול ולגדול מהקטן כמו שהודה המזיק (ה"ה-באה"ג: מיירי בגמ' בששניהם תמין ואע"פ שהמודה בקנס פטור ביאר הראב"ד דפלגא נזקא שאני משאר קנסות שאם תפס אין מוציאין מידו, והש"ך סק"ג חלק בשם נ"י דאין לחלק פלגא נזקא משאר קנסות דלמ"ד פלגא נזקא קנסא דקי"ל כותיה לא מהני עד דאיכא סהדי אבל אי ליכא סהדי אפילו כדקאמר מזיק לא שקיל דלא מהניא תפיסה אלא בממונא דאי הוה מודה ביה נתבע הוי מחוייב אבל בקנסא דרחמנא פטריה אפילו תפיסה בלא עדים ליכא מגו). (רא"ש -) ואפילו תפס בעדים, נוטל כמו שאמר המזיק אבל אינו נוטל כפי דבריו, ודוקא תפס קודם שבא לבית דין, אבל לאחר שבא לבית דין לא מהניא ליה תפיסה, אפילו ליטול כדברי המזיק".

כתב הרמ"א על הרישא דמחבר (לפני מש"כ 'ואם תפס הניזק' וכו') "זו היא סברת י"א שכתבתי בסמוך, אבל יש מחלקים דאם היו כאן עדים שאומרים אחד מהן הזיק אלא שאינו יודעין איזה הוא, משלם כמו שאמר מזיק, ולא מקרי כהאי גוונא טענו חטין והודה לו בשעורים, וכסברא הראשונה שכתב המחבר שמקרי הודאה וכמו שנתבאר".

ביאר הסמ"ע (ט) דברי המחבר דהא דמשלם ברישא היינו דוקא כשתפס בעדים וכדמסיק, דאין מיגו לניזק, אבל אם תפס בלא עדים גובה לגדול מהגדול כמו שאומר הניזק וכרמ"א בסימן שצ"ט/ג דעת הרא"ש, ובסיפא דכתב דמהני תפיסתו לא תימא דזהו דוקא בתפס בלא עדים אלא אף אם תפס בעדים הדין כן, ואח"כ מסיק וכתב דמיהו בהא דתפס בעדים אינו נוטל כפי דבריו.

הש"ך (י) כתב דמשמע מהרמב"ם והמחבר דאפילו בבבא דמועד הזיק את הקטן אם אין עדים על הנגיחה פטור לגמרי, אבל הסכים עם הנ"י דבזה אפילו בדליכא סהדי משלם דמועד משלם נזק שלם מן העליה וממונא הוא הילכך משלם ע"פ עצמו, ואי תימא ואפילו כי מודה הודאה גמורה אמאי חייב והלא טענו חטים והודה לו בשעורים היא שהניזק טוען נזקי גדול ומזיק מודה לו בנזקי קטן וי"ל דליתא דכיון דניזק טוענו נזקי גדול מן העליה ומזיק מודה לו בנזקי קטן מן העליה ה"ל כטוענו דמי דעבד גדול והלה מודה לו בדמי כסות דעבד קטן, והאריך להוכיח כן בשקלא וטריא בגמ'.

על דברי הרמ"א תמה הסמ"ע (ו) דהא מש"כ המחבר הן דברי הרמב"ם עצמו בעל הסברא החולק עם היש אומרים דסעי' ג', וכתב דצריך לדחוק דהיה קשה לו על המחבר שהעתיק דברי הרמב"ם ג"כ מה

שכתב ואם לא הביא ראיה ברורה כו', דמשמע דמיירי דאף אם יש קצת ראיה והיינו דיש עדים שהזיק אחד מהן אלא שאינן יודעין איזהו, ע"ז מתמה וכתב הלא זו היא דעת יש אומרים הנ"ל ולא הנ"ל למחבר לסתום, ומסיק אבל יש מחלקים, ור"ל דס"ל לאותן יש אומרים דהוא הרב המגיד דאין שום דקדוק במה שכתב ראיה ברורה, אלא מיירי באין עדים כלל דאם היו כאן עדים ושכן היא דעת המחבר.

סימן תא – שור שנגח וחזר ונגח ואם תפס ניזק וחזר ונגח

סעיף א

ע"פ משנה לו. ומבואר בגמ' דאתיא כר' עקיבא דאמר שותפי נינהו המזיק והניזק בשור תם שהזיק וכן קיי"ל פסק בשו"ע "שור שנגח וחזר ונגח שור אחר", הרי הניזק הראשון והבעלים כשותפים בו, כיצד, שור שוה ק"ק שנגח שור שוה ק"ק, ואין הנבלה יפה כלום, הניזק נוטל ק' ובעל השור ק'. חזר ונגח שור אחר שוה ק"ק, ואין הנבלה יפה כלום, האחרון נוטל מאה והניזק שלפניו עם הבעלים נוטלים חמשים חמשים זוז. חזר ונגח שור שוה מאתים ואין הנבלה יפה כלום, האחרון נוטל מאה, והניזק שלפניו חמשים, והניזק הראשון עם הבעלים כ"ה כ"ה, וכן על דרך זה חולקים והולכים".

כתב הש"ך (א) בשם התוס' דהיינו כשיש בידו להביא עדים לאלתר ולזכות בו אבל כשאין בידו להביא עדים לאלתר לא הוי שותף וראשון ראשון נשכר.

עוד כתב הש"ך (ב) ע"פ דף ל"ג והרא" דלפי דקיי"ל דשותפי נינהו אם הקדיש הניזק עד שלא עמד בדין מוקדש וכן אם מכרו הניזק וכן אין המזיק יכול לסלק את הניזק במעות אלא נוטל את השור עצמו.

סעיף ב

פירש רש"י דלרבי עקיבא נמי אי תפס ניזק נעשה עליו שומר לנזקין והפסיד חלקו וניזקין אחרים לא הפסידו כיון שלא פשע בשמירתו, וכ"פ הרי"ף והרמב"ם וכ"פ בשו"ע "ניזק שתפס בהמה שהזיקה, לגבות חצי נזקו מגופה, נעשה עליה שומר שכר לנזיקים, ואם יצאת והזיקה, הניזק הראשון חייב בנזקה והבעלים פטורים, כיצד, שור שוה ק"ק שנגח והפסיד ק"ק, ותפסו הניזק לגבות ממנו ק', וחזר ונגח והפסיד ק"מ, הרי הניזק האחרון משתלם ע', והניזק הראשון שתפסו משתלם מותר נזקו והוא ל', והבעלים ק' וכן כל כיוצא בזה" והרמ"א פסק כתוס' והרא"ש "וי"א דאין חילוק בין אם תפסו או לא תפסו, בכל ענין הניזק אינו מפסיד אלא חצי והבעלים חצי (כיון דקיי"ל דניזק ובעלים נעשים שותפין בו ואם כיחש או נשבח הוא ברשות שניהן, לא נעשה שומר אלא מחלקו, דעל כל אחד מוטל לשמור חלקו, והוי כמו חפץ שהוא של שניהם שלפעמים זה שומרו ולפעמים זה שומרו ולעולם אחריותו על שניהם)".

כתב הש"ך (ג) בשם התוס' דפעמים שהרביעי אין לו כלום ושלישי יש לו כגון שנוקי ד' וה' שוים ונזקי ג' יתרים ואפילו חמישי נמי פעמים שאין לו כל נזקו אם נזקו יתרים על של ד' שאינו נוטל אלא חלקו של ד', ויישב דבריהם מקושיית המהרש"א, וראה גם בקצות (א).

הש"ך (ד) כתב דהלכה כתוס' והרמ"א דכן ס"ל הרז"ה הרמ"ה ועוד, מיהו במועד לכ"ע נעשה שומר דהא מוכח בש"ס דע"כ לא פליג ר"ע עליה דר' ישמעאל אלא משום דס"ל כיון דמשתלם מגופו שותפי נינהו וכ"פ הרז"ה, ועוד כתב דנראה דבמועד שתפסו חייב אפילו באונסין ואע"ג דבש"ס אמרינן נעשה כש"ש לנזקיו היינו בתם דמשתלם מגופו אבל במועד שמשלם מן העליה א"כ ה"ל התפיסה ממש כתופס משכון שלא ברשות ב"ד דכתב בסימן ע"ב דחייב לכ"ע אף באונסים, עיי"ש שגם האריך במש"כ הרז"ה והנ"י דמהא שמעינן דמאן דתפיס מחבריה מידי למגבי מיניה חובו נעשה עליו שומר שכר.

כתב הסמ"ע (ג) דהטור בסימן קע"ו כתב דהשותפין ש"ש הן שאם נגנב או נאבד מהשותפין ברשות אחד מהן חייב באחריות בד"א בזמן שכל אחד ואחד מתעסק בשותפות זמן ידוע ונגנב לו בזמן שמתעסק בו, וכתב הסמ"ע דיש לחלק ביניהן דלא נעשה שומר עליו אלא שלא יתאבד חלק הבעלים שהן שותפין ולא לענין שמירה דנזקין דעלמא, אולם הש"ך (ה) האריך לחלוק וכי היכי בשור של שותפים שהיה ברשות א' מהן והזיק אין השותף חייב על חלק חבירו וגם בזה שתפסו אם נאבד אצלו חייב לשלם חלק הבעלים לפי סברתו דמחלק בין ניזקין לאבידה ואין טעם כלל לחלק בכך וגם בש"ס ופוסקים לא משמע כן, אלא

דשאני הכא כיון שאינו מחויב לשמור א"כ אינו נעשה שומר רק על חלקו אבל על חלק חבירו אפילו ש"ח לא הוי וכ"כ הרז"ה והמרדכי להדיא, ולפ"ז ה"ה אם נאבד אצלו פטור על חלק חבירו אבל בשור של ב' שותפין שכל א' מחויב לשמור אפילו הזיק חייב גם על חלק חבירו.

סימן תב - ב' שוורים שחבלו זה בזה והן תמים או מועדים

סעיף א

ע"פ משנה לג. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "שני שוורים תמים שחבלו זה בזה, משלמים במותר חצי נזק, כגון אם אחד הזיק בחבירו שוה ק', והשני הזיק שוה נ', יצאו חמשים בחמשים, והנ' הנותרים ישלם לו חצים {ואפילו נאבד האחד (תוס')}, ודוקא ששוה כל אחד דמי נזקו, אבל אם אינו שוה כל כך, אינו מנכה לו רק מה שיוכל לגבות מגופו (נ"י) { ואם שניהם מועדים, משלמים במותר נזק שלם, ואם היה אחד תם ואחד מועד, מועד בתם שהזיק המועד לתם יותר ממה שהזיקו, ישלם במותר נזק שלם, כגון אם הזיק מועד בתם מאה והתם לא הזיקו אלא נ' משלם לו ע"ה. תם במועד ישלם לו חצי נזק, כגון שהזיק תם במועד ק', והמועד לא הזיקו אלא כ"ה, משלם לו כ"ה } י"א (רא"ש) דכל זה מיירי דוקא שהתחילו בבת אחת, או לאחר שנפרדו זה מזה חזר השני וחבל בראשון, אבל אם אחד התחיל, המתחיל משלם והשני פטור, דכל המשנה ובא אחר ושינה [בן] פטור, וכן הוא לקמן סימן תכ"א סעיף י"ג לענין שני אנשים שחבלו זה בזה, והמחבר שפסק כאן כמי שחולק (ר"י), וכתב הבי"ד דכן נראה ברמב"ם) וסבירא ליה שאין לחלק, ולקמן פסק כמו שכתבתי, לא כוון יפה }".

הסמ"ע (ד) כתב דאין מח' בין הרמב"ם לרא"ש דכ"ע ס"ל דאם לא התחילו יחד אלא שחזר ונגח קודם שנח רוגזו, דהשני פטור, וכמ"ש הטור בשם הרא"ש בלי חולק עליו בב' מקומות בשור כאן ובאדם בסימן תכ"א, ולא פליג ר"י שהובא בטור כאן אפירוש רש"י אלא במש"כ רש"י דאם התחילו כאחד והיה אחד תם ואחד מועד דמשלם תם במועד נזק שלם, דבזה ס"ל לר"י דאפילו התחילו יחד אינו משלם התם אלא חצי נזק, והמחבר לא הזכיר דעת רש"י כלל לא כאן בשוורים ולא בסימן תכ"א באדם, אלא ס"ל פשוט כר"י, והחילוק שכתב הרא"ש בין התחילו יחד או לא כתבו המחבר בסימן תכ"א/יג, וה"ה כאן בשוורים דמאי שנא זה או זה, ומש"כ הרמ"א כאן החילוק דבין התחילו יחד בשם י"א, לא דק גם בזה, כי אין פלוגתא בזה וחדא באידך תליא, ובש"ך (א) כתב שכיוון כהלכה. בבאה"ג כתב דיש לחלק דהכא חייבו הרא"ש מטעם כל המשנה ובא וכו' ובזה לא ס"ל המחבר כוותיה אבל התם בסימן תכ"א גבי ב' אנשים ביאר הרא"ש הטעם משום שיש לשני רשות לחבול בו כדי להציל עצמו ואפילו בזה צריך אומדן אם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת משלם המותר וענין הצלה זו אינו שייך בשוורים.

כתב הדג"מ (פת"ש א) דכל אלו הדינים כשנעשה הנזק השני קודם שהיה ביד הניזק הראשון להביא עדים, ואז עדיין לא נעשה שותף כמבואר בש"ך ריש סימן ת"א, אבל אם בידו להביא עדים נעשה שותף, ואז מה שהוזק המזיק אח"כ צריך הוא לסבול לפי ערך חלק שיש לו בו חוץ מה שיש עליו לשלם למזיק מה שהזיק שורו לחלקו של מזיק, ואז יש חשבון אחר הכל לפי החלק.

סימן תג - שמיין השברים לניזק ואם פחתו או הותירו

סעיף ב

האם יש למזיק חלק בשבח, ומתי לא?

סע' א': בענין דשמיין השברים בנזיקין ויקח הניזק השברים - ראה סימן שנד/ה.

פסק בשו"ע (ב) ע"פ מסקנת הסוגיה בב"ק יא. "פחת הנבילה לניזק (על הניזק) (פלוגתא דרבי יהודה ור"מ והלכה כרבי יהודה בדף ל"ד -) ושבח הנבילה חולקים אותו המזיק והניזק, כיצד שור שוה מאתים שנגחורו ומת, והרי הנבילה שוה בשעת מיתה מאה, ובשעת העמדה בדין פחתה והרי שוה פ', אין המזיק משלם אלא ק', ואם היה תם משלם לו נ' מגופו { (נ"י -) ודוקא שנודע לניזק בשעת מיתה

אבל אם לא נודע לו הפחת על המזיק עד שיודע לניזק, וי"א (טור) דה"ה אם הוזלה (כלומר שלא נפחתה הנבילה מצד עצמה ממה שהיתה בשעת מיתה אלא שהוזל הבשר, סמ"ע) ויש חולקין (נ"י) דבזולא אע"ג דלא נודע לו הוי של ניזק (דבזול אין נפק"מ בידיעתו דדוקא בנפחתה מחמת סרחון דרגיל להיות מחמת שהייה אמרינן אילו ידע ודאי היה מטפל בה למכרה, משא"כ בזולא דלא עלתה על דעתו שיוזל, סמ"ע) { השביחה הנבלה והרי היא שוה בשעת העמדה בדין ק"כ הרי המזיק משלם תשעים, ואם היה תם משלם מ"ה מגופו, וזהו וגם את המת יחצון } מיהו אם השביחה כל כך עד שחצי שבח הוא יותר מדמי ההיזק לא אמרינן דהמזיק יטול חצי השבח וירויה (טור) ע"פ דף ל"ד }."

עמשי"כ הרמ"א ע"פ הטור בסיפא דאם השביחה כל כך וכו', כתב הסמ"ע (ז) דאף דאז אין נוטל חלק בשבח מ"מ פטור הוא ג"כ מלשלם לניזק מה שהזיק שורו, דהיינו שור ששוה חמשה סלעים נגח לשור ששוה ה' סלעים ובשעה שנודע לו לא היתה שוה אלא ג' סלעים ואח"כ השביחה עד ו' סלעים, כיון דהשתא אחר שהשביחה אין לו הפסד, ולא דמי לסימן תד/א דאם נגח השור והפחיתו ועדיין הוא חי והשביח עד ששוה כפל ממה שהיה מתחילה דאפ"ה משלם לו היזק כמו שהיה בשעת הנגיחה, דשאני התם דמצי הניזק למימר לולי שנגחהו שורך היה ריוח זה דנעשה שמן וגדול כפל ממה שהוא עתה, שכן דרך הטבע שבהמה חיה נשבת בשומן וגידול וכשהיא אינה נגוחה נשבת יותר מנגוחה וחולה, משא"כ כאן בנבילה דאף דנתיקר הבשר, הוא דבר שאינו מצוי ותלוי במזל ואין לומר אילו לא המיתו היה נתיקר בכפלים דיכול להיות דבמזלו נתיקר.

סעיף ג

פלוגתא דתנאי שם ופסקינן כאבא שאול ואחרים וכ"פ בשו"ע "על המזיק לטרוח בנבלה עד שממציא אותו לניזק, כיצד, כגון שנפל השור לבור ומת, מעלה הנבלה מהבור ונותנה לניזק, ואחר כך שמין לו פחת נבלה, שנאמר כסף ישיב לבעליו והמת יהיה לו מלמד שהוא חייב להשיב את הנבלה ואת הפחת שפחתה מן החי לניזק, ואם היה תם חצי הפחת."

כתב הסמ"ע (ב ח) ע"פ הטור שהמזיק מחויב ליתן הוצאות שצריכין ליתן למעלין מהבור אבל הטיפול להשתדל להעלותה מוטל על הניזק וחוזר ולוקח ההוצאה מהמזיק, ואם לא עשה כן הניזק ונפסד השור בבור הוא פסידא דהניזק, וכתב הב"י שהוא הסכמת הפוסקים, וכאן המחבר לימדנו דאם לא ירצה המזיק להעלותו ולא ליתן לו הוצאה להעלותו, דצריך ליתן דמים של כל חציו דהפחת אם הוא תם, ואם הוא מועד צריך לשלם דמי כל הפחת מאשר היה שוה כשהיה חי, וכן משמעות הקרא כסף ישיב לבעליו והמת, שגם המת ישיב המזיק ויתנהו לידו דניזק, ואז יהיה לו המת בתשלומי דמי נזקו והמותר עד כדי נזקו ישלם לו בכסף אם נפל לבורו, דפסוק זה בנפל לבורו כתיב, וה"ה לשור מועד שנגח. עמשי"כ הסמ"ע דעל הניזק להעלותו, כתב הפת"ש (א) בשם הבית אפרים דאולם ברש"ל וכ"כ בשיטה בשם הרמב"ן מבואר לא כן אלא דגוף הטורח חל על המזיק, אך מ"מ האחריות היא על הניזק שמיד שידע הוא צריך להשתדל לתבוע למזיק שיעלנה, ואם תבעו ונתרשל המזיק חייב, ואם ידע הניזק ולא תבעו להעלותה, מדשתק הא קמן דלא קפיד שתהיה שם והרי היא על אחריותו ופסידא דניזק הוא.

סימן תד – שור שחבל בשור או השביח או פוגם

סעיף א

ע"פ ברייתא לד. פסק בשו"ע "שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים והפחיתו חמשים, ובשעת העמדה בדין השביח הניזק והרי הוא שוה ת', ואלמלא הנגיחה שהפחיתו היה שוה ת"ת, בין שפטמו בין ששבח מאליו, אינו נותן אלא כשעת הנזק", וביאר הסמ"ע (ב) דלא יכול הניזק לתובעו בעד אותו נזק כיון שאינו אלא גרמא ולא פסידא בידים, מיהו צריך לשלם כשעת הנזק אע"ג דנשבח הרבה יותר ממה שהיה שוה בשעת הנגיחה, משא"כ במת מחמת הנגיחה ונתיקר הבשר וכתבאר בסימן תג/ב.

סעיף ב

ע"פ ברייתא שם פסק בשו"ע "כחש מחמת המכה בשעת העמדה בדין (דא"ל מקרנא דתורא דקבירא בשורי המנוגח כיחש) והרי הפחת שוה מאה נותן לו כשעת העמדה בדין (משא"כ בסימן תג/ב דמיירי

דמת מיד מהנגיחה והפסידא דאח"כ אינה מחמת כאב הנגיחה, **סמ"ע**). **השביחה המזיק בשעת העמדה בדין**, אם מחמת שפטמו שבח, אינו משתלם ממנו אלא מה שהיה שוה בשעה שהזיק { **וי"א (תוס')** דלמדו כן מדין שותף} דאם השבח יתר על ההוצאה נוטל המזיק דמי ההוצאה ושכר טרחו ועמלו ובשאר השבח נוטל הניזק חלקו (**גר"א**: **הראב"ד** חולק דלא דמי לשותף דשם אדעתא דשותפותא מפטם משא"כ כאן) { ואם מחמת עצמו השבח משתלם ממנו כשעת העמדה בדין (דמיד בשעת נגיחה נעשו המזיק והניזק שותפין בשור והוא ברשות שניהן לענין אם נפחת או נשבח ממילא משעת הנגיחה והלאה, **סמ"ע-טור**)".

כתב **הסמ"ע** (ה) דעוד כתב הטור דאם ההוצאה יתירה על השבח אין לו לניזק בשבח כלום אלא נוטל כפי מה שמגיעו בשעת הניזק, ויש לומר דדוקא קאמר דאין לו בשבח כלום, אבל ג"כ אין צריך ליתן הוצאה כלום ומפסיד המזיק מה שהיתה ההוצאה יתירה על השבח, והיינו טעמא, דאף דהן שותפין בשור המזיק והשותף היורד ברשות צריך לשלם לו חצי ההוצאה מכיסו היתירה על השבח, והיינו דוקא בשותף היורד ברשות, אבל זה אף דהוא כשותף מ"מ ה"ל כשותף היורד שלא ברשות.

סימן תה - שור שחבל באדם או שנגח אשה או שפחה

סעיף א

פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "שור שחבל באדם" (**ע"פ ב"ק מד**. דנזקין שלא בכוונה מחלוקת ר' יהודה ור' שמעון והלכה כרבי יהודה דמחייב) אפילו נתכוון לבהמה וחבל באדם דינו כדין שור שהזיק לשור, (**משנה לג**. וחכמים דשוה הדין לשור שחבל בשור -) תם משלם חצי נזק ומועד נזק שלם (**משנה פז**. וכו'. -) ופטור מצער וריפוי ושבת ובושת שלא חייבה תורה בארבעה דברים אלו, אלא באדם ('איש בעמיתו' ולא שור בעמיתו)".

כתב **הסמ"ע** (א) ארישא דיש צד רבותא בנתכוון לבהמה וחבל באדם יותר מכיוון לנגח בהמה זו ונגח בהמה אחרת, דהתם מין בהמה אחד הוא, משא"כ אדם שיש לו מזל ואין דרכו של שור לכוין אליו לנגחו והו"א דמחשב אונס טפי.

סעיף ב

ע"פ משנה לד: פסק **בשו"ע** "שורו שחבל באביו ואמו", או שהדליק גדיש בשבת, חייב בנזקיו (שבעליו אינו חייב מיתה בזה), **אע"פ** שאם עשה הוא כן היה פטור".

סעיף ג

ע"פ משנה מח: פסק **בשו"ע** "נגח אשה ויצאו ילדיה" פטור מדמי ולדות **אע"פ** שהוא מועד לנגוח ('כי ינצו אנשים' ולא שוורים) (**גמ'** -) אבל אם נגח שפחה מעוברת ויצאו ילדיה חייב כאילו נגח בהמה מעוברת, ושמן אותה כמה היתה שוה תחלה, וכמה נפחתו דמיה ומשלם תם חצי נזק ומועד נזק שלם".

סימן תו - שור של גוי או של הפקר או של חרש שוטה וקטן

סעיף א

ע"פ משנה לז: פסק **בשו"ע** "שור של ישראל שנגח שור של גוי פטור" ('שור רעהו', וכתב **הרמב"ם** "לפי שאין הגוים מחייבין את האדם על בהמתו שהזיקה והרי אנו דנין להם כדיניהן", וכתב **הראב"ד** דהטענה הזאת אינה מספקת שהרי הם תופסים גוף המזיק ונפרעין ממנו, וה"ה כתב דאפשר שבזמן הגמ' לא היו נפרעין כלל), **ושל גוי שנגח לשל ישראל**, בין תם בין מועד משלם נזק שלם ('אלוה מתימן יבוא וקדוש מהר פארן.. עד עמד וימודד ארץ ראה ויתר גוים" **א"נ** 'הופיע מהר פארן מפארן שרצה ליתן להן התורה ולא רצו לקבלה הופיע ממונן לישראל', ו**הרמב"ם** כתב "קנס הוא זה לגוים לפי שאינן זהירין במצות אינן מסלקין הזיקן ואם לא תחייב אותן על נזקי בהמתן אין משמרין אותה ומפסידין ממון הבריות")".

כתב **הקצות** (א) דה"ה נגח שור של הקדש דפטור, והאריך במה שנסתפק הרא"ש בבכור בזמן הזה כשהוא ביד כהן אי הוי ממון בעלים, והביא מחלקת מחוקק בסימן כ"ח דאנן קי"ל כר' יוסי הגלילי דקדשים קלים ממון בעלים והרא"ש חזר בו וכ"ד הלח"מ, וכן האריך הקצות להוכיח כן מכמה סוגיות דפסקינן כר' יוסי הגלילי [נעיי"ש גם שביאר דהא דקדשים קלים ממון בעלים לר' יוסי הגלילי אינו אלא לענין הבשר שיוכל למוכרו מחיים שיאכל הקונה את הבשר אבל שישחוט ויזרוק על שם הקונה מודה ר' יוסי הגלילי דלא מהני, דהזבח אינו נשחט ונזרק אלא על שם הבעלים שהקדישו אותו, וכשם שאסור לשנויי מזבח לזבח כן אסור לשנות שם הבעלים שהקדישו אפילו בקדשים קלים].

סעיפים ב – ד

ע"פ יג: פסק בשו"ע (ב) שור של הפקר שנגח, וקודם שיתפוס אותו הניזק קדם אחר וזכה בו, פטור. (ג) נגח שורו והפקירו קודם שעמד בדין, וזכה בו אחר, פטור (והועד בבעליו והמית איש עד שתיא מיתה והעמדה בדין וגמר דין שוין כאחד) (טור -) אבל אם זכה בו הוא עצמו, חייב. (ד) נגח ואחר כך מכר או הוריש חייב (כפי שיתבאר גם בסימן הבא).

בבאה"ג כתב דצ"ע בדין דסעי' ג' דהתם לענין מועד אתמר כמו שפירש"י והתוס', אבל בתם כשם שהניזק גובה מן הלוקח בריש סימן הבא כן גובה מן הזוכה בו כשהפקירו.

כתב **הקצות** (ב) דאחיו הר"ר יהודה הקשה דאמרינן בדף צ' דשור שהמית ואח"כ הזיק אם הוא מועד דנין אותו דיני ממונות ואח"כ דנין אותו דיני נפשות קדמו ודנוהו דיני נפשות אין חוזרין ודנין אותו דיני ממונות ופריך וכי קדמו ודנו אותו דיני נפשות ליהדר ולדייני אותו דיני ממונות, דיש להקשות מאי פריך הא אמרינן בכריתות כ"ד שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם וזכה בו זכה בו משום דאפקורי אפקר ליה, וכיון דקדמו ודנו אותו דיני נפשות הרי נעשה הפקר ואיך אפשר ליהדר ולדייני דיני ממונות כיון דהפקירו קודם שהעמידו בדין, וכתב הקצות לבאר דבאיסורי הנאה לא מהני הפקרו כלל כדמוכח בפסחים ז' בהא דאמרו ונבטליה בשית משום דרב גידל דאמר המקדש משש שעות ולמעלה אין חוששין לקידושין אלמא דאין לבעלים שום כח להפקיר אחר שנאסר בהנאה ואע"ג דלאו ברשותיה קאי אבל בעלים מיהא אית ליה וכ"כ הרשב"א גבי אתרוג של ערלה דחשיב לכם ומשום דאית ליה בעלים אע"ג דאסור בהנאה, וא"כ הא דהפקירו קודם שעמד בדין פטור היינו משום דבעינן בעלים מתחלה ועד סוף, והא אית ליה בעלים והפקר שלהם לאו כלום כיון דאיסורי הנאה מיקרי דבר שאינו ברשותו, וכמו גזל ולא נתיימשו הבעלים דשניהם אין יכולין להקדישו, והא דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה בהן, היינו כיון שהוזמו עדיו הרי מעולם לא היה מאיסורי הנאה וכיון דבעלים הפקירו הרי הפקרו הפקר.

סעיף ה

ע"פ משנה לט. פסק בשו"ע "שור של פקח שנגח לשור חרש שוטה וקטן, חייב, ושל חרש שוטה וקטן שנגח לשל פקח, (גמ' -) וכן שור שהלכו בעליו למדינת הים ונגח, פטורים (דכאילו אין להן בעלים דמי, סמ"ע ע"פ התוס')".

כתב **הסמ"ע** שהמחבר והרמ"א השמיטו הא דכתב הטור ע"פ הגמ' שאם נגח ג"פ מעמידין אפוטרופוס ולאחר התראה מגבינן נזקיהו מעליית היתומים, דאינו נוהג בזמן הזה דאין מועד בבבל וגם משום דאם הועד בא"י בכה"ג ובא לחו"ל והזיק וקדם ותפסו הניזק שאין מוציאין מידו, הוא דבר שאינו שכיח.

סימן תז – שור שנגח ומכרו מזיק או ניזק

סעיפים א – ג

שור תם שהזיק ומיהר למכרו או נתנו במתנה בין לפני שעמד בדין ובין אחר שעמד בדין, האם חלה המכירה, ואם יכול הקונה להשתמש בו?

ע"פ ברייתא לג: וכר"ע דשותפי נינהו ואעפ"כ במכרו לרדיא מכור, וכלשון הרמב"ם, פסק בשו"ע "שור תם שהזיק אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין, אע"פ שהוא מכור (לענין שיכול הלוקח לחרוש בו לכתחילה, שאין שום אחד מהן יכול לחזור בו כל זמן שלא גבה ממנו הניזק, ולענין דמתנתו מתנה בסעי' ב, סמ"ע) הרי הניזק גובה הימנו, וחוזר הלוקח וגובה מהמזיק שמכר לו, שכיון שנגח, קול יש לו ולא היה לו ללוקח ליקח אותו עד שיגבה הניזק {מכרו ניזק מכור, וכשיתפסנו יקחנו הלוקח (טור) ע"פ הגמ', וכתב הסמ"ע דכתב 'כשיתפסנו' משום זמן הזה דאין מגבין דיני קנסות בב"ד ולרבותא כתב כן דאע"ג דאין לו בו דבר עד שיתפסנו אפ"ה מכירתו מכירה}. (ב) שחטו מזיק, גובה מבשרו {וי"א דצריך לשלם פחת השחיטה (הג' אשר"י), וכן עיקר לפי מאי דקי"ל כרשב"ג דמזיק שעבודו של חבירו חייב בסימן קי"ז, ש"ך}. וכן אם נשתמש בו חייב ליתן לניזק שכירות (ראב"ד וטור, דס"ל דאוקימתא דמכור לרדיא הוא אברייא דאתיא כר' ישמעאל ואם כן לר"ע דקי"ל כוותיה מכרו אינו מכור אפילו לרדיא ודלא כרמב"ם, וכ"פ הש"ך והוסיף דהיה לרמ"א לכתוב הגה זו לעיל ובלשון י"א, ועיין עוד בקצות סק"א וסק"ב, ועוד הביא הקצות דברי הרשב"א שהובא בב"י דחולק ומפרש לרדיא היינו לענין לחרוש בו לכתחלה אבל אם כבר נשתמש בו פטור ליתן שכירות דהא כשמכרו גזלן הוא וגזלן אינו מעלה שכר (לבעלים)} נתנו במתנה (ר"ל לרדיא, ש"ך, עיי"ש) מה שעשה עשוי ויגבה הניזק ממנו (באה"ג: היה לרמ"א לציין שהטור חולק). (ג) במה דברים אמורים, כשמכר או נתן קודם שעמד בדין, אבל אם עמד בדין ואחר כך מכרו או נתנו במתנה, לא עשה כלום (באה"ג: לטור אין חילוק)".

סעיף ד

אם בעלי חובות של המזיק תפסו את השור מה יהיה הדין?

ע"פ ברייתא לג: פסק בשו"ע "קדמו בעל חוב של מזיק ותפסוהו, בין שחב עד שלא הזיק, בין הזיק, עד שלא חב לא זכה, אלא הניזק גובה ממנו, שאפילו היה אצל בעל חוב מתחלה והזיק, היה גובה מגופו {וי"א (תוס') דוקא דיוכל הבעל חוב לגבות חובו ממקום אחר אבל אם היה השור אפותיקי מפורש לבעל חוב וקדם בעל חוב לניזיקין בעל חוב קודם}."

כתב הסמ"ע (ג) לבאר ע"פ הגמ' מש"כ המחבר 'שאפילו היה אצל בעל חוב' וכו' דר"ל כיון שאפילו היה של עצמו גובה מידו אם הזיק כ"ש זה שאין עליו אלא שעבוד, והביא שכתבו התוס' דאין זה כל שכן, דבשלמא אם היה שלו מעולם או שכבר גבהו בחובו ויצא והזיק משו"ה חייב דהוא פשע בשמירתו, משא"כ זה שנגח בעוד שלא היה ברשותו, ולא באה הגמ' אלא לומר קצת טעם דמשו"ה גובה מיד בע"ח כיון דאין גוף השור משועבד לבע"ח כמו שהוא משועבד לניזק.

עוד כתב הסמ"ע (ג) דהא דכתב הרמ"א דאם היה השור אפותיקי מפורש לבע"ח וקדם בע"ח לניזיקין בעל חוב קודם, היינו בתפיסה, ועוד כתב דאפ"ה אם קדם הניזק ותפס השור דאין מוציאין מידו, דלא עדיף לגבי בע"ח משאר מטלטלים שעשאו אפותיקי מפורש דאם קדם ומכרו או שקידם בע"ח מאוחר וגבהו גבייתו גבייה ומכירתו מכירה וכסימן קי"ז, ואפילו אם לא קדם הניזק ותפס ובאו הניזק ובע"ח יחד לגבות משור זה שעשאו אפותיקי לבע"ח, הב"ד מגבין אותו לשניהן בשוה וכסימן ק"ד דאין קדימה למטלטלין, מיהו אם הוא איפכא דניזק קודם שלוה מזה הבע"ח, אפילו קדם הבע"ח ותפס זה השור הניזק שעשאו אפותיקי מפורש, לא מהני תפיסתו, דשור זה שנגח שם תורא נגחנא לפלוני יש עליו ויש לו קול, ודינו כקרקע לענין הניזק, ובקרקע קי"ל דבע"ח מאוחר שקדם וגבה גבייתו לאו גבייה היא.

סימן תח – אין דנין דיני נזקין אלא בעדות ברורה

סעיף א

הזיק במקום שמצויים בו רק עדים פסולים האם ניתן לחייב על פי עדות זו?

שור של עכו"ם שהיה ברפת עם שוורים אחרים ובאו הרועים והמשרתים שהיו נוכחים והעידו בבית דין שהשור של העכו"ם הוא שנגח, האם בית הדין יחייב את העכו"ם לשלם או לא?

ע"פ משנה יד: וכלשון הרמב"ם (ח; יב-יג) פסק בשו"ע "אין הנזקים משתלמים אלא בראיה ברורה ובעדים כשרים" - שלא תאמר הואיל ואין מצויין באוריות הסוסים וברפת הבקר וגדרות הצאן אלא העבדים והרועים וכיוצא בהן אם העידו שבהמה זו היא שהזיקה את זו שומעין להן (רמב"ם טור וסמ"ע), אולם כתב הסמ"ע (א) דהרמ"א סימן לה/יד כתב ע"פ תה"ד מהרי"ק ועוד דמכח תקנה יכולין להעיד – וז"ל הרמ"א (שם) ובתחילה הביא את הרמב"ם הנ"ל – "וכל אלו הפסולים פסולים אפילו במקום דלא שכיחא אנשים כשרים להעיד (רמב"ם הנ"ל ותשובת הרשב"א), וכל זה מדינא, אבל י"א דתקנת קדמונים הוא דבמקום שאין אנשים רגילים להיות כגון בב"ה של נשים או בשאר דבר אקראי שאשה רגילה ולא אנשים... נשים נאמנות, ולכן יש מי שכתב דאפילו אשה יחידה או קרוב או קטן נאמנים בענין הכאה ובזיון ת"ח או שאר קטטות ומסירות, לפי שאין דרך להזמין עדים כשרים לזה ואין פנאי להזמין והוא שהתובע טוען ברי".

כתב הטור בשם ר"י שהמשנה באה להשמיענו דאפילו שור של עכו"ם שנגח לשור ישראל אין דנין אותו אלא בעדים כשרים, והביאו הסמ"ע (א), אולם השער משפט (א פת"ש א) כתב דהרא"ה בחינוך כתב דעידי עכו"ם נאמנים על עכו"ם להרגו וא"כ כ"ש להוציא ממון.

האם אפשר לקבל עדות נזיקין שלא בפני בעל דין כשבעל הדין חולה?

כתב הרמ"א ע"פ הנ"י "ואין מקבלין העדות אלא בפני בעל דין אפילו היה הוא ועדיו חולים", וכתב הגר"א דר"ל דאפילו בדיעבד לא מהני, וקמ"ל דבזה אין מח' בין ריב"א לר"י (בסימן כח/טו), אולם בפת"ש (ב) הביא בשם תשובת רע"א שתמה על הרמ"א שהעתיק דברי הנ"י סתם בכל נזקים שבעולם דהא ברור דהנ"י לא מיירי רק לענין יעודי תורא, דבזה קפיד קרא והועד בבעליו, אבל לענין התשלומים מה שכבר נגח זה דומה לכל עדיות דעלמא וכמבואר להדיא בלשון חידושי הרשב"א והניח בצ"ע.

סעיף ב

האם מחייבים נזיקין על פי אומדנא? הוכח.

ע"פ ברייתא ב"מ צג. ושבועות לד. וכת"ק ודלא כרב אחא פסק בשו"ע "שור שהיה רועה ונמצא שור הרוג בצדו, אע"פ שזה מנושך וזה מועד לנשך, זה מנוגח וזה מועד ליגח, אין אומרים בידוע שזה נגחו או נשכו. ואפילו גמל האוחז בין הגמלים ונמצא הרוג בצדו, אין אומרים בידוע שזה הרגו, עד שיראוהו עדים כשרים", וכתב ערוה"ש (ג) ע"פ המהרי"ק דאע"ג דנתבאר בסימן רמז/א דאזלינן בתר אומדנא גבי מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת וכתב כל נכסיו לאחר שאני התם דהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקים באומדן דעת הנותן או המוכר אזלינן בתר אומדנא אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים וצריכין לדון ע"פ אומדנא של העדים לא אזלינן אחר אומדן דעתם.

בסימן ט"ו (ג-ד) הוזכר הא דכתב הרא"ש בתשובה דהיכא דלא אפשר לברורי אפשר לדון ע"פ אומדנא ולמד כן מהא דאמר רבי בנאה (ב"ב נ"ח) זילו חבוטו בקברא דאבוכון ורבי בנאה למד דין זה מאב החכמים שלמה ע"ה במעשה דשתים נשים זונות וכן מצינו שטר מברחת (כתובות ע"ט) ועוד מקומות בש"ס. עוד כתב "אם אני רואה באומדנא דמוכח דהדין מרומה ושקר אני אומר שאין לשום דין מישראל להשתדל בדין זה וזה אני כותב וחותר ונותן ביד הנתבע", וכ"כ בשו"ע שם בסעי' ג' (עיי"ש דמדובר כשהנתבע רמאי ואין הדיין יכול להסתלק), ובסעי' ד' פסק ע"פ כתובות פ"ה גבי אמרה ליה בת רב חסדא ידענא בה דחשודה אשבועתא אפכה רבא לשבועה אשכנגדה וז"ל המחבר כלשון הרמב"ם י"ש

לדיין לדון דיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת, והדבר חזק בלבו שהוא כך אף על פי שאין שם ראיה ברורה. (ע"פ הרי"ף בשם גאון -) ומשרבו בתי דינים שאינם הגונים ובעלי בינה, הסכימו שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו על פי עדות אשה או קרוב אף על פי שדעתו סומכת על דבריהם", אולם כתבו שם **הסמ"ע** והש"ך בשם שו"ת הרשב"א ומהרי"ק דאף בזמן הזה מוטל על הדיין לדון ע"פ האמת שנתאמת לו ולא על פי הטענות אם הן מכחישות האמת, וכ"כ בשב"י (פת"ש) בשם מהר"ם אלשיך, אולם ה^נתיבות חלק דבעד אינו נעשה דיין ואין לך אומדנא דמוכח גדול מזה שהוא בעצמו ראה המעשה, ואפילו הכי אסור לו לדון, וכתב לפ"ז דלא מהני אומדנא רק לענין אורועי שטרא.

בשו"ת **עזרת כהן** (מא) כתב דמכל הגמרות (שהוזכרו גם ברא"ש דלעיל) מוכח דאזלינן בתר אומדנא לדינא בדיני ממונות וכתב דנראה "שדוקא בדבר פרטי לפסוק שתמיד יהיה הדין לסמוך על אומדנא מיוחדת לא אזלינן בתרה, דשמא ישתנה הענין ובזמן אחר לא יהיה הענין מכריח כ"כ.. אבל בדרך כלל במקום שמתברר להדיין, בכלל אמיתת הענין, לא ע"פ איזה פרט של אומדנא, אלא מההקף של כמה ענינים ביחד זהו ענין ברור, שע"ז לא שייך כלל לומר דל"א בתר אומדנא, וע"כ אף על גב דקיי"ל דלא כר"א היינו לסמוך תמיד על פרט זה, וכן נראה מאריכות דברי הברייטא, שלא נאמר הואיל וזה ניגח וזה מועד ליגח וכיו"ב, אבל אם באותו המאורע מתברר לדיין ביחוד שהאמת הוא באופן מיוחד דנין על פיו מדינא".

[ע"פ חלק מהמקורות הנ"ל ומקורות נוספים נכתב במסמך 'מדיניות - הסתמכות על אומדן' של בי"ד ארץ חמדה-גזית ע"י הרבנים **יעקב אריאל** ו**דב ליאור** ועוד ש"סמכות הפשרה מאפשרת לבית הדין להכריע בשאלות עובדתיות על פי אומדן דעת. כאשר ישנה ודאות מוחלטת ניתן לחייב אדם ללא ראיה, בית הדין מוסמך לאמוד את דעתו של אדם (כגון, האם גמר בדעתו למכור) גם ללא ראיה, ביה"ד יכול להסתמך על אומדן דעתו בשאלות עובדתיות כאשר הוא משוכנע שכך אכן קרה", עיי"ש, ובנייר עמדה בנושא זה של הרב הדיין **דניאל כ"ץ**].

סימן תט - אין מגדלים בהמה דקה בישוב וחזיר וכלב רע בכל מקום

סעיף א

[האם מותר בימינו לגדל בהמה דקה בארץ ישראל?]

ע"פ **משנה ב"ק עט**: וגמ' פסק בשו"ע "אין מגדלים בהמה דקה בארץ ישראל (ואפילו בבית אסור, טור וסמ"ע ע"פ הגמ'), מפני שדרכם לרעות בשדות של אחרים (תוס'): ואפילו שאינם שלו, רשב"א: ע"י רועה מותר, ובסמ"ע כתוס' כיון שדרך בהמה דקה לצאת ולהזיק גזרו מחששא שתצא בלי ידיעת הרועה ותזיק) והיזקם מצוי אבל מגדלים בסוריא ובמדברות שבארץ ישראל (דתקנה זו לא נתקנה אלא על ארץ ישראל אלא דקאמר בגמרא שבבל יש לה דין ארץ ישראל לדבר זה וי"א דבכל מנהגי דילן בתר בבל גרירינן ולדידן נמי אסור, טור) (טור -) והאידנא, שאין מצוי שיהיו לישראל בארץ ישראל שדות, נראה דשרי (דבהא לא גרירינן בתר בבל דטעמא דאסור בבבל לפי שהיו שם רוב שדות ישראל וכיון דהשתא ליתא להאי טעמא שרי, טור)".

בפסקי המשפט כתב שהכפתור ופרח חלוק על הטור וגם בזמן הזה קיימת הגזירה, וכתב דלמעשה נחלקו הפוסקים, דעת **שבט הלוי** (ד,רכז) לאסור דהא רוב השדות בא"י שייכות ליהודים, אולם בהגהות **הר צבי** ובתשובות והנהגות (ד,שכב) ועוד פסקו להתיר דכיון שאחרי החורבן כשרוב השדות היו בידי נכרים התבטל האיסור שוב אינו חוזר, א"י בזמנינו הבהמות אינן רועות בשדות אחרים ואינו בכלל הגזירה והוי כמדבר, ובצ"א (ז,כד) כתב דביישובים שפרנסתם מגידול בהמות אין איסור לגדל בהמה דקה כיון שעל דעת כן באו לגור במקום ומוחלים זה לזה.

סעיף ב

ע"פ משנה שם פסק בשו"ע "לא יגדל ישראל חזירים בכל מקום (משום מעשה שהיה בימי הורקנוס ואריסטובלוס, דף פ"ב) (רא"ש -) אפילו למשוח בהם עורות (דאילו למכרן לגוים אף מדאורייתא אסור כדתנן בפרק ז' דשביעית וכדלקמן), ואין צריך לומר לסחורה".

סעיף ג

ע"פ משנה שם פסק בשו"ע "אסור לגדל כלב רע, אא"כ הוא אסור בשלשלאות של ברזל וקשור בהם (גמ' -) ובעיר הסמוכה לספר מותר לגדלו וקושרו ביום ומתירו בלילה {וי"א (של"ג) דהשתא שאנו שרוין בין העכו"ם ואומות בכל ענין שרי (גר"א: דדמי לספר) ופוק חזי מאי עמא דבר, מיהו נראה אם הוא כלב רע, שיש לחוש שיזיק בני אדם, דאסור לגדלו אלא אם כן קשור בשלשלאות של ברזל (סמ"ע: דאז טעם שישודק וטעם שמנבח ומפילות הנשים מיראתו אין כאן כיון דידועין שהוא קשור לא מתיראין ממנו ואינן מפילות ובגר"א ציין לדפוס פ"ג ט"ו ומ"ו)", [נראה במשנה הלכות יז, קפג ושבת הלוי ו, רמא בענין גידול כלב שאינו נושך ומסכן אחרים בימינו].

סעיף ד

ע"פ ברייתא פ. פסק בשו"ע "מי שנפלו לו כלבים וחזירים בירושה, אין מחייבים אותו למכרם ביחד, אלא מוכר מעט מעט".

סימן תי - בור באיזה מקום חיובו וכמה שיעורו וכל משפטי בור

סעיף א

ע"פ ג: כח: ל. ועוד וכלשון הטור פסק בשו"ע "בור הוא מאבות נזיקין דכתיב כי יכרה איש בור שמאחר שחפר נתחייב בנזקיו, כיון שעשה דבר המזיק וזהו ממונו שמזיק במקום שעשאו, שאינו זו ממקומו, אלא עומד במקומו והעובר עליו נזוק, לפיכך כל הדומה לו, שהוא ממונו ומונח במקומו ומזיק (לשון הטור 'אם הוא בעומק או בגובה או אפילו לא זה ולא זה אלא שפך מים', סמ"ע), אפילו שפך מים ברשות הרבים והוחלק בהם אחר, חייב".

סעיף ב

ע"פ מט: מדכתיב 'כי יפתח איש בור או כי יכרה איש בור ולא יכסנו' פסק בשו"ע "אחד הכורה בור ואחד הפותח בור שכרהו אחר וכסהו כראוי ובא זה וגילהו, חייב".

סעיף ג

ע"פ כט: פסק בשו"ע "המוצא בור וכסהו וחזר וגילהו בעל הבור חייב וזה האחרון פטור, סתמו בעפר וחזר והוציא את כל העפר זה האחרון חייב, שכיון שסתמו בעפר נסתלק מעשה ראשון", וכתב הסמ"ע (ג) ברישא בשם ה"ה דאפילו ראה הראשון דכסהו השני ולא ראה שחזר וגילהו אפ"ה הראשון חייב, דלא ה"ל לסמוך אכיסוי של זה שאין לו חלק בבור, משא"כ בבור של שני שותפין בסעי' כ"ה, ודחה הרב המגיד (בב"י) את הראב"ד שדימה דין זה לבור של שותפין שאין הראשון חייב עד שידע, דיש לחלק שכאן לא היה לו לסמוך על כסויו של אדם שאין לו חלק בבור משא"כ בבור של שותפין.

סעיף ד

חפר בור ברשות חבירו מי אחראי על הבור?

ע"פ מימרא דרבא במח. 'הכניס שורו לחצר בעל הבית שלא ברשות וחפר בו' והמכילתא כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "אחד החופר או הלוקח או שניתן לו במתנה, שנאמר בעל הבור ישלם מי שיש לו בעלים

מכל מקום, וכן אם נחפר מאיליו, או שחפרו בהמה וחייה ברשותו, הואיל והוא חייב למלאותו או לכסותו ולא עשה, הרי זה חייב בנזיקין { וכן אם כרה אחר ברשותו ונודע לבעל החצר, חייב בעל החצר לכסותו, ואם לא כיסה הוי כאילו חפרה בעצמו, והכורה חייב לשלם לו נזקי חצירו (טור ע"פ הגמ' הנ"ל) }.

עמש"כ המחבר שחפרה בהמה וכו' ביאר **הסמ"ע** (ה) דאע"ג דכתיב כי יכרה איש בור וסע' הבא, הני מילי בחופר ברשות הרבים דהקרקע אינה שלו, וכיון שהוא לא חפר אין עליו למלאות קרקע שאינה שלו, משא"כ בחפרה בהמתו בחצירו דלא גרע מנחפר בור שם מאליו דמוזהר עכ"פ שלא יוזק אדם מממונו דהיינו חצירו שהוא קרקע שלו שיש בה בור, והיינו דוקא אם הפקיר חצירו שסביב הבור ולא הפקיר באותה פעם גם מקום הבור דאם כן ה"ל דומיא דהיזק רגל בחצר המזיק דפטור וכסימן שפ"ט, ואם הפקיר אח"כ הבור וחצירו שסביבו בפעם אחת, ג"כ לא נתחייב על היזק הבור, כיון דבשעת הכריה היה הכל שלו ושוב לא עשה מעשה בחפירה דיתחייב עליו, משא"כ כשחפר תחילה בחצירו ואח"כ הפקיר מקום שסביב לבור ונתן רשות לכל לקרב נפשם סמוך לבור ה"ל כפותח בור לרשות הרבים דמחויב לשמור בורו מהזיקתו, ואחר שהפקיר רשותו לחוד, אף שאח"כ ג"כ הפקיר בורו, חייב על נזקיו, דלאו כל כמיניה להפקיר נזקיו שכבר חל עליו החוב לסלק התקלה.

עמש"כ המחבר 'הואיל והוא חייב למלאותו וכו' חייב בנזיקין' כתב **הסמ"ע** (ו) דמדלא כתבו בדין זה ג"כ השיעור בכדי שידע וישכור פועלים ויכרתו ארזים דסע' כ"ו, נראה דזה דומה לחופר בור והניחו מגולה דכתבו הטור בסע' כ"ח דמחשב פשיעה ולא לתר חייב בנזקין, וה"ה בור שחפרו השור בחצירו כיון דעליו מוטל לטרוח ולכסותו.

סעיף ה

ע"פ **מח. פסק בשו"ע** "שורו שחפר ברשות הרבים או ברשות אחר, פטור בעל השור, שנאמר כי יכרה איש בור, ולא שור בור".

סעיף ו

חפר בור ברשותו סמוך לרשות הרבים האם חייב?

מט: "תנו רבנן החופר בור ברשות היחיד ופתחו לרשות הרבים חייב וזהו בור האמור בתורה דברי רבי ישמעאל רבי עקיבא אומר הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו זהו בור האמור בתורה, אמר רבה בבור ברשות הרבים כולי עלמא לא פליגי דחייב לא נחלקו אלא בבור ברשותו רבי עקיבא סבר בור ברשותו נמי חייב ורבי ישמעאל סבר פטור ורב יוסף אמר בבור ברשות היחיד כולי עלמא לא פליגי דחייב כי פליגי בבור ברשות הרבים רבי ישמעאל סבר חייב ורבי עקיבא סבר פטור" ופסקו **הפוסקים** כרבי עקיבא ואליבא דרבה.

משנה שם "החופר בור ברשות היחיד ופתחו לרשות הרבים ברשות הרבים ופתחו לרשות היחיד ופתחו לרשות היחיד אחר חייב" וכתב **הרא"ש** דברשות היחיד ופתחו לרשות הרבים היינו בור ברשות הרבים דבתר פיתחא אזלינן ברשות הרבים ופתחו לרשות היחיד באמצע רשותו ומפקיר אותה רשות ולא הפקיר הבור וה"ל בור ברשות היחיד אי נמי פתח הפתוח בתוך חצרו סמוך לרשות הרבים והוה ליה כמו בור ברשותו, עיי"ש, וכן הוא **ברמב"ם**.

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "אחד החופר בור ברשות הרבים, או החופר בור ברשותו ופתחו לר"ה, או פתח לרשות חבירו, או שחפר ופתח לרשותו והפקיר רשותו ולא הפקיר בורו, ה"ז חייב בנזקיו, (ה"ה) ומוסכם ברוב הפוסקים -) אבל אם הפקיר רשותו ובורו או שהפקיר בורו שברשותו, ה"ז פטור, שנאמר בעל הבור ישלם מי שיש לו בעלים וזה הפקר ובתחלה ברשות חפר, מפני שחפר ברשותו".

גבי הפותח ברה"י לרה"ר כתב **הסמ"ע** (ז) ע"פ הטור דמייירי שפתחו ברשותו בתוך ד' טפחים סמוך לרשות הרבים דכל ד' טפחים סמוך לרשות הרבים דחקי בו רבים, אבל בפתחו לרשות חבירו בעינן שישמכו לרשות חבירו, ומשו"ה לא כתב הטור ד' טפחים כי אם בסמוך לרה"ר.

גבי פתח לרשות חבירו וכו' דחייב כתב **הסמ"ע** (ח) בשם הטור דמיהו דוקא קודם שנודע לבעל החצר הניזק אבל אחר שנודע לו פטור הכורה, דהיה לו לבעל החצר למלאותו מיד דחייב בנזקי חצר וזה יפרע

לו, וכיון דלא מלאהו כמאן דכרייה איהו דמי, וביאר דאע"פ שהבור אינו ברשות בעל החצר הניזק אלא ברשות החצר המזיק רק שפתוח לרשות הניזק, מ"מ כיון שעומד סמוך לחצר הניזק ממש ה"ל כאילו עומד בחצר הניזק וכ"ל (ז), ועליו לסתמו להרחיק ממנו נזקו ויקבל שכר טרחתו מהכורה.

סעיף ז

נ. "תנו רבנן חפר ומסר לרבים פטור", וז"ל השו"ע "החופר בור בר"ה לצורך רבים, ומסר להם כיסוי (רא"ש), כנאמר בבור שותפין דראשון מיפטר משימסור לו דליו בדף נ"א) או הודיע לב"ד שרוצה להסתלק ממנו שהם יתעסקו בו לכסותו (רמ"ה) – פטור, (רמ"ה -) והוא שחפר במקום שיש רשות לחפור".

כתב הסמ"ע (י) דכתב הרמ"ה דאי חפר מעיקרא לצורך עצמו והדר מימלך למימסריה לרבים דלא נפטר החופר עד דטמים ליה, וכתב עליו הטור דאינו נראה, דכיון דמסרו עתה לרבים והן צריכים לו מאי נפק"מ שחפרו מתחילה לצרכו.

סעיף ח

ע"פ נא. פסק בשו"ע "האומר לחבירו לחפור בור בר"ה וחפרו, החופר חייב והמשלח פטור" דאין שלח לדבר עבירה.

סעיף ט

[האם הבונה יסודות לביתו יכול לחפור ברשות הרבים?]

נ. "והחופר בורות ברה"י הסמוכה לרשות הרבים כגון אלו החופרים לאושין פטור ור' יוסי בר' יהודה מחייב.. דארווח בה ארווחי לרה"ר", וז"ל השו"ע כלשון הטור "הבונה סמוך לר"ה, רשאי לחפור לצורך היסוד אפילו להרחיבו לצד ר"ה (ע"פ רש"י), ואם הוזקו בו פטור, כיון שעשה ברשות".

אולם באה"ג והגר"א כתבו דדעת רש"ל וב"ח דטעות סופר ברש"י ואם חפר בר"ה עצמה לצורך היסוד אם הוזקו בו חייב ע"פ ברייתא דב"מ קי"ח כל אותם המקלקלים בר"ה, ואיירי הכא כשכנס החומה לתוך שלו והחפירה הוא בחלק הכניסה, ובגר"א הוסיף שלשון המחבר ניתן לפרשה כדבריהם (אך לא את לשון הטור), וכ"פ הש"ך (א), וסיים הש"ך דזה "דלא כסמ"ע סק"ד" – שם יישב הדין דהכא מסימן תיד/ב גבי הוצאת זבלים ברשות הרבים או הנחת קוריו ועציו לצורך בנין דסימן תי"ז דחייב (ב"מ קי"ח הנ"ל) דג"כ עשאו ברשות ואפ"ה אם מקלקלין ומזיקין שם דחייב, "דשאני התם דעושה ברשות הרבים עצמו משא"כ כאן דהבור עומד ברשותו וגם הוא לשעה ומיד אחר החפירה יחזור לסותמו באבני הבנין שיניח ביסוד חומתו", ובזה יישב גם מעושה תנור בביתו והרחיקו כשיעור מהעלייה ואפ"ה אם הודלק העלייה דחייב על העלייה כבסימן קנ"ה, דשם הוא עושה כן תדיר, וגם בדרישה סתר הרש"ל (בא"ה) [ונחלקו הרשב"א ושאר"ר על הש"ס במחלוקת זו].

סעיף י

ע"פ משנה נ: פסק בשו"ע "אחד החופר בור או שיח או מערה או חריץ ולמה נאמר בור שיהא בו כדי להמית, דהיינו עומק י' טפחים, אבל אם היה פחות מ' טפחים ונפל לתוכו שור או שאר בהמה חיה ועוף ומת, פטור, ואם הוזק, בעל התקלה חייב נזק שלם".

בב"י האריך במח' הרא' האם פסקינן כעובדא דרב נחמן "ההוא תורא דנפל לאריתא דדלאי שחטיה מריה טרפיה רב נחמן אלמא קסבר רב נחמן יש חבטה בפחות מעשרה", וכתב דהא דסיים הטור 'ואם אין בו עשרה אינו חייב על המיתה אפילו שנפל בו השור מעומד' נראה דהיינו דלא כרב נחמן כלל, אלא כפשטה דמתניתין דצריך שיהא עומק עשרה בין נפל דרך נפילה בין איגנדר איגנדורי, וכן משמע דרבא דבתרא הוא לא ס"ל כוותיה דהא אותביה ואע"ג דשני ליה שינוייה דחיקא הוא.

סעיפים יא - יב

ע"פ בעיות נא: וכגירסת הרמב"ם בסדר האיבעיות פסק בשו"ע (יא) היה עומק הבור ט' טפחים ומהם טפח א' מים, חייב, שהטפח של מים חשוב כעומק ב' טפחים ביבשה. (יב) היה עמוק שמנה, ומהם שני טפחים מים, או שהיה עומק ז' טפחים ומהם ג' טפחים מים, ונפל לתוכו שור וכיוצא בו ומת, אין מחייבין אותו לשלם (תיקו), ודלא כגירסת רא"ש דפשיטא להו בור שמונה ומהם טפחיים מים דחייב ומיבעיא להו בור תשעה וטפח מים ובור שבעה ושלושה טפחים מים), ואם תפס אין מוציאין מידו {ועיין לעיל סימן שפ"ח סעיף א' וז' דיש חולקין (ר"י, דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא) }.

סעיפים יג. טו

חפר בור 6 טפחים, והשני השלים ל - 10 טפחים, מי חייב לשלם וכמה?

ע"פ תוס' שם, ה"ה ברמב"ם, רא"ש (ה,ח) ועוד פסק בשו"ע (יג) "חפר אחד שמנה ובא חברו וחפר עוד טפח, שניהם חייבים בנזקין (טור -) כל אחד לפי מה שחפר", וכתב הגר"א דאע"ג דמבואר בתוס' י' דבחופר עשרה ובא חברו וחפר עוד טפח פטור, משום דבמיתה אין שיעור עד עשרה משא"כ הכא בנזקין אפילו בכל שהוא איכא שיעורא.

נא. "תניא החופר בור תשעה ובא אחר והשלימו לעשרה האחרון חייב, רבי אומר אחר אחרון למיתה ואחר שניהן לנזקין", וביאר ה"ה סברת ת"ק מפני שהאחרון העתיקו ממדת נזקין למדת מיתה ומתוך כך חייב בכל ואינו דומה לחופר בור שמונה ובא אחר והשלימו לתשעה ששניהם חייבין לפי ששם עדיין במדת נזקין עומד, ובסמ"ע (כב) כעין זה - "כיון דבור זה נקרא על שם האחרון לחוד לענין תשלומין כשנפל שם ומת נקרא ג"כ בורו לחוד לענין נזקין", וז"ל השו"ע (טו) כת"ק "חפר הראשון פחות מ' אפילו טפח, ובא אחרון והשלימו לעשרה, בין שחפר בו טפח או שהגביה בנין על שפתו, זה האחרון חייב {אפילו בנזקין}. (בעיות דרבא בגמ' -) סתם טפח שהוסיף או שסתר טפח שבנה, הרי זה ספק אם כבר נסתלק מעשה ראשון או אם עדיין לא נסתלק".

לפי הנ"ל יש לומר גבי הנידון בשאלה שהאחרון חייב בין לנזקין בין למיתה.

סעיף יד

ע"פ ברייתא נא. וכאוקימתא קמייתא דרב זביד דטפי עדיף לאוקמי כהלכתא כרבנן (ה"ה) פסק בשו"ע "החופר בור עשרה ובא אחר והשלימו לכ', ובא אחר והשלימו לל', כולם חייבים" - ר"ל אפילו לענין אם נפלה בהמה ומתה כיון דיש במעשה דכל אחד כדי להמית וכח דכולם מעורבים בו, סמ"ע (כא).

סעיף טז

חפר בור 10 טפחים ובא חברו והרחיב את הבור. מי חייב לשלם, וכמה?

נא: "בעא מיניה רב שיזבי מרבה הרחיבה מהו א"ל הרי מיעט הבלא (ותבא לו ברכה, רש"י) א"ל אדרבה הרי קירב הזיקא, אלא אמר רב אשי ניחזי אנן אי בהבלא מיית הרי מיעט הבלא אי בחבטה מיית הרי קירב הזיקא איכא דאמרי אמר רב אשי ניחזי אנן אי מההיא גיסא נפל הרי קירב הזיקא ואי מאידך גיסא נפל הרי מיעט הבלא". כתב הטור שהרא"ש פסק כלישנא בתרא, ואילו הרמב"ם (יב,יג) פסק כתרי לישני (לקמן), והקשו עליו הטור וה"ה דתימה דודאי פליגי אהדדי דללישנא קמא אין חילוק מאיזה מקום נפל וללישנא בתרא אין חילוק בין אם מת בחבטה או בהבלה.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "חפר הראשון בור עמוק, ובא האחרון והרחיבו, ונפל לתוכו שור ומת (סמ"ע: מיירי בבבא זו כשנפל מצד שלא הרחיב וכדמסיק -) אם מחמת הבלו מת האחרון פטור, שהרי מיעט הבלו, ואם מחמת חבטו מת, האחרון חייב, שהרי הקריב היזק בור זה. וכן אם נפל השור מאותו הצד שהרחיב האחרון, חייב, שהרי הקריב היזק בור זה אף על פי שמת מן ההבל, ואם מהצד שחפר הראשון נפל, הראשון חייב, שזה האחרון מיעט הבלו" והרמ"א פסק ברא"ש "וי"א דאין חלוק בין מת בהבלא

או בחבטא, רק אם נפל מצד שהרחיב חייב בכל ענין (אף כשמת מההבל ודלא כבבא א', סמ"ע), ואם נפל מצד השני, האחרון פטור בכל ענין".

הב"י יישב דהרמב"ם הרגיש בקושית התוס' על ל"ק שהקשו "אי בהבלא מיית, הרבה הוא תימה דנהי דמיעט הבלא מכל מקום אם לא דהרחיב לא היה נופל", והוסיף הב"י דכן קשה ללישנא בתרא כי נפל מאידך גיסא אמאי פטור אי מיית מחמת חבטה הרי כיון שעשה מעשה בבור אין ראוי ליפטור, ולכך ס"ל דהני לישני כל חד סמך אחבריה ולא פליגי "ודברים נכונים הם".

הסמ"ע (כה) ביאר סברת הלישנא בתרא שפסקה המחבר בבבא ב' דאפילו מת מחמת הבלו חייב, דכיון דהוא פושע לענין שור זה עצמו דהיה ראוי למות מחמת חבטה שקירב מיתתו לענין חבטה, תלינן נמי בו מיתת ההבל אע"פ שמיעט הוא ההבל, וכדכתבו הרא"ש והטור בסע' כ"ד לענין אם פשע בשור לענין גמלים, אלא שאינו דומה ממש כיון דכאן נראה לעינים דמיעט ההבל, ומשו"ה השיג הטור ארמב"ם.

באה"ג הקשה על פירוש הב"י ברמב"ם דרחוק הוא לחייב השני כשנפל השור בצד שלא הרחיב הוא שהרי לא בגרמת הרחיבו הבור נפל ולא נפל לתוך בורו שחפר כלל, ואין כאן שום קושיא אלישנא בתרא, ומה שהקשו התוספות אל"ק "ל שהרמב"ם מפרש דל"ק איירי בשאינם יודעים מאיזה צד נפל לכן אם מת מחמת הבלא אין השני שהרחיב חייב מספקא שמא מצד שהרחיב נפלה כיון שהספק הוא בגרמי דנזקין שהרי מיתתה מחמת ההבל לא היה בגרמתו פטור אבל אם מת בחבטה כיון שהוא ספק מאיזה צד נפל ומת גם הוא חייב בתשלומין ושניהם משלמין הנזק, ומש"כ הרמב"ם ברישא האחרון חייב היינו אף האחרון, וכיוצא בזה מבואר לקמן סע' כ"ה, ומש"כ בסיפא ואם מן הצד שחפר הראשון נפל הראשון חייב שזה האחרון מיעט הבלו ואצ"ל אם מת מחמת חבטו שהשני פטור הרי לא נפל ולא נחבט במקום שחפר האחרון.

סעיף יז

ע"פ נ: וכשמואל דהלכתא כוותיה בדיני פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "בור שחייבה עליו תורה אפילו לא מתה הבהמה אלא מהבלו, ואין צריך לומר אם מתה מחבטו, (נא: -) לפיכך אם היה עומק הבור כרחבו, אין לו הבל, ואם לא נחבטה בו הבהמה ומתה, פטור. היה עומקו יותר על רחבו, יש לו הבל, ואם מתה בו הבהמה חייב, אע"פ שלא נחבטה בקרקעיתה (כגון שהיו בתוכו ספוגין שהן רכים ואינה ניזוקה מחבטתה עליהן, טור)".

עמש"כ 'אפילו לא מתה' וכו' תמה **הסמ"ע** (כז) בדקדוק לשונם, דהא רב ס"ל דלא מיחייב משום בור אא"כ מתה מהבל הבור ולא מהחבטה כיון דהוא קרקע עולם, אם לא שהבור ברשותו סמוך לרשות הרבים דאז קרקעית הבור ידידה היא, ולשמואל חייב נמי אם מתה בחבטה וק"ל כוותיה, והנה לרב לא אתי דהא ס"ל דפטור אם מתה בחבטה, ולשמואל ולהלכה ה"ל למימר איפכא - אפילו מתה בחבטה ואין צ"ל בהבלא, וי"ל דלסברת שמואל מאחר דחייבה התורה אחבטה אף שהוא קרקע עולם, תו יש סברא לחייבו יותר ע"י חבטה דיש בו מעשה, טפי ממתה ע"י הבל הבור דאין בו אלא כעין גרמא, ומש"כ לפיכך אם היה עומק הבור כרחבו וכו' פטור' ביאר (כח) דהטעם דהוי מתה באונס שלא כדרך מיתת הבהמות ולא היה כאן לא חבטה ולא הבל, והאי 'לפיכך' נמשך לבבא ב', והכי קאמר כיון דחייב על הבלא בלא חבטה לפיכך אם היה עומקו יותר וכו' חייב.

סעיף יח

[מה דין בור ב' טפחים לנזיקין?]

ע"פ נ: וכשמואל (דאע"ג דאין כאן הבל מתה מחמת חבטה, סמ"ע) פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "עשה תל גבוה בר"ה, ונחבטה בו הבהמה ומתה, אם היה גבוה י' טפחים חייב לשלם, ואם היה פחות מ', פטור על מיתת הבהמה, אבל אם הוזקה בלבד חייב לשלם נזק שלם, ואפילו בתל גבוה כל שהוא או בחפירה כל שהוא, שהנזק בכל שהוא דבר מצוי וידוע, ואין המיתה בכל שהוא מצויה והרי הוא כמו אונס (גר"א: **תוספתא** דשיעורו להזיק כל שהוא ולמיתה י', ובש"ך: משמע בלשונם וכן מוכח ברמ"א תיד/ב דאף פחות מג"ט ודומיא למוציא זבלים ואילו הרש"ל סובר דכל פחות מג' טפחים הוא כארעא סמיכתא ופטור דלא מיקרי בור, וצ"ע לדינא)".

הסמ"ע (ל) התקשה בלשונם דלענין אם נחבטה בתל עצמו אין צריך גבוה עשרה דהא אפילו נתקלה הבהמה בקרקע עולם והוזקה באבן ומתה חייב וכריש סימן הבא, וגם ה"ל לכתוב רבותא כאן דאפילו לא נחבטה בתל אלא בקרקע עולם, ואילו לשון הטור אתי שפיר שכתב אם עשה תל ברשות הרבים גובה י' ועלה עליו שור ונפל לארץ ומת חייב.

סעיף יט

ע"פ נב. ונד: פסק בשו"ע "וכן אינו חייב על מיתת הבהמה בבור (בין שמתה בחבטה בין בהבל) או על חבטתה בתל (דבזה לא שייך הבד ובכך מבואר שינוי הלשון כאן, סמ"ע), אלא אם היתה הבהמה קטנה או חרשת או שוטה או סומא או שנפלה בלילה, אבל אם היתה פקחת ונפלה ביום ומתה, פטור, שזה כמו אונס, מפני שדרך הבהמה לראות ולסור מהמכשולות".

סעיף כ

ע"פ משנה נב. וגמ' נד. כז: כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "וכן אם נפל לתוכו אדם ומת אפילו היה סומא או שנפל בלילה, בין שהיה בן חורין או עבד ה"ז פטור (שור ולא אדם) והיינו דוקא במיתה דקרא זה במיתה איירי כדכתיב בו 'והמת יהיה לו', ואם הוזק בו האדם (רמב"ם -) או הבהמה הפקחת - חייב נזק שלם {ויש אומרים (ראב"ד, רשב"א) דבהמה פקחת פטור אפילו מנזקין אם נפל שם ביום}."

כתב ה"ה דחיוב נזקי הבהמה הפקחת לא נתבאר בגמ' והראב"ד השיג בזה על הרמב"ם, ונראה שיצא דין זה לרמב"ם מדף כז ע"ב דאמרינן 'לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים' וכ"ש בהמה שאין בה דעת וכשמיטתו בהמה פקחת ביום לא מעטוה אלא מן המיתה בדוקא שהפקחות מעיינות ונשמרות ממכשול גדול שיש בו סכנות נפשות אבל אינם שומרות עצמן כ"כ מן הנזיקין ולפיכך חייב בעל הבור, ואפשר שהראב"ד והרשב"א ס"ל שאדם שהוא בעל מחשבה הוא שאינו מתבונן בדרכים אבל בהמה דרכה להתבונן הלכך ה"ל כאונס ופטור.

[בקצות (א) האריך בקושית התוס' ב"ק י' על הלימוד בדף נ"ג 'שור ולא אדם' דתיפוק ליה מ'והמת יהיה לו' כדפטרין בשור פסולי המוקדשין ומת אסור בהנאה דדריש].

סעיף כא

ע"פ משנה נב. וגמ' נג: פסק בשו"ע "נפלו כלים בבור והוזקו או נשתברו פטור, שנאמר ונפל שמה שור או חמור שור ולא אדם, חמור ולא כלים, ולא נתמעט אדם אלא ממיתה, אבל אם הוזק בו חייב (כת"ק -) אבל על הכלים פטור בין אם נשברו לגמרי בין אם הוזקו (דשבירתן היא מיתתן, ודלא כרבי יהודה ש'או' לרבות את הכלים)", וכתב הסמ"ע (לד) בשם הטור דאפילו נפל שם השור עם הכלים ומת השור ונשתברו הכלים חייב על השור ופטור על הכלים.

סעיף כב

ע"פ משנה נב. פסק בשו"ע "כסהו כראוי אע"פ שהתליע מתוכו ונפל לתוכו שור ומת פטור, שנאמר ולא יכסנו הא אם כסהו, פטור", וכתב הסמ"ע (לה) דקמ"ל דלא תימא דעליו לסתמו בעפר באופן שלא יוכל להגיע ממנו היזק.

סעיפים כג - כד

נב: כלישנא בתרא וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "גד) כסהו בדבר שיכול לעמוד בפני שוורים ואינו יכול לעמוד בפני גמלים, והלכו עליו גמלים ונתרועע, והלכו עליו שוורים ונפלו בו, אם אין הגמלים מצוים באותו מקום הרי זה פטור, מפני שזה אונס {מיהו אם נפל בתוכו גמל אפילו פקח חייב, דהואיל וראהו מכוסה עבר עליו (תוס'), דאפילו לא שכיחי גמלים כלל יש לחוש שמא יבואו גמלים ויפלו אבל אין לחוש שירעו גמלים ואחר כן יפלו שוורים, ובאה"ג חלק דבמקום שאינם מצויים גמלים כלל פטור} {ואם יבאו שם גמלים, אפילו לפרקים, חייב. (כד) התליע מתוכו ונפלו בו שוורים, אע"פ שהגמלים מצויים שם תמיד והרי הוא פושע לגמלים, הואיל ומחמת שהתליע נפלו בו השוורים פטור (דה"ל אונס שלא בא מחמת הפשיעה ופטור), וכן כל כיוצא בזה {ויש מחלקין (ר"י) הא דפטור בכהאי גוונא דוקא שאם היו

עוברים הגמלים היו נופלים עם הכיסוי, דאז לא פשע כלל לגבי שוורים, דאם יעברו גמלים יפול הכיסוי, ולא יעברו שוורים פקחין כי יראו שאינו מכוסה, אבל אם הוא שאם יעברו הגמלים לא יפול הכיסוי רק יתרועע, ואם יעברו אחר כך שוורים יפלו, חייב אף בהתלע מתוכו, דהואיל ופשע לגבי שוורים חייב אף בהתלעה (כלומר כיון דפשע לענין השור זה עצמו דהרי זה השור שנפל כאן מחמת התלעה ג"כ היה נופל שם אם היה שעברו שם גמלים וקלקלו הכיסוי כיון דפשע מתחילה בשור זה עצמו אף שבסופו היה האונס מחמת התלעה ונראה דאינו מחמת הפשיעה מ"מ כל שפשע מתחילה באותו דבר עצמו כל מאי דאפשר לתלות בו תלינן אף בחשש רחוק ותלינן לומר שאם היה מכסהו בכיסוי חזק שראוי לעמוד לפני הגמלים לא היה נתלע, סמ"ע ע"פ הטור)".

סעיף כה

בור של שותפין מי חייב עליו: (וראה גם סע' ג')

משנה נא. (ג' רש"י) "בור של שני שותפין עבר עליו הראשון ולא כסהו והשני ולא כסהו השני חייב (והראשון פטור ובגמ' מוקי לה בשהניחו ראשון לשני משתמש ודולה כשהלך לו, רש"י)", וכתב הרא"ש שהרי"ף גורס הראשון חייב ואין חילוק בין שתי גירסאות הללו דלפירוש רש"י השני חייב כשהניחו משתמש הא לאו הכי שניהן חייבין ולגירסת הרי"ף ה"פ אף הראשון חייב דלא תימא שני שעבר עליו באחרונה חייב דכיון שעבר עליו לבדו עליה ידידה רמי לכסוי.

נא: "עבר עליו הראשון ולא כסהו, וראשון מאימת מיפטר רבה ורב יוסף.. חד אמר משמניחו משתמש וחד אמר משימסור לו דליו. כתנאי המדלה מים מן הבור ובא חבירו ואמר לו הנח לי ואני אדלה מים כיון שהניחו משתמש פטור רבי אליעזר בן יעקב אומר משימסור לו דליו (והלכתא כוותיה בפוסקים) במאי קמיפלגי רבי אליעזר בן יעקב סבר יש ברירה האי מדידה קא ממלא והאי מדידה קא ממלא ורבנן סברי אין ברירה", וז"ל הרמב"ם "עבר עליו הראשון ולא כסהו השני ולא כסהו הראשון חייב עד שימסור דליו לשני", וכתב הטור דלא נהירא אלא שניהן חייבין עד שימסור דליו לשני, והב"י תמה על הטור שתמה על הרמב"ם ולא תמה על הרי"ף שגם הוא גורס הראשון חייב ואי נחא ליה לרי"ף משום דאיכא למימר דאף הראשון חייב קאמר וכדפירש הרא"ש ה"נ יפרש כן לדעת הרמב"ם ז"ל ולא יכתוב עליו דלא נהירא.

רש"י פירש "וראשון מאימת מיפטר דנטעון על השני היתה השמירה דפשיטא לן דהני עבר דקתני מתניתין נשתמש קאמר דאי כדקתני מתניתין שעברו עליו שניהם זה אחר זה אמאי ראשון פטור הרי גם הוא פשע. דליו. כיסוי הבור לכסותו שהראשון פתחו ודלה ובא שני ומצאו ומסר לו ראשון אותו כיסוי הבור", וכתב הב"י דאין נראה כן מדברי הפוסקים.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "בור של שני שותפין, ועבר עליו הראשון ולא כיסהו, השני ולא כיסהו, הראשון חייב, עד שימסור דליו לשני {וי"א (טור) דשניהן חייבין עד שימסור דליו לשני} ומשמסר דליו לשני לדלות ממנו נפטר הראשון, ונתחייב השני לכסותו", וכתב הסמ"ע (לט) דמלשון הרמ"א משמע דס"ל דהראשון חייב דכתב הרמב"ם ר"ל דחייב הראשון לבדו (עיי"ש שהאריך להוכיח זאת גם מלשון הרמב"ם עצמו) ולא כב"י שתמה על הטור עבור זה.

כתב הסמ"ע (מ) דמשמע ברמב"ם והמחבר דפירשו דליו מלשון דלי וכן פירש ר"ח, אבל רש"י והטור פירשו דליו כיסוי הבור.

סעיפים כו – כח

משנה נב. "כסהו הראשון ובא השני ומצאו מגולה ולא כסהו השני חייב" ובגמ' "וראשון עד אימת מפטר אמר רב בכדי שידע ושמואל אמר בכדי שיודיעוהו ורבי יוחנן אמר בכדי שיודיעוהו וישכור פועלים ויכרות ארזים ויכסנו" ופסקו הפוסקים כר' יוחנן.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "כסהו הראשון ובא השני ומצאו מגולה ולא כסהו, השני חייב, ועד אימתי יהיה השני חייב לבדו, עד שידע הראשון שהבור מגולה (ודלא כראב"ד שהשיג דאין בגמרא עד שידע הראשון) אלא 'כדי שידע' משמע שיעור מנהגו שחוזר לדלות מבורו, וכדי שישכור פועלים ויכרות ארזים ויכסנו, וכל שימות בו תוך זמן זה, הרי השני לבדו חייב בו (כלומר חייב מיד, כן דעת הרמב"ם ורש"י), וכל

שימות בו אחר זמן כזה, שניהם חייבים לשלם, שהרי שניהם פשעו בו {וי"א (תוס' ורא"ש) דגם לשני נותנין זמן עד שישכור פועלים ויכרות ארזים, אלא שאינו צריך הודעה (דהא מיירי שכבר ידע, דהא מתחילה כתב ובא השני ומצאהו מגולה, סמ"ע)}. (כז) יש מי שאומר (רמ"ה) שאם אינו מוצא לקנות ארזים אלא ביוקר, צריך להמתין לו עד שימצא לקנות בשיוויים (מדקאמר 'ולכרות ארזים'). (כח) (רמ"ה -) כל הנזקים, אם הוא דבר שאין דרכו בעצמו לסלקו, אין מחייבין אותו לסלקו עד שישכור פועלים (מדקאמר 'וישכור פועלים'), והני מילי דאניס, כגון בור שכסהו כראוי והתליע, אבל בור שהניחו מגולה, פושע הוא ולא לתר חייב בנזקיו".

סעיף כט

ע"פ מימרא דרבינא ל. פסק בשו"ע "המכסה בורו בדליו של חבירו, ובא בעל הדלי ונטל דליו, בעל הבור חייב", וכתב הטוב דאין בעל הדלי צריך להודיעו, הובא בסמ"ע (מד), ועוד כתב דיש ליישב מתשובת הרא"ש שפסק הרמ"א שפג/ב שחייבו בסומך חביתו ברה"ר באבן של חבירו ובא חבירו ונטל אבנו ונשברה החבית מיד, דה"ל כהזיקו בידים, משא"כ כאן בגילה הבור דאין ההיזק בא מיד אלא לאחר זמן כשתפול שם בהמת חבירו וגם לא ברי כל כך היזקו.

סעיף ל

ע"פ הרמב"ם (יב,ח) פסק בשו"ע "המוסר בורו לשומר חייב בנזקיו (נלמד הברייטא דלקמן, גר"א), (ברייטא י. -) ואם מסרו לחרש שוטה וקטן, אע"פ שהיה מכוסה, הרי הבעלים חייבים, שהבור עשוי להתגלות ואלו אין בהם דעת" והראב"ד השיגו דמייירי דווקא בלא מכוסה כראוי, וכתב ה"ה שהרשב"א הכריע כרמב"ם שאפילו מכוסה כראוי חייב אליבא דחזקיה דהלכתא כוותיה לגבי רבי יוחנן דרביה הוה וכמוכרח בסוגיא שם.

כתב הסמ"ע (מה) לבאר דהדין הכא כמוסר שורו ביד חש"ו דסימן שצ"ו דאפילו היה קשור בחבל מחשב פשיעת בעלים משום שדרך השור להתיר הקשר, ופירשו התוס' דר"ל דחש"ו בעצמן יתירוהו, ונראה דה"ה כאן י"ל כיון דלאו בני דעת נינהו חיישינן שיגלו לבור ה"עשוי להתגלות".

סעיף לא

משנה נב. "נפל לפניו מקול הכרייה חייב לאחריו מקול הכרייה פטור", ובגמ' נב: "אמר רב לפניו לפניו ממש לאחריו אחריו ממש, וזה וזה בבור, רב לטעמיה דאמר רב בור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו, ושמואל אמר בבור בין מלפניו בין מלאחריו חייב שמואל לטעמיה דאמר להבלו וכל שכן לחבטו אלא היכי דמי לאחריו מקול הכרייה דפטור כגון דנתקל בבור ונפל לאחריו הבור חוץ לבור.. אמר מר נפל לפניו מקול הכרייה חייב ואמאי נימא כורה גרס ליה אמר רב שימי בר אשי הא מני רבי נתן היא דאמר בעל הבור הזיקא קא עביד וכל היכא דלא אפשר לאשתלומי מהאי משתלם מהאי".

ע"פ הפוסקים דפסקו כשמואל כתב בשו"ע (ודלא כרמב"ם הנראה בו שפסק כרב כאן וסותר דבריו ונראה שהיה שיבוש המעתיקים, ה"ה וב"י) כלשון הטור "בור שכרוי ועומד, ונכנס בו אדם להרחיבו או להעמיקו, ועמד שור על שפתו ונבעת מקול הכורה ונפל לתוכו, בין לפניו בין לאחריו, חייב בעל הבור, אפילו השור פקח וביום (רש"י), ואף דאמרינן בדף נ"ד דבפקח בעל הבור פטור דאיבעי עיוני ומיזל הכא חייב שקול הכרייה בעתתו, ודלא כתוס' שהעמידו בשור שוטה או מהלך בלילה, שהכורה פטור שאינו אלא גרמא, וכיון שאי אפשר להשתלם ממנו, ישתלם מבעל הבור, אבל אם נבעת השור מקול הכורה ונפל לאחריו הבור, פטור (סמ"ע): נקט כאן לשון הרמב"ם, ובטור כתב דנבעת מקול הכורה ונתקל בבור ונפל והטעם דפטור כיון דקרקע עולם הזיקתו, והוא דומה לנתקל באבן וניזק בקרקע דפטור כבסימן תיא/א".

סעיף לב

נג. "שור שדחף את חבירו לבור בעל השור חייב בעל הבור פטור, רבי נתן אומר בעל השור משלם מחצה ובעל הבור משלם מחצה והתניא רבי נתן אומר בעל הבור משלם ג' חלקים ובעל השור רביע לא קשיא הא בתם הא במועד, ובתם מאי קסבר.. אמר רבא רבי נתן דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא לעולם קסבר האי כוליה הזיקא עבד והאי כוליה הזיקא עבד ודקא קשיא לך לשלם האי פלגא והאי פלגא משום

דאמר ליה בעל השור לבעל הבור שותפותאי מאי אהניא לי, איבעית אימא לעולם קסבר האי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד ודקא קשיא לך בעל הבור משלם פלגא ובעל השור משלם רביע ואידך ריבעא נפסיד משום דאמר ליה בעל השור לבעל הבור אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה מאי דאית לי לאשתלומי מהיאך משתלמנא מאי דלית לי לאשתלומי מהיאך משתלמנא ממך".

וז"ל השו"ע **כפוסקים** כרבי נתן דדיינא הוא ומתניתין כוותיה (ה"ה) "שור שדחף בהמה לתוך הבור ומת, אם מועד הוא, בעל הבור משלם מחצה ובעל השור מחצה, ואם תם הוא בעל השור משלם רביע מגופו ובעל הבור משלם ג' חלקים מהיפה שבנכסיו שבעל הנבילה אומר לבעל הבור פחת נבילה זו יש לי אצלך אף על פי שהיא גדולה ופקחת כיון שנדחפה (סמ"ע): דהיה לבעל הבור לאסוקי אדעתיה שמא ידחפנו אותו שור שם ויגרום בורו היזק לבעל השור) ה"ז כמי שנפלה בלילה כל שאני יכול להוציא מבעל השור אני מוציא והשאר אתה חייב לשלמו".

סעיף לג

שם "אמר רבא הניח אבן ע"פ הבור ובא שור ונתקל בה ונפל בבור באנו למחלוקת ר' נתן ורבנן..", וז"ל השו"ע "וכן המניח אבן על פי הבור ובא השור ונתקל בה ונפל בבור ומת, המניח את האבן משלם מחצה, ובעל הבור מחצה".

סעיפים לד – לו

שני בני אדם דחפו אדם שלישי לבור האדם הזקן ונשתברו כליו מה הדין במזיד ומה הדין

בשוגג?

נג: "אמר רבא שור ואדם שדחפו לבור לענין נזקין כולן חייבין לענין ארבעה דברים ודמי ולדות אדם חייב ושור ובור פטור".

וז"ל השו"ע כלשון ה**טור** "אם אדם ושור דחפו שור אחר לבור, (תוס' -) והיה אדם שלא בכוונה שאם היה בכוונה היה בעל הבור פטור (דאטו אם ישם אדם טליתו של חבירו באש מי מיחייב בעל האש) - שלשתן חייבים (טור וכתב הב"י דפשוט -) אם השור מועד משלשים ביניהם ואם הוא תם, משלם השותות והמותר ישלמו ביניהם האדם ובעל הבור. (לה) אם דחפו (אדם ושור) אשה ויצאו ילדיה, האדם לבדו חייב הכל (דאי ליכא וכו') ושור ובור פטורים (שור ד'אנשים' ולא שוורים, ובור למדנו בסעי' כ' 'אדם' ולא כלים). (לו) אם דחפו (אדם ושור) בו (בבור) אדם והזקק, שלשתם חייבים בנזק (ד'שור' ולא אדם בקטלא מיירי) ואדם לבדו חייב בשאר דברים ('איש' בעמיתו), ואם דחפו בו כלים ונשברו אדם ובעל השור חייבים (בכל כרבי נתן), ובעל הבור פטור ('חמור' ולא כלים)".

כתב הש"ך (ג) דהא דחייב בבושת בסיפא אף דע"כ איירי שדחפו שלא בכוונה וכסעי' ל"ד, צ"ל כמש"כ התוס' כגון שידע האדם בשעת נפילת חבירו וחשיב בכונה, ודלא כרש"ל דפסק דפטור מבשת אא"כ שבתחלה דחפו השור ואח"כ בא האדם להוסיף עליו, ודבריו דחוקים.

כתב הקצות (ב) דיש להסתפק באדם ושור שדחפו שור אחר לבור והיה אדם בכוונה באיזו אופן ישלמו, והעלה דבזה ישלם האדם חציו והשור חציו, דהאדם לית ליה שותף אלא השור, ומחציתו השני שור רביע ובור רביע [ולפי"ז אפשר לומר דהא דאמר רבא אדם ושור ובור שלשתן חייבין היינו דכולן חייבין אבל אין משלשין ביניהם, וא"כ שפיר מצי איירי אדם בכוונה, דהא בשור תם ודאי אין משלשין ביניהם אלא שכולן חייבין וה"נ כולן חייבין והאדם מחציתו והשור חציו מחציתו השני, אלא דנראה מדברי תוס' כל שהיה אדם בכוונה פטור בעל הבור לגמרי וצ"ע].

סעיף לו

מה הדין כאשר לאחד מן המזיקים אין כסף לשלם עבור הנזק?

שני גנבים או שני מזיקים שחייבים ואי אפשר לפרוע מאחד, האם ניתן להפרע הכל רק

מהשני?

מה הדין כאשר שור תם ושור מועד דחפו לבור והשור התם ברח?

כתב השו"ע "יש מי שאומר (רמ"ה) הוא הדין (דרבי נתן) לשנים שהזיקו ושניהם בני חיובא אלא שהאחד ברח או שאין לו במה לשלם, משתלם מהאחר עד שיעור מה שהיה הוא חייב על נזק זה אילו עשאו לבדו (אבל טפי לא, טור), ויש חולקין (הר"ר חזקיה, וכן הלכה דכן סוברים מהר"ם ורש"ל, ש"ך) דכיון דחבירו מדינא בר תשלומין אלא שאין לו מה לשלם, למה יפרע זה בשבילו (דלא מחייב ר' נתן היכא דליכא לאשתלומי מאידך אלא היכא שפטור מדינא דכיון שהתורה פטרה אותו שעמו והוא עשה כל הנזק צריך לשלם אבל אם שותפו בר תשלומין אלא שאין לו לשלם למה יפרע הוא בשבילו). (הג' אשר"י וטור -) ולפי זה שור שדחף בהמה לבור, האידנא אינו משלם אלא ג' חלקים, ואע"פ שהשור פטור אף מהרביע, שהרי אין דנין דיני קנסות, אין בעל הבור משלם אותו בשבילו (והרביע מפסיד הניזק דליכא למימר הכא כיון דליכא לאשתלומי מהאי וכו') דהא איכא מקום לאשתלומי מיניה מדינא היכא דתפס, ב"ח".

עמש"כ הטוש"ע בשם הרמ"ה דחייב דווקא עד שיעור מה שהיה חייב ביה אהאי נזקא היכא דהוה עביד ליה איהו לבדו אבל טפי לא, כתב הסמ"ע (נז) דיש לכו' לפרש דר"ל משום דלפעמים נחבט וניזק יותר מדחיפת שנים מבדחיפת אחד, ובא לומר דבכה"ג אין האחד צריך לשלם כל הנזק הנעשה ע"י שניהן כיון דאין האחד יכול להזיקו כל כך (וכן עיקר, קצות ג'), אבל קשה דהאי טעמא שייך גם בדחפו כלים לבור ונשברו, דאי לאו בור לא היו נשברים הכלים מדחיפת האדם, ואפ"ה קאמר בסעי' ל"ו דצריך האדם לשלם כל נזקי הכלים, וכתב דלכן נראה דלא אתי לאפוקי אלא כגון אדם ושור שדחפו אדם והזיקוהו שנתבאר שבדמי הזיקו המה משותפים ובשאר ד' דברים האדם צריך לשלמן לבדו, ולימדונו כאן דאם ברח האדם אזי על בעל השור חיוב לשלם כל דמי נזקו כאילו הזיקו לבדו אבל שאר ד' דברים אין צריך לשלם עבור האדם שברח, ואע"ג דבעל השור עומד בחיוב התשלומין בעד האדם, לא אמרינן דעומד במקומו בכולו, משום דאף אם היה מזיקו השור לבדו לא היה חייב לשלם.

הקצות (ג) הביא דעה ג' והיא שיטת הרמב"ן דאפילו היכא דאחד לבדו לא היה יכול לעשות כולה היזקא נמי אמרינן ביה דינא דר' נתן, עיי"ש מה שדן בה.

כתב **הקצות (ד)** דנראה דגבי קרן תמה כיון דק"ל הוחלט השור ודאי לית ביה משום דינא דר' נתן דהא ק"ל כיחש מזיק ברשותא דתרווייהו דשותפי נינהו, וא"כ ה"ה בזה שברח האחד אין השני משלם משום דינא דר' נתן כיון דשותפי נינהו והו"ל כאילו כבר גבה כיון דמדינא חייב, ותדע דאי נימא כה"ג בשני שוורים שהזיקו והאחד ברח דשני משלם הכל א"כ כיחש מזיק נמי לשלם מהבשר הנשאר משום דינא דר' נתן, אלא ודאי כיון דחייב מדינא הוחלט השור לניזק ונאבד, ברשות הניזק הוא כיון דהו"ל כאילו כבר גבה ונאבד מידו, וא"כ בקרן תמה לא שייך דינא דר' נתן היכא דחייב מדינא אפילו לדעת הרמ"ה ומוהר"ם, ויש לומר דהר"ר חזקיה נמי ס"ל כשיטת הרמ"ה ולא קשה מה שהקשה בשמו הטור (לעיל) דעד כאן לא קאמר הרמ"ה אלא היכא שהחיוב על המזיק אבל בקרן דיוחלט השור אין לו אלא שורו ואם נאבד או ברח אינו גובה מהשני דהו"ל כאילו כבר גבה ונאבד, ואע"ג דקנס אין לו אלא משעת העמדה בדין מכל מקום נפחת ברשות ניזק, ולפי"ז רצה לומר שגם רש"י ס"ל כרמ"ה [ועיי"ש שהאריך לדון בדברי ההג' אשר"י גבי ראובן שהרג את שמעון אע"פ שחייב מיתה משלם דמים ליורשין בבא לצאת ידי שמים אי נמי אי תפסי יורשין לא מפקינן מינייהו].

בנידון בשאלה בשור תם ושור מועד שדחפו לבור והשור התם ברח יש לציין לסעי' ל"ד "אם אדם ושור דחפו שור אחר לבור.. שלשתן חייבים אם השור מועד משלשים ביניהם, ואם הוא תם, משלם השתות והמותר ישלמו ביניהם האדם ובעל הבור", ולפי כל הנ"ל י"ל שמעיקר הדין בנידון דידן היה לתם לשלם שתות והשאר יחלקו הבור והמועד, אלא שאם ברח התם לפי פסיקת המחבר אין להם לשלם חלקו.

מה הדין בנזק שנעשה ע"י שנים ואין ידוע על ידי מי נעשה הנזק? (ראה שפ"ג) מה יהא הדין במקרה הנ"ל באחד שאין לו לשלם?

בסימן שפ"ג מצינו שהשו"ע פסק ע"פ התוספתא שבמקרה הנ"ל שאינו ידוע ע"י מי נעשה הנזק כולם משלמין בשוה, והקצות שם נשאר עליו בצ"ע. במקרה שברח אחד שמא יש לומר שגם הרמ"ה דהכא יודה שלא יוכל הניזק לגבות מהשני.

האם דנים היום דיני בור? הוכח.

מבואר בסיפא דהטור ושו"ע הכא שדנים היום דיני בור, וכן הוא בהג' אשר"י, ובגר"א הביא ראיה מדף כ"ז ע"ב דנידון שם בניזוק בחבית וחייב רבא בפומבדיתא ודוחק לומר דמיירי בתפס, והטעם דכיון דשכיח מגבין בבבל, אולם יש לציין לש"ך בסימן א' שכתב בשם המהרש"ל דלא דנים אש ובור כיון דלא שכיח, אולם הקצות שם (ב) כתב שמדברי התוס' נראה דס"ל דדנין, וכ"כ בפת"ש בשם משפטי יעקב להוכיח מכמה סוגיות שדנין וכן משמע מסתימת כל הפוסקים שכתבו כל דיני אש ובור ולא זכרו כלל שאין דנין בזה"ז כמו בנזקי קרן, וכ"פ בערוה"ש.

סעיף לח

ע"פ ברייתא ערכין ז. וב"ב קעה: כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "החופר בור ברשות הרבים ונפל עליו שור והרגו, בעל השור פטור (דאיהו גרם ההפסד לנפשו בחפירתו, סמ"ע), ואם מת השור נוטל בעל השור דמי שורו מיורשי בעל הבור (ואוקימתות דב"ב הם אליבא דמאן דאמר מלוה על פה אינה גובה מן היורשים ואין הלכה כן, ה"ה)".

סימן תיא – תולדות הבור כגון אבנו סכיננו ומשאו שהזיקו

סעיף א

מי שהניח על אדן החלון סיר עם שמן, לאחר כמה שעות ירדו גשמים והסיר התמלא וגלש ונשפך על בגדי האנשים ברחוב וניזוקו בגופם, האם חייב השכן בנזקים וכו'?

ע"פ ג. ו. כח: כתב השו"ע "תולדות הבור, אבנו סכיננו ומשאו וכיוצא בהן שהניחם בר"ה והזיקו במקומם (משא"כ אם הזיקו דרך הליכתן או נפילתן מן הגג דה"ל תולדה דאש דמזיק דרך הילוכו לניזק העומד במקומו וכסימן תי"ח, סמ"ע) בין הפקירן או לא הפקירן (דאי אפקרינהו בין לרב בין לשמואל היינו בור ואי לא אפקרינהו לשמואל הוא נמי בור ולרב הוא שור והלכה כשמואל), או שהניחם בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו במקומם אחר שנחו, שדומה לבור ממנו שמזיק במקום שמונח שם, לפיכך יש לו כל דיני בור לחייב נזק שלם מתחלתו על מיתת בהמה או הזיקה ועל נזקי אדם (כרא"ש), בין נתקל באבן והוזק באבן בין נתקל בקרקע והוזק באבן, אבל אם נתקל באבן והוזק בקרקע, פטור {ופטור} בו ממיתת אדם ונזקי כלים (דקרקע עולם הזיקתו ודומיא לסימן תי"ח כה בנתקל בבור ונפל אחורי הבור והוזק, סמ"ע), וכן אם הניחם ברשותו והפקיר רשותו ולא הפקירם, ונתקל בקרקע וניזק בתקלה זו והוזק, חייב בעל התקלה (ואילו הפקירם גם כן היה פטור וכסימן תי"ז בחופר בור ברשותו ואח"כ הפקיר בור ורשותו דסביבו, סמ"ע)".

כאמור פסק המחבר כרא"ש דיש לאסו"מ כל דין בור, וז"ל הרא"ש (א,א) "ויש מן הגדולים שכתבו דלא מחייב אלא מה שחייב בשניהם ופטירי מנזקי כלים וממיתת אדם כמו בור ומטמון כמו באש דכיון דאתו במה הצד יהבינן להו הקל שבשניהם ויש שנסתפקו בדבר ולי נראה דכל דין בור יש להם.. דעיקר תלמודא הוא מבור לחודיה דבור גמור הם אבנו וסכיננו ומשאו לבתר דניחי בין אפקרינהו בין לא אפקרינהו לשמואל דאמר כולו מבור למדנו".

לגבי הנידון בשאלה לעיל, הנה יש לומר שגשם הוא כרוח מצויה, ויש לחלק באיזה אופן ניזוקו האנשים, דאם בדרך השפיכה הוא אש (ו. "אי בהדי דקא אזלי קא מזקי היינו אש") וחייב גם על מטלטלין, ואם ניזוקו רק לאחר שנח והוא כאסו"מ בראש גגו והזיקו במקום שנחו דהו בור ופטור על מטלטלין, אך יש להוסיף לדון לפמ"ש"כ התוס' (ו. 'היינו בור') גבי הזיקו כותל ואילן בנפילתן שמדובר באופן שהזיקו בשעת נפילה בדרך הליכתם ואעפ"כ אמרה הגמרא שיש לחייב בהם מדין בור ואף שבור אינו הולך ומזיק ואלו הולכים ומזיקים ניתן ללמדם יפה מבור שהרי הם חמורים מבור והזיקם עדיף שהולכים ומזיקים, ומה שלא נקטה הגמ' דהוי אש ביאר הרא"ש (ראה לקמן תטז/א) כיון שהאש כח אחר מעורב בו ובלא אותו הכח לא היה הולך ומזיק משא"כ אלו נופלים מעצמם מחמת שהם רעועים בלא כח אחר יש לדמותם יותר לבור מלאש, וא"כ בנידון זה דסיר על אדן חלון שמא נחשבו רעוע ונדמהו לכותל

ואם כן דינו כבור אף אם הזיק בשעת הנפילה פטור על המטלטלין. עוד יש לדון דיש בזה מעט גרמא, דכאן התמלא ואז נשפך ולא שהניח את החפץ המסכן אחרים במקום המועד לפורענות ויש אם כן לעיין מדיני גרמא, ואולי הו' דומיא דכורה דסימן תי/לא דפטור משום גרמא, ועיין במשכנות ישראל גרוסמן (הוזכר בפסקי המשפט) שהסתפק בכלי שהונח על סולם ונפל והזיק לחפץ בבית אי הו' דינו כאש כאסו"מ או כיוון דבאסו"מ כח אחר מעורב בו ומשא"כ בכלי על סולם שאין דבר אחר מעורב בו ויש לחייב מדין בור, והקה"י בתשובתו אליו כתב דהוי אש דאיבוד שיווי המשקל של הכלי היתה סיבה לזה כרוח וכד', ועוד הסתפק שמא הו' פשיעה גמורה וחייב מדינא דגרמי ולא דווקא מחיוב ממונו (אך שם עיקר הפשיעה משום שבעל המלאכה הניח בשטח בעל הבית). עוד יש לציין לפת"ש בסימן תיח/ט שחייב בשתה טובאק על עגלה בזמן שישנה רוח שאינה מצויה ואף שלא נפח בו כלל.

סעיף ב

ע"פ כז. פסק השו"ע "ואם נפלו ברוח שאינה מצויה והזיקו בשעת נפילה, או אפילו אחר נפילה כל זמן שלא היה לו פנאי לסלקם פטור (תוס' -) אבל לאחר מכאן חייב (דכבר אינו אנוס), ואי אפקרינהו פטור אפילו לאחר מכאן (כרבנן במפקיר נזקיו אחר נפילת אונס)".

סעיפים ג - ו

ע"פ הרא"ש (א,א) על ו. פסק בשו"ע (ג) אם הניח ברה"ה ולא הזיקו במקומם, אלא נתגלגלו למקום אחר על ידי רגלי אדם או רגלי בהמה, אם הזיקו דרך הלוכך על ידי רגלי אדם חייב המגלגל הכל, שהוא פושע בהזיק זה ובעל התקלה פטור (אע"ג דבדף כ"ז אמרינן דאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים היינו לענין זה שאם שבר כלי שהיה מונח לפניו בלא התבוננות פטור אבל כולי האי אין לו להשתגע בהליכתו שיתזיז הכלי ממקומו ויזיק דרך הליכתו ופושע הוא בהזיק זה ובעל התקלה פטור) (ד) אם גלגלם רגלי בהמה והזיקו בהילוכם חייב בעל הבהמה החצי, ובעל התקלה החצי (דומיא לדליל וגחלת בתחילת פרק ב' ושאני מהסעי' הקודם דהכא לאו בני דעה נינהו) (ה) אם התיזה הבהמה והזיקה דרך הלוכה משלם בעל הבהמה רביע ובעל התקלה שלשה חלקים (דהתיז צרורות לבדו אינו משלם אלא חצי נזק וכאן דיש שותף עמו בחיוב הזיקו אין עליו חוב אלא חצי דמי חיובו דהיינו רביעית, והמותר על בעל התקלה מדרי' נתן). (ו) אם לאחר שנחו מגלגולם הזיקו הוה ליה בור וחייב בעל התקלה הכל (כסעי' א').

כתב הש"ך (א) על הנאמר בסעי' ד' בגלגלם רגלי בהמה וכו' דמשלמי חצי חצי דצ"ל דגילגלו ברשות הניזק דאי ברה"ה פטורה, דהא הו' תולדה דרגל, ואין לומר דהו' משונה והו' תולדה דקרן דא"כ לא ישלם אלא רביע כמו בהתיזה בסעי' ה', ודוחק לומר דבמועד איירי כאן.

סעיף ז

ע"פ מימרא דרבא מח. פסק בשו"ע "הכניס שורו לחצר חבירו שלא ברשות והטיל בו גללים וטנפו כליו של בעל החצר, פטור בעל השור, דהוה ליה הנך גללים בור, ובור פטור בכלים, כמו שנתבאר בסימן שקודם זה (סעי' כא)".

סימן תיב - המניח הכד ברשות הרבים ונתקל בו אחר או טעון כד ונתקל ונשבר והשוּפך מים לרשות הרבים והזיקו

סעיף א

ע"פ מסקנת הגמ' בכז. (אמאי פטור לימא ליה איבעי לך עיוני ומיזל אמרי בבי רב משמיה דרב בממלא רשות הרבים כולה חביות ושמואל אמר באפילה שנוי ולמסקנה אמרינן 'לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים') פסק בשו"ע "המניח את הכד ברשות הרבים, ובא אחר ונתקל בו ושברו, פטור, שאין דרך בני אדם להתבונן בדרכים, ואם הוזק בו, בעל הכד חייב (כר' יוחנן בכט: -) ואפילו הפקיר הכד שכל המפקיר נזקיו בדבר שאין לו רשות לעשות מתחלה, חייב".

סעיף ב

ע"פ עובדא בפומבדיתא דחייב רבא בכז: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הניח הכד במקום שיש לו רשות להניחו כמו במקום פנוי שלפני בית הבד ובא אחר ונתקל בו ושברו, חייב. ואם הוזק בו המהלך, בעל הכד פטור, מפני שהיה לו להסתכל (במקום השכיח כנ"ל). ואם היתה אפילה, או שמילא כל הדרך כדי (אך אפשר לסובב מהצד, סמ"ע, דלקמן איירי בממלא לגמרי), פטור על שבירתם (רע"א: דעת רש"ל לחייב באפילה), ואם נתקל בה והוזק בעל הכד חייב (ה"ה: אע"ג דלא קיי"ל כשמואל דסבר דדרכן של בני אדם להתבונן בדרכים כשאנו אפילה מ"מ מיניה נשמע לדין להיכא דהניח הכד במקום שיש לו רשות להניחו שם שאם הוא אפילה אין דרך בני אדם להתבונן בו וחזר דינו כדין מקום שאין לו רשות להניחו שם), וכן כל כיוצא בזה. (מימרא דרב זביד -) ואם מילא כל הדרך כדי שאי אפשר לעבור אפילו שברו בידים פטור, ומיהו אם בשעה ששיברם הוזק בחרסיה, פטור, אף על פי שזה מילא כל הדרך, דאיהו דאזיק אנפשיה".

סעיף ג

כתב הרא"ש ע"פ נד: (ישור והוא פקח פטור מאי טעמא דבעי ליה עיוני ומיזל' דכיון שענינו למטה ואיבעי ליה לעיוני טפי מאדם) וכ"פ בשו"ע "ודוקא אדם אין דרכו להסתכל בדרכים, אבל בהמה שענינה למטה, דרכה לעיין אנה תלך, לפיכך אם נתקלה והוזקה בכד המונח בר"ה, פטור בעל הכד, ואם שברתו דרך הילוכה, הוה רגל ופטור (ברה"ר), דרך ביעוט הוה ליה קרן וחייב (חצי נזק כדין קרן, סמ"ע)".

סעיף ד

ע"פ משנה כח. ומסקנת הגמ' (אמר אביי בתרתי פליגי, פליגי בשעת נפילה דר"מ סבר נתקל פושע הוא ורבנן סברי לאו פושע הוא, ופליגי באחר נפילה במפקיר נזקיו דר"מ סבר מפקיר נזקיו חייב ורבנן סברי מפקיר נזקיו פטור ואם נתכוון לזכות בחרסיה חייב, והיינו דקאמר רבי יהודה במשנה במתכוין חייב ובשאינו מתכוין פטור) ופסיקת הפוסקים כרבי יהודה דהיינו חכמים דברייתא, פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "מי שהיה טעון כד ונתקל ונשבר הכד והזיק לאחרים בשעת נפילה, פטור, דנתקל לאו פושע הוא, לפיכך אם לאחר שנחו שברי הכד בארץ הוזק בהם אדם או שהוחלק במים שנשפכו מהכד, פטור מדיני אדם, דה"ל מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס (דמסתמא אדם מפקיר החרסים מן הכלי שנשבר לו בדרך והמים שנשפכו ממנו לארץ, סמ"ע), וחייב בדיני שמים אם היה לו פנאי לסלקם, ואם נתכוון לזכות בשברי החרס, חייב בנזקין שיזיקו אחר כך, דהשתא הוה ליה בור ופטור בהם על הכלים, ואם פשע בנפילתו ונשבר הכד, חייב על מה שיזיק, בין בשעת נפילה בין על אחר שנחו השברים, אפילו דאפקרינהו (דה"ל מפקיר נזקיו אחר שהונחו במקום שלא היה להן רשות להניח, כגון זה שפשע בנפילתו, סמ"ע)".

כתב הסמ"ע (ו) דהרי"ף רמב"ם וטוש"ע לא חילקו בין נתקל במקום מדרון לבמקום שאינו מדרון, ואכן בריש סימן ש"ד חילק הטור וכתב דאם נתקל במקום מדרון לא הוי פושע וכן פסק בקיצור פסקי הרא"ש, אבל הרא"ש ג"כ לא הזכיר חילוק בין מקום מדרון לאינו מקום מדרון.

סעיף ה

ע"פ כח: וכשמואל (וכל אלו נזקי בור דפטור בכלים) פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "השופך מים בר"ה ונטנפו בהם כליו של חבירו פטור, דהוה ליה בור ופטר בו את הכלים, בין הפקירם בין לא הפקירם, אבל אם הוחלק בהם אדם ונפל לארץ והוזק חייב (כשמואל נ' ע"ב דאמר בור שחייבה עליו התורה להבלו וכל שכן לחבטו שם, ודלא כאוקימתא דרב בדף ל') (מיירי בנפל לארץ שבו המים נשפכו דה"ל כקרקעית הבור, דאל"כ קשה מאי שנא מנתקל בבור ונפל אחורי הבור דפטור, סמ"ע ע"פ תוס'), וכל שכן אם נבלעו המים בארץ ונעשו רפש וטיט והזיקו (דבזה גם לרב חייב), דהשתא ה"ל בור ממש (סמ"ע: דווקא 'הזיקו' הא אם מת מזה השור פטור כיון דאין כאן הבל וגם ליתא כאן חבטה דעומק עשרה טפחים), אפילו אם הוא בימות הגשמים שיש רשות לכל אדם לפתוח ביב שלו להיות מקלח בר"ה, אפילו הכי אם הזיק חייב לשלם, וכל שכן בימות החמה, דחייב כיון שהוא שלא ברשות, שאין לאדם רשות לפתוח לרשות הרבים בימות החמה".

סימן תיג – דין הקדרים שהולכין זה אחר זה ונתקלו ונפלו

סעיף א

משנה לא. "שני קדרין שהיו מהלכין זה אחר זה ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון הראשון חייב בנזקו של שני" ובגמ' "אמר רבי יוחנן לא תימא מתניתין רבי מאיר היא דאמר נתקל פושע הוא 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", ופסקו הרי"ף והרמב"ם כרבי יוחנן והרא"ש פסק כרב נחמן בר יצחק.

וז"ל השו"ע "שני קדרים שהיו מהלכים בדרך, זה אחר זה, ונתקל הראשון ונפל, ונתקל השני בראשון, אם היה לראשון לעמוד ולא עמד, חייב הראשון בנזקי שני, שאע"פ שהוא אנוס בשעת נפילה, אינו אנוס בהיותו מוטל לדרך, והרי הוא יכול לעמוד, ואם לא היה לו לעמוד, פטור ואע"פ שלא הזהיר לזה שנתקל בו, מפני שהוא טרוד בנפשו {והיי"א דחייב אם היה לו פנאי להזהירו ולא הזהיר (רא"ש)} בד"א שהוא חייב בנזקיו של שני, כשהוזק גופו של שני, אבל אם הוזקו כליו, פטור, שאינו חייב על הכלים בבור, וכל תקלה תולדות בור הוא (סמ"ע: כן ס"ל הרמב"ם והרא"ש ודלא כטור ברי"ף דגופו של ראשון שהיה יכול לעמוד ולא עמד מחשב כאדם המזיק בפשיעה, ופושע חייב אפילו על כלים), כמו שנתבאר (סימנים תי"א ותי"ב)".

כתב הסמ"ע (א) דהרא"ש ס"ל להשוות דין זה לדין אחד הולך בקורה והשני בא אחריה בחביתו ונשברה החבית בהקורה במשנה ל"ב דאם עמד בעל הקורה בדרך עם קורתו דחייב בעל הקורה בשבירת חביתו ומפרשה דמיירי אפילו בעמד לתקן משאו ולא אמרינן דהרי הוא טרוד במשאו מלהזהירו לבעל החבית, ודלא כרי"ף דמפרש למשנה דמיירי דוקא בעומד לנוח, וא"כ קשה על הטור והרמ"א שבסימן שע"ט סתמו כרי"ף דבעמד כדי לתקן משאו פטור על שבירת החבית וכאן כתבו הדברים בפלוגתא, וז"ל דסבירא להו דטרידת דבעל הקורה לתקן משאו היא גדולה יותר מאשר הוא טרוד הקדר והדומה לו שנפלו וס"ל שגם הרא"ש אפשר דמודה לפי המסקנא לחלק ביניהם ושהמשנה איירי דוקא בעומד לנוח.

כתב באה"ג לחלוק על הרמ"א (והב"י ברא"ש) דלא החליט הרא"ש לפסוק כרב נחמן אלא רק כתב "דלכאורה משמע דהלכה כרב נחמן", וכיון שגם האו"ז ומהרי"ח מסכימים לדעת הרי"ף והרמב"ם וגם הרא"ש לא החליט לפסוק כרב נחמן כדבריהם נקטינן וכ"ד הב"ח.

סעיף ב

לא. "ת"ש הקדרין והזגגין שהיו מהלכין זה אחר זה נתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון והשלישי בשני ראשון חייב בנזקי שני ושני חייב בנזקי שלישי... אמר רבא ראשון חייב בנזקי שני בין בנזקי גופו בין בנזקי ממונו שני חייב בנזקי שלישי בנזקי גופו אבל לא בנזקי ממונו. מיתיבי כולם חייבים על נזקי גופן ופטורים על נזקי ממונן... אלא אמר רבא ראשון חייב בין בנזקי גופו דשני בין בנזקי ממונו דשני ושני חייב בנזקי שלישי בנזקי גופו אבל לא בנזקי ממונו מ"ט דהוה ליה בור ולא מצינו בור שחייב בו את הכלים הניחא לשמואל דאמר כל תקלה בור הוא אלא לרב דאמר אי אפקריה אין אי לא לא מאי איכא למימר לעולם כדאמר מעיקרא ודקשיא לך כולן חייבין תרגמה רב אדא בר מניומי קמיה דרבינא שהוזקו כלים בכלים".

הרא"י רש"י תוס' ועוד האריכו בגירסת הגמרא הנכונה, בשקלא וטריא ובמסקנתה וכן האם התירוץ האחרון הוא גם לשמואל, וכן נחלקו הטור והב"י בהבנת שיטת הרי"ף (וראה גם בגר"א שהאריך בכל השיטות), ובשו"ע פסק ברמב"ם "הקדרים והזגגים וכיוצא בהם שהיו מהלכים זה אחר זה, ונתקל הראשון ונפל, ונתקל השני בראשון, והשלישי בשני, וכל אחד מהם יש לו לעמוד ולא עמד (סמ"ע: ליי"א דסע' א' ברמ"א אף אם לא היה יכול לעמוד רק שהיה יכול להזהיר להבא אחריו ולא הזהיר), הראשון חייב בנזקי גופו של שני, בין שהוזק בגופו של ראשון המוטל לארץ בין שהוזק במשאו {ויש חולקין (רא"ש)} וסבירא להו דאם הוזק במשאו אפילו גופו של שני פטור (כיון דקיי"ל דנתקל לאו פשיעה הוא, דיינו אם ניתן על גופו תורת בור ולא על משאו, סמ"ע)} והשני חייב בנזקי גופו של שלישי אם הוזק בגופו של שני אבל אם הוזק במשאו של שני שנפל, פטור, שהרי אומר לו השני בור זה שהוא משאו אין אני הכורה אותו שהרי הראשון הפיל השני עם משאו, ואם הזהירו זה את זה כולם פטורין".

סעיף ג

שנינו בלא: על הברייתא "ואם מחמת הראשון נפלו הראשון חייב בנזקי כולם מחמת ראשון" – "היכי נפיל רב פפא אמר דפסקא לאורחא כשלדא רב זביד אמר כחוטרא דסמיותא" ופירש רש"י "כשלדא. כנבלה המושלכת למעבר הדרך ברחבו וממלאה את כל הדרך. כחוטרא דסמיותא. כמקל של סומא שמגשש בו שפעמים שמושיטו לרוחב הדרך ומגשש", וכתבו התוס' "כחוטרא דסמיותא ארב פפא פליג וסבירא ליה לרב זביד דכי פסקא לאורחא כשלדא לא היה ראשון חייב בנזקי שלישי שהיה לו לזהר כשראה השני שנפל אבל כחוטרא דסמיותא דהוי באלכסון כשנתקל הראשון בראש החוטרא אותו שבא אחר כך ונתקל בסוף החוטרא לא ראהו".

כתב הרא"ש "דצ"ע כמאן הלכתא ומתוך רב אלפס משמע דלא פליגי" שכתב הרי"ף "מחמת ראשון היכי נפיל דשדי כשלדא אי נמי כחוטרא דסמיותא כלומר שנפל לרוחב הדרך ונתקל בו אחד מכלפי ראשו ואחד מכלפי גופו ואחד במרגלותיו" וכתב הב"י דכן דעת הרמב"ם וז"ל בשו"ע כדבריו "נפל הראשון והיה מוטל לרוחב הדרך, ונתקל אחד בראשו ואחד ברגלו ואחד בבטנו, הרי הוא חייב בנזקי כולם הואיל והיה לו לעמוד ולא עמד" והרמ"א כטור וי"א דדוקא אם מונח הראשון באלכסון – וביאר הב"י שתפס כשיטת התוס' דס"ל דפליגי והוא מסתפק הלכתא כמאן נקטינן לקולא ולא מחייבין ליה אלא כשהוא באלכסון.

סימן תיד – אימתי אדם רשאי להוציא זבלים לרשות הרבים

סעיפים א – ב

ע"פ משנה ל. פסק בשו"ע (א) לא יוציא אדם תבנו וקשו לרשות הרבים כדי שידושו ויעשו זבל ואם הוציאם, קנסוהו חכמים שיהיו כהפקר (כרב בין גופן בין בשבחן, כלומר קנסו גופו של תבן לעשותו כהפקר משום שבחו, כדי שלא יעברו ויוציאו לרשות הרבים להשביחו לעשות ממנו זבל) וכל הקודם בהם זכה מעת שנידושו והשביחו {מיהו י"א (ר"י) דאין מורין לו לכתחלה להחזיק רק בשבח אבל לא בגופו (כרב הונא) (טור ע"פ הגמ' -) ואם התרו בבעלים ולא סלקו, מפקירין אותו לכל} ואם קדם אדם וזכה בהם משעת הוצאה לרשות הרבים (בעיא שם ולא נפשטא) אין מוציאין מידו (רמב"ם לשיטתו בכל ספיקא דדינא אי תפס) {וי"א (ר"י) דלא מהני תפיסה וע"ל סימן שפ"ח} (במשנה -) ואף על פי שהם כהפקר, אם הוזק בהם אדם או בהמה, הרי זה המוציא חייב לשלם. (ב) (כלשון הרמב"ם ע"פ ברייתא שם ומשנה ק"ח: וכרבי יהודה שבשעת הוצאות הזבלים מותר להוציא לר"ה אך דלא כותיה בניזקין דאנן קי"ל דחייב -) יש לכל אדם להוציא את הזבל (דזבל אינו מזיק כמו קש שהוא מחליק וגם הוא ארוך ונופלים על ידו בקל) והגללים לרשות הרבים בשעת הוצאת זבלים {אבל שלא בשעת הוצאת זבלים אסור להוציאם כדי להניחם שם, אבל מוציאם כדי לפנותו לאלתר (מרדכי בשם מהר"ם -) וכל שכן מים נקיים ושופכין שלו שאין שוהין ומתעכבין ברשות הרבים, שמותר לשפכן אפילו בימות החמה, ואפילו מים סרוחין, כל שדעתו לפנותו לאלתר, ואפילו מתקן בור פחות משלשה טפחים אין בני רשות הרבים יכולים לעכב} (רמב"ם ע"פ הגמ' -) ולצבור אותם שם שלשים יום, כדי שיהיה נשוף ברגלי אדם (דעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ לישראל שלא יקפידו בזה על זה, ודלא כר"י) ואעפ"כ אם הזיק חייב לשלם (סמ"ע: שיהושע לא התנה שיהיה פטור מתשלומי היזקו, ואעפ"כ צריכין לתנאי דיהושע דאל"כ היו מוחין, דלא ניחא ליה לאדם שיהא ניזק בשלו ואח"כ ישתלם הזיקו וגם יצטרך לירד עמו בדינא ודיינא, ולא כלבוש שיהושע לא התנה אלא ע"מ שיהא כל אחד משמר את זבלו, וזה ודאי אינו אלא אף אם אינו משמרו רק שיהא צריך לשלם היזקו), וחייבים על זה הגלל משום גזל, כיון שאין בו שבח אם נדוש, לא קנסו בו {וי"א (טור) ע"פ זעירי בגמ' -) דלאחר שהוזק כל הקודם בהם זכה}.

סימן תטז - הגודר גדרו בקוצים והזק בהם והמצניע קוצים בכותל חבירו

סעיפים א - ג

ע"פ משנה ל. וגמ' פסק בשו"ע (א) המצניע את הקוץ ואת הזכוכית והגודר גדרו בקוצים והפריחו לרשות הרבים והזק בהם אחר חייב נזק שלם, ואם גדר בקוצים בצמצום בתוך רשותו פטור, לפי שאין דרך בני אדם להתחכך בכותלים. (ב) המצניע קוציו וזכוכיותיו בתוך כותלו של חבירו, ובא בעל הכותל וסתר כותלו ונפל לרשות הרבים והזיק, אם כותל רעוע הוא, המצניע חייב, ואם כותל בריא הוא בעל הכותל חייב {ואם הזיקו בשעת נפילה י"א (טור) דבעל כותל חייב בכל ענין (סמ"ע): אפילו הכותל רעוע דכיון דסותרו בידים הו"ל כאדם הנוטל זכוכיתו של חבירו ומזיק בו לאחר דמזיק חייב ומה"ט דוקא אם סתר הכותל בידים הא נפל מאליו והיה רעוע המצניע חייב וכדמסיק (באה"ג): כתב הב"י דהטור למדו מהרא"ש, אך ברא"ש הוא בהיפך, אלא שכך כתב בני"י דבכותל רעוע חייב בעל הכותל שסותרו והביא ראיה דלא גרע מהיתה אבן בחיקו אע"ג דלא הכיר בה מעולם ומה שהשמיטו המחבר משום דלא דמיא להדדי דהתם ליכא למשתלם מאינש אחרינא אבל הכא דאיכא המצניע משתלם מהמצניע (נ"י -) ואם נפלה הכותל מאליו, אם היה בריא פטורים, ואם היה רעוע המצניע חייב, ואם סתרו אינש דעלמא, הסותר חייב והמצניע פטור ועיין לעיל סימן שצ"ו { (ג) מדת חסידות הוא שיצניע אדם קוציו ושאר כל דבר המזיק במקום שלא יבא מהם תקלה, כגון שישליכם לנהר או ישרפם".

סימן תטז - הכותל והאילן שהיו רעועים ונפלו והזיקו

סעיף א

משנה קיז: (הובאה גם בו:) "הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו פטורים מלשלם נתנו לו זמן לסתור את הכותל ולקוץ את האילן ונפלו בתוך הזמן פטור לאחר הזמן חייב".

כתב הרא"ש (הובא בב"י וסמ"ע) "כותל ואילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו או שהזהירו בית דין לסתור את הכותל ולקוץ את האילן ונתנו לו זמן ונפלו בתוך הזמן והזיקו בשעת נפילה או אחר נפילה קודם שנודע לבעלים שנפלו או נודע להם ולא היה להם פנאי לסלק והפקירום ולא סילקום פטורים דהוה ליה מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דאמרין בפרק המניח (כט:) דפטור, ואם נפלו לאחר הזמן והזיקו אחר הנפילה בין אפקרינהו בין לא אפקרינהו בור גמור הוי ואין זה מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דפושע הוי במה שלא קצצו תוך הזמן, ואם הזיקו בשעת נפילה נסתפקו בתוס' אם יש להם דין אש או דין בור ונראה דיש להם דין בור - ולא דמי (ו.) לאבנו וסכינו ומשאו שהניחו בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דרך הילוכן (דהו"א) דהנך נעשו בור על ידי כח אחרים אבל כותל ואילן מחמת ריעותא נפלו מעצמן כי ראו שלא היו יכולים לעמוד יותר והזהירו בית דין הבעלים להפילן ואי משום דהולכים ומזיקין מה שאין כן בבור לא גריעי מחמת זה וכל שכן דיש לחייבו יותר מידי דהוה אקושר אבן ברגלי בהמתו והלכה לרשות הרבים והזיקה ואי משום דאין תחילת עשייתן לנזק שור יוכיח".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים פטור מלשלם ואע"פ (ראה לקמן) שהפקירם לפי שאינם דומים לבור שהרי אין תחלתו להזיק {ויש אומרים דאם היה לו פנאי לסלקן ולא הפקירן, חייב (רא"ש, וכתב ה"ה דכן דעת הרמב"ם)} ואם היו רעועין, ב"ד קובעים לו זמן ודווקא שהתרו בו בית דין {אבל בלא ב"ד אע"פ שהתרו בו חביריו אינו כלום מיהו אם חפר בכותל וגרם להפילו, חייב בנזקין דהוה ליה חציו ממש (רשב"א)} לקוץ את האילן ולסתור את הכותל. וכמה הזמן ל' יום (באה"ג): כתבו התוס' דלנזיקין שבשעה קלה יכול להסיר משם אין נותנים לו זמן ב"ד כדאמרין גבי נשברה כדו בסימן תיב/ד {ואם הדבר נחוץ ויש לחוש שיזיק לאחרים אין נותנין לו זמן רק כופין אותו לסלק היזיקו מיד (ריטב"א)}. נפלו בתוך הזמן והזיקו פטור, לאחר הזמן חייב, מפני שהשהה אותם {וכל זה כשבנאה מתחלה כראוי, אבל אם לא בנאה כראוי ומחמת זה נפל הכותל, חייב בנזקו (רי"ו ועוד)}".

על לשון המחבר ברישא 'ואע"פ שהפקירם' כתב הסמ"ע¹ דלכאורה נראה להגיה 'שלא הפקירם' דכיון שהן מונחין ברשות הרבים והן שלו עדיין שלא הפקירן והזיקו, יש סברא להשתלם ממנו טפי משהפקירן

והזיקו, ² ואילו לפי הגירסא שלפנינו צריך לומר דה"ק אע"פ שהפקירן ויש רשות לכל אדם לעבור דרך עליו ויזוקו בו, אפ"ה פטור, ובבאה"ג כתב דכן הקשה הרב המגיד דלשון 'ואע"פ' קשה להולמו שהרי יש יותר לחייבו כשלא הפקירם, ופירוש הסמ"ע (1) לא ייתכן משום שהרב המגיד פירש שהרמב"ם איירי כשהזיקו בשעת נפילה ואז לא שייך לומר הפקירם או לא, וגם פירושו השני קשה, וכתב דמקומם של ב' תיבות הללו בסוף הסעי' "מפני שהשהה אותם אע"פ שהפקירם" ואתא לאשמועינן דאע"ג דקיימא לן המפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס פטור הכא חייב כיון שעבר על זמן ב"ד.

סימן תיז – כל דבר המזיק אין מוציאין אותו לרשות הרבים

סעיף א

ע"פ משנה ב"ב ס. ובריינתא ב"ק נ. וכת"ק פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "לא יסקל אדם מרשותו לר"ה, ואין עושין חלל תחת רשות הרבים, ולא בורות ולא שיחין ולא מערות, ואע"פ שהעגלה יכולה להלך על גביהן והיא טעונה אבנים (דלא כרבי אליעזר), שמא תפתח מלמטה שלא מדעתו (סמ"ע): ולא סגי במה שמקבל עליו אחריות היזקן דהעוברים עליו, דניחא לבני אדם בשלהן ולא שיזיקו בשלהן ולקבל עליו תשלומין וחילופיהן, וגם לא ניחא להו לירד בדינא ודיינא וכסי' תי"ד). {וי"א (תשובת הרשב"א) דאע"ג דהכי דינא הוא מ"מ כבר נהגו לעשות ביבין ומרתפות תחת חלל ר"ה, וכן זיזין, וכולן מוחלן על כך מאחר שכן נהגו (סמ"ע): שהיום או מחר יצטרך גם הוא או בניו לעשות כן) ועוד שר"ה הם של מושלי העיר ולכל מה שנותנין רשות אזלינן בתריה ("שהדבר ידוע שהדרכים עם היותם מסורים לרבים, של אדוני הארץ הם, והם רשאים לסתום דרכים ולפתחן במקום אחר לפי שהדרכים שלהם הן, והרי זה ככונס לתוך שלו על דעת שיוציא זיזין ומחילות לכשירצה") ולפי ענין המנהג { (נ. -) והחופר בור לצורכי רבים מותר".

כתב הסמ"ע (א) דלפי הרמב"ם והמחבר שכתבו "וילא בורות" משמע דחלל ובורות תרתי דברים נינהו, דבורות מיירי שהן מגולין ועומדין שיכולין בני רשות הרבים לזוהר מהן ואפ"ה אסור, אבל במשנה מצינו בלי וא"ו וכן פירש רשב"ם דחדא הוא דקתני חלל והדר מפרש דהיינו בורות שיחין וכן משמע מדמסיק ותני עלייהו אע"פ שהעגלה יכולה לילך מוכח דמכוסות הן.

כתב בתשובת בית אפרים (פת"ש א) דאין להתיר ע"פ הרשב"א שהתיר זיזין וכן עשיית דלתות (בב"י ורמ"א) לבנות תחת הפיר לייבין (בליטה מהגג על פני הבית לצד הרחוב) שאסור, דיש לחלק בכמה אופנים א' הרשב"א סיים 'והרי זה ככונס לתוך שלו על דעת שיוציא זיזין ומחילות לכשירצה' והרי בזיזין מבואר בסעי' ב' דאע"ג דיכול להוציא אח"כ משום שכנס אבל אינו יכול להחזיר הכתלים למקומן מטעם מצר שהחזיקו בו רבים וע"כ לא מדמי לה הרשב"א אלא במחילות שאינו מקלקל דרך הרבים רק שעושה חלל תחת רשות הרבים. ב' אף הרשב"א והרמ"א לא קאמרי אלא לפי דחזינן דכבר נהגו י"ל דמסתמא ע"ד כן נמסר להן שיכולין לעשות זיזין ומחילות, משא"כ בגוונא דנידון דידן מאן לימא לן שנמסר ע"ד כן שיכול לגזול בני רה"ר לעשות לעצמו פיר לייבין. ג' אף אם המושל נתן על דעת כן אין זה מועיל רק לגבי בני רה"ר לפי שהדרכים של אדוני הארץ ורשות בידם להסב אותם אחרנית, אבל לגבי יחיד שהורע כחו ע"י זה שאי אפשר לבוא בתוך ביתו בריוח ע"י בנין זה, ודאי שלא נתן מתחילה על דעת כן שיגיע ע"י זה נזק לאחר, שהרי הוא מושל על כל העיר, בודאי דלא ניחא ליה לזכות לזה ע"מ לחוב לזה וא"כ אף שיהא נותן רשות עתה מ"מ אין זה דינא דמלכותא ולא מהני כמבואר בפוסקים. ד' נראה טעם הרשב"א דעד כאן לא אמרינן דהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו אלא כשנתן הדרך לחלוטין, משא"כ אם מתחילה התנה בפירוש שאין נותנו רק לזמן, א"כ אם מחזיקין בו אחר הזמן ה"ל כהחזיקו שלא ברשות, והלכך כיון דהוי של מושלי הארץ שיש להם רשות לבנות ולסגור מעיקרא ניתן לרבים על תנאי שאימת שירצו יחזירוהו, ולכך שפיר יכול לעשות מחילות וזיזין וגם לצוות להעמיד דלתות, דמעיקרא היה על תנאי שאם ירצה יסתום דרך הרבים שהולך למבוי, משא"כ בנידון דידן שזה היחיד גופיה העמיד בנין ופתח בית צואר המרתף לחוץ ונסב הגבול לצד פנים וא"כ מראין הדברים שהיה בדעתו להחליט לעולם ביד הרבים וא"כ הא קיי"ל בב"ב ס' כר' יוחנן דאמר אינו מחזיר.

סעיף ב

משנה ב"ב ס. "אין מוציאין זיזין וגזוזטראות לרה"ר אלא אם רצה כונס לתוך שלו ומוציא לקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות הרי זו בחזקתה", וז"ל השו"ע "אין מוציאין זיזין וגזוזטראות לרה"ר, אא"כ היו למעלה מגמל ורוכבו (ה"ה): נלמד מדין אילן דסע' ד לקמן), והוא שלא יאפיל הדרך על גבי ר"ה (וכן הוא ברשב"א), ואם רצה כונס לתוך שלו ומוציאו. כנס ולא הוציא, הרי זה מוציא כל זמן שירצה, אבל אינו יכול להחזיר הכתלים למקומם לעולם (כר' יוחנן ודלא כר"ל), שכל מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו {ודוקא במקום שרבים דורסים בו, אבל אם אין דורסים שם, כגון שבנה שם אצטבא, אע"ג דרבים מעבירים שם משאם, יכול להחזיר הכותל למקומו (רי"ו), תשובת חת"ס בפת"ש: דווקא בבונה אצטבא בידים דמראה לכל שרוצה לבטל בקיעת רבים והיינו מחאה דיליה, אבל באשתייר ממילא גפופין לא, דאלי"כ מה היה צריך לומר אי בנה אצטבא, לימא אי כנס בתוך שלו והשאיר גפופין}."

כתב הסמ"ע (ה) דמבואר ברי"ו וטור דבמבני שאינו מפולש יכול להוציאן מדעת בני המבוי משא"כ ברשות הרבים שאין לו בעלים, ואם הוא מפולש שרבים עוברים שם דינו כרשות הרבים שאסור, ותמה למה השמיט המחבר.

כתב בתשובת הב"ח (פת"ש ב) בנידון שאחד רצה להחזיר לעצמו מקום הכתלים מה שכנס והתיר בנידון דהתם מאחר דהבליטה אינה אלא ברוחב חצי קרקע ואין כאן קלקול מצר שהחזיקו בו רבים וצירף דעת התוס' ב"ב כ"ו והג"א דאפילו רב יהודה לא קאמר שמיצר שהחזיקו בו רבים דאסור לקלקלו אלא תוך ט"ז אמה וא"כ נידון דידן דאיכא רווחא טפי מששים אמה אין איסור בקלקולו אפילו היה שם קלקול גמור אלא דעל דבר זה בלבד אין לסמוך מאחר שכל שאר הפוסקים לא הזכירו חילוק זה, אלא שכיון שדבר זה ברור שאין כאן העברת דרך הרבים אע"פ שלפעמים היו מתאספים בני ר"ה ויושבים באצטבאות שתחת הבליטה או עומדין תחתיו אין זה מקלקל דרך הרבים דדוקא שדורסים בו בני רשות הרבים וכ"כ רי"ו, ומכ"ש נידון דידן שלא היה אפשר לבני רשות הרבים לדרוס כאן לקצר דרכם לפי שהבנין בקרן זוית סמוך לרשות הרבים מעכב עליהם, ועוד דאינו דומה כאן לשביל של כרמים שאינו נעשה אלא להילוך, דכיון שלא היו בני רשות הרבים דורסין כאן כדי לקצר דרכם אלא לפעמים כשהיה הטיט גדול ברשות הרבים או מתאספים שם לשעה מפני הגשמים עד יעברו ולפעמים יושבים תחת בליטה זו, בכל אלה לא קנו רבים בליטה זו.

סעיף ג

ע"פ משנה שם פסק בשו"ע "לקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות יוצאות לרה"ר זה בחזקתה (סמ"ע): דטוענין ללוקח ואומרים דשמא המוכר לו או אבותיו כונס לתוך שלו היו (גמ' -) ואם נפלה, חוזר ובונה אותה כשהיתה".

סעיף ד

ע"פ משנה ב"ב כז: פסק בשו"ע "אילן שהוא נוטה לרשות הרבים קוצץ כדי שיהא הגמל עובר ברוכבו (ב"מ קז: -) ומניחין מקום פנוי משתי שפתות הנהר כרוחב כתפי המלחים שיורדים שם ומושכים הספינה, וכל אילן הנמצא ברוחב זה קוצצין אותו מיד ואין מתירין בבעליו, שהרי מעכב מושכי הספינה".

סעיפים ה - ז

ע"פ משנה ב"מ קיח: פסק בשו"ע (ה) אין שורין טיט ברשות הרבים להשהותו זמן רב, ואין לובנים בו לבנים, אבל גובלים שם טיט לצורך בנין, אבל לא לעשות לבנים. (ו) הבונה בר"ה כשמכין האבנים צריך שלא ישהם שם אלא מביא ובונה מיד. (ז) וכולם שהזיקו חייבים לשלם נזק שלם."

סימן תיח – נזקי האש פטורו וחובו וטמון באש וכל דיניו

סעיף א

ב"ק ג: "תולדה דאש מאי ניהו אילימא אבנו וסכיננו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו היכי דמי אי בהדי דאזלי מזקי היינו אש מאי שנא אש דכח אחר מעורב בה וממונך ושמירתו עליך הני נמי כח אחר מעורב בהן וממונך ושמירתן עליך אלא תולדה דאש כאש כי קאמר רב פפא אתולדה דרגל", וז"ל השו"ע כלשון הטור "אש הוא אב דכתיב כי תצא אש ומצאה קוצים והוא ממונו שהולך למרחוק ומזיק ע"י הרוח שמוליכו, לפיכך כל הדומה לו, שהוא ממונו והולך ומזיק, הוא תולדתו ויש לו דין אש לפטור בו טמון".

סעיף ב

ע"פ משנה סא: וגמ' פסק בשו"ע "כתיב כי תצא אש, אפילו מעצמה, שהדליק בתוך שלו והלך ודלק בתוך של חברו. (משנה ס. -) אפילו לא שרפה אלא עציו ואבניו, או שליחה נירו, חייב לשלם הכל, אא"כ הרחיק כשיעור, אבל אם הרחיק כשיעור ויצא והזיק, פטור { וכל זה במדליק בתוך שלו אבל במדליק בתוך חברו אפילו עברה כמה מילין חייב (רא"ש, כיון שלא ברשות הדליק לא נתנו בו שיעור. דייק ממה שכתוב במשנה 'המדליק בתוך שלו', גר"א) }".

כתב הסמ"ע (ב) דלשון הטור 'או שליחה נירו שהוא דבר שאינו ראוי לו' דמש"כ 'שאינו ראוי לו' קאי גם אאבניו וגם אעציו אם הן בענין שאינם ראויים לו, וקמ"ל, דאע"ג דכתיב ביה לשון אכילה, ובהזיק שן נתבאר בסימן שצ"א דאם אכל דבר הראוי לו ודרכן בכך נתחייב עליו בעליו נזק שלם ואי לא חצי נזק, בכאן אפילו אינו ראוי לשרוף מתחייב עליו נזק שלם, וילפינן מיתורא דאו השדה דאפילו ליכחה נירו וה"ה נשרפו אבניו.

סעיפים ג – ה

ע"פ משנה סא: ונפסקה הלכה כר' שמעון וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "וכמה שיעור ההרחקה, הכל לפי (כרב נחמן בגמ' -) גובה הדליקה, ואם לא הרחיק כראוי, ועברה האש והזיקה, חייב לשלם נזק שלם. (ד) הרחיק כראוי, ועברה והזיקה, פטור, שזו מכה בידי שמים היא, וכן אם עברה נהר או שלולית שיש בהם מים, ורחבם שמנה אמות פטור (ב"י): מדלא הזכיר הרמב"ם אריתא דדלאי משמע דס"ל דרב ושמואל בנהר דרוחב שמונה כדקתני בברייתא פליגי דלרב אפילו לית ביה מיא מפסיק ולשמואל לא מפסיק אלא בדאית ביה מיא ולא קרי ליה אריתא דדלאי אלא למימר דאית ביה מיא ומכל מקום בעינן שיהא רוחב שמונה אמות ופסק כשמואל דהלכתא כוותיה בדינן) { וי"א (רא"ש) דאם הנהר רחב שמונה אמות, אפילו אין בו מים והיאור אפילו כל שהוא ויש בו מים פטור (ש"ך): רש"ל פסק כרמב"ם ואין כדאים דבריו לדחות דעת הרא"ש והטור) } עברה גדר אומדים גובה הגדר וגובה הדליקה והעצים והקוצים המצויים שם, אם אינה ראויה לעבור פטור, ואם ראויה לעבור חייב (באה"ג): מבריייתא דעברה גדר גבוה ד"א חייב ואע"ג דשנינהו בגמ' תנא דידן קא חשיב מלמעלה למטה וכו' הוא אליבא דת"ק אבל אנן דקי"ל כר"ש דאמר הכל לפי גובה הדליקה הבריייתא כפשטה כשהדליקה גבוהה. (ה) בד"א באש הקודחת (סמ"ע בשם הטור): וכל זה לא איירי אלא כשמתמרת ועולה למעלה אבל אם נסרכה לצידה ועצים מצויים לה אין לה שיעור, אבל אם היה להב גדול העולה ונכפף מגובה עליית הלהב, והיו עצים מצויים שם, אין לה אומד אלא אפילו עברה אלף אמה, חייב (ב"י וגר"א): משמע דקאי בסע' ה' אדסמ"ך בסע' ד' כלומר אגובה וכן משמע ממש"כ בסע' ב' דאם הרחיק כשיעור פטור ולא חילק, אבל התוס' ורא"ש בב"י ס"ל כתבו ג"כ ארוחב דבריייתא דקאמר אפילו מאה מיל, ושיטת הרי"ף שלא הביא כל זה ס"ל דאין חילוק כלל בין קולחת לנכפפת דקי"ל כרבי שמעון גבי הכל)".

סעיף ו

ע"פ כג. פסק בשו"ע "נפלה דליקה בחצרו ונפל גדר שלא מחמת הדליקה, ועברה הדליקה בחצר אחרת, אם היה יכול לגדור הגדר שנפל ולא גדרו חייב, למה הדבר דומה לשורו שיצא והזיק שהיה לו לשומר ולא שמרו".

סעיפים ז – ח

ע"פ **משנה נט**: וז"ל יוחנן בגמ' פסק בשו"ע "השולח את הבעירה ביד חרש שוטה וקטן, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, במה דברים אמורים, כשמסר להם גחלת וליבוה שדרך הגחלת להכבות מאליה קודם שתעבור ותדליק, אבל אם מסר להם שלהבת חייב, שהרי מעשיו גרמו. (ח) שלח הבעירה ביד הפקח שהבעיר, חייב לשלם והשולח פטור. (רמב"ם -) וכן אם הניח שומר לשמור הבעירה, השומר חייב (ה"ה): למד מדין שאר המזיקין השומרים נכנסים תחת הבעלים כמבואר בסי' שצ"ו ות"י".

כתב הפת"ש (א) בשם תשובת בית שמואל אחרון שכתב עמשי"כ הש"ך בסימן ל"ב דהא דלא קתני דהשולח חייב בדיני שמים כיון דפקח משלם תו לא שייך דיני שמים על המשלח וכ"כ הריטב"א, דלכ' אכתי קשה אמאי לא תני דהמשלח חייב בדיני שמים אם אין לפקח לשלם או שהוא אלם ואינו רוצה לשלם ואפשר ד"ל דאף דמי דגורם הפסד לחבירו חייב לצאת ידי שמים זהו אם גורם היזק ודאי לחבירו, אבל הכא לא גרם לו היזק בבירור דהא הפקח חייב לשלם, רק אח"כ נתגלגל שהפקח אין לו לשלם או שהוא אלם, ובשעת היזק לא גרם לו היזק בבירור, לכן פטור לשלם אף בדיני שמים, והסתפק באחד שאמר לחבירו לעשות היזק לאחר באופן שהשליח פטור מדיני אדם וחייב לצאת ידי שמים, אם המשלח חייב לצאת ידי שמים דכיון דשליח פטור מדיני אדם הוי ברי היזקא וחייב המשלח לצאת ידי שמים או דילמא כיון דשליח חייב לצאת ידי שמים הוי לא ברי היזקא.

סעיף ט

ע"פ **משנה שם** פסק בשו"ע "אחד הביא את האור וא' הביא את העצים, המביא את העצים חייב, אחד הביא את העצים ואחד הביא את האור, המביא את האור חייב, בא אחר וליבה, המלבה חייב. ליבתו רוח (ירו' ופוסקים -) שאינה מצויה תמיד (ה"ה וסמ"ע ע"פ הירו' ופוסקים: ר"ל שאין העולם מתנהג בה תמיד אלא לפעמים אף על פי שהוא בא בעיתים הרבה ואצ"ל רוח סערה שאינה נושבת אלא לעיתים רחוקות) הרי כולם פטורים {ואם הרוח מצויה האחרון חייב, וכן אם היה הרוח שאינה מצויה ומנשב בשעה שבא האחרון לשם (פת"ש: וה"ה דשתה טובאק על עגלה בזמן שישנה רוח שאינה מצויה ואף שלא נפח בו כלל) האחרון חייב (ה"ה)}".

[מה הדין בליבה אדם אש יחד עם רוח שליבתה והזיקה האש?]

ס. "תנו רבנן ליבה וליבתו הרוח אם יש בליבויו כדי ללבותה חייב ואם לאו פטור. אמאי (פטור) ליהוי כזורה ורוח מסייעתו, אמר אביי הכא במאי עסקין כגון שליבה מצד אחד ולבתו הרוח מצד אחר רבא אמר כגון שליבה ברוח מצויה ולבתו הרוח ברוח שאינה מצויה ר' זירא אמר כגון דצמרה צמורי רב אשי אמר כי אמרינן זורה ורוח מסייעתו ה"מ לענין שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה אבל הכא גרמא בעלמא הוא וגרמא בנזקין פטור".

כתב הרמב"ם (יד, ז) "ליבה וליבתו הרוח חייב שהרי הוא גרם וכל הגורם להזיק משלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כשאר כל המזיקין" והשיגו הראב"ד "ואיך לא הפליג כמו שמפליג בברייתא אם יש בלבויו כדי ללבותה חייב ואם לאו פטור", וכתב ה"ה "והייתי סבור לתרץ שדעת רבינו לפסוק כאחת מהאוקימתות.. דאביי ורבא ורבי זירא דלכולהו דברי רבינו קיימים.. ולפי אוקימתות אלו דברי רבינו כפשטן קיימין ויפסוק רבינו דלא כרב אשי דאמר התם דגרמא בנזקין הוא ופטור בכל גוונא אלא שקשה לי שרבינו עצמו פסק בפרק י"א מהלכות שכנים כאוקימתא דרב אשי וצ"ע", והב"י כתב שדברי ה"ה נכונים ואין קושיה מהלכות שכנים שכתב "מי שעשה גורן בתוך שלו וכו' צריך להרחיק וכו' אע"פ שהוא חייב להרחיק כל כך אם הוליד הרוח המצויה המוץ ואת העפר והזיקה בהן פטור מלשלם שהרוח הוא שסייע אותו ואין נזק זה בא מכח מזיק עצמו" דמבואר בדבריו שטעם הפטור הוא מפני שאין נזק זה בא מכח מזיק עצמו אבל בנזק דידן שהנזק בא מחמת מזיק עצמו שהוא מלבה נקטינן כאינך אמוראי כולוהו דאמרי חייב.

וז"ל השו"ע כרמב"ם שלא חילק כברייתא "ליבה וליבתו הרוח חייב", ואילו הרמ"א פסק כראב"ד והרא"ש שהלך בשיטתו וכרב אשי "וי"א דאין המלבה חייב אלא כשיש בליבויו שלו כדי ללבות, ואין

ברוח לבד כדי ללבות, אבל אין בכל אחד כדי ללבות, או שיש בכל אחד כדי ללבות, פטור, וי"א (מרדכי) דהוא הדין אם שנים לבו ואין בכל אחד כדי ללבות, פטורין".

הסמ"ע (י) כתב דסברת הרמב"ם דחייב "כיון דהוא עצמו ליבה ויש לו חלק בנזק זה ואינו דומה לגרמא בניזקין דפטור", וביאר **הש"ך** שנמשך אחרי דעת ה"ה. **הש"ך** (ד) כתב דאם כדברי ה"ה וסיעתו ודאי יפה השיג הראב"ד דהאיך יתכן שיפסוק כאינך אמוראי והא קיימא לן בכל דוכתא הלכתא כרב אשי נגד הנך אמוראי, ועוד דמ"מ הל"ל כדברי הברייתא ואם לאו פטור ולפרושי בהנך גווני דמפרשי לה אינך אמוראי, וכתב דיש לבאר ברמב"ם כך [וכ"כ בשל"ג בהרחבה ככל דברי הש"ך], דיש להבין לאיזה צורך האריך הרמב"ם בטעם "שהרי הוא גרם" וכו', וגם היאך כתב טעם שלא נזכר בש"ס כלל, אלא ודאי כוונת הרמב"ם לפסוק **כרב אשי** ואין חילוק בין לבתו מצד אחר או בין רוח שאינה מצויה או בין צמרה צמורי אלא ברייתא כפשטא היא כדאוקמה רב אשי דטעמא הוא משום גרמא בניזקין פטור **אלא דס"ל לרמב"ם דנהי דאוקימתא דברייתא הכי היא מ"מ לא קי"ל כוונתה משום דאיתא כמ"ד דלא דיינינן דינא דגרמי ואנן דיינינן דינא דגרמי כדאיתא להדיא בדף צ"א ונתבאר לעיל בסימן שפ"ו דס"ל לרמב"ם דגרמי וגרמא הכל א' הוא וכדעת הרמב"ן ברש"י (עיי"ש), וליישב הא דפטר בהלכות שכנים י"ל דשאני עפר שהולך הפך מכחו שכונתו להפיל העפר לארץ ולא שילך למרחוק משא"כ אש שהרוח מסייע למה שכוונתו שילך האש, עיי"ש מה שהמשיך לבאר. גם בבאה"ג תמה על הפירוש ברמב"ם דיוצא שפסק דלא כרב אשי, וכתב דיש לבאר דס"ל כמש"כ התוס' דהפירוש בברייתא אם יש בליבוי כדי ללבות היינו ברוח מצויה ואם לאו פירושו שאין בליבוי ללבותו אלא ברוח שאינו מצויה פטור, ומקשינן ואמאי הוי כזורה ורוח מסייעתו דחייב פירושו אפילו ברוח שאינה מצויה כיון שכוונתו ללבות ומתרץ רבא כיון דסגי לה בזורה ורוח מסייעתו אפילו ברוח מצויה לכן חייב שם אפילו ברוח שאינה מצויה משא"כ בנזקין כשלא נתכוין אלא לרוח מצויה וכו' **ורב אשי לבסוף תירץ דשאני לענין שבת דחייב אפילו ברוח שאינה מצויה ואפילו אם לא היתה מלאכתו נעשית ברוח מצויה מטעמא דמלאכת מחשבת אסרה תורה אבל לגבי ניזקין שאינו חייב אלא בשליבה ברוח מצויה ומעתה לא היה צריך הרמב"ם לפרש שפטור ברוח שאינה מצויה כי כבר כתב זה לעיל, וכ"כ בהג"א בשם ר"ת וריב"ם דהא דחייב בשבת אפילו ברוח שאינה מצויה אלא שמחייבו שם דעושה גורן ברוח מצויה והרמב"ם פטר שם מטעם שכתב הכ"מ.****

סעיף י

ע"פ י. גבי אמתניתין דהכשרתי מקצת נזקו פסק **בשו"ע** "עשה אחד האש ובא אחר והוסיף, אם יש במה שעשה הראשון כדי שתגיע למקום שהלכה הראשון חייב, ואם לאו הראשון פטור והאחרון חייב".

סעיף יא

ע"פ נו. פסק **בשו"ע** "הכופף קמתו של חברו לפני הדליקה, כדי שתגיע בה הדליקה, אם כפפה במקום שתוכל הדליקה להגיע ברוח מצויה חייב לשלם, ואם אינה יכולה להגיע ברוח מצויה, פטור מדיני אדם וחייב דיני שמים {ואם הרוח שאינה מצויה כבר מנשב ואח"כ כפפה, חייב בכל ענין (ה"ה)}".

סעיף יב

ע"פ משנה סב: פסק **בשו"ע** כלשון הרמב"ם "גמל שהוא טעון פשתן ועבר ברה"ר ונכנס פשתנו לתוך החנות ודלקה בנרו של חנוני והדליק את כל הבירה בעל הגמל חייב מפני שהרבה במשאוי, (דף כ"ב -) בין שעמדה הבהמה בין שלא עמדה, ואם הניח החנוני נרו מבחוץ הוא חייב לשלם אף דמי הפשתן לבעל הגמל (כת"ק ודלא כר' יהודה -) ואפילו הוא נר חנוכה שהיה לו לישב ולשמור שלא יזיק (ש"ך: ישנה הגהה על הרי"ף דפטור בנר חנוכה) {וי"א (ה"ה בשם המפרשים) והטור ע"פ דף כ"ב והרמב"ם כתב המשנה כפשוטה -} דאם הדליקה במקום אחד ונתפשט האש למקום אחר חייב על מקום האש נזק שלם ועל השאר חצי נזק, ואם הגמל סכסך האש בכל הבירה, חייב על כולו נזק שלם, ועיין לעיל סימן שצ"ב חלוקין אלו".

סעיף יג

ע"פ משנה סא: וכחכמים וכאוקימתא דרבא פסק **בשו"ע** "טמון באש פטור" (קמה' מה קמה בגלוי אף כל בגלוי), שאם הדליק גדיש חבירו והיו טמונים בו אפילו מוריגים וכלי בקר שדרך להטמינם בגדיש פטור, ורואים מקום הכלים הטמונים כאלו היה שם שעורים או חטים כפי מה שהוא הגדיש (סמ"ע:

אם הגדיש הוא חיטין או שעורין עם תבן שלהן וכדרך הגדיש, דשמין גם המוריגים בחיטין ושעורין בתבן שלהן, וגם זהו בכלל מש"כ הטוש"ע 'כפי מה שהוא הגדיש', וכך ישלם לו, במה דברים אמורים, במדליק בתוך שלו והלכה בדלקה בשל חבירו (תוס'): טעמא משום דרבנן פטרי במדליק בתוך שלו כדמשמע קרא כי תצא אש דאיירי במדליק בתוך שלו אבל במדליק בתוך של חבירו מחייבי בדבר שדרכו להטמין דלא אשכחן דפטור ביה קרא טמון ובדבר שאין דרכו פטרי מסברא דלא איבעי ליה לאסוקי אדעתיה שיניח אדם ארנקי בגדיש) וכלו חציו (כטור) ע"פ דף כ"ג דלרבי יוחנן דאמר משום חציו וקיי"ל כוותיה לא משכחת ליה טמון פטור אלא בנפל גדר שלא מחמת הדליקה והיה לו לגדור ולא גדר, ודלא כרמב"ם שלא הזכיר חילוק זה וכתב ה"ה דאפשר שדעתו שאין להניח פשט המשניות והברייתות והמימרות שלא חלקו בטמון מפני הסוגיא ההיא) כגון שנפל הגדר שביניהם שלא מחמת הדליקה, והיה אפשר לו לגדור ולא גדר, אבל אם הדליק בתוך של חבירו, או אפילו בתוך שלו ולא כלו חציו, כגון שנפל הגדר מחמת הדליקה, חייב בדבר שדרכו להטמין בגדיש כגון מוריגים וכלי בקר, כמו שנתבאר בס"י צ', ובבית חייב על כל דבר, שדרך בני אדם להניח בבית כל כליהם וכל חפציהם, וכל מה שיטעון בעל הבית שהיה בבית ה"ז נשבע בנקיטת חפץ ונוטל (דמבואר בגמ' דעשו תקנת נגזל באשו וכתב הרא"ש דנפקא מינה לרבנן במדליק בתוך של חבירו -) ובלבד שיטעון דברים שהוא אמוד בהם שהם שלו או שרגילים להפקיד בידו {וע"ל סימן צ'}. "

כתב הש"ך (ו) דמשמע מלשון המחבר דאם אין דרך להניחו אפילו ידוע שהיה שם פטור, ויש להקשות דהא בסימן שפח/א משמע להדיא מדברי הרמב"ם והמחבר דבידוע שהיה שם אפילו אין דרכו להניח שם חייב, וצ"ל דהתם מיירי המזיק בידים אבל הכא אע"פ דמיירי שהדליק בתוך של חבירו היינו בפשיעה ולא בידים.

כתב ה"ה גבי גלוי והמדליק טוען ברי לא היה כי אם כור חטים והלה טוען שני כורים ונודע שהדליק אלא שאין שם עדים כמה היו, **שיש מי שכתב** שמשלם כור אחד ונשבע ונפטר כיון שהוא טוען ברי ויש **מי שכתב** שהניזק נשבע ונוטל כדין הנגזל בשבועות מ"ד **וכן עיקר**, והובא בב"י והסמ"ע (טז), וכתב הש"ך (ז) דצ"ל דמיירי שיש עדים על הדליקה וכן הוא ברב המגיד להדיא ובזה ניחא דלא תקשי ממש"כ הרמב"ם והמחבר בסימן שפח/א דהמזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק כו' או לאש כו' והמזיק אומר אינו יודע כו' הניזק נשבע בנק"ח ונוטל כו' דמשמע הא אם טוען המזיק ברי אין הניזק נשבע ונוטל דהתם מיירי שאין עדים שהזיקו אם כן נאמן במגו, כל זה צ"ל לדעת ה"ה והסמ"ע, אבל באמת נ"ל עיקר דהרמב"ם והמחבר ס"ל כ"א שהביא הרב המגיד דבאש אם טוען המבעיר ברי נשבע ונפטר והדעת נותנת כן, וכן משמע להדיא מרש"ל וכן מוכח להדיא ברא"ש, וכן עיקר דדוקא במזיק שמא הוא דעשו תקנת נגזל אבל במזיק ברי נשבע ונפטר כיון דלא הוי רשע כמו גזלן.

[הקצות (א) הקשה דאמרינן בגמ' דלר' יהודה דמחייב על נזקי טמון באש עשו תקנת נגזל באש, וכיון דלר' יהודה אפילו בנגזל לא עשו תקנה אלא עד שיהא מודה במקצת וכדתנן בשבועות מ"ד, ואי בטוען שמא תיפוק ליה דהו"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם כיון דע"כ מיירי במודה במקצת, ואי מיירי באומר הילך א"כ תו ליכא מודה במקצת ור' יהודה ס"ל בכולן עד שיהיה שם מודה במקצת, עיי"ש מש"כ ליישב].

סעיפים יד – טו

ע"פ ברייתא **סב. פסק בשו"ע** (יד) המשאיל מקום לחבירו להגדיש בו, והגדיש והטמין בו כלים, והדליק המשאיל {דהיינו שעשה המשאיל אש ויצאה והדליקה (תוס') } ושרף הגדיש והכלים שבתוכה, אינו משלם אלא דמי גדיש בלבד. (טו) השאילו מקום להגדיש חטים, והגדיש שעורים, או להגדיש שעורים והגדיש חטים, או שהגדיש חטים וחיפם בשעורים, או שהגדיש שעורים וחיפם בחטים, אינו משלם לו אלא דמי שעורים בלבד".

ביאר הסמ"ע (יז) בסע' י"ד דקמ"ל דלא תימא כיון דנתן ראובן רשות לשמעון להגדיש בחצירו והו"ל כאילו קיבל ראובן שמירתו דגדיש עליו, ואפילו לר"י והרמב"ם החולקים בסימן שצ"ח עם ר"י והרא"ש ופטרי לבעל הבית שהזיק שורו לשור הנכנס ברשות, הו"א דמודו בהא כיון דמ"מ הדליק האש בידים קמ"ל, ובסע' טו הקשה (יח) דפשיטא איך ישלם טפי ממה שהזיק, ותירץ דקמ"ל דלא תימא

דליחייב אמוריגין שהטמין בתוכו כאילו היו חיטים וכדין מוריגין שטמון בגדיש של חיטין והרי נתן לו רשות לחיטין.

סעיף טז

ע"פ נו. פסק בשו"ע "מי שראה דליקה שמתקרבת לקמת חבירו, והלך וכיסה הקמה, אע"פ שגרם לו הפסד שהרי עשאו טמון, ה"ז פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים".

סעיף יז

בבב. איתמר רבי יוחנן אמר אשו משום חציו וריש לקיש אמר אשו משום ממונו ואסיקנא דמאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו ואיכא בינייהו לחייבו בארבעה דברים דלרבי יוחנן חייב ולריש לקיש פטור ואיכא בינייהו נמי אם שרף אדם דלרבי יוחנן חייב ולריש לקיש פטור, והלכה כר' יוחנן, וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "אש שעברה והזיקה את האדם וחבלה בו, הרי המבעיר חייב בנזקו ובשבתו ובריפוי ובצער ובבשתו כאילו הזיקו בידו, [שאע"פ] שאשו ממונו הוא, הרי הוא כמו שהזיק בחציו (סמ"ע): וגם מיתה אם מת מחמת האש דהוי כאילו ירה בו חץ, טור, (טור וה"ה כסע' יג -) והוא שהיה האש ראוי להגיע שם למקום שהזיק בשעה שהדליק, אבל אם לא היה ראוי להגיע שם, כגון שהיה גדר ביניהם ונפל שלא מחמת האש, אפילו אם היה אפשר לו לגדרה, כבר כלו חציו ויש לו דין ממונו שהזיק אדם שאינו חייב אלא בנזק בלבד, ופטור מארבע דברים (ד"איש בעמיתו' כתיב)".

עמש"כ הרמב"ם והמחבר לחייב על הבושת כתב הסמ"ע (כג) דאע"ג דבסימן תכא/א פסקו דאין חייב על הבושת עד שיכוין לבייש, ה"נ כיון דעברה הדליקה ברוח מצויה הו"ל כאילו ידע וכיון לכך, וצריך לחלק לשיטתם בין זה לנפל מן הגג ברוח מצויה והזיק שכתבו הרמב"ם והמחבר בסימן תכא/א דאינו משלם בבושת משום דלא כיון, דשאני התם דנפילתו מהגג וזיק מחשב לאונס טפי אף שהיה ברוח מצויה מהדליק אש ויצא והזיק לאדם, אבל רש"י בדף כ"ג ונ"י כתבו בהדיא דגם בזה דפטור מבושת והביאו ראיה מההיא דנפל מהגג דדף כ"ז, והרא"ש והטור סתמו וכתבו בדין זה דחייב בד' דברים, ונראה דס"ל ג"כ כרמב"ם דחייב גם בבושת וד' דברים חוץ מנזק קאמרי דנזק חייב בפשיעה לכ"ע אף אם לא היה בו משום חציו אלא משום ממונו.

סעיף יח

ע"פ מימרא דרבה כז. פסק בשו"ע "הניח לחבירו גחלת על לבו ונשרף פטור, (רא"ש -) אפילו התרו בו, שלא היה סבור שלא יסלקנה שאין דרך שיניח אדם עצמו לשרוף כדי שיהרג חבירו, אבל אם הניח גחלת על בגדו של חבירו ונשרף, חייב, שאינו חושש לסלקו כיון שזה חייב לשלם לו. ועבדו כגופו, ושורו כבגדו } וי"א דעבד קטן דינו כשור (נ"י), וי"א דווקא בשור כפות אבל בשור שאינו כפות פטור (רשב"א ורא"ש)".

עמש"כ המחבר בסיפא דחייב 'שאינו חושש לסלקו' וכו' כתב הסמ"ע (כז) דנראה דה"ה אם ראובן אמר לשליח שאינו בר חיוב כגון חש"ו קרע בגד שמעון והחש"ו קרעו לפני שמעון ושותק, דחייב ראובן המשלח מהאי טעמא שלא חשש שמעון למחות בידו, והש"ך (ט) כתב דדבריו תמוהים דהא תנן השולח את הבערה ביד חש"ו פטור.

עמש"כ הרמ"א בשם הנ"י כתב הסמ"ע (כח) דלא כתב הנ"י כן אלא לשיטת רש"י דס"ל דבהניח על השור אף שאינו כפות חייב, דלא אמרינן גבי בהמה דאין לה דעת דה"ל לברוח, ע"ז כתב דה"ה עבד קטן דאין בו דעת, אבל לדעת התוס' והרא"ש דכתבו דדוקא בשור כפות הוא דחייב אבל באינו כפות פטור משום דדרכו לברוח מהאש אף שאינו בר דעת, ובהניח על לב עבד פטור אם רבו הוא שם אפילו בכפות, משום דסבר המניח שרבו יסירנה מעליו כיון שעבד הוא בן חיוב וחייב במצות, מהאי טעמא גם בעבד קטן שאינו כפות פטור דהו"ל לברוח דומיא דשור, ובכפות ורבו עומד בצדו דומה לעבד גדול ויכול המניח גחלת על לבו להתנצל ולומר סברתי שרבו יסירנה מלבו כדן עבד, ולפי הנ"ל דהרמ"א בתחילתו הוא ע"פ מה שסתם המחבר וכתב דין שור ועבד ולא הזכיר בדבריו כפות כתב כן, אבל לפי מה שמסיק הרמ"א וכתב ד"א דוקא שור כפות, ע"פ אותה דעה אין דין עבד קטן כשור.

סימן תיט - כיצד נפרעים לנזקים מהמזיק ומיורשיו

סעיף א

המזיק ממון חבירו באופן שחייב לשלם ויש למזיק קרקע ומטלטלין, ממה יגבו בית הדין מהקרקע או מהמטלטלין? מה הדין אם הניזק דורש כסף והמזיק מבקש לשלם במטלטלין, הדין עם מי? כיצד מממשים שווי מטלטלין, האם לפי מכירה מיידית או לפי מכירה לזמן? (ראה לקמן)

מזיק ממון חבירו כאשר המזיק מבקש את תשלום הנזק בכסף בעוד הניזק רוצה לשלם בשווה כסף עם מי הדין?

כתב השו"ע ע"פ מימרא דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע ב: דכל מילי דמטלטל מיטב הוא **"(רמב"ם -) כשבית דין נזקקין לגבות לניזק מנכסי המזיק גובין מהמטלטלין תחלה (ה"ה: כן פסקו הרי"ף ורא"ש א"ה וכן מבואר בסוגיה בדף יד: דשוה כסף ככסף ודינו כבעל חוב), ואם לא היו מטלטלים כלל, או שלא היו לו מטלטלין כנגד כל הנזק, גובין השאר מהקרקע המעולה שבנכסי המזיק, וכל זמן שימצא מטלטלין ואפילו סובין אין נזקקין לקרקע (טור ע"פ שם -) ואפילו שיש לו כסף יכול לפורעו בסובין דכל מטלטלים מיטב ניהו (גר"א: דלא כרב הונא ור"ת שפסק כמותו דס"ל דמשלם בשוה כסף דוקא אם אין לו קרקעות ולא כסף כדלקמן, והעיקר כרי"ף והרא"ש) (רא"ש -) ושמן אותה כמו שיכול למוכרה מיד ובמקומו (ראה לקמן) (כר"ע ב: דבמזיק שיימין -) וכשמשלם מהקרקע, אפילו היתה זבורית של מזיק טובה מעידית של ניזק, אינו מקבל ממנו, אלא מגבין לו מעידית שבנכסי המזיק".**

כתב הסמ"ע (א) דהא דגובין מהמטלטלים תחלה היינו משום דמסתמא ניחא למזיק לשלם במטלטלין מבקרקעות ולמדונו דאף אם אין המזיק לפנינו גובין לו ממטלטלין אבל ודאי אם המזיק גילה דעתו דניחא ליה טפי במטלטלין ורוצה לשלם לו בקרקעות והניזק רוצה דוקא מטלטלין יד המזיק על העליונה ולא דמי למלוה ולוה ולא כב"י והלבוש (וש"ך לקמן) שכתבו דאי בעי הניזק מטלטלים צריך המזיק ליתן לו ולא יכול לשלם בקרקעות, וביאר הסמ"ע דאף דבהלואה יד המלוה על העליונה דאם יש ללוה כסף או מטלטלין צריך לשלם ממנו ולא כל כמיניה לשלם לו מקרקע אפילו מעידית, ה"ט דהמלוה הלוח לו מעות משו"ה דינו ג"כ במעות או במטלטלין שקרובים למעות שיכולין לטלטל ולמכרם אפילו במקום אחר אי לא מזדבני בהאי מתא, אבל בניזק יד המזיק על העליונה, דאף אם יש לו כסף או מטלטלי, אם ירצה לשלם בקרקע צריך הניזק לקבלו, אך שיתן לו מעידית שבנכסיו, וזהו כונת רב פפא שאמר בגמרא ביישוב הקושיא (עיי"ש מש"כ) וכן יש לפרש ג"כ דעת המחבר, ומש"כ גובין מהמטלטלין תחילה, היינו משום דמסתמא ניחא למזיק לשלם במטלטלין מבקרקעות שהוא בר קיימא ומשו"ה קאמר כשב"ד נזקקין משלמין מהמטלטלין, ולמדונו דאף אם אין המזיק לפנינו לגלות דעתו לשלם במטלטלים, אמרינן דמסתמא ניחא למזיק לשלם ממטלטלים, ואף אם הניזק צועק לשלם לו מקרקעות כמשמעות הקרא ממיטב שדהו, אין ב"ד שומעין לו, אבל ודאי אם המזיק גילה דעתו דניחא ליה טפי במטלטלים ורוצה לשלם לו בקרקעות והניזק רוצה דוקא במטלטלין יד המזיק על העליונה וכנ"ל ודלא כב"י. הש"ך (ב) חלק דדעת הרמב"ם והטו"ש"ע כלבוש וכ"ד שא"פ וכן עיקר, ופשט דברי הרמב"ם שכתב כשב"ד נזקקין כו' גובין מהמטלטלים תחלה כו' משמע דעליה דבי דינא רמיא לגבות תחלה מהמטלטלים והדין כך הוא ואינו תלוי ברצון המזיק או הניזק, ועוד ממש"כ הרמב"ם מיד אח"כ דמדין הש"ס אם מת והניח מטלטלים וקרקעות גובין מהיתומים מקרקעות ואם איתא דמסתמא ניחא ליה למזיק טפי ליתן מטלטלים נטעון להו ליתמי לטעון מטלטלים והיאך יגרע כח היתומים מן המזיק עצמו (ואף שהרא"ש חולק בזה, ועיי"ש מה שהמשיך לדון מכיוון זה) ועוד האריך להוכיח מרא' נוספים כרמ"ה ראב"ן ועוד, וכתב דעוד יש להוכיח כיון דלרב אלפס אפילו יש לו מעות יכול לסלקו בסובין א"כ הא דכתב קרא ישיב לרבות שוה כסף היינו דגלי לן קרא דעיקר גביה על המטלטלים הוא א"כ לא מסתברא שיהא הברירה ביד המזיק כיון דגלי לן קרא דעיקר גביה במטלטלים היא אפילו אית ליה כסף, ועוד האריך להוכיח כן מהסוגיות בדף י"ד ודף ט', ועוד דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה דכל מי שלא יהיה לו קרקע יזיק לבריות מה שירצה ויפטר מלשלם, ועוד כיון דבבעל חוב קי"ל לעיל סי' ק"א דמחויב ליתן לו מטלטלים כשיש לו ואין צריך המלוה ליקח קרקע א"כ למה נימא דניזקין שאני דהא אדרבא ניזקין עדיפי דגובה מהעידית ואף שיש לחלק כמו היכי דיש לו מעות דאין צריך המזיק ליתן לו

מעוֹת ונמצא המזיק עדיף בזה מלוה היינו משום דגלי לן קרא גבי מזיק ישיב אפי' סובין ולא גלי לן הכי גבי ב"ח א"כ מסתבר דב"ח דיהיב ליה זוזי צריך למפרע ליה בזוזי אבל בהא שיגבה תחלה מן מטלטלים בע"כ של החייב אין סברא לחלק בין ב"ח למזיק.

כתב הש"ך (א) דביש"ש פסק דניזקין גובין ממשועבדים אף שלא עמד בדן דיש קול לניזקין וכן משמע בתוס' לפי ר"ת למאן דס"ל שעבודא דאוי' וכ"כ רי"ו ועוד וכ"ד הסמ"ע בסימן קי"ט, מיהו יש חולקים.

עוד כתב הש"ך (ג) עמש"כ המחבר ע"פ הטור דאפילו שיש לו כסף יכול לפורעו בסובין דכל מטלטלים מיטב נינהו, ר"ל אפילו יש לו מעות א"צ ליתן לו מעות ונותן לו מהפחות שבמטלטלים משא"כ בבעל חוב בסימן ק"א והיינו כרי"ף רמב"ם ורא"ש שפסקו כרב פפא ורב הונא בריה דר' יהושע דכל מילי מיטב הוא ולא כר"ת (לשון הרא"ש סימן ה' בקצרה - הרי"ף ס"ל דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע פליגי אדרב הונא וסברי דכל מילי מיטב הוא ואפילו סובין ופסק כרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דאינון בתראי, ור"ת פסק כרב הונא ומהני נתינת סובין רק היכא דלית ליה קרקע מיטב או כסף, ומה שלא פסק ר"ת כרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דאינון בתראי צ"ל ¹ דסבר דלא פליגי אדרב הונא ולא אתו אלא לשנויי רומיא דקראי אהדדי עיי"ש ² א"נ פליגי אהדדי ומדקבע רב אשי שנויא דרב הונא באחרונה ואיהו קדים לרב פפא ולרב הונא בריה דרב יהושע חשיב ליה עיקר) והש"ך האריך לדחות מש"כ הרא"ש בדעת ר"ת דלא פליגי האמוראים דליתא וגם מש"כ הרא"ש דטעמו משום דהש"ס קאי לדרב הונא באחרונה חשיב ליה עיקר, אף שיכול להיות שדעת ר"ת כן מ"מ אין ראיה כ"כ מזה, ונ"י ורש"ל האריכו שדעת כל המפרשים דלא כר"ת, אך למד הש"ך בדעת הרמ"ה שהובא בנ"י דכסף שאני ואם יש לו כסף לא יכול לסלקו בסובין, אך דעת כל הפוסקים מבואר דכסף היינו זוזי ואפילו אית ליה זוזי יכול לסלקו בסובין, וסיים הש"ך דמיהו היכא דהמזיק רוצה לסלקו במעות ודאי אין צריך ליתן לו מטלטלי או קרקעות שלו ופשוט הוא.

כיצד שמין שווה כסף בפרעון?

בנידון שאלה זו [וכן לעיל: כיצד מממשים שווי מטלטלין האם לפי מכירה מיידיית או לפי מכירה לזמן] איני בטוח בכוונת השאלה, ושמא יש להביא ראשית מש"כ הטור "דכל מילי דמיטלטל מיטב הוא ושמין אותו כפי מה שיכול למכרן מיד ובמקומו" וכ"פ בשו"ע, ומקורו ברא"ש (ב"ק א, ה) גבי שומת מטלטלין בבע"ח "יש לשום כל מה שנותן לו בשומא שיוכל המלוה למוכרו מיד באותה שומא אפילו בביתו ולא יצטרך לחזר בעיירות ובשווקים כדי למוכרם דאל"כ נעלת דלת בפני לוויין שיתן לו הפחות שבביתו אם אין לו מעות והמלוה לא יוכל למוכרו לאלתר", וכתב הב"י דמשמע לטור דכתבו הכא דהוא הדין לנזקין ואע"פ שיש לחלק ביניהם דע"כ לא אמר הרא"ש אלא בבע"ח משום דלא תנעול דלת אבל בנזקין דלא שייך האי טעמא משמע לרבינו דלא פלוג רבנן ביניהו לענין זה, ובפרישה ביאר דס"ל לטור דה"ה לתשלומי נזק דהא רחמנא מעדיף כחו דניזק לשלם לו במיטב, ושלח לסימן ק"א, שם (משפטי התורה בבא קמא ט' -) "חידש שאפילו אם אין אנשים במקום שהתשלום שרוצים לקנות את החפץ בכל זאת שמין כמה היה מוכן לשלם אדם שגר באותו מקום אם הוא היה צריך לקנות את החפץ הנ"ל, אמנם הט"ז (בסימן קא) וכן הנהיגות (בסימן קט) האריכו לחלוק בראיות ובסברות על דברי הפרישה האלו, ונקטו שהעיקר הוא שתמיד מעריכים חפץ כפי מה שהוא שווה בזמן התשלום למכירה לאנשים שרוצים בפועל לקנות אותו כעת במקום שמתבצע התשלום".

מה הדין כאשר הניזק מבקש שהמזיק ישלם בקרקע בעוד המזיק רוצה לשלם במטלטלין?

(לעיל) האם יש חילוק מתי נרכשו?

כתב הפת"ש (א) דכתב רע"א בחידושים (גיטין מ"ח) דנראה דהא דמשלם המזיק ממיטב היינו אותן נכסים שהיה לו בשעה שהזיק דחל החיוב לשלם ממיטב שלו, אבל למה שקונה אחר שהזיק קודם העמדה בדן, אף דצריך לשלם מהם בתורת מיניה כדאיתא בב"ב קנ"ז מ"מ ליכא עלייהו דין תשלומי מיטב וסיים שם דצ"ע לדינא, ובערוה"ש כתב (ט) עליו "יש מי שאומר דזה שהמזיק משלם מעידית אינו אלא בנכסים שהיה לו בשעה שהזיק דחל החיוב על מיטב שלו אבל נכסים שקנה אח"כ מזמן הנזק עד שעת העמדה בדן אף שחייב לשלם להם מ"מ א"צ לשלם ממיטב, ולא ראיתי לאחד מן הפוסקים שחילקו בזה, וגם אין הסברא נותנת כן, ומש"כ ראיה דלמ"ד בדניזק שיימין ודאי אי אפשר לומר כן לא ידעתי למה דלכ"ע אין המזיק מחויב לקנות כמ"ש התוס' בב"ק ו' ובריש פרק הניזקין".

סעיף ב

יש ללווה או למזיק שתי קרקעות, האם יכול התובע לדרוש אחת מהם? אם לווה או מזיק נותן מרצונו קרקע שבקש, האם יכול להחשיב לו כשער שעתיד להיות?

ע"פ הרא"ש (ב"ק א, ב) גבי סוגיה דדף ז' ע"ב גבי ניזק דאמר ליה הב לי בינונית טפי פורתא א"ל אי שקלת כדינך שקול ואי לא שקול כיוקרא דלקמיה ופריך ליה רב אחא בר יעקב אם כן הורע כחן של נזקין אצל בינונית וזיבורית, פסק בשו"ע "אם יש למזיק שני עידית אין הניזק יכול לומר לו תן לי מעידית פלוני, אלא תלוי ברצון המזיק לתת לו איזה שירצה, אבל אם המזיק חפץ לתת לו העידית שבקש, אלא שהיא עתה בזול וממתין עד שתתייקר, ואומר אם תרצה אותה קח אותה כפי מה שהיא עתידה להתייקר אין שומעין לו, אלא צריך ליתנה לו כפי מה ששוה עתה".

כתב הסמ"ע (ד) אסיפא דלא דמי למלוה שדינו להשתלם מהלוה בבינונית וכשהוא אומר ללוה פרע לי מעידית שלך בציר פורתא וגם הלוה נתרצה לשלם לו מהעידית רק שאמר לו קח אותה כיוקרא דלקמיה, דפסק הטור בסימן ק"ב כרא"ש דהדין עם הלוה דצריך לקבל כיוקרא דלקמיה ולא כמו שהיא שוה עתה, שאני התם דאין דין המלוה להשתלם מהעידית כלל, אבל ניזק דדינו להשתלם מהעידית אלא שייפו חז"ל כח המזיק ליתן לו מאיזה עידית שהוא רוצה ולשייר החביב לפניו, וכיון שהוא גילה דעתו שאינו מבקש לקיים זה לפניו אלא שרוצה להעלות לניזק בדמים כיוקרא דלקמיה, העמידוהו על דינו לשלם ממיטב ממש וכזולא דהשתא, ולא כלבוש שחלק על המחבר וס"ל לא נאמרו דברים הללו אלא כשיש למזיק עידית ובינונית ואומר הניזק תן לי בינונית טפי פורתא ואילו בשניהן עידית אפילו אם המזיק גילה דעתו שאינו רוצה להעמיד בידו אותו עידית שמבקש הניזק א"צ ליתן לו כזולא דהשתא דמאי שנא זה מכשיש בידו כסף וסובין דסע' א' דיכול ליתן לו סובין משום דמטלטלין כל מילי מיטב הוא ויכול ליתן איזה שירצה, ה"נ הא שניהן מיטב הוא ויכול ליתן לו איזה שירצה, ותמה הלבוש שהטור מהרי"ק ושו"ע לא דקדקו בזה וצ"ע, ודחהו הסמ"ע דמאי מייתי ראייה מכסף וסובין הלא יש לומר דכמו שהן מחולקין ביש לו שני מיני עידית כתבו דהרשות בידו ליתן איזה שירצה ואפ"ה כתבו דכשגילה דעתו שאינו מבקש להעמיד הטובה יותר לפניו צריך ליתנו לו כזולא דהשתא, א"כ גם בכסף וסובין נאמר כן, וגם י"ל דמשו"ה לא אמרו בהדיא בכסף וסובין דאם גילה דעתו כו' דנותן לו מהכסף כזולא דהשתא, משום דלא שייך בכסף כיוקרא דלקמיה וזולא דהשתא דכל הזמנים שוים בדמי שוויו דהכסף משא"כ בקרקע שבימי הקיץ שהן עומדין לזרוע ולאכול מהן פירות הן יקרים טפי מכשהן בימי הגשמים.

סעיף ג

כתב **הטור** בשם **הרי"ף** (על הגמ' בב"ק יד:) "מת המזיק קודם שישלם אין ב"ד יורדין למטלטלין דיתמי אלא אם הניח קרקעות מגבין לניזק מהם ומן הזיבורית משום שהנזק נעשה עליהן כחוב ומטלטלין דיתמי לא משתעבדי לב"ח (ה"ה: מח' אמוראים בגיטין נ' ופסק כרב נחמן ואב"י ודלא כרבא ופסק הרמב"ם כן בין ביתומים קטנים ובין בגדולים אבל הרשב"א בשם ר' יונה כתב דגדולים מן העידית) ואם קדם הניזק ותפש ממטלטלין בחיי אביהן גובין לו מהן. והאידינא שתקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי נשתעבדו לב"ח מגבין לניזק ממטלטלי דיתמי.. **וה"ר אפרים** כתב דלא תקנו זה אלא לב"ח משום נעילת דלת אבל לנזקין דלא שכיחי לא תקנו (ש"ך: וכי תקנו הגאונים לב"ח משום נעילת דלת בפני לוויין אי נמי לאשה משום פריה ורביה אבל לניזקין לא תקנו דלא שכיח), **וא"א הרא"ש** ז"ל כתב נראה דבדורות הללו מטלטלי כמקרקעי לכל מיני שעבוד דינא דגמרא אף בלא תקנה מידי דהוה אגמלי דערביא (כתובות ס"ז) שהאשה גובה כתובתה מהם (ש"ך: אינו מוכרח דהגמ' בכתובות איירי דוקא בכתובה דאשה סמכה דעתה עליה ונתחלה כשנשאת לזה אדעתא דהכי נשאת שתגבה ממטלטלי כיון שעיקר משא ומתן שלהם היה במטלטלי וזה לא שייך בניזקין, ומ"מ דעת רוב הפוסקים כרי"ף והרמב"ם דהאידינא אף נזקין גובין ממטלטלין דיתמי וכ"ד רש"ל)".

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** כרי"ף "מת המזיק קודם שיפרע, מגבין לניזק מהמטלטלין של יתומים, ואם לא הניח מטלטלין, מגבין לו מזיבורית שבקרקעותיו, שכל הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא מהזיבורית".

הסמ"ע (ה) הקשה דכאן סתם המחבר ומשמע דס"ל דאפילו אם בא לגבות מיתומים גדולים אינו גובה אלא מהזיבורית כרמב"ם ולעיל סוף סימן ק"ח פסק לחלק בין קטנים לגדולים כר' יונה, וכן קשה על הטור, וי"ל שאגב שכתב החילוק שבין אם בא לגבות מהמזיק עצמו לבא לגבות מיתומים לענין מטלטלין, כתב ג"כ החילוק שביניהן לענין זיבורית, ומיירי דוקא בקטנים, ולולי דעת ה"ה ברמב"ם הייתי אומר שגם דעת הרמב"ם כן ששם.. כתב כלשון הטור שבכאן אבל לשון המחבר שבכאן דגובין ממטלטלין א"א לפרש כן וצ"ע, אולם הש"ך (ז) למד ברמב"ם כרב המגיד דמשמע אפילו גדולים.

עמש"כ המחבר 'מהמטלטלין של יתומים' כתב הש"ך (ו) דמשמע דהיינו אפילו יש להן קרקע מיהו היינו מן הסתם, אבל אם היתומים רוצים לסלקו בקרקע הרשות בידם דבכה"ג לא תקנו הגאונים וכדלעיל סימן קז/א גבי בעל חוב וכ"ש הכא.

סימן תכ – החובל בחבירו חייב בחמשה דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

סעיף א

ע"פ **כתובות לג. סנהדרין נח:** ועוד פסק בשו"ע "אסור לאדם להכות חבירו ואם הכהו עובר בלאו שנאמר פן יוסיף, ואם הקפידה תורה בהכאת רשע שלא להכותו יותר על רשעו, קל וחומר בהכאת צדיק, והמרים יד על חבירו להכותו, אע"פ שלא הכהו, נקרא רשע {וע"ל סי' תכ"א סעיף י"ג. ודין הכאת איש לאשתו, עיין בא"ה סי' קנ"ד. י"א (מהר"ם) דיש חרם קדמונים באדם המכה לחבירו, וצריכין להתיר לו כדי לצרפו למנין עשרה, ומיד שמקבל עליו לעשות דין, מתירין לו אף על פי שאין [המוכה] מתרצה }".

דייק **הסמ"ע** (א) דהרמב"ם למד האיסור מדכתיב בהדיא בקרא "לא יוסיף" וכ"ד רש"י בחומש וניחא להו ללמדו מלא יוסיף שהוא לאו מפורש, והטוש"ע לא ניחא להו ללמדו מלא יוסיף משום דקאי אהכאת הרשע ויש לומר דדוקא נקיט שם דנלקה כבר ל"ט מכות ויש סכנה בהוספה לו עוד מכה אחת משא"כ בהכאה לחבירו מכה אחת, משו"ה למדוהו מיתורא דפן יוסיף.

כתב **הסמ"ע** (ב) דמשמע מלשון הרמ"א דאין צריך לנדותו עתה מחדש אלא מנודה ועומד זה המכה מהחרם שהחרימו על זה הקדמונים וקאמר דצריך להתיר עתה אותו חרם למי שעברו, וכתב דנראה דה"ה היכן שנזכרו בדברי האחרונים שהקהילות החרימו ע"ז או שיש בו חרם רבינו גרשום נמי פירשו הכי שאין צריך לנדותו עתה מחדש אלא שהוא מוחרם ועומד. עוד כתב דמדתם 'וצריכין להתיר לו' משמע דר"ל כסתם התרת נדוי שהוא בג' וכטוש"ע יו"ד של"ד ולא כמו שעלה "על דעת חכם אחד" לומר שכל מקום שנזכר בדברי האחרונים שהקהילות החרימו ע"ז דאין לו התרה כי אם בק' אנשים מג' קהילות מג' מדינות דהא לא מצינו שהחמירו בזה כי אם ברוצה לישא אשה על אשתו הראשונה משום צורך שהתירוהו עליו להנשא ודוקא אחר היתר גדול כזה, אבל בשאר חרמות הקהילות או דרבינו גרשום לא מצינו זה.

בתשובת **חת"ס (פת"ש א)** כתב על דבר איש רע מעללים שהכה באגרופ רשע לבן תורה שהוא מוחרם בחרם קדמונים עד שיקבל עליו לעמוד לפני העדה למשפט על כל הנעשה אך אין ברכותיו ותפלותיו כתפלת הכותים שאין עונים אחריהם אמן, שהרי ברכותיו כולם לה', אלא מחמת עונש וקנס נידוהו הקדמונים, ולא יצורף לדבר שבקדושה, ואם יתפלל בחזקה לא יענה הצבור אחריו אמן, "אך בעו"ה בנידון זה אשר אין איש שם על לב לענשו ולהפרישו וכל הציבור על ימינו, ולשחוק יהיה בעיניו אם יודע שאין היחידים הללו עונין אמן אחר ברכותיו, נמצא הם יפסידו עניית יהש"ר וקדושה והוא יעמוד במרדו ויוסיף חטא על פשע.. ואין בידינו להעמיד הדת על תילה, ואם באנו לדון כמוחרמים כל המחויבים נדוי ע"פ תקנת רבותינו ז"ל בזה"ז, לא נוכל להתעסק עם רוב בנין אנשי הדור הזה".

סעיף ב

החובל בחבירו מתי לוקה?

ע"פ **כתובות לה.** פסק בשו"ע "הכהו מכה שאין בה שוה פרוטה לוקה, כיון שאין בה חיוב ממון. (ע"פ ב"ק פח. ומכות ט. -) ואפילו הכה עבד כנעני לוקה הוא שהרי חייב במצות (ה"ה וב"י: הכי אסיקנא

התם דעבד אחיו הוא במצות והרי הוא כאשה, ודלא כטור והרמב"ם במקום אחד שכתבו דהעבד ישל אחרים, דאפילו אם הוא שלו למה לא יתחייב מלקות על הכאה שאין בה שוה פרוטה שאע"פ שהוא עבדו כיון שהוא חייב במצות לא ניתן לו רשות להכותו), אולם הסמ"ע (ו) יישב דעת הרמב"ם והטור דכיון דנתבאר דבמכה שיש בה שוה פרוטה משלמין ואין לוקין וחייב תשלומין לא שייך במכה עבד שלו דמה שקנה עבד קנה רבו, ומשו"ה גם בהכאה דפחות משוה פרוטה לא מצינו גבי אדונו שום חיוב, דאם באנו לחייבו עליה מלקות יבוא להכותו מתחילה מכה רבה שיהיה בה שוה פרוטה כדי שיפטר מכל וכל, ומשו"ה סתמו הטוש"ע בסימן תכד/ג דהחובל בעבדו הכנעני פטור וכ"כ הרמב"ם ודוחק לומר דאייירי דוקא בחבלה שיש בה שוה פרוטה ומעלה ולא בפחות ממנה. הש"ך (א) הסכים עם הסמ"ע ודלא כב"ח, וכ"ד השב"י ו**חכם צבי** (פת"ש ב), ואילו הגר"א (צוין בסוף הפת"ש) כתב דהטור כתב 'חבירו' משום דבשלו אף ביש בה שוה פרוטה לוקה כיון שאינו משלם דלא כסמ"ע "שכתב דברים זרים מאוד".

סעיף ג

ע"פ משנה ב"ק פג: פסק בשו"ע "החובל בחבירו חייב בחמשה דברים נזק צער רפוי שבת בושת, (ירו' ופוסקים -) אם החבלה בענין שיש בה כל החמש {י"א דצריך ליתן לו ג"כ תוספות מזונות הצריכין בחליו ממה שהיה אוכל כשהיה בריא ונ"ל דבכלל ריפוי יחשב (נ"י עפ הירו', כלומר שמתחלה היה יכול לאכול ירקות ודגים ועתה אינו יכול לאכול אלא ביצים ותרנגולים)} ואם אין בה אלא ד' משלם ד', ואם ג' ג', ואם ב' ב', ואם א' א' (וכן משמע בגמ' אצלנו, ב"ק)".

כתב הש"ך (ב) ע"פ הרמב"ם סמ"ג ועוד דה' דברים משתלמין מן היפה שבנכסיו כדין כל המזיקין דאמרינן בדף ה' כלם כאבות הן לשלם ממיטב.

סעיפים ד - ה

החובל בחבירו, מתי חייב לשלם חמשה דברים? מתי ארבעה? מתי שלשה? מתי שנים? ומתי דבר אחד? כתוב את הכלל ופרט לכל מקרה.

כתב השו"ע (ד) (משנה שם -) כיצד קטע ידו או רגלו או אצבע אחד או שחסרו אחד מכל אבריו נותן לו כל ה' הדברים. (ה) (כרבא דף פו. -) הכהו על ידו וצבתה וסופה לחזור או הכהו על עינו ומרדה וסופה לחזור אין כאן נזק ונותן לו שאר ארבע דברים. (ו) (רמב"ם -) הכהו על ראשו וצבתה, אין כאן נזק ושבט, ונותן לו שאר השלשה דברים (ה"ה): פשוט כשאין כאן שבת דאינו בטל ממלאכתו ונזק לא חשבינן ליה לא בהא ולא בההיא כיון דסופו לחזור אין לו נזק אע"ג דאי מיזדבן השתא היה נגרע מערכו) (ז) (רמב"ם ע"פ ירו' -) הכהו במקום שאינו נראה (בשעת המכה דתרתיה בעינן, סמ"ע) ולא ראהו שום אדם (ראב"ד, ולרמב"ם פשיטא היא, ה"ה), אינו נותן לו אלא צער וריפוי. (ח) הכהו במטפחת שבידו או בשטר וכיוצא בזה (והוא מכת 'טומוס' הנזכרת שם) אין כאן אלא בשת {וי"א דוקא שהוא במקום רואין (ראב"ד, וגם זה נכון, ה"ה)}".

סעיפים ו - יא

כתב השו"ע (ט) (משנה שם וגמ' פד: -) כוואו בשפוד על צפרנו במקום שאינו עושה חבורה ואינו מעכבו ממלאכה אינו נותן אלא צער {ואם היה במקום רואין חייב בבושת (ה"ה)}. (י) (פה: -) השקהו סם, או שסכו סם ושינהו ממראה עורו, אינו משלם לו אלא ריפוי בלבד. (יא) הכניסו בחדר וסגר הדלת עליו ובטלו ממלאכתו, אינו נותן לו אלא שבת בלבד, (רא"ש מסברא והביא ראיה מתוס' סנה' ע"ז -) אבל אם היה כבר בחדר וסגר עליו מלצאת הוי גרמא בנזקין ופטור מדיני אדם".

סעיף יב

ע"פ פו. פסק בשו"ע "גילח שער ראשו, אינו נותן לו אלא בושת, סכו בסם עד שאין סוף השער לחזור, חייב בה' דברים, שהרי מצטער מן הסם, ושבט שהרי הוא ראוי לרקד ולנדנד ראשו בשעת ריקוד, ונמצא בטל ממלאכה זו".

כתב הסמ"ע (יד) דבסיפא יש לגרוס 'ולנדנד ראשו' ולא 'שער ראשו' כפי שבטור, דהנדנד בראשו בשעת ריקודו נעשה גם בלא שערות דאל"כ גם בגילח לו שערות היה לו לחייב, ועוד דא"כ בכלל נזק יחשב וכיון דכבר שילם לו נזקו דמי שערות שלו, בכללו הוא השבת דשערות, אלא שכל זמן שראשו עליו יכאב אינו יכול להתעסק במלאכת ריקוד ונדנד ראשו והוא שבתו. עוד כתב דהאי שבת לאו בכל ענין מתחייב בו אלא כמלאכתו היא בכך וכן הוא לשון הטור 'ושבת אם הוא יודע לרקד בו'.

סעיפים יג – יד

ע"פ פו. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המחסר את חברו אבר שאינו חוזר, חייב בכל הה' דברים, אפילו הפיל שינו, חייב בכל, שאי אפשר שלא יחלה פיו שעה אחת, אע"פ שהשן אין לו רפואה, בשר השיניים צריך רפואה. (יד) אפילו חסרו כשעורה מעור בשרו, חייב בה' דברים, שהעור אינו חוזר אלא צלקת, לפיכך החובל בחבירו וקרע העור ויצא ממנו דם, חייב בה' דברים", והקשה ה"ה (ב"י וסמ"ע) דצ"ע דבחובל בביתו בב"ק פ"ח משמע דאינו חייב בצלקת כי אם בחבלו בפניה דשם יש הקפדה ברושם וכאן סתם, ויישב הסמ"ע (טו) דיי"ל דדוקא בתו אינה מקפדת עם אביה בשאר מקומות משא"כ איש זה עם איש אחר.

סעיף טו

כיצד משערים נזק צער שבת ריפוי ובושת? (וכן לקמן)

ע"פ משנה פג: פסק בשו"ע "כיצד משערים הה' דברים, נזק אם חסרו אבר או חבל חבורה שאין סופה לחזור שמין אותו כאלו הוא עבד נמכר בשוק כמה היה שוה קודם שחבל בו וכמה נפחתו דמיו אחר החבלה, וכך יתן לו {ואם היה בעל אומנות כגון נוקב מרגליות, וקטע לו ידו, משערינן הזיקו כפי מה שהוא, אבל אם קטע רגלו, שאין מזיק לו כל כך, משערינן הזיקו כאילו לא היה בעל אומנות (רא"ש - אם היה עבד נוקב מרגליות ושבר רגלו שמין עבד נוקב מרגליות כמה נפחתו דמיו בשביל חסרון רגלו והוא דבר מועט ואם קטע ידו הוא דבר מרובה ומיהו שומא זו ששמין לאדם כפי מלאכתו היינו דוקא להוסיף בשומא כגון אם קטע ידו של עבד נוקב מרגליות אבל אם קטע רגלו והיתה שומתו פחותה משומת עבד העומד לשימוש ולעשות מה שיצוה רבו לפי שהעבד נוקב מרגליות אין רבו מקפיד כל כך על חסרון רגלו שראוי הוא למלאכתו ראשונה ויותר יהיה קבוע במלאכתו ישומו כאילו לא היה נוקב מרגליות דמסתבר שלא יפסיד באומנותו שאם ירצה לא יעשה דבר זה ויהיה כשאר כל אדם הנמכר לכל מיני תשמיש, הובא בטור והמחבר בסעי' י"ז וסמ"ע וזו כוונת הרמ"א, אולם דעת הרש"ל דלענין נזק אין חילוק בשום בני אדם בעולם אלא שמין אותו כעבד שאינו בשום מלאכה, והש"ך דחהו דמ"מ אין טעם לדבריו דהא מכל מקום הזיקו הוא רב יותר מעבד שאינו יודע שום מלאכה) {".

כתב הסמ"ע (טז) דהא דנמכר כאלו הוא עבד נמכר בשוק, דעת רש"י ונ"י כאילו נמכר להיות ע"ע, ואילו דעת הרא"ש כתב שם כמו ע"כ דנמכר לעבד לעולם כי גם חסרון אברו הוא לעולם משא"כ עבד עברי שאינו נמכר אלא ל' שנים ואם באנו לשומו בכל ו' שנים פעם אחר פעם יעלה לערך יותר ממה שיעלה הערך כששמין אותו פעם אחת (וכ"ד התוס', קצות). עוד כתב הסמ"ע דאפילו הוא אדם חשוב שיימנן נזקו כעבד, ואשר נגע בכבוד חשיבותו זהו משלם לו בכלל בושת שהיא משתלמת לפי המתב"ש כדלקמן אבל לענין נזק הכל שוין.

סעיף טז

ע"פ פה. פסק בשו"ע "צער כיצד, הרי שקטע אצבעו, אומדים כמה אדם רוצה ליתן בו לקטע לו אבר זה בסייף או לקטוע אותו בסם, אם גזר המלך לקטוע אבר {בסייף (רש"י)} ומה שיש בין זה לזה משלם לו (אבל אין לשום במי שנכתבה ידו למלכות לחתכה בסם כמה ירצה ליקח שיחתכה בסייף שחומרא זו למזיק שאין אדם לוקח ממון כדי לקבל צער אבל זה כבר נצטער, טור)", וכתב הרמ"א ע"פ הרא"ש "ובמקום דאיכא צער לחוד, משערין אם היה גוזר המלך לכוות אותו בשפוד על צפרנו וכדומה, כמה היה נותן להנצל מצער זה" - דלא כרמב"ם שכתב שמשערין כמה אדם כיוצא בזה לוקח להצטער בכך, והרא"ש חלק דאין שמין כך דאין שום אדם רוצה ליקח שום ממון כדי לקבל צער אלא שמין מי

שחייבוהו מלכות ליכוות בשפוד על צפרנו כמה היה נותן שלא יכווהו ושומא זו קלה להוציא ממון להנצל מצער מליקה ממון לקבל צער.

ביאר **הסמ"ע** (יח) ברישא ע"פ הרא"ש שהרי גם כאן גזר המלך הש"י שכאשר עשה וחתכו לחבירו בסיף כן יעשה לו, אלא שלמדנו שעשייה זו היא נתינת ממון, ומשו"ה אף שישלם לו דמי נזק ידו עדיין עליו לשלם מה שציערו בקטיעת היד, ומן הדין עליו לשלם לו דמי צער קטיעת סיף כמו שעשה, אלא שמשום דמה שקיטע ידו דחבירו כבר נעשה, ולקטוע ידו לכתחילה אין אדם לוקח דמים הרבה, משו"ה אמרו חכמים לשער כמה היה כשהיה נותן לחתוך בסם למי שנגזר עליו חתיכת סיף, דמדכתיב ובער בשדה אחר ואמרו חז"ל שלא ישום הערוגה שהזיקה לבד אלא ישומו אגב כל השדה לימדנו שהתורה חסה על המזיק להקל לו בשומא.

עוד כתב **הטור** "פר"י כששמין הצער אין שמין אלא צער של **שעת המכה** אבל צער הנמשך אח"כ אינו משלם, ורבינו **משולם** כתב שמשלם הכל וכן היא מסקנת **א"א הרא"ש**, אולם **הב"י** כתב דמשמע ברא"ש שמסקנתו כר"י.

סעיף יז

פו. "איתמר הכהו על ידו וצמתה וסופה לחזור אמר אביי נותן לו שבת גדולה ושבת קטנה ורבה אמר אינו נותן אלא דמי שבתו שבכל יום ויום" ופירש **רש"י** "שבת גדולה - דמי ידו. ושבת קטנה - כל ימים שיפול למשכב רואין אותו כאלו הוא שומר קישואים. שבכל יום ויום - עד שיחזור לקדמותו נותן לו בכל יומו כמו שנשכרים פועלים בשוק ולא כשומר קישואים דהא לרבה לא יהיב ליה דמי ידו", ופסקו **הרי"ף** **רמב"ם** ו**רא"ש** כרבה וכנ"ל, וז"ל **השו"ע** ע"פ הנ"ל והמשנה **בפג:** וגמ' "כיצד משערין השבת, אם לא חסרו אבר אלא חלה ונפל למשכב, או צבתה ידו וסופה לחזור, נותן לו שבתו של כל יום ויום כפועל בטל (רא"ש -) של אותה מלאכה שבטל ממנה, ואם חסרו אבר כגון שקטע ידו, נותן לו דמי ידו שהוא הנזק, ושבת רואין אותו כאילו הוא שומר קישואין, ורואין כמה הוא שכר שומר קישואים בכל יום, ועושין חשבון כל ימי חוליו של זה ונותן לו, וכן אם קטע רגלו (שניהם), וכן גבי סומא לקמן, ב"י סמ"ע ע"פ הרא"י רואין אותו כאלו הוא שומר על הפתח. סימא את עינו, רואין אותו כאלו הוא טוחן בריחים וכן כל כיו"ב {**רא"ש** -} ודוקא בסתם בני אדם שאינן בני אומנות, אבל אם הוא בן אומנות ויכול לעסוק במלאכתו אחר חליו, משערין השבת כפי המלאכה דבטל מיניה (כגון אם הוא מלמד תינוקות וקיטע את ידו או שיבר את רגלו, לאחר שיתרפא הוא ראוי למלאכתו, וגם אם היה נוקב מרגליות ושיבר את רגלו לכשיתרפא ראוי הוא למלאכתו ולמה ישומו אותו בימי חליו כשומר קישואין, **טור** בשמו)"}.

כתב **הסמ"ע** (כ) דמש"כ דנותן לו כל ימי משך חליו בכל יום ויום כמו שנותנין לשומר קישואין ר"ל דנותנין לו מיד הריפוי והשבת דכל ימי חליו והוא לטובת המכה וכדלקמן בסע' הבא וזהו שדקדק הרמב"ם שעושין חשבון כל ימי חליו של זה ונותן לו ר"ל נותן לו מיד בפעם אחת.

סעיף יח

ע"פ ברייתא **צא**. וכלשון **הרמב"ם** פסק **בשו"ע** "כיצד משערין הריפוי, אומדים בכמה ימים יחלה מחולי זה, וכמה הוא צריך ונותן לו מיד (כלשון הברייתא 'חמשה דברים אומדין אותו ונותנין לו מיד'), ואין מחייבים אותו לתת דבר יום ביומו, ודבר זה תקנה הוא למזיק, וכן השבת אומדין אותו ונותן הכל מיד, אם היה מתגלגל בחוליו והולך וארך החולי יותר על מה שאמדוהו, אינו מוסיף לו כלום, וכן אם הבריא מיד אין פוחתין ממה שאמדוהו".

ביאר **הסמ"ע** (כא) דהא דנותנים לו מיד משום תקנת המזיק ר"ל דאם היה צריך לתת לו שכר ריפוי דבר יום ביומו שמא יתרשל המוכה ברפואתו באמרו דמי הרפואה הן על המכה אצערנו בזה כדי שיוציא הרבה דמים וזה שמסיק וכתב דאם היה מתגלגל וארך החולי אינו מוסיף לו כלום, ועוד דכמה סיבות וגרמות הן דימשך חליו, ואף דלפעמים יהיה למכה בזה הפסד, דאם הבריא מיד דאין פוחתין לו מהאומד כדמסיק, זהו דבר שאינו שכיח דיבריא קודם זמן שאמדוהו לכך.

סעיפים יט – כ

פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "אמר המזיק אין רצוני בתקנה זו אלא ארפאנו דבר יום ביומו שומעין לו (ה"ה): שהרי אינו חייב אלא ברפואתו ושבתו והרי הוא נותן ונכון הוא, ויצא לו כן מדין צמחים דלקמן), הרי שלא פסק עמו אלא היה מרפא יום יום (פג: פה. וכת"ק -) ועלו בו צמחים מחמת המכה או נסתרה המכה אחרי שחייתה, חייב לרפאותו ולתת לו דמי שבתו; עלו בו צמחים שלא מחמת המכה, אינו חייב לרפאותו ולא לתת לו דמי שבתו (כראב"ד וטור, ודלא כגירסא ברמב"ם "חייב לרפאותו ופטור מדמי שבתו"), (כ) עבר על דברי הרופא והכביד עליו החולי, אינו חייב לרפאותו (סמ"ע ע"פ הגמ': אפילו א"ל אתלא כל מיני מתיקה והוא אכלם ועלו בו צמחים, כיון דעבר על דברי הרופא שלא מחמת מכה מיקרי)."

עמש"כ המחבר 'הרי שלא פסק עמו' וכו' כתב הסמ"ע (כב) דמשמע דאפילו סתמא נמי כל שלא פסק ונתן דבר יום ביומו ועלו בו צמחים חייב בריפוי ושבת הצמחים, משו"ה דרך המכה לדרוש טובתו ולפסוק וכנ"ל בסעי' י"ח, ודלא כלבש שכתב 'אמר המזיק ליתן דבר יום ביומו ועלו בו צמחים', דבלא אמירה כן נמי דינא הכי.

סעיפים כא – כג

ע"פ פה. פסק בשו"ע "כא) אמר לו המזיק אני ארפא אותך או יש לי רופא שמרפא בחנם, אין שומעין לו אלא מביא רופא אומן ומרפאו בשכר (ב"י וסמ"ע: מפרש טעמא בגמ' דאם אמר אני ארפאך יאמר לו דמית עלי כאריא ארבא, ועל רופא אחר חנם יאמר רופא שאינו מקבל תשלומין אין מדקדק ברפואתו, ובטור כתב האי טעמא בתרא גם א"אם א"ל אני ארפאך דשייך בשניהם). (כב) אם יאמר המזיק אביא לך רופא ממקום רחוק שיקח שכר מועט יכול הנחבל לומר לו הרופא שהוא במקומו מדקדק יותר, שלא יפסיד המחאתו. (כג) אמר הנחבל תן לי שכר הרופא ואני ארפא את עצמי, יכול החובל לומר לו שמא לא תרפא עצמך יפה ויקראו אותי מזיק לעולם".

סעיף כד

ע"פ משנה פג: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "כיצד משערין הבושת הכל לפי המבייש והמתבייש, אינו דומה מתבייש מהקטן למתבייש מאדם גדול ומכובד שזה שביישו הקל בושתו מרובה {וכן המתבייש לפי מה שכבודו גדול בושתו מרובה (טור, כרבי יהודה בדף פ"ו ודלא כרא"ש שפסק כר' שמעון, גר"א, [וראה ישי"ש ח, טז]}. והמבזה כהן בושתו יותר גדולה מבאיש אחר (ריב"ש)"}."

עמש"כ 'שזה שביישו הקל בושתו מרובה' כתב הסמ"ע (כה) דדעת הר"ן ורש"י בכתובות מ' דבושת אדם בינוני מרובה משל אדם נכבד ומזולזל חוץ באונס ומפתה שבושת הקל והמזולזל בושתו יותר, והגר"א כתב שדעת הרמב"ם טור ורש"י במשנה דלא כרש"י שם.

סעיף כה

החובל בחבירו מתי חייב בדיני שמים? (וראה גם לקמן סעי' כ"ח ול"ב)

ע"פ פה: צא. פסק בשו"ע "צעק באזנו וחרשו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, אחזו ותקע באזנו וחרשו (אף דלא תקע באזנו אלא הכה על הכותל כנגד אזנו ונתחרש, סמ"ע בשם המרדכי), או שהכהו באזנו וחרשו, נותן לו דמי כולו אם אינו בעל אומנות (אבל אם תקע בו בלא אחיזה ונתחרש על ידי כך פטור וכדתניא, ב"י). (תוס' ורא"ש -) ואם הוא בעל אומנות וראוי עדיין לאותו אומנות רואים כמה נפחתו דמיו ונותן לו (והביאו ראיה מדתנן בערכין ב' דחרש נידר ונערך אלמא יש לו דמים)".

כתב הפת"ש (ד) עמש"כ 'רואים כמה נפחתו דמיו' דכתב בדגו"מ דהיינו שאינו צריך ליתן דמי כולו ששוה לפי אומנותו, דהא עדיין ראוי לאומנות הזה, אבל עכ"פ צריך ליתן דמי כולו ששוה אילו לא היה בעל אומנות, אלא שאם הפחת שנפחת לפי אומנות שלו עולה יותר מדמי כולו אם לא היה בעל אומנות, נותן לו הפחת הזה.

סעיף כו

פה: "בעי רבא קטע את ידו ולא אמדוהו שיבר את רגלו ולא אמדוהו סימא את עינו ולא אמדוהו ולבסוף חירשו מהו מי אמרינן כיון דלא אמדוהו בחד אומדנא סגי ליה ויהיב ליה דמי כוליה בהדי הדדי או דלמא חדא חדא אמדינן ויהבינן ליה נפקא מיניה דבעי למיתב ליה צער ובושת דכל חדא וחדא נהי דנוק וריפוי ושבט דכל חדא וחדא לא יהבינן ליה דכיון דקא יהיב ליה דמי כוליה כמאן דקטליה דמי והא יהיב ליה דמי כוליה, צער ובושת מיהת דכל חדא וחדא יהיב דהא הוה ליה צער ובושת, ואם תימצי לומר כיון דלא אמדוהו קא יהיב ליה דמי כוליה בהדי הדדי אמדוהו מהו מי אמרינן כיון דאמדוהו חדא חדא בעי למיתב ליה או דלמא כיון דלא שלים יהיב ליה דמי כוליה תיקו". גבי לא אמדוהו פסק הרמב"ם כאת"ל, דכן דרכו.

כתב הרא"ש גבי הסיפא דכמאן דגבוי דמי דאין נפקותא אלא לפי עילוי שומא פרטית לכללית למה יעשה שומא אחרת אחרי שכבר נתחייב בשומא ראשונה, ופסק דלענין נזק ושבט אין חילוק בין חד אומדנא ובין כל אבר ואבר לבד ובכל שומא שמין כמה נחסרו דמיו בשביל אותו אבר עד שיצטרפו כל אבריו יחד וגם שבת שבין הכאה להכאה פשיטא שנותן לו כי עדיין הוא ראוי למלאכה כשיתרפא כל זמן שלא חרשו ואין חילוק אלא לענין צער וריפוי ובושת ודבר פשוט שצריך ליתן לו צער וריפוי ובושת של כל מכה ומכה בפני עצמה אבל יותר יעלו כשישומו כל מכה ומכה בפני עצמה ממה שיעלו כשישומו כאילו עשאו כולו כאחד ואין ביניהם אלא דבר מועט אבל בנזק ושבט אפילו חילוק מועט כזה אין ביניהם כי שמין כל אבר ואבר בפני עצמו, והרמב"ם כתב "אמדוהו לכל נזק ונזק ואח"כ אמדוהו לכולו אין גובין אלא דמי כולו בלבד ואם תפש הניזק נזק של כל אבר ואבר ודמי כולו אין מוציאין מידו" – וכתב ה"ה דנראה שמה שכתב דנותן לו דמי כולו אינו למעט צער וריפוי ובושת דכל אחת אלא למעט הנזק והשבת דכיון דנותן לו דמי כולו אין אומדין הנזקין מוחלקים אלא הרי הוא בכלל האחרון, אלא דיקשה לזה הגירסא הכתובה במקצת ספרים, לפיכך פירשו התוס' דאע"ג דצער ובושת וריפוי יהיב ליה לא שיימינן כולו כהדדי ונפקא מינה שהשומא שנעשית על כולן ביחד אינו עולה כל כך כשומא שעושין לכל אחת בפני עצמה ולזה הסכים הרשב"א וכ"ד הרא"ש "ואפשר שאף זו דעת רבינו".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "סימא עינו ולא אמדוהו [קטע ידו ולא אמדוהו] וקטע רגלו ולא אמדוהו, ואח"כ חרשו, הואיל ולא אמדוהו מכל נזק ונזק, נותן לו דמי כולו {ומחוייב ליתן צער וריפוי ובושת של כל מכה ומכה רק שאומדים הכל ביחד (רא"ש)}. אמדוהו לכל נזק ונזק, ואחר כך אמדוהו לכולו, אין גובין ממנו אלא דמי כולו בלבד, ואם תפש הניזק נזק כל אבר ואבר ודמי כולו, אין מוציאין מידו {וכבר נתבאר סימן שפ"ח דיש חולקין (ר"י) וסבירא להו דלא מהני תפיסה}."

סעיף כז

[מזיק שמבקש זמן עד שישלם על נזק ובושת האם בי"ד נותנים לו? פרט.]

משנה צ: "מעשה באחד שפרע ראשה של אשה ובאת לפני רבי עקיבא וחייבו ליתן לה ארבע מאות זוז אמר לו רבי תן לי זמן ונתן לו" ובגמ' "ומי יהבינן זמן והאמר רבי חנינא אין נותנין זמן לחבלות כי לא יהבינן ליה זמן לחבלה דחסריה ממונא אבל לבושת דלא חסריה ממונא יהבינן", וז"ל השו"ע "כשבית דין מגבין לנחבל ארבעה דברים, אין נותנים לחובל בהם שום זמן. אבל אם לא עשה בו דבר אלא שביישו, נותנים לו זמן כיון שלא חסרו ממון".

כתב הסמ"ע (לא) דלבושת של חבלה אין נותנין זמן, כיון שלשאר דברים שגובין בחבלה אין נותנין זמן כיון דיש בהן חסרון ממון, אגבן גובין ג"כ צער ובושת אע"ג דלית בהן חסרון ממון, ודוקא בדבר שאין גובין עליו אלא דמי בושת לחוד הוא דנותנין זמן, וה"ה צער כשהוא לחוד כגון כואו בשפוד במקום שאין רואין, כיון דלית ביה חסרון ממון נותנין לו זמן.

כתב הש"ך (ד) דמשמע דאין נותנין זמן לחובל אפילו זיל נכסי דנתבע, ודוקא כשנתחייב בדין אבל אם מבקש זמן להביא עדים לפטור נותנים זמן אף לחבלות אם זיל נכסיה כדמוכח בתוס' והרא"ש בב"ק מ"ו, ודלא כב"ח.

סעיף כח

ע"פ בעיא דאיפשטא **צא**. כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "כשם שאומדים למיתה כך אומדים לנזיקין, כיצד, הרי שהכה חבירו בצרור קטן שאין בו כדי להזיק, או בקיסם של עץ קטן, וחבל בו חבלה שאין חפץ זה ראוי לעשותו הרי זה פטור (שבו"י בפת"ש: דעת רש"ל דמ"מ חייב בדיני שמים דלא גרע מהמבעית את חבירו ושאר דיני גרמא, וליתא דלא דמי כלל להמבעית את חבירו דה"ל לאסוקי אדעתיה שדרך בני אדם להיות נבעתים, והכא לגמרי פטור כסתימת לשון הש"ס וכל הפוסקים), שנאמר באבן או באגרוף דבר הראוי להזיק, (רמב"ם -) אבל חייב הוא בבושת בלבד (פשוט, ה"ה), שאפילו רקק בגופו של חבירו חייב בבושת (אבל בבגדו לא, גמ'), לפיכך צריכים העדים לידע במה הזיק, ומביאין החפץ שהזיק בו לבית דין, עד שאומדין אותו ודנין עליו. (רמב"ם -) ואם אבד החפץ ואמר החובל לא היה בו כדי להזיק, ונחבל אומר היה בו כדי להזיק, ישבע הנחבל ויטול (ה"ה: אינו מבואר בגמ' אבל נכון הוא מן הטענה שכתב הראב"ד – ומה במקום שאין העדים יודעים אם חבל בבעל הבית או חבל הוא בעצמו אמרו נשבע ונוטל לפי שאין דרך שיחבל אדם בעצמו והולכין אחר החזקות כאן שראו העדים שחבל בו ואין דרך אבן קטנה לחבלה גדולה כזאת לא כ"ש שיהא זה נאמן בשבועתו)".

כתב הסמ"ע (לה) דאפילו אם מאבן קטן נעשה חבלה גדולה ונתבייש בה אף דאינו חייב אשאר הדברים, מ"מ אבושת שנתבייש בה חייב, וראיה לזה שהרי אפילו רקק בחבירו שהוא ענין קל חייבוהו בבושת.

סעיף כט

ע"פ סנהדרין עו: דלענין מיתה ברזל אין צריך אומד וכל שכן לענין נזקין, פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הברזל אין לו אומד, אפילו מחט קטנה ראויה היא להמית (דברברזל לא כתיב 'אשר ימות בו'), ואין צריך לומר להזיק, (ה"ה ע"פ הגמ' שם -) ודוקא כעין מחט שהיא חדה, אבל אם לא הזיק אלא מחמת משקלו, שאינו מחודד כלל, אומדים אותו כשאר דברים (סמ"ע: ה"ה אפילו אם הוא מחודד אלא שלא המית בחידודו אלא במשקלו פטור דזיל בתר טעמו)".

סעיף ל

ע"פ ב"ק לג. וכדעת הרי"ף בהכרעה בין הלשונוות פסק השו"ע וכלשון הרמב"ם "הזורק אבן ולאחר שיצאה מתחת ידו הוציא הלה ראשו מהחלון וקבלה פטור מכולם, שנאמר ומצא את רעהו פרט לממציא את עצמו".

סעיף לא

פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם ע"פ משנה צ. "החובל בעצמו אף על פי שאינו רשאי, פטור, אחרים שחבלו בו, חייבים (ולא תימא כיון דזה עובר על דעת המקום במה שחבל בעצמו אף שאינו רשאי וגם אנו רואים שאינו מקפיד בצערו וחבלתו שהרי חובל בעצמו, גם אחרים שחבלו בו יהיו פטורים, סמ"ע) "ודלא כרמ"ה דאינה הלכה אלא האדם רשאי לחבול בעצמו, וכתב הב"י שטעם הרמ"ה מדאמרינן בגמ' (צא:) דתנאי היא דתניא אמר רבי אלעזר הקפר וכו' ומשמע ליה לרמ"ה דבשום דוכתא לית הלכתא כרבי אלעזר הקפר.

סעיף לב

צא. "הוא דאבעית נפשיה כדתניא המבעית את חבירו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים כיצד תקע באזנו וחירשו פטור אחזו ותקע באזנו וחירשו חייב", וז"ל השו"ע "המבעית את חבירו, אף על פי שחלה מהפחד, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, והוא שלא נגע בו, כגון שצעק לו מאחוריו, או שנראה לו באפילה וכיוצא בו, וכן אם צעק לו באזנו וחירשו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, אחזו ותקע לו באזנו וחירשו, או שנגע בו והדפו בשעה שהבעיתו, או שאחזו בבגדיו, חייב בתשלומין".

סעיף לג

ע"פ הרמב"ם דכתב "יראה לי" וכו' פסק בשו"ע "אם הנחבל אומר נחרשתי או נסמית עיני ואיני רואה או איני שומע, אינו נאמן, שאין אנו מכירים הדבר ושמה יערים, ואינו נוטל הנזק עד שיבדק זמן מרובה ויהיה מוחזק שאבד מאור עיניו או נתחרש, ואח"כ ישלם זה".

סעיף לד

ע"פ פו: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המבייש את הערום או מי שהוא בבית המרחץ פטור. נשבה בו הרוח והגביה בגדיו ונראה ערום, ובא אחר והוסיף בהפשטתו, חייב בבשת, ומ"מ אין בושתי של זה מרובה כמו המבייש את שאינו ערום כלל, וכן אם הגביה בגדיו לירד לנהר, או שעלה מנהר, וביישו חייב, ומ"מ אינו כל כך בושתי כמו שמבייש המלוכס", וכתב הסמ"ע (וכן הוא בקיצור בטור וב"י) דהמחבר נקט כרמב"ם ומדכתב המבייש את הערום מוכח דס"ל כרש"י דאפילו ביישו בכל מיני ביוש שרקק בו או הכהו אפ"ה פטור מהבושת כיון דלאו בר בושתי הוא במרחץ כיון שהולך ערום, וכ"ש כשהולך ערום בלא מרחץ, משא"כ כשאינו הולך ערום כל כך דאז בר בושתי מיקרי וחייב עליו אפילו כשבא אחר והגביה בגדיו קצת יותר, וכ"ש אם ביישו בענין אחר, וזה דלא כר"י בתוס' דכתב דגם כשהוא ערום או בבית המרחץ דאינו פטור כשמביישו בשאר ענינים, אלא דכשהוא רוחץ במרחץ דאז הוא כבר ערום לגמרי לא שייך בו בושתי דהפשטת בגדים, אבל כשהוא הולך לרחוץ בנהר והגביה בגדיו ובא אחר והגביהו יותר, או שנשבה בו רוח והגביהו ובא אחר והגביהו יותר, בזה קאמר הברייתא דביישו ערום בבית במרחץ או כשהוא ערום דחייב, ותמה על הרמ"א שלא הביא דעת ר"י שסתר פירוש רש"י.

סעיף לה

ע"פ בעיא דלא איפשטא בפו: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "ביישו כשהוא ישן ומת {בתוך שינתו (רמב"ם וטור)} שלא הרגיש בבושתי אין גובין אותו בושתי (דבעיא אם טעם דחייבתו התורה בושתי הוא משום כיסופא ידיה והכא לא שייך כיון שמת ופטור, או משום בושתי דבני משפחתו חייבתו התורה והרי הן בחיים וחייב), ואם תפסו יורשיו, אין מוציאין מידם {וי"א (רא"ש) שהוא פטור (דס"ל דבעיא איפשטא לפטור)}".

סעיף לו

ע"פ משנה פו: פסק בשו"ע "ישן שבייש פטור" דילפינן מ'והחזיקה במבושיו' דבבושת בעינן דוקא שיבייש בכונה, סמ"ע.

סעיף לז

ע"פ ברייתות שם פסק בשו"ע "המבייש את השוטה, פטור, את החרש או את הגר או את העבד או את הקטן (טור -) שכשמכלימים אותו נכלם - חייב, ומ"מ אינו דומה המבייש את הקטן למבייש את הגדול, ולא המבייש את העבד למבייש בן חורין, ולא המבייש חרש למבייש פקח.

סעיף לח

המבייש את חבירו בדברים, האם חייב בבושת?

ע"פ משנה צ. וגמ' פסק בשו"ע "רקק בחבירו חייב, אבל רקק בבגדיו או שביישו בדברים פטור, (רמב"ם -) ויש לבית דין בכל מקום ובכל זמן לגזור כפי מה שיראו, וי"א (רב שריא גאון) שמנדין אותו עד שיפייס המבויש (וכ"ד הרא"ש וכן מסתברא דיותר בושתי בדברים מבושתי של חבלה דאין דבר גדול כלשון הרע ודיבה שאדם מוציא על תבירו ונהגו בכל מקומות ישראל לעשות תקנה וסייג לבעלי הלשון ולקנוס המבייש לפי המבייש והמתבייש וכן יעשו ב"ד בכל ענין, וראה עוד בסימן א/ו)" וכתב הרמ"א "וי"א דמכין אותו מכת מרדות (מרדכי, דעבר על לאו דלא תנונו, אבל כיון דהוא לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו מלקות דאורייתא, סמ"ע), והמוציא שם רע על חבירו הוי בכלל המבייש בדברים (תה"ד). המקנטר חבירו ואמר לו איני מומר לעו"ג ואיני עבריין אע"פ שלא אמר כמוך הוי כאילו פירש כמוך

(מהרי"ו), והביא ראיה מב"מ ל"ג 'בעא רב חסדא מרב הונא תלמיד וצריך לו רבו מהו אמר ליה חסדא חסדא לא צריכנא לך'. האומר לחבירו הרי אתה עושה כמו ממזר או אתה כממזר אינו כלום **(מהרי"ו)**, ויש חולקין וס"ל שאם אומר אתה כממזר כאלו קראו ממזר **(תה"ד מהרי"ט ואגודה)**, אבל אם אומר אתה מכוב כמו ממזר עד שתתברר דבר זה או כיוצא בזה שהטיל בדבר תנאי אינו כלום **(תה"ד)**.

כתב **הסמ"ע** (נ) בשם הג' מרדכי דאם קראו משומד אחר שעשה תשובה הרי עובר חרם רבינו גרשום ואי לא ידע מן החרם וקראו שנטבע במי השמד אינו מיקרי עבריין, ועוד כתב בשמו דדין איש שחרף אשה שיתענה שני וחמישי ושני יושב יחף לפני בית הכנסת ויבקש מחילה על המגדל.

עוד כתב **הרמ"א** "האומר לחבירו פסול אתה", י"א דיכול לתרץ דפסול משום קורבה קאמר ואין זה ביוש **(מהרי"ו)**, ובשם ר' אביגדור הכהן דה"ה אם קראו בן הזונה יכול לתרץ דיבוריה דר"ל בן הפונדקית) ויש חולקין **(מהר"ם)**. **המדבר רע על שוכני עפר**, צריך לקבל עליו תעניות ותשובה ועונש ממון כפי ראות בית דין **(מרדכי)**, ואם קבורים בסמוך לו, ילך על קבריהם ויבקש מהם מחילה, ואם הם רחוקים ישלח שם שלוחו (ושלוחו יקח שנים מהעיר שנקבר שם וילך על קברו ויבקש מחילה בשם המחרף) **(מהר"ם)**. ואם כופר המבייש, אם הוא ביוש של שוכני עפר, יתנו חרם בעדות, אבל לא על ביושים אחרים **(מרדכי)**, ונראה דהכל לפי ראות בית דין, ועיין לעיל סימן פ"ז סעיף כ"ה. הקורא לחבירו מלשין בן מלשין, אם הוא לבד מלשין, פטור, וכן אם קורא לרשע בן צדיק רשע בן רשע **(הג' מרדכי)**. הקורא לחבירו עבד או ממזר, והוא אמת, פטור, אבל אם לא יוכל לברר, אע"ג דשמע כן שאחרים דברו כך, לא נפטר בכך **(נימוקי מהר"ם)**.

כתב **הסמ"ע** (נב) בשם מהר"ם על אשה אחת שיצא עליה קול שזינתה בטבריה וצוח לה אחד טבריה טבריה, דלא מיקרי ביוש בפרהסיא.

כתב **הש"ך** (ז) בשם האגודה דאם אדם טוען ביישתני בדברים או בשוכני עפר והלה כופר נראה דא"צ לישבע דלא נתקנה שבועת היסת על זה, עי"ש עוד בזה.

עוד כתב **הסמ"ע** (נו) בשם הדרכ"מ בשם מהר"ם דהאומר לחבירו ממזר או עבד או רשע או נואף או פסול או נבל לוקה, ואם קראו עובר על חרם, מלשין או גנב, הוי כקורא רשע ויורד עמו לחייו, ודעת ר"י דמותר להכותו דעובר על לאו דלא תונו, אבל אם קראו טמא או כלב או שאר חירופין אין בהן דין אלא צריך לפייס חבירו, ועוד הביא ממהר"י וייל דפסק באחד שחבל בחבירו להלקותו בבית הכנסת בין מנחה למעריב דהמגביה ידו על חבירו נקרא רשע וחייב מלקות, וגם הוצרך לעשות מחילה, וגם פסק ליתן לו זקוק כסף אם הוא עני, ואם הוא עשיר יתנו לעומלי תורה, וכן פסק גדול אחד על אחד שתלש שערו של חבירו ופסק ליתן לו זקוק כסף, אמנם אם יש מנהג בזה הכל לפי המנהג, וכתב הדרכ"מ דכל זה אינו אלא הוראת שעה לפי ראות עיני הבית דין שחטא המחבל, אבל מדינא אינו חייב מלקות וממון.

בהא דכתב הרמ"א דהקורא לחבירו עבד או ממזר והוא אמת פטור כתב **הפתי"ש** (ז) בשם **השב"י** דדוקא בענין זה שקראו עבד או ממזר שאינו תלוי בתשובה ואין לו תיקון ואדרבה מצוה לפרסמו שלא יתחתנו עמו, פטור, משא"כ בפיסול עבירה שיש לו תקנה כדאיתא בסוטה (ל"ב ע"ב), ואף שמדברי היש"ש משמע דבכל ענין שהבושת אמת אין קונסין אותו, דליתא, ובאגודה כתב דיותר יש להחמיר כשהוא אומר אמת מכשהוא משקר וראיה מדאמר (ב"מ נ"ח) בבן גרים ובעל תשובה שלא יאמר זכור וכו', ואף שאין ראיתו מוכרחת ד"ל דוקא היכא שידעינן שעשה תשובה או בת"ח דודאי עשה תשובה אבל לא בשאר כל אדם, מ"מ עיקר שאף על האמת יש דין בושת כל שמתכוין לביישו ולא למונעו מכאן ולהלן או לעשות בו דין, וכ"כ בפשיטות בתשובת **חות יאיר**.

כתב **רע"א** בשם רשד"ם דגם הקורא לחבירו עבד יכול לתרץ דבריו דעבר עברי קאמר אא"כ פירש דקראו עבד כנעני.

עוד כתב **רע"א** דמשמע מהרמ"א דבקורא ממזר אין מקום לתרץ דיבוריה, ואם אמר כן לאחר שאינו דר שם צ"ע אם יכול לתרץ דבריו דממזר היינו שהוא זר ונכרי כאן כדאיתא בקידושין ע"ב וצ"ע לדינא.

< עוד כתב **תה"ד** (ב"י) על ראובן שהוציא שם רע על שמעון ואשתכח שיקרא דאינו חייב לפייסו בממון אע"ג דיורד עמו לחייו שהורע חזקתו גרמא בעלמא הוא ואם ירצה שמעון שלא להתפייס ולנטור לו

איבה אין איסור בזה כדאיתא בסמ"ג ובמרדכי דמיייתי ירושלמי אהא שלא יהא המוחל אכזרי הדא דתימא שלא הוציא עליו שם רע אבל הוציא עליו שם רע אין לו מחילה עולמית, וטעמא רבא אית ביה דדילמא אינש שמע באפוקי קלא בישא ולא שמע דפייסו ולא נפיק האי גברא מיד חשדא.

[במאמר של הרב הלל גפן פיצוי על הוצאת דיבה בכלי התקשורת העלה שדרך המאבק היעילה ביותר בימינו בהוצאות דיבה היא ע"י תקנה המחייבת את מוציא הדיבה לשלם פיצוי כספי, ועוד כתב שחוק הכנסת יכול להיחשב כתקנת הקהל כאשר כוונתו למיגדר מילתא ואין הוא מנוגד לחוקי התורה, ומשכך ב"ד רשאי להסתמך על חוק הכנסת ולחייב מוציא דיבה בפיצוי כספי, וראה עוד בזה בחוברת של מכון פסקים 'דין בוש' ולשון הרע בזמן הזה', ובפרט במאמר של הרב ניר אביב שם, ובתחילה סיכם ש"המורס מכל האמור הוא שאי אפשר לחייב ממון על עוגמת נפש אלא לכל היותר לנדות את הגורם במזיד", אלא דיש אפשרות לחייב מדין "קבלוהו עליהו" שבשטר בוררות שחותמים הצדדים לאפשר תשלומי גרמא וכו' י"ל שלשון הרע כלול בזה, ולבסוף נקט (כהצעה) "לתמחר" הביוש ע"פ מש"כ הישי"ש לתרגם כל דיבור לשון הרע כנגד מלקות וצריך לשלם ח' זהובים שהם בערך סך של 1000 ש"ח עיי"ש].

סעיפים לט - מ

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "אף על פי שהמבייש בדברים אינו בר תשלומין עון גדול הוא ואין המחיר ומגדף לעם ומביישן אלא שוטה רשע וגס רוח (ה"ה: מפורש בכמה מקומות). וכל המלבין פני אדם כשר מישראל בדברים, אין לו חלק לעולם הבא (ב"מ נ"ט)", ובסעי' מ' כתב השו"ע "דין המבייש ת"ח (ש"ך: וראשים וממונים הקהל כת"ח) בדברים נתבאר בטור י"ד סימן רמ"ג סעי' ז"י".

סעיפים מא - מד

ע"פ כז: פח. צ. וכדעת הרמב"ם וב"י ברי"ף פסק בשו"ע (מא) יש הכאות רבות שיש בהם ביזוי וצער מעט ואין בהם נזק, וכבר פסקו להם חכמים דמים קצובים, וכל המכה את חבירו הכאה מהן משלם אותו הממון הקצוב, וכולם קנסות הן, ואותו הממון הקצוב הוא דמי הצער והבושת והריפוי והשבט (דלא כרמ"א לקמן), בין צריך לרפואה בין לא צריך, זהו משלם. וכמה הוא משלם, הבעט בחבירו ברגלו, משלם ה' סלעים, הכהו בארכובתו, משלם ג' סלעים, קבץ אצבעותיו כמו אוגד אגודה והכהו בידו כשהיא אגודה משלם י"ג סלעים (כך פירש הרמב"ם 'סינוקרת' בגמ', ורש"י ורא' נוספים פירשו פירושים אחרים), תקע את חבירו בכפו משלם סלע, סטרו על פניו משלם חמשים סלעים, סטרו באחורי ידו משלם ק' סלעים, וכן אם צרם באזנו או תלש בשערו או רקק והגיע בו הרוק משלם מאה סלעים, וכזה הוא משלם על כל מעשה ומעשה, כיצד, כגון שבעט בחבירו ארבע בעיטות אפילו זו אחר זו, משלם עשרים סלעים, סטרו על פניו שתי סטירות משלם מאה סלע וכן בשאר {י"א (תשובת הרא"ש) אע"ג דאיתא בגמרא (קידושין כח.) הקורא לחבירו ממזר סופג ארבעים מ"מ יש מקומות שאין נוהגין כן והולכין אחר המנהג, ונ"ל דהוא הדין באלו הדברים הנזכרים} (מב) (ע"פ צ: לו: -) כל אלו הסלעים, הם מכסף מדינה שאין בו כסף אלא שמינית, שהם שלש מעין, שכל מעה משקל ט"ז שעורות כסף צרוף, שהוא עוטמני א' (סמ"ע: מלשון הרמב"ם משמע שבא ללמדינו כמה היה הסלע באותו זמן דחכמי המשנה שקבעו שיעורים הללו ומאותו שיעור נלמד לכל זמן וזמן ומקום ומקום לפי מה שהוא המטבע שם שלא יפחות הכסף ממנו, עיי"ש שהאריך) (מג) בד"א במכובד אבל אדם שהוא מבוזה ואינו מקפיד בכל אלו הדברים וכיוצא בהם, אינו אלא כפי מה שיראו הדיינים שראוי ליטול (ה"ה: חילוק זה מפורש במשנה בדף צ' בכל האמורין מתקע חבירו עד כאן וכתנא קמא דר"ע, אבל אג' הראשונים אינם מפורשים אם הם במכובד דוקא ודעת הרמב"ם להשוותו ונכון הוא וכ"כ התוס' בשם ר"י), והרמ"א פסק כרא"ש ברי"ף ה"ה בשם מפרשים וכ"ד רש"י דלא כרמב"ם מתחילת הענין - "י"א שאלו הדברים אינן רק משום בוש' וצער אבל ריפוי ושבט הכל לפי הענין (דבשבת ובריפוי לא יכלו חכמים ליתן בהן קצבה, סמ"ע)". בסעי' מ"ד סיים השו"ע "כיצד מגבין האידינא חבלות וקנסות אלו, נתבאר בסימן א"י".

כתב הסמ"ע (נט) בשם הטור דאם פרע ראש האשה משלם ק' סלעים. עוד כתב בשם הדרכ"מ (כאן ובסימן ב') בשם מהר"ם ועוד דהמלעיג על דברי חכמים לוקה והקורא לאשת חבירו זונה או פרוצה לוקה ד' מלקיות דתנן בב"ק צ' פרע ראש האשה נותן לה ארבע מאות זוז ומדלא מגבינן קנסא בבבל לוקה ד' מלקיות, ובשם מהר"י וי"ל דכל מלקיות הוא ארבעים זוז.

עמש"כ הרמ"א בסעי' מ"א גבי קראו ממזר דלוקה מ', כתב הפת"ש (ח) דבתוס' קידושין כ"ח כתבו דהיינו מדה כנגד מדה שהוא אומר שחבירו עבר בלאו ובמג"א סימן תר"ו ביאר דהיינו הלאו דלא יבוא ממזר, ובתשובת חת"ס כתב דלא קשה א"כ המבייש רווק מאי איכא למימר די"ל עכ"פ רוצה הוא להביאו לידי מלקות לכשישא אשה וכן מבואר ביש"ש. עוד כתב בשם היש"ש דלאו דוקא הקורא ממזר דינו במלקות אלא כל הוצאות שם רע שהוא בלאו, ובחת"ס חלק עליו דבאומר לו אכלת חלב וכדומה אפשר שכבר עשה תשובה, וכן אבותיו של ממזר אפשר שהיה באונס או עשה תשובה, משא"כ שם ממזר הוא פגם מתדבק וחושדו שעתיד לעבור על לאו דלא יבוא בכל שעה כשישא אשה.

עוד בענין זה כתב הפת"ש (שם) דכתב החת"ס דנוהגין לפדות המלקות בממון וכ"כ הרמ"א בסוף סימן ב', וביש"ש כתב דמנהג הלכה אפילו בע"כ של המתבייש וקרא תגר על שרגילים לחלק הקנס לבני ישיבה וכדומה וגזר על כל הרואה ספרו שיאמר למתבייש שהממון שלו הוא לעשות מה שירצה, ואילו המהרי"ו פסק שיתן מ' זהובים לצדקה והמתבייש יברור מה לעשות בהם, וכתב הפת"ש דנ"ל שאין כאן מחלוקת דבפוגע בכבוד עצמו של המתבייש הרי הממון של המתבייש אפילו למשתי ביה שיכרא שפיר דמי כרש"ל, אמנם בפוגע בכבוד אבותיו לא יאכל הלה וחדי בבזיון אבותיו אלא כי היכי דלהוי כפרה למבייש יחלק הממון לצדקה בעבור נשמת שוכני עפר ומ"מ טובת הנאה לבן שהוא גואל הדם שלהם.

עוד כתב הפת"ש (שם) בשם עצמות יוסף בשם תשובת ר"י מיגש דבקראו ממזר בן ממזר חייב שתיים אבל אם אמר לו אביך ואתה ממזרים אינו חייב כי אם מלקות אחת, כי הדבר ידוע שמי שהוא ממזר בנו וזרעו עד סוף כל הדורות ממזרים והואיל והקדים וקרא לאביו ממזר הנה נתחייב שיהיה הוא וזרעו ממזרים, אבל אם הקדים לקרוא לבן ממזר שאפשר שיהיה האב כשר, וזה צירף עוד האב לו באמרו שהוא בן ממזר נתחייב ב' מלקות.

סימן תכא – המבייש חבירו שלא בכוונה והחובל בחבירו שלא בכוונה

סעיף א

מה הדין באדם שהוציא קול על חבירו או תבעו לדין שהוא גנב ממנו דבר מה, אך אינו יכול להוכיח זאת, ובינתיים לחבירו נגרמה בושה, האם חייב לו דמי בושת או לא?

ע"פ משנה פו: פסק בשו"ע "אינו חייב על הבושת עד שיתכוון לביישו" (כנ"ל בסימן תכ/ו ד'החזיקה במבושיו' כתיב) והמבייש את חבירו שלא בכוונה, פטור, לפיכך ישן שבייש פטור { (מהרי"ו -) וכן מי שקובל על חבירו שמסרו או גנב לו וכיוצא בזה אע"פ שלא יכול לברר עליו, מ"מ פטור (ומ"מ יקבל דכונתו לא היתה לביישו, באה"ג בשמו), דהרי לא כיון לביישו ("אלא לגבות ממנו היזקו", סמ"ע) }."

סעיף ב

ע"פ ברייתא פו. פסק בשו"ע "המתכוין לבייש את הקטן ובייש את הגדול נותן לגדול דמי בושתו של קטן. נתכוון לבייש העבד ובייש בן חורין, נותן לבן חורין דמי בושתו של עבד (דלבושת היתירה לא כיון ובושת שלא בכוונה אין מחייבין עליו, סמ"ע)."

סעיף ג

ע"פ פירוש רש"י תוס' ועוד בכו. פסק בשו"ע "י"א דצער וריפוי ושבתי חייב אפילו שלא בכוונה, ובלבד שלא יהא אנוס, אלא שוגג קרוב למזיד, (משנה שם -) אבל בנזק חייב אפילו אנוס דאדם מועד לעולם, בין שוגג בין מזיד, בין ער בין ישן."

ביאר הסמ"ע (ו-ז) דנלמד מדכתיב כי יריבון כו' ושם קרוב למזיד הוא, וריפוי ושבתי כתובין שם וה"ה לצער, וחייב נזק אפילו אנוס ילפינן לה מיתורא דקרא דכתיב פצע תחת פצע והל"ל פצע בפצע.

סעיף ד

ע"פ ירו' הביאורו הפוסקים פסק בשו"ע "בד"א שישן חייב בשישנו שניהם כאחד ונתהפך אחד מהם על חבירו והזיקו או קרע בגדיו, אבל אם היה אחד ישן, ובא חבירו ושכב בצדו, זה שבא באחרונה חייב אם הזיק לראשון, ואם הראשון הזיקו, פטור { והוא הדין בכל אונס גדול כזה פטור המזיק (תוס' ורי"ן, דכל אונס שהוא כעין גניבה פטור וכל שהוא כעין אבידה חייב שהוא קרוב לפשיעה) } וכן אם הניח כליו בצד הישן, ונתהפך עליהם ושרם, פטור, שזה שהניחם בצדו פושע הוא במה שהניחם בצדו".

סעיף ה

פסק בשו"ע ע"פ תשובת הרא"ש "שנים שנתאבקו יחד, ואחד הפיל חבירו לארץ ונפל וסימא את עינו, פטור (מה' דברים)", וכתב בד"ה דיש לגמגם על תשובה זו כי מתחלה נתן טעם לפטור מפני שהוא אנוס ומה שהביא ראיה מהירו' ומההיא דשנים שרצו (לב). אינם ראיות דשאני הכא שנתכוון להפילו ועשוי הוא להיות ניזוק על ידי ההפלה, ואח"כ נתן טעם מפני שמחלו זה לזה וטענת מחילה גם כן אינה טענה שהאומר לחבירו סמא את עיני קטע את ידי על מנת לפטור חייב ושמא יש לחלק בין כשהאחד מוחל לחבירו לכששניהם מוחלים זה לזה, וכע"ז כתב הסמ"ע (ו) בשם הרא"ש דטעמא דכל אחד דעתו היתה להפיל חבירו וכל אחד ידע שא"א לצמצם שיפילו דוקא באופן שלא יהיה בו הזיק ה"ל כאילו נתיאשו ומחלו אהדדי שאף אם יארע לאחד הזיק יהיה מה שיהיה כיון שלא נתכוין חבירו להזיקו אלא שקרה לו דרך נפילתו שיהיה פטור, וכן הוי דומיא לשנים שרצין ברה"ר והזיקו זה את זה דרך ריצתן דפטור המזיק משום דכל הרץ ברה"ר יודע שגם לאחרים יש רשות לרוץ ברה"ר, וכאשר יפגשו שנים הרצין זה נגד זה דרכן להזיק זה את זה, ועוד כתב דאע"ג דאמרין אדם מועד לעולם ע"כ לאו בכל ענין אמרוהו, דהרי בהזיק אונס גמור פטור, ועוד כתב הסמ"ע דבשניהן רצין לאו משום מחילה לחוד הוא אלא משום דשניהן עבדו מעשה בהזיקתן, ומה"ט בלא רה"ר נמי אלא כל שרצין שנים זה כנגד זה, וכ"כ הטור בשם הרמ"ה בהדיא.

סעיף ו

מי שנכנס לרשות חבירו שלא ברשות, האם רשאי להוציאו בעל כרחו, ומה הדין באם חבל בו, והאם רשאי לגרש בכח עובר שחושש שגונב ממנו?

ע"פ מח. פסק בשו"ע "בכל מקום שחובל בחבירו בכוונה חייב בה' דברים אפילו נכנס חבירו לרשותו שלא ברשות וחבל בו והוציאו, חייב, דנהי שיש לו רשות להוציאו, אין לו רשות לחבול בו. (ע"פ כח. "מנין לנרצע שכלו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת" וכו' -) אבל אם הוא מסרב בו ואינו רוצה לצאת י"א שיש לו רשות אפילו לחבול בו כדי להוציאו (ואע"ג דמוקי לה בעבדא גנבא היינו אליבא דמאן דאמר לא עביד אינש דינא לנפשיה היכא דליכא פסידא ואנן קיימא לן כמאן דאמר עביד אינש דינא לנפשיה הילכך ברייתא מיתוקמא כפשטה, ב"י) { (מרדכי -) וכן מי שיש לו משרת וחושש שיגנוב לו, יוכל להוציאו קודם זמן השכירות, ואם מסרב יוכל להכותו עד שיצא }".

עמש"כ הרמ"א גבי המשרת, כתב בתשובת חוט השני (פת"ש ב) דהא דלא אמרין להשביע את המשרת שלא יגנוב לו דהוי טפי עדיף ממה שנרשה לבטל קנין השכירות ואף להכותו, משום שאין הדין נותן כלל להשביע למי שחושש עליו שיזיקהו ועדיין אין לו טענה עליו דהלה אומר לו שמור עצמך שלא אזיקך וכיון שזה משרתו דר עמו תמיד בבית אחד ואי אפשר להשמר ממנו, לכך יוכל להוציאו, ולפ"ז אם היה המשרת בוחר מעצמו לישוב על ככה אין יכול בעה"ב להוציאו, ומסתימת דברי הרמ"א לא משמע כן וצ"ע. [עוד גבי חשד בעובד יש להביא שכתב בפסקי המשפט (ב) בשם דברי מלכאל (ג, קנב) ועוד שאין רשות לבעה"ב לחשוד בו אלא כשראה בעיניו המעשים החשודים, ומשום כך צריך לברר לפניו ביי"ד מהי הסיבה שחושש ומהיכן בא החשד בלבו, וצריך להביא ראיה שהוא גנב או שיש רגליים לדבר, או שיצא קול בעיר].

ע"פ מימרא דרבא מח. פסק בשו"ע "זו נכנס לחצר חבירו שלא ברשות ולא ידע בע"ה שנכנס, והזיקו בעל הבית שלא בכוונה פטור (וה"ה דהוזק בו הנכנס מבעל הבית מאיליו פטור, ומיירי אפילו ידע ממנו שנכנס, סמ"ע, עיי"ש שהאריך), ואם הוזק בו בעל הבית חייב, כיון שנכנס שלא ברשות (רמ"ה -) ודוקא

כשלא ידע בו ולא ראהו שנכנס, אבל ראהו פטור דאיהו דאזיק אנפשיה. (ח) היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והוזקו זה בזה שניהם פטורים (דכל ששניהן שוין הן היה לזה לשמור כמו זה, וכיון שהזיקו שלא בכונה זה את זה אהיזק כזה מחלי מתחילה אהדדי, סמ"ע) {הזיקו זה את זה בכונה שניהם חייבים (טור) ועיין לעיל סימן שע"ח}.

סעיף ז

ע"פ משנה לב: פסק בשו"ע "המבקע עצים ברשות הרבים ופרח עץ מהם והזיק ברה"י, או שבקע ברה"י והזיק ברה"י אחר, (ברייטא בגמ' -) או שנכנס לחנותו של נגר, (ע"פ רי"ף רמב"ם ורא"ש כלישנא בתרא -) בין ברשות בין שלא ברשות, ונתזה בקעת וטפחה לו על פניו, חייב בד' דברים ופטור מהבושת (טור): פירש רש"י ודוקא כשראהו שנכנס ורוצה לומר שאם לא ראה אותו פטור כמו נכנס לחצר חבירו שלא ברשות והזיקו שפטור אם לא ראהו, וריב"א פירש שאפילו לא ראהו נכנס חייב ואע"ג דנכנס לחצר חבירו שלא ברשות והזיקו פטור אם לא ראה אותו היינו דוקא בבעל הבית שאינו אומן אבל אומן שדרך בני"א ליכנס לביתו בשביל אומנות יש לו להזהר יותר, והסמ"ע הביא פירוש הריב"א).

סעיף י

ע"פ מימרא דרבא כו: פסק בשו"ע "היתה לו אבן מונחת בחיקו, בין שלא הכיר בה מעולם, בין שהכיר בה ושכחה ועמד ונפלה והזיקה, וכן אם נתכוון לזרוק שנים וזרק ארבעה והזיק, (משנה -) או שהזיק כשהוא ישן - חייב בנזק ופטור מד' דברים (דהוי כשווג).

כתב הסמ"ע (יז) (ובאריכות בב"י) דגבי הזורק אבן ואח"כ הוציא ראשו וקיבלה דדף ל"ג, דעת הטור הכא דפטור מד' דברים וחייב בנזק דהא רבי ביה קרא אונס כרצון, והמחבר בסימן תכ"ל פסק כרמב"ם דפטור מכולם, וכתב הב"י דנראה דטעמו ע"פ מכות ח' דממעט לה מדכתיב "ומצא" פרט לממציא את עצמו ומשמע ליה דגזירת הכתוב הוא למעטו לגמרי ואפילו מנזק וכן לישנא דגמרא בדף ל"ג הכי דייק דקאמר 'אבל אהא פטור לגמרי'.

סעיף יא

ע"פ מימרא דרבא כז. פסק בשו"ע "מי שנפל מן הגג ברוח מצויה והזיק חייב בד' דברים (דשווג קרוב למזיד הוא דלא היה לו לעלות לגג שאין לו מעקה כיון שיכול ליפול ברוח מצויה, טור) ופטור מהבושת, נפל ברוח שאינה מצויה חייב בנזק בלבד ופטור מד' דברים {וע"ל סי' תי"ח סי"ג}, ואם נתהפך (דרך נפילתו כדי שיפול על האדם להנאתו כדי שלא יחבט בקרקע אע"פ שלא התכוון לביישו, רש"י), חייב בכל אף בבושת, שכל המתכוין להזיק, אף על פי שלא נתכוון לבייש, חייב בבושת".

סעיף יב

מה דין האומר לחבירו חבול בי על מנת שאתה פטור?

ע"פ לב. פסק בשו"ע "המזיק לאשתו בתשמיש המטה, חייב בנזקה (כלומר בד' דברים אבל בבושת פטור דאינו חייב על הבושת עד שיהיה מתכוין, אבל בשאר דברים אף על גב דיש לו רשות לשמש עמה, מ"מ ה"ל לעיוני דלא יזיק, טור ב"י וסמ"ע).

ע"פ משנה צב. וכדעת הרמב"ם פסק בשו"ע "האומר לחבירו קטע את ידי או סמא את עיני על מנת שאתה פטור, הרי זה חייב בחמשה דברים, שהדבר ידוע שאין אדם רוצה בכך (ה"ה): מפרש דר' יוחנן בדף צ"ג דאמר יש הן שהוא כלאו וכו' לא קאי אראשי איברים במשנה דלימא דטעמא מפני שאמר ליה הן כמתמיה וכדפירש רש"י אלא דר' יוחנן דינא באנפי נפשה הוא ובהכני ופצעני בדוקא אבל בראשי איברים אפילו אמר הן בניחותא חייב וזהו שכתב בראשי איברים בדוקא אבל בהכני ופצעני ודאי הרי הן כנזקי ממון, וכן עיקר ולא הביא השו"ע דין המדבר בתמיה לפי שהוא פשוט, וראה בסמ"ע לקמן) והרמ"א פסק כרא"ש כר' יוחנן וי"א דאם א"ל בפירוש ע"מ לפטור, פטור, אלא שאם לא א"ל בפירוש, רק דברים שמשמען כך, אנו דנין דבריו שלא פטור, כגון שא"ל קטע ידי או סמא עיני, וא"ל המזיק על מנת לפטור, וא"ל הניזק הן, אנו דנין שבתמיה קאמר הן, וחייב המזיק".

כתב **הסמ"ע** (כא) דלדעת הרמב"ם דאפילו א"ל מתחילה בפירוש ע"מ לפטור אפ"ה חייב, בהני דוקא קאמר דחייב כיון דהן ראשי אברים ידועים, ואין אדם רוצה בחסרון איברים הללו וסבור שחבירו לא יקטעו ויסמאחו אף על גב דא"ל ע"מ לפטור, אבל אם א"ל הכני פצעני ע"מ לפטור, והוא פצע בו בלא חסרון ראשי איברים, הוא פטור כמו בא"ל שבור את כדי ושאר כלים.

כתב **הסמ"ע** (כב) בדעת הרמ"א דאפילו בלא ראשי איברים נמי אמרינן דבתמיה קאמר וחייב, ולא נקט קטע ידי כו' אלא ללמדינו דאם אמר בפירוש ע"מ לפטור דפטור אפילו בהני, ודוקא בהיזק ממון הוא דפטרינן ליה אף בלשון המתפרש דבתמיה קאמר וכטושי"ע בריש סימן ש"פ, ולא בצער דגופו, ודלא כעיר שושן דכתב דגם י"א הללו לא חייבוהו בסתם אלא בראשי איברים, דזה אינו.

סעיף יג

אדם שהתגונן מפני המכה אותו וחבל בו, האם חייב בתשלום?

אדם שראה אחד מישראל מכה חבירו, האם יכול להציל המוכה על ידי שיכה את המכה?
מה הדין באדם הרואה את חבירו שעושה עבירה האם רשאי להכותו כדי להפרישו מאיסור והאם הלכה זו נאמרה בכל אדם?

כתב בשו"ע (משנה לג.) - שנים שחבלו זה בזה אם חבל האחר בחבירו יותר ממה שחבל בו הוא משלם לו במותר נזק שלם, (רא"ש -) ודוקא שהתחילו שניהם כאחד או לאחר שחבל בחבירו חזר גם הוא מיד וחבל בו, אבל אם התחיל האחד השני פטור, שיש לו רשות לשני לחבול בו כדי להציל עצמו (דאפילו אחרים חייבין לחבול בחובל כדי להציל חבריהן וכסימן תכ"ה, סמ"ע) {וכן הוא לענין גידופים וביושים המתחיל פורע הקנס (הג' מרדכי, וגבי ראובן שטען על שמעון שקראו ממזר ושמעון אומר שמתחילה לחש לו באזנו שהוא ממזר לכן נתרגז וא"ל כן אומדנא דמוכח הוא כיון שקראו פתאום ממזר ודאי האמת אתו, דרכ"מ וסמ"ע בשם מהר"ם). ראובן שהכה לשמעון וחזר שמעון ובא להכותו לראובן ובאתה אשתו של ראובן והחזיקה בשמעון, והוא נתק ידיו והכה אותה, פטור (מהרי"ו) וע"ל סוף סימן תכ"ד איש ואשה שחבלו זה בזה} (המשך הרא"ש -) ומיהו צריך אומדן אם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה, חייב {מהרי"י וי"ל -} ודוקא לענין חבלה שמשלם לו ד' דברים דהוי כאדם המזיק בשוגג, אבל פטור על הבושת דהא לא כיון לבייש, ולכן המכה חבירו, וחבירו קראו ממזר פטור, שנאמר והיה כי יחס לבבו וגו', וכן אם אחד קרא לחבירו גנב, והוא אומר לו אתה מכזב כממזר, או קראו ממזר, פטור מהאי טעמא {המשך הרא"ש -} וכן הדין באדם הרואה אחד מישראל מכה חבירו, ואינו יכול להצילו אם לא שיכה המכה יכול להכותו, כדי לאפרושי מאיסורא {תה"ד -} וכן מי שהוא תחת רשותו ורואה בו שהוא עושה דבר עבירה, רשאי להכותו ולייסרו כדי להפרישו מאיסור, ואין צריך להביאו לבית דין (ולשון הלבוש - "וכן מי שעושה דבר עבירה ויש לו כח להכותו לאפרושי מאיסורא רשאי להכותו ולייסרו כדי לאפרושי מאיסורא ואין צריך להביאו לב"ד, וכענין שנאמר הוכיח תוכיח") {.

עמש"כ המחבר כלשון הטור "חזר גם הוא מיד וחבל בו" דבכה"ג משלם המותר, התקשה הסמ"ע (כד) דהא דאם השני חזר וחבלו מיד בעודו בחימום הוא פטור וגם לעיל בסוף סימן ת"ב בשני שוורים לא כתבו הטור והרמ"א לתיבת מיד, ושניהן נשנו בדף ל"ג במשנה אחת וגם הרא"ש לא כתב תיבת מיד (והאריך לדחות חילוק אפשרי בין שוורים לאדם דחייב אף במיד, דמנא ליה לטור לחלק בזה ואין הלשון סובל זה), אלא דט"ס הוא, והכי גרסינן בדברי הטושי"ע 'או לאחר זמן שחבל זה בחבירו חזר גם הוא וחבל בו', אז החיוב על שניהן ומשלם במותר נזק שלם, אבל אם התחיל האחד וחזר השני וחבל בו מיד השני פטור, והיינו כלישנא דהרא"ש, והשתא אתי שפיר הא דמסיק הרמ"א וכתב אדברי המחבר 'וכן הוא לענין גידופים' כו' עד וכן אם קרא לחבירו גנב והשני קראו ממזר דפטור, ולא מחייבין לשני משום דהיה לו לתבעו בדין.

כתבו הב"י ובאה"ג בשם המרדכי דאין לדחוף אדם את חבירו כשמכין זה את זה אלא יש לשומטו בנחת ואם דחף חייב לעשות לו דין, וכתב באה"ג שלמדו מדין שור שעלה ע"ג שור.

כתב הפת"ש בשם היש"ש והשב"י דאם אחד חירף את חברו בשם רע וחזר זה והכהו, אף שעבר בלאו וצריך כפרה, מ"מ אין עליו דין רשע כלל אלא אמרינן ליביה רתח ואין אדם עומד על צערו שהרי אמרינן במשלי (י"ב) יש בוטה כו', ואינו משלם אלא נזק וצער וריפוי ושבתי, והמוציא שם רע, נהי שפטור מהבושת שהרי קיבל דינו מכל מקום צריך להתודות ולומר ברבים ששקר דיבר ומבקש מחילה.

מה הדין באדם הרואה את חברו מכה את בנו או בן משפחתו?

עמש"כ המחבר בסיפא ע"פ הרא"ש גבי הרואה אחד מישראל מכה וכו', כתב הסמ"ע (כח) דבטור כתב עוד בבא אחת לפני בבא זו "וכן הדין באדם הרואה את חברו שמכה לאביו או בנו או אחיו (של הרואה) והרואה הכה המכה כדי להציל את קרובו שפטור", ומדלא כייל אחיו ובנו עם סיפא דרואה מכה לאחד מישראל וגם כתב בכל אחד טעם בפני עצמו דבמציעתא כתב כדי להציל את קרובו ובסיפא כתב כדי לאפרושי מאיסורא, נלמד דאיכא בינייהו נפק"מ לדינא, דאם זה הבא להציל ולהכות המכה אינו בר הכי דרגיל לאפרושי מאיסורא, דכמה פעמים רואה שמכה אחד לחבירו ואינו חושש לאפרושי המכה מאיסורא, אז אמרינן דאסור להכות לזה המכה, דודאי מכח שנאה בא להכותו ולא בא להפרישו מהאיסור, משא"כ ברואה מכה אביו ובנו ואחיו, דמותר להציל קרובו בהכאה אף שאין מדרכו להפריש אחרים, והמחבר דלא חילק בינייהו, אפשר משום דלא הרגיש בזה, דבאמת טעם הגון הוא לחלק בינייהו. ה"ט דחה חילוק זה וכתב לבאר דבמכה אחד מישראל אין פוטרינן אותו אם לא שיש בירור גמור שלא יוכל להציל בענין אחר, משא"כ במציל את קרובו אין מדקדקים כ"כ ואפילו במקום שאין בירור שלא היה יכול להציל בענין אחר, דקרובו כגופו דמי.

סעיף יד

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "שנים שחבלו באחד כאחד, שניהם חייבים, ומשלשים ביניהם, היה א' מתכוין והשני לא כיוון, השני פטור מבושת", וציין הגר"א (כא) לדף נ"ג גבי שור ואדם.

סימן תכב – צריך החובל לפייס הנחבל שימחול לו

סעיפים א – ב

ע"פ משנה צב. וגמ' וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "החובל בחבירו אע"פ שנתן לו ה' דברים, אינו מתכפר לו (סמ"ע: כך הוא לשון הרמב"ם וכלשון המשנה, אולם ברש"י וטור מבואר דמדובר על הצער של הבושת שביישו, וב"דפוס ב"י כתב "צער והבושת") עד שיבקש ממנו וימחול לו (מדכתיב באבימלך 'ועתה השב את אשת האיש.. ויתפלל בעדך' ודרך הלימוד הוא דאם רצה הש"י למחול לו היה מוחל לו בלא תפילת אברהם אלא לימדונו שצריך לפייסו עד שימחל לו במחילה גמורה ואז יתפלל בעדו, סמ"ע), ואסור לנחבל להיות אכזרי מלמחול כי אין זה דרך זרע ישראל, אלא כיון שבקש ממנו החובל ונתחנן לו פעם ראשונה ושניה וידוע שהוא שב מחטאו וניחם מרעתו, ימחול לו, (יומא כ"ג ור"ה י"ז -) וכל הממהר למחול הרי זה משובח ורוח חכמים נוחה הימנו {ועיין בא"ח סימן תר"ו (סמ"ע: שם כתב הרמ"א דאם הוציא עליו שם רע א"צ למחול לו, והוא מדברי הגה"מ ומהר"י, והטעם דשם רע פגע בכבוד אבותיו או בניו לדורות, ושמה היו אנשים דשמעו השם רע ולא ישמעו החרטה והמחילה ויסברו שהוא אמת) (דף צג. -) אסור לבקש דין מן השמים על חברו שעשה לו רעה, ודוקא דאית ליה דיינא בארעא, וכל הצועק על חברו, הוא נענש תחלה, וי"א (ר"ן) דאפילו לית ליה דיינא בארעא אסור לצעוק עליו, אא"כ הודיעו תחלה}. (ב) דין נחבל נשבע ונוטל, נתבאר בסימן צ"י.

עמש"כ המחבר 'פעם ראשונה ושנייה' כתב הסמ"ע (ה) שבא"ח תרו"א כתבו הטוש"ע ראשונה ושניה ושלישית, שם קאי אמפייס, וקאמר שאם לא נתפייס בשתי פעמים ילך אצלו גם פעם שלישית, וכאן לימדונו שזה שמפייסין אותו יהיה רחמן ולא ימתין עד שילך ויבוא אצלו שלישית.

סימן תכג – נגף אשה ויצאו ילדיה וכיצד שמין דמי ולדות

סעיפים א – ב

ע"פ משנה מח: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "הנוגף את האשה ויצאו ילדיה" אע"פ שלא נתכוון חיוב לשלם דמי ולדות לבעלה, ונזק וצער לאשה, וכיצד משערין דמי ולדות, שמין את האשה כמה היתה יפה עד שלא ילדה, וכמה היא יפה משילדה, ונותנים לבעל { וצער ונזק משערין כמה תפחת האשה ונכחשת יותר כשהיא מפלת על ידי הכאה משילדה כדרכה (טור וה"ה ברמב"ם, דלא כרש"י דנזקא דהכא כחבלה דעלמא והדין קצוב בכתובות ס"ה, אלא כפשט הברייתא), וכן בשבת וריפוי אם צריכה לכך (והריפוי ניתן לרופא והשבת לבעל משום דמעשה ידיה הוא שלו, טור וסמ"ע, וגבי בושת פסק הטור כרבי יהודה במשנה כתובות ס"ה שאם הוא בסתר לה שני חלקים ולו חלק אחד ואם הוא בגלוי לה חלק אחד ולו שני חלקים, ותמה הסמ"ע מדוע השמיט המחבר), ועיין בא"ה סי' פ"ג}. ואם מת הבעל נותנים ליורשיו."

עמש"כ 'ונזק וצער של האשה' כתב הסמ"ע (ב) דבאה"ע פג"א כתבו הטוש"ע דהנזק והפגם הוא שלו ושלה, ולק"מ, דשם קאי אנוק דקטיעת ידה או אבר שמחסרה ממלאכתה, משו"ה יש לו חלק בו דהא מכח זה נתבטלה ממלאכתו, משא"כ כאן דמייירי מכחישת גופה דאין לו חסרון ממלאכתו כי אם שבת בעודה בחליותה ואותו משלם לבעל.

משנה שם "היתה שפחה ונשתחררה או גיורת פטור" ובגמ' "אמר רבה לא שנו אלא שחבל בה בחיי הגר ומת הגר דכיון דחבל בה בחיי הגר זכה בהו גר וכיון דמת הגר זכה בהו מן הגר אבל חבל בה לאחר מיתת הגר זכה לה בגוייהו ומיחייב לשלומי לה לדידה, אמר רב חסדא מרי דיכי אטו ולדות צריי ניהו וזכיא בהו אלא איתיה לבעל זכה ליה רחמנא ליתיה לבעל לא".

הרמב"ם (ד, ג) פסק כרבה בחבל בה אחר מיתת הגר, ובהלכה ב' כתב גבי ישראל "ואם נגפה אחר מיתת הבעל אף דמי ולדות לאשה" והשיג הראב"ד דאין זה מחוור דאפילו לרבה דבשחבל בה לאחר מיתת הגר זכיא לה אינה בגוייהו הני מילי אשת הגר שאין לו יורשים דקדמה אינה וזכיא בגוייהו אבל אשת ישראל שיש לו יורשים לעולם הם ליורשיו. הרא"ש פסק כרב חסדא אך כתב דמודה רב חסדא דיורשין זכו ביה דכל מאי דאית לאינש מוריש ליורשיו וקתני נמי בהך ברייתא שמביא בסמוך אין הבעל נותן ליורשיו ומוקי לה רב חסדא בשחבל בה לאחר מיתת הגר ולא פליג אלא אהא דקאמר רבה שזוכה בהם האשה מן ההפקר והלכתא כרב חסדא דמילתיה דרבה מוקים כתנאי ורב חסדא כדברי הכל ועוד דרב חסדא היה גדול. כתב ה"ה "באמת לא מצאתי לרבינו טענה ברורה להסמך עליה והסוגיא.. אינה מכרעת לאחד מן הצדדין ואפשר שהוא סובר כאשר ישית עליו בעל האשה בזמן שהוא בעולם בשעת נגיפה אבל אם מת לאשה דומיא דאשת גר", והב"י כתב דטעמא דהרמב"ם דס"ל דהלכה כרבה משום דברייתא קתני אין הבעל נותן ליורשיו ורב חסדא אמר ליתיה לבעל לא, ואע"פ שרש"י פירש ליתיה לבעל או ליורשיו פשטא דלישנא לא משמע אלא ליתיה לבעל בלחוד וכיון דהלכה כרבה שאם חבל בה לאחר מיתת הגר זכתה האשה בהם הוא הדין לשאר אשה דעלמא ואפילו אינה אשת גר ומשמע דטעמיה דרבה משום דכי היכי דאשכחן דקרא זכי לבעל דמי ולדות מדכתיב בעל האשה הכי נמי אשכחן דזכי לה מדכתיב ויצאו ילדיה ולא כתיב ויצאו הילדים ועל כרחין אית לן לאוקמי בשחבל בה לאחר מיתת בעלה וטעמא דמסתבר הוא דבשלמא כשחבל בה בחיי הבעל זכה הבעל מיד בדמי ולדות אע"פ שלא גבה, וכיון שמת מוריש ליורשיו, אבל כשחבל בה אחר מיתת הבעל היאך בעל זה מוריש ליורשיו דבר שלא ברשותו הילכך על כרחך של האשה הם דקרינהו קרא ילדיה, ולישנא דברייתא הכי דייק דקתני אין הבעל נותן ליורשיו אין האשה נותן ליורשיה מה אין האשה נותן ליורשיה לא משכחת אלא בשחבל בה בחייה אף אין הבעל נותן ליורשיו ליתיה אלא בשחבל בה בחיי הבעל.

השו"ע (א) פסק **כרמב"ם** "ואם נגפה אחר מיתת הבעל נותנים אף דמי ולדות לאשה" והרמ"א פסק **כראב"ד** "וי"א דהוא של יורשיו".

ביאר **הסמ"ע** (ה-ו) דהרמב"ם ס"ל משום דאין אדם מוריש ליורשיו דבר שלא בא לעולם דבחייו עדיין לא נגפה, והן שלה כיון דכתיב בתורה ויצאו ילדיה ולא כתיב הילדים, ללמדינו ששמה נקרא על ילדיה היכא דאין לאב זכיייה בהן, והראב"ד ס"ל דהוא של יורשיו דכיון דזיכתה התורה להיות דמי

הולדות שלו נחשבו הולדות כשהן במעי אמן של הבעל, וכשמת שם יורשיו נקראין עליהן ועומדין במקומו גם בזה.

גבי חבל בה אחר מיתת הגר פסק השו"ע (ב) כרמב"ם כרבה (דסוגיה בדף מ"ג כוותיה, גר"א) וז"ל "היתה נשואה לגר וחבל בה בחיי הגר נותן דמי ולדות לבעל, מת הגר, פטור (עד כאן מהמשנה וגמ'), ואם חבל בה אחר מיתת הגר זכתה היא בדמי ולדות", והרמ"א פסק כרא"ש "וי"א דהוא פטור".

סעיף ג

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "היתה שפחה או גויה בשעת הריון ובשעת נגיפה נשתחררה או נתגירה הרי דמי ולדות שלה (ה"ה): דבשפחה וגויה לא קרינן בעל האשה שאין קדושין תופסין בהן ואע"ג דאמרינן בב"ק מ"ג התורה זיכתה ולדות לבעל ואפילו בא עליה בזנות הני מילי באשה שיש לו בה קדושו הא לאו הכי לא, ואמרינן בירושלמי שא"ל ר"ע בא על אמו בא על אחותו יכול אף הוא בעל ההריון ת"ל בעל מי שהוא ראוי ליקרות בעל יצאו אלו שאינן ראויין ליקרות בעל, וכ"ש באלו שאין קרוי בנו לכל דבר וכיון שכן זכתה בהן האשה" והרמ"א פסק כטור ע"פ הרא"ש "וי"א (דלא משכחת לה דאין לאשה שום זכייה בדמי ולדותיה אלא -) דאם בעלה קיים הרי הן של בעל ואם לאו הוא פטור (ומדמו זה לישראל המזנה עם ישראלית, סמ"ע), אולם הש"ך בשם היש"ש כתב דגם לרא"ש לעולם אין לו לבעל דהא לא מיקרי בעל כיון דלא תפס בה קידושין, וכ"ד הגר"א (ט) עיי"ש.

סעיף ד

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "הנוגף את האשה ויצאו ילדיה ומתה, אע"פ שהיה שוגג ה"ז פטור מהתשלומין ואינו משלם כלום שנאמר ולא יהיה אסון ענש יענש [לא חילק הכתוב בין שוגג למזיד בדבר שיש בו מיתת ב"ד לפוטרו מן התשלומין (גירסת הסמ"ע)] בד"א כשנתכוון לאשה, אבל אם נתכוון לחבירו ונגף את האשה, אף על פי שמתה, הואיל והמיתה בלא כוונה ה"ז כדבר שאין בו מיתת בית דין ומשלם דמי ולדות (ה"ה): דס"ל דחייבי מיתות שוגגין פטורין מהתשלומין כדאסיקנא בהדיא בכתובות ל"ה וכדתנא דבי חזקיה בזה החלק שאין חילוק בין שוגג למזיד וסובר כרב אדא בר אבהו דאסיק בב"ק מ"ב אנשים שנתכונו זה לזה אע"ג דיש אסון לאשה יענשו וכרבי דאמר הכי בסנהדרין ע"ט, ודלא כתנא דבי חזקיה בזה החלק ואין האחד תלוי בחבירו ואע"ג דרב אדא בר אבהו ס"ל כר' שמעון דאמר נתכוון להרוג את זה והרג את זה פטור, הרמב"ם פסק כר' שמעון, ויצא לו דמדמקשי רב אדא בר אבהו בדף מ"ב בפשיטות על אביי ורבא דסבירא להו כרבנן דאמרי חייב ותו דמסקנא התם הכי הוא כרב אדא ואמרינן דרב חמא כי אתא מדרומא אייתי מתניתא כוותיה, וסיים דמ"מ שיטות אחרות יש" והרמ"א פסק כראב"ד "וי"א דאפילו לא נתכוון לאשה פטור מתשלומין (דהרמב"ם גופיה פסק כחזקיה דאמר לא חלקת בו בין שוגג למזיד ובין מתכוין לשאינו מתכוין לחייבו ממון אלא לפוטרו ממון)".

על לשון הרמב"ם 'כדבר שאין בו מיתת ב"ד' כתב הסמ"ע (טו) דאע"ג דס"ל דאין מיתת ב"ד בנתכוין להרוג את זה והרג את זה מ"מ כתב כדבר בכ"ף הדמיון, משום דבהרג שוגג ג"כ אין מיתת ב"ד ואפ"ה אמרינן דפטור מדמי ולדות כיון דאיכא צד מיתת ב"ד אם היה מזיד, והל"ל ג"כ כן בלא נתכוין לה, קמ"ל דבכזה אמרינן כאילו אין כאן צד מיתת ב"ד כלל.

סימן תכד – החובל באביו ואמו או החובל בבניו או החובל בחבירו בשבת

סעיף א

ע"פ משנה פז. פסק בשו"ע "החובל באביו ואמו ולא הוציא מהם דם חייב בחמשה דברים, הוציא מהם דם חייב מיתה, לפיכך פטור מתשלומין, אפילו הוא שוגג (כדתנא חזקיה בכתובות ל"ה ועוד מקומות 'מכה אדם' לא תחלוק בו בין שוגג למזיד לחייבו ממון אלא לפטרו ממון). (סנהדרין פד: -) לפיכך לא יקזי הבן לאביו, ולא יוציא קוץ מבשרו ולא יפתח לו מורסא, שמא יבא להוציא ממנו דם, ונתבאר זה בטור יורה דעה סימן רמ"א".

סעיף ב

ע"פ משנה שם פסק בשו"ע "החובל בחבירו בשבת פטור מתשלומין אפילו הוא שוגג (כנ"ל), כיון שיש בו מיתת בית דין, אבל החובל בחבירו ביום הכפורים {אפילו} במזיד חייב לשלם לו (סמ"ע: ר"ל ביו"כ דליכא מיתה אפילו בחובל או עשה מלאכה בו אפילו במזיד כי אם כרת ואע"ג דיש לאו עם הכרת שעושה מלאכה ביום הכפורים ולוקין עליה דלאו אם התרו בו, וק"ל בכתובות ל"ב דכל היכא דאיכא חיוב מלקות וחייב ממון לוקין אותו ולא משלם, שאני גבי חבלה דבפירוש ריביתא תורה תשלומין דגלי לן קרא 'כאשר עשה כן יעשה לו כן ינתן בו' דיתן ממון ולא יהא לוקה דנתינה כתיב ביה)".

עמש"כ המחבר ברישא דאפילו הוא שוגג, כתב הפת"ש (א) בשם הדגו"מ שפירושו שלא ידע שהיום שבת או לא ידע שמלאכה זו אסורה בשבת, אבל אם חבל כמתעסק שלא במתכוין כלל זה לא מיקרי חיוב לענין שבת כלל דמלאכת מחשבת בעינן, ועוד דמקלקל הוא, וכאן לא שייך דמתקן אצל יצרו שהרי זה לא נתכוין לחבול כלל ולא עשה נחת רוח ליצרו וממילא יש כאן חיוב תשלומין, דלענין תשלומין אדם מועד לעולם, ואפילו לרמ"א דסוף סימן תכג דאפילו לא נתכוין לאשה פטור, מודה כאן בחובל בשבת.

סעיפים ג - ה

ע"פ משנה פז. פסק בשו"ע "החובל בעבד כנעני שלו פטור, (גיטין יב: גבי שבת וריפוי -) חבלו בו אחרים רבו נוטל ה' דברים (דהוא הדין לנזק וצער ובושת דהוו דרבו ושבתו ורפואתו נקט לרבותא, ירושלמי ופוסקים), ואפילו צערו בסם ונתרפא מהרה הרי כל רפואתו לרבו (ר"ל אע"פ דהריפוי צריך ליתן לרופא שירפאהו מ"מ נפק"מ בזה אם אמדוהו שירפאהו בה' ימים ונתן לו החובל דמי הרפואה על ה', וריפאו בג' ימים, המותר מדמי הרפואה נשאר ביד רבו)".

עמש"כ המחבר 'בעבד כנעני שלו פטור' כתב הסמ"ע (ד) דסתם וכתב דפטור משמע דאפילו הכהו מכה דאין בה שוה פרוטה ואין אומרים דחייב עליה מלקות, ולא כב"י בסימן ת"כ דכה"ג אפילו בשלו חייב מלקות, ולדבריו צ"ל דהכא דוקא במכה שיש בה שוה פרוטה ומעלה איירי דאז משלם ומה שקנה עבד קנה רבו.

כתב הקצות (א) דהא דפטור בחובל בעבד שלו היינו אפילו ממלקות, ואע"ג דהיכא דליכא תשלומין בחובל מיחייב מלקות כמבואר בסימן ת"כ כיון דפטורא דרבו אינו אלא משום דמה שקנה עבד קנה רבו והו"ל בר תשלומין אלא שרבו זוכה ממנו אח"כ, ולזה כתב בב"י שם דאם הוא מכה שאין בו שוה פרוטה חייב מלקות כיון דליתיה בתשלומין כלל.

כתב השו"ע בסע' ד' "מי שחציו עבד וחציו בן חורין, שהכהו אדם או נגחו שור, נתבאר משפטו בטור יו"ד סימן רס"ז (סב)".

ע"פ בעיא דלא איפשטא בגיטין מב: אי מעוכב גט שחרור יש לו קנס או לא ומשמע בסוגיה דאי אין לו קנס אין לו דמי נזקו, פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם (מב:) "מי שיצא לחירות ועדיין לא הגיע גט שחרור לידו, וחבלו בו אחרים, פטורים", והראב"ד השיג שכותבין הרשאה זה לזה וגובין אותו, וכתב הב"י דאין זו השגה דיש לומר דבכה"ג מודה הרמב"ם ולא הוצרך לכתבו משום דדבר פשוט הוא, וכתב הסמ"ע (ו) דדומה לזה כתב המחבר בסימן מג/כג, ותמה על השמטת המחבר הכא האי דין דהרשאה.

כלא עבד חברו ובטלו ממלאכה אם חייב לשלם?

מבואר לעיל שהחובל בעבד חבירו חייב בתשלומי שבת לרבו וביאר בתוספות הרא"ש (גיטין מב:): הסברא "אפילו שבת נמי אף על פי שהוא בטל ממעשה ידיו כיון דמחמת חבלה דגופה קאתי וקנסא דרביה הוא מה לי קטליה כוליה מה לי קטליה פלגיה", אולם עדיין לא מצינו מה הדין בכלא עבד חבירו, כלומר האם קיים חיוב שבת כשלעצמו. כן מצינו גבי אדם שכלא חבירו שחייב בתשלומי שבת (תכ,יא) ואינו נחשב כמבטל כיסו (ראה קצות שלג,ב).

והנה כתב הנהניבות (שסג,ב) גבי מש"כ המחבר שם (שסג/א) שגזל עבדים והזקינו אומר לו הרי שלך לפניך שהקשה דהא מבואר בגיטין י"ב דהחובל בעבדו של חבירו שבתו ורפואתו לרבו, ומשמע דכל החבלות דמשלמין לאדם משלמין בעבד לרב, ובב"ק פ"ה מבואר דמשכחת שבת לבדו כגון דהדקיה

באנדרונא "וא"כ נראה דאי הדקיה לעבד באנדרונא דמשלם שבת לרב, דהא גם זה חובל נקרא והחובל בעבד משלם שבת לרב, וא"כ קשה בגזול עבד והדקיה דאומר לו הרי שלך לפניך", ותיירץ שם דהא דהחובל בעבדו משלם שבת לרב לאו משום ביטול מלאכה של רב הוא, דמטעם זה ודאי פטור כמו מלאכת שורו וחמורו, רק עיקר החיוב הוא לעבד, דהעבד שייך במצוות וחייב בחבלתו כמו בחבלת בן חורין, והרב מיד העבד קא זכי דמה שקנה העבד קנה רבו, ולפ"ז אין הרב קונה השבת של עבד רק במקום שאם היה לעבד זכות במלאכתו היה מתחייב שבת לעבד וכיון שנתחייב לעבד זוכה הרב ממנו, אבל במקום שאף אם היה לעבד זכות במלאכתו לא היה מתחייב לו שבת גם לרב אינו מחויב, "וא"כ מיירי בגזול עבד ולא הדקיה באנדרונא וגם לא כפהו לעשות מלאכתו והעבד היה לו רשות מלאכה לעצמו דלא נתחייב לעבד, ולכך גם לרב פטור כמו בביטול מלאכת שורו וחמורו, ולפ"ז אם הדקיה באנדרונא או שכפה ולעשות מלאכתו מחויב לשלם שבת דהיינו שכר ביטול מלאכתו, ואם היה עבד נוקב מרגליות וכופהו לעבד לעשות מלאכת חוטב עצים, משלם כפי ביטול מלאכת נוקב מרגליות".

נראה דכן משמע מהקצות בסימן שס"ג סק"ב [שכתב דאפילו נימא דעבדי כמטלטלי נמי חייב לשלם לרבו כל שבטלו ממלאכת רבו משום שבת, ובסק"ג כתב "וא"כ בתוקף בעבדו של חבירו נמי אליבא דכ"ע חייב משום שבת כשבטלו ממלאכת רבו אפילו לא עשה בו מלאכה דגבי עבד נמי חייבין עליו בארבעה דברים, והא דנקט הטור התוקף עבדו ועשה מלאכה לאו דוקא אלא ה"ה לא עשה בו מלאכה ומשום שבת דרבו אי אפשר דנקט עשה מלאכה דבזה חייב במה שנהנה אפילו לא חיסר כל כך מלאכת רבו דמגלגלין עליו את הכל כיון דנהנה"].

סעיף ו

ע"פ פז: וז"ל יוחנן פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "החובל בבת קטנה של אחרים, אם נזק הפוחת אותה מכספה הוא (כמכה בפניה או חיסור איבר), הרי הוא של אב, וכן שבתה של אב, שהרי מעשה ידיה וכסף מכירתה של אביו הוא {וי"א (טור ברמב"ם) דווקא בסמוכה על שלחנו אבל אינה סמוכה על שלחנו הוא שלה (מדמסיים בה 'שהרי מעשה ידיה של אביה' והיינו ודאי בסמוכה על שולחנו דאם לא כן אין מעשה ידיה שלו, טור ותמה באה"ג למה כתב הרמ"א וי"א' הלא זה הוא פירוש הטור לדעת הרמב"ם שהעתיק המחבר) (סמ"ע: ואם אינה סמוכה על שלחנו אפילו אביה רוצה ליתן לה מזונות בימי חליה כדי ליקח לעצמו משבתה כדי להיות לו ממנו מותר דמי מזונתיה, לאו כל כמיניה, משא"כ בחבל בה האב דכתב הרב המגיד דבכה"ג שבתה לאביה), וי"א (רא"ש) דאפילו בסמוכה על שלחנו הוא שלה אם אחרים חבלו בה} אבל צער וריפוי ובושת שלה, וכן נזק שאינו פוחתה מכספה הרי הוא שלה, וכן החובל בבתו משלם צער וריפוי ובושת {ונראה לי דווקא באינה סמוכה על שלחנו אבל סמוכה על שלחנו י"א דפטור (ה"ה) ע"פ סעי' הבא דמה לי בת מה לי בן ובפירוש שנינו דבנינו ובנותינו פטור ואוקימנא לה בסמוכין}, כמו שיתבאר בסמוך".

כתב הסמ"ע (ט) דלמדנו דהנזק של אב מדכתיב 'את בתי נתתי לאיש' הרי שנתנה התורה ברשותו ליתן לאיזה איש שירצה והוא מקבל דמי קדושה וגם כי ימכור איש את בתו כתיב, וכיון דכסף קדושין ומכירתה שלו וזה אפחתה מכספה, לוקח האב דמי פחתה, ודלא כלבוש דכתב דמדכתיב 'בנעוריה בית אביה' למדין דכל שבנעוריה ברשות אביה היא, דזה אינו, דבהדיא כתבו התוס' דהיא דוקא בהפרת נדריה איירי ואף דבגמ' נזכר לפעמים האי קרא דבנעוריה בית אביה לא נקטו אלא לסימנא בעלמא.

כתב הסמ"ע (יא) דמש"כ הרמ"א ע"פ הרמב"ם דווקא בסמוכה על שלחנו אבל אינה סמוכה על שלחנו הוא שלה, קאי אשבתה דאז ניזונת בדמי שבתה, אבל בדמי נזקה דמכירה וכסף קדושה הנ"ל אין חילוק.

כתב הסמ"ע (ז) דהמחבר השמיט דין חובל בעבד עברי, שכתבו הרמב"ם והטור ע"פ סוגיה דדף פ"ו דחייב בכולן ליתן לעבד חוץ משבת דישאר בידו אם העבד הוא שלו דבשבתו הוא מבטל ממלאכת רבו שחבלו, ובחבלו בו אחרים דעת הרי"ף והרמב"ם ילקח בהן קרקע והרב אוכל מפירותיו כל זמן שהוא אצלו וכשיצא לחרות יקח הקרקע לעצמו, ודעת ר"ח ורא"ש דשבת גדולה היינו דמי ידו ילקח בהן קרקע והרב יאכל פירות, שהרי הוא מפסיד בקטיעת ידו מה שיש בין שאר מלאכות לשמירת קישואין לאחר שיתרפא ולכך יאכל פירות בעודו אצלו ולכשיצא לחרות יטלנה, ושבת קטנה דהיינו שכר שומר קישואין,

כל ימי משך החולי כולו לרבו, ואם חבלו בדבר שאין בו הפסד לרבו כגון שקטע ראש אזנו או ראש חוטמו, חבלתו לעבד ואין לרבו בו כלום.

סעיף ז

ראובן שכעס על בנו הכהו וחבל בו ונתבע לדין תורה על ידי האגודה למען הילד (פרט לחקירת המשטרה על התעללות בבנו) בטענה שישלם לבן כל חמשת הדברים והאב משיב שמאחר והוא המפרנס פטור כל נזק שגרם לבן, מה הדין?

מה הדין בחובל בבניו הקטנים והגדולים?

ע"פ ברייתות פז: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "החובל בבניו הגדולים אם אינם סמוכים על שלחנו נותן להם מיד, והקטנים ילקח (כרבה -) קרקע (ידיקלא)" בנזקן {וי"א (רא"ש) ספר תורה (כרב חסדא דגדול הוא)} והם אוכלים פירותיו. וכן באחרים שחבלו בהם. ואם היו סמוכים על שלחנו, וחבל בהם {הוא}, פטור בין שהיו גדולים בין שהיו קטנים, ואם אחרים חבלו בהם, בגדולים יתן להם מיד, בקטנים, ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירותיו עד שיגדלו {וי"א (רא"ש) דאינו פטור בסמוכים על שלחנו אלא משבת, אבל חייב בשאר ד' דברים ודינו בהן כאילו חבלו בהן אחרים (גר"א): נראה מדבריו שלדעת הרמב"ם פטור בכל ה' דברים וכ"כ הרב המגיד, עיי"ש}."

ביאר הסמ"ע (יד) דהרמב"ם והמחבר דכתבו קרקע במקום דקל ס"ל דלא קאמר דיקלא אלא משום דדמים הללו השייכים לקטן בחבלתו אין בהן כדי לקנות בהן קרקע, והיכא דאפשר לקנות בהן קרקע, קרקע עדיפא שקרנו קיים יותר, וכן מצינו בגמ' בכמה מקומות שקונין קרקע והבעל אוכל פירותיו.

הקשה הסמ"ע (טו) מאי שנא הבא מהא דאיתא בב"ב נ"ב דהמקבל פקדון מיד קטנים דהדין הוא דאין מחזירין הפקדון ליד הקטן, ופליגי נמי בו הני שני מ"ד חד אמר לא יחזירוהו לקטן אלא יקנה בו דיקלא וחד אמר ס"ת, ופסק הטור באה"ע סימן פ"ו דיקנה דקל, ותיירץ דשאני הכא דהמעות הן ודאי של קטן אלא שאין נותנין בידו מפני שיפסידו וס"ל שטובתו הוא שיקנה בהן ס"ת וילמד מתוכה, ואף אם יקלקלנה לא איכפת לו בהך כיון שהוא שלו והוא טובתו, משא"כ התם דיש לחוש שיתברר של מי היה הממון, לכך יקנה דקל דלא כליא קרנא, אלא שצ"ע מ"ט דהרמב"ם דפסק כאן כרבה דיקנה בהן דקל וגבי פקדון פסק דיקנה בהן ס"ת או דקל ויאכל פירותיו, ותיירץ דאפשר דהכא שעדיין לא בא הממון ליד הקטן ס"ל דאין קונין בעד הדמים ס"ת ונותנין לו לפי שיכלה קרנם ואין לב"ד לגרום שתצא תקלה מתחת ידם, אבל בפקדון דכבר היה מוחזק הממון ביד הקטן ומידו הפקיעו לזה הנפקד, אלא שמחשש השבת אבידה נגעו בה דילמא יבואו הבעלים ויכירו את שלהם, ס"ל דאין לחוש כולי האי וקונים בעד הדמים אפילו ס"ת ללמוד מתוכו.

כתב הפת"ש (ד) דכתב השב"י גבי מלמד שכעס על תלמידו והכה אותו בשביל לימודו עד שחבל בו דפטור מכולם דאמרין במכות ח' מה חטיבת עצים רשות יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח ב"ד, ואין לומר דהיינו דפטור מגלות מגזה"כ אבל חייב בד' דברים, דהא מבואר שם דאילו פטורים משום דמצוה קעביד, א"כ מה"ט יש לפטור מכולם כדאמרין גבי רץ בערב שבת בין השמשות בב"ק ל"ב, ועוד דהא הני תלתא מדמה הש"ס להדדי, ובשליח ב"ד פטור אפילו אם הזיקו כמבואר בב"י ורמ"א סימן ח' בלי חולק וכן מבואר בתה"ד סי' רי"ח והובא לעיל ברמ"א תכ"א/ג דלאו דוקא בנו ותלמידו אלא אפילו לכל אדם שכפוף תחת ידו ראוי להכותו להפרישו מן העבירה, וכ"ש בשביל ביטול תורה, אע"ג דקיי"ל דיש להכותו בערקתא דמסאני ולא באכזריות כדאיתא ביו"ד רמ"ה/י מ"מ דיעבד אין לקנסו בשביל כך, ואף דבתשובת הראני"ח כתב דבשליח ב"ד שהכה מפני כעס וחימה חייב מ"מ בת"ח דאורייתא מרתחא ליה, בפרט שהוא צער גדול כשלומד עם התלמיד ואינו משים לב על לימודו יש לפוטרו מכל, אבל מ"מ כדי שלא יהא רגיל לעשות כן ולמיגדר מילתא פסקתי שישלם שכר הרופא, וכתב הפת"ש דלדבריו צ"ל דאלו הדינים דהכא דחובל בניו מייירי שלא הכהו ליסרו, אולם בתשובת קרית חנה חייב בד' בדברים והכא מייירי אפילו במכהו ליסרו ומה דאמרו יצא האב המכה את בנו כו' הוא רק דפטור מגלות משא"כ לענין ד' דברים דאיתרבו שוגג כמזיד.

סעיף ה

מה דין קטן שהזיק?

ע"פ משנה פז. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "החובל בחרש שוטה וקטן חייב, והם שחבלו באחרים פטורים, (רמב"ם -) אף על פי שנתפקח החרש ונשתפה השוטה והגדיל הקטן אינם חייבים לשלם (הכי משמע במשנה מדקתני גבי עבד ואשה נתגרשה האשה ונשתחרר העבד חייבים לשלם ולא קתני הכי גבי הני, ב"י) שבשעת שחבלו בהם לא היו בני דעת".

כתב המשנ"ב (שמג"ט) "קטן שגנב או שהזיק ראוי לב"ד להכותו שלא ירגיל בה וכן חבלה וביוש וכל דברים שבין אדם לחבירו ב"ד מצווין להפרישו שלא יארע תקלה על ידו, אבל אין צריך לשלם אם אין הגנבה בעין, וכ"ז מדינא אבל לפני משורת הדין בין שחבל בו בגופו או שהזיק לו בממונו צריך לשלם לו [ט"ז וח"א וכן משמע מהגר"א] ובשער הציון כתב דאפילו בגרמי, והביא בפסקי המשפט (ג) דיש חולקים לחייבו מלפנים ממידת חסידות או מדיני שמים או כלל לא, ודעת השבו"י שבמקום שנהנה כגון בגניבה צריך לשלם מעיקר הדין (ראה סימן שמט/ג).

סעיף ו

ע"פ משנה שם פסק בשו"ע "העבד והאשה החובל בהם חייב, והם שחבלו אחרים פטורים, אבל משלמים לאחר זמן (טור וסמ"ע: לפיכך שמין ב"ד הה' דברים בשעה שחבלו באחרים וכותבין ונותנין אותו ביד הנחבל, ולכשיהיו להן נכסים משלמין) אם נתגרשה האשה או נתאלמנה או נשתחרר העבד {טור - } יש לה נכסי מלוג או נכסי צאן ברזל (נכסי מלוג מפורש בדף פ"ט ומשמע דהוא הדין לנכסי צאן ברזל וכ"כ הרא"ש) מוכרת אותו לאחרים בטובת הנאה ומשלמת לנחבל (ע"פ הגמ': שאם תתאלמן או תתגרש שיקחם הלוקח ואם תמות ישארו לבעל ואותה טובת הנאה שקבל בהן תתן לנחבל, אבל אינה חייבת למכור כתובתה לשלם הנחבל משום דאמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול וכל לגבי בעלה ודאי מחלה ואטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן) {".

כתבו הב"י והסמ"ע (יז) בשם בעה"ת בשם רבינו אפרים דאי לא משכח מאן דזבין מינה בטובת הנאה וקא בעי נחבל למיזבן מינה בטובת הנאה כייפין לה לזבוני ליה נכסי מלוג בחבליה או בהלואתו ואם יש מותר בטובת הנאה מדמי החבלה אין צריך ליתן הנחבל לאשה המותר עד שעה דקניא לנפשה. הקשה הקצות (ב) דמה ירויח כיון דס"ל לבעה"ת שומא הדרא כשעת הזול, ואפשר דמיירי במטלטלין נכסי צאן ברזל כיון דחוב הוא על הבעל הו"ל דין מטלטלין.

[כתב הקצות (ג) על דאיתא בגמ' ותזבין לנחבל כו' ומסיק דודאי מחלה והוי אטרוחי בי דינא בכדי, דהקשו בזה הרמב"ן והריטב"א דהא בשעבודא דר' נתן לא מהני מחילה וא"כ כי תזבין לנחבל שוב לא מהני מחילה, עיי"ש שהאריך בשם השיטה והש"ך בסימן פ"ו].

סעיף י

מה דין אשה שחבלה בבעלה?

ע"פ פט: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "האשה שחבלה בבעלה אם היה תוספת בכתובתה או נכסי מלוג או נכסי צאן ברזל (נלמד מדין אישה שחבלה באחרים), מחייבים אותה למכרם לבעלה בטובת הנאה וגובה ממנה אם רצה הבעל, ואם רצה לגרשה ולגבות ממנה הכל גובה, ואם לא היה לה אינה יכולה למכור לו עיקר כתובה שאסור לאדם לשהות את אשתו שעה אחת בלא כתובה, אלא אם רצה הבעל כותב עליה שטר בדמי החבלה, או מגרשה ונוטל מכתובתה הראוי לו {טור - } וכן אם החבלה כפי כתובתה מוכרת כתובתה לבעלה ומשלמת לבעלה, ולא חיישינן שמא תהא קלה בעינינו להוציאה, שהרי אם ירצה יוכל לגרשה ולגבות בחבלתו) {".

סעיף יא

כתב השו"ע "דין אשת איש שחבלו בה אחרים או בעלה נתבאר בטור אבן העזר סימן פ"ג" וז"ל הרמ"א "איש ואשה שיש לה בעל שחבלו זה בזה לא אמרינן שישלמו במותר נזק שלם, דהא קצת מחבלה שחבל

באשה הוא לבעלה, על כן ישלם החובל בה השייך לבעלה, ומה ששייך לאשה מנכין לו נגד חבלתו (תשובת הרשב"א) {", וביאר הסמ"ע (כ) דר"ל דהחלק השייך לה אין צריך ליתן לה, דהו"א דגם זה יתן וילקח בעלה באותן דמים שדה ויאכל פירות כל ימי חייה והאיש הנחבל לא יגבה דמי חבלתו עד שימות הבעל בחייה דאז יגבה האיש הנחבל לטרוף אותו שדה והמותר יגבה מדמי כתובתה, קמ"ל דלא, ומשום דעשאוהו חז"ל חלקה כנכסים שאין ידועים לבעלה שאין הבעל אוכל מהן פירות, ומשו"ה אותן דמים שמגיע בחלקה על שחבל בה הוא ינכה במה שהיא חייבת לו במה שחבלה בו, ובמותר יכתוב שטר עליהן וימתין עד שתתגרש או ימות בעלה.

סימן תכה - חייבי מיתות בית דין היאך דנים אותם בזמן הזה

סעיף א

האם רודף צריך התראה?

מה הדין ברודף שהוא קטן?

כתב הרמ"א ע"פ רב נטרונאי גאון והטור "כל חייבי מיתות ב"ד בזמן הזה אין בידנו להלקותן או להגלותן או להרגן או לחבטן, אלא מנדין אותן ומבדילים אותן מן הקהל, וכל זה מצד הדין, אבל אם רואין בית דין שהוא צורך שעה ומגדר מילתא, יכולין לענוש במה שירצו, כמו שנתבאר לעיל סי' ב', ודוקא בדיני נפשות הצריכין בבית דין, אבל הנהרגין בלא ב"ד נידונין גם עתה, כמו שיתבאר (לשון הטור – 'ואלו הם')", וז"ל השו"ע ע"פ משנה סנהדרין עג. כלשון הרמב"ם "הרודף את חברו להרגו והזהירוהו, והרי הוא רודף אחריו, (עב: -) אפילו היה הרודף קטן, הרי כל ישראל מצווים להצילו באבר מאברי הרודף (כתניא רבי יונתן בן שאול בדף ע"ד דביכול להצילו באחד מאיבריו ולא הציל נהרג עליו וכתב הרא"ש דהלכתא כוותיה דסוגיא דשמעתין כוותיה בסנהדרין מ"ט גבי אבנר ויואב), ואם אינם יכולים לכיוון ולא להצילו אלא א"כ יהרגו לרודף, הרי אלו הורגים אותו אף על פי שעדיין לא הרג ("כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש" וכי מה למדנו מרוצח מעתה הרי זה בא ללמד ונמצא למד מקיש רוצח לנערה המאורסה מה נערה המאורסה ניתן להצילה בנפשו אף רוצח ניתן להצילו בנפשו)".

עמש"כ הרמב"ם והמחבר 'והזהירוהו' כתב הטור דנראה שא"צ להתרות רק שיודיעוהו שהנרדף הוא ישראל, ובב"י כתב דר"ל דמשמע ליה ברמב"ם שהתרו בו שאם יהרגו יהרגוהו ולפיכך כתב דנראה שאין צריך להתרות רק שיודיעוהו שהנרדף הוא ישראל וכפשטה דברייתא דמסייעא לרב הונא, 'ואני אומר' שגם זו היא כוונת הרמב"ם ולפיכך דקדק לכתוב שאם הזהירוהו ולא כתב שאם התרו בו, וז"ל הסמ"ע (ג) "אין צריך לעשות בו התראה ממש ושיקבל ההתראה אלא אומרים לו זה שאתה רודף אחריו ישראל הוא והתורה אמרה שופך דם האדם באדם דמו ישפך, ובדיעבד אפילו לא אמרו לו אפילו זה, אפ"ה מצילין הנרדף בנפשו של רודף, וראיה מקטן שרודף דאינו בר הבחנת האזהרה הוא".

כתב הרמב"ם דאם היה יכול להצילו באחד מאבריו ולא עשה אלא הרגו ה"ז שופך דם וחייב מיתה אבל אין ב"ד ממיתין אותו, וכתב הטור "ואיני יודע כיון שחייב מיתה למה אין ב"ד ממיתין אותו" וכתב הב"י דאפשר לומר דהיינו טעמא דהרמב"ם דכיון שנכנס ברשות אינו בדין שיהרגוהו בית דין, ועי"ל (בבד"ה) דפירכא מעיקרא ליתא דלית ביה התראה ושיקבל עליו מאחר שאינו מתכוין אלא להציל.

עוד כתב הרמ"א ע"פ משנה סנהדרין עב. וגמ' "הבא במחתרת לגנוב גם כן דינו כרודף, ואם ידוע שלא בא רק על עסק ממון, ואף אם יעמוד בעל הממון נגדו לא יהרגו, אסור להרגו, ועיין בדברי הטור בסימן זה" - שם כתב דאין להרגו אלא כשיודע בודאי שאם יעמוד בעל הממון להציל ממנו שזה יקום עליו ויהרגוהו ומיהו כל אדם בחזקה זו הוא ויכול להרגו אא"כ יודע שהחותר אוהב לבעל הממון ולא יהרגו אף אם יעמוד נגדו להציל ממנו וכן אם האב חותר על הבן מסתמא אין בא להרגו כי רחמי האב על בנו ולא יהרגו אף אם יעמוד כנגדו להציל ממנו אלא א"כ ידוע שהאב שונא את הבן ויהרגו אם יעמוד

הבן כנגדו להציל ממונו, ונלמד בברייתא בגמ' 'אם זרחה השמש עליו אם ברור לך כשמש שיש לו שלום עמך אל תהרגהו', ודעת **הראב"ד** דביום אינו רשאי להרגו דאין מקרא יוצא מידי פשוטו "שאין גנב בא ביום אלא להשטמה שומט ובורח מיד ואינו מתעכב לגנוב ממון גדול ולעמוד על בעליו להרגו אלא גנב בלילה מפני שגנב לילה יודע שבעל הבית בבית או בא להרוג או ליהרג אבל גנב יום אין בעל הבית מצוי בביתו ושמוטה בעלמא הוא וחיי ראשי כל מבין די לו", והקשה עליו **הב"י** דמה יעשה בפסוקים 'וקצותה את כפה' 'עין תחת עין' 'וגם בעליו יומת' שכל אלו נדרשין בממון שלא כפשטן, אך סיים שמדברי ר"ח נראה שסובר כראב"ד וצ"ע, וראה **סמ"ע** (ו).

עוד כתב **הטור** בשם הרמב"ם ע"פ הברייתא בגמ' דאחד הבא במחתרת או שנמצא בתוך גגו של אדם או בתוך חורבתו או בתוך קרפיו בין ביום בין בלילה ולמה נאמר מחתרת לפי שדרך רוב גנבים לבוא במחתרת בלילה, ועוד כתב בשם **הרמב"ם** הבא במחתרת לתוך שדהו או לתוך הדיר והסוהר יש לו דמים שחזקתו שבא על הממון לבד לפי שאין רוב הבעלים מצויין במקומות אלו וכן הגנב שגנב ויצא מן המחתרת הואיל ופנה עורף יש לו דמים וכן אם הקיפוהו עדים או בני אדם אף על פי שעדיין הוא ברשות זה שבא עליו אינו נהרג ואצ"ל שאם תבעו בב"ד שאינו נהרג, וכתב **הטור** שלפי הראב"ד ג"כ י"ל דאפילו בלילה דוקא בא במחתרת כיון שחותר דעתו להרוג בעל הממון אבל כשבא דרך גגו או חצרו י"ל שאין דעתו להרוג בעל הממון אלא אם יעמוד כנגדו יברח מפני שלא נכנס לביתו אלא מפני שמצא דרך ליכנס כמו שאמרו חכמים פרצה קוראה לגנב.

עוד כתב **הרמ"א** ע"פ **נימוקי מהר"ם מרוזנבורג** "מי שמסכן רבים כגון שעוסק בזיופים במקום שהמלכיות מקפידות, דינו כרודף ומותר למסרו למלכות כמו שנתבאר לעיל סימן שפ"ח סעי' י"ב".

סעיף ב

ע"פ **משנה פ"ז דאהלות** הנזכרת **בסנהדרין עב**: פסק בשו"ע כלשון **הרמב"ם** "לפיכך העוברת שהיא מקשה לילד, מותר לחתוך העובר במעיה, בין בסם בין ביד, מפני שהוא כרודף אחריה להרגה, ואם הוציא ראשו אין נוגעים בו, שאין דוחים נפש מפני נפש וזהו טבעו של עולם (סמ"ע: ר"ל שלא תאמר הולד הרי הוא רודף ויצילו את אמו בנפשו, קמ"ל כיון שטבע של עולם בכך אין דין רודף עליו, ואעפ"כ בעודו במעיה מותר לחתכו אף על פי שהוא חי, שכל שלא יצא לאויר העולם "אין שם נפש עליו", וראיה מהנוגף אשה ויצאו ילדיה דמשלם דמי הולדות ואין שם רוצח עליו)".

עמש"כ המחבר "הוציא ראשו" כתב **הפת"ש** (ב) בשם **פנ"מ** דאם יצא דרך מרגלותיו - משיצא רובו. עוד כתב דצריך להתישב אם ידוע כשיצא דרך מרגלותיו ששניהם ימותו, אם מותר להציל האשה כמעשה דשבע בן בכרי שכתב רש"י בסנהדרין ע"ב דדחו נפש מפני נפש, משום דאפילו לא מסרו לו היה נהרג בעיר כשיתפשנו יואב והן נהרגים עמו, משמע היכא דשניהם ימותו מצילין ודוחין נפש מפני נפש "וצ"ע להתישב בדיון זה". עוד כתב דהשואל בנו"ב מהר"ר ישעיה ברלין רצה לחדש דהא דתנן יצא ראשו אין נוגעין בו היינו דוקא בדקים לן ביה שכלו חדשיו, שאז ההורג נהרג עליו, אבל בלא קים לן שכלו חדשיו, אף שהוציא ראשו, מותר לחתוך אבר אבר להצלת אמו, והנו"ב חלק עליו.

סעיף ג

ע"פ **משנה וגמ' סנהדרין שם** פסק בשו"ע "וכן הרודף אחר הזכר או אחר אחת מכל העריות {לאנסה} חוץ מהבהמה (דהרודף אחר בהמה לרבעה או לעבור על אחת מכל מצות האמורות בתורה אפילו לחלל שבת או ע"ז אינו נהרג אלא בב"ד ובהתראה, דלא ניתן להצילו בנפשו אלא מדבר שהוא ערוה ויש בה קלון ופגם לנרדף כגון זכור ונערה מאורסה), מצילין אותו אפילו בנפש הרודף, ואם רדף אחר ערוה ותפס ושכב עמה, כיון שהערה בה אע"פ שלא גמר ביאתו, אין ממיתין אותו עד עמדו בדיון".

סעיף ד

אם הנערה אומרת 'הניחו לו' האם שומעים לה?

ע"פ ברייתא **עג**. וכת"ק ולא כרבי יהודה וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "רדף אחר ערוה ואחרים היו רודפים אחריו להצילה ואמרה להם הניחוהו כדי שלא יהרגני (קודם שתשיגוהו ימית אותי, סמ"ע), אין שומעין לה אלא מבהילין אותו ומונעין אותו ע"י הכאת אבריו, ואם אינם יכולים באבריו אפילו בנפשו".

כתב **הסמ"ע** (וכ"כ הב"י) דמשמע דוקא בכה"ג דנוכל לומר דמקפדת על פגמה אלא שחשה לנפשה שמא ימיתנה, ולכן אין שומעין לה דהתורה הקפידה אפגם כזה שלא יעשה, אבל אם אומרת הניחוהו ואל תהרגוהו, דנראה מדבריה שאינה חוששת אפגמה בזה שומעין לה, וכן משמע לשון הברייתא, אבל בטור כתב דאפילו בכה"ג אין שומעין לה וכתב הב"י דס"ל דאפילו בכה"ג י"ל דמקפדת שלא יפגמה אלא שאינה רוצה שיהרג הרודף על ידה.

האם הבועל שזינה את המקנא נענש עליו?

ע"פ **משנה סנהדרין פא**: כתב **הרמ"א** "הבא על העובדת כוכבים, בפרהסיא לעיני עשרה ישראלים (ע"ז דף ל"ו), קנאין (סמ"ע: לשון הטור 'מי שמקנא לשם') פוגעים בו ומותרין להרגו (ודבר זה הלכה למשה מסיני, רמב"ם). (גמ' פב: -) ודוקא בשעת מעשה אבל אם פירש אסור להורגו (בגמ' 'נהפך זמרי והרגו לפנחס אין נהרג עליו שהרי רודף הוא'), (דעת **הראב"ד** -) ודוקא שהתרו בו ולא פירש (ה"ה: י"ל שכל שהוא מזיד אינו צריך התראה שלא מצינו התראה אלא לחייבי מיתות בית דין אבל זו הלכה היא ואינן רשאים אלא בשעת מעשה ולא מצינו בפנחס שהתרה בזמרי ומ"מ יראה לי שמה שאמרו גבי זמרי שהיה לו לפרוש ולא פירש הוא כשהתרה בו פנחס)".

כתב **הסמ"ע** (יד) דכתב הטור דאפילו אם לא פירש והרג הבועל למקנא אינו נהרג עליו והוא מימרא בדף פ"ב ותמה על הרמ"א שהשמיטו, וכתב דאפשר דמשום דהטור סיים וכתב אחר זה "הרג אדם אחר להמקנא נהרג עליו" וכתב ב"י דהוא פשוט ולא ניתן להכתב מרוב פשיטותו, ואפשר דאגב שיטפא שהשמיט הרמ"א לאותו דין השמיט עמו ג"כ זה, אך כתב דהיותר נראה דמשו"ה השמיטו משום דלא כתב המחבר אלא הני עניני מיתה דיש בהן מיגדר מילתא, משא"כ בזה דהבועל יכול לפרוש ולהרוג למקנא "דאין בו מיגדר מילתא, ואדרבה, והטור אגב שיטפא לרבותא כתבו".

מה הדין באם אמרו למישהו "תקנא" ולא הוא התעורר מעצמו?

בגמ' **שם** שנינו "אמר רב חסדא הבא לימלך אין מורין לו" ופירש **רש"י** "אמר רב חסדא קנאי הבא לימלך בבית דין ובשעת מעשה אם יפגע בו - אין מורין לו שלא נאמרה אלא למקנא **מעצמו** ואינו נמלך" ו**ברמ"א** פסק כלשון **הטור** שנראה למד כן מרש"י הנ"ל "דווקא שבא הקנאי להורגו **מעצמו** אבל אם שאל לבי"ד אין מורין לו כד", אולם **ברמב"ם** (איסורי ביאה יב,ה) נראה על פניו שלא צריך לתנאי זה שכתב "ואם בא הקנאי ליטול רשות מב"ד להרגו אין מורין לו ואע"פ שהוא בשעת מעשה".

גבי נידון השאלה, נדמה שלפי הרמב"ם שפיר יכול אדם לקנא אע"פ שמישהו אחר אמר לו, אולם לפי הטור והרמ"א יש מקום לומר שדווקא אם התעורר מעצמו, ועוד יש לציין לסמ"ע בשם הטור שצריך שתהיה בכוונתו "שמקנא לשם", אך אפשר לדחות ולומר שאם לאחר שאמר לו חבירו הרגיש בעצמו רצון לקנא שפיר גם לטור והרמ"א יכול לקנא.

סעיף ה

ע"פ **ע"ז נו**: וכוונסחה **ברמב"ם** (עין כס"מ וסמ"ע סקט"ו) בהלכות רוצח (ד,י) פסק בשו"ע "אפיקורס **מישראל** והם עובדי עבודת כוכבים או העושה עבירות להכעיס, אפילו אכל נבילה או לבש שעטני להכעיס (פלוגתא דרב אחא ורבינא ופסק כמ"ד מומר להכעיס אפיקורס הוא דר' אבהו ור' יוחנן סברי הכי שם), הרי זה אפיקורס, הכופרים בתורה ובנבואה, מישראל, מצוה להרגו; אם יש בידו כח להרגו בסיף בפרהסיא, הורג; ואם לאו, יבא עליהם בעלילות עד שישבב הריגתו. כיצד, ראה אחד מהם שנפל לבאר, והסולם בבאר, קודם ומסלקו ואומר הריני טרוד להוריד בני מהגג ואחזירנו לך וכיוצא בדברים אלו, **אבל העובדי כוכבים שאין בינינו ובינם מלחמה (כירו' ותוס')** שכל המדובר עד כאן איירי בשעת מלחמה) (סמ"ע: דאילו יש מלחמה, על זה אמרו בירו' ומסכת סופרים טוב שבגוים הרוג, והיינו מצוה להורידו ולשבב עליהן המיתה, ובספר שבט יהודה כתב בזה תשובה למינים, והוא שטוב שבמדות הגוים הוא זה שדנין דין הריגה ומיתה לחוטאין ואין מחפשיין זכות לעושי עולה) ורועה בהמה דקה מישראל במקום שהשדות הם של ישראל (לאו דוקא ארץ ישראל אלא בכל מקום שיש לישראל שדות, סמ"ע, עיי"ש עוד), וכיוצא בהם, אין מסבבים להם המיתה, ואסור להצילן, בד"א, בישראל בעל עבירות והוא עומד ברשעו ושונה בו תמיד, כגון רועה בהמה דקה שפקרו בגזל והם הולכים באולתם, **אבל ישראל**

בעל עבירות שאינו עומד ברשעו תמיד (לאפוקי רועה בהמה דקה אע"פ שעושים להנאת עצמן בשביל חמדת ממון מ"מ הוא עומד ברשעו תמיד, באה"ג בשם הכס"מ וב"י, דהרועה עושה עבירה מידי יום ביום וכל היום משא"כ אוכל נבילות לתאבון, ובסמ"ע כתב חילוק נוסף דהאוכל נבילות לתאבון אינו חוטא אלא לשם יתברך משא"כ רועה דגוזל וחוטא לחבירו ישראל), אלא עושה עבירות להנאת עצמו, כגון אוכל נבילות לתאבון, מצוה להצילו (ומ"מ אין מחויב לפדותו אם נשבה, אלא דאם רוצה לפדותו אין איסור בדבר, ש"ך) ואסור לעמוד על דמו {עיין ביו"ד סימן קנ"ח}.

עמש"כ 'להרגן בסייף' ברישא כתב הסמ"ע (טז) דבלבוש כתב הטעם דמצוה להורגן בסייף לכתחילה דומיא דעיר הנידחת, ואין נראה, דדוקא ביושבי עיר כולה או רובה הנידחת מצותה בסייף, אבל ביחידים בעובדי ע"ז דינם בסקילה, אלא שאין לנו לעת עתה דין ד' מיתות, משו"ה קאמר שהורגין אותו בסייף, ונראה דלאו דוקא סייף קאמר, אלא כאילו אמר אם יש בידינו כח להורגן הרי מצוה עלינו להורגן לעין כל ובחרב וכפסוק חרב נוקמת נקם ברית והנשארים ישמעו וייראו, ואם לאו לפחות יסבבו להן המיתה וכדמסיק.

ביאר הסמ"ע (כ) דלתאבון פירושו כשאנו מוצא בשר כשר אוכל נבילות למלאות תאותו, ולהכעיס מיקרי שיש בנמצא בשר כזה ואוכל נבילה להכעיס מצות בוראו יתברך.

[כתב החזו"א (יו"ד שחיטה ב, טז) "נראה דאין דין מורדין ולא מעלין האמור לגבי אפיקורסים אלא בזמן שהשגחתו יתברך גלויה כמו בזמן שהיו ניסים מצויין ומשמש בת קול וצדיקי הדור תחת השגחה פרטית הנראית לעין כל והכופרין אז הוא בנליות מיוחדת בהטיית היצר לתאוות והפקרות ואז היה ביעור רשעים גדרו של עולם שהכל ידעו כי הדחת הדור מביא פורעניות לעולם ומביא דבר וחרב ורעב בעולם אבל בזמן ההעלם שנכרתה האמונה מן דלת העם אין במעשה הורדת גדר הפרצה אלא הוספת הפרצה שיהיה.. ועלינו להחזירם בעבותות אהבה ולהעמידם בקרן אורה במה שידינו מגעת", והאריכו בכעין זה רבים מן הפוסקים].

סימן תכו – חייב אדם להציל את חבירו בין בגופו בין בממונו

סעיף א

האם חייב להוציא הוצאות כדי להציל חבירו? מה הדין אם הוציא הוצאות, האם חייב הניצול להחזיר לו הוצאותיו?

סנהדרין עג. "תניא מנין לרואה את חבירו שהוא טובע בנהר או חיה גוררתו או לסטים באים עליו שהוא חייב להצילו תלמוד לומר לא תעמוד על דם רעך והא מהכא נפקא מהתם נפקא (הובא גם בב"ק פ"א) אבידת גופו מנין תלמוד לומר והשבותו לו, דאי מהתם הוה אמינא הני מילי בנפשיה אבל מיטרח ומיגר אגורי אימא לא קא משמע לך".

כתב הרמב"ם (רוצח א, יד) וכ"פ בשו"ע "הרואה את חבירו 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 חבירו והודיעו, או שידע בעובד כוכבים או באנס שהוא בא על חבירו, ויכול לפייסו בגלל חבירו ולהסיר מה שבלבו ולא פייסו, וכיוצא בדברים אלו, עובר על לא תעמוד על דם רעך".

כתב הרא"ש (בב"י) דהניצול חייב לפרוע למציל מה שהוציא דאין אדם מחוייב להציל נפש חבירו בממונו היכא דאית ליה ממונא לניצול, ובסמ"ע (א) תמה מדוע המחבר והרמ"א השמיטוהו, אולם הש"ך (א) ציין ליו"ד רנב"ב, שם כתבו הב"י והרמ"א ע"פ המרדכי ועוד שהפודה חבירו מן השביה חייב לשלם לו אם אית ליה לשלם ולא אמרינן דהוא מבריה ארי מנכסי חבירו, עיי"ש בפרטים.

אדם שרואה שחבירו טובע בנהר ויש סכנה למציל, האם מותר/חייב להיכנס לספק סכנה כדי להציל את חברו? האם בשעת מלחמה יש כללים אחרים בנושא?

האם חייב אדם להכניס עצמו בספק סכנה כדי להציל את חברו?

ענה מסבירא האם אדם צריך לתרום לדוג' כליה, כדי להציל חולה אחר?

על מה סמכו המתירים לתרום כליה?

כתב בהגה"מ (בב"י) בשם הירו' דצריך אפילו להכניס עצמו בספק סכנה עבור זה וכתב הב"י דנראה שהטעם הוא מפני שהלה ודאי והוא ספק, וכתב הסמ"ע (ב) דגם זה השמיטו, אלא דבזה י"ל כיון שהרי"ף רמב"ם ורא"ש וטור לא הביאו בפסקיהו, ובפת"ש (ב) כתב בשם אגודת אוזב ביאר דס"ל דתלמודא דידן פליג על הירושלמי בהא, וכן דעת הרדב"ז אלא שהוסיף דאולם צריך לשקול הענין היטב אם יש בו ספק סכנה ולא לדקדק ביותר, כאותה שאמרו בב"מ ל"ג גבי שלך קודם לכל אדם שכל המדקדק בעצמו כך סוף בא לידי כך ונפסק בסימן רס"ד. אכן כתב האג"מ (יו"ד ב, קעד בסופו) שאף שאינו חייב להכניס עצמו בספק אבל כן רשאי עיי"ש, ובצי"א (ט, מה) כתב "במקום שיש ודאי ספק פיקוח נפש יש להכריע שאסור לו לאדם לנדב אבר מאבריו בכדי לשתלו בגופו של חברו ולהצילו עיי"כ מסכנה ודאית והעושה כן הרי זה חסיד שוטה" וראה לקמן.

גבי תרומת איברים וכליה להצלת נפשות, כתב באג"מ (שם) להוכיח דאינו חייב, דהביא דדעת השואל ברדב"ז (ג, תרכז) דנידון שאמר השר לאדם הנח לקצות איבר שאינך מת ממנו ובאם לא אמית את ישראל חבירך, שחייב להניח לשר לעשות רצונו, והרדב"ז חלק עליו שאינו חייב למסור את האיבר, וביאר האג"מ דלאו דלא תעמוד על דם רעך הוא בדין כל הלאוין, ואין לחייב לאדם ליכנס בספק סכנה להצלת חברו מודאי סכנה, דהא להנצל מעבירת כל הלאוין ודאי לא רק שאינו צריך אלא שגם אסור להכניס עצמו לספק סכנה דאדרבה הא מחללין שבת אף לרפאות מספק סכנה וכ"ש שאסור להכניס עצמו לספק סכנה להנצל מחלול שבת ומכל הלאוין וא"כ אין לחייבו להכניס עצמו לספק סכנה גם בשביל להציל נפש חברו, אך מ"מ רשאי דלא דמי לענין זה לשאר לאוין שאסור "שאפשר שגם הוא יחיה אין ספק שלו עושה להחשיב כנגזר ודאי על פלוני שימות מאחר שאפשר שיוצלו שניהם לכן אף שאין לחייבו כדלעיל עכ"פ רשאי". אולם הצי"א (שם) חלק "דבמקום שיש ודאי ספק פיקוח נפש יש להכריע שאסור לו לאדם לנדב אבר מאבריו בכדי לשתלו בגופו של חברו ולהצילו עיי"כ מסכנה ודאית, והעושה כן הרי"ז חסיד שוטה.. דמאי חזית.. ובמקום שאין ספק סכנה נשקפת לעין אזי אף על פי שאין כל חיוב ולא מצוה על שום אדם לנדב אבר כל שהוא מאבריו כדי לשתלו בגופו של חברו ולהצילו עיי"כ ממיתה, מ"מ המנדב זאת למדת חסידות יחשב לו זאת.. וכפי שאמרו לי הרופאים.. הוצאת כליה וכד' מהאברים הפנימיים מאדם אף על פי שהוא בריא כרוך בסתמא בספק סכנה, ועל כן אין להתנדב על כך בסתמא ואין לרופא לבצע זאת, אא"כ סגל חבורה של רופאים מומחים יחליטו אחרי עיון מדוקדק שהדבר לא כרוך בספק סכנת נפש למנדב וכולי האי ואולי". ביצי"א (ח"מ ט, יב) כתב כאג"מ "לפי מה שנמסר לנו מפי רופאים מומחים ויראי שמים שבדרך כלל אין סיכון בהוצאת כליה אחת מאדם בריא, רק לאחוז קטן מאד, ומכיון שע"פ הרדב"ז וסיעתו ג"כ בכה"ג יש מקום למצות לא תעמוד על דם רעך, נראה שהעיקר שיש להתיר לאדם בריא לתרום כליה אחת מכליותיו להצלת חייו של אדם מישראל הנתון בסכנת נפש במחלת הכליות, ומצוה נמי איכא, וראויה מצות הצלת נפשות להגן על התורם אלף המגן, ומ"מ בודאי שיש לעשות זאת רק ע"י רופאים מומחים". דעת הרב אשר וייס (פרשת שמות ועוד) שבימי הצי"א היה אחוז משמעותי מאוד מתורמי הכליה שלא שרדו וגם אחוזי ההצלחה של התרומה לא היו גדולים, אבל היום המצב השתנה לחלוטין בזכות הרפואה "ואני מאוד מאוד מעודד את המצוה העצומה הזאת, היום הסכנה הרובצת על תורמי הכליות מזערית ביותר, וסיכויי ההצלה גבוהים ביותר..".

כתב בצי"א (יג, ק אות ז') דכל זה בשעת שלום, אבל בשעת מלחמה יש לאדם להכניס את עצמו בספק סכנה להציל חיי אחר, דהנה מצינו בשבועות ל"ה ע"ב אמר שמואל מלכותא דקטלא חד משיתא וכו' וכתבו התוס' (ע"פ מהרש"א) דבהוצאה למלחמת הרשות קאמר ובמלכי ישראל איירי קרא, דבמלחמת מצוה כתיב לא תחיה כל נשמה, א"כ למדנו מזה¹ שהמלכות או הכח השולט בעם ואחראי לבטחוננו

רשאי להכניס עם רב לסכנת מלחמה ואפילו במלחמת הרשות, וביאר בזה הנצי"ב (בראשית ט,ה) דבשעת מלחמה ועת לשנוא אז עת להרוג ואין עונש על זה כלל כי כך נוסד העולם וכדאיתא בשבועות מלכותא דקטלא חד משיתא לא מיענש, ואפילו מלך ישראל מותר לעשות מלחמת הרשות אע"ג שכמה מישראל יהרגו, וכעין זה כתב במשפט כהן (סי' קמ"ג בסוף הסימן) שעניני הכלל במלחמות יוצאים הם מהכלל דוחי בהם שהרי גם מלחמת רשות מותרת היא ואיך מצינו היתר להכניס נפשות רבות בסכנה בשביל הרוחה אלא דמלחמה והלכות ציבור שאני וכו' ואי אפשר ללמוד מזה למקום אחר עיין שם, "יוצא לנו מדבריהם של הגאונים האמורים, כי לפנינו שתי הגדרות והסברות על הדינים המיוחדים שישנם בזה במלחמה, והמה (א) מפני שכך ועל יסוד זה נוסד העולם. (ב) מפני דהלכות ציבור והנהגת המדינה שאני זאת אומרת שזהו משום תקנת והבטחת העם והמדינה", וכע"ז בשו"ת חת"ס (חו"מ מ"ד) דזה תיקון המדינה וצורך הנהגתה, ועוד כתב הצ"ח ד"מסתבר לומר שגם הכלל של וחי אחיך עמך שדורשים חייך קודמים ג"כ לא חל במלחמה", עיי"ש, וראה באהלה של תורה (ד,יט) שהביא דעת הרב ישראלי בזה בעמוד הימיני (י"ד) שבמלחמה נהפך כלל ישראל לגוף אחד, ואין אנו מסתכלים על כל אחד ואחד באופן פרטי, לכן איננו מתחשבים בחיי הפרט, בשעת מלחמה המצוה "וחי בהם" מתיחסת לחיי הכלל, והשיקול היחיד העומד בפנינו הוא טובת הכלל, ובאינצקלופדיה רפואית הלכתית (ערך 'סיכון עצמי') למד ממקורות הנ"ל שחייל פצוע המוטל בשדה הקרב בעת מלחמה חייב החובש להכניס עצמו לספק סכנה כדי להצילו שזהו טבעו של עולם וזה ממשפטי המלך, ובשיעורי תורה לרופאים (ב,קיג) שכתב בנידון הנזכר הביא תשובת הנו"ב שהתיר לעני לעסוק בצייד למחייתו "כמו שמותר לסוחרים לעבור אורחות ימים בגלל הפרנסה", והיוצא מהנו"ב שלמען תועלת מותר להסתכן קצת, "ולא מבעיא בחבלן הבא לפרק מטען חבלה שעלול להזיק לרבים דודאי שמצוה עליו להסתכן למענם, אלא אפילו להציל רכוש ייתכן שמותר, משום שבעת מלחמה גם בבאים 'על עסקי תבן וקש' הוי כסכנת נפשות".

< כתב הפת"ש (א) בשם תשובת הצמח צדק דיש לכוף לקרובו של הנרצח שיהא רודף אחר הרוצח להעמידו בדן כי מצוה מוטלת על גואל הדם להמית הרוצח, ואם אין הוא עצמו יכול להמיתו אם לא ע"י אחר ע"י הוצאת ממון, צריך להוציא ממנו על זה ככל מצות עשה שבתורה, ועד היכן מיקרי גואל וקרוב, נראה דאין שיעור לדבר, אלא כל שאין קרוב יותר ממנו והוא ממשפחת אביו שראוי ליורשו, מיקרי גואל ומוטל עליו מצוה זו להנקם מן הרוצח, אך נראה דאין לחייבו שיוציא יותר מהרגילות והיינו מה שהוא חוק קבוע ליתן לשופטים ושוטרים ולסרדיוט הדן אותו צריך הוא ליתן, אבל אם יצטרך להוציא שכר מליצים ושאר ענינים וכיוצא אין לחייבו, והנכון שאותן הוצאות היתרים יתנו מן הקהל כדי לגדור הפרצה, שאם ח"ו לא יהיו נוקמין מן הרוצח יהיה דמן של בני ברית ח"ו כהפקר.

סימן תכז – מצות עשה להסיר כל מכשול שיש בו סכנת נפשות ועשיית מעקה לגגו

סעיף א

[האם מקומות שאינם בית דירה חייבים במעקה? מה קשה בפסיקת השו"ע בזה וכיצד מיישבים דבריו?]

כלשון הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת נפש (יא,א) (אין טור וב"י בסימן זה והמחבר הביא מהרמב"ם) פסק בשו"ע "מצות עשה לעשות אדם מעקה לגגו שנאמר ועשית מעקה לגגך, והוא שיהיה בית דירה אבל בית האוצרות ובית הבקר וכיוצא בהן, אינו זקוק לו".

עמש"כ הרמב"ם דצריך שיהיה בית דירה, כתב הסמ"ע (ב) דכתב הכס"מ דאע"ג דבספרי מרבינן להני מקרא דחייבים במעקה וכ"כ הסמ"ג, מ"מ תלוי במחלוקת תנאים לענין אם מחויבים המה במזוזה ביומא י"א ופסק הרמב"ם בהל' מזוזה כמ"ד דפטורים ממזוזה, וס"ל דה"ה לענין מעקה דלא מיקרי ביתך, וס"ל דבספרי דמחייבי אתיא כתנא דס"ל דגם במזוזה חייב, אך כתב הסמ"ע דא"כ תימה על המחבר שבהלכות מזוזה יו"ד (רפ"ו) סתם וכתב דרפת בקר ולולין ובית אוצרות שמן ויין חייבים במזוזה וכדעת הר"יף והרא"ש ודלא כרמב"ם וכאן במעקה סתם המחבר וכתב דאין חייב במעקה,

וכתב די"ל דהמחבר הכריע וס"ל דלענין מעקה כיון דאין דרך בני אדם להיות להן בית תשמיש ע"י דבית הבקר ובית האוצר ובית העצים משו"ה אף אם לפעמים יקרה דידור שם אדם, מ"מ אין יוצאים ונכנסים כ"כ שם למיחש שיפול משם להצטרך מעקה, משא"כ במזוזה דחייבה התורה בשביל הדר להיות מצות ה' נגד עיניו בביאתו וביציאתו בזה פסק דהדר שם צריך לקבוע מזוזה באותו פתח.

כתב **הפ"ש** (ב) דמבואר בסימן שיד/ב דמי ששכר בית מחבירו השוכר חייב לעשות מעקה, ובספר **ארעא דרבנן** הביא דהכנה"ג כתב דשוכר אינו חייב במעקה אלא מדרבנן, וחלק עליו וכתב דחייב אף מדאורי.

[האם מברכים ברכת המצוות ושהחיינו בעשיית מעקה? ומה הדין במקרה שפועל גוי עושה

את המעקה?]

כתב **הפ"ש** (א) דפסק **הרמב"ם** בה' ברכות פ"א דצריך לברך אשר קדשנו במצוותיו וציונו לעשות מעקה ומברך ג"כ שהחיינו, אך **בנשמת אדם** כתב דהרמב"ם לשיטתו דכתב דגם על ציצית ותפילין מברכין שהחיינו אבל קי"ל באו"ח סי' כ"ב גבי ציצית דאין מברכין וה"ה במעקה אין מברכין שהחיינו. עוד כתב (בחיי אדם) דדוקא בעושה מעקה לגגו מברך אבל בעושה חוליא או כיסוי לבורו דלקמן סעי' ז' אינו מברך (דהוא מצד 'לא תשים' ואינו משום 'מעקה', ובמעשה רב לגר"א ועוד כתבו שגם בזה יש לברך, פסקי המשפט אות יד).

עוד כתב ב**פ"ש** (שם) דכתב **המחנה אפרים** (וכן שלח לדבריו **רע"א** בהגהות) במי שרוצה לעשות מעקה ע"י אומן גוי (ומקיים בזה מצוה לדעתו דלא בעינן בר שליחות וכ"ד תשובות והנהגות ב/רפב, ודלא כמנחת חינוך ועוד שסוברים שלא מקיים בזה המצוה, פסקי המשפט) דיכול לברך כיון דיד פועל כיד בעה"ב אלא דיש חילוק - אם עשהו ע"י אומן דקבלנות אפילו ע"י אומן ישראל לא יברך הבעה"ב ולדעת הכנסת הגדולה בשם רבותיו יברך האומן המתקן אותו, אבל אם עשהו ע"י אומן פועל יום - אפילו האומן נכרי שפיר מצי הבעל הבית לברך עליו דחשיב כאילו הוא עצמו עשהו.

סעיף ב

ע"פ ברייתא **סוכה ג**. פסק בשו"ע "כל בית שאין בו ד' אמות על ד' אמות פטור ממעקה", וביאר **הסמ"ע** (ג) שאז אינו בית תשמיש ואינו ראוי לדירה.

סעיף ג

ע"פ מימרא דרבא **בחולין קלו**. פסק בשו"ע כלשון **הרמב"ם** "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", וביאר **הכס"מ** (ובבאה"ג בקצרה) דאע"ג דאמר ר' חנינא מסורא דליתנהו להני כללי ופירש"י להני כללי דאמר רבא, הרמב"ם מפרשו דלא קאי אלא לקצת דברים שאמר רבא ואין מעקה בכללן, וביאר **הסמ"ע** (ה) הפטור בסיפא דבבתי כנסיות דאפילו המחייבים בית בקר ובית אוצרות דסעי' א' מ"מ מודים בזה מפני שבית הכנסת "אין שום גגך שייך בו כלל" דאף של הבאים מעבר לים הוא וכן פירש רש"י שם.

כתב **הש"ך** (א) דבשותף עכו"ם פסק ביש"ש דחייב, אמנם לפמ"ש"כ הרמ"א ביו"ד רפז/א דבמזוזה פטור אפשר דהוא הדין במעקה, ולפי המרדכי יש להסתפק.

[כתב **בשבט הלוי** (ה,רכא) שבבתי משותפים כיום שיש הרבה בעה"ב וכמה קומות פשיטא דכולם משתתפים בעשיית המעקה כיון דגם לתחתונים יש חלק בגג, עיי"ש].

[**בפסקי המשפט** (ו) כתב להאריך בשיטת החזו"א בחייב מעקה בגגות שבזמנינו ע"פ הגר"ז שכתב בטעם הפטור בגגות בתי כנסיות שאין רגילות להשתמש בהן ובסעי' ב' מבואר דצריך שיהיה הבית תחתיו ראוי לדירה, ולפי"ז במקומות שאין רגילות להשתמש בגג פטורים ממעקה, והגר"ש"א פטר גג ממעקה אפילו שעולים אליו פעם בשבוע, ונתמעטו ג"כ מ"לא תשים דמים בביתך" כיוון שהעולה לגג יודע שעליו להזהר, ובשו"ת להורות נתן חלק על כל זה וישנה חובה לשים מעקה, עיי"ש, ובכעין זה נחלקו החזו"א

ושבט הלוי (ז, רכט) גם בחיוב מעקה במרפסת, עיי"ש באות ז', אך מודה הגריש"א שבמקום סכנה וחשש טיפוס של ילדים כגון על חלונות הבית ישנו חיוב בלאו ד'לא תשים דמים' לשים סורגים, אך לא מצות מעקה ולכן אין לברך בזה (וראה מש"כ בסוף סעי' א').

סעיף ד

ע"פ ברייתא ב"ק נא. פסק בשו"ע "היתה רשות הרבים גבוה מגגו אינו זקוק למעקה, שנאמר כי יפול ממנו (ולא לתוכו)", וביאר הסמ"ע (ז) דלא תימא שיעשה מעקה ע"ג גגו מלמטה למעלה עד שיהא י' טפחים גבוה מרה"ר דכיון דבני רה"ר קדירא דבי שותפי נינהו פשיטא דאין עליהן לעשות מעקה לרה"ר, והקשה הסמ"ע (ח) דלמה לי מיעוטא דממנו ולא לתוכו, הא בלאו הכי נמי יכול הבעה"ב לומר אי לא היה ביתי מכ"ש שהיה נחבט וניזק או מת מנפילתו מגבהות רה"ר לארץ, ובדוחק י"ל דהוי"א דהיו צריכין למלאת במקום ביתו בעפר כדי להשוותו ממטה לרה"ר.

סעיף ה

ע"פ הספרי כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "גובה המעקה אין פחות מ' טפחים, כדי שלא יפול ממנו הנופל, (רמב"ם -) וצריך להיות המחיצה חזקה כדי שישען אדם עליה ולא תפול (פשוט, כס"מ)", ודלא כראב"ד דבעינן י' דוקא ממקום דרסו והוא מקום הנמוך שבו אבל שאר צדדין ג' טפחים, דס"ל דמאחר שמצד אחד הוא גבוה עשרה טפחים ע"י כך הוא נזהר משאר צדדין שאין גבהם אלא ג' טפחים, כס"מ.

סעיף ו

ע"פ הספרי כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "כל המניח גגו בלא מעקה ביטל מצות עשה ועבר על לא תעשה שנאמר ולא תשים דמים בביתך".

סעיף ז

עוד ע"פ הספרי כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "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 חוליא גבוה י' טפחים, או לעשות לה כיסוי, כדי שלא יפול בה אדם וימות" ובספרי למד וריבה כל הני מדכתבי' ולא תשים דמים בביתך' (סמ"ע).

סעיפים ח – י

ב"ק טו: (צוין בכס"מ) "תניא רבי נתן אומר מניין שלא יגדל אדם כלב רע בתוך ביתו ואל יעמיד סולם רעוע בתוך ביתו ת"ל לא תשים דמים בביתך".

ברכות לב: (צוין בבאה"ג והגר"א) "תנו רבנן 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 וכתוב ונשמרתם מאד לנפשתיכם כשנתתי לך שלום למה לא החזרת לי שלום..."

וכתב הרמב"ם (שם פי"א ה"ה) וכ"פ בשו"ע (ח) וכן כל מכשול שיש בו סכנת נפשות, מצות עשה להסירו ולהשמר ממנו ולהזהר בדבר יפה, שנאמר השמר לך ושמור נפשך, ואם לא הסיר והניח המכשולות המביאים לידי סכנה ביטל מצות עשה ועבר בלא תשים דמים. (ט) הרבה דברים אסרו חכמים מפני שיש בהם סכנת נפשות, וקצתם נתבארו בטור יו"ד סי' קט"ז, ועוד יש דברים אחרים ואלו הם (ע"ז יב -) לא יניח פיו על הסילון המקלח וישתה, ולא ישתה בלילה מהבארות ומהאגמים, שמא יבלע עלוקה והוא אינו רואה { וכבר כתבתי דברים אלו סימן קט"ז ביורה דעה וע"ש } (י) (רמב"ם -) 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".

גבי המכת מרדות כתב באה"ג בשם הב"י (יו"ד קט"ז) דמכין אותו מכת מרדות כמו על שאר מצות דרבנן, ואפשר דהנך מילי אסורים מן התורה אלא דקים להו לרבנן דאין לוקין עליהם כדאשכחן בחולין

צ"ח ויומא ע"ג בחצי שיעור דאסור מן התורה ואין לוקין עליו **[במעשה רקח]** (שם הלכה ה') כתב דלא מצינו מבואר שחייב על זה מכת מרדות ואדרבא בגמ' אמרו ואם עשה דמו בראשו, דמשמע דאין נזקקין לו, ואפשר שהרמב"ם "חייבו מכת מרדות בשביל האמירה, דנמצא דהפקיר עצמו לעבור על דברי חז"ל".

עוד כתב **באה"ג** בסיום הסימן "נלע"ד הטעם שהזהירה התורה על שמירת הנפש הוא מטעם שהקב"ה ברא את העולם בחסדו להטיב להנבראים שיכירו גדולתו ולעבוד עבודתו בקיום מצותיו ותורתו כמו שאמר הכתוב כל הנקרא בשמי לכבודי בראתיו וכו' וליתן להם שכר טוב בעמלם והמסכן את עצמו כאלו מואס ברצון בוראו ואינו רוצה לא בעבודתו ולא במתן שכרו ואין לך זלזול אפקירותא יותר מזה ולשומעים יונעם".

כתב **במשנה הלכות** (יז, קפג) לדייק בשו"ע שכתב "ואם לא הסיר והניח המכשולות המביאים לידי סכנה" כלומר לא מיבעיא שאין להניח בביתו דבר המכשול שיכול לבא לידי סכנה, אלא אפילו יש כבר שם והניחו ולא הוציאו ביטל מ"ע ועבר בל"ת. **[כתב בפסקי המשפט (טז) ע"פ שו"ת דבר אברהם]** ועוד דמשמע ממש"כ הרמב"ם והמחבר "וכן כל מכשול שיש בו סכנת נפשות דרך דברים המביאים לידי סכנת נפשות עובר בלאו, אולם בחינוך במצוה דלא תשים דמים בביתך (תקמ"ז) מבואר דאסור אף להניח מוקשים שלא יזוקו בהם ולא דווקא סכנת מיתה].

< כתב **הסמ"ע** (יא) בשם **הדרכ"מ** (תכ"ו) דכתב הרמב"ם בהלכות אבל פ"ד דמצות עשה מדבריהם **ללוות אורחים** ואמרו בסוטה מ"ו כל מי שאינו מלווה כאילו שופך דמים וכופין ללויה כדרך שכופין לצדקה כו' עד אפילו המלווה לחבירו ד' אמות יש לו שכר הרבה, וכמה שיעור לויה שחייב אדם בה, הרב לתלמיד עד עיבורה של עיר, ואדם לחבירו עד תחום שבת, ותלמיד לרבו עד פרסה ואם היה רבו מובהק עד ג' פרסאות, עכ"ל הרמב"ם, ובילקוט מהר"ש כתב דהאידינא אין נוהגין ללוות תלמיד לרבו עד פרסה משום דבזמן הזה מוחלים על כבודם, ויש לילך עמו או עם חבירו עד השער או לכל הפחות ד' אמות, ועוד הביא שכתב הרמב"ם שם **"גמילות חסדים שבגופו** שאין להן שיעור כגון ביקור חולים וניחום אבלים והוצאת המת והכנסת כלה והלוית אורחים אע"פ שכל מצות אלו מדבריהם הרי הם בכלל ואהבת לרעך כמוך, כל הדברים שאתה רוצה שיעשו אותן לך אחרים, עשה אתה לאחרים בתורה ובמצות, ושכר הלוית אורחים מרובה מן הכל, והוא החוק שחקק אברהם אבינו ודרך החדש שנהג בהם, מאכיל עובדי דרכים ומשקה אותן ומלווה אותן, וגדולה הכנסת אורחים מקבלת פני השכינה שנאמר וירא והנה שלשה אנשים וירץ לקראתם, ולויתן יותר מהכנסתם".

[וז"ל **הבאר שבע** (סוטה מו): באופן כללי לדיני לוייה "כל דיני לוייה כתבן הרמב"ם.. וכן כתבן הסמ"ג.. והסמ"ק.. אבל הטור ושאר המחברים האחרונים השמיטו, ולא ידענו למה, ואפשר משום דבזמן הזה אין נוהגין דיני לוייה, מפני שכל הדרכים הם בחזקת סכנה טפי ממה שהיו בימי חכמי הגמרא כמו שכתבו התוס' בפרק בתרא דכתובות (קי:): גבי הוא אמר לעלות לארץ ישראל כו' שאינו נוהג בזמן הזה, שאיכא סכנת דרכים שאין אדם חייב למסור עצמו לסכנה בעבור לוייה משום דחיך קודמין, כן נ"ל", ומשמע מדבריו שבימינו שהדרכים אינן מסוכנות יש מקום לחייב ליווי, אך מצינו **בערוה"ש** (בסימן תכ"ו) שהביא מצות לוייה (לכל אדם, ורק בהמשך שם התייחס לליווי תלמיד לרבו) וז"ל "מצות עשה מדבריהם ללוות אורחים ואמרו חכמים כל מי שאינו מלווה כאלו שופך דמים.. ועכשיו לא נהגו בזה מפני שאין הולכין ברגל אלא נוסעים בקרון ואינו נוסע לבדו [נ"ל]", וניתן להסיק מדבריו הפוך מדברי הבאר שבע, שלא נהגו כן כיום כיוון שהדרכים יותר בטוחות ואין אדם לבדו בדרכו, "וליישב הש"ס" (במרכאות) עם גדולים הנ"ל והשמטת הפוסקים, נראה די"ל שבזמן הש"ס והרמב"ם הדרכים היו 'קצת' סכנה ולכן היה מקום לחובת ליווי, דאם הדרכים מרובות סכנה פטור המארח משום דחייו קודמין, ואם הדרכים ללא סכנה אזי אין צורך וכנ"ל, ועדיין צריך תלמוד, ואידך זיל גמור, בעזרת ה'.



